

Quel est le devenir de la faute inexcusable face à une suppression de l'avis d'aptitude à l'embauche, dans le contexte d'une évolution de la santé au travail à l'étude dans le cadre du choc de simplification ?

Que deviendrait la faute inexcusable sans aptitude à l'embauche ?

Sophie Fantoni Quinton, Professeur de médecine du travail, Docteur en droit, Centre Droit et Perspectives du Droit, EA4487, Université Nord de France

1. Cf. le document de travail préparé par la Direction générale du travail et présenté au COCT le 28 janvier 2014 pour servir de base à un bilan de la réforme de « l'organisation de la médecine du travail », issue de la loi du 20 juillet 2011.

2. S. Fantoni-Quinton, *La médecine du travail peut-elle exister sans aptitude ?* Dr. soc 2013, n° 12, 1023-1031.

3. Par satellites, il faut entendre l'aptitude avec réserves, l'aptitude partielle, l'aptitude temporaire, l'aptitude définitive...

4. Cf. rapp.

H. Gosselin pour le ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, « Aptitude et inaptitude médicale au travail : diagnostic et perspectives », janv. 2007, p. 87.

5. Cf. rapp. H. Gosselin op. cit., p. 32.

6. Cf. C. santé publ., art. L. 1111-4 : « 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 ».

7. Les postes de sécurité qui, de l'avis de tous, doivent faire l'objet d'un contrôle spécifique.

8. P. Darvezies, *Aptitude, inaptitude, reclassement entre droit du travail et déontologie médicale*, Médecine et Travail, 2000, n° 83, p. 38-41

Les polémiques autour des concepts d'aptitude, d'aptitude avec réserve ou d'inaptitude restent nombreuses, d'autant que ces décisions, de la compétence exclusive du médecin du travail, continuent d'engendrer un contentieux important sans pour autant atteindre les objectifs affichés de protection de la santé du salarié.

Dans le contexte d'un espacement de plus en plus important des visites médicales¹, la pertinence scientifique, médicale et juridique de ces décisions qui viennent conclure les visites médicales est largement posée². Interrogée à plusieurs reprises dans différents rapports et à l'occasion de la dernière réforme de la santé au travail, la notion d'aptitude et ses satellites³, est loin de faire l'unanimité d'autant plus qu'elle entre en contradiction avec les obligations déontologiques et le cœur de mission du médecin du travail, et parfois en contradiction avec le droit au travail des salariés. La question de sa suppression est aujourd'hui sérieusement posée. Mais si les propositions de réforme les plus audacieuses considèrent que le concept d'aptitude peut et doit être largement remis en question, en revanche, certains auteurs marquent une réserve en ce qui concerne la visite d'embauche⁴. L'argument, notamment avancé par M. Gosselin⁵, est celui de la nécessaire détection d'« incompatibilités manifestes » entre un poste et un état de santé au moins à la prise de poste. À bien réfléchir cependant, la notion d'aptitude à l'embauche, ainsi plébiscitée, puise ses racines dans des logiques assurantielles et médico légales. Elle nous semble se situer dans la continuité d'un système ancré dans l'idéologie de la sélection ou tout au moins dans une logique économique, antinomique avec le principe de libre arbitre concernant sa santé affirmé par la loi⁶ pour tout citoyen et avec la mission préventive de la santé au travail.

Notre hypothèse est qu'un système de santé au travail, pour être pleinement efficace dans toutes ses missions de prévention, mais uniquement dans cette mission, doit proscrire, dans le cadre d'un suivi de santé réaffirmé, les avis d'aptitude avec ou sans réserve qui ne seraient pas consentis par le salarié. Une telle approche, pour iconoclaste qu'elle paraisse de prime abord, pourrait s'inscrire par ailleurs dans le souci de simplification du droit et de réduction du contentieux en la matière. En dehors de cas très particuliers comme les postes de sécurité pour lesquels la sécurité de tiers serait en jeu⁷ ou encore dans le cas de salariés dangereux pour autrui ou eux mêmes pour de strictes raisons médicales, par exemple psychiatriques, les avis d'aptitude, d'inaptitude, les préconisations faites à l'employeur sans que le salarié les accepte nous paraissent incompatibles avec le métier de médecin du travail⁸.

