

Inaptitude et perte d'emploi ⁽¹⁾

par *Jean-Yves FROUIN*, Conseiller à la Cour d'appel de Poitiers,
Professeur associé à l'Université de Tours

PLAN

- I. Inaptitude professionnelle et perte d'emploi
 - A. La prévention et le traitement de l'inaptitude professionnelle
 - B. Vers la disparition de l'inaptitude professionnelle comme cause réelle et sérieuse de licenciement
- II. Inaptitude physique et perte d'emploi
 - A. La constatation régulière de l'inaptitude du salarié
 - B. L'obligation de reclassement de l'employeur

L'obligation d'exécuter une prestation définie est l'obligation première, principale, du salarié née du contrat de travail ; il ne paraît donc guère douteux que l'aptitude du salarié à l'exécuter soit une condition du maintien du contrat de travail. Ou, si l'on veut exprimer les choses réciproquement et plus exactement, il est traditionnellement admis, à tout le moins dans une société libérale, d'économie de marché, soumise comme telle au libre jeu de la concurrence (2), que l'inaptitude du salarié à exécuter sa prestation de travail est un motif justificatif de rupture du contrat de travail, quels que soient par ailleurs dans la société considérée les motifs légalement admissibles de rupture. Une récente étude de la justification du licenciement individuel en Europe faisait ainsi ressortir que, dans tous les Etats considérés, l'insuffisance professionnelle – qui est, on y reviendra, une forme d'inaptitude – est une cause légalement admissible de licenciement (3). Au demeurant, une convention de l'OIT sur le licenciement énonce qu'un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur (4) ce qui revient à faire de l'inaptitude un motif valable de licenciement.

Dans notre droit positif, même depuis que le licenciement est un acte causé, il a toujours été admis, sans la moindre restriction de principe, que l'insuffisance professionnelle était (évidemment) une cause réelle et sérieuse de licenciement, pour autant qu'elle est caractérisée. Et, s'agissant de l'inaptitude physique, c'est-à-dire de l'inaptitude pour raison de santé, il fut même un temps pas si lointain (avant le début des années 1990), où la Cour de cassation considérait la rupture résultant de l'inaptitude physique du salarié, même à l'initiative de l'employeur, non comme un licenciement mais comme une rupture pour force majeure (5), ou une rupture imputable au salarié (6) ce qui, outre que cela revenait à priver le salarié des indemnités de rupture, était une manière d'exprimer qu'il y avait une sorte d'automatisme de la rupture du fait de l'inaptitude du salarié. A fortiori, l'ayant qualifiée de licenciement à partir du 29 novembre 1990 (7) devait-elle admettre qu'il s'agit là, à tout le moins, d'une cause réelle et sérieuse propre à fonder la rupture.

Reste que la montée du chômage, la montée corrélative du droit à l'emploi de plus en plus compris comme un droit au maintien de l'emploi et source comme tel d'obligations juridiques positives, ont conduit la

(1) Cette étude a été présentée lors des journées Michel Despax du 19 novembre 2004 et sera publiée dans les Nouvelles annales de l'Université de Toulouse 1.

(2) Ce serait différent dans une société de type collectiviste.

(3) I. Laurent-Merle, Droit et protection sociale, août-septembre 2004, p.8 et s.

(4) C158, convention sur le licenciement, 1982, reproduite au Dr. Ouv. 1990 p.478.

(5) Cass. Soc. 21 mars 1979, Bull. n° 253.

(6) Cass. Soc. 1er juillet 1981, Bull. n° 623.

(7) Bull. n° 600.

jurisprudence puis la loi à tenter de briser cette automaticité entre inaptitude et perte d'emploi en dégageant ou en créant des obligations liées au contrat de travail dont la finalité est d'empêcher la privation d'emploi née d'une éventuelle inaptitude.

Plus précisément, s'il est toujours acquis que l'aptitude à l'emploi est une condition substantielle du maintien de l'emploi, ce que l'on peut bien comprendre, ou inversement que l'inaptitude à l'emploi peut valablement conduire à la rupture du contrat de travail et donc à la perte de l'emploi – constituer, en somme, une cause réelle et sérieuse de licenciement – il n'en est plus ainsi que pour autant qu'il a été préalablement satisfait à des obligations destinées, soit à prévenir ou traiter l'inaptitude, soit à y remédier (y pallier, conviendrait-il de dire).

Encore, importe-t-il de distinguer à cet égard selon qu'il s'agit de l'inaptitude professionnelle ou de l'inaptitude physique. Une précision, d'abord : l'inaptitude, dans le Code du travail, c'est l'inaptitude physique du salarié à son emploi, l'inaptitude pour raison de santé. Il nous a semblé qu'on ne pouvait traiter complètement du sujet « inaptitude et perte d'emploi » sans y inclure cette autre forme d'inaptitude qu'est l'inaptitude professionnelle, que l'on désigne communément sous le nom d'insuffisance professionnelle, dès lors qu'il s'agit bien d'une inaptitude, peu important qu'elle trouve sa source dans une déficience de nature professionnelle et non physique du salarié.

Cela étant, la question du rapport au maintien ou à la perte de l'emploi liée à l'inaptitude ne se pose pas dans les mêmes termes dans l'un et l'autre cas : dans le cas de l'inaptitude professionnelle, la question est celle de l'inéluctabilité ou non de l'inaptitude professionnelle. Le postulat (du droit positif) est que l'inaptitude professionnelle n'est pas inéluctable (8). On peut faire en sorte qu'elle ne se produise pas en prenant des dispositions appropriées, c'est-à-dire en imposant des obligations à l'employeur (et même au salarié) pour qu'elle ne se produise pas ou pour qu'il y soit immédiatement remédié.

