

DEMANDE D'AVIS N° M 14-70009

(Art. L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)

(Art. 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile)

(Art. 706-64 et suiv. du code de procédure pénale)

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE

BOULOGNE-BILLANCOURT

SÉANCE du 15 DÉCEMBRE 2014 à 09H30

Conclusions de Madame l'avocat général
Catherine COURCOL-BOUCHARD

Saisine pour avis

Jean-Marie X... /SAS Vallourec Tubes

Par jugement du 18 septembre 2014, le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt sollicite, au visa des articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile, l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

“Quelle doit être la durée de protection permettant de calculer le montant de l'indemnité pour violation du statut protecteur du médecin du travail licencié sans autorisation administrative ?”

Cette interrogation s'inscrit dans le cadre d'une procédure actuellement en cours devant ce conseil de prud'hommes, opposant un médecin du travail, licencié pour inaptitude médicale sans autorisation de l'inspecteur du travail, à son employeur. Le médecin du travail demande au juge prud'homal de constater la nullité de son licenciement et de condamner son employeur à lui payer notamment une indemnité pour violation du statut protecteur.

I - La recevabilité de la demande d'avis

Conditions de forme

Il ressort de l'examen des pièces du dossier que les prescriptions des articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile ont été respectées.

Les parties et leurs conseils, ainsi que le premier président et le procureur général de la cour d'appel de Versailles, ont été régulièrement informés de la transmission de la demande d'avis, de même que le procureur de la République de Nanterre.

Conditions de fond

Aux termes de l'article L.441-1 du code de l'organisation judiciaire, *“Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation”*.

Il n'est pas contestable que la question posée émane bien d'une juridiction de l'ordre judiciaire et porte sur un problème de droit en ce qu'elle ne dépend, pour sa réponse, d'aucun élément de fait.

➤ La question posée ne concerne pas l'application d'un texte nouveau, les dispositions des articles L.4623-5 et L.4623-7 du code du travail relatives au licenciement d'un médecin du travail embauché sous contrat de travail à durée indéterminée, étant la reprise de l'ancien article L.241-6-2 du même code, issu de la loi du 17 janvier 2002.

Elle répond cependant au critère de nouveauté, dans la mesure où elle n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation : il n'apparaît pas en effet, au terme des recherches du service de documentation, des études et du rapport, que la Cour de cassation ait été amenée à se prononcer sur la question, telle qu'elle est posée.

➤ La question présente une difficulté sérieuse, puisqu'elle conditionne l'issue du litige, la nullité du licenciement du médecin du travail, salarié protégé, n'étant en l'espèce pas contestée (l'insistance du médecin du travail à être licencié aussi vite que possible, telle que décrite par les conclusions de l'employeur, ne pouvant être constitutive d'une fraude, seule susceptible de remettre en cause l'application du statut protecteur) et qu'elle peut donner lieu à des solutions divergentes des juridictions du fond, dès lors que le principe, comme les modalités de calcul de l'indemnité, ne sont pas prévus par la loi.

Les deux parties se sont d'ailleurs accordées sur l'opportunité de la saisine pour avis.

➤ La question ne paraît en revanche pas se poser dans de nombreux litiges.

Les litiges liés au licenciement d'un médecin du travail sont en effet peu fréquents. **On peut penser que la pénurie de médecins du travail, soulignée par la Cour des comptes¹ et rappelée par l'ordre national des médecins², n'est pas étrangère à cet état de fait**

1

Rapport publié le 29 novembre 2012 sur les services de santé au travail interentreprises

2

Atlas de la démographie médicale en France au 1^{er} janvier 2014, qui nous apprend (p. 192) que 5 373 médecins du travail sont en exercice, soit une baisse des effectifs de 11,37 % par rapport à l'année précédente, et que plus d'un tiers d'entre eux ont 60 ans et plus, ce qui annonce des lendemains difficiles www.conseil-national.medecin.fr

alors que le code du travail impose à l'employeur de prendre *“les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs”* (article L.4121-1) et, à cette fin, d'assurer le suivi médical des salariés ³.

