

L'observation des préconisations et restrictions des fiches d'aptitudes avec réserves

(Refus réitéré d'adaptation du poste de travail et harcèlement moral)

par Alain CHIREZ, Professeur agrégé des Universités,
Avocat honoraire au Barreau de Grasse et
Christian EXPERT, Médecin du Travail, Vice-président du SGMT CFE-CGC

PLAN

I. La résistance fautive de l'employeur face aux réserves du médecin du travail

- A. La violation de l'article L.4624-1, manquement contractuel
- B. Le non-respect, par l'employeur, des préconisations du médecin du travail, manquement délictuel

II. La résistance légitime du salarié

- A. La question du consentement du salarié
- B. La contrariété des réserves avec le contrat de travail

Tandis que certains préconisent la suppression de la vérification de l'aptitude (1) et que la nécessité de la clarifier avec les notions qui gravitent autour d'elle est ressentie par beaucoup (2), la jurisprudence continue à construire son statut (3) et, plus particulièrement, celui des réserves affectant l'avis du médecin du travail. D'un côté, la Haute juridiction établit, à présent, une cloison étanche entre aptitude avec réserves et inaptitude, confortée en cela par le modèle de fiche fixée par l'arrêté du 20 juin 2013 (4) ; de l'autre, elle renforce la force obligatoire des préconisations et restrictions en dissuadant l'employeur de les ignorer. Même si on ne sait exactement ce que sont ces réserves – avis médical ou avis formulé par un médecin (5) – ou de quel côté elles se situent – intérêt du salarié ou intérêt collectif de l'entreprise (6), voire aussi des tiers dans les nouveaux textes (7), ou tout cela à la fois – on commence à savoir ce qu'il coûte de les enfreindre. La Cour de cassation affirme une nouvelle fois, dans l'arrêt ci-dessous, la qualification de harcèlement moral, appliquée au refus réitéré, par l'employeur, des préconisations et restrictions figurant sur la fiche d'aptitude (8).

Cette solution s'inscrit dans la lignée des décisions rendues sanctionnant l'observation des préconisations du médecin du travail, dans un crescendo de stigmatisations pénalisantes, qu'il s'agisse de faute inexcusable de l'employeur, d'exécution déloyale du contrat, d'attitude privant le licenciement de cause réelle et sérieuse, de discrimination ou, comme ici, de harcèlement moral.

Le risque n'est pas négligeable et devrait assurément peser sur la décision de l'employeur concerné par ces aptitudes avec réserves (plus d'un million d'avis avec réserves émis chaque année) et qui, tout en n'exerçant pas de recours, classerait l'avis sans y prêter attention. L'inventaire peut être esquissé des qualifications dégagées par la jurisprudence dans son travail de dissuasion d'une telle négligence ou d'un tel refus délibéré. La reconnais-

sance du harcèlement moral par l'arrêt cité s'inscrit dans ce tableau.

Est-ce dire pour autant que cette pénalisation du refus de l'employeur, contribuant à l'effectivité de son obligation de sécurité, a pour corollaire la sanction au moins civile du salarié, tenu de veiller à sa propre sécurité, qui refuserait les aménagements proposés ?

(1) Rapport du groupe de travail « Aptitude et médecine du travail », établi par Michel Issindou, Christian Ploton, Sophie Fantoni-Quinton, Anne-Carole Bensadon et Hervé Gosselin, mai 2015. Historique de la notion d'aptitude en médecine du travail, J. Bertran, P. Barre, G. Petiet, cité par F. Meyer, La nature juridique des interventions du médecin du travail, DO, janvier 2013, n°774, p.14, n. 29. Cf. également S. Fantoni-Quinton, Sem. Soc. Lamy n°1651.

(2) M. Véricel, Inaptitude et rupture du contrat de travail ; un régime réellement protecteur du salarié ?, DO juill. 2013, n°780, p. 454.

(3) Au moins provisoirement, car une grande réforme reste à venir ; des propositions « d'évolution de la notion d'aptitude seront faites d'ici la fin de l'année et donneront lieu à des mesures législatives à échéance du 2^{ème} semestre 2015 », cf. 50 mesures de simplifications administratives du 30 octobre 2014.

(4) Deux cases à cocher au choix : seule la case « aptitude » contient un espace pour les réserves.

(5) F. Meyer, La nature juridique des interventions du médecin du travail, DO, janvier 2013, prec.

(6) En tout cas, l'indépendance professionnelle du médecin du travail vient d'être réaffirmée, précisément à propos de harcèlement moral, par Cass. Soc. 30 juin 2015, n°13-28.201, qui considère que cette indépendance professionnelle ne permet pas de considérer que son comportement est susceptible de constituer un harcèlement moral de la part de l'employeur.

(7) Si l'article L.4622-2 du Code du travail donne toujours pour mission « exclusive » au service de santé au travail d'éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail, l'article 26 la loi 2015-994 du 17 août 2015 (JO du 18 août 2015) inclut dans cette mission « la sécurité des tiers ». Vaste programme.

(8) Cass. Soc. 7 janvier 2015, n°13-17.602, reproduit ci-après p. 619.

Si, du côté de l'employeur, le degré coercitif renforcé donne ainsi valeur de litote au terme de préconisation (qui relèverait plutôt de l'injonction)

à laquelle la résistance est fautive (I), du côté du salarié, le refus apparaît, en plusieurs circonstances, légitime (II).

