

Décision attaquée : 18 septembre 2014, le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt

Monsieur Jean-Marie X...  
C/  
Société Vallourec Tubes France

Rapporteur : Nathalie.Sabotier

**RAPPORT  
SAISINE POUR AVIS  
DE LA COUR DE  
CASSATION**

La Cour de cassation est saisie de la question suivante, transmise, pour avis, par la formation de jugement du conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt :

*“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.”*

**1 - Rappel des faits et de la procédure :**

M. X... a été engagé en qualité de médecin du travail le 15 avril 1975 par la société Vallourec devenue Vallourec tubes France, pour ses sites d'Anzin, Valenciennes et Saint-Saulve.

Au terme d'un arrêt de travail pour maladie, ce salarié a fait l'objet d'une visite de préreprise <sup>1</sup> le 13 décembre 2012, le médecin ayant émis un avis d'inaptitude de l'intéressé à reprendre son poste de travail.

Le 24 janvier 2013, le médecin a déclaré M. X... inapte définitivement à son poste de médecin du travail, avec danger immédiat.

Après avoir obtenu l'avis favorable des membres du comité d'entreprise au projet de licenciement, la société Vallourec tubes France a sollicité l'avis de l'inspecteur du travail le 19 mars 2013.

Par une lettre du 26 mars 2013, la société Vallourec tubes France a notifié à M. X... son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

---

<sup>1</sup> Article R.4624-20 : En vue de favoriser le maintien dans l'emploi des salariés en arrêt de travail d'une durée de plus de trois mois, une visite de préreprise est organisée par le médecin du travail à l'initiative du médecin traitant, du médecin conseil des organismes de sécurité sociale ou du salarié.

Par une décision du 6 mai 2013, l'inspecteur du travail a rejeté la demande d'autorisation de licenciement (celui-ci étant déjà intervenu).

Dès le 11 avril 2013, M. X... avait saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir l'annulation de son licenciement et la condamnation de la société Vallourec tubes France à lui payer diverses sommes, dont une indemnité pour violation du statut protecteur équivalente à 54 mois de salaires.

## **2 - Recevabilité de la demande d'avis :**

### **2.1 - Sur la recevabilité en la forme (articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile)**

Il résulte en l'occurrence des notes du greffier lors de l'audience du 17 juillet 2014, que le conseil de prud'hommes a été invité, par le conseil du salarié, à saisir la Cour de cassation pour avis, de la question de l'évaluation de l'indemnité due par l'employeur au titre de la violation du statut protecteur lorsque, comme en l'espèce, le licenciement d'un médecin du travail, salarié protégé, est intervenu sans l'autorisation préalable de l'administration du travail.

Les mêmes notes d'audience indiquent que le conseil de l'employeur s'est associé à la demande d'avis, ce qu'il a confirmé par écrit le 15 septembre 2014.

L'affaire a été communiquée au ministère public le 1<sup>er</sup> août 2014 et celui-ci a fait connaître, le 10 septembre 2014, qu'il s'en rapportait.

Par un jugement du 18 septembre 2014, le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt a sollicité l'avis de la Cour dans les termes précités.

Cette décision a été notifiée aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception le 18 septembre 2014 et ce même jour, le premier président de la cour d'appel de Versailles, le procureur général et le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre, ont été avisés de la demande d'avis.

La demande d'avis apparaît recevable en la forme.

### **2.2 - Sur la recevabilité au fond**

Aux termes de l'article L.441-1 du code de l'organisation judiciaire, la demande d'avis doit porter sur une question de droit, nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

### 2.2.1 Une question de droit :

Il ne peut y avoir lieu à avis que si la question posée est de pur droit et dégagée des éléments de fait de l'espèce <sup>2</sup>. Aussi, une question mélangée de fait ou supposant «*l'examen de situations concrètes nécessairement soumises à un débat contradictoire devant les juges du fond*» n'entre-t-elle pas dans les prévisions de la loi <sup>3</sup>.

En l'occurrence, la question posée se présente bien comme une question de droit puisqu'il s'agit de déterminer les modalités de calcul de l'indemnité forfaitaire due en cas de violation du statut protecteur.

Un débat de pur fait pourrait éventuellement porter sur la caractérisation de l'attitude du salarié dont l'employeur soutenait qu'il avait lui-même appelé de ses vœux avec insistance son licenciement, invoquant à cet égard sa "mauvaise foi", sans toutefois en tirer de conséquence, ni offrir de démontrer un lien entre cette attitude et ce que le conseil de prud'hommes qualifie de "*bévue de la part du jeune directeur des ressources humaines*", ayant consisté à prononcer le licenciement de ce salarié protégé sans attendre l'autorisation écrite de l'inspecteur du travail.

### 2.2.2. une question nouvelle :

Une question de droit peut être nouvelle soit parce qu'elle concerne l'application d'un texte nouveau, soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation.

Au cas particulier, bien que la disposition légale prévoyant la protection du médecin du travail en cas de licenciement ne soit pas nouvelle <sup>4</sup>, la Cour de cassation n'a jamais statué et, à ce jour, n'est saisie d'aucun pourvoi portant sur la détermination de l'indemnité due à ce salarié en cas de violation du statut protecteur.

