

Entre secret et mensonge face aux obligations de prévention et de sécurité au travail

AUTEUR :

S. Fantoni-Quinton, Centre hospitalier régional universitaire (CHRU), Lille

Les 3 et 4 novembre 2016, l'Institut de santé au travail du Nord de la France et l'Université de Lille ont organisé des rencontres franco-québécoises autour de la notion de secret et de mensonge face aux obligations de prévention et de sécurité au travail.

De par le contrat de travail qui les lie, l'employeur est débiteur d'une obligation de sécurité de résultat envers son salarié. Parallèlement, la loi lui interdit d'interférer dans sa vie privée (T. Morgenroth - doctorant université de Lille - parle d'une « sacralisation de la vie privée ») et de porter atteinte à ses libertés individuelles. La santé du salarié est ainsi un domaine préservé du regard de l'employeur. Pour autant, le salarié est tenu, dans ce cadre contractuel, de prendre soin de sa propre sécurité et de sa santé, ainsi que de celles des autres dans la mesure de ses possibilités et de sa formation. Le médecin du travail endosse la mission de conseil de l'un et de l'autre.

Dans le contexte sociétal actuel, dans lequel pèse l'importance d'avoir et de conserver son emploi, quelle est la véritable sincérité des échanges entre le salarié, l'employeur et le médecin du travail, ce dernier étant l'intermédiaire imposé concernant la santé et sa compatibilité avec le poste occupé ? Quelles incidences en regard des obligations de chacun ?

Au Québec comme en France, et au-delà de l'approche philosophique du lien de chacun avec la vérité, les exigences professionnelles ainsi que les impératifs de prévention des risques professionnels sont confrontés au droit au travail malgré l'existence de vulnérabilités de santé. Le dispositif de santé au travail a-t-il les moyens de concilier l'interdiction de discrimination pour état de santé, la performance de l'organisation, la préservation de la sécurité individuelle et collective et le maintien en emploi ? Ces enjeux, parfois paradoxaux, nécessitaient des regards croisés médicaux et juridiques afin d'apporter des éclairages et de favoriser la coopération des acteurs.

De l'interdiction de discrimination en raison de l'état de santé aux exigences professionnelles justifiées

Au Québec, A.M. Laflamme (juriste, université Laval, Québec) précise que le candidat à l'emploi bénéficie d'une protection contre la discrimination fondée sur son état de santé. La législation encadre également la collecte des renseignements personnels le concernant. Toutefois, l'employeur est en droit de requérir des informations médicales lorsque celles-ci sont nécessaires afin de vérifier si le candidat possède les exigences professionnelles justifiées. Ce droit lui confère, en pratique, une marge de manœuvre appréciable dans la sélection de ses employés, étant donné qu'il n'a pas l'obligation de divulguer les motifs d'un refus d'embauche.

En France, M. Bray (juriste, Lille) rappelle que l'article L. 1132-1 du Code du travail (CT) précise qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, (...), en raison (...) de son âge, de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, ou en raison de son état de santé ou de son handicap ». Toute discrimination directe ou indirecte en raison de l'état de santé est interdite, qu'elle se manifeste au stade du recrutement, en cours d'exécution du contrat de travail ou lors de sa rupture. Cependant, l'article L. 1133-1 du Code du travail dispose que « l'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». L'article L. 1133-1 semble, en première lecture, introduire une brèche dans l'interdiction de discrimination, mais les conditions qui y sont apposées limitent de fait les possibilités de dérive (il faut à la fois que l'exigence professionnelle soit essentielle et déterminante et que l'objectif soit légitime et proportionné). La condition « essentielle » peut être

comprise comme visant la « *pertinence de l'exclusion pour l'emploi en question et le lien avec l'emploi, il doit s'agir d'une nécessité opérationnelle* ». Quant à la condition « *déterminante* », elle peut viser à démontrer que la tâche ne peut être effectuée correctement, la difficulté doit être caractérisée et le standard exigé sera décisif. Ainsi, la preuve de la condition déterminante doit se faire « *emploi par emploi et non par métier et encore moins par secteur d'activité* ».

