

1310

La question de l'inaptitude médicale dans l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017

Pierre-Yves VERKINDT,
professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Paris I Panthéon-Sorbonne)



La question de l'inaptitude médicale s'invite une fois encore dans une réforme du droit du travail. De façon plus discrète que dans la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, comporte en effet deux articles qui viennent, d'une part, préciser le périmètre de la recherche de reclassement du salarié inapte à son poste et, d'autre part, modifier partiellement l'organisation du recours contentieux susceptible d'être engagé suite à un avis d'aptitude ou d'inaptitude médicale du salarié à son poste.

1 - La saga juridique et judiciaire de l'inaptitude médicale n'en finit pas de finir. Les promoteurs des textes législatifs et réglementaires, et tout spécialement ceux à l'origine de l'article L. 241-10-1 du Code du travail tel qu'issu de la loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976 qui attendit bien longtemps ses textes d'application¹, ne pouvaient imaginer ni l'ampleur du contentieux que la question allait engendrer, ni les débats – parfois très vifs – qu'elle allait provoquer.

Un peu plus de 40 ans et de nombreuses interventions du législateur plus tard², voici un nouveau changement des normes applicables dont nul ne peut dire avec certitude qu'il sera la dernier.

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, modifie en effet le droit de l'inaptitude sur deux points. Le premier concerne l'organisation du recours du salarié ou de l'employeur ; la solution adoptée vient en partie corriger les aberrations de la dernière réforme issue de la loi du 8 août 2016 et répondre aux critiques qui avaient pu se faire jour à l'égard du dispositif mis en place (1). Le second, certes conforme à la volonté affichée de « sécuriser » sinon la relation de travail au moins le droit applicable, vient préciser le périmètre dans lequel le reclassement du salarié inapte doit être recherché, confir-

mant au passage le mouvement de rapprochement de l'inaptitude d'origine professionnelle et d'origine non professionnelle (2).

1. Le recours contre l'avis du médecin du travail une nouvelle fois « revisité »

2 - Pour percevoir le sens de la réforme du recours contre les décisions du médecin du travail, il faut revenir à la lettre initiale de l'article L. 241-10-1 du Code du travail, devenu L. 4624-1 à l'occasion de la recodification. Le dernier alinéa du texte donnait compétence à l'inspecteur du travail pour traiter de la contestation d'un avis d'aptitude ou d'inaptitude par le salarié ou par l'employeur. Ce recours, que l'action combinée de la Cour de cassation et du Conseil d'État avait contribué à encadrer et à stabiliser, était parfois critiqué au motif que l'inspecteur n'avait pas les compétences techniques utiles à une décision sur l'aptitude.

A. - Le texte initial, son évolution et l'impact de la jurisprudence

3 - Avant la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, la contestation de l'avis d'(in)aptitude devait être portée devant l'inspecteur du travail qui prenait sa décision après avis du médecin-inspecteur régional du travail. Le Conseil d'État considérait que l'inspecteur du travail ne pouvait se contenter d'annuler l'avis mais devait prendre position sur

1. « Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé des travailleurs. Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. En cas de difficulté ou de désaccord, la décision est prise par l'inspecteur du travail après avis du médecin-inspecteur du travail ».

2. La dernière en date résultant de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

l'aptitude et les mesures associées³. La Cour de cassation avait, de son côté, donné son plein effet à l'article L. 4624-1 du Code du travail et aux textes réglementaires pris pour son application en considérant que, faute de ce recours, la décision du médecin s'imposait aux parties qui perdaient la possibilité de la discuter, le cas échéant par la voie d'une expertise demandée au juge⁴. Cette voie de recours avait été discutée comme ne respectant pas le principe du contradictoire puisque l'auteur du recours n'avait pas l'obligation d'informer l'autre partie. Pour répondre à l'objection, et après la loi n° 2011-867 du 20 juillet 2011, les textes réglementaires avaient été complétés pour organiser plus précisément les conditions de ce recours, puis le Conseil d'État avait imposé à l'inspecteur du travail de respecter le principe du contradictoire dans le cadre de la procédure d'instruction⁵. Enfin, la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 avait modifié l'article L. 4624-1 du Code du travail pour contraindre l'auteur du recours à informer l'autre partie. La situation pouvait ainsi paraître stabilisée et, pour employer un mot très à la mode en ce temps de réforme, « sécurisée ».