C'est au prix de l'abandon du caractère unilatéral de ces décisions que les médecins du travail occuperont parfaitement le rôle premier que leur attribuent les textes nationaux et internationaux, celui de préserver la santé des salariés tout en continuant d'assumer leur fonction de conseiller.

On imagine aisément l'objection selon laquelle le libre arbitre des salariés concernant leur santé au travail pourrait néanmoins entrer en conflit avec les intérêts de l'entreprise, laquelle serait au surplus dans l'obligation d'en supporter les conséquences, notamment financières. Car se poserait immédiatement la question de l'assomption de la dette de réparation d'une lésion professionnelle survenant dans ce nouveau cadre juridique. Cette question est de nature à constituer un point de blocage pour envisager sereinement l'évolution du système de santé au travail dans le contexte juridique tendu de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur concernant la santé et la sécurité de ses salariés. Qui, en effet, devrait répa-

rer la lésion accidentelle ou non survenue en tout ou partie à cause du silence du salarié sur son état de santé au moment de l'embauche ? Si cette lésion doit continuer à bénéficier de la réparation forfaitaire prévue par les textes, qu'en est-il d'une éventuelle réparation complémentaire en cas de faute inexcusable de l'employeur quand il ignorait tout de l'état de santé réel du salarié qui a préféré taire sa situation réelle pour préserver son emploi ?

Il nous semble important de délimiter un point d'équilibre entre le libre choix du salarié concernant sa santé et la responsabilité de l'employeur.

Pour envisager une nécessaire évolution, il faut réexaminer les fondements de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur de laquelle peut émerger la reconnaissance d'une faute inexcusable et ses connexions supposées ou réelles à la notion d'aptitude médicale. En regard, il faut admettre que le libre arbitre du salarié concernant sa santé ne peut être dissocié d'une part de responsabilité pour celui qui en dispose.

LES CONTOURS D'UN LIBRE CHOIX DU SALARIÉ CONCERNANT SA SANTÉ

► Des textes de large portée

Le libre choix du salarié repose sur le droit qu'a tout citoyen au respect de sa dignité imposant de le considérer comme un interlocuteur à part entière susceptible de partager une information et de s'en servir pour consentir à l'acte qui est envisagé. Il repose sur les règles régissant l'exercice de tout docteur en médecine inscrites dans le Code de santé publique.

L'article L. 1111-4 du Code de santé publique pose ainsi le principe de la codécision en matière de santé : « 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. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. [...] Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. »

Le libre choix concernant sa santé repose donc sur des textes de large portée mais il est notable qu'il ne soit ni prohibé ni imposé, ni même évoqué dans le Code du travail. Cela conduit les médecins du travail à adopter des positions très diversifiées et en définitive peu lisibles par leurs interlocuteurs : certains d'entre eux pratiquent le consentement éclairé, d'autres se comportent en médecins contrôleurs et toutes les nuances du spectre doivent sans doute être repérées sans compter qu'un même médecin ne procède sans doute pas toujours de la même manière. Il arrive ainsi, que le médecin alterne ces postures en fonction des situations qu'il rencontre, sans que le salarié, qui n'a pas le libre choix du médecin du travail, ne sache réellement à qui il a affaire.