Ainsi, lorsque le candidat à l'emploi est en situation de handicap, la notion d'exigence essentielle et déterminante doit être interprétée à la lumière de celle de l'aptitude à l'emploi, contrôlée par le médecin du travail. C'est ce qu'exprime une décision du Défenseur des droits du 15 janvier 2014. En l'espèce, il était saisi d'une question relative au refus d'embauche d'une personne sourde sur un poste d'assistante de vie à domicile qui, selon le recruteur, impose « *l'utilisation courante et pluriquotidienne du téléphone* ». Ce recruteur justifie le refus en ces termes : « *la préservation de la sécurité de cette clientèle particulière, et la capacité à fournir une réaction rapide et adaptée en cas de situation d'urgence, constitue une exigence professionnelle et déterminante au sens de l'article L. 1133-1 du CT* ». Le Défenseur des droits précise que l'article L. 1133-3 du CT (différences de traitement tolérables lorsque fondées sur une inaptitude constatée par le médecin du travail) n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce, l'appréciation de l'aptitude à l'emploi du salarié par le médecin du travail constituant « *l'étape suivante de l'appréciation, par l'employeur, de la possibilité, pour le candidat à l'emploi, de répondre aux exigences de la fonction* ». Selon le Défenseur des droits, l'article L. 1133-1 du CT ne s'applique pas dans le cadre du recrutement. Seule l'inaptitude constatée par le médecin du travail peut justifier un refus d'embauche. Il développe son argumentaire en se référant à l'article 225-3 alinéa 3¹ du Code pénal, qui n'exclut de la prohibition des discriminations que celles « *fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge et l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». Le handicap et l'état de santé ne sont pas visés par le Code pénal dans ce cadre-là. L'exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article L. 1133-1 du CT est donc à distinguer de la question de l'(in)aptitude médicale et ne peut être appliquée à l'état de santé.

Le médecin du travail, acteur incontournable des questions de santé au travail

Au Québec, les employeurs peuvent directement recourir à des questionnaires de santé, voire à un médecin d'expertise dont la mission sera de vérifier la compatibilité de l'état de santé aux exigences professionnelles telles que décrites plus haut.

1. Cet argumentaire semble néanmoins fragilisé suite à la modification de cet article par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, car sont désormais également visés la santé et le handicap qui pourraient ainsi justifier une discrimination lorsqu'ils constituent une exigence professionnelle telle que précédemment encadrée.

2. Là aussi, la loi du 18 novembre 2016 pourrait remettre en cause cet état.

En France, en l'état actuel du droit positif², même lorsqu'il existe d'évidentes exigences professionnelles qui touchent à la sphère de la santé, seul le médecin du travail est compétent pour statuer *via* sa décision d'inaptitude le cas échéant. Ainsi, l'exigence professionnelle essentielle et déterminante ne pourra être légitimée par l'article L. 1133-1 du CT quand elle a trait à la santé ; seul l'article L. 1133-3 du CT qui précise que « *les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* » a vocation à s'appliquer.

Quoi qu'il en soit, en France, contrairement au Québec, l'employeur n'a pas le droit de solliciter de la part du salarié des renseignements sur son état de santé. S'il le faisait, le principe fondamental de protection de la vie privée prévue à l'article 9 du Code civil ("*Chacun a droit au respect de sa vie privée*") autoriserait le salarié à rester silencieux sur son état de santé ou d'autres aspects de sa vie privée. Pour autant, certains postes de travail, dits de sécurité, pourraient amener les employeurs à opérer un contrôle plus étroit de l'état de santé du salarié, notamment dans le cas de la consommation de substances psychotropes alors que le poste requiert une vigilance sans défaut. À ce titre, le droit a aussi encadré étroitement les possibilités de contrôle par l'employeur qui, même face à un tel poste et à tel risque, n'autorise pas l'employeur à effectuer librement des tests de dépistage comme le rappelle **B. Bossu** (juriste, université de Lille).

