

N° 90 / 2020
du 18.06.2020.
Numéro CAS-2019-00074 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, dix-huit juin deux mille vingt.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, premier avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

la société anonyme SOC1), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

demanderesse en cassation,

comparant par la société à responsabilité limitée AS-Avocats Assa et Schaack, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Roland ASSA, avocat à la Cour,

et:

1) l'ÉTAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1341 Luxembourg, 2, Place de Clairefontaine,

défendeur en cassation,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Christian JUNGERS, avocat à la Cour,

2) A), demeurant à(..),

défendeur en cassation.

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 1^{er} avril 2019 sous le numéro 2019/0080 (No. du reg.: COMIX 2018/0168) par le Conseil supérieur de la sécurité sociale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 29 mai 2019 par la société anonyme SOC1) à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG et à A), déposé le 31 mai 2019 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 24 juillet 2019 par l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG à la société anonyme SOC1) et à A), déposé le 26 juillet 2019 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Lotty PRUSSEN et les conclusions de l'avocat général Isabelle JUNG ;

Sur les faits :

Selon l'arrêt attaqué, le Conseil arbitral de la sécurité sociale avait déclaré non fondé le recours de la société SOC1) dirigé contre la décision de la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables d'exercer leur dernier poste de travail (ci-après « *la Commission mixte* ») qui avait décidé le reclassement interne d'A) avec réduction du temps de travail à 20 heures, conformément à l'avis du médecin du travail, dans une entreprise comptant au moins 25 salariés, au motif que l'employeur avait, en vertu de l'article L. 326-9, paragraphe 5, du Code du travail, une obligation légale de proposer un poste adapté aux capacités résiduelles du salarié et qu'il ne pouvait pas opposer l'inexistence d'un tel poste laquelle, même à la supposer établie, ne serait pas de nature à le dispenser de son obligation de maintenir le salarié au sein de son effectif. Le Conseil arbitral de la sécurité sociale avait encore retenu que l'existence de préjudices graves au sens de l'article L. 551-3, paragraphe 1, du Code du travail n'était établie ni en fait ni en droit au motif que le maintien du salarié n'était pas susceptible de mettre en péril l'existence de l'entreprise.

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale a confirmé, pour d'autres motifs, la décision du Conseil arbitral de la sécurité sociale en retenant, sur base de l'article L.326-9, paragraphe 5, du Code du travail, que l'employeur ne peut ni invoquer l'impossibilité de reclassement interne, ni solliciter la dispense de reclassement.

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Le défendeur en cassation conclut à l'irrecevabilité du pourvoi en ce qu'il omettrait d'indiquer de façon suffisamment précise les dispositions attaquées de l'arrêt, ainsi que l'objet et la cause du pourvoi et il fait grief à la demanderesse en cassation de n'avoir énoncé que les éléments de motivation critiqués.

En ayant précisé sous l'intitulé « *Dispositions attaquées* » que « *l'Arrêt est attaqué pour avoir déclaré non-fondé l'appel de la partie demanderesse en cassation* »

(...) » et en ayant demandé à voir casser et annuler l'arrêt, la demanderesse en cassation a visé le dispositif de l'arrêt, qui a confirmé la décision du Conseil arbitral de la sécurité sociale portant rejet de son recours dirigé contre la décision de la Commission mixte de reclassement interne d'A) et elle s'est conformée aux dispositions de l'article 10, alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Il en suit que le moyen d'irrecevabilité opposé au pourvoi n'est pas fondé.

Le pourvoi, introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Sur l'unique moyen de cassation :

« Tiré de la violation des articles L.326-9 (5) et L.551-1 du code du travail (ci-après << CT >>).

En ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré l'appel non fondé, en reprenant la motivation extensive de l'arrêt du même Conseil supérieur de la sécurité sociale numéro 2018/0271 du 22 octobre 2018, en constatant que l'appelante emploie plus de 25 salariés, que le salarié occupe un poste à risques et en concluant à l'application du seul article L.326-9 (5) du CT.

Alors qu'en appliquant le seul article L.326-9 (5) du CT et en excluant les dispositions des articles L.551-1 et suivants, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a créé un régime exorbitant des règles générales du CT, a privé l'employeur de ses droits à invoquer une dispense au reclassement interne ou une impossibilité dans son chef et ce faisant a fait une fausse application de la loi sinon a commis une violation de la loi. »

Vu l'article L. 326-9, paragraphe 5, du Code du travail qui dispose que « Si l'employeur occupe au jour de la saisine de la Commission mixte un effectif total d'au moins vingt-cinq travailleurs et que le salarié occupé pendant au moins dix ans par l'entreprise est déclaré inapte pour son poste de travail, étant un poste à risques, l'employeur est tenu de procéder au reclassement professionnel interne au sens de l'article L. 551-1.

