

La rupture du contrat de travail

La rupture du contrat de travail liée à la santé et à la sécurité du salarié

par Véronique MIKALEF-TOUDIC, Maître de conférences HDR
en droit privé à l'Université de Caen-Normandie (1)
et Paul RIANDEY, Juge départiteur au Conseil des prud'hommes de Caen

PLAN

I. Les manquements à l'obligation de sécurité : cause directe ou indirecte de licenciement

- A. L'obligation de sécurité, motif de la rupture du contrat de travail
- B. L'obligation de sécurité et la neutralisation de la cause de la rupture

II. Évolution de la notion d'incapacité

- A. Le champ d'application de l'incapacité
- B. L'allègement de l'obligation de reclassement

1. La santé au travail ne vise pas seulement, selon la convention de l'OIT n° 155 du 22 juin 1981, l'absence de maladie ou d'infirmité, mais inclut également l'ensemble des éléments physiques et mentaux directement liés à la santé et à l'hygiène du travail. La constitution de l'Organisation mondiale de la santé définit d'ailleurs la santé comme un état de complet bien-être physique, mental et social.

L'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclame le droit pour tout travailleur à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité (2). À l'évidence, loin de s'opposer l'une à l'autre, la meilleure prévention des altérations de la santé repose sur la recherche des conditions favorisant au mieux le bien-être physique et mental et la dignité des salariés.

Mais les dispositifs législatifs visent prioritairement à protéger les salariés malades, selon que l'affection est d'origine professionnelle (L. 1226-2 et suivants du Code du travail) ou non professionnelle (L. 1226-10 et suivants).

2. La discussion judiciaire de l'obligation de sécurité n'a jamais été aussi vive, tant il est rare qu'un litige du travail fasse l'impasse sur cette notion, que ce soit pour contester les charges de travail, les organisations en place, les comportements des directions ou de leurs collaborateurs, ou encore débattre de la qualification juridique de la dégradation avérée de la santé au poste du travail (suspension du contrat, reprise, maladie professionnelle, surveillance médicale, préconisations médicales, incapacité, harcèlement, discrimination en raison de l'état de santé, ...).

3. Avant même d'être un débat judiciaire, le caractère anxiogène du marché du travail et la crainte du déclassement social ou l'utilisation implicite de cette menace impriment une ambiance souvent néfaste à des relations de travail qui devraient être davantage fondées sur des principes de communication et de coopération. La crainte de perdre l'emploi

et le statut social associé constitue un facteur général de risque qui se répercute ainsi naturellement dans le contentieux prud'homal. Une dimension collective ou politique permet ainsi, d'ores et déjà, de lier la crainte de la rupture et la santé au travail, mais aussi de mieux saisir le caractère sensible de cette thématique.

4. Cette préoccupation majeure entraîne un réel télescopage entre, d'une part, des contentieux judiciaires massifs et inventifs que la Cour de cassation régule sous l'influence de principes fondamentaux inspirés par des normes de droit interne et de droit européen, dont la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 a constitué une étape majeure, et, d'autre part, les interventions législatives successives donnant parfois lieu à des réformes d'importance sur des sujets pourtant rigoureusement identiques, comme viennent l'illustrer les deux importantes réformes de 2015 et 2016 sur la médecine du travail (3).

(1) membre de l'Institut Demolombe (EA 967, Caen) et membre associé de l'IRDA (EA 3970, Paris 13 Sorbonne Paris Cité).

(2) Ensemble de dispositions internationales rappelées par M. Blatman, conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation, L'obligation de sécurité, Droit Social 2011, pp. 743 et s.

(3) Loi n° 2015-994 du 17 août 2015, dite loi *Rebsamen*, et loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite loi *El Khomri*.

C'est dans ce contexte sensible qu'il nous a paru utile de nous emparer des liens entretenus entre la rupture des contrats de travail et la santé et la sécurité, en nous concentrant sur deux axes spécifiques : l'obli-

gation de sécurité, cause directe ou indirecte de licenciement, et l'évolution législative du licenciement pour inaptitude.

I. Les manquements à l'obligation de sécurité : cause directe ou indirecte de licenciement

5. Après la proclamation d'une obligation de sécurité de résultat dans les arrêts dits « *amiante* » du 28 février 2002 (4), sur la faute inexcusable de l'employeur, puis sa « *migration* » (5) vers le contentieux de l'exécution et de la rupture du contrat de travail (6), accompagnée de l'abandon, le 28 février 2006 (7), du fondement contractuel de cette obligation au profit du fondement légal de l'article L. 4121-1 du Code du travail, un nouveau bouleversement intervient au cours des années 2015 et 2016 : la possibilité est désormais donnée à l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité civile en établissant qu'il a respecté « *son obligation légale lui imposant de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* », s'il « *justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail* ». Statuant d'abord sur le fondement général de l'obligation de sécurité dans son arrêt *Air France* du 25 novembre 2015 (8), cette nouvelle jurisprudence a été étendue, le 1^{er} juin 2016, au harcèlement moral, dont l'obligation de prévention spécifique apparaît plus que jamais être une déclinaison particulière de l'obligation générale de sécurité. Ainsi, « *ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de*

prévention prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail et qui, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à le faire cesser » (9).

6. Tempérament théorique apporté à une responsabilité de plein droit sous forme d'une responsabilité pour faute présumée selon un régime d'obligation de moyen renforcée, l'évolution a le mérite de faire porter le débat judiciaire sur l'examen concret des mesures propres à assurer une prévention efficace des risques, notamment psycho-sociaux, et contribue, sans doute, à mieux définir les pratiques vertueuses. Dans son arrêt du 1^{er} juin 2016, la Haute juridiction reproche aux juges du fond d'avoir omis de vérifier l'existence d'actions d'information et de formation propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement moral. C'est une indication. Formation du personnel d'encadrement, amélioration des organisations et des conditions de travail, échange sur le travail effectué, adéquation entre autonomie et contrôle, existence d'un dispositif d'alerte, ... ; nul doute également que l'accord national interprofessionnel relatif au stress au travail du 2 juillet 2008, étendu par arrêté du 23 avril 2009 (10), mais également celui conclu le 26 mars 2010 relatif à la prévention du harcèlement moral, étendu par arrêté du 23 juillet 2010 (11), permettront d'alimenter le débat sur les mesures concrètes de nature à prévenir efficacement et à faire cesser immédiatement les situations de harcèlement.

(4) Voir notamment Cass. Soc. 28 février 2002, n° 00-10.051, publié au bulletin, Droit Ouvrier 2002, p. 166 n. F. Meyer ; repris par l'Assemblée Plénière, 24 juin 2005, n° 03-30.038, Droit Ouvrier 2005, p. 475, obs. F. Kessler.

(5) M. Blatman, préc.

(6) Cass. Soc. 29 juin 2005, n° 03-44.412, publié au bulletin, prise d'acte dans un contexte de tabagisme passif ; Cass. Soc. 21 juin 2006, n° 05-42.925, inédit, en matière de respect des préconisations d'aménagement du médecin du travail.

(7) Cass. Soc. 28 février 2006, n° 05-45.555, publié au bulletin.

(8) Cass. Soc. 25 novembre 2015, n° 14-24.444, publié au bulletin, Droit Ouvrier 2016, p. 10, obs. F. Héas.

(9) Cass. Soc. 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702, publié au bulletin.

(10) L'article 6 définit les mesures devant être prises pour prévenir, éliminer ou, à défaut, réduire les problèmes de stress au travail en incluant, par exemple :
- des mesures visant à améliorer l'organisation, les processus, les conditions et l'environnement de travail, à assurer un soutien adéquat de la direction aux personnes et aux équipes, à donner à tous les acteurs de l'entreprise des possibilités d'échanger à

propos de leur travail, à assurer une bonne adéquation entre responsabilité et contrôle sur le travail, et des mesures de gestion et de communication visant à clarifier les objectifs de l'entreprise et le rôle de chaque travailleur,

- la formation de l'ensemble des acteurs de l'entreprise et, en particulier, de l'encadrement et de la direction, afin de développer la prise de conscience et la compréhension du stress, de ses causes possibles et la manière de le prévenir et d'y faire face,

- l'information et la consultation des travailleurs et/ou leurs représentants, conformément à la législation, aux conventions collectives et aux pratiques européennes et nationales.

