



Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé

12-1 | 2010

Maintien en emploi des travailleurs handicapés ou porteurs d'une incapacité fonctionnelle, regards croisés en France et au Québec

Peut-on considérer qu'un nouveau droit du maintien dans l'emploi est en cours d'élaboration ?

Is a new right to maintain one's employment being developed?

¿Podemos considerar que permanecer en el empleo es un nuevo derecho en vías de ser elaborado ?

Hervé Gosselin



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/pistes/1657>

DOI : 10.4000/pistes.1657

ISSN : 1481-9384

Éditeur

Les Amis de PISTES

Édition imprimée

Date de publication : 1 février 2010

Référence électronique

Hervé Gosselin, « Peut-on considérer qu'un nouveau droit du maintien dans l'emploi est en cours d'élaboration ? », *Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé* [En ligne], 12-1 | 2010, mis en ligne le 01 février 2010, consulté le 22 mars 2021. URL : <http://journals.openedition.org/pistes/1657> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/pistes.1657>

Ce document a été généré automatiquement le 22 mars 2021.



Pistes est mis à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

Peut-on considérer qu'un nouveau droit du maintien dans l'emploi est en cours d'élaboration ?

Is a new right to maintain one's employment being developed?

¿Podemos considerar que permanecer en el empleo es un nuevo derecho en vías de ser elaborado ?

Hervé Gosselin

1. Introduction

- 1 C'est une nécessité reconnue de permettre le maintien dans l'emploi des salariés qui ne peuvent plus tenir leur poste de travail du fait de la maladie ou d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Il s'agit de l'expression d'une solidarité à l'égard des salariés les plus fragilisés. Le droit de la discrimination interdit de traiter différemment des salariés en raison de leur état de santé. C'est l'intérêt de l'entreprise de conserver les collaborateurs qui ont acquis des compétences utiles pour le fonctionnement de l'entreprise. Enfin, le parcours professionnel des salariés après un licenciement intervenu en raison de leur état de santé est pour le moins aléatoire, de plus en plus difficile au fil des âges ; dès lors, la charge pour les organismes de protection sociale (sécurité sociale et indemnisation du chômage) s'accroît.
- 2 Cette nécessité sociale se traduit par une obligation pour l'employeur qui résulte en droit français à la fois de la loi et de la jurisprudence de la Cour de cassation : article L 4624-1 issu de la loi du 6 décembre 1976 dont la Cour de cassation a jugé dès le début des années 1990 qu'il constituait le fondement d'une obligation générale d'adaptation du poste de travail et de reclassement qui pesait sur l'employeur, article L 1226-10 à 12 du Code du travail issu de la loi du 7 janvier 1981 relative aux victimes d'accident du travail et de maladies professionnelles et enfin, article L 1226-2 à 4 issu de la loi du 31 décembre 1992 qui a étendu, avec quelques différences minimes, l'obligation de

reclassement aux salariés inaptes en raison d'une maladie d'origine non professionnelle.

- 3 À ce corpus est venu s'ajouter en 1990 le texte de l'article L 1132-1 à 3, interdisant toute discrimination en raison de l'état de santé, sauf dans le cas d'une inaptitude constatée par le médecin du travail.
- 4 On ajoutera que le droit communautaire, par le biais de la directive du 12 juin 1989, est venu conforter ce dispositif juridique, notamment par son article 63 b qui dispose que

« lorsqu'il confie des tâches à un travailleur, l'employeur doit prendre en considération les capacités de ce travailleur en matière de sécurité et de santé ».
- 5 Cet ensemble de textes donnent lieu à un contrôle vigilant des tribunaux qui porte sur les conditions de constatation de l'inaptitude par le médecin du travail et sur le respect de l'obligation de reclassement, ainsi qu'il a déjà été exposé. Mais ce dispositif particulièrement complexe atteint-il son objectif ? Est-il efficace ? On peut en douter.
- 6 Des réflexions ont été conduites, notamment depuis deux ans, pour envisager les évolutions possibles du système, et on peut noter que le gouvernement a inclus dans le document d'orientation en vue de la négociation sur les services de santé au travail qui se déroule actuellement l'idée de

« maintenir les visites de pré-reprise et de renforcer l'action du service de santé au travail pour le maintien dans l'emploi en le faisant intervenir plus en amont ».

