

Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail

par Michèle Bonnechère,

Professeur à l'université d'Evry, Val d'Essonne

« *Considérant que l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique* » (*)

PLAN

I. La santé des travailleurs : quelle approche ?

- A. Les faits
- B. Les concepts et catégories juridiques

II. L'émergence d'une politique de santé dans l'entreprise

- A. La construction d'une obligation de prévention dans l'entreprise par le droit du travail
 - 1. Evaluation des risques
 - 2. Obligations de sécurité
 - 3. Dimension collective de la prévention
- B. Le droit de la sécurité du travail entre réglementation et normalisation
 - 1. Protection des travailleurs et renvoi aux normes techniques
 - 2. Protection des travailleurs et réglementation
 - 3. Une réglementation des stratégies d'emploi et d'organisation du travail génératrices de risques ?

III. L'état de santé du salarié et son emploi

- A. La construction de la Chambre sociale : principaux apports
- B. Le droit du travail permet-il au salarié d'être acteur de la protection de sa santé ?
- C. Dignité de la personne du travailleur et génétique.

Pour nombre de salariés le travail incorpore un niveau de nuisance ou de risque pour leur santé socialement toléré, voire accepté, et l'une des grandes avancées du droit du travail en ce domaine est d'avoir établi, sous l'impulsion du droit communautaire, une hiérarchie dans les principes de prévention, au sommet de laquelle se situe un but : éviter les risques. Cette idée qu'il est possible de garantir la sécurité et la santé au travail est en elle-même révolutionnaire. Elle fait se rencontrer aujourd'hui la logique des droits fondamentaux et la logique contractuelle. *"Tous les travailleurs ont droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail"*, proclame la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe (article 3), et *"tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité"*, reprend la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1). De telles affirmations doivent emporter des conséquences : à l'employeur, sur qui pèse la charge d'assurer de tels droits, de démontrer qu'il a pris les mesures nécessaires. La Cour de cassation va plus loin dans le cadre du contrat de travail : à l'employeur, si un travailleur est atteint dans l'intégrité de sa personne, de démontrer l'existence d'une cause étrangère au travail. Dans les deux cas l'efficacité du résultat est requise. Certes, *"le risque zéro n'existe pas"* en ce sens que toute activité s'accompagne de la survenance d'évènements plus ou moins dangereux, mais cela n'affecte pas le principe de la responsabilité de l'employeur.

Au cœur des règles existantes, un autre principe, celui de *"l'adaptation du travail à l'homme"* doit être vu non seulement comme l'affirmation d'une valeur : la primauté de la personne sur l'ordre des choses et de l'argent, mais comme un principe directeur pour l'interprétation et la mise en œuvre du droit de la santé et de la sécurité au travail. Parler de *"l'homme"*, c'est se référer à la personne humaine, dont le corps, même s'il est une *"chose sacrée"* (2) n'est pas dissociable de l'esprit, ce que syndicalistes et médecins du travail, notamment, avaient compris sans attendre que la loi française parle de *"santé physique et mentale"*. Comme le disent les textes, adapter le travail à l'homme vaut aussi bien dans les méthodes de travail que la conception des postes de travail ou les cadences notamment. Mais ce principe a vocation à dominer tout ce qui a trait à la prévention, et en particulier à permettre de définir le rôle de la médecine du travail, placée au centre du dispositif de détermination de *"l'aptitude au travail"* ou de *"l'inaptitude"*. D'où les

(*) Directive 89/391 CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOCE du 29.6.1989.

(1) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 18 décembre 2000, Dr. Ouv. 2001.105, qui est intégrée au projet de Constitution européenne (v. texte du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe aux documents de l'Ass. Nationale, délégation pour l'Union européenne, n° 994, tome 3, juillet 2003).

(2) J.P. Baud *"L'affaire de la main volée, une histoire juridique du corps"*, Seuil 1993. v. F. Meyer, *Le corps humain en droit du travail*, Thèse Strasbourg 1985.

inquiétudes qui s'expriment aujourd'hui face à une "doctrine" (3) de l'aptitude médicale vue comme de sélection.

Il est difficile de parler du droit de la santé et de la sécurité au travail car l'analyse juridique a souvent besoin, pour ne pas en rester à des solutions formelles et dans l'abstraction, de se référer aux travaux des sociologues ou économistes du travail, et de connaître le point de vue des médecins. L'on s'efforcera donc dans un premier temps de saisir l'approche juridique du problème de la santé au travail en partant de la connaissance des faits, à travers les nombreux travaux des chercheurs et des institutions internationales ou européennes, puis en réfléchissant sur les concepts et les catégories juridiques (I). Se plaçant davantage sur le terrain de l'évolution du droit positif, le droit interne et le droit communautaire ne pouvant plus être séparés, l'on étudiera l'émergence d'une politique de santé dans l'entreprise en interrogeant les sources et la portée des obligations juridiques dégagées en matière de prévention, la place des différents acteurs, et en soulignant les débats, voire conflits, concernant l'élaboration des normes et le rôle de la réglementation publique par exemple (II). Se situant plus classiquement sur le terrain du contrat de travail, et des répercussions de l'état de santé du salarié sur son emploi (III), l'on rendra compte de la construction élaborée par la chambre sociale autour de l'obligation de reclassement, en attirant toutefois l'attention sur la relative ineffectivité des mécanismes de l'article L. 241-10-1 en raison de solutions discutables, qui appellent certainement une nouvelle réflexion de l'Administration. Enfin l'on abordera la question du recours à la génétique, clairement interdit en matière d'emploi, mais qu'un arrêt du Conseil d'Etat a pris le risque de banaliser dans le cadre de la médecine du travail.

La dignité de la personne au travail tend à prévaloir dans l'évolution du droit. Cette étude voudrait inviter à en tirer toutes les conséquences s'agissant du respect de la capacité d'agir et de décider de chaque travailleur, individuellement ou collectivement, pour la protection de sa santé.

I. La santé des travailleurs : quelle approche ?

Tenter d'appréhender correctement la réalité de "la santé au travail" est une tâche délicate. Les chiffres existent, les études sont assez nombreuses, mais il y a d'abord le "vécu", et la perception des faits. Pour qui ouvre un peu les yeux, la tertiarisation des emplois, le développement des nouvelles technologies, les transformations du travail, sont loin d'avoir renvoyé au passé les atteintes corporelles subies par nombre de salariés rencontrés dans la vie quotidienne : la caissière d'une grande surface, si elle n'y prend garde, porte à bout de bras l'équivalent du poids d'un éléphant chaque jour, la technicienne du salon de coiffure doit demeurer debout de longues heures, le conducteur de bus enregistre les vibrations de sa machine, les personnels du nettoyage des villes ou de l'hôtellerie subissent fatigue et saleté, sans parler de ceux des conserveries ou des usines de découpe de viande (avec en plus le rythme de la chaîne), des

maçons sur les grands ou les petits chantiers, des saisonniers agricoles, etc.

Des enquêtes et rapports d'experts confirment ce que chacun peut entrevoir d'une manière pragmatique : le travail, pour un grand nombre de salariés, demeure une menace pour leur santé (A). Mais dans leur méthode comme dans leurs conclusions, les études auxquelles il convient de faire référence tendent aussi à renouveler ou du moins affiner les concepts, au premier rang desquels celui de santé. Non seulement la santé est "physique et mentale" (4) mais elle est considérée désormais comme un processus, "visant la recherche du bien-être physique, psychique et social", selon les termes de l'ANACT (5), qui parle d'un "autre regard" sur la relation santé-travail et du postulat selon lequel le travail a aussi des effets favorables sur la santé lorsqu'il contribue à l'épanouissement de la personnalité et à l'accomplissement des individus. La question se pose alors de la correspondance des concepts utilisés par les

(3) Il s'agit ici d'une doctrine exprimée à propos du décret du 1^{er} février 2001 (v. *infra*) par le ministère du Travail et le Conseil d'Etat.

(4) Comme le dit le Code du travail depuis la loi du 17 janvier 2002.

(5) Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail.

sociologues, les médecins, avec les concepts juridiques, comme celle d'ailleurs de la définition de ces derniers (B).

A. Les faits

A côté du rapport rendu public au printemps 2003 par le BIT sur les accidents et les maladies du travail (6), la troisième enquête européenne sur les conditions de travail de la *Fondation Européenne sur les conditions de travail* (7) est une source particulièrement pertinente, dont les résultats sont progressivement exploités. L'on retiendra de ces analyses et d'un certain nombre de travaux connus au plan national ce qui paraît essentiel pour la présente étude.

1. Les tendances résultant des chiffres infirment en grande partie certaines idées reçues relatives au travail

L'on peut se féliciter évidemment de voir Eurostat constater une baisse de l'incidence des accidents du travail de 10% entre 1994 et 1998, en période d'accélération de l'activité économique (8). Les chiffres absolus demeurant lourds il est vrai : plus de 5 500 accidents mortels en 1996, 4,8 millions de personnes victimes d'accidents entraînant une incapacité de travail supérieure à trois jours. Pour la France, les chiffres donnés par la CNAM (9) révèlent également une amélioration sensible notamment pour les accidents graves (-10% en 2001) en même temps qu'une stagnation du nombre des décès (730 en 2001, dont 30 pour la seule usine AZF de Toulouse). A noter pourtant une augmentation sensible du nombre des maladies professionnelles constatées et reconnues (+22%) et mortelles (+46%).

Au plan mondial, le BIT retient les chiffres de 2 millions de décès pour l'année 2000 résultant des accidents et maladies du travail, les "plus gros tueurs" étant les cancers liés à la profession (au premier rang dans les régions classées comme "économies de marché établies"), les maladies vasculaires liées à la

profession (23%), les accidents du travail (19%), les maladies transmissibles liées à la profession (17%, essentiellement dans les pays en développement).