(11) L'article 4-1 recommande, notamment, de prendre des mesures visant à améliorer l'organisation, les processus, les conditions et l'environnement de travail, à sensibiliser les acteurs sur le phénomène de harcèlement moral, ainsi qu'améliorer la formation de l'encadrement à la conduite des équipes, ou encore à donner à tous les acteurs de l'entreprise des possibilités d'échanger à propos de leur travail. L'article 4-2 précise qu'une procédure appropriée peut être mise en place pour identifier, comprendre et traiter les phénomènes de harcèlement et de violence au travail selon plusieurs axes définis.

7. Pour autant, la primauté dans le droit du travail de l'exigence de la sécurité des corps, du respect de l'intégrité tant physique que psychique n'est pas remise en cause. La jurisprudence *Snecma* (12), qui subordonne le pouvoir de réorganisation au respect de la santé et de la sécurité, a toujours des implications aussi diverses que potentiellement radicales :

- suspension des objectifs de taux de décrochés d'un « *hepl desk* » et d'un projet d'aménagement d'espaces de travail (13) ;
- suspension de la procédure d'information et de consultation d'un projet de réorganisation engendrant des suppressions d'emploi sans indication suffisante des risques, y compris psycho-sociaux, engendrés par des transferts de charges de travail (14) ;
- annulation éventuelle du projet de réorganisation s'il entraîne des risques psycho-sociaux caractérisés ou avérés (15) ;
- interdiction éventuelle de poursuivre un projet d'externalisation d'une activité en matière de production industrielle d'énergie sur le site de La Hague (16).

8. Cette protection impérative et effective, largement inspirée par l'exigence de la Cour de justice de l'Union européenne d'effectivité des normes en matière de santé et de sécurité (17), s'est jusqu'alors traduite (au moins jusqu'en avril 2016) par l'automatisme de sa réparation : « *l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, doit en assurer l'effectivité ; la méconnaissance de l'obligation de sécurité cause nécessairement un préjudice au salarié* » (18).

Cette effectivité de la sanction se traduit-elle également en matière de rupture du contrat de travail ? Cette recherche peut être faite selon que

l'obligation de sécurité est invoquée comme motif justificatif de la rupture (A) ou, au contraire, invoquée pour en neutraliser la cause (B).

A. L'obligation de sécurité, motif de la rupture du contrat de travail

9. Il s'agit, de prime abord, d'une cause péremptoire de rupture (1.), dont il convient, toutefois, d'apprécier les marges d'appréciation (2.).

1. 10. Cause péremptoire de rupture

11. À l'initiative du salarié, une tendance générale serait de considérer que la rupture intervenue du fait de manquements à l'obligation de sécurité rend la rupture imputable à l'employeur. Ainsi, tel est le cas en matière de prise d'acte de rupture ou de résiliation judiciaire du contrat de travail dans les situations suivantes :

- manquement répété aux temps de repos hebdomadaires, malgré les multiples plaintes de la salariée (19) ;
- conduite d'un engin dangereux sans habilitation (20) : l'arrêt, qui avait considéré que le manquement n'était pas suffisant, dès lors que le salarié avait conduit un tractopelle au cours d'une formation visant à la validation du CACES approprié qu'il avait obtenu le lendemain, est cassé au visa des articles L. 1231-1 et L. 4121-1 du Code du travail, ensemble les articles R. 4323-55 et suivants du Code du travail ;
- harcèlement moral subi par le salarié, qui prend acte de la rupture, malgré le caractère fortuit des faits et les mesures immédiatement prises par l'employeur (cassation) (21) ;
- non-respect de manière habituelle des préconisations du médecin du travail en matière de port de charges ayant nui gravement à la santé du salarié (22).

(12) Cass. Soc. 5 mars 2008, n°06-45.888, publié au bulletin, Droit Ouvrier 2008, p. 424, obs. F. Héas.

(13) Cass. Soc. 7 décembre 2016, n° 15-16.769, publié au bulletin.

(14) CA Paris, ch. 6-2, *CHSCT Relais Fnac*, 13 décembre 2012, n° 12-00.303.

(15) Cass. Soc. 5 mars 2015, n° 13-26.321, *Relais Fnac* (toujours) rejet du pourvoi contre l'arrêt ayant considéré que les risques n'étaient pas avérés.

(16) Cass. Soc. 22 octobre 2015, n° 14-20.173, publié au bulletin, rejet du pourvoi contre l'arrêt ayant rejeté l'interdiction de poursuivre le projet : « *après avoir constaté que l'employeur avait initié, outre un processus de reclassement des salariés, un plan global de prévention des risques psycho-sociaux comportant notamment un dispositif d'écoute et d'accompagnement, ainsi qu'un dispositif d'évolution des conditions de vie au travail et de formation des managers et que cette démarche s'était poursuivie dans la durée, donnant lieu à un suivi mensuel, la cour d'appel a, motivant sa décision, pu décider qu'il n'y avait pas lieu d'interdire la mise en œuvre du projet d'externalisation* ». La décision de première instance (Tribunal de grande instance de Paris, 5 juillet 2011) est reproduite au Droit Ouvrier 2011, p. 633, n. M. Cohen.

(17) CJCE 9 septembre 2003, C-151/02 ; CJCE 13 septembre 2007, C-307/05, Droit Ouvrier 2008, p. 91, obs. M. Bonnechère.

(18) V. à titre d'illustration, Cass. Soc. 30 novembre 2010, n°08-70.390, Bull. n° 270 : soudeur intérimaire exposé à un début de contamination au chrome, totalement dissipée un mois après la déclaration d'inaptitude prise à titre préventif par le médecin du travail ; cassation de l'arrêt qui considère qu'il n'y a pas de préjudice à réparer en l'absence d'altération de la santé ; v. également Cass. Soc. 18 décembre 2013, n° 12-15.454, publié au bulletin : l'absence de visite d'embauche cause nécessairement un préjudice au salarié, même si l'employeur avait fait le nécessaire pour que le salarié puisse en bénéficier, mais n'avait pas pris la précaution de vérifier qu'elle ait vraiment eu lieu.

(19) Cass. Soc. 28 mai 2013, n° 12-12.862, inédit.

(20) Cass. Soc. 27 mars 2013, 11-28.750, inédit, assez topique.

(21) Cass. Soc. 3 février 2010, n° 08-44.019, Bull. n° 30.

(22) Cass. Soc. 7 janvier 2015, n° 13-602, inédit ; dans le même sens, Cass. Soc. 13 mai 2015, n° 13-28.792, inédit.

12. Il est essentiel de noter que cette jurisprudence s'accompagne d'une inversion de la charge de la preuve, puisqu'en principe, il appartient au salarié d'établir les faits invoqués à l'appui de la prise d'acte ou de la demande de résiliation judiciaire. Ici, au contraire, lorsque l'obligation de sécurité est alléguée, il appartient à l'employeur d'établir qu'il a respecté ses obligations.

Ainsi, l'employeur doit établir qu'il a respecté les réserves du médecin du travail (23). Par exemple, une salariée faisait grief à l'employeur d'avoir violé son obligation générale de sécurité en lui imposant des conditions matérielles de travail ayant entraîné un accident du travail (selon la salariée, la boutique où elle était affectée ne disposait ni de chauffage, ni de climatisation, ni d'eau chaude courante, les locaux étant, par ailleurs, inadaptés) ; l'arrêt, qui rejette sa demande de résiliation judiciaire au motif que les griefs se rapportant aux conditions de travail ne résultaient d'aucun élément de preuve, le compte rendu de l'accident du travail ne contenant pas plus de précisions, est cassé pour inversion de la charge de la preuve (24).

