

N° 396887

M. P...

4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies

Séance du 9 septembre 2016

Lecture du 21 septembre 2016

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine LIEBER, rapporteur public

Le tribunal administratif de Nantes vous saisit, sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, d'une demande d'avis sur la question suivante : l'inspecteur du travail, saisi d'une demande de licenciement pour inaptitude physique d'un salarié protégé, doit-il refuser le licenciement comme étant en rapport avec les fonctions représentatives de ce salarié lorsque l'inaptitude résulte d'une dégradation de son état de santé en lien direct avec les difficultés mises par son employeur à l'exercice normal de ses fonctions ?

Vous pourrez considérer que les conditions posées par l'article L. 113-1, de question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, sont remplies – alors même que le tribunal n'évoque dans sa demande qu'une question « *susceptible de se poser dans d'autres litiges* ». C'est une question récurrente, qui vous amènera à mieux définir le contrôle administratif du licenciement lorsque l'inspecteur du travail se retrouve devant la situation paradoxale d'un salarié protégé inapte à occuper tout poste dans l'entreprise – et qui, donc, ne peut ni y poursuivre ses fonctions, ni y être reclassé – mais dont l'inaptitude résulte d'une situation de harcèlement en lien avec l'exercice de son mandat – le lien avec le mandat entraînant en principe le refus de l'autorisation de licencier.

Les faits sont les suivants. Par une décision du 15 juillet 2015, la société Figui international a obtenu l'autorisation de licencier M. P..., magasinier-cariste au sein de l'entreprise depuis 2006 et également délégué du personnel, délégué syndical et conseiller du salarié. Cette autorisation a été accordée après 5 refus successifs qui se sont échelonnés entre 2012 et 2014, dont plusieurs à raison d'un lien entre la demande d'autorisation et le mandat de l'intéressé.

L'autorisation du 15 juillet 2015 a été accordée à raison de l'inaptitude du salarié à occuper un poste dans l'entreprise (l'intéressé a fait l'objet d'un avis d'inaptitude de la part du médecin du travail puis, après contestation de cet avis, d'un avis d'inaptitude à l'exercice de tout poste dans l'entreprise par l'inspection du travail le 14 novembre 2013). L'inspecteur du travail a retenu que le motif d'inaptitude n'était pas contesté et qu'il était impossible de procéder au reclassement de l'intéressé.

Il n'a pas recherché, à juste titre, la cause de l'inaptitude. Vous avez en effet jugé, par votre décision du 20 novembre 2013, *Mme C...*, n° 340591, au rec., aux conclusions de Gaëlle Dumortier, que l'inspecteur du travail, saisi d'une demande de licenciement d'un salarié protégé fondée sur l'inaptitude physique du salarié, s'il doit vérifier que l'inaptitude est réelle

et justifie son licenciement, n'a en revanche pas à rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où elle proviendrait d'un harcèlement moral, dont l'effet est en principe la nullité du licenciement, en application des dispositions combinées des articles L. 1152-1 à 1152-3 du code du travail.

Le salarié n'est en effet pas licencié pour avoir subi un harcèlement, mais à raison de son inaptitude – vous avez donc décidé, comme l'indique Yves Struillou dans son commentaire sur cette décision, publié à la RJS [de février 2014, p. 74], « *d'extraire du référentiel de contrôle de l'inspecteur du travail la question de l'origine de l'inaptitude* ».

Mais vous avez également jugé que, pour autant, la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail ne faisait pas obstacle à ce que le salarié, s'il s'y estime fondé, fasse valoir devant les juridictions compétentes (prud'hommes) les droits résultant de l'origine de l'inaptitude – autrement dit à rechercher une indemnisation à ce titre.

La Cour de cassation¹ a alors pris le relais en admettant, à la suite de votre arrêt précité du 20 novembre 2013, C... (N°34591) qu'en cas d'inaptitude physique causée par un harcèlement moral de l'employeur, l'intéressé pouvait solliciter la réparation du préjudice résultant de la perte d'emploi, alors même que le licenciement avait été autorisé par l'autorité administrative (Cass. soc., 27 novembre 2013, n° 12-20.301). Elle a prolongé cette jurisprudence dans un arrêt 15 avril 2015, n° 13-21.306, en jugeant que le juge judiciaire était bien compétent, dans une telle hypothèse, pour prononcer la nullité du licenciement fondée sur le harcèlement moral, laquelle ouvre droit, soit à la réintégration de principe (ce que, précisément parce qu'il y a eu une situation de harcèlement, le salarié ne souhaite généralement pas), soit, en application de l'article L. 1235-3 du code du travail, à une double indemnisation, d'une part pour rupture, d'autre part pour réparation.