Cette condition paraît être peu prise en compte par la Cour de cassation, qui considère que *“la potentialité de litiges à venir est aussi importante, sinon même plus importante au regard de l'objectif de prévention des contentieux”* ⁴.

En l'espèce, le contentieux est rare et rien n'indique qu'il tende à se multiplier. Faut-il, alors que les règles applicables au licenciement du salarié protégé en violation du statut protecteur ont été dégagées par une jurisprudence élaborée sur plusieurs décennies, renoncer, s'agissant de la situation du médecin du travail, à *“la mécanique processuelle et (aux) garanties de forme qui contraignent (le juge) à une délibération prudente et lui permettent de rendre une décision juste et, par suite, généralisable”* ⁵?

Je ne le crois pas, ce qui me conduit à être d'avis que **la question posée ne répond pas à la condition de multiplicité posée par l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.**

II - Sur le fond

Le cadre légal et jurisprudentiel

➤ Le régime de protection du médecin du travail est directement inspiré des règles applicables aux représentants du personnel et délégués syndicaux bénéficiant d'un statut légal protecteur, alors même que le Livre IV de la deuxième partie du code du travail, consacré aux salariés protégés, ne s'intéresse pas à la médecine du travail, renvoyée aux dispositions du Titre II du Livre VI de la quatrième partie du même code relatif aux services de santé au travail et que les nombreux traités et articles de doctrine relatifs aux salariés protégés excluent, implicitement ou explicitement ⁶, la situation du médecin du travail.

3

D. Chanal et Ph. De la Brosse *“L'obligation de sécurité de résultat, la pénurie de médecins du travail et la santé du salarié : quelle(s) solutions(s) ?”* Semaine Sociale Lamy n°1627 du 22/04/2014

4

Jean Buffet, *“La saisine pour avis de la Cour de cassation”*, BICC du 15 juillet 2000, Communications p.26

5

Frédéric Zenati, *“La saisine pour avis de la Cour de cassation”*, Recueil Dalloz 1992, p.247

6

Ainsi la demi-page consacrée au statut des médecins du travail par l'ouvrage de référence de MM. Rose et Struillou (*“Droit du licenciement des salariés protégés”*, 4^{ème} édition 2010, n°11-4 p. 49), indique que *“si les médecins du travail bénéficient d'une protection dont les principes et les modalités sont désormais très proches de celle accordée aux représentants du personnel, ils n'entrent pas dans le champ d'étude de l'ouvrage”*.

Pourtant, celui-ci est bien un salarié, d'une entreprise ou, le plus souvent, d'un service interentreprises et il est bien un salarié protégé par les dispositions des articles L.4623-4 à L.4623-8 du Code du travail.

Il bénéficie *“d'une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun, laquelle a été essentiellement instituée en vue de sauvegarder la santé du personnel des entreprises en garantissant l'indépendance des médecins du travail”* (Soc. 2 octobre 1985 n°84-93.785).

Ainsi *“le licenciement d'un médecin du travail ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail dont dépend le service de santé au travail, après avis du médecin inspecteur régional du travail ; (...) ces dispositions instituent au profit du médecin du travail, en raison des fonctions qu'il exerce dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit à l'employeur de rompre le contrat de travail sans obtenir l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail”*⁷.

On peut ajouter que doit être également consulté le comité d'entreprise (article L.4623-4) et que, sauf si les nécessités de l'enquête le justifient, l'inspecteur du travail statue dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande d'autorisation (article R.4623-23).

Hors la fraude du médecin salarié, le licenciement prononcé sans l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail est nul.

Mais le législateur n'a rien dit des sanctions du licenciement prononcé sans autorisation, limitant son intervention au cas particulier où l'employeur a licencié le salarié protégé après une autorisation de l'inspecteur du travail ultérieurement annulée (articles L.4623-6 et L.4623-7 du code du travail).

➤ Les règles applicables à l'indemnisation du salarié protégé licencié sans autorisation ont été fixées par une jurisprudence dont la *“philosophie”* serait, selon un auteur, la *“dissuasion par l'argent”*⁸, le coût élevé d'un tel licenciement étant de nature à dissuader l'employeur d'y recourir.