### 2.2.3 une question se posant dans de nombreux litiges :

La Cour de cassation "*se refuse à contrôler effectivement l'existence de nombreux litiges. C'est le caractère d'intérêt général de la question, son utilité pour l'unification de la jurisprudence qui conditionne sa recevabilité. Peu importe que l'on sache si un salarié d'Air France qui ne peut plus exercer son mandat de conseiller prud'hommes à la suite de sa mutation à l'étranger, bénéficie encore de la protection absolue prévue*

---

<sup>2</sup> Avis du 1er décembre 2003, n° 00-00.000, Bull. 2003, Avis n° 2 ; Avis du 5 décembre 2011, n°11-00.006, Bull. 2011, Avis, n° 8 ; Avis du 12 décembre 2011, n°11-00.007, Bull. 2011, Avis n° 9 ; et très récemment Avis du 26 mai 2014, n°14-70.004, Bull. 2014, n°3.

<sup>3</sup> Avis du 11 mars 1994, n° 09-40.003, Bull. 1994, Avis, n° 9

<sup>4</sup> Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002.

*par le code du travail*<sup>5</sup> : son cas n'est guère appelé à se poser à nouveau et ne présente d'intérêt que pour les parties en cause. Il est des arrêts d'espèce, il ne saurait y avoir des avis d'espèce."<sup>6</sup>

En l'espèce, il n'apparaît pas inutile de rappeler que l'on dénombre 5666 médecins du travail en France au 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>7</sup>.

S'agissant plus précisément de l'évaluation du contentieux relatif à la rupture des contrats de travail de médecins du travail, l'exploitation de la base Jurinet donne sept résultats entre 2004 et 2014, soit sept arrêts portant sur des ruptures de contrats de travail (licenciements, prises d'acte et demandes de résiliation) de médecins du travail<sup>8</sup>. L'exploitation de la base Jurica donne six arrêts de cour d'appel entre 2008 et 2014.

#### 2.2.4 une question posant une difficulté sérieuse :

La question est sérieuse dès lors qu'elle commande la solution du litige<sup>9</sup> et qu'elle donne ou pourrait donner lieu à plusieurs solutions divergentes d'égale pertinence de la part des juridictions du fond. Autrement dit, «*Il faut que la question posée puisse raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond*»<sup>10</sup>.

Mais une question n'est pas sérieuse lorsqu'elle dépend d'une opération de qualification qui relève de l'office du juge<sup>11</sup>, lorsque la réponse va de soi<sup>12</sup> ou encore lorsque la réponse résulte de la lecture et de la combinaison des textes en cause dont les conditions d'élaboration et d'application ne suscitent aucune interrogation<sup>13</sup>.

---

<sup>5</sup> Avis du 9 juillet 1993, n°09-30.007, Bull. 1993, avis n°10

<sup>6</sup> Le point sur la saisine pour avis, Exposé de Mme A.M. Morgan de Rivery-Guillaud, Communications, BICC 15 décembre 1993, p.12.

<sup>7</sup> Source : Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques, Document de travail, séries statistiques n°179 d'avril 2013, Les médecins au 1<sup>er</sup> janvier 2013 (tableau page 13).

<sup>8</sup> Soc. 15 décembre 2004, n°02-46.025 ; Soc. 19 mai 2010, n°08-45.321 ; Soc. 29 octobre 2010, n°08-70.412 ; Soc. 6 juillet 2011, n°10-13.805, Bull.2011, V, n°189 ; Soc. 16 mai 2013, n°12-11.582 ; Soc. 10 juillet 2013, n°12-17.560 ; Soc. 5 mars 2014, n°12-28.127.

<sup>9</sup> Avis du 23 avril 2007, n°07-00.008, Bull. Criminel 2007 avis n°3 ; Avis du 20 octobre 2000, n°02-00.014, Bull. 2000, avis n°8.

<sup>10</sup> J. et L. Boré, La cassation en matière civile, Dalloz action 2009-2010, n°24.33.

<sup>11</sup> Avis du 4 mai 2010, n°10-00.001, Bull. Criminel 2010, avis n°2.

<sup>12</sup> Avis du 29 janvier 2007, n°07-00.003, Bull. 2007, avis n°2.

<sup>13</sup> Avis du 26 septembre 2006, n°06-00.010, Bull. Criminel 2006, avis n°2 et très récemment Avis du 5 mai 2014, n°14-70.003, Bull. 2014 n°2.

En l'espèce, les textes susceptibles d'être appliqués au licenciement d'un médecin du travail, sont les suivants :

Article L.4623-5 du code du travail :

*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 du travail.*

*Toutefois, en cas de faute grave, l'employeur peut prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé dans l'attente de la décision définitive. En cas de refus de licenciement, la mise à pied est annulée et ses effets supprimés de plein droit.*

Article L.4623-6 :

*Lorsque le ministre compétent annule, sur recours hiérarchique, la décision de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement d'un médecin du travail, celui-ci a le droit, s'il le demande dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision, d'être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent conformément aux dispositions de l'article L. 2422-1.*

*Il en est de même lorsque le juge administratif a annulé une décision de l'inspecteur du travail ou du ministre compétent autorisant un tel licenciement.*

Article L.4623-7 :

*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 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.*

*Ce paiement s'accompagne du versement des cotisations correspondant à cette indemnité qui constitue un complément de salaire.*

Il résulte de la combinaison de ces textes que le licenciement du médecin du travail est soumis à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Lorsque l'autorisation a été ultérieurement annulée, le salarié doit être réintégré dans l'entreprise s'il le demande. A fortiori, lorsque le licenciement est intervenu sans autorisation, le licenciement étant nul, le salarié doit de la même manière être réintégré s'il le demande.

