



Conclusions de Jean-Charles JOBART

Rapporteur public à la 2^{ème} chambre du Tribunal administratif de Toulouse

Droit administratif du travail :

Licenciement d'un salarié protégé – vice de la procédure constituant une garantie de fond – non application de l'ordonnance n°2017-1718 du 22 septembre 2017 – l'avis du médecin du travail - impossibilité de contestation en raison d'un recours spécifique devant les Prud'hommes

Affaire n° 1900541 – M. T.

Audience du 18 février 2021

Lecture du 4 mars 2021

L'association S. a demandé le 24 septembre 2018 à l'inspection du travail l'autorisation de licencier pour inaptitude M. T., assistant de service de santé au travail, celui-ci étant membre du CHSCT, délégué syndical et défenseur syndical devant le conseil de Prud'hommes. Par décision du 21 novembre 2018, dont M. T. vous demande l'annulation, cette autorisation a été accordée.

La décision attaquée, qui mentionne les voies et délais de recours, a été notifiée par courrier recommandé avec accusé de réception, nécessairement après le 21 novembre 2018. Mais la date exacte de présentation est illisible sur l'accusé. Paradoxalement, l'avocat du requérant nous indique que cette date est le 24 novembre en pensant qu'il s'agit de la date d'envoi. Il affirme par ailleurs que la date de réception est le 30 novembre, c'est-à-dire celle indiquée sur le cachet non de présentation mais de renvoi par la Poste à l'expéditeur. Vous pouvez donc choisir entre deux solutions, une formaliste et une réaliste :

- D'une part, la date de présentation du pli est illisible et donc non prouvée, ne permettant pas de faire courir le délai de recours ; en conséquence, la requête ne saurait être tardive ;
- D'autre part, la date de renvoi par la Poste prouve que le pli a bien été présenté avant le 30 novembre, certainement le 24 comme le lit l'avocat du requérant et la requête enregistrée le 30 janvier 2019 est donc tardive.

Nous serions enclins à retenir la solution la plus juridique, celle formaliste. Cela n'est pas anodin, car il nous semble impossible de rejeter la requête au fond.

Vous le savez, en vertu du code du travail, les salariés légalement investis de fonctions représentatives bénéficient d'une protection exceptionnelle dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent. Leur licenciement ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail qui doit vérifier si ce licenciement est régulier au regard de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et n'est pas en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou avec son appartenance syndicale (CE, 29 juin 2016, M. Pigal, n° 387412 ; CAA Nantes, 28 décembre 2006, Rahir, n° 06NT00782, B). Notons que le contentieux des autorisations ou refus d'autorisation de licenciement des salariés protégés relève de l'excès de pouvoir (CE, 22 janvier 1975, Sieur Gerbeaud, n° 93369, A ; CE, 10 juillet 2019, Mission locale de la Haute-Garonne, n° 408644, B) et que le requérant soulève justement de nombreux moyens aux fins d'annulation.

En premier lieu, l'inspecteur du travail doit s'assurer de la régularité de la procédure de licenciement (CE, 20 mars 2009, Société Armor, n° 312258, B). Notons qu'un manquement dans la procédure de licenciement ne constitue pas un vice de procédure éventuellement danthonisable de la procédure administrative d'autorisation, mais un vice de la procédure privée de licenciement qui vicie par voie de conséquence la légalité interne de l'autorisation administrative de licenciement (CE, 12 juillet 1995, Dondi, n° 154219, B).

En vertu de l'article R. 4623-37 du code du travail, les intervenants en prévention des risques professionnels ne peuvent subir de discrimination en raison de ses fonctions et bénéficient pour cela de garanties d'indépendance. Parmi celles-ci, l'article L. 4622-12 dispose que l'organisation et la gestion du service de santé au travail sont placées sous la surveillance, soit d'un comité inter-entreprises, soit d'une commission de contrôle. L'article D. 4622-31 précise que « Le comité interentreprises ou la commission de contrôle est consulté sur (...) 7° Le licenciement d'un intervenant en prévention des risques professionnels ».