4 - La loi du 8 août 2016 avait pour le moins bousculé l'équilibre ainsi obtenu, ajoutant au Code du travail un article L. 4624-7 aux termes duquel la partie qui contestait « les éléments de nature médicale justifiant les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail » saisissait la formation de référé du conseil de prud'hommes pour demander la désignation d'un médecin-expert près la cour d'appel, la juridiction prud'homale étant par ailleurs admise à charger le médecin-inspecteur régional du travail d'une « consultation relative à la contestation ». Étaient alors visées les interventions du médecin du travail en application des articles L. 4624-2 (suivi individuel renforcé en présence de risque particulier), L. 4624-3 (proposition de mesures individuelles) et L. 4624-4 (avis d'aptitude).

Les premiers contentieux portant sur la question ont rapidement laissé apparaître que la formule choisie, incomprise notamment par les juridictions compétentes, conduisait à des impasses. On aurait donc pu imaginer que, profitant de la réforme du Code du travail, une ordonnance opérerait soit pour la solution préconisée par le rapport du groupe de travail « Aptitude et médecine du travail » en faveur d'un recours à un collège de médecins soit pour un retour pur et simple à la solution antérieure, de très loin la plus simple pour les parties concernées. C'est pourtant un choix différent qui a été opéré.

B. - Le texte nouveau

5 - Dans sa rédaction issue de la réforme de l'automne 2017, l'article L. 4624-7 dispose que le salarié ou l'employeur peut saisir le conseil de prud'hommes en la forme des référés d'une contestation portant « sur les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail reposant sur des éléments de nature médicale en application des articles L. 4624-2, L. 4624-3 et L. 4624-4 ». On aura remarqué le changement de formulation qui n'est pas, selon moi, sans effets. La « contestation » ne porte plus d'abord sur les « éléments de nature médicale » mais sur les avis, propositions et conclusions ou indications du médecin du travail. Certes les « éléments de nature médicale » n'ont pas disparu du texte et cela est parfaitement légitime, la décision d'aptitude étant le produit d'une comparaison entre un état de santé et la configuration du poste de travail du salarié. Mais ils ne sont plus présentés comme l'objet cen-

tral, voire unique, de la demande. Pour le dire autrement, les avis et conclusions du médecin sont à considérer dans leur plénitude, c'est-à-dire que l'objet du contentieux recouvre, selon moi, très clairement l'ensemble des données exprimées aux articles L. 4624-2, L. 4624-3 et L. 4624-4 du Code du travail. On reste curieux de connaître l'avis de ceux qui souhaitaient l'exclusion de l'inspecteur du travail au nom de son absence de compétence médicale : considèreront-ils que le juge prud'homal est plus compétent ? Car à lire le texte, le juge fera ce que l'inspecteur du travail faisait autrefois. L'indication qu'il pourra confier toute mesure d'instruction au médecin-inspecteur du travail compétent le confirme tout comme le fait que la décision du conseil de prud'hommes se substituera aux avis, propositions, conclusions écrites ou indications contestés.

