

# Salariés protégés, salariés exposés, salariés sacrifiés

(réflexions sur trois décisions  
de la Cour de cassation du 15 novembre 2011)

par Jacques DÉCHOZ, Inspecteur du travail  
et Sophie GEYNET-BOURGEON, Avocate au Barreau de Grenoble

*Les représentants du personnel doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes les mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leur qualité ou leur activité de représentant du personnel...*

Article 1<sup>er</sup>  
Convention OIT n° 135  
concernant les représentants du personnel

**Protégés ? Le sont-ils vraiment ces salariés qui, ayant accepté d'être investis d'un mandat électif ou syndical, se retrouvent ainsi exposés au ressentiment de l'employeur pour porter les revendications de leurs collègues ? Dans ce monde qui désormais se veut sans conflit et voué à la négociation, c'est là une croyance imposée. Un dogme. Le seul fait que la loi française ne protège réellement que contre la mesure – extrême ou ultime – de licenciement permet assurément d'en douter. Mais au-delà de cette première limite de la loi, déjà grave en elle-même, la protection contre le licenciement elle-même recèle des failles sérieuses.**

Malgré toute l'attention portée par le juge administratif – mais aussi, en tout premier lieu, par les inspecteurs du travail et, au-delà, par leur ministère de tutelle, le droit du licenciement des salariés protégés recèle encore des zones d'ombre qui, si elles ne s'étendent pas au fil des années, deviennent, nous semble-t-il, de plus en plus cruciales. La première touche la question des discriminations autres que celle traditionnellement dite « en raison du mandat », la seconde concerne le licenciement pour inaptitude médicalement constatée, trouvant sa cause dans un harcèlement moral dont a été victime le salarié et qui fait l'objet d'une demande d'autorisation de licenciement. Point n'est la peine de souligner ici la connexité des deux questions, tant la parenté entre les discriminations et le harcèlement, en droit et en fait, est étroite. Et plus particulièrement entre le harcèlement et les discriminations en raison de l'engagement syndical.

Le point nodal se situe assurément dans le sort réservé aux demandes d'autorisation de licenciement de salariés protégés pour inaptitude médicale dûment constatée, lié directement à un harcèlement subi et devenu

insupportable, en raison du mandat exercé. Ou, ajoutera-t-on, pour tout autre motif...

On sait que la Cour de cassation, très logiquement sur le fondement de l'article L. 1152-2 du Code du travail – « *Nul ne peut être sanctionné, licencié...pour avoir subit ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral* » et de l'article suivant, quelque peu redondant « *toute rupture intervenue en méconnaissance [de ces] dispositions est nulle* », estime nul le licenciement d'un salarié non protégé dont la cause se trouve dans une inaptitude découlant d'un harcèlement, moral ou sexuel (1). Mais qu'en est-il en ce qui concerne les salariés investis d'un mandat électif ou syndical ?

La question en droit et en fait est loin d'être simple et aisée. En fait, nous dirons qu'elle est particulièrement problématique pour l'inspecteur du travail : c'est, tout à la fois, le constat de son échec – à défendre le droit collectif et ceux qui l'incarnent ; c'est être confronté à ses limites et aux limites du Code du travail en tant que texte fondateur de la protection des salariés, mais cependant bien en retrait de la convention internationale citée en exergue, puisque que notre code ne protège que contre les

(1) Soc. 23 sept. 2008, n° 07-42.920.

mesures de licenciement et nullement contre les mesures que peut prendre l'employeur dans le cadre de l'exécution du contrat de travail. Accepte-t-il d'autoriser le licenciement : c'est faire l'aveu de cet échec. Refuse-t-il, c'est dénier le droit à celui qui porte un mandat de renoncer, d'abdiquer parce qu'il a subi trop d'avaries. Car faut-il le dire ? Aucun médecin du travail ne porte un constat d'inaptitude en raison d'un harcèlement si tel n'est pas le souhait explicite du salarié qui y voit la dernière issue, la prise d'acte de la rupture, alternative possible, apparaissant une nouvelle bataille à mener, au-delà des forces.

Qu'en est-il, en droit ? La question qui se pose est de savoir s'il revient à l'inspecteur du travail de déterminer quelle est la cause de l'inaptitude médicalement constatée et, corrélativement, d'en tirer les conséquences. Que la Cour de cassation ait eu à connaître de trois affaires le même jour – le 15 novembre 2011 (2) – prouve s'il en est besoin que la question n'est pas marginale, tant s'en faut puisque n'apparaît là que la partie immergée de l'iceberg.

