

**DEMANDE D'AVIS N° N1370006**

(Art. L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)

(Art. 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile)

(Art. 706-64 et suiv. du code de procédure pénale)

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE TOURS**SEANCE du 21 octobre 2013 à 11 heures**

Conclusions de Monsieur l'avocat général
Hubert Lifffran

Faits et procédure :

Dans le cadre d'un contrat d'avenir du 13 mars 2007, Mme X... a été embauchée par l'association Maison Familiale de Vacances La Saulaie en qualité d'employée de collectivité niveau 1, selon la convention collective nationale de tourisme social et familial du 28 juin 1979 étendue, pour une durée de 24 mois à compter du 28 mars 2007. Ce contrat a été renouvelé le 25 février 2009 pour une durée de 36 mois, du 28 mars 2009 au 27 mars 2012.

Le 22 septembre 2011, à l'occasion d'une visite effectuée dans le cadre des examens périodiques prescrits à l'article R. 4624-16 du code du travail, le médecin du travail a déclaré Mme X... temporairement inapte à son poste de travail. A l'issue d'une seconde visite, le 7 octobre 2011, le praticien l'a déclarée définitivement inapte, tout en

précisant qu'elle serait apte à un poste sans port ni manipulation de charges, ni station debout prolongée, ni gestes répétés.

Par lettre recommandée avec avis de réception du 7 novembre 2011, l'association Maison Familiale de Vacances La Saulaie a licencié Mme X... pour inaptitude et impossibilité de reclassement, sans procéder à la formalité de l'entretien préalable.

Contestant, notamment, la régularité de son licenciement, Mme X... a saisi la juridiction prud'homale, le 16 janvier 2012, de diverses demandes.

Par jugement du 12 juillet 2003, le conseil de prud'hommes de Tours a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, ainsi libellée :

“La procédure de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée pour inaptitude du salarié constatée par le médecin du travail, telle que prévue par l'article L 1243-1 du code du travail, doit-elle donner lieu à une convocation à un entretien préalable ?”.

*
* *

Recevabilité de la demande d'avis :

1°) Au regard des règles de forme :

Envisageant de saisir pour avis la Cour de cassation sur la question de savoir si «*la procédure de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée pour inaptitude du salarié constatée par le médecin du travail, telle que prévue par l'article L. 1243-1 du code du travail, doit donner lieu à une convocation à un entretien préalable*», le conseil de prud'hommes de Tours en a avisé les parties et celles-ci, à l'audience du 8 novembre 2012, lui ont déclaré qu'elles ne s'y opposaient pas. Puis, par jugement du 8 janvier 2013, le conseil de prud'hommes a sollicité l'avis à cet égard du ministère public.

A l'audience du 5 juin 2013, le ministère public, l'association Maison Familiale de Vacances La Saulaie et Mme X... ont fait part au conseil, chacun en ce qui le

concerne, de leurs observations écrites tendant à ce que cette question soit soumise à l'avis de la Cour de cassation.

Par un second jugement du 12 juillet 2013, le conseil de prud'hommes de Tours a saisi pour avis la Cour de cassation de la question formulée dans les termes ci-dessus énoncés. Cette décision a été notifiée à l'association Maison Familiale de Vacances La Saulaie et à Mme X... par lettres recommandées dont les avis de réception ont été signés le 13 juillet 2013, ainsi qu'au ministère public par lettre du 12 juillet 2013.

La procédure suivie et les diligences accomplies par le conseil de prud'hommes de Tours satisfont aux exigences des articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile.

2°) Au regard des règles de fond :

Au regard des dispositions de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, la question faisant l'objet de la demande d'avis doit, pour être recevable :

- 1) être posée à l'occasion d'une instance en cours ;
- 2) avoir été évoquée par les parties au litige ;
- 3) être une question de pur droit formulée de façon précise ;
- 4) commander l'issue du litige ;
- 4) ne pas porter sur la conventionnalité de dispositions du droit interne ;
- 5) être nouvelle ;
- 6) présenter une difficulté sérieuse ;
- 7) se poser dans de nombreux litiges.

Les quatre premières conditions ne soulèvent aucune difficulté : la question se trouve posée à l'occasion d'un litige entre l'association, qui a rompu le contrat de travail sans procéder à la formalité de l'entretien préalable, et Mme X..., qui sollicite de ce chef le versement d'une indemnité pour rupture irrégulière. Cette question, qui a été évoquée par les parties au cours de l'instance prud'homale, est de pur droit en ce qu'elle ne dépend pour sa réponse d'aucun élément de fait. Elle commande l'issue du litige, à savoir le droit éventuel de la salariée à prétendre au versement d'une indemnité pour irrégularité de la procédure de rupture du contrat de travail. Enfin, la conventionnalité de dispositions de droit interne n'est pas en cause.