I. La résistance fautive de l'employeur face aux réserves du médecin du travail

Le pouvoir de direction peut mal tolérer l'empiètement des avis organisationnels du médecin du travail sur ce qu'il considère comme sa zone réservée (9). Il peut y avoir des conflits, facteurs de résistance, lorsque les préconisations portent sur des distributions de tâches ou des restrictions sur tel ou tel aspect des fonctions du salarié apte sous réserves. L'article L.4624-1 nouveau du Code du travail prévoit, en effet, des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes et l'employeur « est tenu de prendre en considération ces propositions ». S'il ne le fait pas, il s'expose d'abord à commettre un manquement au moins contractuel (A) et, s'il persiste délibérément dans une telle position, la faute peut être délictuelle (B).

A. La violation de l'article L. 4624-1, manquement contractuel

L'invocation du contrat n'est pas une référence édulcorée. Assurer l'effectivité de l'obligation de sécurité de résultat est un mécanisme d'essence contractuelle qui maximalise la contrainte. Le seul manquement qui consiste à ignorer les avis du médecin du travail est un manquement à un résultat. Certes, il y a un brouillage, un enchevêtrement des catégories, comme le fait observer M. A. Bugada : « ce qui devrait relever de la loi relève du contrat » (10).

1. Résister aux préconisations et restrictions des avis d'aptitudes avec réserves du médecin du travail est une exécution déloyale du contrat de travail

L'exigence de bonne foi constitue, depuis longtemps, une des limites du pouvoir de direction. Agir de bonne foi, c'est agir conformément aux attentes légitimes du partenaire contractuel. Or, il y a dans le respect des préconisations ou restrictions formulées par le médecin du travail une forme de collaboration minimale, sans même parler de

solidarisme contractuel qui conduit « à se soucier de l'autre et de ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une exigence de solidarité, voire de fraternité contractuelle » (11). Le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi et c'est bien le moins que le salarié puisse attendre de l'employeur, qu'il lui conserve sa force de travail. La Cour de cassation, qui voit dans la violation de l'article L.4624-1 le fondement autonome d'une faute (violation d'une obligation préexistante, selon Planiol), légitime parfois l'emprunt au détournement de la loyauté pour souligner le manquement aux obligations contractuelles. Ainsi, dans cette décision du 26 septembre 2012, la Cour d'appel avait constaté que, suite à l'avis d'aptitude avec réserves, pris par le médecin du travail, de ne pas faire de la manutention avec de la glace, l'employeur avait demandé au salarié de reprendre son poste de responsable du rayon poisson, sans restriction de fonction. Ayant soulevé de la glace, ce dernier avait été victime d'un accident du travail qui était la conséquence de l'obligation qui lui avait été faite de reprendre ses fonctions, en contradiction avec l'avis du médecin du travail (12). La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir sanctionné, en évoquant l'exécution déloyale, cette attitude qui contrariait l'effectivité de l'obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs que doit assurer l'employeur.

Dans une décision du 7 juillet 2009 (13), la Haute juridiction, statuant sur un cas d'avis d'aptitude avec réserves prévoyant, notamment, un changement de véhicule de fonction par un autre muni d'une boîte automatique, se fondant sur les constatations d'inobservation de ces préconisations par la Cour d'appel, approuvait celle-ci d'avoir jugé que l'employeur avait commis une faute en exécutant le contrat de façon déloyale.

(9) Il peut y avoir confrontation directe lorsque les avis médicaux avec réserves expliquent l'insuffisance de résultats par l'état de santé, cf. par ex. Cass. Soc. 19 décembre 2007, n° 06-43.918, Bull., DO 2008, pp. 343 et s., n. Arnaud Mazières, qui statue dans un cas où « les réserves du médecin du travail étaient de nature à expliquer l'insuffisance de résultats reprochée au salarié par l'employeur, qui ne pouvait ignorer les difficultés qu'il rencontrait et n'avait pas cherché à tenir compte des réserves du médecin du travail ».

(10) Alexis Bugada, L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat, Sem. Jur. Soc. n° 48, novembre 2014, 1450, § 7.

(11) Catherine Thibierge-Guelfucci.

(12) Cass. Soc. 26 septembre 2012, n° 10-26.392.

(13) N° de pourvoi 08-42.300.

2. Ignorer les avis constitue une faute inexcusable

Le maintien dans l'emploi est l'un des points d'orgue du futur « Plan Santé Travail III » en cours de finalisation au Conseil d'orientation des conditions de travail (COCT) et de la Convention d'objectifs et de gestion entre l'État et la branche « Accidents du travail/maladies professionnelles » 2014/2017. Il s'agit clairement d'une priorité pour l'État, la branche AT/MP de la CNAMTS et les partenaires sociaux unanimes.

La mission des services de santé au travail et celle du médecin du travail sont d'éviter toute altération de la santé du salarié du fait de son travail. La non-prise en compte, par l'employeur, des préconisations du médecin du travail peut effectivement engendrer l'apparition d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail.

L'employeur, dûment informé de la situation et néanmoins inactif, encourt l'attribution d'une faute inexcusable, ainsi que le dit la Cour de cassation dans une décision du 3 janvier 2002 (14). L'arrêt d'appel relève que le médecin du travail, qui a examiné, au cours de l'année 1995, à deux reprises, M. X, a émis des réserves quant à l'aptitude de celui-ci à porter des charges lourdes, confirmées par le certificat d'un médecin rhumatologue : « *Qu'en l'état de ces constatations, dont il ressort qu'en maintenant pendant près d'un an M. X à un poste de travail exigeant le port de charges lourdes, l'employeur a exposé le salarié à un danger dont il devait avoir conscience, la cour d'appel a pu décider que cette faute d'une exceptionnelle gravité, revêtant le caractère de la faute inexcusable, constituait la cause déterminante de la maladie professionnelle apparue en 1996* ». L'avis du médecin du travail est précisément ce qui éclaire, ou doit éclairer, la conscience de l'employeur, et, aujourd'hui, assurer, par son respect, l'effectivité de l'obligation de sécurité de résultat, élément fort de la définition revue de la faute inexcusable. La Cour de cassation confirme ainsi cette même jurisprudence, depuis et avec la nouvelle définition de la faute inexcusable : l'employeur, tenu envers son salarié d'une obligation de sécurité de résultat doit en assurer l'effectivité en prenant en considération les propositions du médecin du travail et le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures

nécessaires pour l'en préserver (14 bis). Il s'agissait, en l'espèce, d'un chauffeur poids lourd, déclaré apte sans manutentions lourdes et à qui l'employeur avait fait faire des travaux de tranchées avec manutentions lourdes.

3. Confondre aptitude assortie de réserves avec inaptitude et rompre la relation de travail confère une absence de cause réelle et sérieuse au licenciement

La jurisprudence a modifié radicalement son analyse de l'avis d'aptitude avec réserves. Il ne peut plus s'agir, quelle que soit l'incidence des réserves sur le contenu du poste de travail, d'un avis d'inaptitude. Le juge du fond ne dispose plus de la faculté d'interpréter l'avis du médecin et de lui donner, en raison de la consistance des réserves de l'avis d'inaptitude modifiant profondément les tâches du salarié, la qualification d'avis d'inaptitude. Le licenciement qui interviendrait en raison de l'impossibilité pour l'employeur de respecter les restrictions contenues dans l'avis médical ne serait plus fondé, comme c'était le cas dans la jurisprudence antérieure (15) : « *l'avis du médecin du travail sur l'aptitude du salarié à occuper un poste de travail s'impose aux parties et il n'appartient pas aux juges du fond de substituer leur appréciation à celle des médecins du travail* » (16). Désormais, la seule voie de salut de l'employeur consiste à discuter l'acte du médecin en sollicitant un second examen, mais, surtout, en exerçant un recours devant l'inspecteur du travail.

B. Le non-respect, par l'employeur, des préconisations du médecin du travail, manquement délictuel

1. Discrimination

Il peut tout d'abord y avoir discrimination. Comme le soulignent les auteurs, d'une façon générale, le licenciement consécutif à un avis d'aptitude avec réserves non mises en œuvre par l'employeur qui les estime impraticables peut être jugé discriminatoire, puisque décidé en considération de l'état de santé du salarié (17).

Plus spécialement, le statut de travailleur handicapé fait relever la violation des préconisations ou restrictions contenues dans les réserves de l'article L.5213-6, qui prévoit, notamment, que le non-respect des mesures appropriées pour permettre

(14) N° 00-16.357.

(14 bis) Cass. civ. 2^{ème}, 16 déc. 2011, n°10-26.704, Bull. ; Cass. civ. 2^{ème}, 22 février 2007 n°05-13.771, Bull., DO 2007 p.258 n. A. Chirez et C. Expert ; add. Cass. civ. 2^{ème}, 31 mai 2012, n°11-30309.

(15) Cass. Soc. 19 mars 2008, n°07-40.295.

(16) par ex. Cass. Soc. 10 novembre 2009, n°08-42.674, Bull., DO 2010 p.265 n. A. Mazières.

(17) P. Pochet, L'aptitude avec réserves, Sem. Juridique, éd. sociale n° 16, 1173, citée par Mr Meyer, art. précité, DO, p.19.

aux travailleurs handicapés de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser, peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-2.

2. Harcèlement moral

L'arrêt ci-dessous, dans la ligne d'une précédente décision du 28 janvier 2010 (18), vient encore ajouter l'attitude réitérée de l'employeur de refuser d'adapter son poste de travail, conformément aux réserves émises par le médecin du travail, à la liste des faits susceptibles de constituer du harcèlement moral. Une salariée, engagée dix ans plus tôt par une entreprise de peinture, avait été affectée en avril 2009 à un poste consistant à approvisionner une cabine de peinture, à effectuer un contrôle de qualité, puis à réaliser l'emballage et l'étiquetage des produits. Un premier arrêt de travail s'était soldé par l'avis d'aptitude à la reprise avec recommandation d'éviter le port de charges lourdes. Au terme d'un second arrêt de travail, un avis d'aptitude affecté de réserves consistant à « *éviter le port de charges lourdes de plus de 17 kg* » avait amené la salariée, dont le poste n'était pas conforme, à quitter l'entreprise. Elle avait notifié à son employeur l'impossibilité de poursuivre son activité pour dégradation de ses conditions de travail et harcèlement moral, et saisi le Conseil des prud'hommes afin de faire juger la rupture dont elle avait pris acte imputable à son cocontractant. Selon la Cour de cassation, « *ayant exactement retenu que l'attitude réitérée de l'employeur ayant entraîné la dégradation des conditions de travail de la salariée par le refus d'adapter son poste de travail et le fait de lui confier de manière habituelle une tâche dépassant ses capacités, mettait en jeu sa santé* », la Cour d'appel a, à bon droit, caractérisé un harcèlement moral.

On s'interroge parfois sur la preuve du lien de causalité de la souffrance avec le travail, notamment dans le cas de suicide (19). Dans le cas présent, la relation causale est plus claire qu'en d'autres circonstances (gestion managériale désastreuse, par exemple). Les préconisations de la fiche d'aptitude non respectées sont, par essence, en relation causale avec le risque médical analysé, s'il vient à se réaliser.