Ces données importantes sont cependant insuffisantes pour connaître la réalité. L'on a par exemple constaté la "sous-déclaration des maladies professionnelles", expliquée par des manques d'information des salariés, voire de leur médecin, sur le système spécifique applicable, ou la crainte de l'intéressé pour son emploi (10). Les pressions effectuées sur les salariés par certaines agences d'intérim pour éviter les déclarations d'accidents du travail ont été récemment dévoilées et dénoncées (11).

Mais surtout l'enquête précitée réalisée au cours de l'année 2000 par la Fondation pour l'amélioration des conditions de travail révèle que les travailleurs sont de plus en plus nombreux (sur la période 1990-2000) dans l'Union européenne à faire état de problèmes de santé d'origine professionnelle ne relevant pas de la catégorie des accidents du travail ou des maladies professionnelles.

2. Pour un grand nombre de salariés, "le travail reste physique"

Ceci résulte du rapport de l'enquête en question réalisée sur la base d'entretiens avec 21 000 travailleurs de tous les Etats membres : 34 % des travailleurs déclarent des "problèmes de dos", 24 % une "fatigue générale", 23 % de "douleurs musculaires dans le cou et les épaules". Ces dernières, lorsqu'elles deviennent chroniques et handicapantes, sont qualifiées de "TMS" (troubles musculo-squelettiques) et sont reconnues comme maladies professionnelles en France, les chiffres des déclarations ne reflétant "très probablement qu'une faible part du nombre réel de travailleurs atteints" (12). L'on relève d'autre part que 23% des travailleurs disent respirer des vapeurs ou fumées toxiques (y compris des solvants organiques, poussières de bois, fumées de sondage...) durant au moins un quart de leur temps de travail.

(6) "La sécurité en chiffres, indications pour une culture mondiale de la sécurité au travail", Bureau International du Travail, Genève, 2003.

(7) Troisième enquête européenne sur les conditions de travail dans les pays de l'Union Européenne, Fondation européenne sur les conditions de travail, Dublin, réalisée en 2000.

(8) L'incidence correspond au nombre d'accidents du travail pour 100 000 personnes ayant un emploi.

(9) La Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, dont les statistiques sont reprises dans le rapport publié par le Conseil supérieur pour la prévention des risques professionnels (31 mars 2003). A noter que la fréquence des accidents du travail (nombre d'accidents du travail pour 1000 salariés) a diminué de 2,9 %.

(10) Selon une enquête effectuée par Eurogip dans quatorze Etats (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays Bas, Portugal, Suède et Suisse).

(11) v. Le Monde, 19 juin 2003, article de M. Delberghe et S. Lauer, "Evitez d'aller à l'infirmerie".

(12) "Organisation du travail et santé dans l'Union européenne", V. Daubas-Letourneux et A. Thébaud-Mony, Fondation de Dublin, 2002. Sur la progression (20% par an) des TMS en France, v. F. Bourgeois, C. Lemarchand, F. Hubault et al. ed. ANACT 2000. Selon l'ANACT, "l'extension des TMS est continue depuis plusieurs années et concomitante avec le constat du développement de nouvelles formes de taylorisation, de travail répétitif et de densification du travail" (www.anact.fr/sante/tms).

En lançant le 13 mai 2003 au Parlement européen une "campagne paneuropéenne contre les risques liés aux substances dangereuses au travail", le Commissaire européen, Mme Diamantopoulou, et le Président du Parlement, M. Pat Cox, citaient des chiffres franchement inquiétants : un cinquième des travailleurs de l'Union européenne (soit 32 millions de personnes) sont exposés dans leur travail à des agents carcinogènes ; deux tiers des 30 000 produits chimiques le plus souvent utilisés n'ont pas fait l'objet de tests toxicologiques complets et systématiques, tandis que seules 12 % des entreprises respectent les règlements relatifs à la prévention des risques concernant les substances dont la dangerosité toxique est connue... Cela dans un contexte de pressions appuyées des industriels de la chimie sur la Commission européenne et son projet d'évaluation des substances chimiques (v. *infra* B et II).

3. L'entrée massive des technologies nouvelles n'a pas empêché "une lente dégradation du travail" (13)

Les plaintes concernant les douleurs dorsales, les maux de tête etc. sont en hausse depuis l'enquête européenne précédente de 1995.

Certes l'enquête de la fondation de Dublin constate que 41% des salariés travaillent sur un PC (5% comme télétravailleurs), mais il n'en résulte guère une révolution pour 47% affirmant travailler dans des positions pénibles ("painful"), 37% déclarant porter des charges lourdes ("moving heavy loads"), 29% subissant un haut niveau de bruit, etc.

Selon les données résultant d'une autre enquête, "sur les forces de travail dans l'Union européenne" (EFT) 51,4% des hommes et 54,4% des femmes déclaraient en 1999 souffrir de problèmes musculaires, d'os ou d'articulations liés à leur travail (14).

Il est important d'insister sur ces éléments car ils infirment évidemment les analyses faisant de la santé mentale au travail (15) le problème devenu essentiel. Celle-ci n'en est pas moins au cœur de l'attention des

chercheurs, de nouvelles contraintes coexistant avec les anciennes.

4. De nouvelles formes de vulnérabilité se développent

a) Les technologies ont augmenté le nombre d'opérations à effectuer simultanément ; le travail informatisé a fait passer "d'une civilisation de la peine à une civilisation de la panne" (16) impliquant la réponse aux dysfonctionnements techniques. Le contenu du travail a été modifié : "aujourd'hui la partie routinière du travail a été automatisée et déléguée à la machine, qui est devenue, par la force des choses, la prothèse cognitive de l'individu ou son palliatif technique ; l'opérateur n'a donc plus pour lui que la gestion des situations critiques, des incidents dont les raisons sont souvent très complexes..." (16). Certains auteurs insistent aussi sur ce qu'impliquent les technologies sur le terrain du pouvoir (dépendance vis-à-vis de ceux qui maîtrisent les circuits d'information), et du contrôle de l'activité ("l'individu se trouve situé à un carrefour où, à tout moment, les membres de son équipe, l'encadrement, voire ses clients, ont la possibilité de contrôler ce qu'il fait") (idem), les nouveaux outils sachant qui fait quoi, à quel moment, et dans quel délai. Les études publiées sur la problématique santé-travail depuis une dizaine d'années s'accordent pour souligner que le nombre de salariés dont le rythme de travail est contraint progresse (17).

b) L'intensité du travail, telle que les salariés la ressentent, s'est accrue de 1995 à 2000, constatent des chercheurs (18), qui distinguent les contraintes industrielles liées à la volonté de régulariser l'activité productive, et les contraintes marchandes provenant du souci de s'adapter à la demande des clients au sens large. "Au cours des dernières années, les organisations industrielles ont cherché à devenir plus flexibles et à "coller" au marché, tandis que beaucoup d'activités commerciales ou de service ont adopté certains principes d'organisation industriels ; de ce fait, le cumul d'une contrainte industrielle et d'une contrainte marchande progresse", constatent-ils.

(13) M.E. Boubillier Chaumon, "Évolutions techniques et mutations du travail : émergence de nouveaux modèles d'activité", *Le travail humain*, tome 66, n° 2.2003, 163-194.

(14) Cette enquête EFT a été réalisée dans dix pays de l'Union Européenne (France non comprise) en 1999, et ses résultats publiés par Eurostat (v. notamment Eurostat, *Statistiques en bref*, thème 3-4/2002).

(15) Sur ce concept, v. *infra* B.

(16) M.E. Boubillier-Chaumon, *loc. cit.* p.167.

(17) v. Y. Bouchut et R. di Ruzza, "Les mutations du travail en question", *Études et recherches ISERES*, n° 166, 1998 et note suivante.

(18) P. Boisard, D. Carton, M. Gollac, A. Valeyre, "Temps et travail. L'intensité du travail." Fondation de Dublin, 2002. v. aussi Y. Clot, "La santé à l'épreuve du travail", colloque de l'ISERES "Intensité du travail et santé, quelles recherches, quelles actions", Paris, VO éd. L'Harmattan, 2001 ; S. Dhondt, "Time constraints and autonomy at work in the European Union", Fondation de Dublin, 1998 ; Guérin et Rochefort, "Transformations du travail et intensité", *Syndicalisme et société*, vol.2.1999 ; A. Valeyre, "Le travail industriel sous la pression du temps", *Travail et Emploi*, n° 86, 2001.

Dans l'enquête 2000 de la fondation de Dublin, 56 % des salariés déclarent travailler à un rythme très rapide pendant au minimum un quart de leur temps de travail, lequel dépend dans 20 % des cas de la vitesse automatique d'une machine, et pour 69 % de l'attente des clients. Les résultats de l'enquête montrent une progression assez relative de l'autonomie dans le travail puisque 29 % des salariés affirment ne pas pouvoir choisir ou modifier tant leur cadence que leur méthode de travail et 39 % ne pas pouvoir décider de prendre une pause.