Or, l'article 22 des statuts de l'association dit que « L'organisation et la gestion de l'Association sont placées sous la surveillance d'une commission de contrôle de neuf membres (...) ». En l'espèce, la commission de contrôle sous la surveillance de laquelle est placée le SRAS Santé au travail n'a pas été consultée avant la demande d'autorisation de licenciement de M. T. qui a été recruté, notamment, comme intervenant en prévention. Le président de cette commission atteste qu'elle n'a pas été saisie du projet de licenciement. La consultation du comité d'entreprise, instance interne de dialogue social qui doit être consulté au titre de l'article D. 4622-31, ne saurait en tenir lieu. La procédure n'a donc pas été respectée (pour une espèce semblable : TA Orléans, 12 juillet 2018, Association de prévention de santé au travail d'Indre-et-Loire, n° 1604131 et 1701552 ; pour le cas approchant au sujet d'un médecin du travail : CAA Bordeaux, 27 octobre 2014, Mme Sarue, n° 13BX01315).

De plus, vous ignorerez l'article L.1235-2 du code du travail issu de l'ordonnance Macron n°2017-1718 du 22 septembre 2017 qui concerne l'obtention d'une indemnisation devant le conseil des Prud'hommes en cas de non respect de la procédure alors qu'une cause réelle et sérieuse de licenciement est bien établie. Cet article mentionne les procédures requises aux articles L. 1232-2, L. 1232-3, L. 1232-4, L. 1233-11, L. 1233-12 et L. 1233-13, c'est-à-dire la procédure relative à l'entretien préalable de licenciement (convocation, délai, information du salarié etc.). Or la procédure en cause relève de l'article D. 4622-31. L'article comprend toutefois l'adverbe « notamment » qui laisse supposer un champ d'application plus large, ce que confirme le rapport à l'Assemblée nationale de l'ordonnance montrant que cet article concerne également le non-respect de la procédure conventionnelle ou statutaire. Mais selon la Cour de cassation, cette consultation de l'article D. 4622-31 n'est pas une règle de forme qui

ne donnerait droit qu'à indemnité, mais une garantie de fond qui prive le licenciement de cause réelle et sérieuse, ce qui rend inapplicable l'article L. 1235-2 (Cass. soc., 14 novembre 2019, n° 18-20.307). Enfin, l'employeur ne nous semble pas avoir été en situation de compétence liée pour licencier M. T. en raison de son inaptitude sans reclassement possible. Nous vous proposons donc de retenir ce moyen.

En second lieu, M. T. a été placé en arrêt de travail pour maladie du 9 février au 27 août 2018 et le médecin du travail a émis un avis d'inaptitude sans possibilité de reclassement le 23 août 2018, lors de la visite de reprise effectuée le même jour. Or, l'article R. 4624-31 du code du travail précise que l'examen de reprise doit avoir lieu le jour de la reprise effective du travail et non avant. La Cour de cassation a toutefois rendu possible un examen anticipé, dans des conditions très strictes, à savoir que le salarié ait pris l'initiative de la visite de reprise, que l'employeur ait été informé de celle-ci avant qu'elle ait lieu et que l'avis du médecin du travail soit donné en vue de la reprise du travail (Cass. soc., 9 avril 2008, n° 07-40.832).

Autrefois, l'avis du médecin pouvait être contesté devant l'inspection du travail. Il en découlait deux conséquences. D'une part, toute décision de l'inspecteur du travail rendue sur la demande d'autorisation de licenciement avant qu'il ait été statué sur le recours contre l'avis médical, encourt l'illégalité, dès lors que ce dernier recours a été formé au plus tard au jour de cette décision (CE, 7 octobre 2009, Halimi, n° 319107). D'autre part, après la fin de ce recours, les moyens critiquant la procédure au terme de laquelle le médecin du travail avait donné son avis sont sans incidence sur la légalité de la décision rendue par l'inspecteur du travail (CE, 22 mai 2015, Société Sbart, n° 377001, B). Au moment de la procédure, l'article L. 4624-7 prévoyait une contestation de l'avis devant les Prud'hommes. A défaut de recours, il nous semble que l'avis « s'impose aux parties et il n'appartient pas au juge du fond de substituer son appréciation à celle du médecin du travail. » (en ce sens CA Versailles, 14 novembre 2017, n° 16/00302). Vous écarterez donc ce moyen.