6 - Deux autres nouveautés méritent d'être signalées. La première vient de l'être et concerne la disparition du recours à l'expert envisagé par la loi du 8 août 2016 et son remplacement par la possibilité donnée au conseil de prud'hommes de confier toute mesure d'instruction au médecin-inspecteur du travail lequel pourra s'adjoindre le concours de tiers. On ne critiquera pas ici la suppression de ce qui était une stupidité dans la législation antérieure. On remarquera simplement qu'il ne s'agit dans le texte nouveau que d'une possibilité offerte au juge. Si l'on peut penser que la juridiction prud'homale pourra ainsi se rassurer, rien ne permet d'anticiper l'usage qu'elle fera de cette opportunité. La seconde est qu'« à la demande de l'employeur, les éléments médicaux ayant fondé les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail peuvent être notifiés au médecin que l'employeur mandate à cet effet ». On se souvient que la question s'était très rapidement posée, sous l'empire de la loi du 8 août 2016, du respect du secret médical. Tout laisse à penser que les auteurs de l'ordonnance sont allés chercher un instrument de conciliation du principe du contradictoire et du secret médical du côté des règles du contentieux de la sécurité sociale. C'est ainsi que l'article L. 141-2-2 du Code de la sécurité sociale dispose depuis la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 d'une part que le médecin-conseil du contrôle médical transmet au médecin-expert désigné par la juridiction de sécurité sociale les « éléments médicaux » sans que le secret médical puisse lui être opposé, et d'autre part qu'« à la demande de l'employeur, ces éléments sont notifiés au médecin qu'il mandate à cet effet. La victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle est informée de cette notification ».

7 - Enfin, la règle relative à la prise en charge des honoraires et frais liés à la mesure d'instruction n'est pas modifiée par l'ordonnance. Le IV de l'article L. 4624-7 dispose toujours qu'ils sont mis à la charge de la partie perdante (selon un tarif à venir), à moins que le conseil de prud'hommes, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge de l'autre partie. On suppose qu'il s'agit là de la rémunération des tiers éventuellement consultés car le médecin inspecteur du travail étant nommé en sa qualité propre de contractuel de l'État ne devrait pas pouvoir recevoir des honoraires pour cette mission, pas plus qu'il ne recevait de rémunération spécifique lorsque l'inspecteur du travail lui demandait son avis dans le cadre d'un recours.

8 - L'autre apport de l'ordonnance du 22 septembre 2017 concerne la précision du périmètre dans lequel le reclassement du salarié inapte doit être recherché.

2. Le périmètre de la recherche de reclassement

9 - Dans leur rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, les articles L. 1226-2 (inaptitude consécutive à une maladie ou à un accident non professionnel) et L. 1226-10 (inaptitude d'origine professionnelle) du Code du travail étaient rédigés en termes similaires dont il faut rappeler ici la teneur : « Lorsque le salarié victime

3. CE, 27 sept. 2006, n° 275845 : *JurisData* n° 2006-070757 ; *Dr. soc.* 2006, p. 1117, obs. J. Savatier.

4. *Cass. soc.*, 13 avr. 2016, n° 15-10.400 : *JurisData* n° 2016-006994 ; *JCP S* 2016, 1196, note P.-Y. Verkindt. L'avis du médecin s'imposait de la même manière au juge.

5. CE, 21 janv. 2015, n° 365124 : *JurisData* n° 2015-000650 ; *RDT* 2015, p. 100, concl. G. Dumortier.

d'une maladie ou d'un accident professionnel [ou non professionnel] est déclaré inapte par le médecin du travail, en application de l'article L. 4624-4, à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. Cette proposition prend en compte, après avis des délégués du personnel lorsqu'ils existent, les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur les capacités du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise. Le médecin du travail formule également des indications sur l'aptitude du salarié à bénéficier d'une formation le préparant à occuper un poste adapté. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail ».

La formulation des articles L. 1226-2 et L. 1226-10 dans leurs rédactions antérieures à la loi du 8 août 2016 n'était guère différente, sauf que l'avis des délégués du personnel n'était exigé qu'en présence d'une inaptitude d'origine professionnelle.