Par ailleurs, même si l'attitude négative de l'employeur dédaignant l'avis médical n'a pas, ici, précisément pour *objet* de dégrader les conditions de travail, on sait qu'il suffit qu'elle ait pour *effet* ou puisse avoir pour effet de le faire (20). Une qualifi-

cation qui, par définition, ne peut qu'électrifier l'effectivité des réserves de l'avis d'aptitude délivré par le médecin du travail.

L'article L.1152-1 du Code du travail, comme l'article 222-33-2 du Code pénal, font des agissements répétés une condition du harcèlement moral. La pluralité de préconisations du médecin du travail, non suivies, constitue, dans le présent arrêt, l'attitude réitérée nécessaire à la qualification retenue. On peut cependant soutenir qu'une seule fiche d'aptitude avec réserves, non suivies malgré des demandes répétées du salarié, aboutiraient à la même solution. Il y aurait bien agissements répétés, puisque refus réitérés à chaque demande non satisfaite. Le caractère continu du délit fait, en outre, qu'il est constitué tant qu'existe le refus de l'employeur ayant pour effet une dégradation des conditions de travail.

La qualification de harcèlement moral apparaît comme un solide appui pour rendre plus effectifs les avis avec restrictions lorsque ceux-ci restent lettre morte, quelquefois malgré le courrier d'alerte émis par le médecin du travail conformément aux dispositions de l'article L.4624-3 du Code du travail. La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi vient d'ailleurs de renforcer ce droit d'alerte. La rédaction de l'article L.4624-3 incite à penser qu'il s'agit d'un devoir engageant la responsabilité du médecin du travail. Désormais, le courrier du médecin du travail et la réponse de l'employeur aux préconisations du médecin du travail sont transmises directement au CHSCT et, à défaut, aux délégués du personnel et aussi à l'inspecteur du travail, au médecin inspecteur du travail et à la CARSAT.

Quelques semaines après cette décision du 7 janvier 2015, la Cour de cassation, dans une décision du 11 mars 2015 (21), précisément rendue à propos de harcèlement moral au travail, rompant avec sa jurisprudence antérieure, a jugé que la prise d'acte fondée sur cette considération par le salarié n'avait plus « d'effet automatique ». Pour être analysée comme un licenciement sans cause réelle, ni sérieuse, et non comme une démission, la prise d'acte doit, dans le cas du harcèlement moral au travail, comme en d'autres situations, reposer sur un manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail. Certes, le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat sera toujours consommé, mais les

(18) Cass. Soc. 28 janvier 2010, n° 08-42.616, Bull.

(19) A. Chirez et C. Expert, Suicide et accident du travail, DO juin 2007 n° 707, pp. 258-261.

(20) Cf. Cass. Crim. 24 mai 2011, n° 10-87.100. Cf. également E. Daoud et C. Gambette, chr. Lamy Droit pénal des affaires, actualités n° 114, février 2012.

(21) Cass. Soc. 11 mars 2015, n° 13-18.603, publié au Bulletin.

juges du fond décideront au cas par cas de la qualification à donner à la rupture à l'initiative du salarié. On peut cependant penser que le harcèlement moral fondé sur un refus réitéré d'adaptation du poste de travail par l'employeur, dommageable pour la santé du salarié, empêche, *par essence*, la continuation du contrat de travail. Ce manquement sera toujours *suffi-*

samment grave, sauf à admettre que le risque bravé d'aggravation de l'atteinte à la santé ou la sécurité du salarié permet de sauver le contrat (22), ce qui transformerait celui-ci en gladiateur.

Il est vrai que la considération du contrat permet des résistances.

II. La résistance légitime du salarié

Le salarié qui refuserait l'aménagement du poste de travail, proposé par le médecin et décidé par l'employeur, serait fautif si la modification entraînée porte sur des conditions de travail, hormis le cas particulier des salariés protégés (si elle porte sur le contrat, c'est autre chose (23)). Il a l'obligation de veiller sur sa propre sécurité et le devoir de ne pas nuire à sa santé.

En quelques circonstances, son refus de déférer aux préconisations ou restrictions portées sur la fiche d'aptitude apparaît, cependant, légitime.

Il faut d'abord éliminer l'hypothèse où le salarié apte sous réserves refuse un reclassement dans un poste qui n'est pas conforme aux spécifications médicales : « Ne commet pas un manquement à ses obligations le salarié dont le médecin du travail a constaté l'inaptitude qui, pour refuser un poste de reclassement proposé par l'employeur, invoque l'absence de conformité du poste proposé à l'avis d'inaptitude. Dans ce cas, il appartient à l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat, de solliciter l'avis du médecin du travail » (24). Il y a, dans ce refus, une situation qui se rapproche, d'un certain point de vue, du droit de retrait dit préventif (25), à d'autres moments de la relation de travail (26), prévu par l'article L. 4131-1 du Code du travail. Ainsi, une salariée, câbleuse, atteinte d'une scoliose, a pu légitimement refuser d'occuper un nouveau poste de travail alors que l'aménagement du dossier et du repose-pieds préconisés par le médecin du travail n'avait pas été réalisé (27). Un chauffeur de bus, examiné par le médecin du travail et déclaré apte à la conduite sous réserve que lui soit confié un véhicule à

direction souple, a pu refuser de conduire un véhicule non conforme (28).

Ce droit au refus s'inscrit, on le sait, dans ce droit à la contestation du droit, si caractéristique de la machinerie du droit du travail, comme le dit M. Supiot (29).

Deux situations méritent plus particulièrement de retenir l'attention par les conflits de valeurs qu'elles peuvent susciter, celle du consentement du salarié et celle de l'atteinte au contrat.