En troisième lieu, concernant la consultation du comité d'établissement sur le licenciement envisagé prévu par l'article L. 2421-3 du code du travail, il appartient à l'employeur de mettre le comité d'entreprise à même d'émettre son avis en toute connaissance de cause sur la procédure dont fait l'objet le salarié protégé, en lui transmettant des informations précises et écrites sur les motifs de celle-ci, ainsi que le prescrit l'article L. 2323-4 (CE, 26 octobre 2011, Société Total, n° 335755, B ; CE, 27 mars 2015, Société Den Hartogh, n° 371852, B ; CAA Bordeaux, 3 janvier 2017, Arnerin, n° 14BX02819). L'inspection du travail doit donc s'assurer que « le comité d'entreprise a été mis à même d'émettre son avis en toute connaissance de cause, dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation » (CE, 4 juillet 2018, Association des cités du secours catholique, n° 410904, B, et Société Véron International, n° 397059, B).

M. T. a bien été convoqué par courriels en tant que membre du comité le 14 septembre 2018, puis en tant que salarié concerné, avec la mention qu'il pouvait être auditionné par le comité, le 17 septembre 2018. Le requérant soutient qu'il ne devait plus consulter sa messagerie professionnelle depuis son arrêt de travail. Mais M. T. a continué d'avoir accès à sa messagerie pendant toute la période où il était en congé de formation, puis en congé maladie et l'utilisait effectivement, par exemple le 14 août pour demander un jour de congé ou le 16 novembre pour écrire à l'inspection du travail. Sa convocation nous semble donc régulière.

De plus, le comité d'entreprise doit notamment être informé de l'intégralité des mandats détenus par le salarié (CE, 3 juillet 2013, Ministre du travail, de l'emploi et de la santé c/ Sté Agralia,

n° 348979), sauf s'il ne peut l'ignorer notamment parce que ce salarié a été désigné comme membre du CHSCT justement par le Comité d'entreprise (CE, 2 octobre 1991, Ministre du travail c/Tellez, n° 105749). Le comité doit également être informé des motifs du licenciement (CE, 26 octobre 2011, Société Total, n° 355755, B).

En l'espèce, la convocation des membres du comité était accompagnée d'un ordre du jour mentionnant : « consultation du comité d'entreprise dans le cadre du licenciement d'un salarié protégé ». La notice d'information qui l'accompagnait reprenait l'avis d'inaptitude du médecin du travail en indiquant qu'il n'y avait pas d'obligation de reclassement. La notice précisait également les mandats de délégué syndical et de membre du CHSCT. Celui de défenseur syndical aux Prud'hommes a donc été omis alors que l'association ne pouvait l'ignorer, dès lors que M. T. a demandé une autorisation d'absence en cette qualité en 2016 et faisait retour de ses heures de délégations au titre de ses mandats, dont la défense syndicale, depuis 2018. L'avis rendu ne mentionne pas ce mandat. On peut donc douter que le comité ait pu exprimer son avis en toute connaissance de cause (CE, 13 janvier 2016, Lopez, n° 381321).

En quatrième lieu, la demande d'autorisation de licenciement doit avoir été présentée par une personne qualifiée pour représenter l'employeur à cette fin. A défaut, l'autorisation est accordée à une personne n'ayant pas la qualité d'employeur et doit en conséquence être annulée (CE, 16 décembre 1988, Dubreuil, n° 74120, B ; CE, 9 avril 2004, Société Endel, n° 233630, B).

En l'espèce, la demande a été signée par le responsable des ressources humaines, M. P.

En principe, sauf clause particulière des statuts, le pouvoir de licencier appartient au président de l'association (Cass. soc., 17 novembre 2011, n° 10-19.242 ; Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 12-13.985 ; Cass. soc., 29 septembre 2004, n° 02-43771). Mais le président peut déléguer ce pouvoir (Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 16-10305). Or, l'article 14 des statuts dispose que le président, qui a les pouvoirs les plus étendus pour exécuter les décisions du conseil d'administration, peut donner à tout mandataire de son choix délégation de pouvoir par avenant à son contrat de travail. Dans ce cadre, le président a délégué au profit du directeur ses compétences en matière de personnel, notamment pour les licenciements, avec autorisation de subdéléguer, ce que le directeur a fait dans le contrat de M. P. du 1^{er} mars 2018. Or, une délégation est permise tant que les statuts ne l'interdisent pas (Cass. soc., 25 octobre 2011, n° 10-17155 ; Cass. soc., 12 février 2014, n° 12-27.897 sur des statuts désignant limitativement les personnes pouvant recevoir délégation et donc subdélégation). En l'espèce, les statuts n'interdisent pas de subdéléguer à un responsable des ressources humaines. Ce dernier pouvait donc signer la demande d'autorisation.