En 1972, l'arrêt Revêt-Sol⁹ de la Chambre sociale a posé le principe de la réintégration de droit d'un délégué syndical licencié sans autorisation de l'inspecteur du travail, un arrêt postérieur précisant que la réintégration devait être demandée pendant la période

7

Soc. 6 juillet 2011, n°10-13.805

8

Jean Mouly, *“L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés”*, Droit social 2014, p. 729

9

Soc. 16 juin 1972 n°71-12.508

de protection, sauf raison du retard non imputable au salarié ¹⁰. Cette réintégration de droit n'est cependant pas obligatoire pour le salarié qui peut préférer ne pas être réintégré ou (comme en l'espèce soumise à la juridiction qui demande l'avis) n'est pas en mesure d'être réintégré du fait de son inaptitude.

Dès lors qu'il ne demande pas sa réintégration, le salarié a droit à une indemnisation pour violation de son statut protecteur. C'est dès 1970, dans un arrêt Abisse ¹¹, que la Chambre sociale s'est prononcée en faveur d'une indemnisation forfaitaire du salarié protégé correspondant au *“montant des avantages directs et indirects qu'il aurait du recevoir si la société avait exécuté son obligation de lui fournir le travail convenu, tout au moins jusqu'à la fin de la période de protection en cours”*.

Par une série d'arrêts du 10 juillet 1990 ¹², la Chambre sociale a précisé que *“le versement de la rémunération que le salarié aurait perçue jusqu'à l'expiration de la période de protection est la sanction de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur des représentants du personnel, mais ne répare pas le préjudice résultant pour ledit salarié de la rupture du contrat de travail (...) alors que les deux indemnisations peuvent se cumuler”*.

Etait affirmée *“l'autonomie du statut protecteur et du contrat de travail : la violation du statut est sanctionnée par l'obligation faite à l'employeur de payer la rémunération jusqu'à la fin de la période de protection, puisque le licenciement intervenu illégalement n'a pu produire aucun effet ; mais le contrat de travail étant malgré tout rompu, faute de réintégration, cette rupture est appréciée conformément au droit commun du licenciement”* ¹³.

Ainsi le salarié était-il en droit de percevoir, non seulement une indemnisation à raison de la violation du statut protecteur, mais aussi les indemnités prévues par la loi du fait de la rupture du contrat de travail, soit les indemnités de rupture et, pour le cas où les conditions en étaient réunies, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'arrêt Peccoud du 12 juin 2001 ¹⁴ a étendu au salarié protégé licencié sans autorisation et ne demandant pas sa réintégration, la jurisprudence résultant d'un arrêt de principe

10

Soc. 30 novembre 1999, n° 97-41.690

11

Soc. 27 mai 1970, n° 69-40.070

12

notamment l'arrêt Cassini n° 87-44.981 et 982

13

Jean-Yves Frouin *“L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation. Retour sur une jurisprudence controversée”*, RJS 2001, 842

14

Soc. 12 juin 2001, n° 99-41.695

du 27 juin 2000¹⁵ sur l'indemnisation du licenciement nul, jugeant *“que le salarié protégé, auquel est assimilé le conseiller prud'homme, qui ne demande pas la poursuite de son contrat de travail illégalement rompu, a le droit d'obtenir, d'une part, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, le montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et l'expiration de la période de protection dans la limite de la durée de protection accordée aux représentants du personnel et, d'autre part, non seulement les indemnités de rupture, mais une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail”*.

Dès lors le licenciement intervenu en violation du statut est nécessairement illicite et *“le cumul des indemnités est désormais automatique”*¹⁶ : outre l'indemnité due au titre de la méconnaissance du statut protecteur, le salarié a droit aux indemnités de rupture et aux dommages et intérêts prévus en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans que le juge ait à examiner les circonstances du licenciement.