A. La question du consentement du salarié

« Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé » : l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique a une vaste emprise. Le médecin du travail relève de son champ d'application. Certes, le médecin du travail n'est pas un médecin comme les autres, et sa mission légale est exclusivement préventive (30). Il doit « éviter toute altération de l'état de santé des travailleurs du fait de leur travail en surveillant les conditions d'hygiène au travail, les risques de contagion et leur état de santé », ainsi, ajoute le texte nouveau (31), que « toute atteinte à la sécurité des tiers » (ce qui pourrait bien être une occupation titanesque). Échappe-t-il pour autant à la nécessaire adhésion du salarié à ses préconisations, à la recherche du consentement aux mesures proposées ?

Certes, à la différence de la médecine de soins, « dans le cadre de la médecine du travail, les visites médicales sont obligatoires, et le refus du salarié de

(22) Et puis, il y a tout simplement l'impossibilité physique de poursuivre sans aménagement : celle du salarié en fauteuil roulant qui doit accéder à son bureau par des escaliers. Le salarié harcelé par un collègue que l'employeur a licencié peut « revenir au travail », non celui, à mobilité réduite, privé d'une rampe d'accès aux lieux de travail.

(23) cf. *infra*.

(24) Cass. Soc. 23 septembre 2009, n° 08-42.525, Bull.

(25) Cf. par exemple ces instructeurs pilotes de l'aéronautique, fondés à invoquer le droit de retrait, à propos d'une mission dangereuse en Angola, sans attendre d'être soumis à un danger réel, CA Paris, 21^{ème} ch. 19 décembre 1991, *B. Briatte et autres c/ SA Cofras*.

(26) certainement pas pendant un arrêt de travail : Cass. Soc. 9 octobre 2013, n° 12-22.288, Bull.

(27) Cass. Soc. 11 décembre 1986, n° 84-42.209, Bull.

(28) Cass. Soc. 10 mai 2001, n° 00-43.437.

(29) Alain Supiot, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, 2005, Le Seuil.

(30) Alexia Gardin, *Le secret et le médecin du travail*, DO, juillet 2015, n° 804, p. 401.

(31) Art. L. 4622-3 C. Tr. tel qu'issu de la loi du 17 août 2015.

se faire examiner peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement » (32). Il reste que, une fois le principe de la visite acceptée, même auprès d'un médecin qu'il n'a pas choisi, la question du consentement du salarié à l'inaptitude ou aux réserves, est centrale, compte tenu du texte de l'article L. 1111-4. L'article R.4127-36 du même Code de la santé publique enfonce le clou : « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* ». Les nouveaux textes n'ont rien dit de cette problématique, qui reste issue du Code de la santé publique. La notion de consentement avait été initialement intégrée dans un amendement visant l'article L.4624-1, puis finalement retirée. La relation de travail rend l'application du consentement particulièrement délicate, car, si le salarié a toute latitude pour prendre ses responsabilités s'agissant de sa propre santé (à condition qu'il ait été éclairé par le médecin), son refus d'accepter les restrictions du médecin du travail peut entraîner des conséquences accidentelles pour, d'une part ses co-préposés (qui, eux, n'auront consenti à rien et n'auront été éclairés en rien, secret médical oblige) et, d'autre part, les tiers éventuels, dont les services de santé au travail et les médecins du travail doivent assurer la préservation de la santé et de la sécurité depuis la parution de la loi du 17 août 2015 (33).

Si l'adhésion ne peut néanmoins être forcée (un peu sur le même modèle que la prise de sang ne peut être imposée, mais que le refus de s'y soumettre emporte, en certaines circonstances, des conséquences fortes), la nuance s'impose, puisque le salarié peut être pris entre deux feux : adhérer contre son choix ou ne pas donner suite et être licencié. Ainsi, le refus par le salarié de donner suite à la prescription du médecin du travail d'une vaccination contre l'hépatite B, obligatoire dans l'entreprise, permet le licenciement, qui repose alors sur une cause réelle et sérieuse (34).

On peut toutefois s'interroger ici sur le bien-fondé de la juxtaposition du droit au consentement éclairé et du droit au recours contre les décisions prises par le médecin du travail, puisque le salarié en désaccord avec l'avis du médecin du travail peut saisir l'inspecteur du travail d'une contestation. Ce dernier se substituera alors au médecin du travail et prendra, à son tour, un avis (qui peut être conforme à l'avis émis par le médecin du travail ou contraire). Dans ce cas, l'inspecteur du travail qui prend une décision médicale

sans toutefois en avoir le titre (curiosité réglementaire qui fait l'objet de propositions de réforme dans le rapport *Fantoni-Issindou*) n'est pas soumis au Code de santé publique. Il aura donc toute latitude pour imposer son point de vue, sans état d'âme relatif au consentement. La situation relève d'un certain cynisme : l'inspecteur du travail, comme Pierre Dandin dans *L'huître et les plaideurs*, pourra trancher sans atermoiement, avec cet encouragement récent du Conseil d'État qui vient de décider que, de toute façon, les irrégularités dont pourrait être entachée la procédure au terme de laquelle le médecin du travail a donné son avis sont sans incidence sur la légalité de la décision prise par l'inspecteur du travail (35).

Certes, la vérification qu'opère l'inspecteur du travail n'est pas centrée sur cette seule considération de santé de la personne. Elle relève à la fois de la technique médicale (il peut prendre avis auprès du médecin inspecteur du travail qui a, lui, accès au dossier médical, avis qui ne s'impose pas à l'inspecteur du travail) et de l'aspect organisationnel (conséquences du problème médical sur les conditions de travail).