 Il est encore trop tôt pour savoir si cette orientation sera prise en compte et connaître la manière dont elle pourrait se traduire dans les textes.
- 7 Mais on peut dès maintenant observer que le droit au maintien dans l'emploi est fondé pour l'instant sur l'existence de deux régimes juridiques différents selon que le salarié est déclaré apte ou inapte à tenir son poste de travail, alors que cette distinction n'apparaît guère pertinente et qu'elle est source d'insécurité juridique.
- 8 Je vous proposerai d'examiner dans un second temps les évolutions en cours ou potentielles du droit du maintien dans l'emploi sous le double effet de la jurisprudence de la Cour de cassation et de l'application de plusieurs textes récents.

2. Deux régimes juridiques coexistent selon que le salarié est apte ou inapte à son poste de travail

- 9 Si le salarié est apte à tenir son poste de travail, mais que des aménagements du poste sont nécessaires, il relève de l'article L 4624-1 du Code du travail qui dispose :

« Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs. Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions et en cas de refus de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. »¹
- 10 S'il est inapte, ce sont les articles L 1226-10 à 12 et L 1226-2 à 4 du Code du travail qui s'appliquent et qui prévoient que l'employeur doit chercher à reclasser le salarié et que ce n'est que dans l'hypothèse où le reclassement s'avère impossible que l'employeur peut licencier le salarié.

2.1 Cette distinction n'est guère pertinente

- 11 Si l'on se place du point de vue du maintien dans l'emploi du salarié, ce qui compte d'abord c'est qu'une solution soit trouvée qui permette au salarié de continuer à travailler dans l'entreprise. La question de savoir si cela peut se faire par un aménagement du poste de travail ou si cela nécessitera un changement de poste est certes importante, surtout parce qu'en droit français elle détermine la capacité de refus par le salarié des aménagements ou du reclassement proposé, mais elle n'est pas décisive au regard de l'objectif.
- 12 D'ailleurs les délicats problèmes de frontière entre aptitude et inaptitude, sur lesquels je vais revenir, montrent bien que nous sommes plus dans un continuum de mesures possibles plutôt que dans des situations radicalement différentes qui justifieraient un traitement juridique différent. On peut penser qu'il serait plus facile pour l'employeur de trouver avec le médecin du travail et le salarié une solution adaptée à l'état de santé du salarié s'il pouvait d'entrée de jeu examiner la totalité des solutions envisageables indépendamment des notions d'aptitude ou d'inaptitude.
- 13 La jurisprudence de la Chambre sociale va dans ce sens en considérant, comme je l'ai déjà noté, que l'article L 4624-1 du Code du travail constitue le fondement d'une obligation générale d'adaptation du poste de travail et de reclassement, dont les articles précités représentent des applications particulières.²
- 14 La détermination fondée sur les notions d'aptitude et d'inaptitude de deux régimes juridiques distincts conduit les acteurs et le juge à se polariser sur les modalités de constatation de l'inaptitude, c'est-à-dire sur les aspects de procédure au lieu de veiller au sérieux et à l'efficacité de la recherche de reclassement.³
- 15 J'en donnerai deux exemples.
- 16 Tous les professionnels dont le métier est d'aider au maintien dans l'emploi d'un salarié savent que les solutions d'adaptation du poste ou de reclassement nécessitent du temps pour être élaborées, acceptées tant par l'employeur que par le salarié et pour être mises en œuvre, surtout si des interventions extérieures à l'entreprise sont nécessaires. Au surplus, plus les solutions sont imaginées et discutées tôt, y compris pendant que le salarié est en arrêt de travail, plus on a de chances de succès pour la solution qui sera retenue.
- 17 Or, la jurisprudence actuelle de la Chambre sociale, parfaitement cohérente avec la focalisation opérée sur la constatation de l'inaptitude, considère que seules les propositions de reclassement faites par l'employeur après l'avis d'inaptitude émis par le médecin du travail lors de la seconde visite peuvent être prises en compte au titre de son obligation de reclassement.⁴
- 18 Ainsi, au lieu d'encourager l'employeur à anticiper les difficultés prévisibles, à démarrer le plus tôt possible la démarche de reclassement, par exemple à l'occasion d'une ou de plusieurs visites préparatoires à la reprise du travail, le juge est conduit à sanctionner l'employeur de l'avoir fait !
- 19 Second exemple. Ce déséquilibre dans l'importance donnée aux questions de procédure par rapport au respect de l'obligation de reclassement est manifeste lorsqu'on examine les conséquences que tire le juge du non-respect par l'employeur de l'une ou de l'autre. En effet, on constate que, s'agissant d'une inaptitude d'origine non professionnelle, l'employeur est plus lourdement sanctionné pour une irrégularité de procédure, dont il

