

Inaptitude et engagement de la procédure de licenciement : l'absence de discrimination

par *Valérie LACOSTE-MARY*, Maître de conférences à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, comprasec UMR CNRS 5114

PLAN

I. L'intention de licencier, exclusive de la discrimination

- A. Le maintien du principe de la nullité du licenciement pour cause d'inaptitude
- B. Le recul de la nullité comme sanction du non respect de R. 241-51-1 du Code du travail ?

II. L'intention de licencier, constitutive d'un abus de droit pour défaut de reclassement

- A. Le moment de l'engagement de la procédure comme preuve de l'absence de volonté de reclasser le salarié
- B. L'obligation de reclassement, une obligation générale

De l'incohérence et des lacunes de la loi naît souvent une **jurisprudence complexe**. Cette remarque est symptomatique du licenciement pour inaptitude, singulièrement lorsque celle-ci est d'origine non professionnelle. La procédure de reconnaissance de l'inaptitude (1) doit être articulée avec le principe d'un reclassement avant licenciement (2) et ce sous réserve de l'absence de discrimination. Dès lors, les sanctions applicables à un licenciement en raison de l'inaptitude oscillent de la nullité à l'absence de cause réelle et sérieuse, selon le moment où le licenciement est prononcé. La construction jurisprudentielle est sur ce point considérable et la décision du 26 janvier 2005 (2 bis) ajoute une pierre à cet édifice.

Dans cette affaire, un salarié embauché comme agent de sécurité par la société **Continental Protection Service** avait fait l'objet de plusieurs arrêts maladie à la fin de l'année 1999. Lors de deux visites de reprise, ayant eu lieu les 14 et 28 février 2000, le médecin du travail l'avait déclaré inapte au poste d'agent de sécurité. Le salarié était licencié en raison de son inaptitude ; cette mesure lui était notifiée le lendemain du second avis rendu par le médecin du travail.

La spécificité et l'intérêt de cette affaire résident dans le fait que l'employeur avait engagé la procédure de licenciement (convocation à l'entretien préalable et entretien préalable) entre les deux visites de reprise. Le salarié demandait donc à titre principal la nullité de son licenciement et à titre subsidiaire l'absence de cause réelle et sérieuse pour défaut de reclassement. Il se fondait notamment sur le fait que l'employeur n'avait pas attendu la fin de la procédure prévue par l'article R. 241-51-1 du Code du travail pour faire connaître son intention de rompre le contrat.

La discussion portait à titre principal, sur le point de savoir si l'engagement d'une procédure de licenciement entre deux visites de reprise, entraînait la nullité de la rupture du contrat sur le fondement de L. 122-45 du Code du travail. Subsidiairement, dans le cas où la nullité serait rejetée, la Cour de cassation devait répondre à la question de savoir si l'engagement de la procédure de licenciement constituait une violation de l'obligation de reclassement.

La Chambre sociale n'a suivi qu'en partie la Cour d'appel qui avait rejeté en bloc les demandes du salarié. Elle conclut à une cassation partielle, au motif qu'aucune disposition du Code du travail ne prévoit la nullité du licenciement lorsque l'employeur engage la procédure avant que le médecin du travail ne se soit prononcé définitivement, sur l'aptitude du salarié à son poste de travail. En revanche, l'intention de licencier, dès la première visite de

(1) R. 241-51-1 du Code du travail.

(2 bis) Reproduite ci-après p. 386, Bull. civ. V, n° 25.

(2) L'obligation de reclassement est posée dans les articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du Code du travail selon que l'origine de l'inaptitude est d'origine professionnelle ou non.

reprise, montrait sans conteste, l'absence de volonté de reclasser de la part de l'employeur. Cet arrêt vient ainsi préciser le régime des sanctions des licenciements intervenus dans le cadre de R-241-51-1 et L.122-24-4 du Code du travail. La Chambre sociale affirme que si l'intention de licencier est exclusive de la discrimination (I), elle est constitutive d'un licenciement abusif pour défaut de reclassement (II).

