

Quelques réflexions pratiques sur l'inaptitude et le reclassement des travailleurs déclarés inaptes

par *Daniel JOSEPH*, Avocat au Barreau de Lille

PLAN

I. Des représentants du personnel lointains

II. Un salarié isolé

Obligation pour l'employeur, droit pour le salarié, le maintien dans l'emploi n'est pas, le plus souvent, un objectif commun. Le conflit d'intérêts qui oppose l'employeur, d'une part, le salarié et ses représentants, d'autre part, n'échappe pas à l'antagonisme permanent qui traverse le droit du travail.

Si l'approche du praticien du contentieux est nécessairement étroite, elle permet cependant de rendre compte du point de vue du salarié face à la complexité d'une réglementation qui lui échappe et aux incertitudes qu'elle fait naître sur la portée de l'obligation de reclassement (1). Il est peu aidé par les représentants du personnel dont le champ et le contenu de l'intervention sont très limités. Le législateur qui a défini les missions des représentants du personnel les limite à une approche collective des rapports de travail et ne prévoit donc pas l'examen des questions individuelles. Seuls les délégués du personnel, qui présentent à l'employeur les réclamations individuelles, se voient attribuer un pouvoir de consultation qui peut servir d'alibi à l'employeur réticent à mettre en œuvre son obligation.

En définitive, le salarié, le plus souvent isolé, peut adopter une logique de rupture et d'indemnisation plutôt que celle du maintien dans l'emploi. D'autant que les pathologies aujourd'hui les plus courantes (troubles psycho-sociaux et TMS) imputables ou imputés à l'entreprise, dissuadent les salariés atteints de demander une réintégration dans l'entreprise qui les fait souffrir. Ce n'est plus le poste qui est en jeu mais son environnement, c'est-à-dire l'organisation du travail et le comportement des acteurs. Dans cette logique de rupture et non de reclassement, la tentation est alors légitime de retourner contre l'employeur la complexité de ses obligations.

Les progrès attendus dans la voie de la préservation de la santé et de l'emploi ne procéderont pas d'abord de la bonne volonté des acteurs car elle laisserait, en définitive, l'employeur seul juge des limites de son obligation. Décrire et justifier les recherches de reclassement par un régime procédural transparent produit par la négociation obligatoire ou par la loi, garantir la possibilité du contrôle du juge, édicter un régime de sanctions stimulant restent les conditions d'un droit effectif garanti par le droit du travail dont la logique protectrice demeure particulièrement justifiée dans ce domaine.

I. Des représentants du personnel lointains

- A chaque place tenue par une institution représentative du personnel dans l'entreprise est inscrite une mission en lien avec la santé au travail. Cependant, qu'il s'agisse du comité d'entreprise et surtout du CHSCT, les prérogatives en matière d'information et de consultation qui leur sont

reconnues s'exercent au niveau de la collectivité de travail qu'ils représentent. Les institutions ne se saisissent pas des questions individuelles ou nominatives.

D'ailleurs, l'employeur s'oppose le plus souvent à la prétention du comité d'entreprise de s'immiscer dans le

(1) En vue d'approfondir, on peut se reporter notamment à P. Adam : "La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français" Dr. Ouv. juin 2008 p. 313 ; F. Héas : "Le droit au reclassement du salarié, en cas de restructuration

de l'entreprise ou d'altération de sa santé" Dr. Ouv. oct. 2007 p. 452 ; M. Bonnechère : "Santé sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail", Dr. Ouv. nov. 2003 p. 453, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

rapport contractuel qui préserve le pouvoir de direction au motif, régulièrement avancé, que le traitement de questions personnelles sans le consentement du salarié concerné peut porter atteinte à sa vie privée (1bis).

Par exemple, l'article L. 4612-11 du Code du travail oblige l'employeur à consulter le CHSCT sur les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des accidentés du travail, des travailleurs handicapés. Mais la Cour de cassation rejette l'objection d'un salarié qui se plaignait de l'inobservation de cette obligation alors qu'il avait été licencié à raison de son inaptitude consécutive à un arrêt de travail pour accident de travail. Elle estime qu'il ne peut se prévaloir des dispositions qui s'inscrivent dans le cadre des relations entre le CHSCT et l'employeur (2).