13. En sens inverse, dans le cadre de licenciements disciplinaires pour manquement aux obligations de sécurité, l'employeur dispose de larges pouvoirs disciplinaires entendus comme des mesures permettant d'assurer l'effectivité de la protection de l'ensemble du personnel. L'ampleur des responsabilités patronales justifie également qu'il dispose d'un pouvoir disciplinaire effectif. Au demeurant, l'article L. 4122-1 du Code du travail impose spécifiquement au salarié de prendre soin de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail. Il s'en déduit une certaine rigueur dans l'appréciation de la gravité de la faute, comme en témoigne le contrôle effectué par la Cour de cassation de la qualification de la faute grave, retenue dans les hypothèses suivantes :

- refus réitéré d'un chef de chantier de porter son casque de protection obligatoire (25) ;
- couvreur titulaire du CACES et destinataire du livret d'accueil relatif à la sécurité, traitant particu-

lièrement du port du harnais, qui se décroche de la ligne de vie tandis qu'il procède en bordure de toit à un nettoyage de chantier (26) ;

- salariée n'ayant pas pris les mesures nécessaires pour remplacer un escabeau cassé dont l'utilisation constitue un danger pour le personnel (27) ;
- absence de mesure prise par un salarié disposant d'une délégation de pouvoir en matière d'hygiène et sécurité pour prévenir un accident et faire procéder aux travaux nécessaires à la stabilisation d'une mezzanine sur laquelle circulent des magasiniers (28) ;
- chauffeur grand routier qui ayant fait l'objet de plusieurs mises en garde de la part de l'employeur, persiste à ne pas respecter les temps de conduite et de repos (29) ;
- violation réitérée par un salarié déjà sanctionné de l'interdiction de fumer en raison de la nature de l'activité (30) ;
- refus, sans contre-indication médicale, d'un employeur de pompes funèbres de se faire vacciner contre l'hépatite B (31).

2. Quelles marges d'appréciation ?

14. La Chambre sociale de la Cour de cassation semble adopter, depuis quelque temps, des solutions plus pragmatiques, où l'automatisme des sanctions s'atténue.

15. L'abandon de la notion de « préjudice nécessaire » selon laquelle la méconnaissance des obligations du Code du travail entraînait « nécessairement » un préjudice oblige les juges du fond à relever son existence et les éléments propres à en assurer l'évaluation. Il en est ainsi de la remise tardive d'une fiche de paie et d'un certificat de travail (32), du préjudice résultant de l'illicéité d'une clause de non-concurrence (33), du défaut d'information au droit à la formation lors de la notification du licenciement. *A priori*, la Chambre sociale n'a pas eu l'occasion d'étendre cette jurisprudence à la méconnaissance de l'obligation de sécurité, ayant seulement eu l'occasion de préciser que l'appréciation du quantum des dommages et intérêts était souveraine (34).

(23) Cass. Soc. 18 février 2015, n° 13-27.926 : cassation pour violation de la loi.

(24) Cass. Soc. 24 juin 2015, n° 13-26.923, inédit.

(25) Cass. Soc. 23 mars 2005, n° 03-42.404, Bull. n° 99 ; dans le même sens, Cass. Soc. 19 juin 2013, n° 12-14.246.

(26) Cass. Soc. 31 janvier 2012, n° 10-21.472.

(27) Cass. Soc. 6 juin 2007, n° 05-45.984, inédit.

(28) Cass. Soc. 23 juin 2010, n° 09-41.607, publié au bulletin, cassation.

(29) Cass. Soc. 26 octobre 2011, inédit ; dans le même sens, Cass. Soc. 3 avril 1996, n° 94-44.610 : non-respect par un chauffeur

routier des consignes relatives à la conduite des véhicules (dépassement de la vitesse autorisée et infraction aux temps de conduite et de repos).

(30) Cass. Soc. 16 juin 2015, n° 14-10.327 : cassation.

(31) Cass. Soc. 11 juillet 2012, n° 10-27.888.

(32) Cass. Soc. 13 avril 2016, n° 14-28.293, Droit Ouvrier 2016, p. 580 n. J. Jardonnet.

(33) Cass. Soc. 25 mai 2016, n° 14-20.578, Droit Ouvrier 2016, p. 573 n. F. Canut et L.-F. Pignarre.

(34) Cass. Soc. 7 décembre 2016, n° 15-18.517, inédit.

3. En revanche, la plus grande latitude laissée aux juges du fond pour apprécier les manquements justifiant une prise d'acte de rupture ou une résiliation judiciaire du contrat s'applique sans dérogation particulière lorsqu'est en jeu la méconnaissance de l'obligation de sécurité. Depuis les arrêts du 26 mars 2014 (35), la rupture à l'initiative du salarié ne peut intervenir que lorsque les juges du fond constatent souverainement que les faits, dûment établis, sont « *suffisamment graves pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail* ». Or, précédemment, il était considéré que certains manquements entraînaient, à eux seuls, la requalification de la rupture en licenciement nul (en matière de harcèlement moral (36)) ou sans cause réelle et sérieuse (en cas de manquement à l'obligation de sécurité de résultat (37)). Au contraire, elle laisse désormais aux juges du fond le soin d'apprécier la gravité des manquements en l'absence de visite médicale obligatoire (38), en cas de violences physiques et morales sur le lieu de travail (39) et en cas de harcèlement moral et sexuel ayant donné lieu au licenciement immédiat du harceleur (40).

16. Au contraire, en matière de licenciement pour faute grave, la Cour de cassation conserve son contrôle en maintenant toujours une rigueur plus soutenue lorsqu'il est porté atteinte à la sécurité des travailleurs. Ainsi, certains critères, qui permettent d'écarter habituellement la faute grave, deviennent parfois inopérants, tels que la tolérance des faits ou le comportement de l'employeur : l'obligation de résultat en matière de santé et de sécurité justifie que le harcèlement sexuel constaté soit qualifié de faute grave, peu important le fait que l'employeur ait toléré un certain temps les faits sans réagir (41).

B. L'obligation de sécurité et la neutralisation de la cause de la rupture

17. Il s'agit de déterminer si la méconnaissance d'obligations à la santé/sécurité est susceptible d'avoir une incidence sur l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement fondé sur un autre motif, en en neutralisant partiellement (1.) ou totalement (2.) le bien-fondé.

1. Atténuation de la faute du salarié

18. Les faits fautifs pourront être jugés de gravité moindre, voire même ne pourront pas être jugés suffisamment graves pour entraîner le licenciement.

19. Certaines clauses de rendement pourront même être jugées illicites, comme contraires aux règles de sécurité, par exemple dans le domaine des transports où sont jugées illicites les clauses se rapportant à la rémunération et susceptibles de créer des risques pour la sécurité des salariés ou des tiers (42).

20. Et sans être illicite, lorsque les objectifs assignés au salarié ou les directives génèrent une charge de travail intense, sans évaluation périodique, ni respect des durées maximales quotidiennes ou hebdomadaires, il appartient au juge de rechercher si le comportement fautif trouve son origine dans cette charge de travail. Comme dans cette décision assez topique du 28 mai 2014 se rapportant au comportement tyrannique d'une infirmière coordinatrice dans un établissement pour adultes dépendants, qui conteste son licenciement (43) et forme un pourvoi en cassation avec succès. Le premier chef de cassation se rapporte au rejet de la demande d'heures supplémentaires, alors que le forfait-jour était irrégulier, le deuxième porte sur le rejet de l'indemnisation en raison d'un manquement à l'obligation de sécurité (44) et le

(35) Cass. Soc. 26 mars 2014, n° 12-23.634, n° 12-21.372 et n° 12-35.040.

(36) Cass. Soc. 3 février 2010, n° 08-44.019.

(37) Cass. Soc. 16 juin 2009, n° 08-41.519.

(38) Cass. Soc. 28 octobre 2014, n° 13-16.821, inédit : l'absence de visite médicale obligatoire n'avait duré que deux mois, à la suite d'un différend entre l'association interprofessionnelle de santé au travail et la société, faisant ainsi ressortir qu'ils n'avaient pas empêché la poursuite du contrat de travail.

(39) Cass. Soc. 15 janvier 2015, n° 13-17.374, inédit, manquement suffisant malgré le licenciement immédiat de l'auteur des violences.

(40) Cass. Soc. 11 mars 2015, n° 13-18.603, publié au bulletin : après avoir considéré que l'employeur avait manqué à son obligation du seul fait que la salariée avait été victime des faits, quand bien même des mesures avaient été prises pour faire cesser les agissements de harcèlement, il est reproché à la cour d'appel de ne pas avoir recherché s'ils empêchaient la poursuite du contrat de travail.

(41) Cass. Soc. 18 février 2014, n° 12-17.557, Bull. n° 52.

(42) Cass. Soc., 13 novembre 2003, n° 01-46.075 et n° 01-46.089, Bull., n° 282, Droit Ouvrier 2004 p. 330 n. C. Ménard : prime de rendement au kilomètre.