I. L'intention de licencier, exclusive de la discrimination

L'interdiction de sanctionner et de licencier en raison de l'état de santé est d'application générale et trouve son fondement dans l'article L.122-45 du Code du travail. Elle concerne de toute évidence la question de l'incapacité du salarié à occuper son poste de travail. Si l'arrêt du 26 janvier 2005 ne remet pas en question la sanction de la nullité du licenciement qui aurait pour motif l'incapacité seule (A), la solution de cette affaire marque assurément un recul de la nullité comme sanction du non respect de l'article R-241-51-1 du Code du travail (B).

A. Le maintien du principe de la nullité du licenciement pour cause d'incapacité

L'interdiction de licencier en raison de l'état de santé est inscrite depuis un certain temps déjà dans l'article L. 122-45 du Code du travail. Elle n'est écartée que si le salarié est licencié dans le cadre du titre IV du livre II du même Code (3). Or, le licenciement pour incapacité alimente un contentieux abondant car les prescriptions de l'alinéa 1 *in fine* de L.122-45 du Code du travail (4) sont inégalement suivies.

Avec beaucoup de constance, la Chambre sociale montre un bel attachement au caractère d'ordre public de la procédure de reconnaissance de l'incapacité (5). Ainsi, l'irrespect du formalisme entraînera la nullité du licenciement comme le rappelle fermement la Cour de cassation dans de nombreuses décisions (6). La procédure doit être menée à bien, même si l'on sait que l'incapacité du salarié est totale et définitive (7), ce qui est le cas notamment, lors du classement en invalidité deuxième catégorie au regard du Code de la sécurité sociale (8). Par conséquent, si les parties le demandent (9), la réintégration sera de droit (10). En conséquence, l'employeur doit-il attendre les deux examens espacés de quatorze jours prononçant l'incapacité totale et définitive avant de pouvoir licencier (et seulement si le reclassement est impossible) (11), sauf si, comme le précise le texte, un seul examen suffit en cas de danger pour le salarié ou pour les tiers (12).

L'interdiction de licencier en raison de l'état de santé est donc de principe (13) et il ne semble pas possible d'y déroger lorsque le salarié est inapte (14). Pour autant

(3) J.-P. Laborde, "Discrimination, état de santé et handicap", *Dr. soc.*, 1991, 615. Le principe de non discrimination en raison de l'état de santé est prescrit dans de nombreuses conventions et textes de nature internationale. Pour exemple : La convention internationale de travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur

(4) Celui-ci renvoie à l'article R. 241-51-1 du Code du travail.

(5) Le caractère d'ordre public interdit ainsi la rupture d'un commun accord : *Cass. soc.*, 29 juin 1999, *Lavenir*, *Bull. civ. V*, n°304 ; *Cass. soc.*, 12 février 2002, *Sté Novello*, *Bull. civ. V*, n° 66, *JSL*, p. 99 ; le salarié classé en invalidité 2^e catégorie est obligé de subir la procédure : *Cass. soc.*, 12 octobre 1999, *Bellama*, *Bull. civ. V*, n° 376 ; *RJS* 1999, n° 1365.

(6) *Cass. soc.*, 4 juin 2002, *Ararujó*, *Bull. civ. V*, n° 192. Dans cet arrêt, la cour casse la décision de la Cour d'appel de Douai qui avait considéré que la nullité ne pouvait être retenue dans la mesure où la salariée avait subi une visite du médecin du travail. La Cour de cassation indique de façon ferme dans son attendu de principe que "...le licenciement prononcé pour incapacité à la suite d'un seul examen médical ne portant pas mention du danger immédiat est nul" ; *Dr. soc.* 2002, 912, obs. Duquesne. Cette décision a été confirmée : *Cass. soc.*, 26 mai 2004, *société Dormoy*, *Bull. civ. V*, n° 139 p. 127.

(7) F. Héas, "Les conséquences de la déclaration d'incapacité totale du salarié", *Dr. Ouv.* décembre 2004, p. 31 ; *Cass. soc.*, 16 février 2005, *CS Système d'information*, pourvoi n° 02-43402, l'arrêt sera publié au bulletin.