est loin d'être toujours responsable, qu'il ne l'est pour ne pas avoir recherché sérieusement un reclassement pour son salarié. Dans le premier cas, la nullité du licenciement prononcé en méconnaissance des règles de constatation de l'inaptitude est encourue car le licenciement est jugé discriminatoire, tandis que dans le second cas, la sanction est celle d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.⁵

- 20 Guère pertinente, cette distinction est également source d'insécurité juridique.⁶

2.2 Cette distinction est source d'insécurité juridique

- 21 L'existence d'une distinction subtile de nature essentiellement médicale qui détermine l'application de deux régimes juridiques distincts est forcément source de complexité et donc d'insécurité juridique. L'employeur a besoin de savoir dans quel cadre juridique il doit prendre ses décisions. Doit-il faire convoquer le salarié à une seconde visite pour faire constater l'inaptitude ? Est-il tenu de reclasser le salarié ? Le délai d'un mois au terme duquel il doit reprendre le paiement du salaire si le salarié n'est ni licencié ni reclassé commence-t-il à courir ? Ou doit-il examiner les propositions d'aménagement du poste de travail, même s'il les juge très délicates à mettre en œuvre, compte tenu des réserves émises à l'aptitude du salarié à son poste de travail ? Voilà quelques-unes des questions auxquelles l'employeur doit répondre.
- 22 L'employeur, et le salarié aussi d'ailleurs, sont donc confrontés à une difficulté qui tient à l'existence d'une frontière indéfinie, qui dépend de l'appréciation du médecin du travail et de sa traduction écrite dans l'avis qu'il émet, entre l'aptitude avec réserves et l'inaptitude. À partir de quand l'employeur et le salarié peuvent-ils considérer que les réserves émises par le médecin du travail sont telles que le salarié est en fait inapte à son poste de travail ? Il n'y a pas de réponse à cette question... et pourtant de cette réponse dépend le respect par l'employeur d'obligations spécifiques. Sur ce point, on observera que la jurisprudence de la Chambre sociale n'est pas définitivement fixée, même si elle s'oriente vers une réponse assez claire qui consisterait à dire qu'il faut s'en tenir à la lettre de l'avis du médecin du travail⁷. **Il est en effet le seul à connaître à la fois l'état de santé du salarié et le poste de travail. C'est donc bien à lui à dire si le salarié peut ou non occuper son poste de travail, moyennant des aménagements, ou s'il est nécessaire de le changer de poste. Si ce raisonnement était confirmé, le juge, qui ne peut substituer sa propre appréciation à celle du médecin du travail, ne pourrait pas statuer en « interprétation de l'avis du médecin du travail », sauf peut-être dans des cas très spécifiques d'ambiguïté d'avis qui se contredisent.**⁸
- 23 L'existence de cette frontière est à l'origine d'un contentieux très abondant qui concerne le « passage » de la frontière.⁹
- 24 Pour passer d'un régime à l'autre, il est indispensable que le garde-frontière, c'est-à-dire le médecin du travail, constate l'inaptitude du salarié. Et ce passage est capital, car, au-delà du respect de l'obligation de reclassement, c'est la seule possibilité pour l'employeur de licencier le salarié qui est en jeu, compte tenu de l'interdiction de toute discrimination en raison de l'état de santé en droit français (mais pas en droit communautaire, sous la réserve du handicap)¹⁰.
- 25 Si l'employeur passe « frauduleusement » la frontière, c'est-à-dire, si l'inaptitude n'est pas constatée conformément à l'article R 4624-31 et 32 du Code du travail (deux visites espacées de deux semaines sauf danger immédiat), il s'expose à voir le juge prononcer

la nullité du licenciement qui aurait été notifié au salarié. La sanction est imparable mais elle est très lourde, voire disproportionnée.