(...) »

et

l'article L. 551-1, paragraphe 1, du Code du travail qui dispose que « Le salarié qui n'est pas à considérer comme invalide au sens de l'article 187 du Code de la sécurité sociale, mais qui par suite de maladie ou d'infirmité présente une incapacité pour exécuter les tâches correspondant à son dernier poste de travail, peut bénéficier, dans les conditions prévues au présent Titre, d'un reclassement professionnel interne ou d'un reclassement professionnel externe, ainsi que du statut de personne en reclassement professionnel. »,

Titre dont fait partie l'article L. 551-3, paragraphe 1, du même code qui dispose que « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 551-2, paragraphe (1), la commission mixte prévue à l'article L. 552-1 peut dispenser du reclassement professionnel interne l'employeur ayant introduit à cet effet un dossier motivé, s'il rapporte la preuve qu'un reclassement professionnel lui causerait des préjudices graves. ».

Au regard de la référence faite dans l'article L. 326-9, paragraphe 5, du Code du travail à l'article L. 551-1 du même code et de la référence faite dans cet article aux conditions d'un reclassement professionnel interne ou externe prévues au titre V du Code du travail portant sur l'emploi de salariés incapables d'occuper leur dernier poste de travail, dont fait partie l'article L. 551-3, paragraphe 1, du Code du travail, l'employeur a le droit de faire état de préjudices graves dans le cas du reclassement professionnel interne d'un salarié remplissant les conditions prévues à l'article L. 326-9, paragraphe 5, du Code du travail et d'être admis à la preuve afférente.

En retenant que « *l'employeur qui occupe plus de vingt-cinq salariés, dont le salarié est occupé depuis au moins dix ans et qui est inapte à exercer un poste à risques, n'est pas en droit de soulever l'impossibilité de reclassement interne comme il l'a fait, puisque conformément à l'article L.326-9 (5) il est tenu de procéder au reclassement professionnel interne de ce salarié. Il ne peut pas davantage solliciter la dispense prévue à l'article L.551-3 du CT.* », alors que l'employeur est en droit de solliciter la dispense du reclassement professionnel interne prévue à l'article L. 551-3, paragraphe 1, du même code et d'en rapporter la preuve, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a violé les dispositions visées au moyen.

Il en suit que l'arrêt encourt la cassation.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :

Les défendeurs en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, leur demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

déclare le pourvoi recevable ;

casse et annule l'arrêt rendu le 1^{er} avril 2019 sous le numéro 2019/0080 (No. du reg.: COMIX 2018/0168) par le Conseil supérieur de la sécurité sociale ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et, pour être fait droit, les renvoie devant le Conseil supérieur de la sécurité sociale, autrement composé ;

rejette la demande des défendeurs en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne les défendeurs en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de la société à responsabilité limitée AS-Avocats Assa et Schaack, sur ses affirmations de droit ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt soit transcrit sur le registre du Conseil supérieur de la sécurité sociale et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt soit consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER et du greffier Viviane PROBST.

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation

SOC1)S S.A. c/

1) L'Etat luxembourgeois

2) Monsieur A)

(affaire n° CAS-2019-00074 du registre)

Par mémoire signifié le 29 mai 2019 à l'Etat luxembourgeois (ci-après « l'Etat ») et à Monsieur A) et déposé le 31 mai 2019 au greffe de votre Cour, la société SOC1)S S.A. (ci-après « la société SOC1) ») a formé un pourvoi en cassation contre un arrêt numéro n°2019/0080 rendu par le Conseil Supérieur de la Sécurité Sociale en date du 1^{er} avril 2019, inscrit sous le numéro du registre COMIX 2018/0168.

L'arrêt en question a été signifié à la société SOC1) en date du 4 avril 2019. Le pourvoi en cassation a, par conséquent, été interjeté dans les délais prévus par l'article 7 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation. Le pourvoi répond encore aux conditions de forme prévues par cette loi.

L'Etat luxembourgeois a fait signifier un mémoire en réponse à la partie demanderesse en cassation, dans le délai de deux mois prévu à l'article 15 de la loi précitée, à savoir le 24 juillet 2019. Ce mémoire a été déposé le au greffe de votre Cour le 26 juillet 2019.

Faits et rétroactes

Suite à la décision de la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables d'exercer leur dernier poste de travail (ci-après la Commission mixte), ayant en date du 14 décembre 2017 décidé qu'il sera procédé au reclassement interne d'A) avec réduction du temps de travail à 20 heures conformément à l'avis du médecin du travail du 30 novembre 2017 constatant son inaptitude au dernier poste de travail à risques (maçon et coffreur) dans une entreprise avec au moins 25 salariés, la société SOC1) a intenté un recours auprès du Conseil arbitral de la sécurité sociale (ci-après le Conseil arbitral). La société SOC1) avait invoqué l'impossibilité de reclasser le salarié inapte en interne, aucun poste ne correspondant à sa capacité de travail résiduelle n'étant disponible dans l'entreprise.