S'agit-il d'une question nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ?

Jusqu'à la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit, l'état du droit était le suivant.

Aux termes de l'article L. 1243-1 du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, «sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne pouvait être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure».

En cas d'inaptitude du salarié, constatée par le médecin du travail, et d'impossibilité de reclassement ou de refus par le salarié du reclassement proposé par l'employeur, l'employeur ne pouvait pas rompre le contrat de travail. D'une part, parce qu'aucune faute ne pouvait être reprochée au salarié, d'autre part, parce que l'inaptitude physique n'est pas un cas de force majeure, dès lors qu'elle ne constitue pas un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat (cf. Soc., 12 juillet 1999, *Pourvoi n° 97-41.131*, Soc. 12 février et 18 novembre 2003, *Pourvois n° 00-46.660 et 01-44.280* et Soc. 31 octobre 2005, *Pourvoi n° 04-40.537*).

Toutefois, l'article L. 1226-20, alinéa 2, du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, relatif au salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, disposait que «s'il justifiait de son impossibilité de proposer un emploi de reclassement dans les conditions prévues aux articles L. 1226-10 et L. 1226-11 ou si le salarié refusait un emploi offert dans ces conditions, l'employeur était en droit de demander la résolution judiciaire du contrat».

Cependant, dans un avis du 29 avril 2002 (affaire n° 02-00.001), vous avez jugé que l'employeur d'un salarié engagé par contrat de travail à durée déterminée et déclaré par le médecin du travail inapte à son emploi à la suite d'un accident ou d'une maladie non professionnels, ne pouvait pas exercer l'action en résolution judiciaire prévue à l'article L. 122-32-9 du code du travail (devenu l'article L. 1226-20, alinéa 2), une telle action exigeant que l'inaptitude physique du salarié ait une origine professionnelle. Il ne vous est pas apparu alors possible d'étendre l'application de ce texte à l'inaptitude d'origine non professionnelle. Dans ce cas, l'employeur, après avoir procédé en vain à des recherches de reclassement, n'avait d'autre solution que d'attendre le terme du contrat de travail, sans savoir s'il devait ou non reprendre le paiement des salaires à l'expiration du délai d'un mois après la déclaration d'inaptitude par le médecin du travail. Le contrat de travail se trouvait ainsi suspendu. De façon paradoxale, comme l'a relevé le professeur J. Mouly dans un article paru à *La Semaine Juridique 2011*, éd. S n° 1497, l'employeur se trouvait moins bien traité en cas d'inaptitude d'origine non professionnelle qu'en cas d'inaptitude professionnelle. Aussi, dans son rapport pour 2002 (8^{ème} suggestion, p. 26), la Cour de cassation avait-elle exprimé le souhait que

législateur étendît la possibilité pour l'employeur de demander la résiliation judiciaire aux cas d'inaptitude d'origine non professionnelle.

La chambre sociale s'était toutefois efforcée d'atténuer l'inconfort pour l'employeur d'une telle situation. Ainsi, dans un arrêt publié du 18 novembre 2003 (*Pourvoi n° 01-44.280*) avait-elle jugé que l'inaptitude et l'impossibilité du reclassement d'un salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée ne lui ouvraient pas droit au paiement des salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat ni à l'attribution de dommages-intérêts, dès lors qu'il n'était pas en mesure d'exécuter sa prestation de travail. Dans le prolongement de cette décision, elle avait jugé dans un arrêt publié du 8 juin 2005 (*Pourvoi n° 03-44913*), que les dispositions de l'article L. 122-24-4, alinéa 2, du code du travail, devenu l'article L. 1226-4, instituant l'obligation pour l'employeur de reprendre le paiement des salaires lorsqu'à l'expiration du délai d'un mois le salarié déclaré inapte n'a été ni reclassé ni licencié, n'étaient pas applicables au contrat à durée déterminée, l'employeur ne pouvant le rompre pour inaptitude physique du salarié.

Il n'en demeurait pas moins que l'employeur n'avait la possibilité de demander la résiliation judiciaire du contrat de travail qu'en cas d'inaptitude d'origine professionnelle. Lorsque l'inaptitude n'était pas d'origine professionnelle, le contrat ne pouvait être rompu.

L'article 49 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit est venu remédier à cette situation.

Ainsi, un nouveau cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, l'inaptitude du salarié constatée par le médecin du travail, a été ajouté à l'article L. 1243-1 du code du travail qui jusqu'alors n'en retenait que deux, la faute grave et la force majeure. Aucune distinction n'étant faite, cette disposition est applicable y compris en cas d'inaptitude d'origine non professionnelle.

Par ailleurs, l'article L. 1226-20, alinéa 2, du code du travail reconnaît désormais à l'employeur le droit, en cas d'impossibilité de reclassement ou de refus par le salarié de la proposition de reclassement, non plus de demander la résolution judiciaire du contrat, mais de procéder à sa rupture anticipée.