Cette réponse, partagée entre les deux ordres de juridiction, permet ainsi de sortir du dilemme posé par ce type de situation (obligation d'autoriser le licenciement à cause de l'inaptitude, mais nullité du licenciement à raison du motif de harcèlement), puisque l'autorisation de licenciement permet de faire cesser la situation de harcèlement tout en laissant au salarié la possibilité d'obtenir les droits qui découlent de la nullité de son licenciement. Dans ce contexte, l'absence de vérification par l'inspecteur du travail de la cause de l'inaptitude est d'autant plus nécessaire pour que le salarié puisse faire valoir auprès des juridictions judiciaires ses droits résultant du harcèlement moral, sans que ces dernières ne soient limitées par le principe de séparation des pouvoirs.

Qu'en est-il lorsque, comme en l'espèce, la cause de nullité n'est pas le harcèlement mais la discrimination syndicale, ou plus exactement lorsque la discrimination syndicale a entraîné un harcèlement qui a lui-même causé l'inaptitude ?

Il faut nous semble-t-il raisonner en deux temps, sur les deux aspects du contrôle qu'exerce l'inspecteur du travail lorsqu'il est saisi d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé fondée sur l'inaptitude physique.

¹ Cf. J. Mouly, Le licenciement d'un salarié protégé fondé sur une inaptitude physique consécutive à un harcèlement – une « cause » à revoir, Droit social 2014. 129.

1. L'inspecteur du travail doit contrôler le motif du licenciement - en l'occurrence, la réalité de l'inaptitude invoquée. Celle-ci doit être telle qu'elle justifie le licenciement envisagé compte-tenu des caractéristiques de l'emploi exercé à la date à laquelle elle est constatée, de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé, des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi et enfin de la possibilité – ou non – d'assurer son reclassement dans l'entreprise.

Mais, si l'on applique le même raisonnement que celui de votre jurisprudence du 20 novembre 2013 C..., n°340591, il n'a pas à vérifier le motif « en amont » de l'inaptitude.

Vous pouvez néanmoins vous interroger sur la nécessité de maintenir cette approche, dans le cas où l'inaptitude a pour origine une discrimination syndicale. Le risque est en effet de ne pas pouvoir tenir compte d'une forme de détournement de procédure par l'employeur, qui, pour obtenir l'autorisation de licencier un salarié protégé, met tant de difficultés à l'exercice de son mandat qu'il devient médicalement impossible pour l'intéressé de travailler dans l'entreprise...

Cela ne suffit pas, pensons-nous, pour vous écarter de votre jurisprudence du 20 novembre 2013 C..., (n°340591), pour plusieurs raisons :

- tout d'abord, la reconnaissance de l'inaptitude relève de la compétence exclusive du médecin (art. R. 4624-31 CSP) ;
- ensuite, la réalité de l'inaptitude justifie, par elle-même, le licenciement puisque l'intéressé ne peut matériellement plus travailler. Dès lors que le salarié est inapte à toute tâche dans l'entreprise et que son reclassement y est impossible, il apparaît superflu de s'interroger sur les causes de l'inaptitude... Et il est nécessaire de sortir de la situation « d'injonction contradictoire » dans laquelle le licenciement est refusé mais la personne ne peut plus travailler dans l'entreprise.
- en outre, ce n'est pas tant la cause de l'inaptitude qu'il faudrait rechercher, mais la cause de la cause de l'inaptitude - autrement dit la discrimination à l'origine du harcèlement lui-même à l'origine de l'inaptitude.
- et enfin, il ne semble pas opportun d'opter pour des solutions différentes selon la faute de l'employeur à l'origine de l'inaptitude.

La circonstance que l'origine du harcèlement tienne à une discrimination syndicale ne nous paraît pas donc de nature à modifier le raisonnement C..., (n°340591), sur l'absence de vérification de la cause de l'inaptitude.

2. L'inspecteur du travail contrôle cependant aussi un autre élément essentiel : le lien entre la demande d'autorisation et le mandat représentatif.

