

L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT AU CANADA ET L'OBLIGATION FRANÇAISE DE RECLASSEMENT : CONVERGENCES, DIVERGENCES ET IMPACTS SUR LE MAINTIEN EN EMPLOI DU SALARIÉ EN ÉTAT D'INCAPACITÉ

Anne-Marie Laflamme et Sophie Fantoni-Quinton*

L'obligation d'accommodement de l'employeur face à une incapacité est un concept canadien issu de la jurisprudence ; en regard, le salarié français en situation d'incapacité est titulaire d'un véritable droit au reclassement inscrit dans la loi, mais un que les juges ont également dû baliser. Dans les deux cas, ces avancées témoignent d'une volonté d'intégrer pleinement les personnes handicapées sur le marché du travail. Si les jurisprudences de ces deux pays ont une même finalité, soit le maintien du lien d'emploi du salarié en état d'incapacité, elles sont intéressantes à mettre en perspective mutuellement dans la mesure où les positions françaises sont moins précises, ce qui n'est pas sans conséquence en termes d'effectivité du maintien en emploi. De plus, la mise en œuvre de ces obligations diffère sensiblement d'un pays à l'autre en raison des particularités propres aux régimes sociaux de chacun ainsi qu'aux différentes responsabilités qui incombent aux acteurs du milieu de travail. L'objectif de cet article est d'examiner les convergences et les divergences de ces deux systèmes de droit positif dans une perspective d'enrichissement mutuel.

INTRODUCTION	122
I. LES SOCLES COMMUNS ET LES DIFFÉRENCES ENTRE LES OBLIGATIONS D'ACCOMMODEMENT ET DE RECLASSEMENT DU TRAVAILLEUR VICTIME D'UNE INCAPACITÉ	122
A. Les fondements de l'obligation d'accommodement au Canada.....	123
B. Les fondements de l'obligation française de reclassement	125
C. Les concepts d'aptitude et d'incapacité : des distinguos qui conditionnent, en France, les obligations de l'employeur	126
D. Des obligations s'imposant tardivement et limitées par les fondements même du contrat de travail	128
II. LES CONTOURS DES NOTIONS D'ACCOMMODEMENT ET DE RECLASSEMENT	129
A. La mise en œuvre de l'obligation d'accommodement canadienne et de l'obligation française de reclassement : des limites mieux définies en droit canadien	130
B. Les obligations du salarié et le rôle des instances syndicales et des représentations du personnel	135
CONCLUSION.....	136

* Anne-Marie Laflamme, avocate et professeure, Faculté de droit, Université Laval ; chercheuse au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) et membre de la Chaire en gestion de la santé et de la sécurité du travail dans les organisations. Sophie Fantoni-Quinton, praticien hospitalier, Docteure en droit, CHRU, Université Lille II, chercheuse au GIP-CERESTE-LEREDS.

INTRODUCTION

Au Canada comme en France, la jurisprudence relative aux obligations de l'employeur en matière de reclassement de ses salariés souffrant d'une incapacité est particulièrement dense. Elle reflète les préoccupations fortes en matière de maintien dans l'emploi. Au Canada, on parle d'obligation d'accommodement ; en France, d'obligation de reclassement.

Les raisons de ce phénomène sont multiples, essentiellement liées aux aspirations sociales en matière de bien-être, notamment au travail, mais aussi aux exigences du respect du droit à l'égalité et de l'interdiction de discrimination. Ces nouvelles exigences sociales transparaissent d'ailleurs également dans les chartes, dont se dotent de plus en plus d'entreprises voulant afficher une image correspondant aux attentes de la société¹.

L'étendue de ces obligations respectives est difficile à circonscrire, mais il semble clair que malgré certaines divergences, les deux systèmes juridiques convergent, au moins dans leur ambition. Cette tendance est l'œuvre des juges des deux pays, soucieux d'apporter des réponses concrètes aux attentes des salariés victimes d'un handicap, à savoir le maintien en emploi lorsque c'est possible, quitte à sanctionner les employeurs trop peu diligents dans la recherche d'une solution de maintien.

Or, si la jurisprudence canadienne tente de baliser le plus précisément possible l'étendue et les limites de ces obligations, il n'en est pas de même en France, où il n'existe à l'heure actuelle aucun critère précis, et où les exigences envers les employeurs vont toujours en augmentant. De telles imprecisions sont de nature à vider de tout sens l'objectif premier de ces obligations, soit le maintien dans l'emploi, et surtout à générer une situation d'insécurité juridique à force d'exigences impossibles à délimiter. Au contraire, au Canada, les efforts effectués par les juges pour mieux définir les contours de l'obligation d'accommodement sont porteurs de davantage de sécurité juridique et incitent à la recherche d'une véritable solution de maintien en emploi dans le cadre d'une démarche méthodique. Une réflexion croisée sur ces évolutions jurisprudentielles amène donc un éclairage intéressant sur les vocations et les tensions qui sous-tendent ces obligations dans les deux pays et sur les risques que généreraient des exigences trop fortes en ce domaine.

Mettre en perspective les deux systèmes juridiques en matière d'accommodement et de reclassement nécessite au préalable d'analyser les sources de ces obligations, mais également les concepts de maladie, d'aptitude, d'incapacité et d'adaptation. Ainsi, nous nous efforcerons de comprendre, grâce au parallèle entre les deux pays, en quoi l'obligation d'accommodement raisonnable est vectrice d'une réelle volonté des juges de rendre cette obligation réaliste, et ce, malgré certaines difficultés que nous soulignerons au passage. À cet effet, la jurisprudence française, dont on devine des ambitions et des frontières communes avec celles du Canada, suscite une insécurité juridique, mais surtout une inefficacité en matière de maintien dans l'emploi. Nous présenterons d'abord les socles communs et les différences entre les deux types d'obligations (I), pour ensuite en préciser les contours, afin d'en vérifier les effets véritables sur le maintien en emploi (II).

I

LES SOCLES COMMUNS ET LES DIFFÉRENCES ENTRE LES OBLIGATIONS D'ACCOMMODEMENT
ET DE RECLASSEMENT DU TRAVAILLEUR VICTIME D'UNE INCAPACITÉ

La comparaison des obligations dans les deux pays nécessite d'en comprendre les fondements respectifs (I.A et I.B), mais également de préciser certains concepts tels que l'aptitude et l'incapacité, qui conditionnent d'une manière particulière les obligations de l'employeur en France (I.C). Ce parallèle démontre aussi que, dans les deux pays, l'obligation présente des limites liées à sa mise en œuvre tardive, ainsi qu'aux fondements mêmes du contrat de travail qui en encadrent la portée (I.D).

¹ S. Fantoni-Quinton, « Whistleblowing, chartes éthiques, dispositifs d'alertes professionnelles... Quels enjeux possibles en santé-travail ? » (2008) 5 *Éthique et santé* 139.

A. Les fondements de l'obligation d'accommodement au Canada

La *Charte canadienne des droits et libertés*², véritable charte constitutionnelle, interdit, comme la Constitution française, toute discrimination fondée sur un ensemble de motifs incluant, entre autres, les déficiences mentales ou physiques. Pour autant, ni l'un, ni l'autre de ces textes fondamentaux ne prévoit expressément l'obligation d'accommodement ou de reclassement à l'égard d'individus atteints d'incapacité.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*³ interdit, par l'entremise des articles 3 et 7, toute discrimination fondée notamment sur la déficience, particulièrement dans le cadre de la relation d'emploi. L'employeur peut toutefois justifier sa norme d'emploi en démontrant qu'il s'agit d'une exigence professionnelle justifiée ; l'obligation d'accommodement a été introduite en 1998 comme limite à ce moyen de défense⁴. Cette loi gouverne les relations de travail de la fonction publique fédérale, ainsi que celles des entreprises qui relèvent de la compétence fédérale en droit du travail.

Par ailleurs, toutes les provinces canadiennes ont une législation visant la protection des droits de la personne, prohibant la discrimination dans l'emploi, notamment celle fondée sur le handicap, l'incapacité, la déficience ou l'invalidité⁵. Malgré les différentes terminologies utilisées, la Cour suprême du Canada a précisé qu'il fallait accorder à ces termes une même signification, large et libérale⁶. Ces dispositions s'appliquent aux employés de la fonction publique provinciale, ainsi qu'aux salariés des entreprises qui relèvent de la compétence de la province concernée. Toutes ces lois comportent une défense d'exigence professionnelle justifiée et certaines prévoient expressément une obligation d'accommodement⁷. Ainsi, l'absence de dispositions relatives à l'accommodement est peu problématique puisque la jurisprudence canadienne a fait de cette obligation une composante du droit à l'égalité, et ce, dès 1985. En effet, dans l'arrêt *O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*⁸, la Cour suprême déclara que l'employeur devait prendre des mesures raisonnables afin d'accommoder une employée incapable d'observer ses préceptes religieux en raison de l'horaire de travail qui lui était imposé.