Par jugement du 24 août 2018, le Conseil arbitral a déclaré le recours non fondé, en invoquant l'article L.326-9 (5) du Code du travail qui énonce une obligation légale de reclassement professionnel interne au sens de l'article L.551-1 du Code du travail selon lequel le salarié peut bénéficier d'un reclassement professionnel interne ou externe.

Le Conseil arbitral tout en indiquant que l'employeur pouvait faire valoir à titre d'exonération de cette obligation de reclassement interne, l'impossibilité d'opérer un tel reclassement ou bien l'existence de préjudices graves, a décidé que l'employeur a, conformément à l'article L.326-9 (5) du Code du travail, une obligation légale de proposer un poste adapté aux capacités résiduelles du salarié, de sorte qu'il ne peut pas opposer l'inexistence d'un tel poste et, même

à la supposer établie, elle ne serait pas de nature à le dispenser de son obligation de maintenir le salarié au sein de son effectif. Le Conseil arbitral a encore constaté que l'existence de préjudices graves au sens de l'article L.551-3 (1) du Code du travail n'était pas établie ni en fait ni en droit puisque le maintien du salarié n'était pas susceptible de mettre en péril l'existence de l'entreprise en raison du fait que l'employeur recevait dans un tel cas en contrepartie, une prestation salariale adéquate.

La société SOC1) a régulièrement fait interjeter appel en date du 12 octobre 2018 auprès du Conseil supérieur de la sécurité sociale pour voir réformer le jugement entrepris et, par voie de conséquence, la décision de la Commission mixte ayant décidé le reclassement professionnel interne d'A), sinon en ordre subsidiaire voir nommer un expert.

Les juges du Conseil supérieur de la sécurité sociale se sont basés, pour rendre leur décision, sur un arrêt numéro 2018/0271, numéro du registre COMIX 2018/0091, rendu le 22 octobre 2018 par le même Conseil supérieur de la sécurité sociale, dans un cas similaire, pour déclarer l'appel de la société SOC1) recevable mais non fondé.

Dans leur arrêt du 1^{er} avril 2019, les juges d'appel ont confirmé la décision du Conseil arbitral du 24 août 2018, quoique pour d'autres motifs, indiquant que dans le cas d'espèce, tombant sous l'application de l'article L.326-5 (9) du Code du travail, l'employeur ne peut ni invoquer une impossibilité de reclassement interne, ni solliciter la dispense de reclassement.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre cet arrêt.

Quant au premier et unique moyen de cassation

Le premier et unique moyen de cassation est tiré

« de la violation des articles L.326-9 (5) et L.551-1 du code du travail (ci-après le « CT »), en ce que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré l'appel non fondé, en reprenant la motivation extensive de l'arrêt du même Conseil supérieur de la sécurité sociale numéro 2018/0271 du 22 octobre 2018, en constatant que l'appelante emploie plus de 25 salariés, que le salarié occupe un poste à risques et en concluant à l'application du seul article L.326-9 (5) du CT, alors qu'en appliquant le seul article L.326-9 (5) du CT et en excluant les dispositions des articles L.551-1 et suivants, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a créé un régime exorbitant des règles générales du CT, a privé l'employeur de ses droits à invoquer une dispense au reclassement interne ou une impossibilité dans son chef et ce faisant a fait une fausse application de la loi sinon a commis une violation de la loi. »

L'article 10 de la loi 18 février 1885, modifiée par la loi du 3 août 2010, dispose que :

« Sous peine d'irrecevabilité, un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture.

Chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous la même sanction :

- le cas d’ouverture invoqué ;*
- la partie critiquée de la décision ;*
- ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué.*

L’énoncé du moyen peut être complété par des développements en droit qui sont pris en considération. ».

La soussignée considère que le moyen tel que présenté par la partie demanderesse en cassation est recevable au sens de l’article 10 précité.

La partie demanderesse en cassation fait valoir à l’appui de son unique moyen, que le législateur, par l’adoption de la loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale ayant inséré l’article L-326-9 (5) dans le Code du travail, aurait cherché à renforcer l’obligation patronale de reclassement et non pas à supprimer toute possibilité d’exonération pour l’employeur.

L’article L.362-9 (5) du Code du travail, qui est inscrit dans le Livre III – protection, sécurité et santé des salariés, Titre II – service de santé au travail-, Chapitre VI -examens médicaux-, fait un renvoi explicite à l’article L.551-1 du même Code qui traite du reclassement professionnel des salariés incapables d’occuper leur dernier poste de travail.