(8) On ne peut ainsi manquer de relever l'absence totale de coordination entre les règles de droit du travail et celles du droit de la sécurité sur la reconnaissance de l'état de santé de la personne. Ce manque d'articulation serait à souligner également sur la question de la rémunération et de

l'indemnisation. Le licenciement sera nul alors même que le salarié sera classé en invalidité 2^e catégorie si l'employeur n'a pas suivi la procédure de reconnaissance de l'incapacité : *Cass. soc.*, 13 janvier 1998, *Bartsch*, *Bull. civ. V*, n° 9 ; *Cass. soc.*, 15 juillet 1998, *Dudebout*, *Bull. civ. V*, n° 384 ; *Cass. soc.*, 13 mars 2001, *Cousin*, *Bull. civ. V*, n° 88 ; *Dr. soc.*, 2001, 556.

(9) Le juge en effet ne peut soulever d'office la nullité : *Cass. soc.*, 30 mars 2005, *Cop*, *Inédit*, n° pourvoi, 03-41662.

(10) *Cass. soc.*, 26 mai 2004, *Dormoy*, *Bull. civ. V*, n° 89.

(11) *Cass. soc.*, 8 décembre 2004, *Said Mail c/ Sté Reiter Automotive Polymère*, *Bull. civ. V*, n°319 ; *Dr. soc.*, mars 2005, p. 332 obs. J. Savatier.

(12) P. Bouaziz et I. Goulet, "A propos du régime juridique de l'avis d'incapacité et de ses conséquences", *Dr. Ouv.*, juin 2005, p. 263.

(13) Le principe n'est cependant pas absolu puisque l'on sait que la jurisprudence admet que les conséquences de l'état de santé puissent justifier de façon objective un licenciement en cas de perturbations sur le bon fonctionnement de l'entreprise que ce soit en raison d'absences répétées ou que ce soit en raison d'absence prolongée du salarié, dès lors que son remplacement s'avère définitif.

(14) Exception faite lorsque la décision du médecin du travail a fait l'objet d'un recours devant l'inspecteur du travail ou que la décision de ce dernier a fait l'objet d'un recours hiérarchique : *Cass. soc.* 16 février 2005, *Clinique Château du Tillet* pourvoi n° 03-42931 ; Sylvie Bourgeot, "Incapacité physique du salarié. A propos du recours par le salarié en application de l'article L. 241-10-1, dernier alinéa du Code du travail", *RJS*, 6/04, p. 435. Voir également : *Cass. soc.*, 19 janvier 2005, *Chedet c/ Société Ormat Tesser*, *CSBP*, S. 152, *Dr. Ouv.* 2005 p. 263.

on peut s'interroger sur le fait de savoir si la décision du 26 janvier 2005 n'opère pas un recul sur ce point, en glissant de la nullité à l'abus de droit.

B. Le recul de la nullité comme sanction du non respect de R. 241-51-1 du Code du travail ?

L'arrêt du 26 janvier 2005 apporte une précision intéressante et non négligeable au régime des sanctions du licenciement intervenu dans le cadre de la procédure de R. 241-51-1 du Code du travail. La Chambre sociale indique que l'engagement de la procédure -convocation et déroulement de l'entretien préalable- entre les deux visites de reprise, ne peut être sanctionné sur le fondement de L.122-45 du Code du travail et par conséquent entraîner la nullité du licenciement. Cette décision permet d'affirmer que l'intention de licencier pour inaptitude n'est pas en soi une intention de discriminer et ce, même si la procédure de reconnaissance de l'inaptitude n'est pas arrivée à son terme.

Pas de nullité sans texte : d'interprétation stricte, parée de la nullité comme sanction, la discrimination ne peut être invoquée en dehors des cas prévus par la loi. C'est ce que défend la Chambre sociale lorsqu'elle énonce *"qu'aucune disposition du Code du travail ne prévoit la nullité du licenciement"* si *"l'employeur engage la procédure (de licenciement) avant que le médecin du travail ne se soit prononcé définitivement sur l'aptitude du salarié à son poste de travail"*.