Or, si les textes définissent le quantum de l'indemnité due au médecin du travail lorsque l'autorisation de licenciement est ultérieurement annulée, aucun ne détermine celle lui étant due lorsque le licenciement est intervenu sans autorisation préalable.

Il s'agit précisément du cas d'espèce. Dès lors, cette question commande bien l'issue du litige et à ce titre elle paraît sérieuse.

Elle semble en outre, susceptible d'appeler des réponses divergentes dès lors que le salarié soutenait qu'il pouvait prétendre à une indemnité équivalente à 54 mois de salaire (436.590 €), par référence à la durée des mandats des représentants du personnel et qui bénéficient, comme le médecin du travail, du statut de salarié protégé. La société Vallourec tubes France soutenait quant à elle que M. X... ne pouvait prétendre qu'à une indemnité correspondant à 12 mois de salaire par analogie avec le raisonnement suivi par la jurisprudence s'agissant des délégués syndicaux qui, comme le médecin du travail, ne sont pas élus, mais nommés et ce, pour une durée a priori indéterminée.

### **3 - Examen au fond de la question :**

Le rôle du médecin du travail *“consiste à éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail, notamment en surveillant les conditions d'hygiène au travail, les risques de contagion et leur état de santé.”*<sup>14</sup> A ce titre, il doit pouvoir exercer ses fonctions en toute indépendance (3.1) et bénéficie à cette fin du statut de salarié protégé (3.2). L'étude des conséquences de la violation du statut protecteur en général (3.3) permettra de dégager des éléments de réponse à la question soumise à la Cour.

#### **3.1 L'affirmation du principe d'indépendance du médecin du travail.**

Selon l'article 10 de la convention n°161 de l'Organisation internationale du travail du 25 juin 1985 sur les services de santé au travail, *“le personnel qui fournit des services en matière de santé au travail doit jouir d'une indépendance professionnelle complète à l'égard de l'employeur, des travailleurs et de leurs représentants, lorsqu'il en existe, en relation avec les fonctions stipulées à l'article 5.”*

Et l'article 7.2 de la Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, prévoit que *“les travailleurs désignés [pour s'occuper des activités de protection et des activités de prévention des risques professionnels de l'entreprise et/ou de l'établissement] ne peuvent subir de préjudice en raison de leurs activités de protection et de leurs activités de prévention des risques professionnels.”*

---

<sup>14</sup> Article L.4622-3 du code du travail.

C'est la loi n°2011-867 du 20 juillet 2011 qui a affirmé le principe d'indépendance du médecin du travail, dans le code du travail, dans un nouvel article L.4623-8<sup>15</sup> ainsi rédigé :

*Dans les conditions d'indépendance professionnelle définies et garanties par la loi, le médecin du travail assure les missions qui lui sont dévolues par le présent code.*

*“L'objet de cette indépendance est de mettre le médecin du travail à l'abri de toute pression - que ce soit dans son activité clinique ou en milieu de travail - afin de préserver son action dans l'intérêt exclusif de la santé et de la sécurité des travailleurs.”* <sup>16</sup> Afin de garantir cette indépendance, le licenciement du médecin du travail est soumis à un régime d'autorisation préalable subordonnée à la vérification, par l'inspecteur du travail, que le licenciement est sans lien avec l'exercice normal des fonctions du médecin du travail <sup>17</sup>.

### **3.2 Le médecin du travail est un salarié protégé.**

C'est la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale qui a aligné la protection dont bénéficient les médecins du travail sur celles des représentants du personnel : leur licenciement est ainsi subordonné dans tous les cas à l'autorisation de l'inspecteur du travail.

La procédure de licenciement (ou de transfert de son contrat de travail) du médecin du travail est ainsi réglementée par les articles L.4623-4 à L.4623-7 et R.4623-18 à R.4623-24 du code du travail.

---

<sup>15</sup> À propos duquel le Conseil d'Etat, saisi d'une question portant sur la non conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de cet article, a jugé *“que l'article L. 4623-8 du code du travail, introduit dans ce code par la même loi du 20 juillet 2011, rappelle d'ailleurs que, quelle que soit la nature du service de santé au travail concerné, le médecin du travail assure ses missions « dans les conditions d'indépendance professionnelle définies et garanties par la loi » ; que les dispositions législatives litigieuses n'introduisent dès lors, sur ce point, aucune différence de traitement entre les salariés, selon qu'ils relèvent d'un service de santé au travail autonome ou d'un service de santé au travail interentreprises ;”* (CE, 25 juin 2012, Syndicat national des professionnels de santé au travail, req. N°358108)

<sup>16</sup> *L'Etat de santé du salarié*, Editions liaisons, 3<sup>ème</sup> édition, par M. Blatman, P.Y. Verkindt et S. Bourgeot.

<sup>17</sup> C.E., 5 février 1988, req. n°54534, Boutillon, décision publiée au Recueil Lebon ; C.E., 6 mai 1996, req. n°162343, Oosterlynck.