On observera que le médecin du travail, quant à lui, est pris entre deux obligations, qui peuvent être inconciliables : respecter le consentement du salarié (obligation du Code de santé publique) et devoir professionnel – c'est sa mission fondamentale – d'éviter au salarié toute altération de sa santé du fait du travail. L'avis d'aptitude avec réserves, malgré les critiques dont il fait l'objet, constitue précisément cet outil pour éviter cette altération de la santé du salarié du fait de son travail.

Encore faut-il aussi que ces réserves ne contrarient pas le contrat.

B. La contrariété des réserves avec le contrat de travail

Lorsque les réserves affectant l'avis d'aptitude impliquent une modification des éléments essentiels du contrat, par exemple un démembrement des fonctions confiées au salarié ou encore une mutation dans un autre secteur géographique, le consentement de celui-ci est requis. Il faut son accord, comme en d'autres circonstances où c'est plus directement le pouvoir de direction qui s'affiche sans incitation extérieure. Le salarié peut refuser l'affectation sur un

(32) A. Gardin, DO 2015, p. 403, article précité, qui cite des décisions retenant la faute grave du salarié en cas de refus réitéré. Le refus réitéré, qu'il s'agisse, on l'a vu, de celui de l'employeur avec le harcèlement moral qu'il peut constituer ou de la faute grave du salarié, n'est pas sans conséquences.

(33) D'ailleurs, les auteurs qui prônent l'indispensable acceptation par le salarié des préconisations du médecin du travail

réservent précisément les postes de sécurité pour lesquels la sécurité des tiers serait en jeu ; en ce sens, Sophie Fantoni-Quinton, *Que deviendrait la faute inexcusable sans aptitude à l'embauche*, p. 2.

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

(35) CE 22 mai 2015, *Sté Sart*, n° 377001.

poste qui bouleverserait le contrat, prendre l'initiative d'une rupture imputable à l'employeur (36) ou faire résilier son contrat aux torts de ce dernier (37) si la modification est effective alors qu'aucun accord n'est intervenu.

La situation peut être délicate pour l'employeur s'il ne formalise pas cet accord, comme on le constate, par exemple, dans une espèce jugée par la Cour de cassation le 29 novembre 2011 (38). Sur les préconisations du médecin du travail, l'Urssaf des Vosges avait affecté un inspecteur de recouvrement (coefficient 284), déclaré apte à la reprise après plusieurs mois d'arrêt de travail, à un poste sans relations avec la clientèle, celui de gestionnaire de compte (coefficient 185). Le salarié n'avait pas réagi à sa nouvelle affectation pendant 5 ans et n'avait jamais sollicité le médecin du travail pour que celui-ci réexamine la situation. Le salarié avait engagé une procédure en demandant la réintégration dans son ancien emploi et, au cours de celle-ci, caractérisée par plusieurs arrêts de cassation, avait finalement été licencié pour inaptitude définitive à tous postes dans l'entreprise. Il avait demandé et obtenu des dommages et intérêts, notamment pour déclasser abusif, car il n'avait pas donné son accord exprès et non équivoque (39) à la modification de son contrat de travail. L'employeur aurait-il dû proposer un avenant et, en cas de refus, licencier ? Rien n'est moins sûr, car, d'une part, le salarié n'était pas inapte (et, de toute façon, l'inaptitude à tous postes dans l'entreprise ne dispense pas des efforts de reclassement !), d'autre part, le refus d'une modification d'un élément essentiel du contrat par le salarié n'est pas en soi une cause de rupture et, enfin, depuis longtemps déjà, le refus, par lui, d'un poste de reclassement ne peut être considéré comme abusif (et même fautif, notion différente (40)) dès lors que la proposition de reclassement entraîne une modification du contrat de travail (41), solution déjà précédemment adoptée pour les accidents du travail et maladies professionnelles (42) et étendue aux affections d'origine non professionnelle : ainsi, un salarié à temps plein est-il en droit de refuser un poste de reclassement à temps partiel (43). Un vrai dilemme pour l'employeur. La Cour de cassation, dans un arrêt

du 25 janvier 2012, donne la difficile marche à suivre : « Il appartient à l'employeur de tirer les conséquences du refus par le salarié du poste de reclassement proposé, soit en formulant de nouvelles propositions de reclassement, soit en procédant au licenciement de ce salarié au motif de l'impossibilité de reclassement, et d'établir, en ce cas, cette impossibilité » (44).

Les avis d'aptitude avec réserves enferment ainsi l'employeur dans une situation délicate car si l'application des préconisations du médecin du travail amène à des propositions de modifications contractuelles, le refus du salarié ne peut amener à un licenciement qui n'est possible que dans le cadre strict de l'inaptitude (45). À défaut un tel licenciement ayant pour motif des considérations de santé tomberait sous le coup de la discrimination.

Pour les victimes d'accidents du travail, l'article L. 1226-8 est explicite : le salarié apte (ce qui est le cas des aptitudes avec réserves) doit retrouver son emploi ou emploi similaire et sa rémunération. La Cour de cassation n'a pas d'autre lecture pour les salariés « apte avec réserves », s'agissant des pathologies non professionnelles (46).