La nullité pour cause de discrimination n'est prévue en effet que dans les hypothèses de sanctions et de licenciement, et éventuellement d'obstructions dans le déroulement de la carrière du salarié. Or, le seul fait pour l'employeur d'engager une procédure de licenciement ne signifie pas théoriquement que le licenciement est opéré. Celui-ci par conséquent n'existe qu'au jour de la notification, point de départ des droits du salarié (15).

Cette décision ne contredit en rien la position antérieure de la Cour de cassation et ne peut être considérée à ce titre comme un arrêt de revirement : si l'employeur avait prononcé le licenciement avant le second examen de reprise, la sanction aurait bien été la nullité. Cette solution est sous entendue par la Cour de cassation lorsqu'elle souligne que le licenciement a été prononcé *"au vu des deux certificats établis par le médecin du travail dans le cadre de la visite médicale de reprise"*. A contrario, cela signifie que le licenciement

opéré avant l'établissement des deux certificats médicaux de reprise aurait entraîné la nullité.

La décision de la Chambre sociale est donc fondée sur une interprétation littérale de l'article L.122-45 du Code du travail. Cette interprétation n'est cependant pas totalement satisfaisante. En effet, n'y a-t-il pas là une position par trop artificielle de l'appréciation de la discrimination au moins dans l'espèce en cause ? La première visite de reprise a lieu le 14 février ; l'employeur engage la procédure le 15 ; entend le salarié le 22 puis le licencie le 29, après que le médecin du travail a rendu son avis d'inaptitude le 28 février. On répondra que la Cour de cassation n'est pas juge des faits. Il n'est pas contestable cependant que la chronologie de ceux-ci opère sans conteste ici la preuve de la discrimination. L'employeur dans les "starting-blocks" préparait le départ rapide de son salarié.

Il est en effet patent que l'engagement de la procédure de licenciement est fondé, en l'espèce, sur l'état de santé de la personne et donc sur un motif discriminatoire. Que contenait en effet la lettre de convocation à l'entretien préalable si ce n'est une intention de licencier ? Quel a été surtout le contenu de l'entretien préalable si ce n'est annoncer au salarié que son licenciement était prévu dès l'annonce de son inaptitude ?

Deux critiques peuvent alors être formulées à l'égard de cette décision. D'une part la Cour de cassation galvaude elle-même le caractère d'ordre public qu'elle a affecté à la procédure de R. 241-51-1 du Code du travail en permettant d'y superposer la procédure de licenciement. D'autre part, de façon plus générale, elle rend artificielle une procédure de licenciement où seule la notification a de l'importance, le reste de la procédure étant relégué au rang de simple formalité à remplir (16). En résumé, si l'on suit le raisonnement de la chambre sociale : le simple fait d'attendre le bon moment pour notifier le licenciement dégagerait l'employeur d'un licenciement discriminatoire dès lors qu'il suivrait à la lettre les dispositions de R. 241-51-1 du Code du travail.

La Cour de cassation disposait toutefois d'instruments juridiques qui auraient pu lui permettre d'établir la discrimination. En effet, la loi de 1973 oblige l'employeur à fonder le licenciement sur une cause réelle et sérieuse, et le juge doit toujours rechercher le véritable motif de la rupture du contrat (17). Celui-ci ne fait guère de doute ici : c'est bien l'état de santé qui a justifié l'attitude de l'employeur. Le respect de la procédure du titre IV du livre II fait écran à une attitude discriminatoire de

(15) La notification comme point marquant le départ du licenciement est de jurisprudence constante.

(16) Ceci peut être l'occasion de s'interroger plus largement, sur le contenu de la lettre de convocation qui doit indiquer seulement "l'objet" de la convocation et non les motifs à l'origine de l'intention de licencier. Ceci laisse perplexes au

regard des droits de la défense du salarié et de la finalité même de la procédure. De ce fait le déroulement formaliste d'avant notification donne une impression d'artifice bien regrettable.

(17) Flavie Guittet, *Le motif du licenciement*, Thèse Bordeaux, Université Montesquieu Bordeaux IV.

l'employeur à l'égard du salarié. La vision désincarnée de la procédure de licenciement et de R. 241-51-1 du Code du travail risque de conduire à une utilisation détournée, si ce n'est abusive, de l'une ou de l'autre.