Par la suite, au terme d'une longue évolution jurisprudentielle, la Cour suprême du Canada adopta finalement un test en trois étapes que l'employeur doit franchir, afin de démontrer que sa norme d'emploi, discriminatoire à première vue, constitue une exigence professionnelle justifiée. Dans l'arrêt *Meiorin*⁹, la décision de principe portant sur cette question, elle précisa que l'employeur doit démontrer :

- i) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause ;
- ii) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail ;

² *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11. Notons que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique qu'aux actes du Parlement et du gouvernement fédéral pour tous les domaines relevant de sa compétence, ainsi qu'à la législature et au gouvernement de chacune des provinces et territoires, également dans leur champ de compétence. En matière d'emploi, elle s'applique aux employés de la fonction publique ainsi qu'à un certain nombre d'autres salariés plus ou moins associés à l'activité gouvernementale selon les critères établis par la jurisprudence.

³ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 3 et 7.

⁴ *Ibid.*, art. 15.

⁵ Voir par ex., en Ontario : le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19, art. 5 ; au Manitoba : le *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-1988, c. 45, C.P.L.M. c. H175, art. 9, 14 ; en Alberta : *Human Rights, Citizenship, and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, c. H-14, art. 7.

⁶ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville de)*, [2000] 1 R.C.S. 665 [*Commission des droits de la personne*].

⁷ À titre d'exemple, l'obligation d'accommodement est prévue expressément par les art. 17(2) et 24(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, *supra* note 5, de même que par l'art. 12 du *Code des droits de la personne* du Manitoba, *supra* note 5. Notons qu'au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, ne prévoit pas expressément d'obligation d'accommodement.

⁸ *O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 [*Simpsons-Sears*].

⁹ *Colombie-Britannique (Public service Employee relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3 [*Meiorin*].

- iii) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive [nos soulignés]¹⁰.

Ainsi, la Cour suprême du Canada énonçait dans cet arrêt que l'accommodement doit être intégré à l'intérieur même de la norme d'emploi, cette dernière devant permettre de tenir compte de la situation de chacun lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire. En l'espèce, la Cour jugea que la norme aérobique, qui consistait à parcourir une distance de 2,5 km en moins de 11 minutes, imposée par l'employeur à ses pompiers forestiers à titre de condition de leur maintien en emploi, était discriminatoire, car elle ne tenait pas compte des différences physiologiques entre les hommes et les femmes. Elle conclut donc que l'employeur ne pouvait pas invoquer cette norme afin de justifier le congédiement de la salariée qui n'était pas en mesure d'y satisfaire.

En application de ces principes, dès que le salarié démontre avoir été victime d'une mesure discriminatoire, de manière directe ou indirecte, notamment en relation avec son incapacité physique ou mentale, il appartient à l'employeur de faire la preuve que sa norme constitue une exigence professionnelle justifiée. Or, pour satisfaire ce fardeau, l'employeur doit démontrer qu'il a respecté son obligation d'accommodement raisonnable jusqu'à la limite de la contrainte excessive. Rappelons que la Cour suprême du Canada a retenu une interprétation large et généreuse des notions de déficience et de handicap, estimant que ceux-ci pouvaient résulter tout autant d'une limitation physique que d'une affection, d'une construction sociale, d'une perception de limitation ou d'une combinaison de tous ces facteurs¹¹. Ainsi, l'obligation d'accommodement de l'employeur entre en jeu dès que le salarié démontre qu'il a été victime d'une distinction ou d'une exclusion qui compromet son droit à l'égalité et qui est fondée sur son état de santé, et ce, peu importe que l'incapacité du salarié soit réelle ou perçue, permanente ou temporaire¹².

On remarque cependant que dans certaines provinces canadiennes, la mise en œuvre du droit au retour au travail suite à une incapacité peut faire appel à des règles particulières si l'on est en présence d'une lésion d'origine professionnelle. Dans un tel cas, le législateur a parfois introduit dans la législation portant sur la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, certaines obligations de reclassement variant selon la législation provinciale concernée¹³.

À cet effet, au Québec, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹⁴ permet aux salariés victimes d'une lésion professionnelle d'invoquer un droit de retour au travail pendant un délai déterminé. Elle impose ainsi à l'employeur l'obligation d'offrir un emploi convenable, respectant les restrictions du salarié aux prises avec des limitations fonctionnelles l'empêchant de réintégrer le poste qu'il occupait au moment de son accident de travail ou de la manifestation de sa maladie professionnelle¹⁵. Or, compte tenu des répercussions de plus en plus larges de l'obligation d'accommodement raisonnable, celle-ci est devenue, à certains égards, plus avantageuse que ce droit au reclassement consacré dans la *LATMP*. Cette situation se révèle problématique en raison du cloisonnement de la compétence des tribunaux administratifs chargés de l'application de ces différentes législations. À titre d'exemple, au Québec, dans le cas de limitations fonctionnelles imputables à une lésion professionnelle, c'est la Commission de la santé et de la sécurité du travail (organisme public chargé de l'application de la *LATMP*) qui possède la compétence exclusive pour déterminer la capaci-

¹⁰ *Ibid.* au para. 54.

¹¹ *Commission des droits de la personne, supra* note 6 à la p. 700. Ce faisant, la Cour suprême rejetait la conception biomédicale du handicap, selon laquelle cette notion impliquait la présence de limitations fonctionnelles, pour adopter une approche multidimensionnelle en s'inspirant notamment de la définition retenue par l'Organisation mondiale de la santé (OMS).

¹² Anne-Marie Laflamme, «L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi?» (2002) 62 R. du B. 125 à la p. 141

¹³ Il faut savoir qu'en vertu des règles régissant le partage des compétences au Canada, les régimes d'indemnisation en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles ont été considérés comme relevant de la compétence exclusive des provinces, le Parlement canadien n'ayant compétence pour légiférer qu'à l'égard de ses propres employés.

¹⁴ *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q. c. A-3.001 [*LATMP*].

¹⁵ *Ibid.*, art. 234 et suivants.

té du travailleur à exercer son emploi prélesionnel, un emploi équivalent ou un emploi convenable, sans que l'employeur n'ait à démontrer qu'il a satisfait à son obligation d'accommodement. Pourtant, l'obligation d'accommodement devrait s'imposer à l'employeur en toutes situations, compte tenu de son caractère prééminent. Ces questions, à l'heure non résolues, sont susceptibles de priver les salariés victimes d'une lésion professionnelle de la pleine reconnaissance de leur droit à l'égalité¹⁶.

B. Les fondements de l'obligation française de reclassement

Sous l'impulsion européenne¹⁷, la France, dans la *Loi de lutte contre les discriminations*¹⁸ interdit toute discrimination fondée sur un ensemble de motifs, incluant le handicap. En parallèle, le *Code du travail* français, là encore sous l'influence des directives européennes, impose à l'employeur, dans le cadre de l'interdiction de discrimination, l'obligation de justification et de proportionnalité dans les exigences professionnelles qu'il pourrait faire valoir vis-à-vis d'un salarié par rapport aux exigences réelles d'un poste à pourvoir¹⁹. L'article L1134-1 précise l'aménagement de la charge de la preuve en cas de recours auprès des juridictions prud'homales. La victime doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte exercée par l'entreprise. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Toutefois, l'obligation française de reclassement trouve essentiellement sa source, d'une part, dans les textes généraux, et plus particulièrement en application de la théorie générale des obligations du *Code civil*²⁰. Comme le rappelle l'auteure Marion Del Sol²¹, les articles 1134 et 1135 de ce code disposent que les contrats «doivent être [exécutés] de bonne foi», et que ceux-ci «obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature». D'autre part, le *Code du travail* français²² est spécialement venu imposer l'obligation de recherche d'un reclassement lorsque l'inaptitude est d'origine professionnelle. L'employeur ayant fait courir un risque qui s'est réalisé, il se doit d'atténuer les conséquences de ce risque pour son salarié, en s'efforçant de rechercher un poste de travail compatible avec son incapacité résultant de la réalisation de ce risque.