Une limite cependant, rappelée par plusieurs arrêts¹⁷, qui a pour but d'éviter une instrumentalisation de la procédure : *“le salarié licencié en violation de son statut protecteur et qui ne demande pas sa réintégration peut prétendre, soit à une indemnité forfaitaire égale au montant des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de sa période de protection s'il présente sa demande d'indemnisation avant cette date, soit à une indemnité dont le montant est fixée par le juge en fonction du préjudice subi lorsqu'il introduit sa demande après l'expiration de sa période de protection sans justifier de motifs qui ne lui soient pas imputables”*.

Le cadre étant posé, c'est du calcul de l'indemnité due pour la violation du statut protecteur dont il est ici question et l'on ne reviendra pas sur les critiques qui ont pu être formulées par la doctrine sur l'existence de ce cumul.

La problématique

Il a été rappelé que l'indemnisation de l'atteinte au statut protecteur est (en principe) équivalente à la rémunération qu'aurait perçue le salarié pendant la période de protection restant à courir à compter du licenciement (soit la durée du mandat lui-même augmentée de la période de protection qui lui est postérieure), quelle que soit la nature des fonctions représentatives exercées.

15

Soc. 27 juin 2000, n°98-43.439

16

Jean Mouly, *“L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés”*, Droit social 2014, déjà cité

17

Notamment Soc.11 juin 2013, n°12-12.738

Cette indemnité “a la nature d'une peine privée et présente donc un caractère forfaitaire”¹⁸, la durée de la période de protection étant fixée par le code du travail.

Mais des difficultés sont apparues pour le calcul de cette indemnité forfaitaire et ont conduit la cour de cassation à opérer des différenciations selon le statut des salariés protégés :

➤ S'agissant des élus du personnel (délégués du personnel, membres du comité d'entreprise et du CHSCT), la mise en oeuvre de la règle peut paraître simple puisque la durée de leur mandat est limitée dans le temps. L'indemnisation couvre la période allant du licenciement jusqu'au terme du mandat, majorée de la période de protection de 6 mois après mandat. Ce qui aboutit à une période maximale d'indemnisation de 2 ans et 6 mois.

L'entrée en vigueur de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 allongeant de deux à quatre ans la durée du mandat de ces représentants n'a pas conduit la Chambre sociale à modifier sa jurisprudence, dès lors que la loi prévoit que peut être fixée, par accord dérogatoire, une durée des mandats inférieure, au moins égale à deux ans¹⁹.

➤ Afin d'harmoniser la situation des salariés protégés ayant des mandats de durée différente, la Chambre sociale a aligné l'indemnisation des salariés titulaires d'un mandat extérieur à l'entreprise sur celle des délégués du personnel. Ainsi les conseillers prud'hommes, dont la durée du mandat est de 5 ans, ont vu leur indemnisation plafonnée à 2 ans et 6 mois par un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000²⁰.

➤ S'agissant des administrateurs salariés des organismes de sécurité sociale²¹, dont le mandat était de 5 ans²² et des administrateurs de mutuelle²³, dont le mandat peut atteindre 6 ans, la Chambre sociale a également considéré qu'ils étaient en droit d'obtenir, au titre de la méconnaissance de leur statut protecteur, le montant de la rémunération qu'ils auraient dû percevoir entre leur éviction et l'expiration de leur

18

Rose et Struillou (“*Droit du licenciement des salariés protégés*”, Economica 4^{ème} édition 2010, n° 73.5.3.2.2. p.1127)

19

Soc. 1er juin 2010 n°09-41.507

20

Soc. 28 mars 2000 n° 97-44.373

21

Soc. 22 juin 2004, n° 01-41.780

22

Le décret n°2014-1163 du 9 octobre 2014, abrogeant les dispositions de l'article L.231-2 du code de la sécurité sociale (dont la nature réglementaire avait été affirmée par le Conseil constitutionnel), a ramené à 4 ans la durée de ce mandat

23

Soc. 1^{er} juin 2010, n° 09-41.507

période de protection, dans la limite de la durée de la protection accordée aux représentants du personnel.