Selon la dernière communication de la Commission européenne (19), des "changements dans les risques" se produisent : "les mutations dans l'organisation du temps de travail et une gestion des ressources humaines plus individuelle et davantage fondée sur une obligation de résultat, ont une incidence profonde sur les problèmes de santé au travail, ou, plus généralement, sur le bien-être au travail". Et d'évoquer "les maladies considérées comme émergentes telles que le stress, la dépression ou l'anxiété, ainsi que la violence au travail, le harcèlement et l'intimidation", pour appeler à une "approche globale".

c) Le stress au travail, incriminé par quelque 28 % de salariés dans l'enquête 2000 (20), est "un indicateur d'une dégradation des conditions de travail" (21). Selon le "Manuel d'orientation" (22) de la Commission européenne le stress correspond à un état réactionnel d'"homme des cavernes" (face à un bande de loups...) qui prépare l'organisme humain à la lutte ou à la fuite en réaction à des exigences qui entravent la capacité d'adaptation de l'organisme. Les répercussions du stress sur la santé physique sont connues. Des études épidémiologiques ont abouti par exemple à formuler l'hypothèse d'un lien entre non seulement les maladies cardio-vasculaires et le stress au travail, mais aussi les troubles musculo-squelettiques (23). Une étude publiée par le BTS (24) révèle que en Grande Bretagne le stress

est un des premiers problèmes signalés par les délégués à la sécurité, selon le sondage effectué tous les deux ans sur les risques professionnels par le TUC. Des auteurs parlent également du "syndrome d'épuisement mental" (25). Le stress est susceptible d'affecter toutes les catégories de salariés, mais il est amplifié par les nouveaux processus de production imposant de "manipuler" de l'information (pas toujours claire et adaptée), de prêter constamment attention à des signaux visuels, sonores, d'être davantage polyvalent, etc.

5. Depuis quelques années est au premier plan des recherches des sociologues et ergonomes la réflexion sur les corrélations entre les choix d'organisation du travail et l'évolution des conditions de la santé au travail

Ainsi que l'ont montré V. Daubat-Letourneux et A. Thébaud-Mony (26), des caractéristiques telles que les marges de manœuvre dans la réalisation du travail et les possibilités de discussion sur l'organisation du travail, comme la forte variabilité des horaires, le travail de nuit, ou encore la dépendance à l'égard de normes de production, la pression sur les rythmes induite par la demande du client (27) ont une incidence sur les problèmes de santé au travail.

Les plus sophistiqués des systèmes requièrent de l'homme ou de la femme au travail un investissement très poussé de ses capacités physiques et mentales. Un bon exemple ponctuel peut être tiré du "système de production Renault". Selon la direction de Renault, "le SPR délègue toute la responsabilité de la performance au niveau de l'homme à son poste de travail. Il réalise donc un idéal : faire en sorte que l'homme au travail dans une usine Renault vienne non seulement avec sa capacité physique à produire, mais, avant tout, avec sa richesse intellectuelle et son cœur, c'est-à-dire son adhésion et sa motivation" (28). Parmi les "outils de

(19) Communication de la Commission "S'adapter aux changements du travail et de la société : une nouvelle stratégie communautaire de santé et de sécurité 2002-2006", du 11 mars 2002, document COM (2002) 118 final.

(20) Précitée note 7.

(21) N. Maggi-Germain, "Le stress au travail", RJS 2003, n° 3.191.

(22) Ce manuel a été élaboré dans le prolongement d'une conférence organisée à Bruxelles dès 1993, qui avait réuni des experts, des fonctionnaires et les partenaires sociaux.

(23) BTS News letter 19-20, septembre 2002, "Liens entre troubles musculo-squelettiques des membres supérieurs et le stress", par M. Aptel et J.C. Cnockaert.

(24) C'est-à-dire le Bureau technique syndical, fondé en 1989 par la Confédération Européenne des Syndicats. v. BTS News letter 19-20 sept. 2002, "Le stress en Grande Bretagne", par O. Tudor.

(25) Cités par M.E. Bobillier Chaumon, loc. cit. p. 179. Une personne, fatiguée physiquement, n'est plus capable de s'identifier à son travail et a le sentiment que ses idées ou son "potentiel" ne peuvent plus se réaliser.

(26) Cette corrélation est mise en évidence par l'étude "Organisation du travail et santé dans l'union européenne" (précitée note 12) qui propose une typologie en quatre groupes d'organisation : travail en autonomie, travail de servitude, travail flexible, travail sous automatisme. Par ailleurs font autorité les travaux du Dr Ph. Davezies, "Evolutions des organisations du travail et atteintes à la santé", Travailler, 1999 n° 3 ; et de T. Coutrot, "Critique de l'organisation du travail", La découverte, Repères, 1999.

(27) V. le dossier du "Monde initiatives", mai 2003 et les études citées de D. Cartron sur les conditions de travail chez McDonalds notamment.

(28) Global Renault, avril 2003, interview de P.A. de Smedt, DGA industriel et technique, et dossier sur le SPR et ses bases.

progrès dans l'optimisation du système industriel", interviennent les écoles de dextérité, dont les objectifs sont indissociablement d'améliorer la rapidité d'un geste précis, et son ergonomie. "Après un passage à l'école de dextérité, on pourrait réaliser le geste les yeux fermés. On apprend à faire vite et bien..." déclare un opérateur sur une ligne de fabrication de l'usine de Douai (29). Tandis qu'un responsable ajoute : "la formation théorique en salle explique le geste idéal qui permet de répondre aux objectifs de sécurité, qualité, précision, tout en étant le moins fatiguant possible... Aujourd'hui la dextérité est indispensable à l'obtention d'un bloc de compétences ; les acquis doivent être confirmés chaque année". En d'autres termes le passage au coefficient hiérarchique supérieur est lié à l'acquisition d'une dextérité vérifiée chaque année. La "révolution de velours" (30) maintient la pression sur l'opérateur...

6. Le statut d'emploi et les protections dont dispose le salarié pour préserver sa sécurité et sa santé sont également déterminants

Le travailleur précaire maîtrise moins les règles de sécurité, n'a souvent pas accès au meilleur matériel, n'est pas en situation de négocier de meilleures conditions de travail (31). La sous-traitance représente "derrière l'apparence de la division technique du travail, une forme de dualisation des conditions de travail" (32), l'entreprise sous-traitante étant parfois amenée à se séparer de ses salariés, ainsi "jetables" à cause des risques encourus (33). L'on comprend l'expression de "précarité cumulative" employée par S. Paugam (34). Dans leur ouvrage "Violences urbaines, violence sociale", S. Beaud et M. Pialoux ont suggéré de mettre en parallèle la violence de la situation qui est faite aux salariés avec la vulnérabilité structurelle de l'entreprise sous-traitante (35).

Les salariés intérimaires dans l'industrie cumulent de leur côté dureté des conditions de travail et insécurité d'emploi. Lorsque, comme dans le groupe Peugeot, l'effectif des intérimaires est de 12 000 personnes sur 90 000 "permanents", et peut représenter dans certains ateliers 40 à 50 % du personnel selon la CGT (36) le recours à l'intérim est intégré à l'organisation de la production. Or la promesse d'une embauche permanente sert à faire "tout accepter". "Quand on est intérimaire, les postes les plus durs, les plus sales boulots, c'est pour nous", témoigne un ouvrier de l'usine PSA de Poissy, accidenté sur un poste où il devait soulever des disques de 15 kg pour les fixer, un palan n'ayant été installé qu'après l'accident et... un débrayage de ses camarades de travail (37). Tel autre n'a pas vu son contrat reconduit alors qu'il réclamait un changement de poste en raison des boursoufflures de ses mains provoquées par la colle des joints de portière, comme sa jeune collègue victime d'une entorse au poignet (non déclarée en accident du travail) en devant utiliser à une cadence excessive des engins d'alimentation des chaînes de production, etc. "Il faut arrêter de nous considérer comme des kleenex", concluent-ils, en soulignant que faire valoir leurs droits devant le Conseil de prud'hommes est pour eux "une question de dignité".

B. Les concepts et catégories juridiques

Comme l'a remarquablement écrit Jacques Le Goff (38), la "nuit des prolétaires" (1830-1880) fut celle des "corps soumis", et le droit du travail commença à naître avec les "corps protégés", et l'admission de l'intervention de l'Etat en ce sens, d'abord comme un mal nécessaire, puis dans l'invention de techniques juridiques nouvelles, distinctes de celles du code civil. La référence au "risque professionnel" ou au "risque industriel" s'imposa lors des longs travaux parlementaires sur l'indemnisation des accidents du travail, tandis que Saleilles élaborait sa "théorie du

(29) "L'opérateur sur ligne" s'appelait il y a quelques années "ouvrier spécialisé (OS) sur chaîne"...

(30) Global Renault, loc. cit.

(31) A.M. Artilles et R. Alos-Moner, "Flexible employment policies and working conditions", Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de travail, Dublin, 1999 ; v. aussi "Souffrances et précarité au travail, paroles de médecins du travail", Syros, 1994.

(32) M. de Nanteuil, "Vers de nouvelles formes de vulnérabilité sociale ? réflexion sur les rapports entre flexibilité et précarité". Travail et Emploi, n° 89 2002, p. 65 s, spéc. p. 73.

(33) A. Thébaud-Mony, "Précarisation sociale, travail et santé", éd. IRESCO, 1997, cité par M. de Nanteuil, loc. cit.

(34) S. Paugam, "Le salarié de la précarité, les nouvelles formes de l'intégration professionnelle", PUF 2000.

(35) S. Beaud, M. Pialoux, "Violences urbaines, violence sociale, genèse des nouvelles classes dangereuses", éd. Fayard 2003,

p. 139 : "tout se passe comme si l'on reportait la fragilité structurelle de l'entreprise sur les ouvrier(e)s eux mêmes afin de les culpabiliser".

(36) Déclaration de J. Salfaty, secrétaire du syndicat CGT de l'usine PSA à Poissy, Le Monde, 19 juin 2003, p. 19, "Le recours à l'intérim chez PSA entraîne une cascade de procès". V. la décision du Tribunal correctionnel de Briey du 12 mars 2002 concernant une filiale de Renault où les intérimaires représentent les deux tiers de la main d'œuvre de fabrication, à paraître au Dr. Ouv. avec le commentaire de R. Marié.