- Le constat est identique s'agissant de l'intervention à ce débat de l'organisation syndicale ou du délégué syndical. Ils ne sont pas considérés comme des acteurs du reclassement du salarié déclaré inapte. Au niveau collectif, ils peuvent, certes, demander une négociation sur les conditions de mise en œuvre de l'obligation de reclassement. Mais cette négociation n'est obligatoire que pour le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés (2 bis).

Les accords collectifs sont très isolés (3). Ils peuvent traduire l'amorce d'une véritable procédure qui pourrait garantir une recherche plus efficace des solutions de reclassement.

Cependant, les problèmes de représentativité et de force du monde syndical, la taille très diversifiée des entreprises ne permettent pas d'espérer, dans un proche avenir, le développement de procédures de recherche et de contrôle par la voie de la négociation collective.

- Seul le délégué du personnel se voit conférer un rôle spécifique en cette matière. Ce rôle est inscrit à l'article L. 1226-10 du Code du travail et ne concerne que les salariés dont l'inaptitude a pour origine une maladie professionnelle ou un accident de travail.

Avant toute proposition de reclassement ou constatation de l'impossibilité de reclassement, l'employeur est tenu de recueillir l'avis des délégués du personnel. Cette formalité accompagnait l'obligation de reclassement créée en janvier 1981 pour ces catégories de salariés déclarés inaptes. Cependant, le législateur de 1992, qui a étendu l'obligation de reclassement au profit de tous les travailleurs déclarés inaptes, n'a pas repris cette disposition.

Non seulement cette omission n'est pas justifiée, mais elle ajoute à la complexité d'un système qui n'en avait pas besoin, d'autant que l'origine professionnelle de l'inaptitude est de plus en plus en question en l'absence même de prise en charge des pathologies au titre du droit de la Sécurité sociale.

Pourtant, l'intervention systématique des délégués du personnel était d'autant plus justifiée qu'ils ont pour mission de « *présenter (à l'employeur) toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives à... la protection sociale, la santé, la sécurité...* » (L. 2313-1 du Code du travail). Ce regret pourrait laisser penser que cette différence de traitement prive les salariés déclarés inaptes pour une raison autre que celle de la maladie professionnelle ou l'accident de travail, d'un soutien efficace apporté par les délégués du personnel.

Le contentieux ne peut rendre compte d'une réalité quotidienne (3bis). Mais il rend compte de certaines pratiques qui permettent de conclure que l'influence des délégués du personnel est, le plus souvent, négligeable pour ne pas dire nulle. Pourtant, l'enjeu est de taille car le non-respect de cette formalité est sanctionné d'une réparation minimale de douze mois de salaires (L. 1226-15 CT). C'est pourquoi le contentieux est abondant et porte plus sur l'existence et la régularité de la consultation que sur son contenu.

En l'absence de délégués du personnel alors que l'effectif de l'entreprise les prévoit, l'employeur doit justifier cette situation par un procès-verbal de carence (4). L'avis des délégués du personnel ne peut être pris qu'après le deuxième avis d'inaptitude et avant l'engagement de la procédure (5). La petite discussion avec le délégué du personnel ne vaut pas consultation (6). En revanche, l'employeur n'est pas tenu de réunir tous les délégués du personnel de l'entreprise. La consultation du délégué de l'établissement distinct en cas d'établissements multiples suffit, ce qui peut être discuté dans la mesure où le périmètre de l'obligation de reclassement, c'est bien l'entreprise ou le groupe et non pas seulement l'établissement (7).

L'exigence par les juges du respect formel de l'obligation est aussi une recherche de sens. La forme, c'est le fond. D'ailleurs, l'avis ne peut être donné qu'au vu d'informations données à ces représentants du personnel. La Cour de cassation rejette le pourvoi contre un arrêt qui estimait « *qu'il n'apparaissait pas que les informations données aux délégués du personnel soient complètes...* » (8). S'il est

(1bis) Rappr. Civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, Dr. Ouv. 2004 p. 554 n. A. de S.