Les tribunaux ont progressivement étendu cette obligation de recherche d'un poste à l'ensemble des inaptitudes, d'origine professionnelle ou non. Mais le législateur n'a entériné ces interventions

¹⁶ Pour une étude de la question, voir Anne-Marie Laflamme, «Le droit de retour au travail et l'obligation d'accommodement : le régime des lésions professionnelles peut-il résister à l'envahisseur ?» (2007) 48 C. de D. 215.

¹⁷ Voir *Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 (convention qui consacre à son article 14, par l'utilisation des mots «toute autre situation», une interdiction de discrimination très large incluant notamment la discrimination fondée sur le handicap).

¹⁸ *Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, J.O., 28 mai 2008, 8801.

¹⁹ Selon les directives européennes, une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes relevant d'un des motifs discriminatoires prévus par les directives en rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires. Voir CE, *Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*, [2000] J.O. L 180/22, art. 2(2)b); CE, *Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, [2000] J.O. L 303/16 à l'art. 2(2)b).

²⁰ Voir Jean Savatier, «L'obligation de reclassement des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi», dans *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Paris, Economica, 1995 à la p. 387. Voir généralement Jean Savatier, «L'obligation de reclassement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à tout emploi dans l'entreprise», (2005) 1 Dr. soc. 31.

²¹ Marion Del Sol, «L'obligation prétorienne de reclassement en matière de licenciement économique : esquisse d'un régime juridique», *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 42 (19 octobre 1995) 498.

²² Voir *Loi n° 81-3 du 7 janvier 1981 relative à la protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle*, J.O., 8 janvier 1981, 191 (Loi qui amende le *Code du travail* français et permet aux victimes d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle le maintien dans l'emploi pendant la période d'indisponibilité et limite le droit de l'employeur au licenciement. Ainsi, cette loi pose juridiquement l'idée de recherche de la poursuite du contrat de travail par un reclassement).

jurisprudentielles qu'en 1992²³, en des termes très proches de la loi de 1981, à la nuance près qu'il n'avait pas prévu dans ce dernier texte la possibilité d'aménager le temps de travail²⁴. Cette lacune a été comblée par la loi du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées²⁵, accentuant ainsi l'harmonisation de l'étendue du champ des recherches en matière de reclassement, quelle que soit l'origine de l'inaptitude. Désormais, les deux régimes juridiques sont presque identiques, à l'exception, des conséquences indemnitaires de leur violation par l'employeur, et de la nécessité des interventions des délégués du personnel dans la recherche de reclassement de l'accidenté du travail. Concrètement, en parallèle parfait avec l'interdiction de discrimination, la charge de la preuve en matière de reclassement repose sur l'employeur, puisque c'est lui le débiteur de cette obligation²⁶. Pour satisfaire à ce fardeau, l'employeur doit démontrer qu'il a respecté son obligation de recherche, sans pour autant que le champ de cette dernière ne soit clairement défini.

Dans les deux pays, le droit à l'égalité et l'interdiction de discrimination offrent donc des socles communs à ces obligations d'accommodement ou de reclassement. Ils ouvrent sur la notion de discrimination positive, qui permet d'accorder un avantage social à une catégorie de salariés considérée défavorisée, tels les salariés présentant une incapacité. Cette conception du droit à l'égalité (écartant l'égalité formelle au profit d'une égalité réelle) met en application les principes promus par l'Organisation mondiale de la santé, selon lesquels le handicap découle le plus souvent d'une construction sociale, de sorte que l'intégration des personnes qui ont une déficience requiert, au premier chef, la modification de l'environnement socio-économique dans lequel elles se trouvent²⁷. On remarque toutefois que le lien avec le droit à l'égalité est plus affirmé dans la jurisprudence canadienne que dans la jurisprudence française²⁸.

C. Les concepts d'aptitude et d'incapacité : des distinguos qui conditionnent, en France, les obligations de l'employeur

Si l'incapacité, la déficience et l'invalidité sont des notions assimilables pour la Cour suprême du Canada (en ce qui concerne leurs implications en matière d'accommodement) et que la notion de handicap est commune aux deux pays grâce à l'approche proposée par l'Organisation mondiale de la santé, la définition de l'incapacité est en revanche différente en France. Ses effets diffèrent selon celui qui constate cette incapacité, notamment en ce qui concerne le point de départ de l'obligation de reclassement de la part de l'employeur. Il faut donc ici approfondir les notions d'incapacité et d'inaptitude qui conditionneront, en France, le champ des obligations de l'employeur en matière de reclassement.

En France, il faut d'abord distinguer si l'incapacité est temporaire ou permanente. L'incapacité temporaire correspond au moment où le salarié perçoit des indemnités journalières par l'organisme de sécurité sociale, et sa période est délimitée par les arrêts de travail de son médecin traitant qui contrôle le médecin-conseil de l'assurance maladie²⁹. Quant à l'incapacité permanente, elle corres-

²³ *Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992*, J.O., 1^{er} janvier 1993, 23.

²⁴ Hubert Seillan, «L'inaptitude médicale à l'emploi occupé après la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992» (1993) *Actualité Législative Dalloz* 126.

²⁵ *Loi n° 2005-102 du 11 février 2005*, J.O., 12 février 2005, 2353.

²⁶ Laurence Péru-Pirotte, «La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008», *La Semaine Juridique Sociale* n° 23 (3 Juin 2008) 1314. L'auteure y précise que la *Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008* transpose le concept de discrimination tel que défini par le droit communautaire. La loi prévoit également un meilleur dispositif de protection des victimes, ainsi qu'un réaménagement de la règle de preuve.

²⁷ Cette façon de différencier les facettes de la déficience qui se trouvent chez la personne elle-même (affection et limitation fonctionnelle) de celles qui résultent d'une construction sociale (le handicap) est approfondie par le professeur J. E. Bickenbach, *Physical Disability and Social Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1993. Voir également la classification internationale des handicaps de l'Organisation mondiale de la santé, disponible en anglais seulement : WHO. «International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)», en ligne : WHO <<http://www.who.int/classifications/icf/en/index.html>>.

²⁸ Voir notamment au Canada les arrêts *Granovsky c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703 aux para. 34-35 et *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650 au para. 181.

²⁹ En l'occurrence, les médecins-conseil des organismes de sécurité sociale sont chargés, entre autres attributions,

pond au moment où la lésion se fixe et prend un caractère définitif, qui va de pair avec l'arrêt du versement des prestations temporaires³⁰, incitant à une reprise du travail par le salarié, mais sans incidence en soi sur une quelconque obligation de l'employeur (mise à part l'obligation de soumettre son salarié à une visite de reprise par le médecin du travail³¹). Le médecin-conseil est donc l'arbitre du champ de l'incapacité au travail³². Le médecin du travail a, quant à lui, la compétence exclusive (et incontournable pour l'employeur) de l'«aptitude au poste de travail», une notion spécifiquement française qui corrèle l'état de santé d'un salarié aux contraintes particulières d'un poste de travail. Ainsi, une adaptation de poste peut être demandée lors d'une incapacité, temporaire ou permanente, reconnue ou non par la Sécurité sociale, dès lors qu'elle est évoquée par le médecin du travail par l'entremise d'un avis d'aptitude avec réserves (*a fortiori* en cas d'inaptitude). D'ailleurs, à l'issue d'un arrêt de travail, le *Code du travail* français prévoit, sous certaines conditions, la nécessité d'une visite de reprise réalisée par le médecin du travail³³. L'avis d'aptitude alors émis peut être nuancé par des propositions d'adaptations de poste (ou aménagements), en fonction des contraintes propres du poste de travail, qui sont susceptibles d'être incompatibles avec l'état de santé du salarié.

Face à ces préconisations, l'employeur est tenu d'adapter le poste de travail de son salarié. Cette obligation d'adaptation au poste connaît un regain d'attention de la part des juges³⁴, compte tenu notamment de la montée en puissance de l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur³⁵, et qui doit le conduire à offrir au salarié un environnement professionnel physiquement et psychologiquement adéquat. Ainsi, en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, par exemple en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise. Le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver³⁶. L'employeur doit assurer l'effectivité de cette obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des salariés, notamment en prenant en compte les mesures individuelles préconisées par le médecin du travail³⁷.

L'obligation d'adaptation est ainsi renforcée après un avis d'aptitude avec demande d'aménagement ou d'adaptation du poste de travail par le médecin du travail, car l'employeur se doit de respecter scrupuleusement ces préconisations³⁸ (sauf recours auprès de l'Inspection du travail), sous peine d'être systématiquement condamné, en cas de contentieux, pour rupture du contrat de

d'apprécier et de contrôler le droit aux prestations des assurés sociaux en arrêt de travail dans les cas de maladie personnelle, accident de travail ou maladie professionnelle.