L'observance des préconisations et restrictions formulées par le médecin du travail apparaît ainsi de plus en plus encadrée. Par-delà l'affirmation de la mission *exclusive* des services de santé, consistant à éviter toute altération de la santé des travailleurs, on retrouve d'autres intérêts, d'autres valeurs à protéger. Il n'est pas seulement question de la santé des salariés. La sauvegarde de l'emploi est une priorité forte (47). De même que l'employeur doit assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, les services de santé au travail doivent contribuer à assurer l'adaptation du poste à l'état de santé du salarié. Ce maintien dans l'emploi des salariés présentant des troubles de la santé, en lien ou non avec leur travail, susceptibles de compromettre leur emploi constitue une priorité pour les partenaires sociaux, l'État et la branche AT/MP. Respectivement, le projet de PST3 élaboré au sein du COCT et la dernière convention d'objectifs et de gestion cosignée par la branche AT/

(36) Avec le nouveau pouvoir d'appréciation des juges du fond, sans automaticité, depuis Cass. Soc. 11 mars 2015, précité, n° 13-18.603.

(37) cf. en ce sens Meyer, art. précité, p. 8.

(38) Pourvoi n° 10-19.435, arrêt n° 2484, Bull.

(39) Exigence renouvelée par Cass. Soc. 21 janvier 2015, n° 13-27.113.

(40) Cass. Soc. 25 mai 2011, n° 09-71.543.

(41) Cass. Soc. 14 juin 2000, n° 98-42.882, Bull. ; Cass. Soc. 4 décembre 2001, n° 99-44.677, Bull. ; Cass. Soc. 9 avril 2002, n° 00-46.322, Bull., DO 2003, p. 306, n. P. Adam.

(42) Cass. Soc. 15 juillet 1998, n° 95-45.362, Bull.

(43) Cass. Soc. 29 novembre 2006, n° 05-43.470, Bull.

(44) N° 10-19.966.

(45) Articles L.1226-2 à L.1226-4-3 du Code du travail pour les inaptitudes non professionnelles et articles L.1226-10 à L.1226-12 pour les inaptitudes d'origine professionnelles.

(46) Cass. Soc. 23 septembre 2014, n° 13-12.607.

(47) Note préc. A. Mazières sous Cass. Soc. 10 nov. 2009 : « en émettant un avis précis et circonstancié, [le médecin du travail] œuvre concrètement pour le maintien dans l'emploi du salarié frappé de troubles de santé ».

MP et l'État l'affirment clairement. Certaines organisations syndicales de salariés ont bataillé ferme pour que soit maintenue l'aptitude avec réserves lors des discussions qui ont fait suite à la remise du rapport « Aptitude ». Elles ont affirmé que cette possibilité était un outil déterminant pour le maintien dans l'emploi. Une barrière nécessaire à l'évolution, sans cela inéluctable, vers l'inaptitude et la précarisation. La qualification de harcèlement moral donnée au dédain des réserves par la Cour de cassation dans la décision ci-dessus donne plus d'effectivité à celle-ci, pour reprendre la terminologie sociologique, chère au Doyen Carbonnier, aujourd'hui en vogue.

Le consentement du salarié apparaît, quant à lui, bien en retrait. En tout cas, sa protection ne figure pas dans les textes récents relatifs à la médecine du travail. Il figure dans le Code de la santé publique, mais non dans le Code du travail (ce n'est peut-être pas le moment choisi d'alourdir celui-ci). L'atteinte

au contrat permet, certes, au salarié de refuser de souscrire aux préconisations qui en bouleverseraient l'économie, et cette intangibilité du contrat peut paraître agaçante par sa rigidité, face à la valeur santé. Il faut, de toute façon, reconnaître que, pour peu que les efforts de reclassements soient avérés et le dialogue avec le médecin du travail renouvelé, le licenciement sera permis. Une autre façon de forcer, ici, son consentement, dédaigné ailleurs.

La protection des tiers vient, sur ce, de faire irruption dans la mission très chargée des médecins du travail, qui risque de glisser vers une médecine de contrôle, sans en avoir les moyens (48).

Les obligations s'accroissent, comme, en parallèle, depuis longtemps déjà, les droits subjectifs. Et ces obligations nouvelles sont naturellement grosses de créances à venir.

Alain Chirez et Christian Expert

(48) Christian Expert, « Le médecin du travail : Un nouvel Atlas », Miroir Social, 20 août 2015 : www.miroirsocial.com/actualite/.../le-medecin-du-travail-un-nouvel-atlas.

CONTRAT DE TRAVAIL Exécution – Médecine du travail – Aptitude avec réserves – Non-respect des réserves par l'employeur – Refus d'adaptation du poste – Dégradation des conditions de travail – Harcèlement moral – Prise d'acte de la rupture.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 7 janvier 2015

société Peinture industrielle émail au four Ets Biousse contre M. (p. n°13-17602)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 21 mars 2013), que Mme M. a été engagée le 30 janvier 1989 par la société Biousse devenue société Peinture industrielle émail au four Ets Biousse ; qu'elle a été affectée en avril 2009 à un poste consistant à approvisionner une cabine de peinture, à effectuer un contrôle qualité puis à réaliser l'emballage et l'étiquetage des produits ; qu'à la suite d'un premier arrêt de travail, elle a été déclarée, le 11 mai 2009, apte à la reprise par le médecin du travail, avec recommandation d'éviter le port et les manutentions de charges lourdes puis, à l'issue d'un second arrêt de travail et, aux termes d'un avis du 30 juin 2009, apte à la reprise avec la mention « éviter le port de charges lourdes de plus de 17 kg » ; que la salariée a saisi la juridiction prud'homale le 24 janvier 2011 pour demander le paiement de diverses sommes relatives tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail ; que par lettre du 31 janvier 2011, elle a notifié à son employeur l'impossibilité de continuer son activité dans l'entreprise pour dégradation de ses conditions de travail et harcèlement moral puis a demandé à la juridiction prud'homale de décider que cette rupture du contrat de travail était intervenue aux torts de l'employeur ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail

par la salariée le 31 janvier 2011 produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et de le condamner à payer des dommages-intérêts et une indemnité de licenciement, alors, selon le moyen :