Enfin, a été inséré au code du travail un nouvel article L. 1226-4-2 qui étend aux salariés en contrat à durée déterminée dont l'inaptitude n'est pas d'origine professionnelle l'application des dispositions de l'article L. 1226-4 relatives à la reprise du paiement des salaires lorsqu'à l'expiration du délai d'un mois après la déclaration d'inaptitude, le salarié n'est ni reclassé, ni licencié.

L'objectif de simplification et d'amélioration du droit n'a cependant pas été pleinement atteint, dans la mesure où subsistent encore des distorsions entre salariés

titulaires d'un contrat à durée déterminée déclarés inaptes, selon que leur inaptitude procède ou non d'une origine professionnelle.

Ainsi, l'employeur peut, en application de l'article L. 1226-20, alinéa 2, du code du travail, rompre le contrat à durée déterminée lorsque l'inaptitude du salarié est d'origine professionnelle. Il s'agit là d'un nouveau mode de rupture, de caractère unilatéral, réservé au seul employeur, dont se trouve, à notre sens, exclu le salarié. L'indemnisation de cette rupture obéit à un régime particulier qui n'est ni celui de la rupture anticipée, ni celui du licenciement, mais se situe entre les deux. Ainsi, aux termes de l'alinéa 4 de l'article L. 1226-20, la rupture du contrat ouvre droit pour le salarié à une indemnité dont le montant ne peut être inférieur au double de celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9, c'est-à-dire de l'indemnité de licenciement. Nous sommes donc en présence d'un mode de rupture *sui generis* du contrat à durée déterminée qui emprunte certains traits du licenciement : c'est un acte de rupture unilatéral de l'employeur qui produit des conséquences indemnitaires proches du licenciement.

Mais, lorsque l'inaptitude du salarié n'est pas d'origine professionnelle, c'est l'article L. 1243-1 du code du travail et lui seul qui s'applique. L'une et l'autre des parties sont, chacune en ce qui la concerne, en droit de demander la rupture anticipée du contrat de travail. Outre l'employeur, le salarié peut en effet avoir intérêt à cette rupture, alors même qu'il percevrait le paiement de ses salaires faute d'avoir été reclassé ou licencié dans le délai d'un mois après avoir déclaré inapte, notamment pour pouvoir être embauché par un nouvel employeur.

Se pose alors la question de la forme que doit prendre la rupture anticipée du contrat de travail pour inaptitude du salarié. Jusqu'à la loi de 2011, le problème ne se posait pas. Si l'inaptitude était d'origine professionnelle, l'employeur demandait la résiliation judiciaire du contrat de travail et si elle n'était pas d'origine professionnelle, le contrat ne pouvait être rompu. En permettant à l'employeur de procéder à la rupture anticipée du contrat de travail en dehors des cas de force majeure et de faute grave, ne convient-il pas de faire bénéficier le salarié de la garantie de l'entretien préalable ? D'une part, en effet, parce que la rupture anticipée pour inaptitude d'origine non professionnelle emprunte, comme nous l'avons vu certains traits au licenciement, d'autre part, parce que le salarié peut être à même, au cours d'un entretien préalable, d'apporter des éléments, notamment sur son reclassement, susceptibles d'amener son employeur à reconsidérer la décision de licenciement qu'il envisageait de prendre.

Il s'agit là d'une question sérieuse, pouvant donner lieu à des décisions divergentes des juges du fond, dès lors qu'aucune disposition légale ne soumet la

procédure de rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée pour inaptitude à un entretien préalable, et qui est susceptible de se poser dans de nombreux litiges apparus à la suite de la loi de 2011.

*

* *

Le fond du droit :

L'intention du législateur, en instaurant dans la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 la procédure de l'entretien préalable était, comme le relevait le professeur Gérard Lyon-Caen dans son commentaire de la loi de 1973 (*Droit Social 1973, n° 11, p. 500*), d'«instaurer une phase de réflexion et de dialogue avant toute décision irrémédiable de l'employeur». L'exigence de l'entretien préalable, de même que l'obligation pour l'employeur de fournir par écrit au salarié les motifs de la rupture du contrat de travail, étaient une garantie donnée au salarié en contrepartie de la faculté de rupture unilatérale du contrat de travail reconnue à l'employeur.

Les dispositions légales concernant l'entretien préalable ne sont pas, en principe, applicables aux contrats à durée déterminée, ainsi que le précise l'article L. 1242-14 du code du travail. La raison en est simple. Si la rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée a toujours été admise, c'est en application du principe général de l'interdiction des engagements à vie. Ce principe, par contre, ne vaut pas pour les contrats de travail à durée déterminée, qui ont un terme fixé à l'avance. Il ne saurait faire obstacle à l'application aux contrats à durée déterminée du principe de la force obligatoire des contrats consacré à l'article 1134 du code civil. De ce fait, la rupture unilatérale d'un contrat à durée déterminée est, en principe, prohibée. Et comme ce mode de rupture est prohibé, les règles de forme relatives à l'entretien préalable n'ont pas de raison d'être.