(43) Cass. Soc. 28 mai 2014, n° 13-13.947, inédit, cassation partielle.

(44) « *Attendu que pour débouter la salariée de sa demande d'indemnité au titre du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat, l'arrêt retient qu'il ressort des pièces du dossier que l'appelante, qui s'est elle-même montrée tyrannique vis-à-vis de ses subordonnés comme des résidents dont elle avait la charge, n'a simplement pas supporté, sous l'empire d'un orgueil et d'un sentiment de supériorité qui, depuis longtemps, ne connaissaient plus de limites, les observations parfaitement justifiées de son supérieur hiérarchique sur des faits matériellement établis, lesquelles ne comportaient aucune connotation personnelle, ni désobligeante ; (...) qu'il s'évince des pièces versées aux débats par les deux parties que l'employeur a seulement, pendant trop longtemps, laissé la salariée régner sans partage et de façon extrêmement autoritaire sur l'établissement, où elle semait la terreur sur ses subordonnés comme sur les résidents ; que l'intéressée n'a tout simplement pas accepté une reprise en main par la nouvelle direction qui, ayant constaté l'existence de méthodes inacceptables mises en œuvre par la salariée, a entendu restaurer la quiétude des résidents d'abord, et des relations harmonieuses au sein du personnel ensuite ; Qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier, ainsi qu'elle y était invitée, si la dégradation de l'état de santé de la salariée ne résultait pas d'une charge ou d'horaires de travail excessifs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.* »

troisième chef de cassation sur le rejet de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, au motif que la cour d'appel n'avait pas recherché, comme elle y était invitée, si le comportement de la salariée ne pouvait être justifié par une surcharge de travail importante.

21. Et de la surcharge de travail au harcèlement moral, il n'y a parfois qu'un pas. Ainsi, la victime de harcèlement pourra tenter de s'exonérer de ses comportements fautifs si elle peut convaincre le juge qu'il existe un lien, même partiel, avec la situation subie. Il importe alors peu qu'elle ait elle-même été licenciée pour avoir adopté un comportement harceleur. À titre d'illustration, il est loisible de se référer à un arrêt du 1^{er} mars 2011 (45) : dans le cadre du pouvoir souverain qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du Code du travail, une Cour d'appel peut estimer que le comportement du salarié, quoique blâmable (gestion brutale et irrespectueuse de ses équipes), ne revêt pas, du fait de la pression exercée sur lui par l'employeur, un caractère sérieux justifiant son licenciement. L'obligation de sécurité dont doit répondre en priorité l'employeur place ce dernier dans l'impossibilité d'invoquer la sécurité de son personnel pour licencier un chef de service harceleur... Où se trouve confirmée l'idée que le harcèlement peut avoir une nature systémique reposant sur une organisation délétère de l'entreprise, ou sur un management par le stress qui se répercute du niveau supérieur au niveau inférieur, sans que la responsabilité professionnelle des cadres intermédiaires ne puisse nécessairement être engagée.

L'appréciation du sérieux du licenciement, ou éventuellement la disqualification d'une faute grave en licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, pourra donc tenir compte des atteintes portées à la santé et la sécurité du salarié. Et s'il est vraiment avéré que le salarié licencié a été harcelé, pourquoi d'ailleurs ne pas faire application de l'article L. 1152-2 du Code du travail selon lequel « *aucun salarié ne peut être licencié pour « avoir subi » des agissements répétés de harcèlement moral* » et considérer, en conséquence, que le licenciement est nul, puisque résultant du harcèlement subi, générant lui-même « *en cascade* » un harcèlement à des niveaux inférieurs.

2. Manquement de l'obligation de sécurité comme cause indirecte du licenciement

22. La dégradation de l'état de santé entraîne parfois des arrêts de travail répétés de nature à désorganiser l'entreprise ou est de nature à empêcher le salarié d'assumer ses fonctions, de sorte qu'il sera déclaré inapte par le médecin du travail.

23. Tout d'abord, il convient de rappeler qu'il est désormais bien acquis que les conséquences préjudiciables d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, même causées par la faute inexcusable de l'employeur, n'ont plus lieu d'être indemnisées par le conseil de prud'hommes.

24. Jusqu'à une période récente, il était admis que, lorsque l'inaptitude à l'origine du licenciement trouvait sa cause dans un accident du travail ou une maladie professionnelle consécutifs à une faute inexcusable de l'employeur, le salarié pouvait prétendre à une indemnité réparant la perte de son emploi due à cette faute de l'employeur, mais également la réparation de la perte de ses droits à la retraite (46).

25. Cette jurisprudence semblait inspirée par l'idée que la cause de la rupture est bien réelle et sérieuse lorsque l'inaptitude médicale est régulièrement constatée par le médecin du travail et que toutes les tentatives de reclassement ont été effectuées. La contestation directe de la cause de la rupture semblait alors inopérante, mais, en revanche, la faute de l'employeur entraînait, de manière indirecte, la perte d'emploi, ce préjudice étant ainsi réparable indépendamment du licenciement lui-même. Mais, outre le fait que cette jurisprudence était source de complexité procédurale (les prud'hommes pouvaient-ils apprécier les manquements de l'employeur, ou devaient-ils surseoir à statuer dans l'attente de l'action devant le tribunal des affaires de Sécurité sociale ?), elle portait potentiellement atteinte aux dispositions du Code de la Sécurité sociale réservant la compétence des juridictions de Sécurité sociale pour indemniser le préjudice résultant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

26. Après avoir réduit son étendue sous l'influence d'un arrêt de Chambre mixte (47), la Cour de cassation a abandonné définitivement cette jurisprudence le 6 octobre 2015 (48) ; désormais, il n'existe plus de

(45) Cass. Soc. 1^{er} mars 2011, n° 09-42.942, *Sté Canal + Distribution*, inédit.

(46) Cass. Soc. 17 mai 2006, n° 04-47.455 Bull. n° 176, *Droit Ouvrier* 2006 p. 505, n. Y. Saint-Jours ; Cass. Soc. 26 octobre 2011, n° 10-20.991.

(47) Cass. Ch. mixte, 9 janvier 2015, pourvoi n° 13-12.310, Bull n° 1 : la perte des droits à la retraite est déjà réparée par la rente

majorée prévue à l'article L. 452-3 CSS, ce qui, dit autrement, ne relève pas de la réparation de la perte d'emploi par le conseil de prud'hommes.

(48) Cass. Soc. 6 octobre 2015, n° 13-26.052, publié au bulletin ; v. F. Meyer, *Accidents du travail et maladies professionnelles : la longue quête des victimes pour obtenir une meilleure réparation du dommage corporel*, *Droit Ouvrier* 2016 p. 603, spec. p. 609.

préjudice lié à la perte d'emploi résultant d'une faute inexcusable.

Pour autant, existe-t-il, dans ce cas, et plus généralement en dehors de la seule sphère des accidents du travail ou maladies professionnelles lorsque l'inaptitude est liée à un manquement de l'employeur à ses obligations, une cause réelle et sérieuse de licenciement ?

27. Comme précédemment exposé, en matière de harcèlement, les articles L. 1152-2 et 3, ainsi que les articles L. 1153-2 et L. 1153-4, prévoient la nullité pour tout salarié licencié pour avoir subi des faits de harcèlement moral et sexuel. Dès lors, il est désormais bien établi que le salarié dont l'inaptitude résulte de faits de harcèlement moral ou sexuel est fondé à obtenir une indemnité pour licenciement nul.

28. Mais, en dehors des cas de harcèlement, doit-on laisser un licenciement sans réparation spécifique s'il résulte d'une inaptitude au moins partiellement causée par l'employeur ?

Une lecture attentive de la jurisprudence permet bien de considérer que, lorsque l'inaptitude est directement causée par le comportement fautif de l'employeur, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (49). Elle a confirmé cette position par toute une série d'arrêtés plus récents écartant la cause réelle et sérieuse du licenciement, quand bien même l'inaptitude avait été régulièrement constatée. Ainsi, l'existence d'une « *faute à l'origine de l'inaptitude* » (d'origine professionnelle), entraîne une absence de cause réelle et sérieuse de licenciement, sans que celle-ci ne soit subordonnée à la reconnaissance préalable d'une faute inexcusable (50).