- 26 Dans ce contexte, on conçoit qu'un contentieux important se noue sur les conditions de la constatation de l'inaptitude, qui dépend pour beaucoup de la rédaction par le médecin du travail de l'avis et de la capacité des services de santé au travail de respecter les délais réglementaires, ce qui n'est pas évident.
- 27 Mais on n'est pas dans le contrôle de l'obligation de reclassement.

3. Des évolutions du droit du maintien dans l'emploi sont possibles

- 28 Du côté de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, le recours à la notion d'obligation de sécurité de résultat vient renforcer l'obligation pour l'employeur de tenir compte des préconisations du médecin du travail en matière d'adaptation des postes de travail et de reclassement.
- 29 Du côté des textes, il n'est pas interdit de penser que le remodelage des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations, sous l'effet notamment du droit communautaire, ne sera pas sans effet sur la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le contrôle de l'obligation d'adaptation des postes de travail et de reclassement, tandis que les textes définissant les missions des délégués du personnel et du CHSCT pourraient permettre une intervention plus soutenue de ces institutions représentatives du personnel en matière de maintien dans l'emploi.

3.1 L'utilisation de plus en plus fréquente de l'obligation de sécurité de résultat par la Chambre sociale conforte l'article L 4624-1 en permettant au juge de mettre en cause la responsabilité de l'employeur qui ne tient pas compte des préconisations du médecin du travail

- 30 Beaucoup a déjà été écrit sur l'obligation de sécurité de résultat à laquelle est tenu, selon la Chambre sociale, l'employeur en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs.¹¹
- 31 Trouvant son origine dans le droit applicable au contrat de transport¹², **cette obligation a été d'abord utilisée à propos des litiges liés à la réparation des pathologies causées par l'exposition à l'amiante, ouvrant la voie à une nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur.**¹³
- 32 Puis elle a migré vers le droit du travail en changeant d'ailleurs de fondement. De contractuelle cette obligation est « devenue » légale dans les arrêts de la Chambre sociale qui s'appuie sur l'article L 4121-1 à 3 du code du travail. En effet, cet article impose à l'employeur de
- « prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. »
- 33 Cette rédaction, issue de la loi du 31 décembre 1991 ayant transposé la directive du 12 juin 1989, n'est pas seulement considérée comme une obligation de moyens mais bien comme une obligation de résultat. Elle est de résultat au sens où l'employeur doit

protéger la santé des salariés. Et pour atteindre ce résultat, pour rendre effective cette obligation, il est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires, et notamment, naturellement, celles qui sont prévues par le Code du travail.