Depuis longtemps cependant, dès le début du siècle dernier, la jurisprudence était venue apporter un tempérament à cette prohibition en admettant que l'un des contractants pouvait invoquer la force majeure ou la faute grave de l'autre contractant pour rompre un contrat à durée déterminée (cf., notamment, Civ., 15 juin 1914, Dalloz 1918.1.32). C'est ce qu'a retenu la loi du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée en limitant la rupture anticipée de ce contrat à la faute grave et à la force majeure.

En cas de force majeure, la rupture ne découle pas d'une décision unilatérale de l'employeur, mais de la survenance d'un événement extérieur et irrésistible qui a pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat. Il suffit que l'une des parties en prenne acte (Soc., 12 février 2003, *Pourvoi n° 00-46.660*, publié, et 31 octobre 2006, *Pourvoi n° 04-47.014*). De ce fait, l'exigence d'un entretien préalable entendue comme garantie donnée au salarié face au pouvoir de résiliation unilatérale de l'employeur, ne se justifie pas.

Mais sur la faute grave, la Cour de cassation considère que la rupture anticipée du contrat pour un tel motif est soumise à la procédure disciplinaire (Soc., 30 juin 1993, *Pourvoi n° 91-45.011*). Elle ne peut donc intervenir qu'après l'accomplissement des formalités prévues à l'article L. 122-41 du code du travail, devenu les articles L. 1332-1 et L. 1332-2, (Soc. 11 avril 1996, *Pourvoi n° 93-42.632*), impliquant la convocation du salarié à un entretien préalable (Soc. 27 juin 2001, *Pourvoi n° 99-42.216* et 4 juin 2008, *Pourvoi n° 07-40.126*, publiés). L'employeur ne peut se soustraire à cette procédure en demandant la résiliation judiciaire du contrat de travail. S'il le faisait, l'exercice de son action en résiliation s'analyserait en une rupture anticipée du contrat, laquelle serait abusive (Soc., 4 décembre 2001, *Pourvoi n° 99-46.354*).

L'adjonction par la loi du 17 mai 2011 d'un nouveau cas de rupture unilatérale du contrat à durée déterminée, l'incapacité du salarié à son emploi, pose à nouveau la question de l'entretien préalable, mais avec ceci de particulier que nous ne sommes ni dans le domaine disciplinaire, ni, selon une jurisprudence constante, dans celui de la force majeure.

Lorsque l'incapacité d'un salarié est d'origine professionnelle, nous avons vu que l'article L. 1226-20, alinéa 2, du code du travail, donne à l'employeur, et à notre sens à lui seul, la faculté de procéder de façon unilatérale à la rupture anticipée du contrat de travail et que, dans ce cas, le régime de la rupture est proche, notamment du point de vue indemnitaire, du licenciement. Dans ce cas, il est logique d'étendre au profit du salarié l'application des dispositions légales sur l'entretien préalable. Il s'agit là d'une garantie donnée au salarié, en contrepartie du pouvoir unilatéral de rupture conféré à l'employeur.

Lorsque l'incapacité n'est pas d'origine professionnelle, comme c'est le cas en l'espèce pour Mme X..., l'extension au salarié de la garantie de l'entretien préalable ne peut se justifier que pour des raisons d'équité. L'incapacité du salarié vient empêcher l'exécution du contrat jusqu'au terme fixé par les parties. Faisant obstacle au principe de la force obligatoire des contrats consacré à l'article 1134 du code civil, elle ne doit être admise que dans des conditions strictes relatives, non seulement à l'intervention du médecin du travail, notamment quant à l'exigence de deux examens médicaux séparés de quinze jours, mais aussi à l'obligation pour l'employeur de procéder à des recherches

de reclassement. Sur ce point, la tenue d'un entretien préalable au cours duquel les parties vont faire le point sur les recherches de reclassement donnera à l'employeur tous les éclaircissements possibles lui permettant de prendre sa décision en toute connaissance de cause. L'entretien préalable est alors un garde-fou destiné à éviter toute rupture qui serait abusive, faute pour l'employeur d'avoir rempli son obligation de reclassement. Pour cette raison, il nous semble important que le salarié soit convoqué à un entretien préalable à toute décision de rupture.

*

* *

En conclusion, nous estimons qu'il y a lieu de répondre positivement à la question posée, en ce sens que la procédure de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée pour inaptitude du salarié constatée par le médecin du travail, telle que prévue par l'article L. 1243-1 du code du travail, doit donner lieu à une convocation du salarié à un entretien préalable.