Il en est de même lorsque l'inaptitude trouve de manière déterminante son origine dans volume anormal de travail ou dans un vol à main armée intervenu malgré la mise en place d'un vigile, la preuve de l'absence de tout manquement de l'employeur n'étant pas établie (51).

Il est même permis de ré-imputer le licenciement à la violation de l'obligation de sécurité lorsqu'elle ne conduit pas à la reconnaissance de l'inaptitude, mais lorsqu'elle entraîne des absences répétées désorganisant l'entreprise, les manquements de l'employeur l'empêchant de se prévaloir de ce motif de licenciement (52).

29. De manière plus explicite encore, la Haute juridiction a eu l'occasion d'insister tant sur l'existence que l'importance de ce contentieux lié à l'origine de l'inaptitude dans le cadre d'une décision de principe intéressant les salariés protégés.

30. On sait que la Cour de Cassation (53) a aligné sa position sur celle du Conseil d'État (54), selon lequel l'administration ne recherche pas la cause de l'inaptitude, la réparation du harcèlement relevant exclusivement du juge judiciaire.

Restait à mieux cerner quel était l'office du juge judiciaire. C'est chose faite dans les arrêts publiés à motivation développée particulièrement pédagogique du 15 avril 2015 (55), qui affirment que le juge judiciaire est compétent pour apprécier, en cas de harcèlement, la nullité du licenciement, même sans annulation de la décision administrative de licenciement. Mais la portée de l'arrêt dépasse le cas du harcèlement et même, au vu de la généralité de certains passages, celui des salariés protégés : « *Attendu cependant que, dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l'administration du travail de vérifier que l'inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement ; qu'il ne lui appartient pas, en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral dont l'effet, selon les dispositions combinées des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 du Code du travail, serait la nullité de la rupture du contrat de travail ; que, ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations* ».

31. De la responsabilité des acteurs en matière de prévention de la dégradation de la santé et de la sécurité au travail, l'actualité législative impose d'examiner désormais l'évolution de l'inaptitude elle-même.

(49) Cass. Soc. 2 mars 2011, n° 08-44.977, publié.

(50) Cass. Soc. 29 mai 2013, n° 12-12.673, inédit ; dans le même sens, Cass. Soc. 26 septembre 2012, n° 11-14.595, inédit.

(51) Cass. Soc. 29 mai 2013, n° 12-18.485, rejet ; Cass. Soc. 28 mai 2014, n° 13-12.485, cassation d'un arrêt déboutant un salarié de sa demande d'indemnité pour licenciement sans CRS.

(52) Cass. Soc. 13 mars 2013, n° 11-22.082.

(53) Cass. Soc. 20 et 27 novembre 2013, n° 12-20.301.

(54) CE 8 avril 2013, n° 348.559.

(55) Cass. Soc. 15 avril 2015, n° 13-21.306 et n° 13-22.469.

II. Évolution de la notion d'inaptitude

32. L'inaptitude physique peut se définir comme l'incapacité à exécuter le contrat de travail. Elle doit être appréciée par rapport au poste occupé par le salarié dans l'entreprise. Il est important, cependant, de distinguer l'inaptitude de l'invalidité, qui est une notion relevant de la Sécurité sociale et qui n'a aucune incidence sur le contrat de travail (56). Un salarié, même invalide, peut tout à fait être apte à occuper son poste de travail. Le licenciement fondé sur l'invalidité, même reconnue par la Sécurité sociale, est illégal.

33. On distingue également l'inaptitude partielle, l'inaptitude totale et l'inaptitude absolue ou définitive. L'inaptitude est partielle quand le salarié est encore en mesure d'accomplir certaines tâches correspondant à son poste. Elle est totale quand le salarié ne peut réaliser aucune des tâches relevant de son poste, mais peut occuper un poste différent dans l'entreprise. Ainsi, par exemple, un électricien déclaré inapte en raison d'une blessure physique peut occuper un poste administratif. Enfin, l'inaptitude est absolue ou définitive quand le salarié ne peut accomplir aucune tâche, quelle qu'elle soit.

34. Les articles L.1226-2 et L.1226-10 du Code du travail visent les inaptitudes non professionnelles, c'est-à-dire liées à une maladie ou un accident non-professionnel, et les inaptitudes professionnelles résultant d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail. En termes d'obligations de reclassement, la loi *Travail* du 8 août 2016 assimile dorénavant ces deux catégories d'inaptitude (57). Ces deux textes sont dorénavant rédigés dans les mêmes termes : « *Lorsque le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle est déclaré inapte par le médecin du travail, en application de l'article L. 4624-4, à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités* ».

35. Lorsque le salarié est déclaré inapte, l'employeur est tenu d'une obligation de reclassement à son égard. L'obligation de l'employeur peut s'avérer particulièrement lourde et il doit veiller à se ménager la preuve du respect de ses obligations. Le

licenciement du salarié pour inaptitude ne peut être envisagé que si, et seulement si, l'employeur ne peut reclasser le salarié.

36. Un premier allègement des obligations pesant sur l'employeur résulte de la loi *Rebsamen* du 17 août 2015, qui a modifié le texte de l'article L.1226-12 du Code du travail. Désormais, l'employeur peut licencier le salarié pour inaptitude « *si l'avis du médecin, du travail mentionne expressément que tout maintien du salarié dans l'entreprise serait gravement préjudiciable à sa santé* ». Dans ce cas, l'employeur est dispensé de son obligation de reclassement.

La loi *Travail* du 8 août 2016 confirme ce mouvement. Le législateur redéfinit la déclaration d'inaptitude, ce qui conduit à un champ d'application plus restreint de la notion d'inaptitude (A), et, dans le même temps, la loi procède à un allègement de l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur (B).

A. Le champ d'application de l'inaptitude

37. La procédure d'inaptitude s'applique à tout contrat de travail à durée indéterminée, même pendant la période d'essai, ainsi qu'aux contrats à durée déterminée depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2011 (article L.1226-20 du Code du travail). Le médecin du travail joue un rôle fondamental en matière d'inaptitude. En effet, il est seul habilité à déclarer le salarié inapte (58).

38. Il est à noter que la nouvelle visite d'information et de prévention instaurée par la loi *Travail* ne permet pas de constater l'inaptitude du salarié. En effet, cette visite, qui doit se dérouler dans les trois mois suivant l'embauche (article R.4324-10), n'est pas réalisée nécessairement par le médecin du travail. De même, la visite de pré-reprise ne permet pas de constater l'inaptitude. Cette visite de pré-reprise est obligatoire pour les arrêts d'une durée d'au moins trois mois, à l'initiative du médecin conseil de la caisse de Sécurité sociale, du médecin traitant ou du salarié. Cette visite permet d'anticiper et de faciliter la recherche de mesures adaptées lorsqu'une évolution de l'aptitude au travail du salarié est prévisible.

(56) Cass. Soc. 13 janvier 1998, n° 95-45.439, Bull. 1998 V. n° 9, p. 7.

(57) F. Héas, La réforme du régime de l'inaptitude suite à la loi du 8 août 2016, *Droit Ouvrier* 2017, p. 103.

(58) L'inaptitude du salarié peut être constatée :

- soit lors du suivi individuel renforcé des travailleurs lorsqu'ils occupent des emplois à risque définis à l'article R.4624-23 du Code du travail à l'occasion de l'examen médical d'aptitude à l'embauche (art R. 4624-24) ou de la visite périodique (art R. 4624-28) ;

- soit à l'occasion de la visite de reprise après un congé de maternité, une absence pour cause de maladie professionnelle, une absence d'au moins trente jours suite à un accident du travail, une maladie ou un accident non professionnel ;
- soit lors d'une visite à l'initiative du salarié, sous réserve d'en informer préalablement son employeur, du médecin du travail ou de l'employeur.

39. La loi *Travail* modifie plusieurs aspects de l'ouverture de la procédure d'inaptitude. En premier lieu, les modalités de la déclaration d'inaptitude ont évolué (1.). En deuxième lieu, la nouvelle définition de l'inaptitude conduit à s'interroger sur la distinction à faire entre avis d'inaptitude et avis d'aptitude avec réserve (2.). Enfin, la loi *Travail* modifie également les recours ouverts à l'encontre de la décision d'inaptitude (3.).