► Un choix d'optimisation

Ce libre choix, quand il est laissé au salarié, est le fruit d'un choix d'optimisation⁹ par le salarié, respectable quand il ne s'agit que de sa santé. Il faut comprendre que notre système de droit n'autorise pas son entrave, sauf dans certains cas limitativement délimités mais des conditions strictes encadrent alors les atteintes à la liberté individuelle que certaines mesures entraînent. Ainsi, en santé publique, pour empêcher, éliminer, ou atténuer un problème important pour toute la population, certaines mesures susceptibles d'entraver l'autodétermination des individus peuvent être nécessaires. C'est le cas par exemple pour les vaccinations obligatoires. C'est le cas aussi, si l'intérêt du malade ou des tiers l'emporte sur la nécessité de son assentiment¹⁰. De même, certains patients toxicomanes peuvent-ils se voir imposer par le procureur de la République¹¹ ou par le juge¹² de suivre une cure de désintoxication.

Dans la mesure où des comportements individuels peuvent avoir des conséquences pour des tiers, une intervention médicale peut être justifiée sans le consentement. Il en est ainsi en matière de postes de travail qui engagerait la sécurité d'autres personnes que celle du salarié. Dans ces cas là, le libre choix doit être empêché au profit de la sécurité des tiers. Encore faut-il clairement l'annoncer au salarié et l'inscrire dans le Code du travail pour éviter l'ambiguïté d'un médecin du travail tantôt préventeur tantôt contrôleur, et ainsi répondre aux exigences de la loi et du Conseil d'État en la matière¹³. Il en est également ainsi pour les salariés qui seraient dangereux pour autrui, non pas en raison du poste qu'ils occupent, mais du fait d'une pathologie psychiatrique par exemple. À l'exception de ces derniers cas ou des postes dits de sécurité, il faut mettre fin aux pratiques de protection du salarié malgré lui qui sont intimement liées à des préoccupations assurantielles et économiques, logiques impropres à l'exercice de la médecine de prévention telle qu'elle est délimitée en France depuis 1946.

► Une information adéquate

Le libre choix s'effectue par le salarié au regard de nombreux facteurs, et nous l'avons qualifié de choix « d'optimisation ». Il nécessite une information adéquate concernant les risques réels pour la santé que seul le médecin du travail, en ayant fait la synthèse des conditions de travail et des vulnérabilités particulières de la personne, ●●●

Pour être pleinement efficace dans toutes ses missions de prévention, un système de santé au travail doit proscrire, dans le cadre d'un suivi de santé réaffirmé, les avis d'aptitude avec ou sans réserve qui ne seraient pas consentis par le salarié

9. Le libre choix s'effectue par le salarié au regard des facteurs médicaux, économiques, sociaux, culturels et peut varier dans le temps, c'est ce que nous avons qualifié « d'optimisation ».

10. Ainsi la loi du 27 juin 1990 sur l'hospitalisation des malades mentaux permet dans certaines conditions de passer outre le consentement de la personne en souffrance psychologique : il s'agit de l'hospitalisation d'office ou sur la demande d'un tiers (cf. C. santé publ., art. L. 3212-1).
11. C. santé publ., art. L. 3423-1.
12. C. santé publ., art. L. 3424-1 et s.
13. CE, 1^{re} et 6^e sous-section réunies, 7 juin 2006, n° 279632, SNGF.

14. J.-M. Cordier, *L'avis médical : rôle du médecin du travail*, *Cahiers de médecine du travail*, vol. XXIII, n° 1, 1986, p. 9-14.

15. *Cass. soc.*, 28 févr. 2002, n° 00-10.051

16. *Cass. soc.*, 28 févr. 2006, n° 05-41.555.

17. *La Cour de cassation a jugé, à plusieurs reprises, qu'il appartient à l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat, d'assurer l'effectivité de la visite médicale d'embauche. En d'autres termes, il appartient à l'employeur de solliciter la médecine du travail afin que la visite médicale d'embauche intervienne dans le délai prévu par l'article R. 4624-10 du Code du travail, c'est-à-dire « au plus tard avant l'expiration de la période d'essai »* (*Cass. soc.*, 5 oct. 2010, n° 09-40.913 ; 17 oct. 2012, n° 10-14.248 pour l'absence de visite médicale d'embauche d'une employée de maison et *Cass. soc.*, 18 déc. 2013, n° 12-15454).