A propos de ces dispositions, la chambre sociale a jugé que ***“les dispositions de l'article L. 4623-5 du code du travail 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.***

*En conséquence, viole ce texte la cour d'appel qui retient qu'une interdiction temporaire d'activité prononcée à l'encontre d'un médecin du travail, le prive du bénéfice de la protection légale.”*<sup>18</sup>

Les dispositions relatives à la protection dont bénéficient les médecins du travail ne sont cependant pas insérées dans la deuxième partie du code du travail, mais dans la quatrième, consacrée à la santé et la sécurité au travail.

Elles sont toutefois rédigées en termes très voisins en ce sens que les articles L.2411-1 et L.2411-2 du code du travail énumèrent les mandats faisant bénéficier leurs titulaires de la protection en cas de licenciement. Les articles L.2411-3 à L.2421-10 sont relatifs à la procédure de licenciement et de transfert du contrat (autorisation préalable de l'inspecteur du travail, détermination du point de départ et de la fin de la période de protection). Et les articles L.2422-1 et L.2422-2 prévoient le cas de l'annulation de l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail.

De la même manière que les dispositions relatives au médecin du travail, aucune disposition ne traite du licenciement intervenu sans autorisation préalable et de la détermination de l'indemnité due en réparation de la violation du statut protecteur : *“le législateur, en revanche, est demeuré muet en ce qui concerne les conséquences (les sanctions) de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur, c'est-à-dire du licenciement prononcé sans autorisation ou au mépris d'une décision de refus d'autorisation. C'est donc la jurisprudence qui a été conduite à déterminer ces sanctions et qui a du reste adopté, ce qui est logique compte tenu de la similarité des situations juridiques, un régime assez comparable à celui résultant d'une décision d'annulation, à ceci près que c'est le terme de la période de protection qui produit ici les effets de l'expiration du délai de deux mois (...)”*<sup>19</sup>

### **3.3 L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés.**

3.3.1 C'est en 1970 que la chambre sociale a fixé les règles de l'indemnisation due en cas de violation par l'employeur du statut protecteur.

---

<sup>18</sup> Soc. 6 juillet 2011, pourvoi n°10-13.805, Bull.2011, V, n°189 ; RJS n°10/11, décision n°811 ; JCP édition sociale du 11 octobre 2011, jurisprudence, n°1456.

<sup>19</sup> *L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation. Retour sur une jurisprudence controversée*, J.Y. Frouin, R55 novembre 2001, chronique p.842 n°5



Elle a ainsi jugé que *“le licenciement d'un délégué du personnel, également membre du comité d'entreprise, ne peut être prononcé, au plus tôt, qu'à l'expiration d'une période de six mois après l'expiration de ses fonctions de représentant du personnel. Pour la réparation du préjudice matériel et moral causé par le licenciement irrégulier, la base de calcul de l'indemnité peut être trouvée dans le montant des avantages directs et indirects que le délégué aurait reçus si l'employeur avait exécuté son obligation de fournir le travail convenu, jusqu'à l'expiration de la période de protection.*

*Dès lors, doit être cassée, la décision qui ne permet pas à la Cour de Cassation d'exercer son contrôle sur l'appréciation de l'indemnisation accordée en ne précisant ni la date de la fin de la protection légale du représentant du personnel, ni celle où il a cessé d'être à la disposition de son employeur ni les ressources, susceptibles d'atténuer le préjudice causé, qu'il aurait pu se procurer entre temps par ailleurs.”*<sup>20</sup>

Cette solution a été depuis constamment réaffirmée<sup>21</sup> et son régime juridique précisé, selon que le salarié sollicite sa réintégration :

Soc. 10 décembre 1997, pourvoi n°94-45.254, Bull.1997, V, n°431 :

*“Le licenciement d'un salarié protégé auquel sont assimilés les conseillers prud'hommes, prononcé en violation du statut protecteur, est atteint de nullité et ouvre droit, pour le salarié qui demande sa réintégration pendant la période de protection, au versement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration” ;*

ou qu'il ne la sollicite pas :

Soc. 25 novembre 1997, pourvoi n°94-43.651, Bull.1997, V, n°405 :

*“La sanction de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur d'un représentant du personnel, illégalement licencié et qui ne demande pas sa réintégration, est la rémunération que le salarié aurait perçue jusqu'à la fin de la période de protection en cours et non la réparation du préjudice réellement subi par le salarié protégé pendant cette période.”*

Il est cependant apparu inconcevable à la chambre sociale de transposer totalement ces précédents aux conseillers prud'hommes dont le mandat est d'une durée de cinq ans. Aussi, tout en maintenant le principe de la réparation forfaitaire du préjudice résultant de la violation du statut protecteur, a-t-elle décidé d'en limiter le quantum à la durée de la protection accordée (à l'époque) aux représentants du personnel :

---

<sup>20</sup> Soc. 27 mai 1970, pourvoi n°69-40.070, Abisse c/ société Rhodiaceta, Bull.1970,V,n°362,

<sup>21</sup> Voir par exemple Soc. 20 juin 2006, pourvoi n°05-44.256, Bull. 2006, V, n°221.