S'agissant de l'inaptitude pour raison de santé du salarié, le problème se pose dans des termes différents : l'inaptitude, sa réalité, est en quelque sorte le fait premier, il n'est de ce point de vue que de vérifier qu'elle a bien un caractère réel. Et ce fait est inéluctable, on ne peut guère y parer par des mesures préventives, ni davantage y remédier. Par contre, on peut faire que l'inaptitude physique n'ait pas pour conséquence nécessaire de priver le salarié d'emploi en imposant à l'employeur de rechercher préalablement par tous les moyens possibles un reclassement du salarié.

Ce sont les deux voies empruntées par le droit positif pour empêcher que l'inaptitude ne conduise à la perte de l'emploi et qu'il convient à présent de développer en distinguant successivement l'inaptitude professionnelle et l'inaptitude physique.

I. Inaptitude professionnelle et perte d'emploi

L'inaptitude professionnelle recouvre deux hypothèses différentes : la première, c'est celle habituellement désignée sous l'expression d'insuffisance professionnelle, c'est-à-dire (si tant est que l'on puisse la définir) l'incapacité durable et objective – non fautive – d'un salarié à accomplir normalement, correctement, la prestation de travail pour laquelle il a été embauché, le *normalement* et le *correctement* devant s'entendre de ce qu'on est fondé à attendre d'un salarié *moyen* ou ordinaire (transposition du bon père de famille) employé pour le type d'emploi dont s'agit.

La seconde hypothèse est celle de l'inaptitude (ou insuffisance) professionnelle résultant d'une évolution de l'emploi du salarié, qui se dédouble elle-même en deux situations différentes : ou bien, l'inaptitude professionnelle du salarié est née purement et simplement de l'évolution de son emploi ; ou bien, elle tient à ce que dans le cadre d'un licenciement pour motif économique envisagé à son égard son reclassement ne peut être réalisé en raison de son inaptitude professionnelle aux postes disponibles qui pourraient lui être proposés.

(8) Contrairement à une idée reçue et communément admise, l'insuffisance professionnelle n'est pas un fait irréductible. On peut tout à fait concevoir une situation où il n'y aurait plus

d'insuffisance professionnelle, si ce n'est à la marge, voir *infra* B du I.

Dans chacune de ces hypothèses que, pendant longtemps, on n'a du reste pas distingué, le simple fait objectivement caractérisé de l'inaptitude professionnelle du salarié suffisait, suffit encore très généralement, à valider le licenciement pour cause réelle et sérieuse.

Il existe pourtant des dispositions de droit positif propres à prévenir ou ce qui revient au même à traiter ces différentes formes d'inaptitude professionnelle pour qu'elles ne se produisent pas et dont l'application devrait logiquement conduire à une disparition progressive de l'inaptitude professionnelle comme cause (réelle et sérieuse) de licenciement et donc de perte d'emploi. Mais sans doute faut-il que l'approche de la question se modifie.

A. La prévention et le traitement de l'inaptitude professionnelle

Les dispositions de droit positif existantes en la matière résultent de trois catégories de règles :

– La première a été énoncée par la Cour de cassation le 25 février 1992 (9) avant d'être consacrée par la loi du 19 janvier 2000 (loi *Aubry II*) sous l'article L. 932-2 du Code du travail ; c'est celle selon laquelle l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leurs emplois.

– La seconde est énoncée dans l'article L. 321-1 du Code du travail : c'est celle selon laquelle le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise ou dans le groupe ne peut être réalisé.

– La troisième résulte de la récente loi du 4 mai 2004, et plus précisément de son article L. 930-1, dont le contenu a eu pour effet d'entraîner l'abrogation de l'article L. 932-2 puisqu'il en reprend sinon les termes du moins le sens : « *l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* ».

1°) L'obligation de l'employeur d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leurs emplois a été dégagée par la Cour de cassation de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil (exécution de bonne foi du contrat de travail) avant d'être consacrée par la loi dans l'article L. 932-2 du Code du travail.

C'est une obligation permanente de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail en même temps qu'une obligation accessoire à son obligation de reclassement en

matière de licenciement économique dont elle est le complément nécessaire. Obligation dont il résulte que l'inaptitude professionnelle du salarié consécutive à une évolution de son emploi ou propre à empêcher son reclassement sur des emplois disponibles, en cas de licenciement économique, ne peut être invoquée à l'appui de son licenciement pour insuffisance professionnelle ou pour motif économique que pour autant qu'il est justifié par l'employeur qu'il y a préalablement satisfait.

Cette règle a, en réalité, été assez peu appliquée dans la pratique en dehors du licenciement pour motif économique, alors qu'elle est essentielle. Sans doute (on y reviendra) parce qu'en définitive elle est assez peu invoquée devant les juges du fond ; peut-être aussi, parce que les juges du fond n'en percevaient pas exactement toute la portée hors du champ du licenciement économique, et cela bien que la Cour de cassation en ait clairement rappelé tout à la fois le principe et le contenu dans plusieurs arrêts.