Finalement, l'interlocuteur incontournable concernant les questions de santé, en France, reste le médecin du travail. En effet, la jurisprudence rappelle que « *les renseignements relatifs à l'état de santé du salarié ne peuvent être confiés qu'au médecin du travail* » (soc. 18 septembre 2013, n° 12-17.159). Pourtant, l'enquête effectuée par **E. Dalle** (médecin du travail, université de Lille) auprès de 655 salariés montre que près de 40 % des salariés ne dévoilent pas spontanément d'informations médicales au médecin du travail, encore moins lorsqu'ils occupent un poste de sécurité.

Le suivi de santé des salariés combine approche clinique, tests de dépistage et questionnaires, ces derniers supposant la bonne foi du salarié. **J.F. Géhanno** (médecin du travail, CHU Rouen) évoque le faible nombre de restrictions lors des visites d'embauche qui croît lors des visites périodiques et de reprise et qui pourrait être corrélé soit à l'autocensure du médecin soit au mensonge du salarié. Il s'interroge alors sur la place des tests de dépistage systématiques face aux possibles mensonges du salarié vis-à-vis du médecin. « *Tous les programmes de dépistage font du mal. Certains font aussi du bien. Parmi ceux-là, certains font plus de bien que de mal à un raisonnable coût* » [1]. Il démontre, littérature scientifique à l'appui, que le dépis-

tage comme palliatif au mensonge est illusoire et que seule une relation de confiance est de nature à limiter la réticence du salarié à dévoiler son état de santé au médecin par peur de perdre son emploi.

Les conséquences d'un mensonge du salarié vis-à-vis de l'employeur

Confronté à des questions qui lui paraissent discriminatoires, ou tout simplement à des questions qui pourraient conduire à un avis d'inaptitude, le candidat à l'emploi pourra être tenté de cacher son état de santé, voire de mentir pour éviter d'être écarté du processus de recrutement. En droit québécois, A.M. Laflamme précise que le silence ou la fausse déclaration présente des risques importants et peut justifier la rupture du contrat si les informations cachées étaient en lien avec le poste convoité. Dans un jugement récent, le plus haut tribunal du Québec reconnaît la légalité d'un congédiement pour fausse déclaration à l'embauche et ce, malgré le caractère discriminatoire du questionnaire médical.

D. Wysocki (*juriste, université de Lille*) souligne qu'en France, même si les principes de loyauté et de bonne foi sont les piliers du contrat de travail, dans certaines hypothèses, le mensonge et le secret du salarié seront tolérés, voire légalement admis même s'il n'existe pas un droit général au mensonge. Le salarié ne doit ainsi aucune révélation concernant son état de santé à l'employeur. Quels sont alors les « risques » de ne pas révéler un état de santé incompatible avec un poste occupé se questionne **C. Radé** (*juriste, université de Bordeaux*) ? Serait-ce de nature à engager la responsabilité disciplinaire du salarié au nom de son obligation de sécurité ? Il semble que le pouvoir disciplinaire de l'employeur soit particulièrement difficile à mobiliser. Peut-être pourrait-il se placer sur le terrain disciplinaire s'il parvenait à démontrer que le salarié a failli, en toute connaissance de cause, à son obligation de sécurité en mettant délibérément en danger sa santé, sa sécurité ou celles de ses collègues. Ceci, avec la limite de devoir prouver, d'une part, la parfaite connaissance que le salarié avait de sa pathologie ou de son handicap, d'autre part, « *qu'en fonction de sa formation et de ses possibilités* » (art. L4122-1 du CT), il ne pouvait méconnaître le danger que représentait son problème de santé pour sa sécurité ou celle des tiers. Or, n'étant pas médecin, et à moins qu'une information très claire lui ait été faite et dont on aurait la trace, il lui est difficile d'évaluer exactement la compatibilité de son handicap avec le poste à occuper parce qu'il peut estimer être en mesure de compenser une éventuelle défaillance ou sous estimer l'impact d'une telle défaillance. La mauvaise foi semble donc difficile à retenir. Tout au plus, pourrait être mobilisé l'arsenal pénal de la mise en danger de la vie d'autrui s'il a délibérément caché un problème de santé dont il ne pouvait ignorer que

cela pouvait mettre en péril la santé et/ou la sécurité de tiers.