Selon la demanderesse en cassation, l’inaptitude du salarié est constatée par le médecin du travail et admise par la Commission mixte, mais la procédure est celle applicable au reclassement professionnel des salariés incapables d’occuper leur dernier poste de travail, procédure prévue aux articles L.551-1 à L.552-4 du Code du travail. En vertu de cette procédure de reclassement, des exceptions devraient pouvoir être invoquées à savoir le risque de préjudices graves que causeraient le reclassement interne du salarié (article L.551-3 (4) du Code du travail) et l’impossibilité de reclassement interne de ce salarié (article L.551-5 (1) du même Code).

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale, tout en constatant dans son arrêt du 1^{er} avril 2019 que « *le reclassement interne doit se comprendre au sens de la procédure de reclassement professionnel visée aux article L.551-1 et suivants du Code du travail* », aurait donc créé un régime de protection non soumis aux règles de procédures prévues par le Code du travail. Il aurait dès lors mal interprété sinon mal appliqué les articles L.326-9 (5) et L.551-1 du Code du travail, commettant une violation de ces articles. L’arrêt visé encourrait de ce fait la cassation.

La soussignée partage, en grande partie, l’argumentation de la partie demanderesse en cassation.

Pour déclarer l'appel de la société SOC1) non fondé, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a retenu dans son arrêt du n°2019/0080 du 1^{er} avril 2019¹, ce qui suit :

« l'article L.326-9 (5) alinéa 4 du CT prévoit que le médecin du travail peut saisir la commission mixte en cas d'inaptitude d'un salarié pour le poste à risques occupé, s'il a au moins dix ans d'ancienneté. Il s'agit là d'un mode de saisine différent de celui prévu à l'article L.552-2 du CT qui dispose que la commission mixte est saisie par le Contrôle médical de la sécurité sociale.

Pour le surplus l'article L.326-9 (5) alinéa 1^{er} dispose que l'employeur qui occupe au jour de la saisine de la commission mixte un effectif d'au moins vingt-cinq salariés et que le salarié déclaré inapte pour un poste à risques est occupé depuis au moins dix ans, comme c'est le cas en l'occurrence, l'employeur est tenu de procéder au reclassement professionnel interne au sens de l'article L.551-1 du CT.

Il s'agit donc d'un régime de protection particulier pour le salarié d'une entreprise dont l'effectif est d'au moins vingt-cinq salariés, qui a une ancienneté de dix ans au moins et qui est inapte pour occuper son poste de travail à risques.

Sous le commentaire des articles du projet de loi n° 6555 (page 21 des documents parlementaires) l'article L.326-9 (5) du CT est présenté comme suit :

« Dans le cadre de la présente modification de l'article L.326-9, paragraphe 5, l'obligation patronale de réaffectation actuelle devient une obligation de reclassement professionnel interne au sens de la procédure de reclassement professionnel visée aux articles L.551-1 et suivants du code du travail ».

Il est cependant précisé à l'article L.326-9 (5) alinéa 4 du CT, que dans cette hypothèse la commission mixte décide soit d'admettre, soit de refuser le reclassement professionnel interne conformément à l'article L.552-1 du CT. Le terme « refuser » signifie nécessairement que le reclassement interne est refusé au salarié, puisque ce n'est pas l'employeur qui est demandeur pour procéder à un reclassement interne d'un salarié inapte à occuper son dernier poste de travail. Ce « refus » ne se conçoit dès lors que si le salarié ne remplit pas les conditions de l'article L.326-9 (5) alinéa 1^{er} du CT. Dans tous les autres cas l'employeur qui a un effectif d'au moins vingt-cinq salariés, doit procéder au reclassement interne du salarié qui a une ancienneté d'au moins dix ans et qui est inapte à occuper son poste à risques. Toute autre interprétation de l'article L.326-9 (5) du CT viderait cet article de sens.

L'article L.551-2 du CT dispose que l'employeur qui emploie au moins vingt-cinq salariés a une obligation de reclasser le salarié.

¹ Les juges d'appel ont repris en très grande partie la motivation d'un arrêt n°2018/0271 rendu le 22 octobre 2018 (registre COMIX 2018/0091) par le Conseil supérieur de la sécurité sociale.

Conformément à l'article L.551-3 du CT, l'employeur qui occupe au moins vingt-cinq salariés a une obligation légale de reclasser le salarié, mais peut bénéficier d'une dispense de reclassement interne, s'il rapporte la preuve que ce reclassement interne lui causerait des préjudices graves.

Contrairement à ce qui est prévu par le CT dans le cas de l'article L.326-9 (5) du CT, l'article L.551-3 du CT prévoit que la commission mixte peut dispenser l'employeur du reclassement interne s'il rapporte la preuve qu'un tel reclassement lui causerait des préjudices graves.