- 34 Comme l'a très justement fait observer P.-Y. Verkindt, cette obligation est une obligation d'action pour protéger la santé des salariés. Ce que le juge est susceptible de reprocher à l'employeur, c'est de ne pas avoir tout entrepris pour protéger la santé du salarié, alors qu'il connaissait ou aurait dû connaître les risques qu'il courait.
- 35 Cette conception ainsi explicitée n'est pas très éloignée de celle en vigueur au Royaume-Uni : « Tout employeur est tenu d'assurer la santé, la sécurité et le bien-être de tous les travailleurs au travail, pour autant que ce soit raisonnablement praticable »... à la condition bien sûr que le juge, chargé d'apprécier cette notion assez proche de celle « d'accommodement raisonnable » en vigueur dans le droit canadien¹⁴, soit particulièrement vigilant sur les explications fournies par l'employeur.
- 36 Ainsi, je ne pense pas que l'arrêt rendu le 14 juin 2007 (aff. C-127/05 Commission c/ Royaume-Uni), qui considère que la directive de 1989 n'instaure pas une obligation de résultat, soit de nature à freiner la Chambre sociale dans la construction jurisprudentielle en cours à partir de cette notion.¹⁵
- 37 Dès lors, la Chambre sociale n'hésite pas à se fonder sur cette obligation de sécurité de résultat pour retenir la responsabilité de l'employeur lorsqu'elle considère qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour protéger la santé du salarié. Ainsi juge-t-elle que l'employeur ne peut mettre fin à un contrat à durée déterminée d'un salarié victime d'un accident du travail sans invoquer une faute grave du salarié étrangère à l'accident du travail, alors qu'il s'est abstenu de lui faire passer une visite de reprise obligatoire¹⁶.
- 38 S'agissant plus précisément du respect des préconisations du médecin du travail dans le cadre de l'article L 4624-1, la Chambre a jugé que l'employeur devait prendre en compte ces préconisations et qu'ayant tardé à les suivre, il avait mis en péril la santé du salarié, estimant ainsi que le manque de diligence de l'employeur justifiait la rupture du contrat de travail par le salarié¹⁷.
- 39 De même, a-t-elle jugé dans deux arrêts récents¹⁸, d'une part, que l'employeur ne pouvait sanctionner un salarié d'un avertissement pour un manque de productivité alors qu'il n'avait pas pris en compte les réserves du médecin du travail et qu'il n'avait pas proposé de poste compatible avec l'état de santé du salarié et, d'autre part, que la rupture du contrat de travail demandée au juge par le salarié était imputable à l'employeur qui n'avait pas justifié des motifs pour lesquels il ne donnait pas suite aux préconisations du médecin du travail, en l'occurrence une mutation.
- 40 Enfin, dernière illustration de cette jurisprudence en construction, la Chambre vient de juger que la rupture du contrat de travail d'un salarié était sans cause réelle et sérieuse, bien que fondée sur la constatation régulière de son inaptitude et l'impossibilité de reclassement, dès lors que l'employeur n'avait pas tenu compte des recommandations du médecin du travail émises à la suite d'un premier accident du travail et avait laissé le salarié poursuivre un travail risqué pour lui, ce qui avait occasionné un second accident du travail à l'origine de l'inaptitude¹⁹.
- 41 Il ressort de cette jurisprudence que la Cour de cassation contrôle donc avec la même intensité le respect par l'employeur de son obligation d'adapter le poste de travail lorsque le médecin du travail le préconise au titre de l'article L 4624-1 que le respect de

l'obligation de reclassement. Dans les deux cas, le manquement de l'employeur conduit le juge à considérer la rupture du contrat de travail sans cause réelle et sérieuse.

- 42 Seule subsiste à ce stade une différence qui tient à la sanction de la nullité du licenciement lorsque l'inaptitude a été constatée irrégulièrement. Sans émettre d'avis définitif sur ce point, il me semble que l'on peut, à tout le moins, s'interroger sur l'intérêt de maintenir une telle sanction.
- 43 Au demeurant, il n'est pas impossible que la conjugaison des effets de la loi du 27 mai 2008, qui a achevé la transposition des directives anti-discrimination, et de celle du 11 février 2005 relative au handicap, ne conduise à des évolutions de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

3.2 Des textes récents peuvent conduire la chambre sociale à orienter plus nettement son contrôle sur le contenu de l'obligation d'adaptation du poste de travail ou de reclassement

- 44 L'une des conséquences de la loi de 2008 est indiscutablement de faire basculer le système français de lutte contre les discriminations d'un régime d'interdiction absolue, l'employeur ne pouvant que démontrer que les mesures litigieuses étaient étrangères à toute discrimination, à un régime juridique admettant, dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, les justifications par l'employeur des mesures discriminatoires. Ainsi, le nouvel article L 1133-1 du Code du travail précise que
- « des différences de traitement sont permises lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».
- La Chambre sociale a eu l'occasion déjà d'adopter ce type de raisonnement, d'une certaine manière, par anticipation, à propos d'une discrimination en raison de la nationalité²⁰.
- 45 Mais la loi du 11 février 2005, déjà calée sur les directives communautaires en matière d'égalité de traitement, avait déjà apporté des modifications sur le point précis des différences de traitement fondées sur l'inaptitude. Après avoir laissé, dans l'article L 1133-1 du Code du travail, l'interdiction des discriminations en raison de l'état de santé, le législateur avait introduit un article L 122-45-4 devenu L 1133-2 qui dispose que
- « les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées ».
- 46 On peut dès lors s'interroger sur le fait de savoir si cette formulation, particulièrement maladroite, il faut le regretter, car « copiée de la directive », ne serait pas de nature à encourager le juge à fonder son contrôle des mesures prises en matière d'adaptation des postes ou de reclassement, non plus principalement sur le respect de la procédure de constatation de l'inaptitude, mais, de plus en plus, sur la mesure elle-même d'adaptation ou de reclassement. Le juge, sans s'attarder sur les modalités de la recherche de reclassement²¹, centrerait son office sur la question de savoir si l'employeur a bien été au bout de ses possibilités de reclassement du salarié, clarifiant par là même ses exigences dans ce domaine.
- 47 Bien sûr, il pourrait être soutenu que cette rédaction ne saurait remettre en cause la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation qui considère que la constatation irrégulière de l'inaptitude suffit à établir la discrimination. Mais, pourrait être aussi