Ainsi a-t-il été jugé, après le rappel du principe de l'obligation générale et permanente de l'employeur d'assurer l'adaptation de ses employés à l'évolution de leurs emplois qu'« *une Cour d'appel, ayant relevé que l'employeur avait sciemment maintenu le salarié muté à un poste qu'il était incapable de tenir, a caractérisé un abus de droit, de sorte que l'insuffisance de résultats de l'intéressé dans l'accomplissement de ses nouvelles fonctions ne pouvait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement* » (10). Etant par ailleurs précisé que, dans le cadre de cette obligation, s'il ne peut certes être imposé à l'employeur d'assurer la formation initiale qui fait défaut au salarié, il lui incombe cependant d'assurer la formation complémentaire nécessaire (11).

En toute hypothèse, la règle existe et elle est d'une grande portée d'autant que sa portée a été accrue, en matière de licenciement économique, par la loi du 17 janvier 2002 consacrant l'obligation de reclassement de l'employeur dans le troisième alinéa de l'article L. 321-1 du Code du travail.

2°) Il résulte, en effet, de ce texte que le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque *tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés* et que le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise ou dans le groupe ne peut être réalisé...

Certes, le Conseil constitutionnel a atténué la portée de cette disposition en reliant par une réserve d'interprétation les efforts de formation et d'adaptation visés à la recherche d'un reclassement (12).

(9) Bull. n° 122.

(10) Cass. Soc. 29 mai 2002, RJS 10/02, n° 1120.

(11) Cass. Soc. 19 octobre 1994, Bull. n° 279 et 3 avril 2001, Bull. n° 114.

(12) Décision n° 2001-455 du 12 janvier 2002, considérant 21.

Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de *tous* les efforts, ce qui est généralement compris comme les efforts accomplis dans l'immédiat du licenciement économique envisagé et de la recherche d'un reclassement, mais également dans le passé s'il apparaît que l'impossibilité présente d'un reclassement procède d'une carence antérieure de l'employeur. « *Si l'employeur ne trouve pas de poste de reclassement, alors qu'il aurait dû dans le passé proposer une formation pour permettre au salarié de s'adapter et, donc, de bénéficier d'une meilleure chance de reclassement, il n'a pas exécuté son obligation de reclassement, une fois projeté le licenciement. C'est en ce sens où il y a une corrélation entre l'obligation permanente d'adaptation et l'obligation ponctuelle de reclassement* » (13). Par ailleurs, la formule "efforts de formation" à côté de celle d' "efforts d'adaptation" autorise à se demander si la formation en cause ne va pas au-delà de la courte formation ou formation complémentaire jusqu'alors incluse dans le devoir d'adaptation pour inclure le cas échéant une véritable formation "qualifiante".

Il découle, alors, de l'ensemble de ces éléments que l'inaptitude professionnelle d'un salarié ne pourrait pour ainsi dire presque jamais être un motif suffisant pour dispenser l'employeur de proposer à un salarié menacé de licenciement économique des postes qui seraient disponibles dans le cadre de son obligation de reclassement (14).

3°) L'article L. 930-1 du Code du travail issu de la loi du 4 mai 2004 complète ce dispositif normatif en élargissant encore les obligations de l'employeur dans le cadre d'une prévention de l'inaptitude professionnelle. C'est du reste l'esprit de cette loi dont l'objet est, notamment, de permettre le maintien des travailleurs dans leur emploi par des actions d'adaptation consistant pour l'employeur, en particulier :

- dans l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail ;

- à veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

Si la seconde de ces "obligations" paraît être la reprise sous une forme élargie de l'obligation d'adapter les

salariés à l'évolution de leurs emplois qu'elle remplace (15) puisque l'article L. 932-2 du Code du travail est abrogé, la première paraît tout à fait essentielle dans la mesure où telle qu'elle est formulée – « *adaptation des salariés à leur poste de travail* » – elle semble bien faire peser sur l'employeur, indépendamment de toute évolution de l'emploi des salariés et par conséquent dès le début de l'exécution du contrat de travail, une obligation permanente de les adapter... à leur poste de travail. Ce qui signifie en clair que l'employeur ne pourrait plus se prévaloir de l'insuffisance professionnelle comme d'une cause réelle et sérieuse de licenciement que pour autant qu'il justifierait préalablement avoir satisfait à son obligation permanente d'assurer l'adaptation du salarié à son poste de travail.

De manière plus générale, et si l'on combine ces dispositions et notamment celle résultant du nouvel article L. 930-1 du Code du travail avec celle de l'article L.321-1 du Code du travail tel qu'issu de la loi de modernisation sociale, l'inaptitude professionnelle ne pourrait plus être une cause réelle et sérieuse de licenciement qu'à la condition qu'il soit établi que l'employeur a préalablement satisfait à chacune de ces obligations : celle d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail ; celle de les adapter à l'évolution des emplois, des technologies et des organisations dont il est généralement admis qu'elle subsiste en tant qu'obligation normative, nonobstant les termes d'interprétation incertaine utilisés par le législateur (veiller à...) (16) ; celle de réaliser tous les efforts de formation et d'adaptation en vue de permettre le reclassement immédiat ou futur d'un salarié si son licenciement économique vient à être envisagé.

Mais on s'orienterait alors vers une disparition progressive à terme de l'inaptitude professionnelle comme cause réelle et sérieuse de licenciement, puisque justement il n'y devrait plus y avoir d'inaptitude professionnelle propre à fonder un licenciement, si ce n'est à la marge, dès lors que ces obligations ont été satisfaites.

Encore convient-il que l'approche commune de l'inaptitude professionnelle comme cause de licenciement se modifie.

(13) PH Antonmattéi, L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique : nouvelles dispositions, Dr.soc. 2002, p. 274 et s., not. p. 277.