(2) Soc. 26 mars 1996 RJS 6/96 n° 667.

(2bis) Article L. 2242-13 du Code du travail.

(3) Accord du 1^{er} oct. 2003 Cegetel instituant un « Comité de reclassement des salariés inaptes » au niveau du groupe – cité par Frank Héas, La Semaine Juridique, Edition Sociale, n° 24 du 6 déc. 2005.

(3bis) Un exemple intéressant se trouve toutefois dans CPH Brest 25 juillet 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 441 n. R. Gourdol

(4) Soc. 7 déc. 1999 n° 97-43106 ; Soc. 23 sept. 2009 n° 08-41685.

(5) Soc. 15 oct. 2002 n° 99-44623 ; Soc. 16 fév. 2005 n° 03-40721 ; Soc. 8 avr. 2009 n° 07-44307 ; Soc. 28 oct. 2009 n° 08-42804.

(6) Soc. 30 avr. 2009 n° 07-43219.

(7) Soc. 13 nov. 2008 n° 07-41512.

(8) Soc. 13 juil. 2004 n° 02-41046.

difficile de déterminer ce que sont des informations complètes, il y a là une brèche à ouvrir pour préciser ce que sont ces informations et ce qu'est un avis (motivé ou non), ainsi que le délai dans lequel il peut être émis pour être réfléchi et éclairé. Par le passé, les comités d'entreprise ont pu faire valoir leurs prérogatives en posant la finalité de l'institution et pu ainsi faire admettre un accès très large à l'information sur la marche de l'entreprise. La même méthode pourrait être suivie.

Mais en l'état, les délégués du personnel ne reçoivent pas de formation particulière aux questions de l'aptitude ou de l'organisation du travail. Ils ne disposent que rarement des outils d'analyse de ces situations. Ils servent généralement à justifier la décision de licenciement prise par l'employeur car l'habileté consiste non pas à obtenir un avis, mais un avis conforme à la thèse de l'employeur qui déclare ne pouvoir reclasser. Pour cela, il est même possible de recueillir l'avis des délégués alors que la situation du salarié ne l'exige pas. Même si ces procédés n'impressionnent pas toujours la Cour de cassation, ils restent abondamment utilisés devant les Conseils de prud'hommes.

Le bilan n'est donc pas très positif. Mais les représentants du personnel, et pas seulement les délégués du personnel, ne peuvent être exclus de ce champ d'intervention. Il faut donc non seulement les confirmer dans leur rôle, mais aussi retracer un cadre procédural qui les place aux différents stades du processus de reclassement (le rapport de Monsieur Hervé Gosselin propose de transférer la consultation au CHSCT) (9).

- Enfin, il faut mentionner l'existence d'une disposition que les délégués du personnel peuvent actionner de manière très simple et pourtant inusitée. L'article L. 2313-2 du Code du travail permet au délégué de saisir l'employeur et contraindre ce dernier à ouvrir une enquête à laquelle ce délégué participe s'il "*constate qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale... Cette atteinte peut résulter de toute mesure discriminatoire en matière ...de reclassement...*" (9 bis).

S'il est vrai que la violation de l'obligation de reclassement n'est pas sanctionnée de nullité fondée sur la discrimination, certains comportements sélectifs par principe – "on ne garde pas les inaptés" –, peuvent caractériser cette discrimination en raison de l'état de santé.

II. Un salarié isolé

A. Les notions d'inaptitude et de reclassement fonctionnent en couple pour maintenir le salarié dans l'emploi. Il paraît simple, dans cette logique, de relever la contradiction des intérêts du salarié et de l'employeur, le premier cherchant à renforcer le contenu de l'obligation, le second à le limiter.