(37) "Les plus sales boulots, c'est pour nous" - témoignages Le Monde, article précité. Add. la situation des intérimaires de l'usine Lu de Ris-Orangis, affectés préférentiellement sur les postes de nuit, relevée dans CPH Evry 2 janv. 2003 Dr. Ouv. 2003 p. 163

(38) J. Le Goff, "Du silence à la parole - droit du travail, société, Etat, 1830-1985", éd. Calligramme, La Digitale.

risque", partant de la "conception simple et équitable que celui qui a le fonctionnement d'une entreprise doit en supporter les risques" (39). Au terme d'une longue évolution, le "risque" n'a plus la même place pour déterminer la responsabilité de l'employeur (40), mais il est un concept central des politiques de sécurité et de santé dans l'entreprise.

Depuis les origines, d'autres concepts ont acquis leur juridicité, donnant ainsi au droit de la sécurité et de la santé au travail ses outils, dont il importe de déterminer la portée.

La dignité de l'homme au travail, qui renvoie au respect du travailleur, s'impose comme concept fondamental dès lors que le travail n'est pas une marchandise. Elle est inscrite dans l'Ancien Testament (41), lequel tout en admettant que le travail est une peine ("à la sueur de ton front...") affirme la primauté de l'homme, créateur puisque créé à l'image de Dieu, ayant vocation à se rendre maître de toutes les ressources du monde. Elle est également au cœur de la philosophie de Marx lorsque celui-ci dénonce "la réduction des rapports interhumains nés du travail à des rapports entre des choses" (42). Cette vision est très adéquate au contrat de travail dans lequel la subordination du salarié, qui loue sa force de travail, aboutit à une réification de la personne, en partie objet du contrat de travail, et pourtant sujet (43). Le droit du travail vise l'affirmation de l'humanité de l'homme dans les rapports de travail, non sans contradictions.

La Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe (44) proclame désormais "le droit à la dignité au travail", tandis que selon la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1) "Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité". Si le Code travail n'emploie pas le mot "dignité" du salarié, la jurisprudence de la Chambre sociale étant surtout implicite (45), le principe constitutionnel visant "la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation" (46) vaut dans les relations de travail. C'est par référence à un tel principe que doit être lu l'article L. 120-2 (47), et dégagée la consistance des "droits des personnes", ou que le juge apprécie les conditions d'exécution du contrat de travail (48). Et l'obligation d'interprétation conforme, qu'impose au juge la primauté des instruments européens (49) ne peut que renforcer cette jurisprudence naissante.

L'introduction dans le nouveau code pénal de 1992 de dispositions réprimant le fait de soumettre une personne à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine (article 225-14) pourrait s'avérer être un outil de lutte contre les conditions de travail déshumanisantes, si l'on prête attention aux décisions récentes de la Chambre criminelle. L'arrêt du 4 mars 2003 (50) se prononçait sur le pourvoi formé par le chef d'une entreprise de la confection, reconnu coupable du délit prévu à l'article 225-14 en raison des vexations et humiliations permanentes infligées à

(39) R. Saleilles, "Le risque professionnel dans le code civil", La réforme sociale, 1898, 696, cité par G. Viney, Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, § 49.

(40) Sur cette évolution, v. infra, II.

(41) Livre de la Genèse, I, 28 : "Emplissez la terre et soumettez là..."

(42) H. Bartoli, "Science économique et travail", Dalloz, 1957.

(43) J.M. Verdier, "Liberté et travail, problématique des droits de l'homme et rôle du juge", D. 1988, chr. 63 ; Th. Revet, "L'objet du contrat de travail", Dr. Soc. 1992.859, et "La force de travail", Litec 1992 ; A. Supiot, "Critique du droit du travail", chap. 1, le travail, objet de droit, PUF 1994 (réédité 2003) ; M. Bonnechère, "Le corps laborieux, réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail", Dr. Ouv. 1994.173 ; M. Fabre-Magnan, "Le contrat de travail défini par son objet", in Le travail en perspectives, dir. A. Supiot, LGDJ 1999.

(44) Charte sociale européenne révisée adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe à Strasbourg le 3 mai 1996, article 26 : "Tous les travailleurs ont droit à la dignité dans le travail". Cet instrument, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1999, a été ratifié par la France (décret de publication du 4 février 2000, JO 12 février p. 2230).

(45) O. de Tissot, "Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié", Dr. Soc. 1995.972.

(46) Cons. constitutionnel, décision du 27 juillet 1994, D. 1995, 237, note B. Mathieu ; RDP 1994, 1647, obs. F. Luchaire. Sur la référence en droit du travail à ce principe, v. Th. Revet, "La

dignité de la personne humaine en droit du travail", in "La dignité de la personne humaine", sous la dir. de M.L. Pavia et Th. Revet, Economica, 2000.

(47) En ce sens, Soc. 25 févr. 2003, Bull. civ. V n° 82 rendu au visa des articles 9 et 1147 du Code civil, et L. 120-2 du Code du travail : "le fait de porter à la connaissance du personnel, sans motif légitime, les agissements d'un salarié nommé désigné constitue une atteinte à la dignité de celui-ci de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi".

(48) Soc. 16 juillet 1998, 96-41480, Dr. Ouv. 2000.200 : un VRP ayant quinze ans d'ancienneté ne peut se voir reprocher de n'avoir pas accompli ses obligations professionnelles alors qu'il a été privé des moyens matériels d'exécution de ses tâches dans des conditions portant atteinte à sa dignité (en guise de bureau, l'intéressé s'était vu attribuer un local isolé et sans téléphone). C'est la première décision de la Chambre sociale visant explicitement la dignité, comme le relève P. Bouaziz dans son commentaire.

(49) L'obligation d'interprétation conforme est une technique développée par la CJCE, s'appuyant sur le principe de primauté du droit communautaire : le juge national doit interpréter son propre droit dans toute la mesure du possible à la lumière du droit communautaire (CJCE 10 avril 1984, Van Colson, aff. 14/83, rec. 1891 ; 13 nov. 1990, Marleasing, aff. 106/89, rec. 4135)

(50) Crim. 4 mars 2003, RJS 6/2003, n° 702.

ses salariés, en majorité des femmes. Étaient en cause également "les cadences et les conditions matérielles de travail qu'il leur imposait, faisant d'eux "le prolongement d'une machine-outil"... incompatibles avec la dignité humaine". Les données factuelles montraient que ces salarié(e)s (51) faisaient face à des procédés visant leur avilissement : l'incompatibilité des conditions de travail avec la dignité humaine avait pu être établie aisément. Restait le second élément constitutif : la situation de vulnérabilité ou de dépendance des salariés. La Chambre criminelle approuve les premiers juges d'avoir pris en compte la "situation de vulnérabilité sociale et économique résultant de leur absence de qualification et de la situation particulièrement difficile de l'emploi en milieu rural et notamment dans le secteur de la confection". La vulnérabilité ou la dépendance visées par le texte sont ainsi caractérisées lorsqu'un salarié, rencontrant de réelles difficultés pour quitter son employeur, doit supporter des conditions de travail indignes. Ce que confirme un arrêt du 23 avril 2003 (52), repoussant comme motifs "inopérants" la référence à la nationalité française et au fait que les salariés (subissant violences, brimades, injures) étaient titulaires d'un contrat de travail (*sic*) par les juges du fond.

De telles décisions interviennent au cœur de la relation salariale : dans la plupart des cas, la vulnérabilité et la dépendance du salarié vient de ce que son emploi correspond à son gagne-pain, elle résulte de l'inégalité structurelle inscrite dans le contrat de travail.

Les conditions de travail correspondent-elles à une catégorie juridique précise ? Rien n'est moins sûr (53). Il existe certes une Agence pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT), depuis la loi du 27 décembre 1973 et une Fondation européenne du

même nom (v. supra), et la loi applique aux "conditions de travail" le droit d'expression (54). Le fait que soient rendus obligatoires des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (55) signifie que ces dernières ne se résument pas aux problèmes de santé et de sécurité. On a parlé d'une nouvelle approche, d'un "mouvement d'humanisation du travail" (56) depuis les années 1980. Les plus récents des accords collectifs portent plutôt sur "la santé au travail", comme l'accord national interprofessionnel du 13 septembre 2000 (57). L'accord conclu dans la chimie le 10 juillet 2002 sur "l'amélioration des conditions de travail, d'hygiène et de sécurité" (58) traite en fait de la sécurité.

La Cour de cassation a quelque peu brouillé les cartes en introduisant sa fameuse distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail. En vertu de son pouvoir de direction, on le sait, l'employeur peut notamment, sans solliciter l'accord du salarié, changer l'organisation du travail, modifier la tâche du salarié, ses horaires (sans toucher, à la durée du travail et à la rémunération), ou le lieu de travail dans certaines limites. Et les textes communautaires expriment parfois une vision large de la notion (59).

Au bout du compte, améliorer les conditions de travail, c'est améliorer bien davantage que les conditions d'exécution matérielle du travail.

Il est à noter que la directive 89/391 du 12 juin 1989 (60), dont la rédaction se caractérise par la précision, n'emploie pas l'expression "amélioration des conditions de travail", mais, outre qu'elle situe parmi les "principes généraux de prévention" celui d'"adapter le travail à l'homme", vise "comme objet l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail" (article 1 §1).

(51) Étaient en cause les hurlements et cris répétés supportés par les salariés, auxquels il était interdit de parler et de sourire pendant leur travail, de nombreuses vexations et humiliations, notamment l'obligation qui leur avait été faite de "défiler" devant des sanitaires tachés de sang, les cadences et conditions matérielles insupportables du travail.