18. *Cass. soc.*, 20 mars 2013, n° 12-14.468.

19. *On pense ici à l'obligation qu'à l'employeur de procéder aux visites médicales mais aussi à son obligation de sanctionner les auteurs de harcèlement, etc.*

20. *Cf. p. ex. Cass. soc.*, 5 mars 2008, n° 06-45.888 ; *CA Paris*, pôle 6, 2^e ch., 13 déc. 2012, n° 10/00303.

21. *Rappelons en effet que depuis 1898, la Loi a instauré un système de réparation automatique mais forfaitaire des lésions professionnelles interdisant, à l'exception de cas particuliers, le recours selon le droit commun pour obtenir une réparation complémentaire. Une de ces exceptions est la caractérisation d'une faute inexcusable de l'employeur.*

22. *Cf. C. trav.*, art. L. 4121-1 et s. déjà évoqués précédemment.

23. P.-Y. Verkindt, *Les obligations de sécurité du chef d'entreprise : aspect de droit civil*, *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1286 suppl.

24. *On pense à un salarié qui aurait choisi ne pas transmettre des éléments concernant ses vulnérabilités* ○○○

●●● peut lui apporter. Même si le médecin du travail est aussi le conseiller de l'employeur concernant les conditions de travail individuelles ou collectives, prérogatives non remises en question dans ce propos, il faut admettre une asymétrie dans l'information au bénéfice du travailleur qui doit pouvoir recevoir à titre personnel des conseils et avis qui lui sont exclusivement destinés.

Soulignons que la généralisation du libre arbitre du salarié ne limiterait en rien, bien au contraire, le rôle du médecin du travail qui prescrirait un suivi de santé individualisé et ciblé et garderait la faculté mais non l'obligation, en dehors des postes de sécurité, de proposer des aménagements, des préconisations à titre collectif systématiquement et à titre individuel, avec le consentement du salarié.

Pour autant, cette liberté de choix ne peut être dissociée de la responsabilité de celui qui en use¹⁴ et il faut alors envisager l'équilibre acceptable entre le droit de savoir de l'employeur pour mettre en œuvre son obligation de sécurité de résultat et les droits du salarié. En raisonnant dans le cadre juridique actuel et sans révolutionner le système, il semble que la clé consiste à explorer la faute inexcusable dans toute son acception actuelle sans pour autant la dévoyer.

LA FAUTE INEXCUSABLE RECENTRÉE

L'obligation de sécurité impose un résultat à l'employeur, à savoir la protection effective de la santé et de la sécurité des travailleurs. Après avoir eu un ancrage contractuel¹⁵, la jurisprudence fonde aujourd'hui l'obligation de sécurité sur l'article L. 4121-1 du Code du travail selon lequel « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.* [...] ». La jurisprudence sociale interprète aujourd'hui cette obligation à la lumière de la directive CE n° 89/391 du 12 juin 1989 et considère que « *l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité* »¹⁶.

► Une obligation de préserver de façon effective la santé tout au long de la vie professionnelle

L'obligation générale de prévention prévue par le Code du travail a progressivement muté et se prolonge en une obligation de préserver de façon effective la santé de chacun des salariés tout au long de leur vie professionnelle. Cela se traduit de multiples façons. L'employeur a ainsi la charge de mettre en œuvre les visites médicales obligatoires¹⁷, et de suivre scrupuleusement les préconisations du médecin du travail¹⁸. Cela se traduit encore par le renforcement des obligations réglementaires dans ce domaine¹⁹, l'interdiction de prendre des mesures, notamment organisation-

nelles, qui seraient de nature à compromettre la sécurité et/ou la santé physique et mentale de ses salariés²⁰, mais surtout, par l'obligation de réparation complémentaire d'éventuelles pathologies professionnelles. S'il s'agit d'une lésion professionnelle en effet, la responsabilité civile de l'employeur sera recherchée par la victime, notamment sur le terrain de la faute inexcusable, afin d'obtenir devant le Tribunal des affaires de la Sécurité sociale la réparation des préjudices non indemnisés dans le cadre de la législation ATMP²¹.