Soc. 28 mars 2000, pourvoi n°97-44.373, Bull.2000, V, n°134 :

*"Le conseiller prud'homme, licencié sans autorisation administrative qui ne demande pas la poursuite du contrat de travail illégalement rompu, a le droit d'obtenir 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 la protection accordée aux représentants du personnel."*<sup>22</sup>

Et la chambre a maintenu la durée maximale d'indemnisation à deux ans de salaire alors même que la durée des mandats des représentants du personnel a été portée de deux à quatre ans par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 (articles L.2314-26 et L.2324-24 du code du travail) :

Soc. 1er juin 2010, pourvoi n°09-41.507, Bull 2010, V, n°123

*"L'administrateur de mutuelle exerçant son mandat ou l'ayant cessé depuis moins de six mois, dont le licenciement, selon l'article L. 114-24 du code de la mutualité, est soumis à la procédure de l'ancien article L. 412-18 du code du travail, qui a été licencié sans autorisation administrative a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale à la rémunération qu'il aurait perçue jusqu'au terme de son mandat dans la limite de deux ans, durée minimale légale du mandat des représentants du personnel, augmentée de six mois."*

Le commentaire de cet arrêt au Bulletin d'information de la Cour de cassation, nous enseigne que *"la durée des mandats des représentants élus du personnel ayant été portée à quatre ans par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, sous réserve de la fixation, par accord dérogatoire, d'une durée inférieure au moins égale à deux ans, l'arrêt limite donc l'indemnisation des salariés investis d'un mandat ou d'une fonction extérieure à l'entreprise, licenciés sans autorisation administrative lorsqu'elle est nécessaire, à la rémunération qu'ils auraient perçue depuis leur éviction jusqu'à la fin de leur mandat, dans la limite de la durée minimale légale du mandat des représentants du personnel, augmentée de la période de protection après la cessation du mandat."*

Un arrêt ultérieur de la chambre sociale a *"semé le doute"*<sup>23</sup>, en ce qu'il semble approuver la décision des juges du fond ayant accordé à un conseiller prud'homme au titre de la violation de son statut protecteur une indemnité équivalente à plus de cinquante mois de salaire<sup>24</sup>. L'on observera toutefois, qu'à l'occasion de ce pourvoi, la chambre sociale n'était saisie d'aucun moyen soutenant que l'indemnité devait être limitée à la durée minimale légale de protection accordée aux représentants du

---

<sup>22</sup> Voir également Soc. 2 mai 2001, pourvoi n°98-46.319, Bull.2001, V, n°147 ; Soc. 30 novembre 2004, pourvoi n°01-44.739, Bull.2004, V, n°309.

<sup>23</sup> Voir *L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés*, par J. Mouly, Droit social 2014, p.729.

<sup>24</sup> Soc. 12 juin 2013, pourvoi n°12-17.273, Bull. 2013, V, n°153.

personnel, de deux ans et six mois. Aussi, n'a-t'il peut-être pas la portée que lui prêtent certains commentateurs faisant grief à la chambre sociale d'avoir *“basculé ici dans la catégorie des indemnités excessives”*<sup>25</sup>.

3.3.2 La chambre sociale s'est également prononcée sur l'indemnisation due au titre de la violation du statut protecteur du délégué syndical, puis du conseiller du salarié, dont la durée de la période de protection est par nature incertaine. Le délégué syndical est en effet désigné par son organisation et il exerce son mandat tant que cette organisation n'a pas rapporté sa désignation. Le conseiller du salarié, lui, est inscrit sur une liste départementale et il exerce ses fonctions tant que cette inscription est renouvelée.

*“Pour résoudre la difficulté, la Cour de cassation qui a eu d'abord à connaître du cas du délégué syndical, tout en maintenant le principe selon lequel l'indemnisation de l'atteinte au statut protecteur est égale au montant des salaires que le salarié aurait perçus depuis la date de son éviction jusqu'à la fin de la protection, et après avoir considéré que le licenciement, même nul, du délégué syndical faisait obstacle à l'exercice du mandat, s'est appuyée sur la règle posée à l'article L 412-18<sup>26</sup> en vertu de laquelle la protection des anciens délégués syndicaux se poursuit pendant douze mois après la cessation de l'exercice de leurs fonctions pour en déduire que la durée de la période de protection les concernant était de douze mois, et par suite l'indemnité à leur revenir égale à douze mois de salaire à compter de leur éviction de l'entreprise.”*<sup>27</sup>

Soc. 6 juin 2000, pourvoi n° 98-40.387, Bull. 2000, V, n°218 :

*“Le salarié, délégué syndical, licencié sans autorisation de l'inspecteur du travail, qui ne demande pas sa réintégration dans l'entreprise, a droit, au titre de la violation du statut protecteur, à une indemnité égale aux salaires qu'il aurait perçus pendant la période légale de protection, soit douze mois à compter de son éviction de l'entreprise.”*<sup>28</sup>

Soc. 2 mai 2001, pourvoi n°98-46.055, Bull. 2001, V, n°144 :

*“La sanction de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur d'un conseiller du salarié, dont le mandat n'est pas limité dans le temps, lorsque celui-ci ne demande pas sa réintégration, est, en application de l'article L. 122-14-16 du code du travail, égale au moins à la rémunération que ce salarié aurait perçue jusqu'à la fin de la période de*

---

<sup>25</sup> L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés, par J. Mouly, Droit social 2014, p.729.

<sup>26</sup> Devenu L.2411-3 du code du travail.