Si la situation est relativement claire quant aux possibilités qu'a le salarié de se taire vis-à-vis de l'employeur, quelles sont les incidences du mensonge envers le médecin du travail ? Comme aucun contrat de travail ne lie le salarié et le médecin, il est évident qu'aucune conséquence directe ne pourrait découler du silence ou du mensonge du salarié. Quand bien même aurait-il menti, en cas de survenance d'une lésion professionnelle, celle-ci resterait indemnisable. En revanche, s'il ne confie pas au médecin du travail ses vulnérabilités et ses difficultés de santé, un salarié ne pourra alors pas bénéficier des conseils et recommandations adéquates du médecin en fonction de son poste de travail.

Une injonction paradoxale faite à l'employeur au regard de son obligation de sécurité de résultat ?

Y aurait-il une injonction paradoxale pour l'employeur au regard de son obligation de sécurité de résultat : ne pas savoir et devoir agir ? **E. Wurtz** (*conseillère référendaire de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Paris*) a tenté de répondre à cette question au regard des évolutions les plus récentes de la jurisprudence.

Si le silence du salarié ne peut donc constituer une faute dans ses rapports avec son employeur et que l'obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi du contrat tirée des articles 1134 du Code civil et L. 1222-1 du CT ne peut davantage contraindre le salarié à révéler une information de nature médicale, le droit du salarié de rester muet sur ses éventuelles fragilités ou handicap pourrait, peut-être, constituer un obstacle ou une limite à l'injonction légale faite à l'employeur de protéger sa santé et sa sécurité. Mais ce droit du salarié place-t-il pour autant nécessairement l'employeur dans une situation d'injonction paradoxale ou de contraintes opposées ou contradictoires ?

L'obligation de sécurité de l'employeur reste la même dans son contenu quel que soit le comportement du salarié vis-à-vis des informations qu'il délivre sur sa santé : l'employeur doit préserver la sécurité et la santé du travailleur dans le respect des normes édictées, connues ou devant être raisonnablement connues par lui. L'employeur engage donc sa responsabilité dès lors qu'il n'a pas mis en œuvre les règles de prévention collective et individuelle prévues par les normes légales, réglementaires ou techniques liées à l'activité de l'entreprise et au poste occupé par le salarié, quel que soit son niveau d'information sur l'état de santé de celui-ci. Ce qui est déterminant pour les deux parties, ce n'est pas de quels types de pathologie ou de fragilité est atteint le salarié, mais sa capacité à occuper son poste contractuel sans se mettre lui-même ou mettre sa communauté de travail en danger. Dans ce contexte,

l'employeur n'a pas à garantir une absence de risque inhérent à toute activité humaine, mais un comportement actif de protection et de prévention.

Si l'obligation de sécurité qui pèse ainsi sur l'employeur est exigeante compte tenu de la mobilisation technique, économique, humaine qu'elle implique dans l'entreprise, elle n'est pas une obligation impossible, ni une injonction paradoxale de devoir agir sans savoir, mais un devoir de développer dans l'entreprise une culture de la prévention et de la coopération de l'ensemble des acteurs impliqués dans la santé et la sécurité au travail, pour agir sur des risques identifiés, prévisibles et évalués régulièrement. Le savoir qu'il doit cultiver n'est donc pas un savoir axé sur des données personnelles du salarié, mais un savoir-faire axé sur les mesures utiles pour atteindre l'objectif poursuivi et désormais bien affirmé par le législateur et la jurisprudence.

En conclusion, **P. Frimat** (*médecin du travail, CHRU Lille*) et les différents intervenants s'accordent à dire que le système de santé au travail pourrait être mis à mal dans sa vocation originelle de prévention si le lien de confiance se rompt entre le salarié et le médecin du travail, notamment quand il s'agit du maintien dans l'emploi, de l'accompagnement des salariés en cas de maladie chronique ou d'addiction...

BIBLIOGRAPHIE

[1] **RAFFLE AE, MUIR GRAY JA** - Screening: Evidence and practice. Oxford : Oxford University Press ; 2007 : 366 p.

POUR EN SAVOIR +

○ **Entre secret et mensonge. Face aux obligations de prévention et de sécurité au travail.** Regards croisés franco-québécois. ISTNF, 2016 (<http://istnf.fr/dossier-95-o-o-o-1.html>).