On le sait : au nom du principe de séparation des pouvoirs, cette Haute juridiction a rappelé que le contentieux de la rupture pour inaptitude en raison d'un harcèlement ne relevait pas du juge civil. Mais qu'à l'inverse, le contentieux en réparation du préjudice subi pendant l'exécution du contrat de travail du fait du harcèlement relevait bien du juge prud'homal. Rien que de très classique dira-t-on... la Cour de cassation ne fait là, dira-t-on, au nom du principe de la séparation des pouvoirs, que respecter le partage de compétences fixé par le Tribunal des conflits dans une décision inédite du 17 décembre 2007 (3).

Sauf que le Tribunal des conflits ne s'est pas, nous semble-t-il, clairement prononcé sur la question clef : l'inspecteur du travail, l'autorité administrative, doit-elle, lorsqu'elle a à connaître d'une demande d'autorisation de licenciement pour inaptitude, vérifier qu'elle ne découle pas d'un harcèlement et, si tel est le cas, refuser l'autorisation ? Ou doit-il simplement prendre acte de la décision d'inaptitude et vérifier les efforts de reclassement ? Cela au demeurant n'entre pas dans les attributions de cette juridiction, encore qu'implicitement elle semble bien y apporter une réponse positive (4).

Du côté des juridictions administratives, seules, nous semble-t-il, deux décisions isolées peuvent être

mentionnées. La Cour d'appel administrative de Lyon (5) de manière péremptoire, répond par la négative : « ...si l'inspecteur du travail et, le cas échéant le ministre, doivent rechercher si l'inaptitude du salarié est réelle et justifie son licenciement, il ne leur appartient pas de rechercher les causes de cette inaptitude ». Le juge d'appel de Nantes énonce que « si la requérante fait valoir qu'elle aurait fait l'objet d'un harcèlement moral constant de puis 1997, **cette circonstance, au demeurant non établie, est sans incidence sur la réalité de l'inaptitude constatée** » (6). Selon un tel raisonnement, l'inaptitude est un fait en soit à propos duquel l'inspecteur du travail n'a pas à s'interroger...

Et de fait, l'administration centrale du travail s'est rangée sur cette position qui, le moins que l'on puisse dire, place le salarié protégé dans une situation infiniment moins favorable que celui non investi d'un mandat électif ou syndical, puisque, à l'inverse de celui-ci, celui-là ne peut faire valoir la nullité du licenciement dont il est l'objet. Ni devant le juge administratif, ni donc devant le juge judiciaire. Dénier de justice ? Certes et dont nul ne semble s'émouvoir.

Et cependant il ne saurait être admissible que cette situation perdure, le justiciable est en droit d'attendre une jurisprudence plus conforme aux normes internationales de l'un et/ou l'autre de ces deux ordres de juridictions.

En faveur de la compétence du juge civil, on remarquera en premier lieu qu'elle ne serait pas si unique puisque le Conseil d'Etat, traditionnellement, lui attribue le contentieux du licenciement abusif pour non-respect de l'ordre des licenciements économiques (7), se refusant catégoriquement à reconnaître en ce manquement un élément objectif laissant présumer une discrimination, au mépris tant des textes de droit interne que ceux communautaires et internationaux.

Cette dévolution de compétence aurait pour avantage fondamental d'unifier le contentieux de la réparation du préjudice subi dans le cadre de l'exécution du contrat de travail et celui du licenciement lui-même, qui n'en est que la résultante. A ceci s'ajoute le fait que le juge civil peut être éclairé par des experts judiciaires... ce qui n'est nullement le cas de l'inspecteur du travail.

Cependant cette dévolution ne nous semble pas pouvoir être retenue, malgré ces avantages. Sur le volet très concret, si l'inspecteur du travail ne peut s'appuyer

(2) Deux de ces trois arrêts (nos 10-18.417, 10-30.463 et 10-10.687) ont été reproduits au Dr. Ouv. avr. 2012 p. 248 avec les obs. de Paul Bouaziz et Isabelle Goulet : « Les pouvoirs du juge judiciaire dans le cas du licenciement d'un salarié protégé pour une inaptitude consécutive à des comportements fautifs de l'employeur ».

(3) N° 3259, *Eric Collet c/ polyclinique d'Essey les Nancy SA*.

(4) « La juridiction judiciaire (...) n'en demeurerait pas moins compétente pour statuer, le cas échéant en les rejetant, sur les conclusions à fin d'indemnité présentées par le salarié contre son

ancien employeur, à l'exception des juridictions administratives et après solution par ces dernières en cas de besoin des questions préjudicielles. »

(5) CAA de Lyon, 18 septembre 2007, n° 05LY00314, *Fabienne Garcia*.

(6) CAA de Nantes, 14 avril 2011, n° 09NT01319, *Jacqueline Fidelin*.

(7) H. Rose, Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 4<sup>e</sup> ed., 2010, Economica, § 4.12.5.3.1 s.

effectivement sur un expert (8), il détient à l'inverse et une connaissance de l'entreprise et surtout de redoutables pouvoirs d'enquête...