défendue l'idée que cette sanction de nullité ne pourrait plus être prononcée dans le nouveau dispositif anti-discrimination sans que le juge n'ait vérifié si le reclassement ou le licenciement était « nécessaire et approprié », puisque, selon l'article L 1132-1 à 3 du Code du travail, seules les mesures répondant à ces critères peuvent les faire échapper à la qualification de discrimination prohibée, étant entendu qu'il paraît difficilement contestable que la capacité physique et mentale de tenir le poste de travail constitue une « exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Le changement du droit de la discrimination, sous l'influence communautaire, aurait ainsi des conséquences directes sur la sanction de l'irrégularité de la procédure de constatation de l'inaptitude.

- 48 Et naturellement, en parallèle, l'autre effet de cette évolution du droit de la discrimination, et ce ne serait pas le moindre, serait de soumettre au crible du « caractère nécessaire et approprié » la totalité des mesures prises en matière d'adaptation des postes de travail, de reclassement, quelle que soit leur origine, de sanctions ou de licenciement prononcés en raison de l'état de santé du salarié. Le juge serait en conséquence conduit à systématiquement apprécier si la mesure prise répond aux critères énoncés, faute de quoi il serait conduit à juger qu'elle constitue une discrimination lui permettant de prononcer la nullité de la mesure, et, en cas de licenciement, si le salarié le souhaitait, sa réintégration.
- 49 Pure réflexion prospective diront certains. Sans doute. Pourtant, il semble bien que, par le biais de l'alignement du droit français sur le droit communautaire en matière de discrimination et d'égalité de traitement, notre droit actuel de l'adaptation du poste de travail et du reclassement doit évoluer sérieusement... et je crois dans le bon sens, en posant la bonne question, c'est-à-dire : est-ce que l'employeur a fait tout ce qui était en son pouvoir pour reclasser le salarié ou adapter son poste de travail ?
- 50 Si nous parcourions ce chemin dans les années qui viennent, nous nous rapprocherions considérablement du droit canadien et de sa notion de « contraintes excessives », ce qui ne pourrait que faciliter nos échanges, et surtout, nous pourrions être à la fois plus exigeants à l'égard des employeurs et plus respectueux de leurs contraintes insurmontables.
- 51 Nous pourrions y être aidés par le rôle confié, à côté de celui décisif du médecin du travail, aux délégués du personnel et au CHSCT.
- 52 La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a accru le rôle des délégués du personnel dans l'hypothèse d'une atteinte à la santé physique et mentale des salariés, cette atteinte pouvant résulter de toute mesure discriminatoire en matière de reclassement, d'affectation, de mutation, de licenciement.²² **Ce texte prévoit une procédure devant conduire l'employeur à remédier à la situation et, en cas d'inertie de sa part ou de désaccord sur la solution, permettant au délégué du personnel de saisir le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue alors selon les formes applicables au référé.**
- 53 Voilà une mesure qui pourrait être utilement mobilisée bien au-delà de la consultation des délégués du personnel prévue en matière de reclassement des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle²³, dans des circonstances où le salarié estimerait que l'employeur ne fait pas les efforts nécessaires pour adapter le poste de travail ou en proposer un autre, compatible avec son état de santé. Une telle démarche pourrait venir conforter, appuyer, amplifier celle du médecin du travail.