(52) Crim. 23 avril 2003, Bull. crim. n° 210, cassant un arrêt de la Cour d'appel de Caen.

(53) Comme le relève G. Couturier, "Les relations individuelles de travail", PUF, 1996, p. 465, renvoyant à G. Spyropoulos, "Conditions de travail : élargissement du concept et problématique juridique", Dr. Soc. 1990.851 et B. Krynen, "Le droit des conditions de travail : droit des travailleurs à la santé et à la sécurité", Dr. Soc. 1980.523.

(54) Article L. 461-1 du Code du travail : "Cette expression a pour objet de définir les actions à mettre en œuvre pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent et dans l'entreprise".

(55) Art. L.236-1 et s.

(56) G. Spyropoulos, loc. cit. p. 856

(57) Accord du 13 septembre 2000 sur la santé au travail et la prévention des risques professionnels, signé par le MEDEF, la CGPME et l'UPA, et la CFTD, FO, la CFE-CGC et la CFTC. Non signé par la CGT.

(58) Non signé par la CGT. Texte in Liais. soc. 6 août 2002, n° 214.

(59) L'article 39 du traité CE, à propos de la libre circulation des travailleurs, inclut notamment la rémunération dans les conditions de travail ; quant à la directive 76/207 relative à l'égalité de traitement entre les sexes, elle considère (article 5 §1) que les conditions de licenciement font partie des conditions de travail.

(60) L'ancien article 118A du traité CE, sur lequel est fondé la directive, prévoit que le Conseil arrête des directives en vue de promouvoir l'amélioration notamment du "milieu de travail", selon une expression qui a donné lieu à diverses interprétations, plus ou moins larges (v. déjà E. Vogel-Polsky et J. Vogel, "L'Europe sociale 1993 : illusion, alibi ou réalité", Bruxelles 1991 p. 131).

La **sécurité et la santé au travail** sont les piliers sur lesquels s'affirme le droit fondamental du travailleur à l'intégrité physique (61). *"La portée de l'idée de sécurité dans le travail ne se limite pas aux règles techniques qui visent à prévenir ou à réparer les lésions physiques que peut occasionner le travail. Elle s'étend à tous les aspects de l'existence biologique du travailleur"*, selon Alain Supiot (62). D'où le caractère très adéquat du fondement (l'ex article 118 A) de la directive communautaire sur l'aménagement du temps de travail (63), qui tend par exemple à une limitation du travail de nuit en raison de ses effets négatifs éventuels sur la santé des salariés.

L'Organisation Mondiale de la Santé, dès sa constitution en 1946, définissait la santé comme *"un état complet de bien-être physique, mental et social"* et nullement la simple absence de maladie ou d'infirmité. La Cour de Luxembourg a repris avec éclat cette définition dans son arrêt du 12 novembre 1996. Mais en France, l'étape décisive n'a été franchie que tardivement, la loi du 17 janvier 2002 ayant modifié les articles L. 230-2, L. 236-2 et L. 241-10-1 en précisant que la santé est *"physique et mentale"*. Ce concept nouvellement défini entre dans le champ juridique par l'obligation faite au chef d'entreprise de *"protéger"* la santé des salariés, avec des bases très concrètes. Les sociologues du travail ont d'abord constaté les effets psychologiques de nouveaux modes d'organisation du travail. Ainsi dans le secteur de l'agroalimentaire, où les contraintes physiques sont encore fortes (travail au froid, dans les odeurs, obligation de porter des combinaisons etc.), une recherche a montré l'importance de la relation

du salarié avec son propre travail, et des rapports sociaux de travail comme cause de détérioration de la santé au travail (64). Le *"stress"*, dont on a vu l'importance (*supra*) relève de cette santé mentale, qui peut également être gravement altérée par des faits de harcèlement moral au travail. L'on passe alors à une forme de maltraitance, reconnue par les dispositions introduites également dans le Code du travail par la loi du 17 janvier 2002 (65).

S'il est vrai qu'auparavant la *"santé mentale"* n'apparaissait pas directement dans le Code du travail, ce concept était loin d'être ignoré *"sur le terrain"*. Quel salarié exposé au bruit ignore que cela réduit ses capacités cognitives ? Il suffit de relire tel compte rendu, tel témoignage publiés il y a vingt-cinq ans pour comprendre que les atteintes les plus graves à l'intégrité mentale des salariés ont (depuis l'origine ?) d'abord pour cause les conditions matérielles de leur travail, les contraintes subies par leur corps. *"L'accélération des cadences creuse le travailleur jusqu'à le vider de sa substance intellectuelle"* s'exclamait un participant à un colloque organisé en 1978 sur le thème *"La santé c'est la vie"* (66). Comme l'ont souligné certains auteurs, la question de la santé mentale du salarié n'était d'ailleurs pas ignorée du droit social : avant toute législation sur le harcèlement moral, les victimes pouvaient recourir aux articles 1382 et 1383 du Code civil, et le pouvoir de requalification du juge s'est souvent exercé pour faire passer une prétendue démission dans la catégorie des licenciements sans cause réelle et sérieuse (67) ou une rupture disciplinaire dans celle de la rupture pour inaptitude médicale (68). Des cas de suicide ont amené

(61) Au plan communautaire la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (8-9 décembre 1989), déjà citée, vise *"la protection de la santé et de la sécurité au travail"*, comme le relève N. Maggi-Germain, *"Travail et santé, le point de vue d'un juriste"*, Dr. Soc. 2002.485.

(62) A. Supiot, *"Critique du droit du travail"*, précité, p. 71 ; v. aussi l'approche de P. Sargos, JCP 2003 G I 104.

(63) L'ex article 118A vise *"l'amélioration notamment du milieu de travail, pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs..."*. La Cour de Justice a eu l'occasion de confirmer la validité du fondement de la directive 93/104, rejetant la thèse contraire du Royaume Uni dans son arrêt du 12 novembre 1996, Royaume Uni c/ Conseil de l'Union Européenne, aff. 84/94, Dr. Ouv. 1996.513, note M. Bonnechère, Dr. Soc. 1997.308, et chr. Ph. Martin, *"L'harmonisation sociale en débat"*, p. 303 (v. *infra*).

(64) v. l'intervention de S. Dassa, sociologue au CNRS et à l'INSERM, rendant compte d'une recherche pour l'association UNIR, au colloque *"Harcèlement moral, management et organisation du travail"*, Dr. Ouv. 2002.255 s. Ce chercheur évoque notamment *"l'hypersollicitation de la vigilance"* dans des situations contradictoires (exemple : obligation de porter des gants pour raison de propreté, mais qui devient une interdiction lorsque, pour telle opération, cela est gênant ou dangereux), effondrement de la valeur du travail (attribution des classifications

professionnelles en fonction de la valeur du produit sur le marché, et non du savoir faire individuel) etc.

(65) Selon l'article L. 122-49, le harcèlement moral correspond à des agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel. La loi du 3 janvier 2003 a remanié l'article L. 122-52 concernant la preuve (le salarié concerné *"établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement"*). Sur cette législation, v. F. Bocaquillon, Dr. Ouv. 2002.278 (colloque précité) et les références.

(66) Ce témoin ajoutait : *"c'est une mutilation atroce que de voler la puissance de réflexion des individus"* (colloque organisé par la CGT en 1978, v. Le Peuple, n° spécial 1034)

(67) Se reporter à l'étude de P. Bouaziz *"Harcèlement moral dans les relations du travail"*, que l'auteur a dédiée à Pierre Fleurence, représentant syndical au CE des Acières du Forez, victime de brimades pendant des années, et dont le nom est lié à des arrêts importants, notamment Cass. Crim. 10 déc. 1970, Dr. Ouv. 2000.192 (ce numéro spécial du Dr. Ouv., épuisé, est librement téléchargeable sur le site internet de la revue).

(68) cf. P.Y. Verkindt, *"Travail et santé mentale"*, Sem. soc. Lamy 3 mars 2003 p. 6, et la citation de Soc. 9 juill. 1997, TPS comm. 260.

le prononcé de condamnations sur le fondement de 1382 C. Civ. (69), mais aussi posé plus récemment le problème de la prise en charge comme accident du travail (70). L'évolution jurisprudentielle récente concernant la notion d'accident du travail, qui abandonne le critère de la soudaineté (71) renforce les décisions reconnaissant comme accident du travail des troubles psychologiques imputables à une dégradation délibérée des conditions de travail (72). La Chambre sociale admet la souveraineté des juges du fond pour décider qu'une dépression nerveuse (provoquée par l'annonce humiliante d'une dégradation lors d'un entretien d'évaluation) est un accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail (73).

La législation sur le harcèlement moral peut créer des illusions : les médecins du travail soulignent que les victimes de "maltraitance au travail" se focalisent sur la notion de harcèlement, alors que souvent sont en cause des dysfonctionnements dans l'organisation du travail (74).

En toute hypothèse inscrit désormais dans les textes, le concept de santé physique et mentale du travailleur oblige logiquement l'entreprise à une politique de prévention beaucoup plus élaborée et complète, voire conduit "à reposer la question de l'éthique dans le monde du travail" selon la remarque du Dr Soula. La Commission européenne (75) n'hésite pas à parler de "bien-être au travail", reprenant il est vrai une formule ancienne de l'OIT (76)...