(14) en ce sens, JY. Frouin, Le reclassement individuel des salariés menacés de licenciement économique : continuité et changements, Gazette du Palais 2002, spécial licenciements économiques, p. et s.

(15) Sauf à s'interroger sur le caractère normatif de la règle énoncée compte tenu de l'expression utilisée : « *veiller à...* qui relève davantage de ce qu'on appelle parfois le « droit mou » que de l'obligation juridiquement sanctionnable.

(16) En ce sens, J. Pélissier, A. Supiot, A. Jemmaud, *Droit du travail*, Dalloz 2004, n° 218, et M.J. Gomez-Mustel, Les enjeux de l'obligation d'adaptation, Dr.soc. 2004, p. 499 et s.

Il serait du reste paradoxal que le législateur consacre une règle que la jurisprudence avait dégagé plus de dix ans plus tôt du droit commun si c'est pour lui donner une moindre force obligatoire, alors même que ce droit commun dont découlait la règle prétorienne (1134 du CC) demeure applicable.

B. Vers la disparition de l'inaptitude professionnelle comme cause réelle et sérieuse de licenciement

Jusqu'à présent, on ne s'est guère posé de questions dans la pratique contentieuse, ni en doctrine, à propos de l'insuffisance professionnelle comme cause réelle et sérieuse de licenciement, tant il paraît aller de soi que l'insuffisance professionnelle est (évidemment) une cause réelle et sérieuse de licenciement, dès lors qu'elle est parfaitement caractérisée. Les seules interrogations, d'ailleurs, se focalisent sur ce dernier point, ce qui a conduit la Cour de cassation à apporter plusieurs précisions :

– L'insuffisance professionnelle, c'est-à-dire l'incapacité du salarié à accomplir normalement et correctement sa prestation de travail ne se confond pas avec la faute professionnelle (négligence, paresse, mauvaise volonté délibérée), elle n'a pas un caractère fautif (17) de sorte qu'il convient de savoir dès le départ sur quel terrain (disciplinaire ou insuffisance professionnelle) on se place. Si sous couvert de faute c'est une insuffisance professionnelle qui est alléguée, il n'y a pas de faute et, du coup, pas de cause réelle et sérieuse.

– L'insuffisance professionnelle s'apprécie objectivement au regard de ce qu'il est raisonnable (réaliste) d'attendre du salarié.

– Cette appréciation relève de l'office du juge, elle ne peut être contractualisée (18).

Ces règles étant rappelées, l'insuffisance professionnelle est, en l'état du droit positif, constituée à partir du moment où les résultats du salarié sont insuffisants et où il n'y a pas de cause extérieure à l'origine de cette insuffisance. Comme le résume un arrêt récent, « *la Cour d'appel qui a constaté, d'une part, le caractère réaliste des objectifs fixés par l'employeur, et, d'autre part, que le fait de ne pas avoir atteint les objectifs résultait d'une insuffisance professionnelle des salariés, n'avait pas à relever une faute du salarié pour décider que le licenciement avait une cause réelle et sérieuse* » (19). En d'autres termes, les objectifs étaient réalistes, ils n'ont pas été atteints, il y a donc insuffisance professionnelle, et partant licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse.

C'est en ces termes-là, et seulement en ces termes-là, que la question de l'insuffisance professionnelle est le plus

souvent posée aux juges du fond qui, dans l'appréciation, ont un pouvoir souverain.

Il est pourtant permis de se demander si le simple bon sens ne devrait pas conduire à pousser l'interrogation un peu plus loin en la matière.

En bonne logique, l'insuffisance professionnelle se manifeste peu après l'embauche. On ne conçoit guère qu'elle se manifeste cinq, dix ou vingt ans après si l'emploi reste le même (20). Mais cela étant, concrètement, ou bien, on est en présence d'un travail sans qualification, et alors, il est peu probable que le salarié recruté pour un tel travail soit inapte à l'occuper même s'il est lui-même dépourvu de qualification, précisément parce qu'il s'agit d'un travail sans qualification. Et s'il s'agit d'un travail qualifié, voire très qualifié, le salarié recruté l'aura été sur la base d'une qualification professionnelle, après un ou plusieurs entretiens d'embauche, d'éventuels tests de recrutement, une période d'essai éventuellement prolongée, parfois un contrat précaire préalable, de sorte qu'il y a très peu de place pour l'insuffisance professionnelle.

En toute hypothèse, désormais, avec l'obligation (permanente) de l'employeur d'adapter le salarié à son poste de travail, qui lui impose de prendre, dès le début du contrat de travail, des dispositions et mesures d'accompagnement pour réduire le décalage qui peut naturellement exister entre une qualification professionnelle déterminée et la réalité d'un poste de travail précis, il devrait y avoir encore moins de place pour l'insuffisance professionnelle. On pourrait d'ailleurs se demander si une telle obligation ne résultait pas déjà dans une très large mesure d'une exécution loyale du contrat de travail et n'aurait pu être déduite de l'article 1134 du Code civil comme ce fut le cas de l'obligation d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi.

- *Et lorsque l'insuffisance professionnelle est invoquée plus ou moins longtemps après l'embauche, elle ne peut résulter alors (21) que, soit, d'une élévation du niveau d'exigences de l'employeur, qui peut tout à fait se comprendre dans l'intérêt de l'entreprise, soit, d'une évolution de l'emploi du salarié telle que celui-ci ne peut plus faire face. Mais, dans les deux cas, l'insuffisance professionnelle ne devrait pas pouvoir être retenue d'emblée comme cause justificative du licenciement puisqu'elle n'est pas le fait premier du salarié. Il revient normalement dans ces hypothèses à l'employeur,*

(17) Cass. Soc. 9 mai 2000, Bull. n° 170.