³⁰ Cette phase peut éventuellement, en fonction de l'importance de l'incapacité, aboutir au versement d'une rente.

³¹ Le médecin du travail est un médecin salarié et indépendant de l'employeur qui outre son action sur le milieu de travail, a pour rôle médical de prévenir l'altération de la santé des salariés. Pour ce faire, il voit les salariés en visite médicale et émet un avis (pouvant être contesté) d'aptitude, d'aptitude avec aménagements préconisés ou d'inaptitude au poste de travail.

³² Carole Gayet, «Aptitude, invalidité : rôles respectifs du médecin du travail, du médecin-conseil et du médecin traitant. Pratiques et déontologie» (2005) 104 Documents pour le médecin du travail 441.

³³ Art. R. 4624-21 *Code du travail* français.

³⁴ Voir notamment les nombreux arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation en ce sens : Cass. soc., 9 juillet 2008, Bull. civ. 2008.V.169, n° 151, pourvoi n° 07-41318 [07-41318] ; Cass. soc., 21 mai 2008, pourvoi n° 07-41269 [Non publié au bulletin] ; Cass. soc., 21 mai 2008, pourvoi n° 07-41277 [Non publié au bulletin].

³⁵ Voir Sylvie Bourgeot et Michel Blatman, «De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés» (2006) 6 Dr. soc. 653.

³⁶ Voir en ce sens l'abondante jurisprudence étayant cette obligation de sécurité de résultat et initiée par les 24 arrêts relatifs à l'exposition à l'amianté émis le 28 février 2002, dont Cass. soc., 28 février 2002, Bull. civ. 2002.V.74, n° 81, pourvoi n° 99-17201.

³⁷ «[L']employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité en prenant en considération les propositions de mesures [individuelles] telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé des travailleurs que le médecin du travail est habilité à faire[.]». Cass. soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-42925 [Non publié au bulletin]. En accord avec Cass. soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-46134 [Non publié au bulletin].

³⁸ Voir Cass. soc., 19 décembre 2007, Bull. civ. 2007.V.231, n° 216, pourvoi n° 06-43918 (concernant un salarié dont l'aménagement de poste n'avait pas été effectué par l'employeur et qui avait été ensuite licencié pour diminution de productivité).

travail sans cause réelle et sérieuse. Par exemple, il ne pourra contester auprès du juge la validité de cet avis, ni l'excessivité des aménagements demandés ou encore la difficulté (ou le coût) de leur mise en œuvre. Pourtant, à l'heure actuelle, un avis d'inaptitude au poste antérieur implique une obligation particulière de reclassement dans le délai contraint d'un mois³⁹. Ainsi, l'obligation d'adaptation du poste en cas d'aptitude avec «réserves» ne semble pas devoir aller jusqu'au reclassement, qui n'est imposé que dans la seule hypothèse d'une inaptitude régulièrement constatée après deux visites médicales.

Il faut donc noter que la présence du médecin du travail est incontournable pour obtenir une adaptation ou un reclassement, puisque tout avis émanant d'un autre médecin n'entraînera, en France, aucune obligation pour l'employeur.

Au Canada, la définition de l'incapacité est, quant à elle, extensive, tandis que l'obligation d'accommodement raisonnable s'étend à toute altération de l'état de santé, peu importe qu'elle entraîne des limitations temporaires ou permanentes⁴⁰, dès que l'incapacité est entérinée par un certificat médical, quel que soit l'auteur de ce certificat, sous réserve d'une preuve médicale contradictoire apportée par l'employeur. Par contre, l'exercice du droit à l'accommodement raisonnable par les salariés victimes d'une lésion professionnelle peut présenter certaines limites, tel que nous l'avons exposé précédemment.

D. Des obligations s'imposant tardivement et limitées par les fondements même du contrat de travail

Est-ce à dire que ces obligations n'existent qu'en cas d'inaptitude en France ou de handicap au Canada, et qu'en aucun cas l'accommodement raisonnable ou le reclassement ne peuvent intervenir en amont, soit *avant* que l'état de santé ne s'altère, justement pour éviter (*prévenir*) l'altération de la santé du salarié ? Autrement dit, l'altération de la santé est-elle un préalable nécessaire pour obtenir un emploi adapté aux capacités et limites fonctionnelles du salarié ?

Ici encore, il faut distinguer entre les deux pays. En France, le médecin du travail peut intervenir en amont pour demander une adaptation du poste de travail, même sans incapacité «reconnue» administrativement. Cette possibilité n'est pas prévue explicitement au Canada, où seuls le droit au retrait préventif et le droit de refus, lorsqu'ils sont prévus dans les législations sur la santé et la sécurité au travail, sont susceptibles d'intervenir. Ces droits, lorsqu'ils existent, sont d'application très limitée⁴¹, comme c'est le cas en France⁴². Par contre, l'obligation d'accommodement canadienne entre en jeu dès que le salarié demande à son employeur, preuve médicale à l'appui, une adaptation de ses tâches en raison de son handicap.

En France, même si la loi⁴³, renforcée par la jurisprudence, impose à l'employeur une *adaptation* de poste face à toutes les remarques et préconisations du médecin du travail, l'obligation d'adaptation est moins exigeante en termes d'effort pour l'employeur, qu'un reclassement qui doit aller beaucoup plus loin dans la recherche de solutions. Dans les deux cas pourtant, il existe à l'origine une incapacité du salarié. Dans le premier cas, il s'agit d'une «aptitude conditionnelle» qui s'inscrit dans une démarche de maintien dans l'emploi, et dans le second, cette incapacité aboutit à un «avis d'inaptitude» dont les effets seront différents pour l'employeur. Ces distinctions n'existent

³⁹ Art. L. 1226-2 à 4 *Code du travail* français.

⁴⁰ Anne-Marie Laflamme, *supra* note 12 à la p. 141; Dominic Roux et Anne-Marie Laflamme, «Le droit de congédier un employé physiquement ou psychologiquement inapte : revu et corrigé par le droit à l'égalité et le droit au travail» (2008) 48 C. de D.189 aux pp. 197-99.

⁴¹ Dans les provinces canadiennes, le droit de refus est habituellement limité aux situations où le salarié a des motifs légitimes de croire que l'exécution d'une tâche l'expose à un danger pour sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique. Au Québec, la loi reconnaît en outre le droit au retrait préventif pour le salarié exposé à un contaminant et dont l'état de santé présente des signes d'altération, ainsi qu'un droit au retrait préventif pour la salariée enceinte. Voir *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., S-2.1, art. 12, 32, 40 [LSST].

⁴² Le droit de retrait permet à un salarié de se retirer d'une situation de travail dont il a motif de penser qu'elle présente un danger grave et imminent. Si le salarié dispose d'une latitude d'appréciation, en revanche, il est peu utilisé face aux risques autres qu'accidentels. Voir Art. L. 4131-1 *Code du travail* français.

⁴³ Art. L. 4624-1 *Code du travail* français.

pas au Canada. Dans une perspective préventive, l'employeur français devrait être tenu à une obligation de même envergure à l'égard de tous ses salariés qui nécessitent une adaptation de leur poste ou de leurs conditions de travail en raison de leur état de santé, et ce, sans égard au fait qu'ils fassent l'objet d'une « aptitude conditionnelle » ou d'une déclaration d'inaptitude. Cette mesure favoriserait une meilleure adéquation entre le poste de travail du salarié et sa condition physique ou psychologique, de manière à éviter une détérioration de cet état, pour imposer, trop tardivement, un aménagement du poste.

Dans une perspective de prévention, il serait souhaitable que dans les deux pays des mesures plus explicites incitent les employeurs à adapter les postes et des conditions de travail à la physiologie des salariés. En France, certaines conventions collectives octroient expressément un tel avantage à certaines catégories de salariés, par exemple en cas d'intolérance au travail de nuit. C'est le cas notamment dans l'industrie laitière où il est prévu de réaffecter les salariés en poste de jour lorsque le travail de nuit ne leur est plus physiologiquement supportable. Au Canada, même si l'obligation d'accommodement paraît s'imposer dès que l'état de santé le requiert, c'est généralement l'altération de cet état qui engendre la mise en œuvre d'une mesure d'adaptation. Aussi, des textes explicites et plus ciblés offriraient une meilleure protection à l'ensemble des salariés⁴⁴.