La prévention est définie d'une manière très large par la directive du 12 juin 1989, comme "l'ensemble des dispositions ou des mesures prises ou prévues à tous les stades de l'activité dans l'entreprise en vue d'éviter ou de diminuer les risques professionnels" (77), ce qui est indissociable des obligations de l'employeur, "obligé

d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail", selon la formule particulièrement claire et ferme de la norme communautaire (article 5 §1). L'article L.230-2 du Code du travail, en transposant la directive, très précise dans son article 6, établit concrètement des priorités, et vise à travers la prévention une véritable politique de santé dans l'entreprise (v. *infra*, II), invitée à "planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment en ce qui concerne les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article L. 122-49". La prévention concerne donc tous les aspects de la vie au travail.

Cette approche, faisant de la gestion de la sécurité et de la santé au travail un élément de la gestion de l'entreprise, est celle de l'OIT, qui a proposé des "principes directeurs" en la matière (78). Un pareil souci d'intégrer la prévention dans la politique générale de l'entreprise est également présent dans les travaux de l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (79). La prévention se distingue de la précaution, principe de "gestion" des risques dans les politiques publiques et non dans les rapports entre employeur et salariés, intervenant en amont des mesures préventives (80).

Qu'est-ce qu'un "risque" ? L'on parlera de risque professionnel (comme le fait la directive cadre communautaire, sans donner de définition) mais aussi de risque "industriel", de risque "chimique"... Les textes ne donnent guère de définition du "risque", sauf exception. Ainsi pour la directive 98/24 du 7 avril 1998 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques (81), le risque

(69) TGI Bobigny, 7 déc. 1999, Dr. Ouv. 2000.194.

(70) v. F. Bocquillon, "Harcèlement professionnel, accidents du travail et maladies professionnelles", Dr. Ouv. 2000, 520. Le suicide peut être provoqué par des brimades, des difficultés dans les conditions d'exécution du travail, les juges du fond appréciant souverainement si un accident est survenu par le fait ou à l'occasion du travail ; il peut aussi survenir aux lieux et temps de travail, auquel cas joue la présomption (simple) de l'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale.

(71) Soc. 2 avril 2003, Dr. Soc. 2003.673, obs. L. Millet.

(72) TASS Dijon, 17 déc. 2002 (deux espèces) et TASS Grenoble, 18 oct. 2002, Dr. Ouv. 2003.123, note L. Millet.

(73) Soc. 1^{er} juillet 2003, CPAM de Dordogne c/Ratinaud et autre, RJS 10/03, n° 1222.

(74) M.C. Soula, "La médecine du travail, acteur de la prévention", Actes du Colloque du Syndicat des Avocats de France du 7 déc. 2002, Dr. Ouv. 2003.98 s. Le médecin constate aussi que l'obtention d'une réparation sur le plan juridique ne suffit pas à effacer la blessure psychologique subie.

(75) Communication du 11 mars 2002 sur la stratégie communautaire, précitée.

(76) Conclusions de la Conférence relative à l'action future dans le domaine des conditions et du milieu de travail (Genève, BIT, 1984), §6.

(77) Directive 89/391 du 12 juin 1989 précitée, article 3, d.

(78) "Principes directeurs concernant les systèmes de gestion de la sécurité et de la santé au travail", OIT-OSH, 2001.

(79) Actualités, publication de l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, n° 26.

(80) Selon une Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution (COM/2000/0001 final), "le recours au principe de précaution présuppose que les effets potentiellement dangereux d'un phénomène, d'un produit ou d'un procédé ont été identifiés et que l'évaluation scientifique ne permet pas de déterminer le risque avec suffisamment de certitude."

(81) Directive 98/24 du 7 avril 1998, 14^e directive particulière au sens de l'article 16§1 de la directive cadre, JOCE du 5 mai 1998.

est "la probabilité que le potentiel de nuisance soit atteint dans les conditions d'utilisation et/ou d'exposition". Dans le droit des assurances le risque correspond à un évènement pris en charge. La polysémie caractérisant le concept de risque (82) le fait assimiler parfois au "danger", mais il s'en distingue. La prévention des risques technologiques (83) repose sur des "études de dangers" qui donnent lieu à une évaluation des risques (tenant compte de la probabilité et de la gravité des accidents potentiels). Le risque est la probabilité de la survenance du danger, ou le fait d'être exposé à un danger. Réagissant au projet de nouvelle législation communautaire sur les produits chimiques, le patronat français de la chimie a reproché à la Commission européenne de prévoir un système de contrôle fondé uniquement sur le danger, non sur le risque (v. infra). Il existe aussi une dimension idéologique de l'analyse du risque : certains libéraux prétendent promouvoir la "culture du risque", feignant d'ignorer les injustices criantes dans la répartition des risques (84).

Plusieurs éléments apparaissent avec certitude s'agissant de la protection juridique du salarié au travail :

1) le risque concerne la sécurité et la santé de la personne sur le lieu de travail ;

2) le risque est inhérent au milieu de travail (il appartient à l'entreprise de l'éviter et de le combattre) ;

3) le risque est prévisible, puisqu'il doit être "évalué" (v. infra) ;

4) il existe une dimension humaine du risque, l'organisation du travail comme la nature des relations sociales dans l'entreprise étant parfois déterminants. Il ne s'agit pas uniquement sur ce dernier point d'en revenir à la santé mentale (le stress est "facteur de risque" (85)), mais de rappeler l'existence de méthodes de gestion "à risque". Le rapport de la commission

d'enquête de l'Assemblée nationale concernant "Les leçons de Toulouse" (86) est d'une grande fermeté sur la nécessité d'"une meilleure prise en compte des facteurs humains" soulignant qu'il est "urgent de réhabiliter la place de la dimension sociale et humaine dans l'analyse des risques face à l'approche purement technique souvent privilégiée dans des secteurs caractérisés par la complexité des procédés et le haut niveau technologique des installations". Le rapport cite le cas de la raffinerie Total-Fina-Elf de la Mède, où une explosion survenue le 9 novembre 1992 a fait six morts et un blessé grave, sans que, dix ans après, les avis sur le vieillissement des installations émis par le CHSCT ne soient encore pris en compte (87). La dimension humaine dans l'analyse des risques conduit aussi au concept d'aptitude médicale du salarié.

L'aptitude médicale est "en question" (88). Les concepts d'aptitude ou d'inaptitude médicale ne font l'objet d'aucune définition du Code du travail, qui pourtant charge le médecin du travail de s'assurer que le salarié est "médicalement apte au poste de travail" (89) auquel l'employeur l'affecte. La doctrine exprime une grande prudence : "le concept d'aptitude recouvre des réalités très différentes et la frontière est parfois ténue entre une aptitude assortie de réserves et l'inaptitude", note S. Bourgeot (90), qui distingue l'aptitude de l'incapacité de travail (relevant du médecin traitant) et de l'invalidité (relevant du médecin conseil). L'auteur voit finalement dans l'aptitude "la synthèse de la connaissance qu'a le médecin du travail de l'entreprise, du poste de travail et de l'état de santé du salarié" : on ne peut mieux souligner l'ambiguïté du concept. Depuis plusieurs années des médecins du travail s'inquiètent de constater que "l'aptitude est devenue le déterminant principal de l'activité du médecin", la fiche d'aptitude (prévue à l'article R. 241-57) délivrée à l'issue de la visite médicale (91) ayant

(82) A lire : "Le risque, le salarié et l'entreprise", par J. Moulin, éd. VO 2003, étude très pertinente dont l'auteur, aujourd'hui conseiller de la CGT, a notamment l'expérience des pétroliers et de la pétrochimie (v. annonce au Dr. Ouv. 2003 p. 61).

(83) Les articles L. 511-1 et suivants du Code de l'environnement, modifiées par la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (JO du 31 juillet 2003, p.13021) soumettent à autorisation ou à déclaration les installations classées selon une nomenclature établie par décret en Conseil d'Etat, "selon la gravité des dangers ou des inconvénients" que peut présenter une installation notamment pour la santé, la sécurité et la salubrité publiques. Se reporter à la circulaire DRT 2001/5 du 15 nov. 2001 sur les entreprises à risque, Dr. Ouv. 2002.109.

(84) Sur ces points, v. R. Castel, "L'insécurité sociale", ed. Seuil 2003, spéc. p. 58 s. et aussi P. Péretti-Watel, "La société du risque" éd. La découverte, 2001.

(85) Comme le dit l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail.

(86) Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur", document Ass. Nat. n° 3559 du 29 janv. 2002.

(87) L'accident de 1992 avait été provoqué par une rupture d'une canalisation due à la corrosion (rapport précité p. 95).

(88) "L'aptitude médicale en question", réflexion d'un groupe de travail de l'Inspection médicale du travail et de la main d'œuvre, Direction régionale TEPF Ile de France, déc. 2002.

(89) Code du travail, articles R.241-48, R.241-51.

(90) S. Bourgeot, "Médecine du travail, maladie et inaptitude", Dr. Soc. 1998.872 ; "Les évolutions du droit de la santé des travailleurs", SSL 3 mars 2003.1 ; et "Les avis d'inaptitude du médecin du travail", Liais. Soc. 22 août 2003, n° 830.

(91) Le médecin du travail est amené à se prononcer sur l'aptitude dans un certain nombre d'hypothèses : embauche (R.241-48), examen annuel (R.241-49), surveillance médicale spéciale

tendance à être identifiée à cette dernière. Outre que certains voient dans l'avis d'aptitude un "polluant" de la relation clinique entre le médecin du travail et le salarié, la question se pose de savoir si l'aptitude, qui pour le juriste devrait correspondre à l'absence de risque pour la santé du salarié du fait de son travail (seule définition conforme aux principes généraux de prévention), a une signification d'un point de vue médical. Le docteur P. Davezies, éminent spécialiste, le conteste radicalement : *"tout salarié engage sa santé dans le travail pour le meilleur et pour le pire... le certificat d'aptitude oblige le médecin à cautionner les conditions de travail et à en assumer l'indignité"* (92).