Pourtant, le développement des troubles psychosociaux et les phénomènes de souffrance au travail modifient le point de vue du salarié. Son objectif n'est plus de réintégrer l'entreprise mais d'en sortir. Des salariés, de plus en plus nombreux, en arrêt de travail pour un syndrome dépressif réactionnel aux conditions de vie au travail, consultent pour se sortir d'une situation qui n'offre pas de perspective. L'arrêt de travail les protège, mais ne peut se prolonger indéfiniment tandis que le retour à l'entreprise à qui ils imputent – à tort ou à raison – leur pathologie est au dessus de leurs forces. Le plus souvent, le médecin traitant, le psychiatre, leur déconseillent vivement d'envisager ce retour.

Le salarié se trouve dans une impasse. Démissionner, c'est perdre le bénéfice de l'assurance-chômage. Il en est de même en cas de prise d'acte de la rupture si le salarié allègue une situation de harcèlement (9 ter) ou autre cas de violation des obligations contractuelles par l'employeur.

Ce n'est qu'au terme d'un long procès, nécessairement engagé, que l'indemnisation peut être envisagée. Il faut encore écarter la procédure de résiliation judiciaire qui maintient le lien contractuel pendant la durée du procès, peu supportable pour l'assurance-maladie, mais surtout pour le salarié laissé sans issue.

Seule la procédure d'inaptitude est opérationnelle car elle oblige l'employeur à licencier. A défaut de reclassement, objectera-t-on, mais les avis d'inaptitude délivrés dans ces hypothèses constatent que le salarié est inapte à son emploi dans l'entreprise mais apte au même emploi dans un environnement différent. Si l'employeur reste en charge de l'obligation de reclassement dans une telle hypothèse, ni lui ni le salarié ne tiennent véritablement à sa mise en œuvre.

Il est aujourd'hui admis que l'organisation du travail est un risque professionnel à part entière (10). Pour qu'un reclassement puisse être envisagé dans son entreprise, il faudrait alors changer son environnement, c'est-à-dire les conditions d'exécution de son travail. Pour certains, la difficulté est trop grande. Ils proposent donc dans cette hypothèse de décharger l'employeur de son obligation de reclassement au vu de l'avis émis par le médecin du travail (11). Pourtant, le médecin déclare le salarié inapte à son

(9) Rapport de M. Hervé Gosselin au ministre du Travail : « Aptitude et inaptitude médicale au travail ».

(9bis) Deux affaires où cet article a été efficacement mobilisé méritent d'être signalées : CA Grenoble 7 mars 2007, Dr. Ouv. 2007 p. 399 n. M. Keller, sur appel de CPH Grenoble 7 nov. 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 321 n. P. Adam ; CPH Créteil 28 nov. 2003 Dr. Ouv. 2004 p. 292 n. M. Keller.

(9 ter) Cependant, la circulaire Unedic n° 04-09 du 14 avril 2004 permet la prise en charge du salarié en cas de démission accompagnée d'un dépôt de plainte pour harcèlement. A manier avec précaution...

(10) Sophie Fantoni : "Transformations technologiques et la santé des salariés", Semaine Sociale Lamy - supplément 17 oct. 2005 n° 1232.

(11) Rapport Gosselin déjà cité.

poste dans l'entreprise mais apte à ce même poste dans un environnement différent. N'appartient-il pas au médecin du travail, à l'occasion de l'étude du poste préalable à l'émission du second avis d'inaptitude, de formuler ce qui, dans l'environnement du poste, est incompatible avec l'aptitude du salarié ? Et dans la mise en œuvre de son obligation, l'employeur doit-il seulement rechercher un autre environnement spatial ou organisationnel ou bien modifier l'environnement existant pour qu'il soit autre ? Il ne faut donc pas renoncer et légitimer l'organisation de l'entreprise avant que ces questions ne soient clairement posées et qu'il y soit répondu.

B. D'autres difficultés naissent de la coexistence des régimes juridiques applicables aux salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Les règles de droit se sont accumulées sans se fondre. La Cour de cassation avait estimé qu'un employeur qui rompait le contrat de travail d'un salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail sans indemnités était au moins redevable de l'indemnité de licenciement parce que l'accident du travail est un risque "inhérent à l'entreprise" (12).