Au demeurant, l'étendue de ces obligations soulève, dans les deux pays la question de l'apparente contradiction entre les droits du chef d'entreprise et ceux des salariés présentant une incapacité de travail. Dans les deux systèmes juridiques, l'employeur est libre de conclure un contrat de travail avec l'employé de son choix⁴⁵, sous réserve de ne pas enfreindre les lois d'ordre public ou les droits de la personne. Dans l'exercice de son pouvoir de direction, il peut choisir ses collaborateurs en fonction des besoins qu'il a identifiés en amont, et décider de l'organisation du travail dans un objectif d'efficacité et de productivité, avec les mêmes limites que précédemment. C'est dans cette perspective que le droit canadien reconnaît à l'employeur le droit de justifier une règle apparemment discriminatoire en invoquant la défense d'exigence professionnelle justifiée⁴⁶.

La conciliation des obligations d'accommodement raisonnable et de reclassement avec les objectifs d'efficacité et de productivité de toute entreprise nécessite donc, afin de ne pas corrompre ces notions, de définir leur objectif et leurs limites. Ces tentatives de délimitation caractérisent tant le droit canadien que le droit français, mais paraissent plus complètes dans la jurisprudence canadienne. Cette situation est de nature à mieux asseoir la vocation première de cette obligation d'accommodement, mais aussi à mieux circonscrire, au Canada, l'étendue des obligations des employeurs et des salariés (et de leur syndicat, le cas échéant), et donc à définir plus précisément le rôle et les responsabilités de ces acteurs. Néanmoins, ces balises restent mouvantes et font l'objet de constants remaniements sous la pression respective de chacun.

II

LES CONTOURS DES NOTIONS D'ACCOMMODEMENT ET DE RECLASSEMENT

Au Canada, les limites de l'obligation d'accommodement, mieux définies, sont le fruit d'une longue évolution jurisprudentielle qui contraste avec les décisions peu élaborées issues de la jurisprudence française (II.A). La recherche d'une solution d'accommodement ou de reclassement est également influencée selon le rôle joué par les autres acteurs du milieu du travail, soit les salariés et les instances qui les représentent (II.B).

⁴⁴ Au Québec, l'article 51 de la *LSST* impose à l'employeur l'obligation de prendre les mesures nécessaires afin de protéger la santé, la sécurité et l'intégrité physique du travailleur. Cette obligation de nature préventive pourrait servir d'assise à une obligation d'adaptation des postes et des conditions de travail, avant que l'altération de l'état de santé ne survienne. *LSST*, *supra* note 41, art. 51.

⁴⁵ Fernand Morin, Jean-Yves Brière et Dominic Roux, *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2006, aux pp. 185 -197.

⁴⁶ Comme nous l'avons précisé antérieurement, ce moyen de défense est prévu dans toutes les lois provinciales sur les droits de la personne ainsi que dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 3, art. 15(1)(a).

A. La mise en œuvre de l'obligation d'accommodement canadienne et de l'obligation française de reclassement : des limites mieux définies en droit canadien

Au Canada, l'employeur peut justifier sa norme d'emploi, discriminatoire *a priori*, en démontrant qu'il s'agit d'une exigence professionnelle justifiée, ce qui nécessite la preuve qu'il a satisfait à son obligation d'accommodement raisonnable. En effet, dès lors que les exigences professionnelles sont rationnelles, édictées de bonne foi, raisonnables et nécessaires, elles ne sont pas discriminatoires si l'employeur a tenté, en outre, d'accommoder le salarié handicapé jusqu'à la limite de la contrainte excessive avant de décréter l'impossibilité de maintenir le lien d'emploi.

Le corolaire en France est la notion de libre choix de ses collaborateurs par l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de direction, sous réserve de la seule limite liée à l'interdiction de discrimination. Au demeurant, la comparaison du droit canadien et du droit français laisse apparaître, à la charge du deuxième, le sentiment d'une obligation aux contours plus incertains, délétère quant à l'effectivité du dispositif et donc au maintien du salarié dans son emploi.

S'il existe au Canada des «critères» permettant de circonscrire l'accommodement raisonnable, en revanche ils sont beaucoup plus informels en France s'agissant de l'obligation de reclassement. Il se dessine une jurisprudence plus floue dans la mesure où cette obligation de reclassement est large et incertaine dans ses limites, ce qui nuit à la sécurité juridique de cet édifice jurisprudentiel⁴⁷. Au-delà, on peut s'interroger sur le fait qu'à trop vouloir étendre ces obligations, elles ne puissent jamais être exécutées convenablement au regard des exigences accrues de la part des juges⁴⁸ et que, de ce fait, elles ne fassent même plus l'objet d'un réel effort de la part des employeurs convaincus d'être systématiquement accusés d'insuffisance et condamnés au versement d'une indemnité de licenciement pour rupture du contrat de travail sans cause réelle et sérieuse. Le risque étant qu'en repoussant toujours plus loin l'obligation de reclassement, en sanctionnant quasi systématiquement l'employeur pour ne pas avoir déployé suffisamment d'efforts, l'effet paradoxal soit l'asphyxie pure et simple de ces obligations.

Ainsi, en France, le reclassement proposé au salarié doit en premier lieu tenir compte des conseils du médecin du travail et être aussi proche que possible du statut et du salaire antérieurs du salarié. Ce n'est que si ces conditions ne peuvent être réunies que l'employeur a alors entière latitude pour proposer au salarié toute solution, y compris son reclassement dans un autre établissement de l'entreprise, une mutation géographique emportant ou non modification de son contrat de travail (c'est-à-dire touchant à son statut, son salaire, son lieu et son temps de travail, etc.). Il doit pouvoir tout examiner, faire preuve de créativité et surtout, pouvoir établir la réalité de ses recherches en cas de contentieux ultérieur. On pourrait ainsi parler d'une obligation de moyens renforcée⁴⁹.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation réaffirment l'obligation de reclassement de l'employeur et son intensité, allant même de façon réitérée jusqu'à dire que l'avis du médecin du travail concluant à l'inaptitude du salarié à tout emploi dans l'entreprise ne dispense pas l'employeur de rechercher une possibilité de reclassement au sein de l'entreprise et du groupe auquel elle appartient, le tout suivant un principe voulant que l'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise n'emporte nullement l'inaptitude au travail⁵⁰. Dans une affaire récente⁵¹, l'employeur justifie de l'impossibilité de reclas-

⁴⁷ Jean Savatier, «Inaptitude physique. Obligation de reclassement. Refus par le salarié du poste de reclassement proposé. Caractère abusif», (2008) 5 Dr. soc. 614.

⁴⁸ Pierre-Yves Verkindt, «Recherche de reclassement du salarié médicalement inapte à son poste : la Cour de cassation persiste (Cass. soc., 26 nov. 2008)» (2009) 7 La Semaine Juridique — Social 31 (Jurisprudence n° 1065) [Verkindt, «Recherche»].

⁴⁹ P.-Y. Verkindt, «La maladie du salarié et la poursuite de la relation de travail», (1998) 8 *Travail et Protection sociale* 4 ; Sylvie Bourgeot, «Les avis d'aptitude du médecin du travail» *Liaisons Sociales* n° 925 (4 oct. 2005).

⁵⁰ Trois arrêts de la Cour de cassation en date du 7 juillet 2004 opèrent un revirement sur l'obligation de reclassement d'un salarié déclaré inapte par le médecin du travail. L'essentiel de ces arrêts indique que l'avis du médecin du travail déclarant un salarié inapte à tout emploi dans l'entreprise ne dispense pas l'employeur de rechercher une possibilité de reclassement au sein de l'entreprise au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de poste ou aménagement du temps de travail. Cass. soc., 7 juillet 2004, Bull. civ. 2004.V.183, n° 195, pourvoi n° 02-42891 ; Cass. soc., 7 juillet 2004, Bull. civ. 2004.V.185, n° 197, pourvoi n° 02-43141 ; Cass. soc., 7 juillet 2004, Bull. civ. 2004.V.185, n° 198, pourvoi n° 02-45350.

sement de son salarié, d'une part, par le classement de ce dernier en invalidité de deuxième catégorie par l'organisme de sécurité sociale (qui l'a donc médicalement reconnu comme «invalide absolument incapable d'exercer une activité professionnelle quelconque»⁵²), d'autre part, par les conclusions du médecin du travail qui a médicalement constaté l'inaptitude du salarié à «toute reprise du travail dans l'entreprise»⁵³, autrement dit, une incapacité totale de travail. Pour autant, cet argumentaire logique ne convainc pas la plus haute cour puisqu'elle répond qu'un tel avis «ne dispense pas l'employeur d'établir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de reclasser le salarié au sein de l'entreprise et le cas échéant au sein du groupe auquel elle appartient, au besoin par des mesures telles que mutations, transformations de poste de travail ou aménagements du temps de travail»⁵⁴.

