

# Contestation des avis du médecin du travail : embûches d'une procédure mort-née et perspectives d'un droit nouveau

La procédure de contestation des avis d'inaptitude a subi de nombreux soubresauts, justifiant plusieurs interventions du législateur. L'analyse des décisions rendues sous l'empire de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 illustre les maux relevés par la pratique. Elle permet de mieux comprendre les changements engagés par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et d'anticiper les difficultés à venir.

Cons. prud'h. Paris, ord., départage, 22 juin 2017, n° 17/00475

Cons. prud'h. Paris, ord., départage, 22 juin 2017, n° 17/00570

Cons. prud'h. Paris, 8 mars 2017, n° 17/00187



Par Christophe Frouin  
Avocat au barreau de Paris, associé, FIDERE Avocats



Et Steven Rioche  
Juriste, FIDERE Avocats, doctorant à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

121v4

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a réformé en profondeur la procédure de contestation des avis du médecin du travail. Naguère confiée à l'inspecteur du travail et au médecin inspecteur du travail sous le contrôle du juge administratif, la question a été transférée au juge judiciaire à charge pour lui de désigner un médecin expert pour l'aider dans sa tâche (C. trav., art. L. 4624-7).

Les raisons de la réforme sont connues. D'une part, il était délicat pour l'inspection du travail qui ne dispose d'aucune compétence médicale de se prononcer sur l'aptitude des salariés sans se heurter à l'obstacle du secret médical. D'autre part, il était apparu inopportun de maintenir un îlot de compétence administrative sur une question – le contentieux de l'inaptitude – relevant de la compétence du juge judiciaire.

À peine adoptée, la nouvelle procédure a fait l'objet de vives critiques en pratique, ayant amené la Présidente du conseil de prud'hommes de Paris, Madame Dufour, à souligner son caractère « impraticable » (SSL, n° 1768, 9 mai 2017, p. 3).

L'opinion n'était pas différente en doctrine, le professeur Verkindt allant jusqu'à lui reprocher d'avoir été « bricolée et [d'être] dénuée de tout sérieux » au point même de constituer le « degré zéro de l'intelligence juridique » (« La santé du travailleur une nouvelle fois sous le feu des projecteurs », JCP S 2016, n° 1306).

À l'écoute de ces critiques, les pouvoirs publics ont tenté de corriger le tir en modifiant les règles à deux reprises par le décret n° 2016-1908 du 27 décembre 2016 et le décret n° 2017-1108 du 10 mai 2017. Las, les vices originels affectant la procédure étaient trop nombreux et importants pour permettre de « sauver un tel dispositif » (Antonmattei P.-H., Canut F., Chenu D., Derue A., Morand M., Neau-Leduc C., Vachet G., Verkindt P.-Y., « La réforme du constat et de la contestation de l'inaptitude en questions », SSL, n° 1772, 6 juin 2017, p. 9). Un an à peine après la réforme, le gouvernement a donc remis l'ouvrage sur le métier en modifiant une troisième fois les règles avec l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, art. 8).

Dès lors, les décisions de jurisprudence rendues sous l'empire du dispositif que l'on n'ose qualifier d'« éphémère » pourraient apparaître dépourvues d'intérêt. Cependant, il nous semble que leur analyse conserve une utilité dans la mesure où elles sont à l'origine d'une partie des ajustements opérés par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et permettent donc de mieux en comprendre le sens. Surtout, l'ordonnance procède à quelques corrections et non à une réforme d'ensemble. Cette nouvelle intervention des pouvoirs publics laisse malheureusement subsister plusieurs chausse-trappes mises en lumière par ces décisions qui gagnent donc à être connues.

## I. Une contestation impliquant un avis préalable du médecin du travail

D'aucuns pensaient que la recevabilité de l'action en contestation des avis du médecin du travail ne soulèverait aucune difficulté et que les conseils de prud'hommes accepteraient systématiquement de désigner un médecin expert. La lecture des premières décisions rendues démontre qu'il n'en est rien.

Le conseil de prud'hommes de Paris a ainsi déclaré irrecevable la quasi-totalité des demandes qui lui avaient été soumises au 23 juin 2017.