<sup>27</sup> RJS novembre 2001, chronique précitée, note 19

<sup>28</sup> Voir dans le même sens Soc. 27 octobre 2004, pourvoi n°01-45.902, Bull.2004, V, n°275.

*protection dans la limite de la durée de la protection du délégué syndical, soit douze mois de salaires à compter de son éviction de l'entreprise.”<sup>29</sup>*

On le voit, la solution retenue pour le délégué syndical a été étendue au conseiller du salarié, ce dernier bénéficiant de la protection complémentaire de douze mois qui suit la cessation de ses fonctions<sup>30</sup>. La doctrine de la chambre sociale a cependant ultérieurement évolué s'agissant du conseiller du salarié :

Soc. 19 juin 2007, pourvoi n°05-46.017, Bull. 2007, V, n°106 :

*“La liste des conseillers du salarié élaborée dans les conditions prévues à l'article D. 122-3 du code du travail étant soumise à révision tous les trois ans en application de l'article D. 122-4 du même code, le salarié licencié sans autorisation administrative alors qu'il est inscrit sur cette liste doit, pour pouvoir prétendre au paiement d'une indemnité égale au montant des salaires dus jusqu'à sa réintégration effective, demander cette réintégration avant le terme de la période triennale en cours au jour du licenciement, ou dans les douze mois qui suivent son éviction de l'entreprise, lorsque les fonctions de conseiller du salarié ont été exercées pendant un an au moins ; lorsque le salarié n'a pas demandé sa réintégration avant l'expiration de cette période de protection pour des raisons qui lui sont imputables, il a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur, 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 du code du travail.”*

En revanche, s'agissant de l'administrateur salarié d'un organisme du régime général de la sécurité sociale (article L.231-6 du code de la sécurité sociale), également désigné par une organisation syndicale pour une durée de quatre ans (articles D.231-1 et suivants du code de la sécurité sociale), la chambre sociale a jugé que l'indemnisation de la violation de son statut protecteur devait être fixée par référence aux règles prévues pour les représentants du personnel, alors même que s'agissant de la procédure de licenciement applicable à ce salarié, le code du travail (article L.2411-18) renvoie à l'article L.2411-3 relatif au délégué syndical :

Soc. 22 juin 2004, pourvoi n°01-41.780, Bull. 2004, V, n°179 :

*“Le salarié protégé, auquel sont assimilés les administrateurs des organismes du régime général de la sécurité sociale, dont le licenciement a été prononcé en violation du statut protecteur, a le droit d'obtenir, au titre de la méconnaissance de ce statut, le montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et l'expiration de la période de*

---

<sup>29</sup> Voir également Soc. 19 juin 2007, pourvoi n°05-46.017, Bull.2007, V, n°106.

<sup>30</sup> Soc. 27 janvier 2010, pourvoi n°08-44.376, Bull. 2010, V, n°22 : “Sauf dispositions expresses contraires, la recodification du code du travail est intervenue à droit constant. 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”.

*protection dans la limite de la durée de la protection accordée aux représentants du personnel, soit une période d'indemnisation ne pouvant excéder trente mois.”<sup>31</sup>*

La chambre sociale a statué dans le même sens s'agissant des administrateurs de mutuelle, alors même que l'article L.114-24 du code de la mutualité renvoie à l'article L.412-18 (devenu L.2411-3) du code du travail en ce qui concerne la procédure de licenciement de ce salarié protégé : Soc. 1<sup>er</sup> juin 2010, pourvoi n°09-41.507, Bull. 2010, V, n°123 précité <sup>32</sup>.

3 . 3 . 3 La chambre sociale a encore limité l'indemnisation due au titre de la méconnaissance du statut protecteur dans l'hypothèse de la déloyauté du salarié :

Soc. 16 février 2011, pourvoi n°10-10.592, Bull. 2011, V, n°51 :

*“La protection du conseiller prud'homme s'applique à compter de la proclamation des résultats des élections, peu important l'ignorance par l'employeur de l'existence du mandat ; 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.”*

Le manquement à l'obligation de loyauté résultait dans cette affaire, du silence gardé par le salarié sur l'existence de son mandat de conseiller prud'homme, dont l'employeur pouvait ne pas avoir eu connaissance, dès lors qu'il s'exerce à l'extérieur de l'entreprise.

Prenant en compte la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 14 mai 2012 <sup>33</sup>, la chambre sociale a décidé que pour bénéficier du statut protecteur, le salarié investi d'un mandat s'exerçant à l'extérieur de l'entreprise devait établir avoir informé l'employeur de l'existence de ce mandat ou que l'employeur en avait connaissance :

Soc. 14 septembre 2012, pourvoi n°11-21.307, Bull. 2012, V, n°230 :

*“La protection assurée au salarié par les articles L. 2411-1 17° et L. 2411-22 du code du travail découle d'un mandat extérieur à l'entreprise, dont l'employeur n'a pas nécessairement connaissance. Par sa décision n°2012-242 du 14 mai 2012, le Conseil constitutionnel a dit que les dispositions découlant de l'exercice d'un mandat extérieur à l'entreprise assurant une protection au salarié ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé*

---

<sup>31</sup> Voir également Soc. 13 novembre 2003, pourvoi n°01-44.136.

<sup>32</sup> Voir également Soc. 5 février 2014, pourvoi n°12-24.687.

<sup>33</sup> Cons. const., 14 mai 2012, décision n° 2012-42 QPC, Association Temps de Vie.