En somme, les seules limites aujourd'hui identifiées au sein de l'abondante jurisprudence française, sont la trop petite taille de l'entreprise et une très sérieuse argumentation de l'impossibilité de reclassement compte tenu de critères jugés *in concreto* par les juges, mais malheureusement non énumérés. Ainsi, pour la première fois à notre connaissance dans ce type d'affaires, un arrêt de la Cour de cassation⁵⁵ admet que l'intérêt économique de l'entreprise est un argument sérieux de l'employeur. Dans l'une des rares décisions ayant débouté un salarié, la Cour de cassation jugea en effet que l'employeur d'une toute petite entreprise n'était pas tenu de reclasser un carreur qui ne pouvait plus ni se mettre à genou, ni porter des charges lourdes, au regard de la faiblesse des effectifs de l'entreprise ainsi que de l'organisation et de la spécificité du travail à accomplir (sans autre précision). La Cour mentionne qu'en l'espèce, l'aménagement d'un poste qui soit à la fois adapté à l'état de santé du salarié et compatible à long terme avec le bon fonctionnement de l'entreprise est manifestement impossible. Ainsi, dans cette décision, le tribunal impose une limite à l'obligation de reclassement qui rejoint la notion de contrainte excessive développée en droit canadien, comme nous le verrons plus loin. Toutefois, si quelques rares arrêts viennent circonscrire l'obligation de reclassement, aucun critère précis ne peut encore à l'heure actuelle être systématiquement répertorié.

C'est ici que réside la principale différence du droit français avec le droit canadien et surtout, l'intérêt de cette réflexion commune. En effet, des recoupements existent et il est intéressant de les énoncer qualitativement car, tel un faisceau d'arguments, ils sont aussi (même si de façon moins formelle en France) des critères communs d'appréciation par les juges français et canadiens. Ces derniers n'imposent généralement pas, par exemple et en l'état actuel de la jurisprudence, la création de toute pièce d'un nouveau poste de travail⁵⁶. Par ailleurs, et surtout, ils délimitent plus précisément à la fois les obligations de l'employeur, mais aussi leurs limites, grâce à la notion de «contrainte excessive». Chaque balise ainsi fixée contribue à mieux délimiter un objectif à atteindre et non à éloigner un but inaccessible.

Ainsi, au Canada, la notion de contrainte excessive, introduite par la Cour suprême, est venue limiter les obligations de l'employeur. On trouve d'abord un indice des critères constituant la contrainte excessive dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, où furent retenus comme éléments pertinents l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise et les coûts excessifs. Dans cette affaire, où la Cour suprême consacrait pour la première fois l'obligation d'accommodement, il fut décidé que l'employeur n'avait pas démontré que la demande d'une vendeuse à temps complet pour être dispensée de tra-

⁵¹ 07-41318, *supra* note 34.

⁵² *Ibid.* à la p. 170.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Voir Cass. soc., 31 octobre 2007, pourvoi n° 06-45204 [Non publié au bulletin].

⁵⁶ Voir notamment, au sujet de la jurisprudence québécoise : Anne Pineau, «L'accommodement raisonnable en milieu de travail» (juin 2007), en ligne : Archive.org <<http://web.archive.org/web/20080318064553/http://www.csn.qc.ca/Bulletinsjuridiques/bullejuri-juino7.html>> (l'article n'est pas actuellement disponible sur le site de la Confédération des syndicats nationaux); Jean-Pierre Villaggi et Jean-Yves Brière, «L'obligation d'accommodement de l'employeur : un nouveau paradigme», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (2000)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000, 219, aux pp. 242-43; Christian Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, à la p. 305 [Brunelle, *Discrimination*]; Anne-Marie Laflamme, *supra* note 12 à la p. 148. Pour la jurisprudence ontarienne : Michael Lynk, «Disability and the Duty to Accommodate : An Arbitrator's Perspective» dans Kevin Whitaker et al., dir, *Labour Arbitration Yearbook (2001-2002)*, vol. 1, Toronto, Lancaster House, 2002, 51 aux pp. 76 à 78.

vailler le vendredi soir et le samedi en raison de motifs religieux lui imposait une contrainte excessive⁵⁷.

Par la suite, dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool*⁵⁸, la Cour suprême du Canada énuméra de façon non exhaustive certains facteurs permettant d'apprécier la notion de contrainte excessive. Elle mentionna le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel, l'interchangeabilité des effectifs et des installations, la taille de l'entreprise et les risques à la santé et à la sécurité⁵⁹. La Cour se pencha de nouveau sur la notion de contrainte excessive dans l'arrêt *Renaud*⁶⁰, une autre affaire impliquant une modification de l'horaire de travail pour des motifs religieux. Reprenant les critères qu'elle avait énoncés précédemment, la Cour suprême précisa qu'il fallait plus qu'une atteinte ou un inconvénient minime pour rencontrer la notion de contrainte excessive⁶¹. Aussi, elle rejeta l'argument de l'employeur selon lequel l'accommodement ne pouvait être consenti parce qu'il portait atteinte aux droits d'autres employés, tout en précisant que les dispositions d'une convention collective ne dispensaient pas l'employeur de son obligation d'accommodement raisonnable. La Cour suprême ajouta que le syndicat avait également des obligations en cette matière, non seulement celle de s'assurer que la convention collective n'est pas discriminatoire en soi, mais également celle de participer avec l'employeur à la recherche d'un compromis raisonnable⁶².

En somme, selon la Cour suprême du Canada, la contrainte excessive doit causer bien davantage que de simples difficultés, inconvénients ou désagréments. Dans l'arrêt *Meiorin*, elle rejeta la défense d'exigence professionnelle justifiée au motif que l'employeur n'avait effectué aucune preuve concernant les coûts de l'accommodement, ni démontré l'existence de risques graves pour la sécurité de la salariée, de ses collègues ou du public en général, qui découlerait d'une modulation de la norme d'aptitude physique imposée aux pompiers forestiers afin de tenir compte de la capacité aérobie des femmes. La Cour repoussa également l'argument de l'employeur selon lequel le fait de composer avec la salariée minerait le moral des autres employés, en l'absence de toute preuve d'atteinte réelle aux droits de ces derniers⁶³.

Dans son ouvrage consacré à l'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué⁶⁴, le professeur Christian Brunelle résume comme suit les principaux critères dégagés par la législation, la jurisprudence et la doctrine canadiennes permettant d'évaluer la présence d'une contrainte excessive :

- 1) Les limites aux ressources financières et matérielles, en tenant compte du coût réel de l'accommodement demandé, des sources extérieures de financement, de la nature de l'entreprise, de son budget total d'opération (maison-mère et filiales réunies), de sa santé financière et de la conjoncture économique ;
- 2) L'atteinte aux droits, et en particulier les risques pour la santé ou la sécurité du salarié, de ses collègues ou du public, l'atteinte à la convention collective, l'effet préjudiciable de l'accommodement sur les autres employés et les conflits de droits, dans la mesure toutefois où telles atteintes ne sont pas anodines, mais réelles et importantes ;
- 3) Les limites associées au bon fonctionnement de l'entreprise, telles que l'interchangeabilité relative des employés, l'adaptabilité des lieux, installations et équipements de travail, l'effet sur la productivité de l'entreprise, le nombre d'employés affectés par la mesure d'accommodement envisagée, l'effet bénéfique de l'accommodement sur les autres employés, la durée et l'étendue de l'accommodement...⁶⁵

⁵⁷ *Simpsons-Sears*, supra note 8, à la p. 555.

⁵⁸ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 [*Central Alberta Dairy Pool*].

⁵⁹ *Ibid.* aux pp. 520-21.

⁶⁰ *Central Okanagan School District no 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 [*Renaud*].

⁶¹ *Ibid.* aux pp. 984-85. La liste des facteurs énumérés dans *Central Alberta Dairy Pool* a également été reprise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 aux pp. 545-46 [*Bergevin*]. *Central Alberta Dairy Pool*, supra note 58.

⁶² *Renaud*, supra note 60 à la p. 993.

⁶³ *Meiorin*, supra note 9, aux pp. 42-43.

⁶⁴ Brunelle, *Discrimination*, supra note 56.