Il est vrai que l'article L.551-5 du CT dispose que si la commission mixte estime que le reclassement interne est impossible, elle décide le reclassement professionnel externe.

En outre l'article L.551-10 du CT dispose cependant que le salarié peut également introduire un recours contre une décision de reclassement interne, puisqu'il énonce qu'« en cas de recours introduit par le salarié contre la décision de reclassement professionnel interne ... ».

Ces dispositions, ensemble avec les articles L.551-2 et L.551-3 du CT, sont à interpréter en ce sens qu'en toute hypothèse (sauf si les conditions de l'article L.326-9 (5) se trouvent réunies) la commission mixte peut décider un reclassement externe en cas d'impossibilité de reclassement interne et le salarié peut soulever que son reclassement interne est impossible. En revanche, l'employeur dont l'effectif est d'au moins vingt-cinq salariés ne peut pas soulever l'impossibilité de reclassement interne, seule une dispense pour préjudices graves pouvant lui être accordée.

Dès lors, c'est seulement lorsque l'effectif est inférieur à vingt-cinq salariés que l'employeur peut également soulever l'impossibilité de reclassement interne.

Etant donné que l'article L.326-9 (5) du CT édicte une obligation de reclassement interne à charge de l'employeur et que dans l'hypothèse de cet article la commission mixte ne peut pas décider un reclassement externe, il faut admettre que le salarié occupé depuis dix ans au moins dans une société employant au moins vingt-cinq salariés et qui est inapte à occuper son dernier poste à risques, ne peut pas soulever l'impossibilité du reclassement interne, étant donné que l'employeur est obligé au reclassement interne.

En matière de reclassement le législateur a prévu trois régimes :

- 1- Lorsque l'employeur occupe moins de vingt-cinq salariés, la commission mixte peut décider le reclassement externe si le reclassement interne est impossible et tant l'employeur que le salarié peuvent soulever cette impossibilité (articles L.551-5 et L.551-10 du CT).*

- 2- *Lorsque l'employeur occupe au moins vingt-cinq salariés, il a une obligation de reclassement interne du salarié incapable d'occuper son dernier poste de travail, sauf dispense pour préjudices graves dûment établies. Dans cette hypothèse, la commission mixte peut cependant décider le reclassement externe lorsque le reclassement interne est impossible, et le salarié en cas de recours contre la décision de reclassement interne peut demander le reclassement externe en raison de l'impossibilité du reclassement interne (cf. articles L.551-2, L.551-3 et L.551-10 du CT).*
- 3- *Lorsque l'employeur occupe au moins vingt-cinq salariés, il a une obligation légale de reclassement interne du salarié qui a une ancienneté d'au moins dix ans et qui est inapte à son dernier poste de travail à risques. Dans cette hypothèse la commission mixte ne peut ni dispenser l'employeur du reclassement interne pour préjudices graves, ni décider le reclassement externe lorsque le reclassement interne lui paraît impossible (article L.326-9 (5) du CT).*

En l'occurrence l'employeur qui occupe plus de vingt-cinq salariés, dont le salarié est occupé depuis au moins dix ans et qui est inapte à exercer un poste à risques, n'est pas en droit de soulever l'impossibilité de reclassement interne comme il l'a fait, puisque conformément à l'article L.326-9 (5) il est tenu de procéder au reclassement professionnel interne de ce salarié. Il ne peut pas davantage solliciter la dispense prévue à l'article L.551-3 du CT. »

Comme il n'est pas contesté qu'on se trouve en l'espèce dans l'hypothèse visée par l'article L. 326-9 (5) du code du travail, en ce qu'A) occupe un poste à risques et que l'appelante emploie plus que 25 salariés, son appel est à déclarer non fondé, sans qu'il y ait lieu d'instituer une expertise, au motif qu'elle ne peut ni invoquer l'impossibilité de reclassement interne, ni solliciter la dispense de reclassement.

Le jugement entrepris est à confirmer, bien que pour d'autres motifs. ».

Le raisonnement des juges du Conseil supérieur de la sécurité sociale s'expose à plusieurs critiques.

L'article L.326-9 (5) tel qu'introduit dans le Code du travail par la loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code la sécurité sociale, se présente comme suit :

« Si l'employeur occupe au jour de la saisine de la Commission mixte un effectif total d'au moins vingt-cinq travailleurs et que le salarié occupé pendant au moins dix ans par l'entreprise est déclaré inapte pour son poste de travail, étant un poste à risques, l'employeur est tenu de procéder au reclassement professionnel interne au sens de l'article L. 551-1.

Pour apprécier, le cas échéant, l'inaptitude visée à l'alinéa qui précède, le médecin du travail compétent examine l'intéressé et procède à une étude

détaillée du poste comportant une visite du poste faite en présence du salarié et de l'employeur.