*son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement. Il s'en déduit que le salarié, titulaire d'un mandat de conseiller prud'homal mentionné par l'article L. 2411-1 17° du code du travail ne peut se prévaloir de cette protection que si, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, ou, s'il s'agit d'une rupture ne nécessitant pas un entretien préalable, au plus tard avant la notification de l'acte de rupture, il a informé l'employeur de l'existence de ce mandat, ou s'il rapporte la preuve que l'employeur en avait alors connaissance.*

*Doit en conséquence être censurée la cour d'appel qui a dit nulle la mise à la retraite du salarié conseiller prud'homal pour inobservation du statut protecteur, alors qu'elle avait constaté que l'existence du mandat de conseiller prud'homal n'avait pas été portée à la connaissance de l'employeur, bien que ce dernier ait fait part à l'intéressé de son intention de le mettre à la retraite lors d'un entretien qui avait eu lieu précédemment."*

Ainsi, la dissimulation par un salarié du mandat exercé à l'extérieur de l'entreprise, peut faire échec à l'application du statut protecteur, au même titre que la fraude :

Soc. 29 mars 2005, pourvoi n°03-43.407 :

*"Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que M. Saglio, qui occupait les fonctions de directeur des ressources humaines et qui a été chargé de la mise en place d'un plan social consécutif à la fusion entre les sociétés Laboratoires Wellcome et Laboratoires Glaxco, et plus spécialement de l'antenne emploi sur le site de Sophia Antipolis, a demandé à son employeur de bénéficier d'un départ volontaire dans le cadre du plan social à 55 ans ; qu'un accord est intervenu conformément aux souhaits du salarié dont le contrat a été rompu le 20 septembre 1999 ;*

*Sur le premier moyen, tel qu'il figure au mémoire :*

*Attendu que l'arrêt confirmatif attaqué (Aix-en-Provence, 17 mars 2003), qui a constaté que le salarié avait lui-même organisé les modalités de son départ volontaire dans le cadre du plan social à la mise en oeuvre duquel il avait lui-même contribué et qui a fait ressortir qu'il avait provoqué la rupture amiable de son contrat de travail pour se prévaloir ultérieurement de la méconnaissance de sa protection statutaire, et que cette attitude, par méconnaissance de la loyauté la plus élémentaire dans les rapports contractuels, était frauduleuse, a légalement justifié sa décision ;"*

Soc. 29 septembre 2009, pourvoi n°08-43.997 :

*"Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté, par motifs propres et adoptés que le salarié, à qui il incombait de par ses fonctions très étendues, de faire connaître et respecter par la direction suédoise la législation française, et qui était en charge de son propre dossier de licenciement, avait sciemment agi en méconnaissance de sa protection statutaire et que cette attitude constituait une fraude de sa part, a, abstraction faite du motif erroné mais surabondant évoqué dans la troisième branche du moyen, légalement justifié sa décision ;"*

3 . 3 . 4 La chambre sociale juge que l'indemnité pour violation du statut protecteur (dans une hypothèse où l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail avait été annulée) est due nonobstant le départ à la retraite du salarié <sup>34</sup> :

Soc. 26 septembre 2007, pourvoi n°05-42.599 , Bull. 2007, V, n°140 :

*“le départ à la retraite pendant la période d'indemnisation du préjudice subi par le salarié dont l'autorisation de licenciement a été annulée ne fait pas cesser ce préjudice dont la totalité doit être réparée pendant la période déterminée par l'article L. 425-3 (...)”*

Et l'indemnité pour violation du statut protecteur se cumule avec les indemnités de rupture du contrat de travail et les dommages-intérêts réparant le préjudice résultant de la privation d'emploi :

Soc. 23 novembre 2004, pourvoi n°02-44.262, Bull. 2004, V, n°296 :

*“Le salarié protégé 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 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 à l'article L. 122-14-4 <sup>35</sup> du code du travail.”*

La chambre sociale raisonne en effet comme si la date du licenciement avait été déplacée. Le salarié a droit à son salaire jusqu'au jour où l'employeur recouvrait le droit de le licencier sans intervention de l'administration du travail, puis aux dommages-intérêts pour licenciement nul, qui ne sauraient être inférieurs à six mois de salaire.

#### **4 - Eléments de solution :**

Malgré l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005 qui a porté la durée des mandats des représentants du personnel à quatre ans, la chambre sociale a maintenu à trente mois le quantum de l'indemnité due lorsque le licenciement est intervenu sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail, au salarié investi d'un mandat électif, donc à durée déterminée. Et nous savons que cette indemnisation a été étendue à l'administrateur salarié d'un organisme du régime général de la sécurité sociale, pourtant désigné par son organisation et pour lequel les textes prévoient une protection identique à celle prévue pour les délégués syndicaux.

Dès lors, la référence à la durée des mandats des représentants du personnel pourrait être regardée comme une sorte de référence de droit commun.

---

<sup>34</sup> M. X... avait atteint l'âge de 65 ans en 2013.

<sup>35</sup> Devenu L.1235-3 du code du travail.

D'ailleurs, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt en date du 6 juillet 2011 <sup>36</sup>, le rapporteur s'était interrogé sur l'indemnité qui était due au médecin du travail au titre de la violation de son statut protecteur et avait évoqué la possibilité d'une transposition au médecin du travail de la solution adoptée par la chambre sociale s'agissant de l'administrateur salarié d'un organisme du régime général de la sécurité sociale.