La Cour de cassation aurait cependant pu tenir un raisonnement différent en considérant que la procédure de reconnaissance de l'inaptitude doit être effectuée sans aucune interférence sous peine d'être considérée comme discriminatoire parce que fondée sur l'état de santé de la personne. Cette analyse serait d'ailleurs concevable au regard de sa propre jurisprudence sur la question même de l'état de santé (18) et d'une manière plus générale sur des questions visant à réprimer les attitudes discriminatoires ou attentatoires aux droits fondamentaux. En effet, la chambre sociale a sanctionné par la nullité une rupture intervenue en période d'essai pour un motif tenant à l'état de santé de la personne alors que, selon les termes tirés de l'arrêt du 26 janvier

2005, aucun texte ne prévoit la possibilité d'invoquer la nullité de la rupture du contrat (19) pendant cette période. Plus généralement et par le passé, elle a pu considérer comme nuls des licenciements de représentants du personnel ou des licenciements fondés sur la violation de la liberté d'expression sans pour autant pouvoir justifier sa solution par un texte (20). Malheureusement, la décision serait sans doute identique aujourd'hui malgré la loi de novembre 2001, car la Chambre sociale ne pose pas la question sur le terrain juridique de l'administration de la preuve (21). Par ailleurs, du fait de la formulation adoptée, la solution vaut également si l'inaptitude est d'origine professionnelle.

Cette position de la chambre sociale, en retrait sur la question de la nullité, se veut compensée par l'affirmation originale que l'intention de licencier est constitutive d'un défaut de reclassement.

■ II. L'intention de licencier, constitutive d'un abus de droit ■ pour défaut de reclassement

L'obligation de reclassement imposée par l'article L. 122-24-4 du Code du travail est une obligation générale (B) dont le point de départ se situe nécessairement après la déclaration définitive de l'inaptitude. Cette affirmation est d'importance et constitue le second versant de la décision rendue le 26 janvier 2005 par la Chambre sociale. Ainsi, le moment de l'engagement de la procédure de licenciement peut constituer une preuve de l'absence de volonté de reclasser le salarié (A).

A. Le moment de l'engagement de la procédure comme preuve de l'absence de volonté de reclasser le salarié

L'obligation de reclassement dans le cadre du licenciement pour inaptitude d'origine non professionnelle est régie par l'article L. 122-24-4 du Code du travail. L'essentiel du contentieux porte sur le point de savoir si l'employeur a mis en œuvre toutes les

possibilités qui s'offraient à lui pour reclasser le salarié et lui fournir un nouveau poste de travail. La preuve de la volonté de reclassement est donc un point névralgique du contentieux. Cette volonté de reclasser, si elle obéit à un certain formalisme pour les accidents du travail et les maladies professionnelles (22), en est dépourvue en cas de maladie et d'accident non professionnels : l'employeur négligent aura des difficultés alors à démontrer sa volonté de conserver le salarié. D'une manière générale, la Chambre sociale s'appuie sur des éléments objectifs, des faits, qui seront des illustrations de l'effort de reclassement ou au contraire feront montre de leur absence. Elle s'appuie également sur le moment pendant lequel l'employeur décide la mise en œuvre de son obligation de reclassement. L'arrêt à cet égard vient confirmer une position classique sur la question du point de départ de l'obligation de reclassement mais pose une

(18) La nullité du licenciement dans bien d'autres occasions n'a pas reposé sur un texte. Il en fut ainsi notamment pour la protection des représentants du personnel ou celle de la liberté d'expression. On ne voit pas pourquoi la question de l'état de santé de la personne serait envisagée de façon différente dans la mesure où on les reconnaît comme des hypothèses de discrimination à sanctionner. Patrick Tillie, "Les nullités textuelles", Dr. Ouv. 1999, p. 102 ; Michel Henry, "La remise en l'état comme sanction des atteintes illicites au contrat de travail", Dr. Ouv. 1999, p. 109. La jurisprudence sociale n'est d'ailleurs pas isolée, les chambres civiles notamment en droit des contrats accueille les nullités virtuelles. Pour exemple : Cass. civ. 1^o, 7 décembre 2004, JCP éd. G, I, 141 note A. Constantin.