Cette volonté d'aligner sur la durée de protection accordée aux élus du personnel, la période d'indemnisation des salariés protégés qui exercent un mandat limité dans le temps extérieur à l'entreprise ne distingue pas selon qu'ils sont élus ou désignés par arrêté préfectoral après désignation par les organisations syndicales représentatives (ce qui est le cas des membres des conseils d'administration des organismes de sécurité sociale).

➤ La situation des salariés dont la durée du mandat, et donc de la protection, est indéterminée, est plus délicate. Ainsi des délégués syndicaux protégés pendant la période d'exercice de leurs fonctions syndicales puis au cours des douze mois suivant la cessation de ces fonctions (article L.2411-3 du code du travail).

Considérant que le licenciement, même nul, fait obstacle à l'exercice du mandat du délégué syndical, la Chambre sociale a jugé que celui-ci pouvait prétendre, dès lors qu'il avait été licencié sans autorisation et qu'il ne demandait pas sa réintégration, *“à une indemnité correspondant à la période de protection prévue par l'article L.412-18 alinéa 4 du code du travail (nouvel article L.2411-3 al.2), soit égale à douze mois de salaires à compter de son éviction de l'entreprise”*²⁴.

C'est donc la durée de la protection postérieure à la fin du mandat (c'est à dire au licenciement nul) qui sert de base au calcul de l'indemnité due pour la violation du statut protecteur. Ce sera, pour tous les délégués syndicaux, la même durée d'indemnisation, peu important l'ancienneté du salarié dans l'exercice de ses fonctions syndicales (alors que le code du travail subordonne la protection postérieure au mandat à une condition d'exercice des fonctions d'au moins un an).

Il a été observé que cette solution pourrait être remise en cause *“avec la jurisprudence qui, depuis la loi du 20 août 2008, considère que les fonctions des délégués syndicaux, subordonnées aux résultats des élections dans l'entreprise, prennent fin à chaque cycle d'élections et confèrent donc au mandat de ces délégués une durée déterminée ou, à tout le moins, une durée maximale”*²⁵, la Chambre sociale ayant en effet jugé que *“le mandat de délégué syndical prend fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise”*²⁶.

➤ S'agissant des conseillers du salarié, inscrits sur une liste départementale révisable tous les trois ans, la Chambre sociale a considéré que *“le conseiller du salarié qui ne demande pas sa réintégration ou qui la demande postérieurement à l'expiration de la période de protection en cours au jour du licenciement, sans justifier de motifs qui ne*

24

Soc. 6 juin 2000, n°98-40.387

25

Jean Mouly, *“L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés”*, Droit social 2014, déjà cité

26

Soc. 31 Janvier 2012, n° 10-25.429

lui soient pas imputables a droit à une indemnité égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période triennale de révision de la liste en cours au jour de son éviction, ou pendant une durée qui ne peut être inférieure à la période de douze mois prévue par l'article L. 412-18 (nouvel article L.2411-3) du code du travail”²⁷.

Un arrêt postérieur ajoute que, *“sauf dispositions expresses contraires, la recodification est intervenue à droit constant ; qu'il en résulte que s'appliquent au conseiller du salarié les dispositions de l'article L. 2411-3 du code du travail relatives à la durée de la protection d'un délégué syndical”²⁸.*

L'ancien article L.122-14-16 du code du travail soumettait en effet le licenciement des conseillers du salarié à la procédure prévue par l'ancien article L.412-18 pour les délégués syndicaux. On peut cependant noter que le renvoi fait au même article par l'ancien article L.514-2 du code du travail pour les conseillers prud'hommes n'a pas donné lieu à alignement de la durée de leur protection sur celle des délégués syndicaux. La Chambre sociale aboutit en tout cas, pour le conseiller du salarié, à une solution originale en ce que *“l'indemnité forfaitaire initiale, fixée ne varietur, a laissé la place à une indemnité fixée par le juge entre un minimum et un maximum”²⁹.*

Ce panorama (quoiqu'incomplet, l'article L.2411-1 du code du travail énumérant dix-huit mandats différents conférant au salarié une protection en cas de licenciement) révèle la difficulté d'appliquer une règle prétorienne uniforme pour le calcul de l'indemnité forfaitaire due au salarié protégé irrégulièrement licencié, en particulier quand le mandat du salarié est d'une durée indéterminée.