(18) Cass. Soc. 14 novembre 2000, Bull. n° 367.

(19) Cass. Soc. 13 janvier 2004, Bull. n° 3.

(20) Sauf problèmes personnels rencontrés par le salarié ou perte importante de motivation toujours possibles mais qu'il

convient alors d'établir. La simple usure, et notamment l'usure liée à l'âge, ne nous paraît pas relever de l'insuffisance professionnelle.

(21) *Supra* note 4.

indépendamment même des dispositions de droit positif précédemment évoquées, par la seule obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail (22), de prendre des mesures d'accompagnement pour permettre au salarié de s'adapter à ces nouvelles exigences ou à l'évolution de son emploi, et ce n'est qu'à défaut pour le salarié de s'adapter, malgré ces mesures d'accompagnement, que l'insuffisance professionnelle ne devrait pouvoir être caractérisée et constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (23).

A fortiori, devra-t-il en être ainsi, en application des nouvelles dispositions légales issues de la loi du 4 mai 2004 qui imposent à l'employeur de veiller au maintien de la capacité à occuper un emploi, notamment, en prenant l'initiative d'actions de formation.

II. Inaptitude physique et perte d'emploi

L'inaptitude physique, au sens juridique strict, c'est l'inaptitude pour raison de santé constatée par le médecin du travail, soit, à l'occasion d'une visite périodique de surveillance d'un salarié en cours d'exécution du contrat de travail, soit, à l'occasion de l'examen de reprise à l'issue des périodes de suspension de son contrat de travail après un arrêt de travail pour maladie ou accident. C'est à elle qu'on s'en tiendra dans cette partie au regard de la perte d'emploi.

Mais il n'est pas sans intérêt au regard du thème qui nous est proposé et qui recouvre éventuellement de manière plus large toute forme d'incapacité du salarié à occuper son emploi de dire un mot de la situation du salarié pendant le temps de la suspension de son contrat de travail pour maladie ou accident et qui se traduit par une incapacité temporaire à occuper son emploi. A cet égard, les choses sont désormais très simples du point du maintien de l'emploi : s'agissant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, l'incapacité temporaire du salarié ne peut lui faire perdre son emploi puisque la résiliation du contrat de travail ne peut être

La difficulté, c'est qu'aussi paradoxal que cela puisse paraître, le problème de l'insuffisance professionnelle est rarement posé en ces termes devant les juges du fond. Il l'est le plus souvent sans égard pour les obligations de l'employeur destinées à prévenir (ou à remédier à) l'inaptitude professionnelle, et même dans une large mesure sans égard pour les conditions dans lesquelles elle survient ou se manifeste. S'il l'était, et il faut espérer que les dispositions légales récentes y invitent, l'inaptitude professionnelle ne pourrait plus être une cause de perte d'emploi pour la simple raison qu'elle ne se manifesterait plus, sauf à la marge pour ceux des salariés (et il y en a sans doute) qui manifestent une impéritie caractérisée et rédhibitoire, ou pour ceux qui résistent à toute forme d'adaptation, toute action de formation ou qui les refusent (24).

prononcée par l'employeur que pour faute grave ou à raison de l'impossibilité où il se trouverait de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident, et que toute résiliation prononcée en dehors de ces motifs est nulle, ce qui implique que le salarié a droit à réintégration dans une telle hypothèse. Il en va différemment s'agissant d'un accident ou d'une maladie non professionnels : le simple fait de l'incapacité temporaire du salarié n'est pas en lui-même une cause licite de licenciement, mais il peut le devenir si la perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise qui résulte de cette incapacité entraîne la nécessité pour l'employeur de procéder au remplacement définitif du salarié (25). Il n'en reste pas moins que ce n'est que de façon relativement exceptionnelle que l'incapacité temporaire du salarié peut être l'origine de la perte de son emploi puisqu'il y faut la réunion simultanée de deux conditions : une perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise résultant de l'absence prolongée ou des absences répétées du salarié, la nécessité de son remplacement *définitif* (le remplacement devant intervenir dans un délai raisonnable au regard de la date du licenciement comme

(22) Ce n'est pas là, nous semble-t-il, forcer le devoir d'exécution de bonne foi du contrat de travail.

Une recommandation de l'OIT de 1982 (R 166) relative au licenciement énonce « qu'un travailleur ne devrait pas être licencié pour insuffisance professionnelle à moins que l'employeur ne lui ait donné les instructions appropriées et que le travailleur continue à ne pas s'acquitter de son travail de manière satisfaisante après l'expiration d'un délai raisonnable ».

De la même manière, l'article 57 de la convention collective nationale de l'inspection d'assurance ne paraît être qu'une mise en forme du devoir d'exécution de bonne foi du contrat de travail lorsqu'il énonce : « le constat par l'entreprise de l'insuffisance d'un inspecteur dans les résultats obtenus au

plan qualitatif ou quantitatif doit donner lieu à un entretien avec l'intéressé afin de permettre à ce dernier de s'expliquer sur cette insuffisance et ses motifs et à l'entreprise de rechercher les moyens de remédier aux difficultés rencontrées par l'inspecteur, tels que l'ajustement des missions, une formation complémentaire ou l'affectation à de nouvelles fonctions, si ces difficultés trouvent leur origine dans une mauvaise adaptation de l'inspecteur à ses missions ».

(23) Cass. soc. 21 octobre 1998, RJS 12/98, n° 1454.