(19) Cass. soc. 16 février 2005, *CS Système d'information*, pourvoi n^o 02-43402, précit.

(20) Le bel exemple de l'affaire Clavaud : Dr. Ouv. 1987, p. 103 le commentaire de G. Lyon-Caen.

(21) Eric Fraise, "La preuve devant le juge prud'homal", RPDS, janvier 2005 ; Daniel Boulmier, *Preuve et instance prud'homale. A la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, Paris, 2002.

(22) Ainsi l'employeur doit-il consulter les délégués du personnel sur la proposition de reclassement. Ils ne peuvent cependant se prononcer que lorsque le second avis médical est rendu : Cass. soc., 15 octobre 2002, *Maïsadour*, Bull. civ., V, n^o 310.

solution inédite sur le moment où l'employeur peut engager la procédure de licenciement.

L'intérêt et l'originalité de la décision commentée se trouvent dans l'affirmation que ce n'est pas simplement la notification mais aussi *l'engagement de la procédure de licenciement* qui constitue un indicateur de l'absence de volonté de l'employeur de reclasser le salarié.

En effet, dans cette affaire, la précipitation dans la notification du licenciement démontrait suffisamment l'absence de volonté de reclasser de la part de l'employeur. Mais, la Chambre sociale a voulu donner une portée plus grande à sa décision en décidant que quelles que soient les circonstances, l'employeur ne pourrait engager une procédure de licenciement qu'après le délai imparti par la loi. Ceci signifie que même si le licenciement intervenait après le délai d'un mois suivant le dernier examen médical, le licenciement serait toutefois considéré comme sans cause réelle et sérieuse, simplement parce que le départ de la procédure a coïncidé avec la procédure de R-241-51-1 du Code du travail. Il s'agit là d'une position nouvelle de la jurisprudence qui vient essentiellement compléter le régime de l'obligation de reclassement dans le cadre de l'inaptitude, singulièrement pour prouver l'absence de volonté de reclasser de l'employeur. Un choix clair a été fait de privilégier la sanction de l'abus de droit au détriment de la nullité pour cause de discrimination. On peut le regretter.

Par ailleurs, l'arrêt est de facture classique et s'inscrit dans une jurisprudence constante qui considère que le point de départ de l'obligation de reclassement est celui de la date du dernier examen médical de reprise (23). Il répond ainsi à la lettre et à l'esprit de l'article L.122-24-4 qui prévoit en effet que l'employeur doit rechercher, dès la déclaration d'inaptitude, un autre emploi approprié aux capacités du salarié. Si à l'issue d'un délai d'un mois, le salarié n'est pas reclassé ou licencié, l'employeur devra lui verser le salaire qu'il lui versait antérieurement (24). La décision de la chambre sociale renforce donc l'idée que l'obligation de reclassement est une obligation générale s'imposant dans un cadre légal précis à l'employeur.

Par conséquent, l'intérêt de cette décision est sûrement de marquer les temps : celui de la reconnaissance de

l'inaptitude et celui du point de départ de l'obligation de reclassement. La Cour de cassation souhaite ainsi qu'il n'y ait pas de superposition entre les deux. On trouve là une réaffirmation que l'obligation de reclassement est une obligation générale s'imposant à l'employeur.

B. L'obligation de reclassement, une obligation générale

L'obligation de reclassement dictée par l'article L.122-24-4 du Code du travail s'inscrit dans un vaste ensemble cohérent sur l'appréciation et le champ d'application de cette obligation. Le contour de l'obligation de reclassement dans le cadre de L.122-24-4 du Code du travail est calquée sur celle existant en matière de licenciement pour motif économique car si le texte vise l'entreprise, les juges considèrent que le reclassement doit être recherché dans le groupe auquel l'entreprise appartient parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation autorisent la permutation de tout ou partie du personnel (25). Il s'agit d'une obligation générale qui incombe à l'employeur même si le salarié est totalement et définitivement inapte à tout emploi dans l'entreprise (26). Ce qui n'était pas le cas en l'espèce, puisqu'il s'agissait d'une incapacité de travail concernant la fonction d'agent de sécurité.