10 - Sur le fondement, notamment, de ces textes, la Cour de cassation avait été amenée à dégager à la charge de l'employeur, et ce depuis longtemps, une obligation de rechercher le reclassement qu'elle avait progressivement durci⁶. Sans doute avait-on pu relever ces derniers mois, moins, selon moi, un relâchement de l'obligation, qu'un souci de réalisme et de pragmatisme admettant que le juge du fond puisse tenir compte dans son appréciation (souveraine) du respect par l'employeur de son obligation, de la volonté du salarié fut elle implicite⁷. Néanmoins, la recherche de reclassement devait s'opérer, selon la Cour de cassation, sur la base des propositions du médecin du travail non seulement dans l'entreprise mais encore dans le groupe auquel

l'entreprise appartenait⁸. Or, le juge paraissait enclin à donner du « groupe de reclassement » une définition plus extensive que celle du groupe au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail pour le comité de groupe. En témoigne tout particulièrement une décision, certes isolée mais publiée, du 24 juin 2009⁹.

11 - L'ordonnance n° 2017-1387 ajoute à la fin du premier paragraphe des articles L. 1226-2 et L. 1226-10 une disposition doublement restrictive : « au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel elle appartient le cas échéant, situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel. Le groupe est défini conformément au I de l'article L. 2331-1 ». On aura reconnu la formule de la Cour de cassation rappelant que la recherche de reclassement devait se faire dans les entreprises dont « l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel » mais l'on aura aussi noté que les entreprises membres du groupe auprès desquelles la recherche devait être opérée devaient être « situées sur le territoire national ». Il est peut-être possible d'y voir un écho des arrêts rendus le 23 novembre 2016¹⁰ et surtout que le groupe de reclassement ne peut être qu'un groupe au sens du comité de groupe¹¹.

12 - Même si l'on peut regretter l'exclusion de l'inspecteur du travail de la procédure de recours en matière d'inaptitude médicale ainsi que l'année perdue par l'effet d'une modification législative plus qu'hasardeuse en 2016, il est permis de considérer que la réintroduction dans le processus du médecin-inspecteur du travail constitue une garantie non négligeable (sur ce point, le ministère a annoncé en avril 2017 le recrutement de 28 médecins-inspecteurs) et surtout un signe intéressant que les pouvoirs publics garderont un œil sur cette question cruciale dans la recherche d'une conciliation de la préservation de l'emploi et de la protection de la santé.

Par ailleurs, si la question du périmètre de reclassement sort « clarifiée » de la réforme, il me semble que le dernier état de la jurisprudence faisait preuve d'un pragmatisme et d'un réalisme suffisants pour permettre de sanctionner les employeurs défaillants sans pour autant pénaliser ceux qui se souciaient loyalement du devenir des salariés atteints par la maladie ou l'accident. Ce souci d'équilibre aurait sans doute mérité d'être mieux reconnu et respecté.

MOTS-CLÉS : Inaptitude - Réforme - Ordonnances Travail

TEXTES : Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, art. 7 et 8

JURISCLASSEUR : Travail Traité, fasc. 28-20, par Emeric Jeansen

6. Encore récemment, *Cass. soc.*, 6 juill. 2017, n° 16-17.362 : selon lequel : « si les réponses apportées par le médecin du travail postérieurement au constat d'inaptitude, sur les possibilités éventuelles de reclassement du salarié déclaré inapte, concourent à la justification par l'employeur de l'impossibilité de remplir cette obligation, elles ne dispensent pas cet employeur de toute recherche de reclassement ».