La loi de janvier 1981 a mis en place un dispositif spécifique de protection des salariés victimes d'accident du travail et de maladies professionnelles (protection contre le licenciement pendant l'arrêt de travail, obligation de reclassement, procédure en relation avec le médecin du travail, procédure en relation avec le médecin du travail et les délégués du personnel, régime indemnitaire en cas de licenciement, régime de réparation en cas de violation de la loi).

Les autres sont restés sans protection aucune. Rupture possible sans indemnités, aucune obligation de reclassement. C'est à nouveau la Cour de cassation qui a initié une démarche de protection (13), en déclarant que les salariés inaptes dont le contrat était rompu par l'employeur avaient droit à l'indemnité de licenciement et ensuite qu'ils pouvaient invoquer une obligation de reclassement.

La loi du 31 décembre 1992 est venue consacrer pour l'ensemble des salariés un droit au reclassement, l'application des règles du licenciement en cas d'impossibilité de reclassement ainsi que la sanction du paiement des salaires contre l'employeur inactif. Mais la consultation des délégués du personnel n'a pas été prévue et le régime indemnitaire reste celui du droit commun. D'où l'intérêt très vif de faire reconnaître l'origine professionnelle de l'inaptitude dans un contexte où la notion de risque professionnel s'élargit pour couvrir

explicitement depuis 2002 (14) la santé physique et mentale et s'approfondit avec les recherches médicales qui confirment l'origine professionnelle de nombreuses affections (15).

Le contentieux de la reconnaissance des maladies professionnelles notamment est appelé à se développer dans le droit de la Sécurité sociale. Le délai pour statuer peut excéder la durée de l'arrêt de travail et mettre l'employeur qui a connaissance de la demande de reconnaissance et des recours éventuels, hors de la légalité, après coup puisqu'il licencie, dans ce cas, à ses risques et périls (16). De plus, le droit de la Sécurité sociale et le droit du travail conservent chacun leur autonomie (16 bis) et le juge prud'homal peut toujours reconnaître l'origine professionnelle d'une affection alors qu'elle n'est pas reconnue au titre des maladies professionnelles. Ce n'est donc qu'après le licenciement que l'employeur saura s'il a eu raison de ne pas consulter les délégués du personnel.

Or, l'alignement strict du régime de l'obligation de reclassement de tous les salariés inaptes sur les règles applicables en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles doit pouvoir être effectué. Il n'est plus possible de justifier que les institutions représentatives du personnel ne participent pas au processus de recherche de reclassement et il n'y a aucune raison de priver certaines catégories de salariés de cette aide si elle peut prendre corps.

De même, la situation imposée au salarié inapte en raison d'un accident ou d'une maladie d'origine non professionnelle est tout à fait choquante. Pendant le processus et après le licenciement, ce salarié est privé de toute rémunération. A l'issue de l'arrêt de travail, les indemnités journalières de Sécurité sociale comme les allocations de prévoyance cessent d'être payées. Entre les deux examens, séparés d'au moins quinze jours, nécessaires à la constatation de l'inaptitude définitive, aucune rémunération n'est prévue.

La recherche de solutions de reclassement devant être effective à compter seulement de la dernière visite (17) peut durer un mois (l'employeur ne doit pas montrer trop de précipitation) (18) au terme duquel il doit être reclassé et, à défaut, licencié. Pendant ce nouveau délai, aucune rémunération n'est prévue.

Enfin, le licenciement pour inaptitude rend impossible l'exécution du préavis par le salarié. Le contrat prend fin au terme du préavis qui ne sera pas payé et qui ne sera pas pris en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement (19).

(12) Soc. 10 juil. 1975 Bull. n° 396 ; Soc. 1er fév. 1979 Bull. n° 109.

(13) Soc. 21 avr. 1988 Bull. n° 250.

(14) Article L. 4121-1 du Code du travail.

(15) Soc. 29 nov. 1989 Bull. n° 687.