Le médecin du travail compétent établit un avis motivé constatant, le cas échéant, l'inaptitude du salarié pour le poste à risques occupé. Dans son avis, le médecin du travail compétent se prononce sur les capacités de travail résiduelles du salarié, sur une réduction du temps de travail éventuelle, sur les possibilités de mutation et d'adaptation éventuelle du poste de travail, sur le caractère transitoire ou définitif de l'inaptitude et il arrête la périodicité endéans laquelle le salarié doit se soumettre à la réévaluation médicale visée à l'article L. 551-6, paragraphe 4. Lors de chaque réévaluation médicale le médecin du travail compétent peut modifier la périodicité arrêtée initialement. La périodicité doit être de moins de deux ans, à moins que les restrictions aient un caractère définitif.

Le médecin du travail compétent saisit la Commission mixte en lui transmettant son avis. Celle-ci décide soit d'admettre soit de refuser le reclassement professionnel interne conformément à l'article L. 552-1, paragraphe 1er.

Le médecin du travail compétent en informe l'employeur et le salarié concernés en leur faisant parvenir une copie du document portant saisine. »

Les auteurs du projet de loi n° 6555 portant modification du Code du travail et du Code la sécurité sociale reprenant le dispositif du reclassement interne et externe, ont, avec l'ajout de l'article L.326-9 (5), voulu créer non pas une procédure de reclassement professionnel dérogatoire pour une catégorie particulière de salariés, à savoir les salariés ayant occupé pendant un poste à risques pendant 10 ans dans une même entreprise comptant au moins 25 salariés, mais une nouvelle voie d'accès à la procédure de reclassement professionnel. L'article L.326-9 (5) est d'ailleurs intégré dans le Livre III – protection, sécurité et santé des salariés, Titre II – service de santé au travail-, Chapitre VI -examens médicaux-, du Code du travail. En effet, l'ancien texte de l'article L.326-9 prévoyait un quota d'au moins 50 salariés et ne prévoyait qu'une réaffectation des salariés déclarés inapte, dans la mesure du possible.

L'intention du législateur, en créant la voie d'accès particulière de l'article L.326-9 (5) précité, était de protéger davantage les salariés visés par cette catégorie en laissant l'initiative de la saisine directe de la Commission mixte au seul médecin du travail qui constate l'inaptitude du salarié, permettant ainsi d'accélérer la procédure de reclassement et de protéger le salarié plus efficacement d'un licenciement^{2 3}, et en réduisant le seuil à au moins 25 salariés pour qu'une

² Avis du Conseil d'Etat du 25 mars 2014, page 1 : « *Le nouveau texte prévoit certaines adaptations, dont notamment une nouvelle voie d'accès au système de reclassement par l'intermédiaire des examens médicaux du médecin du travail ce qui aura comme avantage d'accélérer la procédure.* »

³ Avis complémentaire de la Chambre des Salariés du 15 octobre 2014, page 2, « **Médecin du travail comme deuxième voie d'accès au reclassement professionnel**

Jusqu'à présent, il n'existe ni obligation, ni possibilité (officielle) pour le médecin du travail de saisir la Commission mixte lorsqu'il constate l'inaptitude du salarié à occuper un poste de travail, mais il lui suffit d'en informer le salarié et l'employeur par lettre recommandée, indiquant les voie et délai de recours.

En l'absence de saisine de la Commission mixte de reclassement, le salarié ne dispose d'aucune protection contre le licenciement et se trouve exposé au bon vouloir de l'employeur une fois que la période d'interdiction contre le licenciement pendant les 26 semaines consécutives est révolue.

entreprise soit susceptible de tomber dans la catégorie dans laquelle l'employeur est tenu de procéder à un reclassement interne.

Concernant la procédure de reclassement prévue aux articles L.551-1 et suivants du Code du travail, les auteurs du projet de loi y font expressément un renvoi ce qui permet d'admettre que c'est la procédure qui s'applique pour tous types de reclassement.

Cela ressort du commentaire des articles à la page 21 dudit Projet de loi :

« Point 2° - article L. 326-9, paragraphe 5

La présente disposition a pour objet de créer une nouvelle voie d'accès à la procédure de reclassement professionnel en partant de l'obligation patronale actuelle de l'article L. 326-9, paragraphe 5 du Code du travail qui précise que "Si l'employeur occupe régulièrement au moins cinquante salariés et que le salarié déclaré inapte pour un poste à risques a été occupé pendant au moins dix ans par l'entreprise, l'employeur est tenu de l'affecter à un autre poste pour lequel il est trouvé apte." tout en assurant un parallélisme avec les voies d'accès existantes au reclassement professionnel.

Dans le cadre de la présente modification de l'article L. 326-9, paragraphe 5, l'obligation patronale de réaffectation actuelle devient une obligation de reclassement professionnel interne au sens de la procédure de reclassement professionnel visée aux articles L. 551-1 et suivants du Code du travail. (...)