Quand il s'agit de réparer un préjudice de santé qui bénéficie de la présomption d'origine sans connaître, ni pouvoir agir sur ce qui ne relève pas de la vie professionnelle, ne pas savoir devient intolérable pour l'employeur qui doit payer les conséquences des aléas de santé au delà du forfait initialement prévu, dès lors qu'il a ou aurait du avoir conscience du danger. C'est en cela que la suppression de l'avis d'aptitude, y compris à l'embauche, pourrait heurter les employeurs qui estiment ne pas alors pouvoir avoir conscience de dangers particuliers. Il est pourtant important de préciser que si l'employeur doit effectivement tenir compte des dangers particuliers (comme de vulnérabilités de santé ayant motivé des préconisations de la part du médecin du travail) les juges contrôlent en premier lieu que l'employeur a bien pris toutes les dispositions générales adéquates pour préserver la santé et la sécurité de ses salariés²².

► Les deux dimensions de l'obligation de sécurité de résultat

Il nous semble que le débat doit donc être ici replacé sur le terrain des contours de l'obligation de sécurité de résultat. Cette obligation suppose deux dimensions pour ce qui concerne les obligations de l'employeur et la Cour de cassation ne s'y trompe pas : elle vérifie que les mesures adaptées ont été prises par l'employeur, tant en ce qui concerne les mesures génériques que particulières, y compris compte tenu des vulnérabilités spécifiques du salarié face à son poste de travail. Cette dernière précision suppose cependant la conscience du danger qu'en a ou qu'aurait dû en avoir l'employeur et sa responsabilité est retenue dès lors qu'il n'a pas enrayé ce danger. Il a en ce domaine un devoir d'agir²³. De ce point de vue et quelle que soit la question de la suppression ou du maintien de l'aptitude, l'obligation de sécurité de résultat aura toujours le même poids, à savoir prendre les mesures (adéquates) et non des mesures de prévention. Si le salarié dissimule à son employeur une susceptibilité particulière²⁴ qui le conduirait à courir un plus grand risque de pathologie (même en partie imputable au travail), il bénéficiera naturellement de la présomption d'origine. Mais dans ce cas, la mobilisation de la faute inexcusable serait plus discutable en raison de l'impossibilité pour l'employeur d'avoir

La faute inexcusable sans aptitude à l'embauche

conscience de ce danger particulier, à condition que toutes les mesures de prévention habituelles aient été prises²⁵. L'obligation de sécurité de résultat n'a pas à être modifiée même si l'employeur n'est pas averti d'un danger spécifique concernant un salarié en particulier (préconisation ou restriction du médecin du travail). En revanche, en cas de signalement du médecin du travail concernant un risque pour la santé individuelle²⁶ et ou collective²⁷ des salariés, l'employeur doit redoubler de vigilance. Mais la faute inexcusable ne serait pas retenue en cas d'ignorance d'une susceptibilité particulière, dès lors que les précautions générales ont été prises de façon correcte, en respectant les règles de prévention du Code du travail reposant sur la prévention et l'évaluation des risques professionnels. Autrement dit il y aura toujours une double lecture de la part des juges : ils vérifieront d'abord que toutes les mesures de prévention collectives et individuelles ont été correctement mises en œuvre ; ensuite, s'il existait un danger particulier dont l'employeur aurait du avoir conscience. Cette voie a d'ailleurs déjà été empruntée par la Haute juridiction²⁸.