➤ S'agissant spécifiquement de la protection du médecin du travail, la Chambre sociale a cassé un arrêt de cour d'appel qui avait considéré que le versement d'une indemnité spécifique à un médecin du travail n'était pas justifié, faute d'établir un préjudice particulier qui serait lié à une violation quelconque du statut protecteur du médecin du travail : *“en statuant ainsi, alors que le médecin du travail bénéficie d'une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun interdisant à l'employeur de rompre le contrat de travail sans obtenir l'autorisation préalable de l'inspecteur de travail et peut prétendre, lorsqu'il ne demande pas la poursuite de son contrat de travail illégalement rompu, à une indemnité au titre de la méconnaissance du statut protecteur”*, la cour d'appel a violé les articles L. 4623-4, L. 4623-5 et L. 4623-7 du code du travail³⁰.

Mais cet arrêt ne donne aucune indication sur le mode de calcul de cette indemnité. C'est sur cette question et dans ce contexte jurisprudentiel qu'a été adressée à la Cour de cassation la présente demande d'avis.

27

Soc.19 juin 2007, n°05-46.017

28

Soc. 27 janvier 2010, n°08-44.376

29

Jean Mouly, *ibidem*

30

Soc. 5 mars 2014, n°12-28.127

Propositions de réponse à la question posée

C'est assez naturellement que l'on se tourne vers la jurisprudence relative à la protection des représentants du personnel pour rechercher une réponse. Mais, contrairement aux salariés élus ou désignés par une organisation syndicale, le médecin du travail n'est investi d'aucun mandat. C'est le contrat de travail qui en fait un salarié protégé, y compris pendant la période d'essai ³¹, peu important que les instances compétentes n'aient pas encore donné leur accord sur sa nomination ³².

Le délégué du personnel, le représentant syndical, ont vocation à rester salariés de l'entreprise à l'issue de leur mandat. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur a prévu de prolonger leur protection pendant une période postérieure au mandat.

Mais le médecin du travail est protégé pendant toute la durée de son activité salariée, son statut protecteur, d'ordre public, étant lié à son emploi. La loi ne prévoit, après rupture du contrat de travail, aucune prolongation de la période de protection, laquelle n'aurait aucun sens puisque, par hypothèse, le médecin n'est plus salarié de l'entreprise et ne risque donc plus d'en être licencié.

Comment appliquer la jurisprudence Abisse, pierre de voûte de la construction prétorienne, qui indique que le salarié protégé licencié irrégulièrement a droit à ce qu'il aurait dû recevoir *“jusqu'à la fin de la période de protection en cours”*, alors que la période de protection a pris fin avec la rupture du contrat de travail ?

➤ Il pourrait être soutenu que, le législateur n'ayant prévu aucun dispositif d'indemnisation du médecin du travail licencié sans autorisation au titre de la violation du statut protecteur, il appartient au juge de fixer l'indemnité en fonction du préjudice subi.

C'est la solution adoptée par la Chambre sociale lorsque le salarié protégé agit tardivement pour des raisons qui lui sont imputables.

Malgré sa simplicité, cette solution ne me paraît pas pouvoir être retenue :

- d'abord parce que le législateur n'est pas resté totalement muet : l'article L.4623-7 du code du travail, qui règle les conséquences d'un licenciement devenu irrégulier du fait de l'annulation d'une décision d'autorisation de l'inspecteur du travail, dispose en effet que :

“Lorsque l'annulation d'une décision d'autorisation est devenue définitive, le médecin du travail a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice

31

Soc. 26 octobre 2005, n°03-44.585

32

Soc. 29 octobre 2010, n° 08-70.412

subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration s'il a demandé cette dernière dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision.

L'indemnité correspond à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois s'il n'a pas demandé sa réintégration."