⁶⁵ *Ibid.* aux pp. 248 à 251 (les références ont été omises).

En fonction de ces paramètres, certains facteurs ont ainsi été considérés comme constituant une contrainte excessive, par exemple le risque grave et objectif d'atteinte à la santé ou à la sécurité de l'employé, de ses collègues de travail ou du public⁶⁶. Par contre, d'autres facteurs ont été jugés peu probants et donc carrément exclus de ce qu'est la contrainte excessive. Ainsi en est-il des arguments fondés sur la commodité administrative, les préférences de la clientèle et la crainte de créer un précédent⁶⁷.

Dans le cas où l'employé est inapte à effectuer certaines tâches secondaires de son emploi tout en demeurant capable d'en effectuer les tâches essentielles⁶⁸, l'employeur doit, comme en France, trouver une mesure d'adaptation. De même, si l'incapacité de l'employé d'accomplir les tâches essentielles de son emploi est d'une durée limitée dans le temps, l'employeur pourra généralement trouver une mesure d'accommodement temporaire sans que cela ne constitue une contrainte excessive⁶⁹. La formule pourrait être reprise utilement en droit français et conduirait les médecins du travail à inscrire systématiquement une durée prévisible (et limitée) à leurs réserves d'aptitude, surtout quand celles-ci touchent aux fonctions essentielles de l'emploi.

Ces tentatives de délimitation plus précise des contours de l'obligation de l'employeur en matière d'accommodement ne nous semblent aucunement constituer un frein à l'ambition initiale de ces constructions juridiques ; bien au contraire, elles sont porteuses de davantage de sécurité juridique, et ceci, tant pour l'employeur que pour le salarié. De plus, elles suscitent une démarche plus méthodique dans la recherche d'une solution d'accommodement.

Dans tous les cas, au Canada, le fardeau de la preuve demeure lourd et c'est à celui à qui l'acte discriminatoire est imputable (généralement l'employeur, mais le syndicat peut aussi être conjointement responsable de la discrimination) qu'il appartient de faire la preuve que la mise en œuvre d'une mesure d'accommodement l'exposerait à une contrainte excessive. Ce n'est pas au salarié de prouver que l'accommodement qu'il réclame est raisonnable :

[L]e demandeur n'aura pas à prouver que sa demande d'accommodement est raisonnable. Il reviendra plutôt au défendeur — tantôt l'employeur, tantôt le syndicat, tantôt les deux, selon le cas — d'établir, par une preuve factuelle étoffée et non des hypothèses fondées sur des stéréotypes ou des impressions, que la mesure d'accommodement sollicitée est déraisonnable du fait que sa mise en œuvre l'exposerait à une contrainte excessive. En ce sens, l'obligation d'accommodement raisonnable est un moyen de défense ou encore un moyen de limiter sa responsabilité⁷⁰.

Par ailleurs, la preuve d'une contrainte excessive doit être objective, réelle, et directe lorsqu'il s'agit de coûts, quantifiable. Les preuves matérielles peuvent notamment inclure les éléments suivants : l'état financier du groupe, des données scientifiques pour appuyer un argument voulant que l'adaptation proposée cause réellement un préjudice injustifié, au besoin à l'aide d'une expertise (cela n'est jamais demandé en France), des renseignements détaillés sur l'activité et l'adaptation demandée et sur les conditions de travail et leurs effets sur la personne présentant une incapacité⁷¹.

Récemment, la Cour suprême du Canada a toutefois rappelé que l'obligation d'accommodement n'était ni absolue ni illimitée⁷², et qu'elle n'avait pas pour objet de dénaturer l'essence du contrat de

⁶⁶ *Central Alberta Dairy Pool*, supra note 58 à la p. 521.

⁶⁷ Brunelle, *Discrimination*, supra note 56 aux pp. 243-51.

⁶⁸ Voir notamment *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Emballage Polystar inc.*, 1996 CanLII 3306, D.T.E. 96T-873 (T.D.P.Q.).

⁶⁹ Brunelle, *Discrimination*, supra note 56 à la p. 290.

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 245. Notons toutefois que la Cour suprême du Canada a récemment apporté un tempérament à cette règle lorsque la convention collective contient une clause concédant une mesure d'accommodement, comme par exemple une clause prévoyant la perte d'emploi au terme d'une période d'absence continue prédéterminée. Selon la Cour, la présence d'une telle clause ferait preuve du délai au-delà duquel l'employeur est susceptible de subir une contrainte excessive, de sorte qu'il y aurait renversement de preuve sur les épaules du salarié (et de son syndicat). Voir *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161 [*Centre universitaire de santé McGill*].

⁷¹ Voir notamment Ontario, Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, 23 novembre 2000 au para. 4 <<http://www.ohrc.on.ca>>.

⁷² *Centre universitaire de santé McGill*, supra note 70 au para. 38.

travail, soit l'obligation de fournir, contre rémunération, une prestation de travail⁷³. Dans l'arrêt *Hydro-Québec*, la Cour suprême déclare que l'employeur a satisfait à son obligation d'accommodement à l'égard d'une salariée souffrant d'absentéisme chronique et dont il avait tenté d'adapter les conditions de travail pendant plusieurs années, puisque celle-ci demeurait, selon toutes probabilités, incapable de fournir une prestation de travail normale⁷⁴. La Cour ajoute que la notion de contrainte excessive doit s'évaluer en considérant l'ensemble des mesures mises en place par l'employeur à compter du début de l'invalidité⁷⁵. Elle rappelle que les mesures d'accommodement ont pour objectif de permettre à l'employé capable de travailler de le faire : ainsi, si l'employeur peut, sans en subir de contrainte excessive, assouplir l'horaire ou la tâche du salarié, voire procéder à des déplacements de personnel de manière à lui permettre de fournir sa prestation de travail, il devra l'accommoder. Toutefois, si l'employeur démontre que malgré les accommodements, l'employé ne sera pas en mesure de fournir sa prestation de travail dans un avenir raisonnablement prévisible, il aura satisfait à son fardeau de preuve et aura établi l'existence d'une contrainte excessive⁷⁶.

Les orientations jurisprudentielles canadiennes énoncées par l'arrêt *Hydro-Québec* diffèrent des positions françaises. En effet, il n'a jamais été explicitement dit par les juges français que l'obligation de reclassement n'était ni absolue, ni illimitée et qu'elle ne devait pas dénaturer le contrat de travail. Par ailleurs, la Cour suprême du Canada tient compte de l'ensemble des efforts faits par l'employeur depuis le début de l'invalidité alors qu'en France, seuls les efforts faits après la deuxième visite d'inaptitude comptent⁷⁷. Enfin, il est clair dans la jurisprudence canadienne que le salarié doit encore être capable de travailler, ce que n'affirme absolument pas la jurisprudence française, qui semble même entretenir une certaine ambiguïté sur ce point puisque même en présence d'un salarié considéré incapable de tout travail (en situation d'invalidité pour le médecin-conseil, donc), l'employeur doit tenter de le reclasser.

En somme, si dans les deux pays, la charge de la preuve repose de la même manière sur les épaules de l'employeur, il semble que le niveau d'exigence en France soit plus élevé sans pour autant être explicitement formalisé par les juges. Ce niveau d'exigence se révèle à travers les décisions rendues *in concreto* par les juges, en tenant compte des faits objectifs qui leur sont présentés⁷⁸. En ce sens, en l'absence d'élément objectif (et vérifiable), le juge estime que l'effort de reclassement n'a pas été suffisant et sanctionne le licenciement subséquent pour absence de cause réelle et sérieuse, ce qui entraîne, non pas la réintégration en emploi, mais le versement de dommages-intérêts. Dans le cadre d'un arrêt du 6 février 2008⁷⁹, la Cour de cassation a rappelé que c'est à l'employeur de prouver qu'il a mis en oeuvre tous les moyens pertinents dont il dispose pour tenter de remplir son obligation de reclassement. Aussi, dans l'éventualité d'un litige, il doit donc ménager les preuves de sa recherche et pouvoir justifier de l'impossibilité de reclassement. N'y aurait-il pas alors matière à ce que les employeurs ne concentrent tous leurs efforts dans la constitution d'un « dossier » irréprochable aux yeux des juges plutôt que sur un effort réel de reclassement ? Et que l'obligation de reclassement ne devienne que pure formalité ? Ce risque pourrait être relativisé grâce à la participation et à la vigilance des autres acteurs de l'entreprise.

⁷³ *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43 au para. 15 [*Hydro-Québec*].