(24) Cass. Soc. 22 octobre 1991, pourvoi n° 90-43.412 ; 29 avril 1998, pourvoi n° 95-44.514, et 31 octobre 2000, pourvoi n° 98-42.721.

(25) Cass. Soc. 13 mars 2001, Bull. n° 84, Dr. Ouv. 2001 p.438 .

il a été jugé) (26), tous éléments dont la réunion est scrupuleusement vérifiée par les juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation.

Si l'on revient à l'inaptitude stricto sensu, elle est de nature à constituer une cause valable de licenciement, et donc synonyme de perte d'emploi, mais sous une double condition : elle doit avoir été régulièrement et effectivement constatée ; elle ne peut justifier le licenciement que pour autant que tout a été mis en œuvre pour qu'un autre emploi soit proposé au salarié à la place de celui pour lequel il a été déclaré inapte, l'objectif de la loi étant de maintenir, sinon l'emploi du salarié, du moins un emploi pour le salarié, et donc d'éviter la perte de tout emploi.

A. La constatation régulière de l'inaptitude du salarié

Comme il a été précédemment indiqué, l'inaptitude du salarié à son poste de travail peut être constatée dans deux hypothèses : dans le cadre d'une visite de surveillance médicale d'un salarié au travail par le médecin du travail, qu'il s'agisse d'une visite de surveillance périodique ou d'une visite à la demande du salarié ; et à l'occasion de l'examen de reprise suivant un arrêt de travail puisqu'au moins on sait, qu'en application de l'article R. 241-51 du Code du travail, les salariés doivent bénéficier d'un examen par le médecin du travail après une absence pour cause de maladie professionnelle, après une absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail, et après une absence d'au moins vingt et un jours pour cause de maladie ou d'accident non professionnel et en cas d'absences répétées pour raisons de santé.

C'est d'ailleurs ici le lieu de préciser que l'inaptitude ne peut être constatée que par le médecin du travail, « *seul habilité à constater l'inaptitude au travail* » pour reprendre les termes de la Cour de cassation (27), ce qui signifie que ni l'avis du médecin traitant éventuellement sollicité par le salarié (idem), ni l'avis du médecin conseil de la Sécurité sociale (même après un classement en invalidité) ne permettent de caractériser juridiquement l'inaptitude au travail du salarié. C'est ce qui a pu faire dire à S. Bourgeot (28) que si le médecin du travail n'est pas le seul professionnel à intervenir s'agissant de la protection de la santé au travail, son avis relatif à l'aptitude du salarié au poste de travail est devenu un véritable passeport pour l'emploi, qu'il s'agisse d'un avis d'aptitude ou même d'un avis d'inaptitude puisque c'est

ce dernier avis, et lui seul, qui va enclencher le régime juridique de l'inaptitude.

Cependant, l'inaptitude du salarié n'est juridiquement parfaite, quelle que soit l'hypothèse dans laquelle sa constatation intervient, qu'après une étude de poste et des conditions de travail dans l'entreprise, deux examens médicaux par le médecin du travail espacés de deux semaines, et d'éventuels examens complémentaires, ainsi qu'il est exigé par l'article L. R. 241-51-1 du Code du travail, le second examen ayant pour objet tout à la fois de vérifier la réalité et la certitude de l'inaptitude, en même temps que de permettre au médecin du travail de faire des recherches ou investigations pour donner à l'employeur les indications nécessaires sur l'aptitude du salarié à d'autres postes de travail.

Cette exigence d'un double examen s'impose en toute circonstance et, par conséquent, même s'il apparaît dès le premier examen que l'inaptitude du salarié à son emploi est certaine, voire même qu'il est inapte à tout emploi, à moins que le médecin du travail ne s'avise d'un danger immédiat dans le maintien du salarié à son poste de travail pour la santé ou la sécurité de l'intéressé et n'en fasse effectivement mention dans la déclaration d'inaptitude consécutive au premier examen médical ou que cela se déduise précisément de cette déclaration (29), étant ici observé que le juge ne pourrait suppléer à l'absence de mention du danger immédiat en la relevant d'office (30).

Ce n'est que sous le respect de ces conditions que l'inaptitude du salarié est régulièrement et effectivement constatée, ce qui n'est pas sans importance ni intérêt pratique dans la mesure où leur défaut a pour conséquence que le licenciement prononcé par l'employeur en raison de l'inaptitude du salarié (non régulièrement constatée) est en réalité un licenciement prononcé en raison de l'état de santé du salarié et comme tel nul en application de l'article L. 122-45 du Code du travail, ce qui ouvre droit à son profit à sa réintégration s'il la demande (31).

Pour être tout à fait complet sur la constatation de l'inaptitude physique du salarié, deux éléments complémentaires doivent être ici ajoutés :

– L'avis d'inaptitude exprimé par le médecin du travail dans les conditions énoncées s'impose aux parties en l'absence de recours (32). Il peut cependant être l'objet d'un recours administratif devant l'inspecteur du travail tant de la part de l'employeur que de la part du salarié. Dans cette hypothèse, l'exercice du recours n'est pas

(26) Cass. Soc. 10 novembre 2004, arrêt n° 2181, PBRI, Bull. n° 283.

(27) Cass. Soc. 9 octobre 2001, Bull. n° 313.

(28) Les avis d'inaptitude du médecin du travail, Liaisons sociales quotidiennes, n° 769, du 22 mai 2002.

(29) Cass. Soc. 1^{er} décembre 2005, n° 04-48.607, FS- P+B.