Votre décision du 20 novembre 2013 C..., (n°340591), ne dit rien sur ce point. Or le commentaire de cette jurisprudence dans l'ouvrage coécrit par Yves Struillou et Hubert Rose, s'interroge sur la faculté que conserverait alors l'inspecteur du travail « *de refuser l'autorisation lorsque le licenciement – et donc le harcèlement en amont – lui paraît en lien avec les fonctions représentatives* ».

On peut trouver paradoxal que, une fois vérifié que l'inaptitude du salarié est réelle, et qu'elle rend donc inévitable l'autorisation de licenciement, l'inspecteur doit encore vérifier le lien avec le mandat. Mais cela peut permettre d'appréhender des situations telles que précédemment décrites, dans lesquelles l'employeur détourne la procédure pour se débarrasser d'un salarié mandaté. Autrement dit, l'inspecteur contrôle d'abord le motif avancé par l'employeur, puis vérifie s'il n'y a pas un motif caché, qui est le lien avec le mandat.

Depuis votre décision de Section du 18 février 1977, *A...*, n° 95354, au Rec., les décisions relatives au licenciement des salariés protégés rappellent avec constance que celui-ci « *ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées par l'intéressé ou avec son appartenance syndicale* ». Comme l'expliquait Philippe Dondoux dans ses conclusions, « *l'expression 'en rapport' ne signifie pas que le licenciement doit avoir été motivé, de façon principale, par le mandat ; il suffit que le dossier établisse que cette motivation a existé, même de façon accessoire, et qu'elle a joué un rôle dans la demande de licenciement* ».

Que se passe-t-il alors dans l'hypothèse où le lien avec le mandat est avéré ? L'inspecteur peut-il alors prononcer le licenciement ? Nous pensons que oui. En effet, dire l'inverse reviendrait à priver l'administration du travail de tout recours contre une discrimination syndicale, alors que son cœur de métier est précisément de lutter contre ces situations.

Cela implique que l'administration peut, en cas d'inaptitude établie du salarié, refuser malgré tout le licenciement dès lors qu'un lien avec le mandat est également établi.

Vous pourriez y voir deux inconvénients.

Le premier est de retomber dans la situation paradoxale d'un salarié inemployable et inlicenciable. Mais la résiliation judiciaire ou la prise d'actes restent néanmoins des issues qui permettent de rompre le contrat sans affecter le droit à indemnisation du salarié protégé (voyez Cass. Soc. 20 février 2013, *AEP Sainte-Marie de Saint-Sernin*, n° 11-26560 au bulletin, pour une résiliation judiciaire produisant les effets d'un licenciement nul en cas de harcèlement moral).

Le second serait de réduire la portée de la jurisprudence *C...*, (n°340591), ou tout au moins d'y créer une exception pour les cas de harcèlement moral liés à une discrimination syndicale – cas dans lesquels le salarié pourra toujours invoquer le lien avec le mandat pour obtenir le refus d'autorisation de licencier. En réalité ce n'est pas vraiment une exception, puisque ce motif est alors pris en tant que tel (« lien avec le mandat »), et non à travers le motif d'inaptitude, comme cause de la cause de ce motif. La logique en est presque inversée en réalité, puisque le motif caché – le lien avec le mandat – est en réalité le motif principal de la demande, alors que le motif affiché – l'inaptitude – n'en est finalement qu'un effet collatéral...

En définitive, nous vous proposons de répondre à la question posée par le TA de Nantes en vous appuyant sur ce double contrôle de l'autorité administrative :

1°) Elle doit dans un premier temps, vérifier que l'inaptitude du salarié est réelle et justifie son licenciement, sans qu'il lui appartienne, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude – y compris lorsqu'il est soutenu que celle-ci trouve sa cause dans les agissements de l'employeur (harcèlement moral, comportement discriminatoire lié à l'exercice du mandat) qui ont pour effet d'entraîner la nullité du contrat.

2°) Elle doit vérifier également que la demande d'autorisation est dépourvue de lien avec le mandat. Si le lien avec le mandat est avéré, elle doit refuser l'autorisation de licenciement, alors même que le salarié est atteint d'une inaptitude susceptible de justifier son licenciement. Ce refus d'autorisation ne fait pas obstacle à ce que le salarié dans l'impossibilité de poursuivre son contrat prenne acte de sa rupture ou en demande la résiliation au juge judiciaire.

Par ces motifs nous concluons dans le sens de ce qui précède.