⁷⁴ *Ibid.* aux para. 18, 19 et 22.

⁷⁵ *Ibid.* au para. 21. La Cour appliquait ici le raisonnement qu'elle avait tenu l'année précédente dans l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill*, *supra* note 70 au para. 33.

⁷⁶ *Hydro-Québec*, *supra* note 73 aux para. 17-18.

⁷⁷ Voir Verkindt, « Recherche », *supra* note 48 où l'auteur estime que les efforts fournis par l'employeur avant la deuxième visite d'inaptitude sont négligés par les juges.

⁷⁸ À titre d'exemple, dans Cass. soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-45335 [Non publié au bulletin], la Cour de cassation a précisé que les entreprises exerçant leur activité sous une même enseigne commerciale, dans le cadre d'un contrat de franchise, ne sont pas nécessairement exclues du périmètre de l'obligation de reclassement du salarié inapte, le critère essentiel étant la recherche de possibilité de permutation du personnel pour les entreprises franchisées. Par ailleurs, dans l'arrêt Cass. soc., 6 février 2008, n° 06-43944 [Non publié au bulletin], la Cour de cassation a sanctionné l'employeur qui s'était borné à rechercher les postes de reclassement situés à proximité du domicile du salarié.

⁷⁹ Cass. soc., 6 février 2008, pourvoi n° 06-44898 [Non publié au bulletin].

B. Les obligations du salarié et le rôle des instances syndicales et des représentations du personnel

En ce qui concerne le salarié, la jurisprudence canadienne estime qu'il doit faire preuve de souplesse dans la recherche d'une solution, qu'il est tenu d'en faciliter la mise en œuvre sans s'attendre à une solution parfaite⁸⁰ et qu'il doit être prêt à certaines concessions comme un changement de poste ou d'horaire sans faire preuve de trop de rigidité et en collaborant⁸¹. Ainsi, «la plaignante ne peut, selon sa seule volonté, choisir le poste qu'elle souhaiterait détenir comme s'il s'agissait d'un 'libre service'»⁸² !

En France, une solution similaire est adoptée, mais rarement énoncée de façon aussi explicite. S'il est à l'origine de l'échec du maintien ou du retour à l'emploi, toute plainte ultérieure du salarié canadien sera rejetée. Il en va de même en France, avec cette différence importante cependant qu'un tel refus de reclassement, même abusif, ne peut constituer, en soi, un motif de licenciement disciplinaire⁸³.

Au Canada, le syndicat n'est pas, quant à lui, un simple spectateur en matière d'accommodement⁸⁴. Évidemment, le monopole de représentation dont il jouit impose son implication dans la recherche d'un accommodement raisonnable. Il peut en effet être tenu responsable des effets discriminatoires d'une règle donnée soit à titre de coauteur, avec l'employeur, de la discrimination (si par exemple la discrimination découle d'une règle inscrite à la convention collective) ou encore s'il fait défaut de collaborer à la recherche d'une solution visant à remédier à la discrimination⁸⁵. Il peut également intervenir pour la défense des intérêts collectifs, par exemple vis-à-vis d'une mesure qui brimerait les droits des autres employés, pour le respect de la convention collective négociée⁸⁶. L'obligation d'accommodement est donc une obligation qui se discute, à la fois avec le salarié, mais également avec le syndicat qui le représente⁸⁷.

En France, les partenaires sociaux n'ont que peu à dire à ce sujet. Leur consultation est explicitement et uniquement prévue⁸⁸ dans la recherche d'un reclassement d'un salarié inapte en raison d'une lésion professionnelle. Encore convient-il de noter que seuls les délégués du personnel sont fondés à intervenir à l'exclusion de tout autre représentant (comité d'entreprise, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, délégué syndical). Si une concertation avec les membres de la représentation du personnel n'est pas interdite, elle ne s'impose nullement et n'est pas encouragée par la jurisprudence, ce qui rend cette concertation marginale. Elle serait pourtant sans doute porteuse de réflexions croisées enrichissantes, et surtout elle pourrait être garante des efforts réellement effectués par l'employeur.

⁸⁰ *Renaud*, supra note 60 aux pp. 994-95.

⁸¹ Pour des exemples concrets où l'on a sanctionné l'obligation de collaborer du salarié, voir les décisions suivantes rendues au Québec : *Syndicat des travailleuses et travailleurs Intragaz – CSN c. Fortin*, 2006 QCCS 969, AZ-50357422, D.T.E. 2006T-301 (C.S.), autorisation de pourvoi à la C.A. rejetée, 2006 QCCA 834 ; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 940 et Côte St-Luc (Ville de)*, AZ-50397162, D.T.E. 2006T-1056 (T.A.) ; *Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes*, AZ-50411684, D.T.E. 2007T-138 ; *Termaco ltée et Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8896*, 2006 CanLII 32332, AZ-50377041, D.T.E. 2006T-617 (T.A.).

⁸² Ce passage est tiré d'une décision arbitrale rendue au Québec : *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) et Montréal (Ville de)*, AZ-50399778, D.T.E. 2007T-30 au para. 7 (T.A.).

⁸³ Voir Cass. soc., 12 janvier 2005, n° 02-44643 [Non publié au bulletin] (en soi, le simple refus d'une proposition de reclassement ne peut suffire à licencier un salarié sans indemnité).

⁸⁴ La Cour suprême du Canada a en effet reconnu que le devoir d'accommodement pouvait également incomber, selon les circonstances, aux organisations syndicales. Voir *Renaud*, supra note 60 à la p. 993.

⁸⁵ Brunelle, *Discrimination*, supra note 56 aux pp. 238-39.

⁸⁶ Sous réserve toutefois que l'on soit en présence d'une atteinte réelle, non pas anodine mais importante, aux droits d'autres salariés : voir *Renaud*, supra note 60 aux pp. 984-85.

⁸⁷ À titre d'exemple, le fait de procéder sans consulter le salarié et son syndicat a été sanctionné dans une décision arbitrale québécoise récente : *Syndicat des travailleuses et travailleurs des Papiers Perkins ltée (FTPF-CSN) et Cascades Groupe tissu (usine de Laval)*, AZ-50368590, D.T.E. 2006T-597 (T.A.). Sur le rôle que les syndicats sont appelés à jouer en matière de droit à l'égalité, voir Christian Brunelle, «Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués : une invasion barbare ?» dans M. Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?*, Cowansville, Yvon Blais, 2007 aux p. 51-83.

⁸⁸ Art. L. 1226-10 *Code du travail* français.

CONCLUSION

L'histoire du droit du travail a déjà démontré sa capacité à évoluer et à s'adapter, grâce en particulier à sa jurisprudence pragmatique⁸⁹. Pourtant, le périmètre des obligations d'accommodement et de reclassement face à un salarié présentant une incapacité physique et psychologique reste difficile à circonscrire⁹⁰. Si certains auteurs et tribunaux considèrent que cette obligation confère aux employés handicapés un véritable droit au maintien du lien d'emploi, cette opinion ne fait pas nécessairement l'unanimité. Au demeurant, il s'agit d'une obligation de moyens et non d'une obligation de résultat. À cet égard les paramètres établis dans le droit canadien favorisent une démarche systématique afin de tout mettre en œuvre pour trouver une solution d'accommodement satisfaisante pour tous, pour autant que cette mesure permette au salarié de fournir sa prestation de travail.

Au surplus, le rôle joué par les salariés et par l'acteur syndical, auquel la jurisprudence canadienne a imputé une responsabilité particulière en matière d'accommodement raisonnable, favorise la recherche d'une solution de maintien dans l'emploi. Car c'est bien de cela qu'il s'agit; protéger la dignité du salarié victime d'une incapacité, non pas en lui versant des indemnités de licenciement ou d'invalidité, mais en lui permettant de demeurer réellement actif sur le marché du travail, ce lieu privilégié d'accomplissement personnel et social.

La comparaison des systèmes français et canadiens montre l'intérêt d'une confrontation des solutions dans un contexte où l'évolution démographique, les transformations économiques et leur impact sur l'organisation et les conditions de travail devraient faire de la question du maintien en emploi des travailleurs fragilisés par leur état de santé, une question primordiale.

⁸⁹ Jean Emmanuel Ray, *Droit du travail, droit vivant*, 17^e éd., Reuil-Malmaison, Groupe Liaisons, Collection Droit vivant, 2008, p. 11-14.

⁹⁰ Pierre Yves Verkindt, «Le licenciement pour inaptitude médicale», (2008) 9-10 Dr. soc. 941.