► La réparation intégrale des victimes du travail

Face à la suppression de l'avis d'aptitude à l'embauche, l'employeur pourrait être tenté d'une part, par une visite médicale de sélection et d'autre part, par une expertise médicale en cas de survenue d'une lésion pour écarter la présomption d'origine professionnelle. Si la prohibition d'une visite de sélection paraît être aisée, en revanche, la multi-

plication des expertises pourrait accroître le contentieux. Il nous semble qu'en l'état actuel du droit et dans un souci de simplification et d'équité, cette évolution pose plus de difficultés qu'elle n'en résoudra.

C'est pourquoi, il faut peut être envisager, dans un souci de simplification du droit, qu'une réparation intégrale soit enfin accordée aux victimes du travail sans tenir compte de la part d'information qu'il a préféré garder pour lui (pour éviter les expertises fastidieuses et souvent peu contributives sur l'imputabilité au moins partielle au travail). Une mutualisation de ces coûts au delà du forfait devrait être alors envisagée et imputée à un fond commun alimenté majoritairement par les employeurs mais également par les salariés. Cela permettrait une simplification définitive, garante d'un moindre contentieux autour des questions de santé au travail, sans diminuer les obligations de chacun ni réduire le droit du salarié à préserver sa vie privée ni sa protection en cas d'aléas de santé.

Il serait ainsi préférable de conserver à l'obligation de sécurité de résultat toute son essence en imposant et contrôlant que l'employeur a mis en œuvre de façon structurée, méthodique et traçable une politique de prévention adéquate, sans lui imputer totalement une réparation complémentaire s'il n'avait pas conscience d'un danger particulier, ici une vulnérabilité du salarié que ce dernier aura préféré taire. ■

Je remercie M. Paul Frimat pour son aimable relecture.

○○○ de santé particulières qui auraient donné à l'employeur l'opportunité d'aménager son poste, ne voulant pas courir le risque d'une perte d'emploi.

25. Il semble que le compromis historique de 1898 refasse ici surface puisque la responsabilité automatique mais sans faute de l'employeur concernant la réparation des dommages est au centre du dispositif. Il est entendu depuis cette date que si une lésion accidentelle ou non survient dans certaines conditions encadrées, une présomption d'origine professionnelle s'applique. Le salarié a alors droit à une réparation forfaitaire dont il peut espérer une réparation complémentaire s'il démontre la faute inexcusable de son employeur, à savoir la conscience qu'il avait d'un danger sans rien avoir fait pour l'en protéger.

26. C. trav., art. L. 4624-1.

27. C. trav., art. L. 4624-3.

28. Cass. 2^e civ., 24 janv. 2013, n° 11-27.073.

FOIRE AUX LIVRES

Le groupe Wolters Kluwer (Lamy, Liaisons sociales) organise le 20 novembre dans ses locaux de Rueil-Malmaison une foire aux livres à destination des étudiants de Master 1 et 2 en Droit social et Ressources humaines.

Une multitude d'ouvrages et de revues leur seront **OFFERTS GRACIEUSEMENT** par les équipes de rédaction présentes (Semaine sociale Lamy, Jurisprudence sociale Lamy, Liaisons sociales Quotidien, Liaisons sociales Magazine, Social Pratique, Entreprise & Carrières, Lamy Santé et Sécurité, Les Cahiers Lamy du CE).

Cet **ÉVÈNEMENT CONVIVIAL** sera aussi l'occasion pour eux de s'entretenir de façon informelle avec de très nombreux professionnels du secteur (avocats, magistrats, universitaires, directeur des Ressources Humaines) et ainsi échanger sur les métiers et les perspectives de carrière.

Tout au long de la soirée, des **ABONNEMENTS** aux revues, magazines, des entrées à des matinées débats, et des journées avec les rédactions de Liaisons sociales, seront à **GAGNER**.

Étudiants en Master 1 et 2 Droit du travail ou ressources humaines, venez nombreux !

Jeudi 20 novembre 2014, 17 h 00 – 20 h 00

Immeuble Le Corosa

1 rue Eugène et Armand Peugeot, 92 856 Rueil-Malmaison

RER A – station Rueil-Malmaison