Afin d'exclure toute insécurité juridique pouvant être générée par des procédures non coordonnées, voir même contradictoires, il est indispensable de prévoir un parallélisme entre les différentes voies d'accès au reclassement professionnel quant à la procédure de prise de décision par la Commission mixte avec les voies de recours afférentes.»

Ce même raisonnement ressort également de l'avis du Conseil d'Etat du 25 mars 2014, pages 2 et 3 :

« Cet article prévoit comme nouveauté que l'employeur, qui occupe régulièrement au moins vingt-cinq salariés, est tenu de procéder au reclassement professionnel interne au sens de l'article L.551-1 du Code du travail, si le salarié est occupé au moins dix ans par l'entreprise et s'il est déclaré inapte pour son poste de travail par le médecin du travail, étant entendu qu'il s'agit d'un poste à risques. La nouveauté résulte d'une modification de l'article L.326-9, paragraphe 5 du même code qui prévoyait déjà auparavant pareille réaffectation obligatoire si l'employeur occupait régulièrement au moins cinquante salariés. Ce seuil est réduit à vingt-cinq unités, mais le reclassement se fera au sens de l'article L.551-1 précité.

Un premier pas pour remédier à cette situation est réalisé par le projet de loi déposé en mai 2013 (ci-après le projet de loi) en obligeant le médecin de travail pour certaines catégories de salariés seulement (10 ans d'ancienneté et postes à risques) à saisir la Commission mixte en lui transmettant son avis, cette dernière se prononçant sur un éventuel reclassement professionnel interne conformément à l'article L. 552-1, paragraphe 1. »

Les procédures du reclassement doivent être suivies et le reclassement est prévu dans le cadre des aides financières légales. (...)

La procédure à suivre, à part le cas d'ouverture qui est déclenché par le médecin du travail, est celle prévue à l'article L.551-1. ».

Il s'ensuit que le Conseil d'Etat ne considère pas que l'article L.326-9 (5) constitue une dérogation procédurale, si ce n'est d'aménager une voie d'accès particulière, pour le cas spécifique tombant sous cet article.

Le fait que le législateur, en adoptant l'article L.326-9 (5) du Code du travail, n'a pas exclu les exceptions au reclassement interne, ressort encore de l'avis de la Chambre de Commerce du 11 septembre 2013 quant au projet de loi n° 6555 (page 23, point D : « *Accorder plus largement la dispense de reclassement interne* ») :

« Si la suppression des quotas n'était pas remise en cause, l'assouplissement des conditions d'octroi de la dispense d'obligation de reclassement apparaîtrait comme une nécessité absolue aux yeux de la Chambre de Commerce, tout en présentant le désavantage de remplacer un critère objectif (quota) par un pouvoir d'appréciation de la Commission mixte. A cet égard, la Chambre de Commerce rappelle qu'actuellement, la dispense d'obligation de reclassement n'est accordée à un employeur que s'il peut invoquer un "préjudice grave", autrement dit si le reclassement interne est de nature à entraîner la quasi-faillite de l'entreprise (selon l'interprétation qu'en a donné la Commission mixte puis in fine les juridictions sociales). La Chambre de Commerce n'ayant connaissance d'aucune décision qui aurait été prise sur un tel fondement, le motif basé sur le préjudice grave que pourrait subir l'employeur serait purement théorique. Elle est partant d'avis que l'employeur devrait pouvoir invoquer d'autres motifs et propose d'envisager par exemple la prise en compte d'un faisceau d'indices à partir desquels la dispense pourrait être accordée, tels que les efforts déjà réalisés par l'entreprise pour le salarié concerné, les antécédents de l'affaire, les capacités résiduelles et compétences du salarié par rapport aux postes de l'entreprise, les risques de sécurité et de santé, le nombre de personnes handicapées, inaptés déjà présentes dans la société, etc.

En tout état de cause, la Chambre de Commerce est d'avis que la création d'un poste de travail en vue d'accueillir le salarié reclassé devrait être considéré comme un préjudice grave. ».

Ainsi, si la Chambre de Commerce souhaitait un assouplissement des conditions d'octroi de la dispense prévue à l'article L.551-3 du Code du travail, c'est qu'elle partait du principe que cette dispense était possible, quoique difficile à obtenir en pratique. Dans les avis suivants celui de la Chambre de Commerce, ce principe de la dispense pour tous les cas de reclassements internes n'a d'ailleurs pas été remis en cause.

Cette conclusion ressort également de l'avis complémentaire de la Chambre des Salariés du 15 octobre 2014, page 9 (« *Refus de reclassement interne / Possible dispense pour préjudices graves* ») :

« La commission de reclassement peut dispenser du reclassement professionnel interne l'employeur ayant introduit à cet effet un dossier motivé, s'il rapporte la preuve qu'un tel reclassement lui causerait des préjudices graves.