L'employeur devait s'appuyer sur les conclusions écrites du médecin du travail pour proposer un autre poste au salarié ou démontrer qu'il ne pouvait au contraire lui trouver un autre emploi. C'est d'ailleurs ce qu'invoquait le salarié dans son pourvoi. Quoiqu'il en soit, l'employeur aurait dû avoir une attitude volontariste dans le reclassement de son salarié même si les indications du médecin du travail avaient été lacunaires (27). En effet, toute mesure de reclassement doit être envisagée, en fonction de l'article L. 241-10-1 du Code du travail, dès lors qu'elle paraîtrait justifiée par des considérations relatives à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique ou mental du salarié. Cette attitude de l'employeur n'a pu être démontrée en l'espèce. Il reste que la position de la Cour de cassation aurait été la même si l'employeur avait pu prouver que des propositions avaient été faites pendant l'entretien préalable.

(23) Dans un premier temps, la cour de cassation avait indiqué que le point de départ du délai d'un mois pour le reclassement du salarié débutait après la première visite de reprise. Elle est toutefois revenue sur cette position, inchangée depuis, qui indique que le point de départ du délai de reclassement part du second examen : Cass. soc., 28 janvier 2000, n° 95-44.301 ; Cass. soc., 16 juillet 1998, *Desroches*, Bull. civ. V, n° 393.

(24) Cette obligation de reclassement et cette incitation à licencier ont été inspirées par l'article L. 122-32-5 du Code du travail relatifs à l'accident du travail et à la maladie professionnelle.

(25) Cass. soc. 19 mai 1998, *Richard*, Bull. civ. V, n° 264 ; Cass. soc. 16 juin 1998, *Sté Paragerm*, Bull. civ. V, n° 322 ; Cass. soc. 10 juillet 2002, *Société d'hygiène dermatologique de Vichy*, Bull. civ., V, n° 25.

(26) Cass. soc. 10 mars 2004, *Fabre c/ Société Guibert et France*, Bull. civ., V, n° 84, Dr. Ouv. 2004 p.545.

(27) Cass. soc. 24 avril 2000, *Etablissements Hild* Bull. civ. V, n° 127 ; la Cour de cassation précise en effet que l'employeur doit effectuer les recherches de reclassement en fonction des conclusions du médecin du travail au besoin en sollicitant celles-ci : Cass. soc. 24 avril 2001, *Brahama c/ Société Bourgey*, n° 01-46.442.

En effet l'arrêt du 26 janvier 2005, confirme que la Cour de cassation souhaite envisager l'obligation de reclassement dans un vaste ensemble cohérent (28) par un alignement des conditions entre l'inaptitude d'origine professionnelle et d'origine non professionnelle, mais

(28) Cette affirmation est renforcée par le fait que, si l'employeur n'a pas satisfait à son obligation de reclassement, il devra verser au salarié l'indemnité de préavis. Cette solution était prévue par les textes pour l'inaptitude d'origine

plus largement en droit du travail, en bâtissant une obligation générale de reclassement avant licenciement. Sur ce point, l'arrêt commenté est assez classique.

Valérie Lacoste-Mary

professionnelle, par la jurisprudence si l'inaptitude est d'origine non professionnelle. Cass. soc., 26 novembre 2002, *Peintamelec*, Bull. civ., v, n° 354.