En s'appuyant sur la lettre de l'article L. 4624-7 du texte qui disposait que le « salarié ou l'employeur qui conteste les éléments de nature médicale justifiant les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail [...] peut saisir le conseil de prud'hommes d'une demande de désignation d'un médecin-expert inscrit sur la liste des experts près la cour d'appel », il a ainsi jugé qu'il n'était pas possible de contester devant lui :

- un refus d'avis du médecin du travail, ce qui interdisait au salarié de remettre en cause le choix du médecin du travail de « différer « en l'état » la décision d'aptitude ou d'inaptitude » (Cons. prud'h. Paris, ord., 20 févr. 2017, n° 17/00075) et empêchait l'employeur de critiquer le refus de délivrance d'un avis d'inaptitude du médecin du travail (Cons. prud'h. Paris, ord., 12 avr. 2017, n° 17/00388) ;

- la régularité de la procédure d'inaptitude et tout particulièrement l'absence de l'étude de poste préalable exigée par l'article R. 4624-42 du Code du travail (Cons. prud'h. Paris, ord., 22 juin 2017, n° 17/00475) ;

- l'origine professionnelle ou non de l'inaptitude et par voie de conséquence le régime du licenciement éventuel (Cons. prud'h. Paris, ord., 31 mars 2017, n° 17/00135) ;

- un détournement de procédure par le médecin du travail consistant à qualifier d'inaptitude l'incompatibilité relationnelle entre un salarié et son manager. Pour le conseil de prud'hommes de Paris, cette difficulté ne relève pas du domaine médical (Cons. prud'h. Paris, ord., 8 mars 2017, n° 17/00187).

La question de la recevabilité de l'action devrait être (un peu) clarifiée avec l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Dans un renversement de la formulation de l'article L. 4624-7 du Code du travail, elle prévoit que la contestation ne devra plus porter sur les éléments de nature médicale qui soutiennent les avis du médecin du travail, ce qui autorisait le juge prud'homal à exercer un filtre, mais concernera directement les avis du médecin du travail reposant sur des éléments de nature médicale.

On peut regretter que le nouveau texte continue à faire référence à des éléments de nature médicale car cela donne prise au maintien d'un examen de la recevabilité. Or, il arrive qu'un avis ou une proposition du médecin du travail soient contestés au motif qu'ils ne sont pas justifiés par des considérations médicales (cf. ci-dessus l'incompatibilité relationnelle). Quelle sera la procédure applicable dans cette hypothèse ? Certains estiment qu'une contestation d'ensemble sera possible lorsque l'avis contiendra à la fois des éléments de nature médicale et de nature non médicale (v. not. Verkindt P.-Y., « La question de l'inaptitude médicale dans l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 », JCP S 2017, 1310, spéc. n° 5).

## II. La ronde des médecins

### Le médecin du travail : médecin spectateur

Dans la mesure où la contestation porte sur ses avis, propositions et préconisations, la tentation était grande d'attirer le médecin du travail à la procédure. Certaines juridictions le firent lors des premiers contentieux ce qui donna lieu à un courrier de la Direction générale du travail du 3 février 2017 avant que le décret n° 2017-1108 du 10 mai 2017 précise expressément que le médecin du travail n'est pas partie au litige mais devait simplement en être informé (C. trav., art. R. 4624-45, al. 4). Ce principe est intégré à la partie législative du

Code du travail par l'ordonnance du 22 septembre 2017 (futur article L. 4624-7, I).

### Médecin expert vs médecin inspecteur du travail : médecins acteurs

Par une rédaction alambiquée, la loi du 8 août 2016 a confié la compétence principale à un médecin expert tout en conservant une compétence résiduelle au médecin inspecteur du travail (C. trav., art. L. 4624-7, III).

Au médecin expert revenait la charge d'analyser la pertinence des éléments de nature médicale justifiant les avis du médecin du travail mais le conseil de prud'hommes pouvait décider en référé ou au fond (la loi ne disait pas à quel moment, ni dans le cadre de quelle procédure !) de confier en plus au médecin inspecteur une consultation technique au sens où l'entendent les articles 256 à 258 du Code de procédure civile, c'est-à-dire élaborée sur dossier, sans examen physique du salarié...

Cette double intervention a généré des confusions et des doublons.