(16) Soc. 8 nov. 1995 n° 92-41786.

(16 bis) V. par ex. concernant la protection de l'emploi résultant de la qualification d'accident de travail ou de trajet : CPH St-Nazaire 8 juin 2000, Dr. Ouv. 2004 p. 74 n. A. de Senga.

(17) Soc. 28 janv. 1998 n° 95-44301 ; un avis d'aptitude avec des réserves, même importantes, ne peut être assimilé à un avis d'inaptitude : Soc. 28 janv. 2010, p. n° 08-42616.

(18) Soc. 26 nov. 2008 n° 07-44061.

(19) Soc. 11 juil. 2000 n° 98-45471.

Pendant 3,5 mois, au moins, le salarié est privé de ressource et ne peut bénéficier des prestations de chômage. Certes la jurisprudence apporte certains correctifs en permettant de bénéficier de visites de reprise alors même que l'arrêt de travail se poursuit. Cependant, il n'est pas donné à tous les salariés de la connaître (20). Et il faut qu'ils préviennent l'employeur pour conférer aux avis émis une portée juridique (21).

Ce n'est en tous les cas pas satisfaisant et il faut reconnaître au salarié concerné par la procédure d'inaptitude-recherche de reclassement un véritable statut, soit auprès de l'entreprise, soit auprès de l'assurance maladie. Le salarié accidenté du travail ou victime d'une maladie professionnelle perçoit une indemnité équivalente au préavis, une indemnité de licenciement doublée. Son contrat se termine à la date de notification du licenciement (22). Depuis le 1^{er} janvier 2009, il bénéficie des indemnités journalières de Sécurité sociale entre la date de reconnaissance de son inaptitude et la date de son reclassement ou de son licenciement, dans la limite d'un mois (23).

Une telle différence de traitement dans un contexte où les frontières entre les pathologies d'origine professionnelle et les autres se brouillent, où une pathologie d'origine partiellement professionnelle requiert l'application du régime accident du travail-maladie professionnelle, justifie une réforme urgente.

Dans la procédure de reconnaissance de l'inaptitude, le salarié subit plus qu'il n'agit. Il doit se présenter aux examens du médecin du travail sous peine de sanction disciplinaire. Il subit les délais d'examens et l'avis du médecin du travail s'impose à lui. Il peut contester l'avis émis par le médecin du travail mais le recours n'est pas suspensif. De plus, il a intérêt à informer l'employeur de son recours (23 bis). De son côté, il est vrai, l'employeur agira à ses risques et périls s'il décide de licencier sans attendre.

C. La procédure d'inaptitude est encadrée strictement par les textes et par la jurisprudence (les délais, l'information, les propositions écrites, principalement). Les négligences relevées à la charge de l'employeur proviennent à notre sens du fait que le médecin du travail relève le plus souvent de services extérieurs et considéré comme un corps étranger dérangeant. Or, le médecin du travail ne fait que faire fonctionner un service dont

l'employeur a la charge. L'autonomie du médecin s'épanouit dans l'exercice de l'art médical et d'une mission qui lui est confiée, en toute indépendance, par la loi. Il ne fait pas ce qu'il veut et lorsqu'il ne fait pas de propositions écrites, l'employeur doit les solliciter.

L'obligation de reclassement doit être mise en œuvre dans le respect de quelques principes.

1. L'employeur doit tenir compte des propositions du médecin du travail et, en l'absence de celles-ci, il doit les susciter (24). Elles doivent être formulées par écrit (25). En cas de contestation de la compatibilité du reclassement avec les propositions du médecin du travail, l'employeur doit solliciter à nouveau l'avis de celui-ci (26). De même lorsque le salarié refuse une réaffectation au même poste en cas d'inaptitude partielle (26 bis).

Ces solutions sont assez évidentes mais il a fallu une patiente construction jurisprudentielle pour faire admettre que l'intervention du médecin du travail et celle de l'employeur ne s'inscrivent pas dans des temps cloisonnés et réservés. Ils s'homogénéisent dans un « *continuum* » qui suppose la poursuite du dialogue entre les acteurs.