1. Les modalités de la déclaration d'inaptitude

40. Le nouvel article L.4624-4 du Code du travail définit les conditions dans lesquelles le médecin du travail peut déclarer le salarié inapte à son poste de travail. Lorsqu'« aucune mesure d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail occupé n'est possible et que l'état de santé du travailleur justifie un changement de poste, le médecin du travail déclare le travailleur inapte à son poste de travail ». De plus, l'article précise que « l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail est éclairé par des conclusions écrites, assorties d'indications relatives au reclassement du travailleur ».

41. En redéfinissant les modalités de l'inaptitude, le législateur met l'accent sur le rôle central du médecin du travail. Jusqu'au 1^{er} janvier 2017 (59), date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, le médecin du travail ne pouvait déclarer le salarié inapte qu'après deux examens médicaux espacés de 15 jours minimum. Le licenciement pour inaptitude prononcé avant le second examen médical était nul (60).

42. Il n'existait que deux exceptions à ce principe. Tout d'abord, les hypothèses où « le maintien du salarié à son poste de travail entraînait un danger immédiat pour la santé et la sécurité de l'intéressé ou celle des tiers ». Dans ce cas, un seul examen médical permettait de déclarer le salarié inapte. La jurisprudence se montrait particulièrement stricte quant à la réalité du danger. Ainsi, la seule mention de « procédure d'urgence » ne suffit pas à caractériser la procédure de danger immédiat (61). *A fortiori*, le licenciement du salarié alors que l'examen médical ne portait pas la mention d'un danger immédiat était nul (62).

Ensuite, l'ancien article R. 4624-31 *in fine* admet que l'inaptitude soit déclarée après un seul examen si un examen de pré-reprise avait eu lieu les 30 jours précédents.

43. La loi *Travail* a entendu alléger la procédure de déclaration d'inaptitude et permettre au médecin du travail de déclarer le salarié inapte après un seul et unique examen médical. Cette mesure figure au nouvel article R.4624-42 du Code du travail entré en vigueur le 1^{er} janvier dernier. Ce texte impose cependant le respect d'un certain nombre de conditions pour que l'inaptitude puisse être déclarée après un seul examen médical.

44. Ces conditions sont au nombre de trois : le médecin du travail doit avoir réalisé (ou fait réaliser) une étude du poste du salarié, ainsi qu'une étude des conditions de travail dans l'établissement en précisant la date d'actualisation de la fiche d'entreprise. Enfin, le médecin du travail doit justifier avoir échangé par tout moyen avec l'employeur. Cette obligation d'échange avec l'employeur est nouvelle. Lors de ces échanges, l'employeur et le salarié doivent être à même de faire valoir leurs observations et leur avis sur les propositions du médecin du travail. Il est à noter que le médecin du travail demeure libre de fixer un second examen s'il l'estime nécessaire. Dans ce cas, il doit avoir lieu dans le délai de quinze jours à compter du premier examen.

45. L'inaptitude du salarié peut désormais être déclarée dès le premier examen médical, dès lors que le médecin du travail aura, d'ores et déjà, envisagé toutes les mesures possibles d'aménagement, d'adaptation ou de mutation. Peut-on considérer que cet examen unique s'avère moins protecteur que les dispositions anciennes pour le salarié ?

À première vue, la réponse doit être affirmative. L'exigence d'un second examen médical est une garantie importante pour le salarié. Il permet au médecin du travail de conforter sa décision.

Mais ce délai avait pour objet de permettre au médecin du travail de procéder, d'une part, à une étude de poste et, d'autre part, à une étude des conditions de travail dans l'entreprise, ainsi que, le cas échéant, la réalisation d'examens médicaux complémentaires.

L'article R.4624-42 érige en conditions d'un examen unique le respect de ces obligations par le médecin du travail. En réalité, dès lors que ce professionnel aura en mains tous les éléments pour prendre sa décision, il peut déclarer l'inaptitude du salarié

(59) Les règles relatives à la déclaration d'inaptitude étaient issues, notamment, du décret n°2012-435 du 30 janvier 2012 relatif à l'organisation de la médecine du travail.

(60) Par exemple, Cass. Soc. 16 février 1999, Bull. 1999 V, n° 76, p. 56 ; Droit Social 1999, p. 528, obs. J. Savatier.

(61) Cass. Soc. 28 janvier 2006, n° 04-44.687.

(62) Cass. Soc. 4 juin 2002, Bull. 2002 V, n° 192 p. 188, Droit Social 2002, p. 912, obs. F. Duquesne.

sans attendre un second examen, devenu sans objet si les études de postes et de conditions de travail ont déjà été réalisées.

La suppression d'un examen médical avant la déclaration d'inaptitude ne semble donc pas porter atteinte aux droits du salarié, ni être moins protectrice pour lui. Le médecin du travail ne déclarera l'inaptitude du salarié après un examen unique que dans les hypothèses où il disposera de toutes les informations nécessaires à sa prise de décision.

46. Mais il faut se demander si le médecin du travail sera réellement en mesure de connaître l'ensemble des éléments nécessaires en un seul et unique examen. S'il ne souhaite pas alourdir la procédure de déclaration d'inaptitude en fixant un second examen médical, il peut également rendre un avis d'aptitude avec réserve le temps de disposer des éléments indispensables à sa prise de décision.

2. Aptitude avec réserve et inaptitude

47. Plutôt que de fixer un second examen avant de déclarer l'inaptitude du salarié, le médecin peut rendre un avis d'aptitude avec réserve. Dans ce cas, le salarié est apte à occuper son poste, mais avec certaines restrictions. Par exemple, un livreur peut exercer ses fonctions, mais ne peut porter que des charges légères.

48. Quand les réserves sont importantes, la frontière entre l'aptitude avec réserve et l'inaptitude peut s'avérer mince. Pourtant l'avis du médecin du travail s'impose aux parties et l'employeur est tenu d'aménager le poste du salarié selon les préconisations du médecin du travail. Il est impossible d'appliquer la procédure de licenciement pour inaptitude. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que même le juge ne pouvait requalifier l'avis d'aptitude avec réserve en avis d'inaptitude (63).

49. En supprimant un examen médical lors de la déclaration d'inaptitude du salarié, il faut se demander s'il n'existe pas un risque de voir se développer les avis d'aptitude avec réserves. Ainsi, dans un premier temps, le médecin du travail émet des réserves (nécessitant un aménagement, une mutation), mais le salarié doit être maintenu dans son emploi. Cet avis d'aptitude avec réserves « remplacerait » le premier examen médical. L'obligation pour l'employeur de fournir un poste adapté à son salarié pourrait permettre au médecin du travail d'échanger avec l'employeur, de réaliser les études

liées aux postes et aux conditions de travail. Dans un second temps, le médecin du travail peut rendre un avis d'inaptitude unique si toutes les conditions évoquées ci-dessus sont remplies.

50. Lorsque le médecin du travail a émis un avis d'aptitude avec réserve, le licenciement du salarié au mépris de l'avis et des préconisations du médecin du travail est nul, puisqu'il est, au moins indirectement, fondé sur l'état de santé du salarié et, par conséquent, discriminatoire. Avant le 1^{er} janvier 2017, la sanction était déjà la même en cas de licenciement avant le second examen médical déclarant le salarié inapte. Ce n'est que lorsque cette inaptitude est établie que le licenciement peut être sans cause réelle et sérieuse si l'employeur ne respecte pas son obligation de reclassement.

51. L'avenir nous dira si les médecins du travail déclareront inaptes les salariés en un seul et unique examen ou s'ils feront précéder cette déclaration d'un avis d'aptitude avec réserves. Si tel est le cas, la frontière entre l'aptitude avec réserves et l'inaptitude sera encore plus ténue. En définitive, il y aura toujours deux examens médicaux avant de déclarer l'inaptitude, seule leur qualification aura changé.

L'avis du médecin du travail peut faire l'objet de recours tant de la part du salarié que de son employeur. La loi *Travail* modifie en profondeur la physionomie de ce recours.