Partant, peut-être, de l'idée d'une plus grande compétence en matière de santé au travail, certains juges ont confié au médecin inspecteur du travail la mission principale tout en nommant un médecin expert à titre subsidiaire (Cons. prud'h. Lorient, ord., 22 févr. 2017, n° 17/00004), ce qui était contraire à l'esprit du texte. L'objet de l'article R. 4624-25-2 du Code du travail, issu du décret n° 2017-1108 du 10 mai 2017 fut de condamner cette pratique (« La formation de référé ou le bureau de jugement ne peut charger le médecin inspecteur du travail d'une consultation qu'après avoir désigné un médecin expert en application du I de l'article L. 4624-7 »). D'autres juridictions se sont affranchies des dispositions du Code de procédure civile relatives à la consultation technique en autorisant le médecin inspecteur à procéder à un examen médical du salarié (Cons. prud'h. Lorient, ord., 7 juin 2017, n° 17/00018). D'autres, enfin, lui ont donné une mission identique à celle confiée au médecin expert (Cons. prud'h. Lorient, ord., 7 juin 2017, préc.), ce qui était sans doute le meilleur moyen pour le Conseil de prud'hommes d'être absolument certain de l'(in)aptitude du salarié si les avis convergeaient mais qui l'exposait à ne plus rien y comprendre si les avis divergeaient.

À la lecture des premières jurisprudences, les missions des deux médecins ont été assez redondantes voire concurrentes plutôt que complémentaires comme cela avait été souhaité initialement.

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 remédie à cette difficulté en donnant la compétence exclusive au médecin inspecteur du travail qui pourra se voir « confier toute mesure d'instruction » éclairant le conseil de prud'hommes sur les questions de fait relevant de sa compétence. Dans sa tâche, il pourra, le cas échéant, s'adjoindre le concours de tiers (futur article L. 4624-7, II).

### Le médecin traitant : médecin extérieur

Pas plus qu'elle n'est envisagée par les nouvelles règles, l'intervention du médecin traitant du salarié (ou de son médecin spécialiste) n'avait été prévue par la loi du 8 août 2016 alors même qu'elle pouvait être utile.

Faisant preuve de souplesse certaines juridictions ont semblé admettre que le médecin expert puisse prendre attache avec le médecin traitant (Cons. prud'h. Lorient, ord., 7 juin 2017, n° 17/00018) alors que d'autres s'y sont opposées (Cons. prud'h. Paris, ord. 22 juin 2017, n° 17/00570).

Cela n'appellerait pas de remarque particulière si ce n'était l'article L. 4624-7, II du Code du travail qui énonce que le médecin expert peut demander au médecin du travail la communication du dossier médical en santé au travail du salarié sans que puisse lui être opposé l'article 226-13 du Code pénal relatif à la violation du secret médical. En l'absence d'une telle exonération prévue pour les échanges avec le médecin traitant, il est permis de penser que l'intervention de ce dernier n'est pas possible sans l'accord préalable du salarié.

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 n'apporte aucune modification utile sur ce point.

### **Le médecin mandaté par l'employeur : médecin défenseur**

L'une des faiblesses de la procédure tenait au fait qu'elle ne permettait pas à l'employeur de participer au débat judiciaire (Cons. prud'h. Paris, ord., départment, 22 juin 2017, n° 17/00570).

Exclu de la discussion par l'effet du secret médical, il était placé dans la situation de Joseph K, héros du Procès de Kafka qui subit une procédure sans pouvoir en connaître.

S'efforçant de remédier à cette difficulté, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 autorise désormais l'employeur à mandater un médecin qui se verra transmettre les éléments médicaux ayant fondé les avis, propositions, conclusions écrites ou indications du médecin du travail (C. trav., futur art. L. 4624-7, II).

### **III. Portée de la décision du conseil de prud'hommes**

L'un des aspects les plus surprenants de la nouvelle procédure de contestation tenait à la portée de l'avis du médecin expert.

Il n'était pas prévu qu'il se substituât à celui du médecin du travail. La décision du conseil de prud'hommes pouvait valider ou infirmer les éléments de nature médicale discutés et non pas remettre en cause l'avis dans son ensemble (C. trav., art. R. 4624-45, al. 3). Cela posait la question de l'éventuelle obligation pour le médecin du travail de prendre un nouvel avis.