Mais, ainsi que le suggère l'employeur, il pourrait aussi être fait référence à la situation du délégué syndical, lui aussi désigné par son organisation pour une durée indéterminée. C'est d'ailleurs en ce sens qu'a statué la cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi dans l'affaire ayant précisément donné lieu à l'arrêt du 6 juillet 2011 <sup>37</sup>:

*"M. Krainik considère qu'il devait bénéficier d'une protection équivalente à celle d'un représentant du personnel qui était élu, à l'époque du licenciement, pour une durée de deux ans et protégé ensuite pendant six mois après la fin de son mandat, soit pendant une durée globale de trente mois de telle sorte que l'indemnité qui lui est due devrait être calculée sur la base de trente mois de salaire à laquelle il conviendrait d'ajouter, en raison de son caractère salarial, une indemnité compensatrice de congés payés, ce qui représenterait donc une somme totale de 291.208,20 €, outre celle de 29.120,82 €.*

*Mais les médecins du travail ne sont pas titulaires d'un mandat et par conséquent, il convient de raisonner par analogie avec 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.*

*Dès lors, l'indemnité pour violation du statut protecteur sera évaluée à la somme de 116.483,28 €."* <sup>38</sup>

Effectivement, "on avait pu alors suggérer qu'à défaut d'uniformisation des solutions, il existait deux méthodes différentes de calcul de l'indemnité selon le mode qui a permis l'accession à la qualité de salarié protégé. Dans l'hypothèse d'une élection, la Cour de cassation retiendrait le régime des représentants du personnel dont la durée de protection va jusqu'à deux ans et demi ; dans le cas d'une désignation, elle mettrait en oeuvre la protection retenue pour les délégués syndicaux : douze mois (B. Bossu, F. Dumont, P-Y Verkindt, *Droit du travail*, Montchrétien, 1<sup>ère</sup> édition, t.2, n°440). On a vu pourtant que la proposition, pourtant séduisante, ne correspond pas à la réalité puisque les conseillers du salariés sont désormais soumis à un autre régime" <sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Pourvoi n°10-13.805, M. Krainik c/ Association Centre médical de la bourse.

<sup>37</sup> CA Paris, pôle 6, chambre 9, 30 janvier 2013, n°RG S 11/07701.

<sup>38</sup> Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi de l'employeur, ce pourvoi ayant lui-même fait l'objet d'une ordonnance de déchéance le 12 septembre 2013.

<sup>39</sup> *Quelle indemnisation pour les salariés protégés irrégulièrement licenciés ? Propos hétérodoxes sur la jurisprudence relative au statut protecteur*, par J. Mouly, *Droit social* 2009, p. 1204.



Il convient en outre d'observer, ainsi que le relève le professeur Mouly, que "ces solutions (s'agissant du délégué syndical) pourraient peut-être être remises 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 aux mandats de ces délégués une durée déterminée ou, à tout le moins, une durée maximale<sup>40</sup>. Il serait alors possible de leur appliquer la solution dégagée pour les conseillers du salarié (...)"<sup>41</sup>.

Surtout, le médecin du travail, à la différence du délégué syndical et du conseiller du salarié, ne bénéficie pas de la protection complémentaire de douze mois suivant la cessation de ses fonctions, laquelle n'aurait au demeurant guère de sens puisque par définition la cessation des fonctions du médecin du travail coïncide avec son départ de l'entreprise, ce qui n'est en principe pas le cas des représentants syndicaux qui demeurent dans l'entreprise et pourraient continuer à y subir des mesures de rétorsion en lien avec leur mandat passé (ce que la protection complémentaire a précisément pour objet d'éviter).

C'est ce qui fait l'originalité de la situation du médecin du travail et le distingue des représentants du personnel et des représentants des syndicats.

Pour autant, le médecin du travail est un salarié protégé et à ce titre, a droit à l'indemnisation de la violation de son statut protecteur<sup>42</sup>, laquelle, sans avoir la nature d'une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789<sup>43</sup>, devrait néanmoins être suffisamment dissuasive<sup>44</sup> et logiquement, devrait être supérieure à l'indemnisation qui résulterait de l'application de l'article L.4623-7 du code du travail.

Tels sont les éléments que la Formation pour avis pourrait prendre en compte, si elle estimait la demande recevable.

---

<sup>40</sup> Soc. 22 septembre 2010, n°09-60.435, Bull. 2010, V, n°188, commenté au Rapport annuel : "Le mandat de délégué syndical prenant fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise, la désignation, à l'issue de ces nouvelles élections, d'un délégué syndical, fait courir à compter de la date de cette désignation le délai prévu par l'article R. 2324-24 du code du travail même si le salarié désigné exerçait déjà cette mission avant le nouveau scrutin.

<sup>41</sup> *L'indemnisation des salariés protégés irrégulièrement licenciés*, par J. Mouly, Droit social 2014, p.729.

<sup>42</sup> Soc. 5 mars 2014, pourvoi n°12-28.127.

<sup>43</sup> QPC, 20 février 2013, pourvoi n°12-40.095.

<sup>44</sup> *L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation. Retour sur une jurisprudence controversée*, J.Y. Frouin, chronique précitée note 19.