- 54 Mais il semble bien que les délégués du personnel ne se soient pas encore réellement emparés de ce texte.
- 55 Dans le même ordre d'idées, mais ici pour les seules victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle, il est prévu que le CHSCT doit être consulté sur les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des accidentés du travail, notamment sur l'aménagement des postes de travail.²⁴ **Une plus grande vigilance des CHSCT, là où ils existent, pourrait sans doute permettre d'améliorer les chances de maintien dans l'emploi des salariés concernés. Mais, là encore, il n'est pas sûr que cette disposition soit réellement utilisée alors qu'elle pourrait permettre non seulement d'aider à résoudre certains cas individuels, mais aussi de définir une véritable politique de maintien dans l'emploi dans l'entreprise.**
- 56 Au terme de ces réflexions, il me semble que les éléments existent, tant dans la jurisprudence de la Chambre sociale que dans les textes récents, pour donner une nouvelle impulsion au maintien dans l'emploi des salariés fragilisés du fait de leur état de santé.
- 57 Des évolutions sont possibles vers un droit de l'adaptation du poste de travail et du reclassement unifié, considérablement simplifié et recentré sur le contenu des mesures.
- 58 Les obligations qui pèsent sur les employeurs sont très fortes dans ce domaine. Elles sont à mon sens encore accrues à la fois par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'obligation de sécurité de résultat et par le nouveau droit de la discrimination. Raison de plus pour que soit clarifiée la portée de ces obligations et qu'elles soient appliquées avec discernement... sans faire peser sur les entreprises des contraintes excessives.
- 59 Tel est l'équilibre qu'il faut trouver. Le juge est ici tributaire des réflexions et expériences des employeurs, des représentants du personnel et des médecins du travail pour pouvoir exercer un contrôle efficace sur le respect de ces obligations et contribuer à clarifier les notions qui doivent guider l'action des acteurs dans les entreprises.
-

NOTES

1. Voir sur ce point : « Les préconisations formulées par le médecin du travail dans le cadre de l'article L 241-10-1 du Code du travail » P.-H. d'Ornano, Semaine juridique, Éd. soc. 15 avril 2008.
2. Voir le Rapport annuel de la Cour de cassation 2007.
3. « Aptitude et inaptitude médicale au travail : diagnostic et perspectives », Hervé Gosselin. Rapport remis au ministre du Travail, février 2007.
4. Pour un exemple particulièrement net : soc. 26 novembre 2008 n° 07-44.061, Bull V n° 231.
5. Soc. 28 janvier 1998 n° 95-41.491, soc. 16 février 1999 n° 96-45.394.
6. « Le licenciement pour inaptitude médicale » P.-Y. Verkindt, Droit social sept/oct 2008.
7. Soc. 9 avril 2008 n° 07-41.141, Bull V n° 81.
8. Soc. 4 mars 2003 n° 00-46.426.
9. « Inaptitude : ne faut-il pas revenir à une application plus stricte des textes ? » Dominique Jourdan, Semaine sociale Lamy, 26 décembre 2005.

10. CJCE 11 juillet 2006.
 11. Voir par exemple les contributions de P.-Y. Verkindt « Les obligations de sécurité du chef d'entreprise : aspects de droit civil » SSL 11 décembre 2006 et « Santé au travail : l'ère de la maturité », Jurisprudence sociale Lamy 1^{er} septembre 2008 ; Michel Blatman : « L'obligation de sécurité de résultat de la Cour de cassation en six étapes », SSL 19 février 2007.
 12. Pour une illustration récente : Ch mixte 28 novembre 2008, « Le transporteur ferroviaire, tenu envers les voyageurs d'une obligation de sécurité de résultat ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la faute d'imprudence de la victime que si cette faute, quelle qu'en soit la gravité, présente les caractères de la force majeure. »
 13. Soc. 28 février 2002 n° 99-17.201, Bull V n° 81.
 14. L'obligation de « reclassement » à la lumière de la notion d'« accommodement raisonnable » du droit canadien, Sophie Fantoni-Quinton et Anne-Marie Laflamme, Droit social, février 2009.
 15. Voir sur ce sujet le point de vue de J.-P. Lhernould : « Obligation de sécurité de résultat : des arrêts Amiante à l'arrêt Snecma, brève chronique jurisprudentielle d'un univers en expansion », Jurisprudence sociale Lamy, 1^{er} septembre 2008.
 16. Soc. 28 février 2006 n° 05-41.555.
 17. Soc. 20 septembre 2006 n° 05-42.925.
 18. Soc. 19 décembre 2007 n° 06-43.918 et n° 06-46.134.
 19. Soc. 11 mars 2009 n° 07-44.816.
 20. Soc. 17 avril 2008 n° 06-45.270, Bull V n° 95.
 21. Voir la contribution de Sophie Fantoni au Symposium franco-québécois des 4 et 5 juin 2009.
 22. Article L 2313-2 du Code du travail.
 23. Article L 1226-10 à 12 du Code du travail.
 24. Article L 1226-10 à 12 du Code du travail.
-