7. *Cass. soc.*, 23 nov. 2016, n° 15-18.092 : *JurisData* n° 2016-024699 ; *JCP S* 2017, 1004, note M. Babin : « il appartient à l'employeur, qui peut tenir compte de la position prise par le salarié déclaré inapte, de justifier qu'il n'a pu, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de poste de travail ou aménagement du temps de travail, le reclasser dans un emploi approprié à ses capacités au terme d'une recherche sérieuse, effectuée au sein de l'entreprise et des entreprises dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation permettent, en raison des relations qui existent entre elles, d'y effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (...) ». – Pour une confirmation récente, *Cass. soc.*, 6 juill. 2017, n° 16-10.539 : « il appartient à l'employeur, qui peut tenir compte de la position prise par le salarié déclaré inapte, de justifier qu'il n'a pu, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de poste de travail ou aménagement du temps de travail, le reclasser dans un emploi approprié à ses capacités au terme d'une recherche sérieuse, effectuée au sein de l'entreprise et des entreprises dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation permettent, en raison des relations qui existent entre elles, d'y effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ; (...) attendu qu'ayant constaté que le salarié étant déclaré inapte à la navigation, l'employeur lui avait adressé quatorze propositions de poste à terre, accompagnées du descriptif détaillé des postes, les recherches de l'employeur s'étant étendues, en l'absence de poste dans ses bureaux, aux filiales du groupe Bourbon et que l'employeur produisait aux débats le registre d'entrée et sortie de son personnel ainsi que celui des sociétés du groupe, la cour d'appel a souverainement retenu que l'employeur avait procédé à une recherche sérieuse de reclassement ».

8. *Cass. soc.*, 28 juin 2017, n° 16-10.052 : « Attendu qu'ayant relevé que les registres uniques du personnel des filiales du groupe Lacroix permettaient de constater qu'au moment du licenciement la société Les Cars de la butte ne disposait pas d'emploi de type administratif vacant, la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a souverainement retenu, sans dénaturer les documents de la cause relatifs à d'autres postes, que l'employeur avait procédé à une recherche sérieuse de reclassement conforme aux préconisations du médecin du travail ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ».

9. *Cass. soc.*, 24 juin 2009, n° 07-45.656 : *Bull. civ. V*, n° 163.

10. V. note 7.

11. *C. trav.*, art. L. 2331-1 aux termes duquel constitue un groupe, le « groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce ».

Annexe

Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 7 et 8 : JO 23 sept. 2017

(...)

Article 7

La section 2 du chapitre IV du titre II de la première partie du Code du travail est ainsi modifiée :

1° Le premier alinéa de l'article L. 1226-2 est complété par les mots suivants : « , au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel elle appartient le cas échéant, situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

« Pour l'application du présent article, le groupe est défini conformément au I de l'article L. 2331-1 » ;

2° L'article L. 1226-10 est ainsi modifié :

a) Le premier alinéa est complété par les mots suivants : « , au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel elle appartient le cas échéant, situées sur le territoire national et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel » ;

b) Il est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Pour l'application du présent article, le groupe est défini, lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément au I de l'article L. 2331-1 et, dans le cas contraire, comme constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français. »

Article 8

À la sous-section 2 du chapitre IV du titre II du livre IV de la partie IV du code du travail, l'article L. 4624-7 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 4624-7.-I.- Le salarié ou l'employeur peut saisir le conseil de prud'hommes en la forme des référés d'une contestation portant sur les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail reposant sur des éléments de nature médicale en application des articles L. 4624-2, L. 4624-3 et L. 4624-4. Le médecin du travail, informé de la contestation, n'est pas partie au litige.

« II.- Le conseil de prud'hommes peut confier toute mesure d'instruction au médecin-inspecteur du travail territorialement compétent pour l'éclairer sur les questions de fait relevant de sa compétence. Celui-ci, peut, le cas échéant, s'adjoindre le concours de tiers. À la demande de l'employeur, les éléments médicaux ayant fondé les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail peuvent être notifiés au médecin que l'employeur mandate à cet effet. Le salarié est informé de cette notification.

« III.- La décision du conseil de prud'hommes se substitue aux avis, propositions, conclusions écrites ou indications contestés.

« IV.- Les honoraires et frais liés à la mesure d'instruction sont mis à la charge de la partie perdante, à moins que le conseil de prud'hommes, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge de l'autre partie. Ils sont réglés d'après le tarif fixé par un arrêté conjoint du ministre du travail et du ministre du budget.

« V.- Les conditions et les modalités d'application du présent article sont définies par décret en Conseil d'État. »