L'existence de ces dispositions, qui s'appliquent alors même qu'un inspecteur du travail, certes ensuite désavoué, a autorisé le licenciement, justifient qu'une indemnité au moins équivalente soit allouée au médecin du travail licencié sans aucune autorisation administrative.

Le législateur paraît en réalité s'être reposé sur le juge pour compléter le dispositif et fixer l'indemnité en fonction des divers statuts des salariés protégés.

Concernant le médecin du travail, cette délégation implicite paraît d'autant plus avérée que la loi du 17 janvier 2002, qui a rendu obligatoire dans tous les cas l'autorisation de l'inspecteur du travail préalable au licenciement, a été votée alors que la construction jurisprudentielle du système d'indemnisation des salariés protégés était très avancée, les arrêts Abisse (1970), Cassini (1990) et Peccoud (2001) étant antérieurs.

- ensuite parce que l'arrêt qui a privé le salarié agissant tardivement du bénéfice d'une indemnisation forfaitaire ³³ a entendu sanctionner le retard à agir, alors même que ce retard ne modifiait pas le calcul de l'indemnité ³⁴ (contrairement à la situation du salarié demandant tardivement sa réintégration, car le terme de la période d'indemnisation est alors la date de la réintégration). L'indemnité étant fixé en fonction du préjudice subi, il n'y aura pas lieu à forfait et seront déduits les revenus de remplacement perçus par le salarié pendant la période litigieuse.

On ne voit pas pourquoi l'indemnité due pour violation du statut protecteur du médecin du travail devrait subir le même sort alors même que le salarié n'aurait pas tardé à faire valoir ses droits.

➤ Peut-on alors tenter de faire application des dispositions de l'article L.4623-7 du code du travail dont il vient d'être rappelé qu'elles règlent les conséquences de l'annulation d'une décision d'autorisation après licenciement ? L'arrêt précité du 5 mars 2014 a en effet été rendu au visa des articles L. 4623-4, L. 4623-5 et L. 4623-7 du code du travail.

33

Soc.11 juin 2013, n°12-12.738 (rendu sur un moyen soulevé d'office)

34

"On ne voit pas ce qui justifie de distinguer le régime applicable selon la date à laquelle le salarié sollicite cette "indemnisation". Plus encore, même en admettant que le salarié qui saisit "tardivement" le juge commette un "abus", en quoi cela doit-il nécessairement conduire à écarter la logique restitutive au bénéfice d'une logique exclusivement indemnitaire - celle de la réparation du préjudice subi - alors qu'est en jeu la sanction de la violation du statut protecteur et, donc, celle de l'atteinte portée au droit des salariés à être représentés." M. Grévy, Revue de droit du travail 2013, p.573

Sauf à lire le deuxième alinéa de cet article indépendamment du premier et à en déduire qu'il permet au médecin du travail licencié sans autorisation administrative "d'obtenir le versement d'une indemnité correspondant au préjudice subi entre la date du licenciement et l'expiration du délai de deux mois à compter de la notification du licenciement" (ce qui a été soutenu dans un précédent dossier n°10-13.805), on conçoit mal quel pourrait être le terme de la période d'indemnisation dès lors qu'aucune décision administrative n'a été notifiée.

Un arrêt de la Chambre sociale du 6 avril 1994 ³⁵ précise d'ailleurs que "les dispositions de l'article L. 436-3 du Code du travail (nouveaux articles L.2422-1, L.2422-2 et L.2422-4, dont l'article L.4623-7 est le décalque) ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié protégé prononcé sans observation des formalités protectrices".

➤ Cette solution devant être écartée, de la situation de quel salarié protégé peut-on dès lors s'inspirer ?

- Dans ses observations transmises à la Cour de cassation sur la demande d'avis, l'employeur relève :
 - que le médecin du travail ne bénéficie pas d'une protection après la cessation de ses fonctions,
 - que les délégués syndicaux ne peuvent pas prétendre à plus de 12 mois de salaire, alors même qu'ils bénéficient, eux, d'une protection à l'issue de leur mandat,
 - pour affirmer qu'en conséquence "l'indemnisation pour violation du statut protecteur (du médecin du travail) ne pourra qu'être déterminée en fonction du préjudice subi, et plafonnée à 12 mois de rémunération".