(30) Cass. Soc. 4 juin 2002, Bull. n° 192.

(31) Cass. Soc. 26 mai 2004, Bull. n° 139.

(32) Cass. Soc. 19 mai 2004, pourvoi n° 02-43.027.

suspensif des obligations de l'employeur consécutives à la constatation de l'inaptitude mais, d'une part, l'employeur dans la recherche du reclassement doit prendre en compte l'avis exprimé par l'inspecteur du travail (33) et, d'autre part, si l'inspecteur du travail conclut à l'aptitude du salarié ou si sa décision est annulée sur recours contentieux, le licenciement qui avait pu être prononcé sur la base de l'avis d'inaptitude du médecin du travail n'est pas nul mais privé de cause (34).

– Il peut arriver que l'avis du médecin du travail soit d'interprétation incertaine sur la question de l'inaptitude ou non du salarié à son poste de travail et, notamment, qu'il énonce un avis d'aptitude sous des réserves qui expriment en réalité l'inaptitude du salarié. Il va de soi que la question est essentielle puisque le régime juridique, et notamment les obligations de l'employeur, ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit d'un avis d'aptitude ou d'un avis d'inaptitude. En particulier, si l'avis exprimé est en réalité un avis d'inaptitude habillé sous l'énonciation d'une aptitude sous réserves, l'employeur ne saurait se dispenser du second examen, sauf à ce que le licenciement qui pourrait être prononcé sur la base d'un seul avis du médecin du travail soit déclaré nul. Dans une telle hypothèse, il revient donc à l'employeur de saisir à nouveau le médecin du travail pour qu'il précise son avis dans le cadre du second examen médical prévu à l'article R. 241-51-1 du Code du travail, étant précisé qu'il nous semble que l'on doit considérer qu'il y a *inaptitude*, nonobstant l'expression aptitude avec réserves, toutes les fois que le salarié n'est pas apte à reprendre le même emploi que précédemment ou qu'il n'est pas apte à reprendre ce même emploi dans les conditions où il l'exerçait précédemment, en sorte qu'il y a lieu à reclassement (35).

Ce qui nous conduit à étudier l'obligation de reclassement de l'employeur puisque telle est là la conséquence juridique et directe de la constatation régulière de l'inaptitude du salarié.

B. L'obligation de reclassement de l'employeur

Il est clair que l'objectif du législateur largement relayé (après avoir été précédé) par la jurisprudence est le maintien dans l'emploi du salarié déclaré inapte : dans

son emploi éventuellement aménagé, ou dans un autre emploi si ce n'est pas possible.

Tout le dispositif légal (art. L. 122-24-4 et L. 122-32-5 du Code du travail) tel qu'interprété par la jurisprudence y concourt, et d'abord le fait que l'employeur est enfermé dans une alternative sans échappatoire : à partir du second examen médical de reprise par le médecin du travail s'ouvre un délai d'un mois à l'expiration duquel, il doit avoir reclassé ou licencié le salarié, sauf à reprendre le versement du salaire, étant précisé (c'est en ce sens que l'employeur n'a pas d'échappatoire) que ce délai est insusceptible de prolongation ou de suspension pour quelque motif que ce soit, ainsi que cela a été plusieurs fois jugé (36) et qu'à son terme le salarié peut, à son gré, soit, se prévaloir de la poursuite du contrat de travail et solliciter la condamnation de l'employeur au paiement des salaires, soit, faire constater la rupture du contrat de travail pour manquement de l'employeur à cette obligation, laquelle s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (37).

Par ailleurs, les deux options de l'alternative qui s'offrent à l'employeur ne se situent pas sur le même plan : le reclassement du salarié a un caractère principal tandis que son licenciement a un caractère, subsidiaire, et même très subsidiaire, à défaut de réalisation possible du reclassement.

Il résulte, ainsi, de l'article L. 122-32-5, alinéa 4, du Code du travail, transposable nous semble-t-il sans restriction à l'article L. 122-24-4 même si ce dernier texte ne reprend pas expressément la même disposition, que l'employeur ne peut prononcer le licenciement que s'il justifie, soit, de l'impossibilité où il se trouve de proposer un emploi dans les conditions posées par le texte, soit, du refus par le salarié de l'emploi proposé ; ce qui contribue à faire de l'obligation de reclassement sinon une obligation de résultat du moins une obligation de moyens renforcée, et même très renforcée, si l'on considère que l'avis du médecin du travail déclarant un salarié inapte à tout emploi dans l'entreprise, et même à tout travail, ne dispense pas l'employeur de rechercher une possibilité de reclassement au sein de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel elle appartient (38) et ne vaut donc pas impossibilité de reclassement du salarié (39).

L'employeur ne pourrait davantage tenir l'impossibilité de reclassement pour acquise au seul motif que l'avis du médecin du travail est muet, obscur, ou imprécis sur les

(33) Cass. Soc. 28 janvier 2004, Bull. n° 31.

(34) Cass. Soc. 8 avril 2004, Bull. n° 118, Dr. Ouv. 2004 p.534 n. M. Bonnechère et Cass. Soc. 16 novembre 2005, n° 03-47.395, FS-P+B.

(35) Cass. Soc. 27 octobre 2004, Dr.soc. 2005, p. 107, obs. J. Savatier.

(36) Cass. Soc. 4 mai 1999, Bull. n° 184 ; 18 janvier 2000, Bull. n° 26 ; Cass. Soc. 29 septembre 2004, Bull. n° 233.

(37) idem, et Cass. Soc. 18 novembre 2003, Bull. n° 286.