3. La contestation de l'avis d'inaptitude

52. L'avis médical d'aptitude ou d'inaptitude doit mentionner les voies de recours ouvertes et leur délai. En l'absence de recours dans le délai imparti, l'avis du médecin du travail s'impose aux parties. Avant l'entrée en vigueur de la loi *Travail*, le recours était formé devant l'inspecteur du travail dans un délai de deux mois par lettre recommandée. Tous les éléments de l'avis pouvaient faire l'objet d'un recours.

53. Dorénavant, le nouvel article L.4624-7 du Code du travail précise que « *si le salarié ou l'employeur conteste les éléments de nature médicale justifiant les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail [...], il peut saisir le Conseil de prud'hommes d'une demande de désignation d'un médecin-expert [...]. L'affaire est directement portée devant la formation de référé. Le demandeur en informe le médecin du travail* ».

(63) Cass. Soc. 10 novembre 2009, n°08-42.674, Droit Social 2010, p.243, obs. J. Savatier ; D. 2009. AJ 2867, obs. S. Maillard ; Droit Ouvrier 2010. 265, obs. A. M. ; RJS 2010. 32, n°30.

54. L'article R.4624-45 du Code du travail indique que la saisine en référé du conseil des prud'hommes doit avoir lieu dans les quinze jours de la notification de l'avis du médecin du travail. Il s'agit ici d'une réduction importante du délai. L'objectif étant, sans doute, de limiter ces contestations. Cependant, il faut se demander si quinze jours constituent un délai suffisant. Les parties seront-elles réellement en mesure de faire respecter leurs droits dans un délai aussi bref ?

55. La loi *Travail* opère également un transfert du contentieux relatif aux avis du médecin du travail. En effet, jusqu'à présent, il s'agissait d'un contentieux administratif. L'avis était contesté devant le médecin inspecteur du travail, la procédure poursuivant éventuellement son cours devant le juge administratif. L'article L.4624-7 transfère cette contestation devant le Conseil des prud'hommes, donc le juge judiciaire. En réalité, la loi scinde le contentieux, puisque seuls les éléments de nature médicale relèvent de la compétence du Conseil des prud'hommes, les éléments non médicaux continuant, *a priori*, à relever du contentieux administratif. Le texte prévoit que le Conseil des prud'hommes peut « charger le médecin inspecteur du travail d'une consultation relative à la contestation ». On peut imaginer, que dans cette hypothèse, le médecin inspecteur du travail sera saisi de l'ensemble de la contestation ... ou non.

56. En effet, ce même texte évoque le Conseil « *saisi au fond* », mais à quelles fins ? S'il s'agit de désigner un médecin-expert, la voie du référé est plus adaptée. Cela sous-entend-il que l'on pourrait saisir le Conseil des prud'hommes d'une contestation visant non pas des éléments médicaux de l'avis du médecin du travail, mais aussi d'autres éléments ? On peut d'ailleurs noter que le contenu de l'ancien article L.4624-1 du Code du travail, qui donnait compétence à l'inspecteur du travail, a totalement disparu des règles de droit positif. Dans ce cas, c'est l'ensemble du contentieux de l'inaptitude qui serait confié à la juridiction judiciaire. Le décret n°2017-1008 du 10 mai 2017 (64) semble trancher en ce sens en réécrivant l'article R.4624-45 du Code du travail, qui précise désormais, dans son troisième alinéa, que « sa décision se substitue aux éléments de nature médicale mentionnés au premier alinéa qui ont justifié les avis, propositions, conclusions écrites ou indications contestés ». Toutefois, seuls les éléments de nature médicale sont visés.

57. Il résulte de ce nouveau dispositif un sentiment de confusion. Selon l'interprétation que l'on retiendra, soit le contentieux est entièrement transféré au juge judiciaire, soit ne relève de cet ordre de juridiction

que les seuls éléments médicaux, les autres éléments relevant du contentieux administratif. Autrement dit, le salarié ou l'employeur qui souhaite contester les mentions de l'avis du médecin du travail risque de se trouver confronté à un dilemme. Doit-il partager son recours entre le juge judiciaire et l'inspection du travail selon qu'il conteste ou non des éléments médicaux ? Doit-il exercer les deux recours s'il entend tout à la fois contester des éléments médicaux et des éléments non médicaux ? Ou, enfin, doit-il saisir le Conseil des prud'hommes de l'ensemble de ses prétentions ? En réduisant le délai pour agir et en scindant, tout au moins en apparence, les recours ouverts, on peut se demander si l'objectif poursuivi par le législateur n'est pas de réduire les contestations des avis du médecin du travail à leur plus simple expression.

58. Le recours ne suspend pas l'avis du médecin du travail et n'a aucune incidence sur la procédure d'inaptitude qui peut se poursuivre. L'avis du médecin-expert désigné (ou celui du médecin inspecteur du travail) se substitue à l'avis initial du médecin du travail.

59. Les apports de la loi *Travail* en matière d'inaptitude ne consistent pas seulement dans la redéfinition de la notion d'inaptitude, mais également dans un allègement de l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur.

B. L'allègement de l'obligation de reclassement

60. L'avis du médecin du travail constatant et déclarant le salarié inapte à son poste ouvre la procédure d'inaptitude. L'article L.1226-2 du Code du travail fait peser sur l'employeur une obligation de reclassement. Le licenciement pour inaptitude ne peut intervenir que lorsque le reclassement s'avère impossible. La loi du 8 août 2016 a entendu simplifier et alléger l'obligation de reclassement en modifiant les règles relatives à la procédure (1.), en redéfinissant l'étendue de cette obligation (2.) et la preuve de son respect (3.).

1. La procédure de reclassement

61. Jusqu'au 1^{er} janvier 2017, certaines règles relatives à l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur différaient selon que l'inaptitude avait, ou non, une origine professionnelle. La loi *Travail* procède à une harmonisation de ces règles et assimile l'inaptitude d'origine professionnelle et l'inaptitude non professionnelle. Dorénavant, dans tous les cas d'inaptitude, l'employeur est tenu de consulter préalablement les délégués du personnel avant de faire une proposition de reclassement au salarié. De même, si

(64) JORF 11 mai 2017, texte n° 147.

aucun reclassement n'est possible, l'employeur doit informer par écrit motivé le salarié des raisons qui s'opposent à son reclassement (art. L. 1226-2).

62. Quelle que soit l'origine de l'inaptitude, le médecin du travail peut désormais formuler des indications sur la capacité du salarié à bénéficier d'une formation afin de le préparer à occuper un poste adapté. La loi *Travail* a réellement généralisé cette obligation, puisqu'elle n'existait que dans les entreprises de plus de 50 salariés, seuil supprimé par les nouvelles dispositions.

63. Cette assimilation de l'inaptitude professionnelle et non professionnelle mérite d'être saluée. En effet, finalement, quelles que soient les raisons pour lesquelles le salarié devient inapte, ce qui importe, c'est la possibilité de lui fournir un poste adapté. Toutes les opportunités doivent être exploitées afin de maintenir le salarié dans l'emploi et éviter son licenciement.

64. Afin d'éviter tout inertie, voire toute mesure dilatoire, l'employeur dispose d'un délai d'un mois pour proposer un reclassement au salarié. Ce délai est maintenu par la loi du 8 août 2016. Cet aspect de la loi *Travail* apparaît plus contraignant pour l'employeur, mais, en contrepartie, l'étendue de l'obligation de reclassement a été allégée.

2. Étendue de l'obligation de reclassement

65. Lorsque le médecin du travail déclare un salarié inapte, son employeur doit lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités. Cette obligation de reclassement pesant sur l'employeur est relativement lourde, puisque ce dernier ne peut procéder au licenciement que s'il démontre l'impossibilité réelle de reclasser le salarié.

66. Il était, néanmoins, admis que les préconisations faites par le médecin du travail après avoir déclaré le salarié inapte permettaient à l'employeur de restreindre (65) ses recherches de reclassement, voire de s'en exonérer (66). La jurisprudence antérieure à la loi *Travail* était très restrictive. En effet, même en présence d'une mention telle que « inapte à tout poste », « inapte à tout travail », « inapte à tout emploi », l'employeur n'était pas dispensé de rechercher un reclassement par tout moyen : adaptation du poste, mutation, aménagement, etc. Dans plusieurs arrêts (67), la Cour de cassation a

affirmé que « *l'avis du médecin du travail déclarant un salarié inapte à tout poste dans l'entreprise ne dispense pas l'employeur de son obligation légale de recherche de reclassement* ». Cette solution prétorienne assurait une protection certaine du salarié. Son employeur devait explorer toutes les possibilités avant de pouvoir procéder à son licenciement.