Le syllogisme, quoique séduisant, n'emporte pas la conviction puisque, si le médecin du travail ne bénéficie pas d'une protection après la cessation de ses fonctions, c'est parce que sa protection n'est pas attachée à un mandat mais trouve sa source dans l'exercice du contrat de travail.

C'est cependant la solution retenue par la cour d'appel de Paris, raisonnant par analogie, dans un arrêt, aujourd'hui définitif, rendu le 30 janvier 2013 sur renvoi de la Cour de cassation ³⁶. Elle a considéré que pouvait être transposée au médecin du travail "la solution retenue pour les délégués syndicaux qui, de la même façon, sont simplement désignés pour une durée indéterminée et pour lesquels il est retenu une indemnisation calculée sur la base d'une année de salaire."

- De son côté, le médecin du travail demande au conseil de prud'hommes de condamner l'employeur à lui payer une indemnité au titre de la violation de son statut protecteur "plafonnée à la durée de protection accordée aux représentants du personnel (54 mois)".

35

Soc. 6 avril 1994, n°92-42.395

36

Paris, 30 janvier 2013, n°RG S11/07701 ; le pourvoi formé contre cette décision, enregistré sous le n° T13-14.949, a fait l'objet d'une ordonnance de déchéance le 12 septembre 2013.

Là encore, cette solution ne paraît pas aller de soi, dès lors que la protection du médecin du travail n'a comme seul terme que la fin de son contrat.

Elle me paraît pourtant la plus adaptée, si l'on considère que le licenciement, étant nul, aura laissé subsister, telle une ombre projetée, une période de protection limitée à la durée de la protection (de 30 mois et non de 54 mois comme soutenu en l'espèce) accordée aux représentants du personnel.

Il s'agit là d'une durée maximale, les juges du fond pouvant moduler le montant de l'indemnité forfaitaire dès lors que *“seule une fraude du salarié peut le priver de la protection attachée à son mandat, le manquement à son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur ne pouvant avoir d'incidence que sur le montant de l'indemnisation due au titre de la violation de son statut protecteur”*³⁷.

Aligner la situation du médecin du travail sur celle de la plupart des salariés protégés aurait le mérite de ne pas ajouter de complexité à un dispositif qui n'en manque pas et de contribuer à harmoniser les modalités d'indemnisation.

Si les juges étaient conduits à retenir le même principe d'indemnisation pour les délégués syndicaux, la construction prétorienne parviendrait à un équilibre qui ne rendrait plus nécessaire une intervention unificatrice du législateur, suggérée par la doctrine : *“Si une sanction préfixe de l'atteinte au statut protecteur devait être instituée par le législateur, il nous paraît opportun que cette sanction soit uniforme, c'est à dire la même quel que soit le salarié protégé en cause. (...) Sans doute est-il exact que la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur n'a pas la même incidence selon les salariés protégés. Mais il reste que la finalité du statut protecteur est dans tous les cas la même, protéger un exercice libre et indépendant des fonctions, et que la violation du statut protecteur par l'employeur s'apparente dans tous les cas à une voie de fait. Pour ces raisons, il nous paraît souhaitable de préserver l'uniformité des sanctions appliquées en cas de licenciement de salariés protégés sans autorisation.”*³⁸

C'est dans ces conditions que je conclurai, **pour le cas où il y aurait lieu à avis**, que la durée de protection permettant de calculer l'indemnité pour violation du statut protecteur du médecin du travail licencié sans autorisation administrative est identique à la durée minimum du mandat des délégués du personnel résultant de l'article L.2314-27 du code du travail, soit deux ans, cette durée étant prolongée de six mois par analogie avec la règle posée par l'article L.2411-5 du même code.

37

Soc. 16 février 2011, n° 10-10.592

38

Jean-Yves Frouin *“L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation. Retour sur une jurisprudence controversée”*, RJS 2001, 842