RÉSUMÉS

Les obligations qui pèsent sur l'employeur en matière de reclassement d'un salarié qui ne peut plus se maintenir à son poste de travail relèvent de deux régimes juridiques différents, selon que le salarié est déclaré apte sous réserve d'adaptations du poste, ou inapte, par le médecin du travail. Cette distinction n'est pas pertinente, elle est source d'insécurité juridique, et elle oriente trop le contrôle du juge vers la régularité de la contestation de l'inaptitude au détriment d'une vérification que l'employeur a réellement fait tous les efforts nécessaires pour adapter le poste de travail ou reclasser le salarié. Cependant, l'utilisation croissante par la Chambre sociale de la Cour de cassation de la notion d'obligation de sécurité de résultat et l'influence du droit communautaire anti-discrimination pourraient être à l'origine d'une réorientation de ce contrôle vers le respect de l'obligation de reclassement par l'employeur. L'utilisation par les institutions représentatives du personnel de leurs compétences dans ce domaine ne pourrait que favoriser l'exercice par le juge de ce contrôle délicat, qui doit concilier le respect d'une très forte obligation de l'employeur et la prise en compte des contraintes de gestion qui s'imposent à lui.

The employer's obligations regarding the reclassification of a salaried employee who cannot remain at his job, is subject to two different legal rules, depending on whether the employee is declared "able," subject to adaptation of his workstation, or "disabled" by the occupational physician. This distinction is not relevant ; it is a source of legal insecurity and it orients the

judge's control towards the regularity of the contestation of work disability at the expense of a verification that the employer has done everything necessary to adapt the position or to reclassify the salaried employee. However, the growing use of the concept of "result safety obligation" by the Chambre sociale de la Cour de cassation, and the influence of the community antidiscrimination law could be at the origin of a reorientation of this control towards the employer's obligation to comply with reclassification. In this field, the use of the employees' competences by the representative institutions could only encourage the judge to exert this delicate control, which must reconcile the employers' respect for their very strong obligations and their necessary consideration of management constraints.

Las obligaciones que pesan sobre el empleador en materia de reclasificación de un asalariado que ya no puede mantenerse en su puesto de trabajo, se refieren a dos regímenes jurídicos diferentes, dependiendo de si el asalariado es declarado apto, bajo la reserva de las adaptaciones del puesto, o incapacitado por el médico del trabajo. Esa distinción no es pertinente, ya que es fuente de inseguridad jurídica y orienta demasiado el control del juez hacia la regularidad de la impugnación de la incapacidad, en detrimento de la verificación de los esfuerzos necesarios para adaptar el puesto de trabajo o reclasificar al asalariado. Sin embargo, la utilización creciente, por la cámara social del Tribunal supremo, de la noción de "obligación de seguridad del resultado" y la influencia del derecho comunitario anti-discriminación, podrían ser el origen de una reorientación de este control hacia el respeto de la obligación a reclasificar por parte del empleador. La utilización de sus competencias en este campo, por parte de las instituciones representativas del personal, podrían favorecer el ejercicio de este control delicado, por el juez, quien debe conciliar el respeto de una gran obligación del empleador y las inconveniencias administrativas que se le imponen.

INDEX

Palabras claves : incapacidad, reclasificación, discriminación, control del juez

Keywords : work disability, reclassification, discrimination, judge's control

Mots-clés : inaptitude, reclassement, discrimination, contrôle du juge

AUTEUR

HERVÉ GOSSELIN

herve.gosselin@justice.fr, Cour de cassation, Palais de Justice, 5 Quai de l'Horloge 75055 Paris
Cedex 01