Les écrits du médecin du travail devraient pouvoir décrire les problèmes posés par l'environnement du travail, être plus précis sur la nature des postes occupés par les salariés (27), enrichir la palette des solutions possibles de reclassement. Il faudrait peut-être songer à supprimer les demi-feuilles qui font office de bulletin d'aptitude, d'autant que la jurisprudence, à défaut d'autres garanties pour le salarié, n'admet pas leur remplacement par lettre d'accompagnement (28).

2. Le choix du législateur, identique pour tous les salariés déclarés inaptes, est de poser le reclassement comme principe et le licenciement comme l'exception : « *...l'employeur... propose un autre emploi approprié à ses capacités. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé au besoin par la mise en œuvre des mesures telles que mutations, transformations de poste de travail ou aménagement du temps de travail* » (29). La réalité est toute autre, les licenciements prononcés en raison de l'impossibilité de reclassement étant très nombreux. En effet, l'obligation de reclassement n'est pas une obligation de résultat mais une obligation de moyen (29 bis). Les recherches de reclassement peuvent donc ne pas aboutir mais, dans ce

(20) Soc. 19 janv. 2005 n° 03-41479, Dr. Ouv. 2005 p. 264 n. P. Bouaziz.

(21) Soc. 10 mars 1998 n° 95-43871 ; Soc. 12 mars 2002 n° 99-43936 ; Soc. 4 fév. 2009 n° 07-44498, Dr. Ouv. 2009 p. 621 n. F. Saramito.

(22) Soc. 13 janv. 2009 n° 07-43101.

(23) Art. 100 Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2009.

(23 bis) Même si une décision récente affirme que « *la salariée n'avait pas l'obligation d'informer l'employeur de l'exercice du recours contre l'avis d'inaptitude* », Soc. 3 fév. 2010, p. n° 08-44455.

(24) Soc. 24 avr. 2001 n° 97-44104 ; add. Soc. 6 janv. 2010 n° 08-44177.

(25) Soc. 11 juin 1987 Bull. V p. 242.

(26) Soc. 6 fév. 2008 n° 06-44413, Dr. Ouv. 2008 p. 494 n. P. Tillie.

(26 bis) Soc. 14 sept. 2009 n°08-42878, JCP ed. S 19 janv. 2010 n. P.Y. Verkindt.

(27) Art. L. 4624-1 du Code du travail.

(28) Soc. 23 sept. 2009 n° 08-42629.

(29) Article L. 1226-2 du Code du travail.

(29bis) F. Héas prec. note 1.

cas, l'employeur a la charge de la preuve de l'impossibilité de reclasser.

Pour cela, il devra établir l'existence de recherches sérieuses et concrètes et l'impossibilité de concrétiser une proposition de reclassement. Ces recherches doivent être faites après l'avis définitif du médecin du travail même si elles ont été entreprises pendant l'arrêt de travail ou entre les deux examens médicaux (30). L'employeur est tenu de rechercher parmi les emplois disponibles et n'est pas tenu d'imposer la mutation d'un autre salarié pour libérer une place adaptée (31).

En revanche, l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur et non sur le médecin du travail, les recherches de reclassement sont requises au cas d'avis d'inaptitude à *tout emploi* dans l'entreprise (32). En effet, à la différence du médecin, l'employeur peut mettre en œuvre des solutions d'aménagement ou de transformations de postes de travail et peut surtout élargir le champ de la recherche non seulement à toute l'entreprise en cas d'établissements multiples, mais aux entreprises du groupe auquel appartient l'entreprise, parmi celles dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation autorisent la permutation de tout ou partie du personnel (33).