Annexe

LICENCIEMENT POUR MOTIF PERSONNEL – Inaptitude – Convocation à l'entretien préalable antérieure au deuxième examen obligatoire – Licenciement prononcé postérieurement au deuxième examen – Licéité de la rupture (non) – Nullité (non) – Absence de respect de l'obligation de reclassement – Défaut de cause réelle et sérieuse.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 26 janvier 2005
F. contre **Société Continentale Service**

Attendu que M. F., engagé le 12 mai 1999 en qualité d'agent de surveillance par la société **Continentale protection service**, a été en arrêt de travail pour maladie du 21 au 24 décembre 1999 et du 27 décembre 1999 au 20 février 2000 ; que le médecin du Travail l'a déclaré, les 14 et 28 février 2000, inapte au poste d'agent de sécurité ; que par lettre du 15 février 2000, le salarié a été convoqué à un entretien préalable au licenciement qui s'est tenu le 22 février ; que le salarié a été licencié le 29 février 2000 en raison de son inaptitude et de l'impossibilité du reclassement ; que le salarié a saisi la juridiction prud'homale ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt attaqué de n'avoir pas prononcé la nullité du licenciement, alors, selon le moyen :

1) qu'il appartenait à la Cour d'appel d'analyser comme elle y était invitée la chronologie de la procédure de licenciement de laquelle il ressortait que la procédure avait été initiée sur la base du seul premier avis rendu par le médecin du travail et donc avant toute constatation de l'inaptitude définitive du salarié, en violation de l'article L. 122-45 du Code du travail ;

2) que les obligations de l'employeur imposées par l'article L. 122-24-4 du Code du travail s'imposent à compter du second examen médical du salarié, sauf à violer les dispositions d'ordre public de l'article L. 122-45 du Code du travail ;

3) que l'entretien préalable a été réalisé avant le second examen médical réalisé par le médecin du Travail ; qu'ainsi, l'arrêt a violé ensemble les dispositions des articles L. 241-10 et suivants, R. 241-51-1 et L. 122-14 et suivants et L. 122-45 du Code du travail en considérant que le licenciement prononcé n'était pas nul dans la mesure où il a été prononcé au vu des deux certificats établis par le médecin du travail ;

Mais attendu qu'aucune disposition du Code du travail ne prévoit la nullité du licenciement lorsque l'employeur engage la procédure de licenciement avant que le médecin du Travail ne se soit prononcé définitivement sur l'aptitude du salarié à son poste de travail ; que la Cour d'appel, qui a constaté que le licenciement avait été prononcé au vu des deux certificats établis par le médecin du travail dans le cadre de la visite médicale de reprise a légalement justifié sa décision ;

Mais sur le second moyen, pris en sa première branche :

Sur la recevabilité du moyen contestée par la défense :

Attendu que l'employeur soutient que ce moyen est irrecevable notamment en sa première branche en ce qu'il ne précisait pas le chef du dispositif qui fait grief au demandeur au pourvoi ;

Mais attendu que le moyen invoquant la violation combinées des dispositions des articles L. 122-24-4 et L. 122-14-4 et suivants du Code du travail critique nécessairement les dispositions de l'arrêt ayant rejeté la demande du salarié en dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Au fond :

Vu l'article L. 122-24-4 du Code du travail ;

Attendu que pour décider que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse et rejeter la demande du salarié en paiement de dommages-intérêts, la Cour d'appel a estimé que l'employeur avait respecté son obligation de reclassement résultant des dispositions de l'article L.122-24-4 du Code du travail ;

Qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que la procédure de licenciement avait été engagée avant que le médecin du Travail se soit prononcé définitivement sur l'aptitude du salarié à son poste de travail, ce dont il résultait qu'aucune tentative de reclassement n'avait été effectuée, la Cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'imposaient et a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en sa disposition rejetant la demande du salarié en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse l'arrêt

(Mme Mazars, f.f. prés. - Mme Bourgeot, rapp. - M. Collomp, av. gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, av.)

ERRATUM : Dans *Le Droit Ouvrier* de juillet-août p. 281, l'article « Les licenciements économiques au fil... des lois » a été l'objet d'une manipulation malencontreuse qui a fait que le neuvième paragraphe a été amputé de sa fin et doit être lu comme suit : **“Une partie de ping-pong entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, le premier se bornant à apprécier la seule légalité formelle de l'autorisation, la seconde se refusant à juger de la validité au fond d'un motif, déjà jugé théoriquement valable par l'administration, faisait que ce contrôle s'avérait sans portée réelle”.**