1°/ que l'avis du médecin du travail quant à l'aptitude du salarié à son poste de travail et, l'adéquation de ce poste aux exigences de protection de la santé du salarié l'occupant, s'il n'a pas été utilement contesté devant les autorités administratives compétentes, s'impose aux parties et au juge prud'homal ; qu'il n'appartient pas à ce dernier de substituer son appréciation à celle du médecin du travail dès lors qu'en cas de difficulté ou de désaccord sur la portée de l'avis délivré par ce praticien, le salarié ou l'employeur peuvent exercer le recours prévu par l'article L.4624-1 du code du travail ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de la cour d'appel que le médecin du travail, après deux études du poste de travail de Mme M., l'avait jugé compatible avec les aptitudes physiques de la salariée, et avait déclaré celle-ci apte à l'occuper ; qu'en substituant son avis à celui du médecin du travail pour déclarer que la table de travail était inadaptée à la morphologie de la salariée et que l'absence d'aspiration pour les pièces produisant de la poussière de plomb de sorte que l'employeur avait manqué à son obligation de sécurité sur ce point, la cour d'appel a violé les articles L.4121-1 et L.4624-1 du code du travail ;

2°/ que l'avis du médecin du travail quant à l'aptitude du salarié à son poste de travail et, l'adéquation de ce poste aux exigences de protection de la santé du salarié l'occupant, s'il n'a pas été utilement contesté devant les autorités administratives compétentes, s'impose aux parties et au juge prud'homal ; qu'il n'appartient pas à ce dernier de substituer son appréciation à celle du médecin du travail dès lors qu'en cas de difficulté ou de désaccord sur la portée de l'avis délivré par le médecin du travail, le salarié ou l'employeur peuvent exercer le recours prévu par l'article L.4624-1 du code du travail ; que dans l'hypothèse où le salarié conteste la compatibilité du poste auquel il est affecté avec les recommandations du médecin du travail, il appartient à l'employeur de solliciter à nouveau l'avis de ce dernier ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué qu'après réception du courrier du 4 juin 2009 contestant une première fois la compatibilité de son poste de travail, le médecin du travail avait procédé, à la demande de l'employeur, à une étude de poste à l'issue de laquelle il avait conclu à cette compatibilité (certificat du 22 juin 2009), puis qu'à la réception du courrier de prise d'acte de Mme M. contestant itérativement la compatibilité de son poste de travail avec ses aptitudes physiques et les recommandations du médecin du travail, l'employeur avait de nouveau sollicité celui-ci qui, dans un second courrier du 21 septembre 2011, n'ayant fait l'objet d'aucun recours, avait expressément confirmé, d'une part, que « les conditions de travail, l'aménagement du poste et les charges manutentionnées à ce poste (lui) paraissent (aient) compatibles et conformes à (ses) préconisations à l'issue de la visite médicale de Mme M. en date du 30 juin 2009 », d'autre part, que « son poste de travail (était) compatible avec son état de santé dès lors que la restriction au port de charge limitées à 17 kg (était) respectée » ; qu'en imputant à la faute de l'employeur « une inadaptation permanente, pour Mme Corinne M. de ses conditions de travail, en tant que femme au surplus de petite taille » et « un manquement à ses obligations quant au type de travail demandé à Mme M. et aux conditions dans lesquelles elle était amenée à l'effectuer contraire, du moins durant un certain temps, aux préconisations du médecin du travail, de nature à mettre en jeu sa santé », la cour d'appel a violé derechef les articles L.4121-1 et L.4624-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que le médecin du travail avait, en son avis du 30 juin 2009, préconisé d'éviter à Mme M. le port de charges lourdes de plus de 17 kilogrammes, la cour d'appel, qui a constaté que le poste de travail de cette salariée comportait, de manière habituelle, un port de charges d'un poids excessif, contraire, au moins pendant un certain temps, aux préconisations du médecin du travail, de sorte que l'employeur avait gravement nui à la santé de l'intéressée, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Sur le second moyen :

Attendu que l'employeur fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, que ne peut s'analyser en agissements répétés constitutifs de harcèlement moral une décision de l'employeur de maintenir, en dépit de ses protestations le salarié dans son poste de travail, déclaré conforme à ses aptitudes physiques par le médecin du travail ; qu'en déclarant la société Biousse coupable de harcèlement moral à l'encontre de Mme M. après avoir écarté les allégations de cette dernière relativement à « l'expression d'un dédain, d'un manque de considération, d'insultes de son chef » ou encore la délivrance d'« ordres au personnel de l'entreprise de ne pas (l')aider sous menace de sanction, de ne pas lui prêter une petite table, ou encore de ne pas lui adresser la parole » sur l'unique considération de ce qu'elle avait refusé d'adapter à ses exigences son poste de travail, déclaré conforme par le médecin du travail, et lui avait « confié de manière habituelle » des tâches dont ce praticien avait constaté qu'elle n'excédaient pas ses capacités, la cour d'appel a violé l'article L.1152-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant exactement retenu que l'attitude réitérée de l'employeur ayant entraîné la dégradation des conditions de travail de la salariée par le refus d'adapter son poste de travail et le fait de lui confier de manière habituelle une tâche dépassant ses capacités, mettait en jeu sa santé, la cour d'appel a caractérisé un harcèlement moral ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Chollet, f.f. prés. – Mme Vallée, rapp. – SCP Boré et Salve de Bruneton, av.)

ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AFDT)

www.afdt-asso.fr