En cinquième lieu, la demande d'autorisation doit être motivée en application de l'article R. 2421-10 du code du travail. En l'espèce, la demande sollicite une autorisation « pour le licenciement pour inaptitude au poste de travail prononcée le 23 août 2018 ». Certes, le demande ne mentionne pas le constat d'impossibilité de reclassement fait par le médecin du travail, ni la nature professionnelle ou non professionnelle de l'inaptitude. Mais l'association a joint à sa demande l'avis d'inaptitude ainsi que l'avis du comité d'entreprise. Le motif du licenciement était donc donné de manière complète (CE, 26 septembre 2018, Mme Lo Mauro, n° 401509 sur la motivation dans un document joint ; CAA Bordeaux, 3 mars 2014, Ministre du travail, n° 13BX00202).

Par ailleurs, la demande d'autorisation a omis de citer le mandat de défenseur syndical, mais l'association a complété sa demande en adressant à la Direccte, le lendemain 25 septembre 2018, un courriel indiquant que M. T. était également défenseur syndical. L'oubli de mention

d'un mandat dans la demande ne suffit pas à établir que l'administration n'a pas, comme elle le doit, exercé son contrôle en tenant compte de chacun des mandats détenus par le salarié protégé (CE, 15 octobre 2014, Société Geodis Logistics Nord, n° 370620, B ; CE, 27 mars 2015, Etablissements Cuny, n° 366166, B). D'ailleurs, l'autorisation fait bien mention des trois mandats de l'intéressé.

Enfin, en dernier lieu, l'inspecteur du travail doit toujours vérifier si la demande d'autorisation de licenciement de l'intéressé n'est pas en rapport avec son mandat de délégué syndical (CE, 8 janvier 1997, Mme Verny c./Hotel Normandy, n° 163071, B) et si aucun motif d'intérêt général ne pouvait être retenu pour refuser cette autorisation (CE Ass., 5 mai 1976, Safer d'Auvergne, n° 98647 et 98820, A). L'inspecteur du travail est ainsi tenu de refuser l'autorisation de licenciement en cas de lien avec le mandat (CE, 2 février 2016, Société ST Microélectroniques Grand Ouest, n° 389223). Vous exercez un contrôle normal sur l'existence d'un tel lien (CE Sec., 18 février 1977, Abellan, n° 95354, A).

En l'espèce, les relations se sont tendues entre le requérant et son employeur à la suite du suicide d'un salarié à son domicile. M. T. a alors demandé une réunion du CHSCT. La demande, bien que légitime, a suscité l'animosité des collègues et de la direction du requérant. Très affecté par cette opposition violente, M. T. a été mis en arrêt de travail. Mais cette tension ne nous semble pas en lien avec le licenciement litigieux. Certes, le licenciement est dû à l'inaptitude qui est due à la réaction violente des membres de l'association et de sa direction qui est due à l'action syndicale du requérant. Mais vous conviendrez que le lien entre le premier et le dernier élément de cette suite causale n'est pas direct. De plus, la relation de travail a pu être également dégradée par l'envoi le 26 mars 2018 par M. T. au président de l'association d'un « courrier adressé par mail et en lettre recommandée avec accusé de réception et copie à l'inspection du travail » qui a pour « Objet : harcèlement et prévention des risques psychosociaux ».

Par ailleurs, sur les trois intervenants en prévention des risques professionnels du service, M. T. est le seul à en pas avoir été promu, ses deux collègues l'ayant été en 2017, avec des diplômes inférieurs. Mais le requérant bénéficiait alors d'un congé individuel de formation pour passer un Master 2 professionnel Cinéma et audiovisuel, son contrat de travail étant alors suspendu du 27 novembre 2017 au 24 février 2018. Il a en outre demandé également un congé de formation syndicale en 2018. M. T. indique également qu'il n'a plus été convoqué aux réunions du CHSCT depuis le 28 juin 2018, mais il a été en arrêt maladie à compter du 9 février et n'a plus repris son travail en raison de son inaptitude.

Au final, il nous apparaît délicat de pouvoir retenir un lien entre le licenciement et les responsabilités syndicales du requérant.

Mais cela importe peu, puisque au vu de l'absence de consultation de la commission de contrôle et de l'information incomplète du comité d'entreprise, nous concluons à l'annulation de la décision du 21 novembre 2018 par laquelle l'inspectrice du travail de la DIRECCTE Occitanie a autorisé l'association S. à licencier M. T. pour inaptitude