67. Dorénavant, l'article L.1226-2-1 du Code du travail ne dispense l'employeur de son obligation de reclassement et n'autorise le licenciement du salarié que lorsque figure « *la mention expresse dans l'avis du médecin du travail que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi* ».

68. Il faut alors se demander comment ce nouveau texte va être interprété par les juges. L'intention du législateur est de dispenser l'employeur de son obligation de reclassement dès lors que la santé du salarié empêche « *tout reclassement dans l'emploi* ». Mais cette formule est relativement proche de celle que l'on pouvait déjà trouver dans les avis d'inaptitude telles qu'« *inapte à tout emploi* ». Est-ce à dire que la Cour de cassation persévèrera dans sa volonté d'imposer malgré tout à l'employeur une obligation de reclassement ?

69. Une telle position semble délicate à maintenir au regard de la lettre même de l'article L. 1226-2-1. En effet, celui-ci affirme expressément que « *L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie [...] de la mention expresse dans l'avis du médecin du travail que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi* ». Autrement dit, l'employeur est en droit de licencier le salarié pour inaptitude en présence d'une telle mention. Désormais, le législateur prévoit expressément la dispense de l'obligation de reclassement, ce qui n'était pas le cas auparavant.

3. Preuve du respect de l'obligation de reclassement

70. À compter de l'avis d'inaptitude, l'employeur dispose d'un délai d'un mois pour proposer au salarié inapte un poste adapté à sa situation. Le salarié est en droit de refuser la proposition de reclassement qui lui est faite. Si le reclassement suppose une modification de son contrat de travail (baisse de rémunération,

(65) Cass. Soc. 15 décembre 2015, n°14-1.858 P., Dalloz actualité, 16 janvier 2016, obs. Fraisse ; RJS 2/2016, n°103 ; JS Lamy 2016, n°404-3, obs. Lhernould ; Cass. Soc. 5 octobre 2016, n°15-15.656.

(66) Cass. Soc. 5 octobre 2016, n°15-16.429.

(67) Par ex. Cass. Soc. 7 juillet 2004, Droit Social 2004. 1039, obs. Gauriau ; ibid. 2005. 31, n. Savatier ; Droit Ouvrier 2004, p.546,

obs. Héas ; RJS 2004. 709, n°1028 ; Cass. Soc. 9 juillet 2008, D. 2008. AJ 2229 ; Droit Social 2008. 1138, obs. Savatier ; JCP S 2008. 1507, obs. Verkindt ; Cass. Soc. 9 juillet 2008, D. 2008. AJ 2229 ; RJS 2008. 805, n°982 ; JCP S 2008. 1507, obs. Verkindt ; Cass. Soc. 6 septembre 2009, D. 2009. AJ 2285 ; RJS 2009. 750, n°848 ; Droit Social 2009. 1190, obs. Savatier ; Droit Ouvrier 2010. 46, obs. Lacoste-Mary.

changement de lieu de travail en l'absence de clause de mobilité, changement de fonction...), l'accord express du salarié est exigé.

71. Même si le reclassement n'entraîne pas de modification du contrat de travail, le salarié peut refuser le poste proposé. La Cour de cassation a accordé une place importante à la volonté du salarié dans le processus de reclassement. Ainsi, d'abord pour les salariés dont l'inaptitude est professionnelle (68), la Haute juridiction a décidé que le refus d'un poste approprié ne permet pas de considérer que l'employeur a satisfait à l'obligation de reclassement. Il doit poursuivre sa recherche et ne pourra procéder au licenciement que s'il a exploré toutes les possibilités. Cette solution a été étendue en 2014 aux salariés dont l'inaptitude n'est pas d'origine professionnelle (69).

72. Cette jurisprudence protectrice des droits du salarié semble être remise en cause par la loi *Travail*. En effet, les articles L. 1226-2-1 et L. 1226-12 précisent tous les deux que « *L'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un*

emploi, [...] en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail ».

73. Il faut interpréter cette disposition comme renversant la charge de la preuve de l'obligation de reclassement en cas de litige. Jusqu'à présent, il appartenait à l'employeur de rapporter la preuve qu'il avait mis en œuvre toutes les possibilités de reclassement. Désormais, le texte instaure une présomption de satisfaction de son obligation de reclassement. Il appartient donc au salarié de démontrer que l'employeur n'y a pas satisfait ou que, tout au moins, la recherche de reclassement n'a pas été faite loyalement par l'employeur. On peut imaginer que cette preuve ne sera pas aisée à rapporter pour le salarié.

74. Les enjeux liés à la rupture du contrat de travail du salarié en raison de son état de santé sont loin d'être négligeables. Le contentieux lié aux questions de santé du salarié ne cesse de croître et de poser de nouvelles problématiques. Il appartiendra aux juridictions d'y répondre.

**Véronique Mikalef-Toudic
et Paul Riandey**

(68) Cass. Soc. 30 novembre 2010, n° 09-66.687, Droit Social 2011. 215, obs. F. Favennec-Héry.

(69) Cass. Soc. 10 décembre 2014, n° 13-17.743 et également Cass. Soc. 10 février 2016, n° 14-14.325.



Dalloz Nouvelle
Bibliothèque de Thèses
vol. 167 – 606 pages – 2017
EAN 13 : 9782247168903
75 euros

L'ÉTRANGER ET LA PROTECTION SOCIALE

Lola Isidro

Lola Isidro fait ressortir, entre autres questions, la complexité de la nature du lien de l'étranger avec la communauté d'accueil, la variété des statuts auxquels ce dernier est soumis et le raffinement des procédures de catégorisation mises en place par les textes réglementaires. Lorsque l'auteure porte son regard du côté des enjeux propres au droit de la protection sociale, sont remis sur le métier des concepts aussi centraux que ceux de solidarité et d'universalité, ou encore des mécanismes cardinaux tels le lien entre cotisations et prestations. [...] la figure de l'étranger se précise à la lumière du droit de la protection sociale et les traits saillants de la protection sociale ressortent grâce à l'étude des dispositifs propres aux étrangers. De même, la situation de l'étranger ressortissant d'un État tiers à l'Union européenne s'enrichit de - tout autant qu'elle nourrit - l'analyse du statut des ressortissants de l'Union européenne [...].

L'auteure démontre dans un premier temps que la nationalité a peu à peu été écartée, en raison de la promotion de l'exigence d'égalité et du principe de non-discrimination [...]. Cet effacement de la nationalité a permis à la résidence stable et surtout régulière de se tenir aujourd'hui au centre des dispositifs juridiques d'accès à la protection sociale pour les étrangers. Mais pareille promotion de la résidence régulière, à laquelle le Conseil constitutionnel n'a su poser aucun frein, ne s'est pas faite sans que soient aussi ébranlés quelques-uns des principes fondateurs de la protection sociale. Le droit de la protection sociale ne s'est en effet pas contenté d'intégrer la problématique de la régularité du séjour, il est devenu un instrument au service d'une politique migratoire [...]. La place de premier plan tenue par la régularité de la résidence des étrangers, et les atteintes aux droits fondamentaux qu'elle charrie, pourrait être contestée par l'émergence et la diffusion d'un lien d'intégration, utilisé comme critère d'accès à la protection sociale [...].

À partir d'une étude exhaustive de la jurisprudence européenne, Mme Isidro conclut que le lien d'intégration renvoie au centre d'intérêts des personnes, notion dynamique susceptible de prendre en compte l'évolution favorable de l'inscription d'une personne dans la société d'accueil [...]. L'ampleur du chemin que le lecteur accomplit à la lecture de la thèse de Lola Isidro l'invite finalement à décaler une question classique. Il ne s'agit plus aujourd'hui de se demander ce qu'est une Nation, pour paraphraser le titre d'une conférence par trop célèbre. Il s'agit de comprendre ce que cette forme d'organisation sociopolitique spécifique a impliqué, implique et devrait impliquer. L'ouvrage de Lola Isidro constitue ainsi une contribution importante à l'intelligence de la Nation, et ce depuis une perspective aussi originale que féconde, celle de la protection sociale (extrait de la Préface de Cyril Wolmark).