Les médecins soulignent aussi que l'avis d'aptitude est aujourd'hui *"un acte médico-légal positif"*, affirmant que le salarié peut travailler à son poste de travail. Et ceux qui en défendent l'existence mettent en évidence la relativité de l'aptitude et estiment que l'avis d'aptitude correspond à *"une force de proposition"* pour l'aménagement du poste de travail. Le juriste qui voit parfois l'aptitude comme le contraire de l'inaptitude (à défaut d'avis d'inaptitude, le salarié est apte, au sens où il n'encourt donc pas de risque pour sa santé du fait de son travail), occulte à cet égard tant le rôle du médecin que la responsabilité de l'employeur dans la configuration des postes de travail.

Des textes ayant introduit la notion d'absence de *"contre-indication médicale"*, que doit attester la fiche médicale de salariés destinés à être affectés à des postes les exposant par hypothèse à des agents ou substances dangereux (93), rendent encore plus flou le concept d'aptitude... Selon un décret très contesté du 1er février 2001 (94), *"un travailleur ne peut être affecté à des travaux l'exposant à un agent cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction que ... si la fiche d'aptitude... atteste qu'il ne présente pas de contre-indication médicale à ces travaux"*. Devant le Conseil d'Etat, qu'avaient saisi la Fédération nationale des accidentés du travail et des handicapés et le Syndicat national professionnel des

médecins du travail, le ministère du travail a soutenu que ces dispositions devaient protéger le travailleur, et qu'il s'agissait *"d'écarter un sur-risque"* pour la santé de salariés à l'égard desquels existe une *"suspicion d'une sensibilité personnelle plus forte"*.

Le Conseil d'Etat (95), rejetant les requêtes de la FNATH et du SNPMT (96), a considéré que les dispositions dudit décret ne mettaient pas en cause la mission de prévention du médecin, et affirmé *"que les médecins du travail disposent de plusieurs éléments d'ordre génétique (sic) (97), comportemental ou historique pour apprécier les risques particuliers que courent individuellement les salariés à être exposés à des agents cancérigènes etc."*.

Outre l'extrême incertitude créée par la mention des moyens génétiques dans l'arrêt du 9 octobre 2002 (v. *infra*, III), cette idée de *"sur-risque"* ou de *"risques particuliers"* doit être relevée car elle conduit à un contresens. Le risque, dans le droit de la sécurité et de la santé au travail, caractérise le milieu de travail, non le salarié lui-même. Les directives communautaires, que ce décret est censé transposer, ne traitent nullement de *"contre-indication"* mais de surveillance médicale des salariés exposés, et pour le reste obligent l'employeur à éviter les risques ou à les combattre, le principe fondamental étant l'adaptation du travail à l'homme (98).

Dans ses observations adressées au Conseil d'Etat, le ministère du travail a parlé de *"sur-risque identifié par la suspicion d'une sensibilité personnelle plus forte"*, et affirmé que la recherche de *"contre-indications"* éventuelles pouvait éviter au travailleur de subir du fait de son emploi une *"aggravation de son niveau individuel des risques"*. Ceci ne traduit-il pas une conception peu conforme au droit français de la médecine du travail, dont la tâche, en se prononçant sur l'aptitude, serait de vérifier qu'un salarié ne présente pas plus de risques qu'un autre ? N'y a-t-il pas, derrière cette approche, l'idée qu'existe un risque commun, inévitable, lié à l'activité dans l'entreprise, et

(R. 241-50), visite de "pré-reprise" à l'initiative du salarié ou du médecin traitant (R. 241-51), enfin examen médical demandé librement par le salarié (R. 241-49).

(92) P. Davezies, "Aptitude, inaptitude, reclassement, droit du travail et déontologie médicale", Revue de médecine du travail, tome XXVII, n 3, 2000.

(93) Notamment décret 80-203 du 12 mars 1980 (exposition au chlorure de vinyle monomère ; décrets 86-1103 du 2 octobre 1986 et 88-662 du 6 mai 1988 rayonnements ionisants), décret 88-405 du 21 avril 1988 (exposition au bruit)...

(94) Ce texte a introduit dans le code du travail une sous-section concernant les règles particulières de prévention à prendre contre les risques d'exposition aux agents cancérigènes (art. R. 231-56 s., et en particulier article R. 231-56-11 cité).

(95) CE, 9 oct. 2002, Dr. Ouv. 20003.126, obs. C. Fuentes ; v. aussi les remarques de P. Verkindt, "La santé au travail", Dr. Ouv. 2003.82 s., spéc. p. 88-89.

(96) Fédération nationale des accidentés du travail et handicapés et Syndicat national professionnel des médecins du travail.

(97) Sur le recours à la génétique, v. *infra*, III, C.

(98) Principe général de prévention inscrit à l'article 6, d, de la directive 89/391 du 12 juin 1989, et repris à l'article L. 230-2, d, du Code du travail. A propos de la transposition de cette directive F. Kessler et F. Meyer "Les mesures d'hygiène et de sécurité à l'épreuve du droit communautaire, à propos de la transcription de la Directive CEE 89-391 relative à l'amélioration de la santé et de la sécurité des travailleurs" Dr. Ouv. 1992.161.

que le médecin doit écarter de cette activité les plus fragiles, la vérification de l'aptitude étant franchement sélective ? L'on comprend que des médecins du travail aient jugé sévèrement la comparaison opérée par le ministère avec un certificat de non contre-indication à la pratique du sport. Le sportif est libre de son choix, non le salarié exposé, et le risque professionnel est inacceptable contrairement au risque du sport.

II. L'émergence d'une politique de la santé dans l'entreprise

L'on admet volontiers en doctrine que le droit du travail, longtemps préoccupé en matière d'hygiène et de sécurité par la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles tend à devenir un droit de la santé en milieu de travail (100). Cette thèse optimiste se fonde sur l'évolution législative et celle de la jurisprudence, d'où se dégagent il est vrai des principes et des obligations claires de prévention des risques liés à l'environnement global du travail, dans le cadre de la gestion générale de l'entreprise.

La loi impose à l'employeur d'évaluer les risques, et la cour de cassation renforce son obligation de prévention en mettant à sa charge le soin de garantir à tout prix, dans le cadre du contrat de travail, la sécurité physique du salarié. Cette responsabilité de l'employeur ne fait pas disparaître l'importance pour la sécurité de la part des hommes et des femmes employés dans l'entreprise, intervenant individuellement ou surtout dans le cadre de l'action des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (A).

Dans l'impulsion de ce mouvement positif, le droit communautaire a joué un rôle déterminant, en formulant des principes généraux de prévention (l'évaluation des risques étant le second dans la hiérarchie) et en s'engageant en principe dans une approche globale, qui inclut l'adoption de directives visant l'harmonisation des législations nationales en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs au travail (dix-sept directives particulières sont venues compléter la directive cadre du 12 juin 1989), mais aussi des règles applicables à la mise sur le marché des machines, des équipements de travail,

Inquiets de cette situation, des médecins du travail, se rappelant l'absurdité des certificats de non contre-indication aux travaux exposant à l'inhalation de poussières d'amiante (prescrits par un décret du 17 septembre 1977) réfléchissent à une réforme qui conduirait le médecin à donner un avis sur le poste de travail lui-même (99). Ceci correspond à un changement de perspective : la politique de l'entreprise en matière de prévention et de santé passe au premier plan.

des produits chimiques, dont la logique (la libre circulation des marchandises) est différente. Dans la période récente était en outre annoncée la transposition (101) d'une stratégie globale visant dans l'entreprise "*le bien-être au travail*" au plan des politiques communautaires, notamment relatives à l'emploi (102). La primauté de l'objectif de sécurité des personnes pourtant ne signifie nullement qu'un consensus existe pour admettre l'intervention d'une réglementation impérative, qu'il s'agisse du marché et de la production des produits dangereux ou des stratégies d'emploi "*à risque*"... (B)

A. La construction d'une obligation de prévention dans l'entreprise par le droit du travail

La prévention intervient, comme le veut la directive communautaire 89/391 du 12 juin 1989, "*à tous les stades de l'activité dans l'entreprise*". Elle consiste d'abord à réduire ou éliminer les risques à la source. Mais ceci nécessite d'appréhender les différents aspects de phénomènes extrêmement complexes, la réalité variant évidemment selon le type d'activité principale de l'entreprise. L'approche juridique ne saurait ignorer les pratiques de gestion fondées sur une "*stricte logique financière*" (103), les manifestations d'idées libérales fustigeant les "*risquophobes*" avec lesquelles une culture de la prévention est incompatible, ou les obstacles découlant de certains modes d'organisation du travail. Tel est le contexte d'intervention et de mise en œuvre des dispositions qui imposent à l'employeur d'évaluer les risques, de

(99) L'aptitude en question, étude précitée, se reporter aux développements du III *infra*

(100) V. P. Verkindt *loc. cit.* ; M.A. Moreau, "Pour une politique de santé dans l'entreprise", Dr. Soc. 2002.817 ; N. Maggi-Germain, "Travail et santé, le point de vue d'un juriste", Dr. Soc. 2002.485.

(101) Communication de la Commission européenne du 11 mars 2002 précitée, § 3-3.3, p. 17.

(102) Les lignes directrices pour l'emploi 2003 dont les Etats doivent tenir compte dans leurs politiques de l'emploi (Traité CE, article 128 §2), considèrent que "*les niveaux des normes de santé et de sécurité au travail doivent être rehaussés*" (décision du Conseil du 22 juillet 2003, JOCE du 5 août 2003.13).