Il appartient au juge du fond d'apprécier, en cas de licenciement justifié par l'impossibilité de reclassement, les données objectives produites par l'employeur. Les situations sont très variables compte tenu de la taille de l'entreprise, de son activité, de la qualification et de la polyvalence du salarié, de la situation économique de l'entreprise. Cependant, les entreprises organisées qui résistent à l'obligation légale peuvent être tentées d'adopter la stratégie du dossier d'impossibilité de reclassement, soit par la proposition de reclassement inacceptable pour le salarié, soit par la recherche de l'aval du CHSCT ou des délégués du personnel à la thèse patronale, soit encore par la fausse recherche dans les unités de l'entreprises ou du groupe.

Dès lors que, sur ce dernier point, l'obligation de recherche est commune aux salariés concernés par un licenciement économique et aux salariés déclarés inaptes (33 bis), la jurisprudence récente de la Cour de cassation peut inquiéter. Elle considère que la Cour d'appel ne pouvait condamner un employeur « *après avoir constaté que ce dernier avait, préalablement au licenciement, interrogé l'ensemble des sociétés du groupe sur l'existence de postes vacants ou susceptibles d'être créés et qu'il avait reçu de chacune une réponse négative*

excluant toute possibilité de reclassement » (34). Faut-il admettre aujourd'hui qu'une partie au procès puisse se constituer des preuves à elle-même ? Il suffit, en effet, d'une directive occulte du DRH du groupe pour que le refus des sociétés filiales soit unanime.

En dehors de ces hypothèses, nombreux sont les dossiers vides de justification parce que l'employeur ne tient pas à dévoiler outre mesure son organisation du travail et sa stratégie d'emploi et parce qu'un licenciement, *même injustifié*, d'un travailleur inapte peut aussi coûter moins cher qu'un reclassement pérenne. C'est pourquoi un régime de sanctions stimulant la recherche sérieuse d'une solution de maintien dans l'emploi serait susceptible de parfaire un système nouveau mais déjà émergent dans la jurisprudence qui renforce la procédure visant à maintenir le salarié dans l'emploi.

Car les règles contraignantes dépourvues de sanction ne sont pas appliquées. Ainsi en est-il de la disposition réservée aux salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle : « *Lorsque l'employeur est dans l'impossibilité de proposer un autre emploi au salarié, il lui fait connaître par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement* » (35). Cette disposition, qui n'a évidemment pas le même objet que la motivation obligatoire de la lettre de licenciement, aurait pu contribuer, par les justifications imposées, à élever le niveau d'une obligation menacée de délitement.

La procédure vise à rétablir l'égalité des parties dans l'application du droit. Si le droit au maintien dans l'emploi est reconnu au salarié, il doit pouvoir au moins en contrôler et discuter les conditions de sa mise en œuvre.

Le pouvoir restera à l'employeur, c'est aujourd'hui un principe constitutionnel, mais ce pouvoir peut être encadré, discuté, sanctionné. Le médecin du travail jouit d'une autorité plus forte qu'il ne le pense (36).

Les représentants du personnel doivent être associés au processus. Mais ils doivent recevoir une formation et utiliser plus complètement les possibilités offertes par le Code du travail. Le salarié, enfin, peut être entendu sur ses perspectives d'avenir.

Des employeurs peuvent adopter une conduite conforme à ce modèle. Mais les bonnes pratiques ne chassent pas toujours les mauvaises. Il ne peut donc être question de laisser l'application du droit à la bonne volonté des acteurs.

Daniel Joseph

(30) Soc. 26 nov. 2008 n° 07-44061.

(31) Soc. 15 nov. 2006 n° 05-40408.

(32) Soc. 7 juil. 2004 n° 02-43141, Dr. Ouv. 2004 p. 541 n. F. Héas ; Soc. 19 oct. 2005 n° 02-46173.

(33) Soc. 19 mai 1998 n° 96-41265 ; Soc. 10 juil. 2002 n° 00-40209 ; Soc. 6 janv. 2010 n° 08-44177.

(33 bis) F. Héas prec. note 1.

(34) Soc. 14 janv. 2009 n° 07-42056 et s.

(35) Article L 1226-12 du Code du travail.

(36) Soc. 10 nov. 2009 n° 08-42674, JCP ed. S 19 janv. 2010 n. P.Y. Verkindt