Avec l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, la décision des juges se substituera à l'avis du médecin du travail (C. trav., futur art. L. 4624-7, III). Il aurait sans doute été préférable de permettre la substitution avec l'avis du médecin inspecteur du travail. En effet, les juridictions prud'homales risquent fort de se retrouver dans la situation inconfortable dans laquelle étaient placés les inspecteurs du travail dans le cadre de l'ancienne procédure. Incompétents en matière médicale et ne pouvant avoir accès aux éléments couverts par le secret médical, ils se rangeront nécessairement à l'avis du médecin inspecteur comme le faisaient le plus souvent les inspecteurs du travail. Certes, une discussion sera possible avec le médecin mandaté par l'employeur mais elle ne facilitera pas leur mission lorsqu'il conviendra d'arbitrer entre des positions divergentes de médecins sans pouvoir en connaître les raisons car elles seront couvertes par le secret médical. Où l'on retrouve le procès de Kafka...

### **IV. Le coût de la procédure**

Une bonne façon de réduire le contentieux est de le rendre payant !

Sous l'empire de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'intervention d'un médecin expert devait être supportée par les parties. La rémunération du médecin expert était fixée par le président de la formation de référé généralement entre 400 et 600 euros et la somme consignée (C. trav., art. R. 4624-45-1) par le demandeur, dans un délai pouvant être fixé par la décision (Cons. prud'h. Paris, ord., 22 juin 2017, n° 17/00570 (délai de 15 jours) – Cons. prud'h. Lorient, ord., 7 juin 2017, n° 17/00018 (délai d'un mois)). Ces frais pouvaient être mis à la charge de la partie perdante (sous réserve qu'il y ait véritablement une partie perdante, en dehors du médecin qui a rendu l'avis, mais n'est pas partie au litige...), sauf si la juridiction l'en exonérait et sauf action dilatoire ou abusive (C. trav., art. L. 4624-7, III).

À l'avenir, la procédure devrait largement redevenir gratuite puisque la compétence est confiée au médecin inspecteur du travail, contractuel de l'État, sans qu'une rémunération spécifique soit fixée pour cette nouvelle mission. Ensuite, si du fait de l'éventuelle intervention de tiers, des honoraires et frais liés à la mesure d'instruction existent, ils seront 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. Pour la détermination du tarif, il est renvoyé à un arrêté ministériel (il indiquera si la mission du médecin inspecteur est gratuite).

#### **Liste des décisions commentées :**

Cons. prud'h. Clermont-Ferrand, ord., 20 févr. 2017, n° 17/00007 : refus d'appeler en la cause le médecin du travail, demande au médecin expert de réaliser une étude de poste.

Cons. prud'h. Lorient, ord., 22 févr. 2017, n° 17/00004 : ordonne la consultation du médecin inspecteur uniquement.

Cons. prud'h. Lorient, ord., 7 juin 2017, n° 17/00018 : demande au médecin inspecteur de rencontrer le salarié.

Cons. prud'h. Marseille, ord., 13 avr. 2017, n° 17/00049 : désignation d'un médecin expert.

Cons. prud'h. Paris, ord., 20 févr. 2017, n° 17/00075 : met le médecin hors de cause, refus de désignation.

Cons. prud'h. Paris, ord., 8 mars 2017, n° 17/00187 : refus de désignation, absence d'éléments de nature médicale.

Cons. prud'h. Paris, ord., 28 avr. 2017, n° 17/00130 : refus de désignation, absence d'éléments de nature médicale.

Cons. prud'h. Paris, ord., 28 avr. 2017, n° 17/00135 : refus de désignation, absence d'éléments de nature médicale.

Cons. prud'h. Paris, ord., 28 avr. 2017, n° 17/00388 : refus de désignation, manquements de l'employeur, instrumentalisation.

Cons. prud'h. Paris, ord., départment, 22 juin 2017, n° 17/00570 : désignation d'un médecin expert, pas de désignation d'un médecin par l'employeur.

Cons. prud'h. Paris, ord., départment, 22 juin 2017, n° 17/00475 : refus de désignation d'un médecin expert, contestation portant sur l'avis.