(38) Cass. Soc. 10 mars 2004, Bull. n° 84 et 7 juillet 2004, Bull. n° 196, Dr. Ouv. 2004 p. 545 n. F. Héas.

(39) dans le même sens, Cass. Soc. 19 octobre 2005, n° 02-46.173, P.

possibilités de reclassement du salarié. Il lui appartient dans cette hypothèse de solliciter du médecin du travail des propositions en vue du reclassement du salarié (40), étant du reste précisé que seules les recherches de reclassement compatibles avec les conclusions du médecin du travail émises au cours de la visite de reprise accompagnées le cas échéant d'un examen supplémentaire peuvent être prises en considération pour apprécier le respect par l'employeur des obligations mises à sa charge (41).

Il ressort, en outre, des dispositions des articles L. 122-32-5 et L. 122-24-4 du Code du travail que l'employeur doit, à l'effet de proposer un autre poste de travail, et partant pour préserver l'emploi du salarié ou un emploi pour le salarié, mettre en œuvre toutes mesures utiles telles que mutations, transformations de postes *ou aménagement du travail*. Il est d'ailleurs expédient de noter ici que si l'article L. 122-24-4 ne mentionne pas parmi ces mesures l'aménagement du temps de travail sans qu'on sache très bien s'il s'agit d'un oubli du législateur (ce qui est probable) ou de sa volonté délibérée, la Cour de cassation l'a rajouté dans une décision récente rendue au fondement de ce texte (42), sans que l'on sache non plus, il est vrai, si c'est par erreur ou par volonté délibérée.

Au surplus, le périmètre de l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur et à l'intérieur duquel un autre emploi doit être recherché est très large puisqu'il inclut l'ensemble des entreprises du groupe lorsque l'entreprise appartient à un groupe (43), ce qui implique que le reclassement du salarié doit être recherché par l'employeur dans chacune des entreprises du groupe.

Enfin, au moins dans le cas où l'inaptitude est consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, les délégués du personnel doivent être associés à la recherche d'un reclassement puisque leur avis doit être sollicité en ce sens (L. 122-32-5, alinéa 1^{er}) et qu'il ne s'agit pas d'une simple formalité mais bien d'une condition substantielle dont le respect est nécessaire à l'exécution par l'employeur de l'obligation de reclassement, comme en témoigne le fait que l'employeur ne peut se retrancher derrière l'absence de délégués de personnel dès lors que leur mise en place était obligatoire et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi (44), qu'il ne peut consulter valablement les délégués du personnel qu'après le second examen de reprise lorsque l'inaptitude du salarié est acquise (45), et en leur donnant toutes les informations nécessaires quant au reclassement du salarié (46), et que l'absence de

consultation ou de consultation (régulière) des délégués est sanctionnée comme peut l'être l'inexécution de l'obligation de reclassement

On comprend du reste aisément pourquoi cette consultation n'est pas juridiquement traitée comme une simple formalité. Les délégués du personnel ont naturellement, de par leur qualité de salarié de l'entreprise et de par la nature de leur mission, une connaissance précise de l'ensemble des postes existants dans l'entreprise et partant un rôle utile à jouer auprès de l'employeur dans la recherche du reclassement d'un salarié déclaré inapte à son emploi, et l'expérience révèle qu'ils s'en acquittent de manière très positive. C'est du reste la raison pour laquelle il est permis de se demander pourquoi le législateur n'a pas prévu leur consultation quand l'inaptitude est d'origine non professionnelle. S'agissant d'un probable oubli, car on ne voit pas quelle raison logique pourrait être à l'origine de cette omission, on peut se demander si la Cour de cassation ne pourrait pas réparer elle-même cette omission comme elle l'a fait pour l'aménagement du temps de travail, cela d'autant plus que dans de nombreuses entreprises l'habitude a déjà été prise de consulter les délégués du personnel sans distinguer l'origine de l'inaptitude.

Si l'on ajoute à l'ensemble de ces éléments que les sanctions indemnitaires peuvent être lourdes en cas de manquement de l'employeur à son obligation de reclassement, notamment quand l'inaptitude procède d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, ce qui est de nature à inciter l'employeur à rechercher par tous les moyens le reclassement du salarié et à ne le licencier qu'en dernière extrémité, il apparaît que la perte d'emploi ne devrait survenir que parce qu'elle ne pouvait raisonnablement être évitée, en cas d'inaptitude physique du salarié.

* * *

Ainsi, qu'il s'agisse de l'inaptitude professionnelle ou de l'inaptitude pour raison de santé, il nous semble que notre pays s'est doté d'un droit positif propre à permettre la réalisation du droit à l'emploi en faisant que l'inaptitude à l'emploi ne soit que rarement et seulement en dernier recours une cause de rupture du contrat de travail et donc de perte par le salarié de son emploi. Il n'est dès lors que d'en faire une bonne application, ce qui est encore loin d'être le cas en matière d'inaptitude professionnelle.

Jean-Yves Frouin

(40) Cass. Soc. 24 avril 2001, Bull. n° 127.

(41) Cass. Soc. 28 janvier 2004, Bull. n° 29.

(42) Cass. Soc. 7 juillet 2004, *op.cit.*

(43) Cass. Soc. 10 mars 2004 et 7 juillet 2004, *op.cit.*

(44) Cass. Soc. 7 décembre 1999, Bull. n° 470.

(45) Cass. Soc. 15 octobre 2002, Bull. n° 310.

(46) Cass. Soc. 13 juillet 2004, Bull. n° 209.