Une définition des préjudices graves doit être proposée sur base de la jurisprudence. Dans un arrêt du 28 avril 2004, le Conseil supérieur des assurances sociales retient que: "Comme la réinsertion professionnelle est assortie d'aides financières importantes en faveur de l'employeur et que la pratique actuelle consiste à limiter massivement le temps d'occupation du salarié ayant bénéficié d'une réinsertion interne, il est difficile d'admettre que le législateur ait voulu viser uniquement le danger d'une déclaration en état de faillite que pourraient engendrer des mesures de réinsertion internes.

Le préjudice grave, c'est-à-dire un dommage important et sérieux engendré par un acte nuisible aux intérêts de l'employeur, acte susceptible de conséquences sérieuses et de suites fâcheuses, doit donc s'entendre aussi dans le sens d'une diminution de la productivité, d'une influence sur la compétitivité sur le marché du travail, sur la concurrence économique, la rationalisation et le coût et l'intérêt pour l'entreprise d'une formation spéciale du salarié concerné."

La Commission de reclassement instruit sa demande et prononce le reclassement externe de l'intéressé s'il admet l'existence de préjudices graves empêchant le reclassement interne. »

Dans son avis complémentaire, la Chambre des Salariés ne fait donc pas de distinction entre les cas tombant sous l'article L.326-9 (5) et un autre reclassement dit « interne ».

Ainsi, à aucun moment il n'est fait mention, que ce soit dans les avis et rapports relatifs audit projet de loi ou dans les articles qui ont finalement été intégrés dans le Code du travail par la loi du 23 juillet 2015, d'un régime spécial dérogatoire de dispense pour les cas tombant sous le coup de l'article L.326-9 (5) du Code du travail.

L'article L.551-3, dans sa version retenue par la loi du 23 juillet 2015, se lit d'ailleurs dans les termes suivants :

« Sans préjudice des dispositions de l'article L.551-2 paragraphe (1), la commission mixte prévue à l'article L.552-1 peut dispenser du reclassement professionnel interne l'employeur ayant introduit à cet effet un dossier motivé, s'il rapporte la preuve qu'un tel reclassement professionnel lui causerait des préjudices graves. ».

Le pouvoir confié à la Commission mixte d'autoriser une dispense au sens de l'article L.551-3, est d'ailleurs très encadré puisque l'employeur, pour pouvoir invoquer celle-ci, doit déposer un dossier motivé auprès de ladite commission et comme cela appert des travaux parlementaires, la dispense est très rarement sinon jamais accordée au vu de l'interprétation très restrictive qui est faite des termes « préjudices graves ». Ladite dispense n'est donc pas automatique ou admise facilement, érigeant ainsi un garde-fou supplémentaire pour protéger le salarié déclaré inapte à son dernier poste de travail d'un éventuel licenciement.

Contrairement aux développements de la partie demanderesse en cassation, la soussignée comprend toutefois que la seule exception au reclassement interne est le risque de préjudices graves au sens de l'article L.551-3. En revanche, l'impossibilité de reclassement interne prévue à l'article L.551-5 (1), n'est pas à considérer comme une seconde exception mais comme la conséquence de l'impossibilité de reclassement interne dans l'hypothèse où la Commission mixte admet un risque de préjudice grave pour l'employeur⁴.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat avait souligné dans son avis du 25 mars 2014 (pages 2 et 3) un problème qui risquait de se poser au vu de l'obligation de reclassement interne :

« La seule question qui pose problème au Conseil d'Etat est l'obligation de reclassement interne pour les entreprises à taille quand-même réduite de 25 personnes. Le Conseil d'Etat se demande si toute entreprise, même dotée d'aides financières, arrivé aux fins prévues par le texte, et ce dans l'intérêt bien compris et de l'entreprise et du salarié déclaré inapte. Y a-t-il à chaque fois un poste disponible ? Le salarié ne risque-t-il pas la mise à l'écart, même avec toute la bonne volonté présumée ? ».

Il s'en suit que le législateur n'a pas voulu exclure toute possibilité de dispense à l'obligation de reclassement interne prévue à l'article L.326-9 (5), d'autant que ce même article fait lui-même référence à la procédure de reclassement à proprement parler qui est régie par les articles L.551 et suivants du Code du travail.

L'unique moyen est, partant, fondé.

Conclusion :

Le pourvoi est recevable et il est à déclarer fondé quant à son unique moyen.

Pour le Procureur général d'État
L'avocat général

Isabelle JUNG

⁴ Cette interprétation ressort également de l'avis complémentaire de la Chambre des Salariés du 15 octobre 2015 cité plus haut.