Du point de vue juridique, deux arguments clefs nous semblent imposer la compétence de l'autorité administrative qu'il incarne – et donc, en arrière plan, celui du juge de l'excès de pouvoir. Le premier est la finalité même de la protection exorbitante du droit commun dont bénéficient ces salariés : non pas les protéger – ceci n'étant que le moyen –, mais protéger le mandat. Or à cet égard, lui seul peut le garantir, et non le juge judiciaire, se situant de fait, compte tenu de la durée des procédures, dans la seule logique de la réparation.

Le second argument se situe en amont même de l'article L. 1134-1 du Code du travail, dont il n'est qu'une transcription incomplète, dans l'ensemble des directives communautaires relatives aux discriminations (9). Ces mêmes directives, qui ont consacré la notion de discrimination indirecte (10) et instituent un aménagement de preuve en ces matières, énoncent que « Les États membres veillent à ce que les procédures judiciaires et/ou **administratives** (...) visant à faire respecter les obligations de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement ». Et ces mêmes directives ajoutent : « Les États membres prennent toutes mesures afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe d'égalité de traitement et établi, devant une juridiction ou une **autre instance compétente**, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement » (11).

Or comment nier que l'inspecteur du travail, lors d'une enquête diligentée dans le cadre d'une demande d'autorisation de licenciement de salarié protégé, est bien une **autre instance compétente**, agissant dans le cadre d'une **procédure administrative** ? Ceci emporte donc sa compétence à prendre en compte la discrimination indirecte que représente une inaptitude médicale découlant d'un harcèlement moral.

Au-delà, cela implique une pleine compétence de l'inspecteur du travail, dans le cadre des demandes d'autorisation de licenciement de salariés protégés, de se

saisir de toute question liée à une discrimination illicite, directe ou indirecte, de quelque nature que ce soit, liée ou non au mandat exercé. De s'en saisir et d'en tirer toutes les conséquences de droit. Si ce point ici ne peut qu'être esquissé, le lecteur un tant soit peu avisé ne peut que deviner les implications que peuvent receler cet élargissement de l'examen auquel doit procéder l'inspecteur du travail.

Pour conclure, nous ne pouvons qu'appeler de nos vœux un positionnement clair de la juridiction administrative qui intègre pleinement les exigences des directives communautaires anti-discrimination, en attendant enfin leur traduction par le législateur. Que les salariés dits « protégés » soient avant tout des salariés exposés (12), nul ne l'ignore. Qu'ils soient sacrifiés : cela ne saurait s'admettre. Sauf à affirmer et contre toute vraisemblance et comme l'a pourtant osé un commentateur des trois arrêts du 15 novembre 2011 : « *Juridiquement, l'autorité administrative pourrait refuser d'autoriser le licenciement, mais ce refus n'aurait aucun sens, lorsque le salarié et l'employeur souhaitent que ce licenciement puisse intervenir* » (13). Que le licenciement soit souhaité par l'employeur, sans doute – même si de plus en plus souvent les constats d'inaptitude découlant d'un harcèlement moral sont contestés devant l'inspecteur du travail ; que le licenciement soit souhaité par le salarié est infiniment plus complexe : le salarié ne souhaite pas être licencié, simplement, il fait le constat qu'il ne peut plus travailler dans l'entreprise en raison des pressions subies. Si tel n'était pas le cas, il n'y aurait pas de contentieux en nullité de licenciement...

Et soulignons que le refus de l'inspecteur du travail d'autoriser le licenciement n'emporte pas obligation pour le salarié constaté inapte de réintégrer son emploi. Bien au contraire, la décision d'inaptitude n'étant pas remise en cause, cela implique seulement – et cela n'est pas rien – par simple application de l'article L. 1226-11 que l'employeur maintienne sa rémunération sans pouvoir exiger de sa part une quelconque prestation de travail, sauf à le réintégrer dans un poste où sa santé tant mentale que physique serait garantie...

**Jacques Déchoz et Sophie Geynet-Bourgeon**

(8) Sauf à modifier, en les étendant, les attributions des médecins inspecteurs du travail.

(9) Pour mémoire : directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; directive 2000/78 CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; directive 2000/6/CE relative à la mise œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

(10) Création jurisprudentielle de la CJCE dès les années 1970 cf. notamment M.T. Lanquetin, *La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire*, Droit social décembre 1988.

(11) Article 9.1 et 10.1 de la directive 2000/78 CE. Les mêmes termes se retrouvent dans la directive 2000/43 (articles 7.1. et 8.1) et dans la directive 2006/54/CE (articles 17.1 et 19.1).

(12) Pour reprendre le terme notamment utilisé par le Professeur Verdier.

(13) Christophe Radé, *Droit Social*, janvier 2012, p. 106.