(103) Selon le rapport de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur "Les leçons de Toulouse" (document AN 2002-n° 3559), "*le management à stricte logique financière s'oppose trop souvent à une démarche de prévention*" (p. 79).

l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, du devoir de vigilance et du droit à l'information du salarié, et du rôle primordial des représentants du personnel.

1. Evaluation des risques : une innovation et un enjeu majeurs

Le droit français ne prévoyait pas d'obligation d'évaluer les risques professionnels *a priori*, et la transposition de la directive 89/391 sur ce point a été particulièrement lente. La loi du 31 décembre 1991 a certes inséré cette obligation à l'article L. 230-2, III, mais la concrétisation de cette innovation ne s'est faite que dix ans plus tard, avec le décret 2001-1116 du 5 novembre 2001 (104). La rédaction de l'article L. 230-2 III montre que l'évaluation des risques est un véritable levier d'une politique générale de prévention puisque l'employeur doit y procéder "*y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations et dans la définition des postes de travail*". La circulaire ministérielle souligne que l'évaluation ne se réduit pas à un relevé brut de données mais constitue "*un véritable travail d'analyse des modalités d'exposition des salariés à des dangers ou à des facteurs de risque*". Et un document diffusé par les organismes de prévention de la sécurité sociale définit quatre étapes : la préparation de l'évaluation, l'identification des risques (repérer les dangers, se prononcer sur l'exposition à ces dangers), le classement des risques (105), la proposition d'actions de prévention.

Donner vie aux textes suppose que leur mise en œuvre ne soit pas réductrice.

a) L'évaluation suppose un inventaire des risques identifiés (par unité de travail selon la circulaire) : elle doit donc obéir à une exigence de précision. Ainsi, parler de "risque toxicologique" dans une industrie chimique serait sans signification utile (106).

Elle doit d'autre part intervenir dans tout le champ de l'article L.230-2, les risques pour la santé mentale de salariés relevant aussi de cette analyse. L'on regrettera le silence sur ce point de la circulaire du 5 avril 2002, les accords collectifs conclus sur la santé et la sécurité au travail adoptant pareillement une approche restrictive (107). Il est à craindre que l'organisation des relations sociales dans l'unité de travail et les rapports hiérarchiques, malgré leur lien évident avec le "bien-être au travail", ne soient souvent évacués de l'opération d'évaluation des risques, alors que des incidents graves dans les industries les plus dangereuses (nucléaire, chimie) sont liés au climat social, au stress dans l'application des procédures etc (108).

b) La mise à jour du document servant de support aux résultats de l'évaluation (109) est importante.

c) Bien qu'il soit élaboré par l'employeur, et que des sanctions pénales aient été définies (110) à l'égard de celui-ci, le "*document unique*" n'a de sens que si non seulement la mission du CHSCT est respectée en la matière (111) mais encore si est prise en compte "*la perception du risque par les intéressés*" (112). Le décret du 5 novembre 2001 n'est pas explicite sur ce point, mais l'article L. 230-3 doit emporter des conséquences : la vigilance exigée du salarié par ce texte ne saurait avoir pour seul effet de permettre le constat d'une éventuelle faute disciplinaire ou de sa responsabilité. L'obligation qu'a le salarié de prendre soin de sa sécurité et de sa santé implique qu'il en ait les moyens, et que son expérience, sa connaissance du

(104) Dont la circulaire n° 6 DRT du 18 avril 2002, très complète, précise les modalités d'application et entend favoriser la compréhension (Dr. Ouv. 2003, p. 10 s. et 53 s. ; www.travail.gouv.fr).

(105) "Evaluation des risques professionnels, principes et pratiques recommandés par la CNAMTS, les CRAM et l'INRS". V. aussi C. Fuentes et F. Meyer, "Evaluer les risques au travail", guide pratique PU Strasbourg, 2^e éd. A souligner : l'obligation d'évaluation vaut dans toutes les entreprises, indépendamment de leurs effectifs, et ceci est conforme au droit communautaire (CJCE 7 février 2002, Commission c/Allemagne, C-5/00 : le législateur allemand ne pouvait pas permettre des exceptions pour les entreprises occupant dix salariés ou moins).

(106) En ce sens, J. Moulin, *op. cit.* p. 294.

(107) L'accord du 10 juillet 1992 complétant l'accord du 20 mai 1992 sur l'amélioration des conditions de travail, d'hygiène et de sécurité dans les industries chimiques (Liais. Soc. 6 août 2002, n° 214) parle bien dans article 2 d'un "*diagnostic en*

mont, systématique et exhaustif de facteurs de risques" mais ne mentionne à l'article 3 que les risques physiques et les ambiances de travail (bruit, ambiance thermique etc.), les risques chimiques (?), les risques biologiques. Le fait que ces mentions soient précédées de l'expression "*entre autres*" ne le rend pas plus explicite. L'accord du 26 septembre 2002 sur la sécurité dans le travail temporaire (Liais. Soc. 19 déc. 2002, n° 237), renvoie quant à lui à l'article L.230-2, en reprenant tout de même l'expression "*dans tous les aspects liés au travail*".

(108) Le rapport précité de la Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale est très clair là-dessus.

(109) Article R. 230-1, Code du travail. v. "Le document unique d'évaluation des risques professionnels", RPDS 2002.407.

(110) Article R. 263-1-1 du Code du travail.

(111) Sur le rôle des représentants du personnel, v. *infra* 3. Selon l'article L. 236-2 C. trav., le CHSCT procède à l'analyse des risques professionnels.

(112) J. Moulin, *op. cit.*

poste et de l'unité de travail, bref sa dignité de travailleur, soient respectés. C'est le problème plus général de "la place des hommes" dans la prévention des risques, les automatismes les plus sophistiqués ne pouvant fonctionner sans leur maîtrise par les salariés, et les calculs de probabilité ne pouvant remplacer totalement l'intervention humaine.

d) L'évaluation des risques doit inspirer des mesures de prévention, et notamment comme l'indique le décret, le "plan annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail" que l'employeur est tenu de présenter au CHSCT (113).

D'une manière plus générale, d'autres documents ou données doivent servir lors de l'élaboration du document unique et engendrer des actions concrètes : la circulaire mentionne notamment la fiche d'entreprise établie par le médecin du travail (article R. 241-41) ou la liste des postes de travail présentant des risques particuliers (article L. 231-3-1) (114). Dans la pratique, il n'est pas rare que le chef d'entreprise ou d'établissement demande directement au médecin du travail d'établir le document unique, ce qui éloigne beaucoup de l'obligation de prévention... A noter que le texte du décret français est plus clair sur ce point que la directive 89/391 (115).

Par delà le milieu de travail proprement dit, une entreprise peut créer des risques, parfois "majeurs" pour l'environnement. Les experts qui ont travaillé sur la catastrophe de l'usine AZF à Toulouse ont souligné que

tout dispositif efficace de maîtrise de l'urbanisation reposait sur une étude de dangers prenant en compte tous les risques (116), mettant en évidence l'importance d'une étude pertinente des risques. La loi du 30 juillet 2003 (117) a élargi le champ d'application des dispositions du code de l'environnement imposant pour certaines installations un plan de prévention des risques technologiques, élaboré par l'Etat. L'on s'en tiendra, dans les présents développements, aux responsabilités dans l'entreprise.

2. Obligations de sécurité dans l'entreprise

Beaucoup commentée, sur des modes variés (118), la jurisprudence élaborée récemment par la Cour de cassation en matière d'obligation de sécurité traduit incontestablement "la préoccupation du juge de dégager les voies et moyens d'une application optimale de la règle de droit dans un but de prévention" (119). Elle exprime aussi une volonté de remodeler le contrat de travail, en y intégrant d'une manière nouvelle la finalité la plus ancienne du droit du travail : la protection de l'intégrité physique (de la santé et de la sécurité) du salarié. Parallèlement, de nouveaux équilibres apparaissent dans la relation prévention- responsabilité.

a) Principe de la responsabilité de l'employeur

L'obligation générale de prévention que font peser sur le chef d'entreprise la directive 89/391 et l'article L. 230-2 du Code du travail implique l'adoption d'un programme d'action, encadré par des principes généraux (120) dont le plus remarquable prévoit donc

(113) L'article R.230-1 renvoie à l'article L.236-4, établissant un lien entre le document unique et l'analyse des risques effectuée par le CHSCT.

(114) La circulaire vise aussi la surveillance médicale particulière assurée par le médecin du travail (art. R. 241-50), la déclaration à la caisse primaire d'assurance maladie au titre de l'article L. 461-4 du Code séc. sociale (procédés de travail susceptibles de provoquer des maladies professionnelles), et aussi les fiches de données de sécurité des fabricants de produits chimiques (art. R. 231-53) et l'analyse des risques émanant du concepteur de machines neuves ou considérées comme neuves (art. R. 233-84).

(115) Selon l'article R. 230-1 du Code du travail, l'employeur transcrit et met à jour dans un document unique les résultats de l'évaluation des risques alors que selon l'article 9 §1 de la directive, l'employeur doit disposer d'une évaluation des risques. La Cour de Justice des CE a jugé, contrairement à la Commission européenne que ceci autorisait la loi allemande à prévoir que l'élaboration du document incombait au médecin d'entreprise ou au personnel spécialisé dans la sécurité du travail [CJCE 7 févr. 2002 aff. C5/00].

(116) Précisément, dans les études de dangers réalisées sur l'établissement, le scénario intervenu lors de la catastrophe n'avait pas été envisagé.

(117) Loi 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages. JO du 31 juillet 2003 p.13021 s.

(118) Soc. 28 fév. 2002, concl. Benmakhlof, GP. 3-5 mai 2002, p. 3 ; parmi les commentaires, v. note F. Meyer, Dr. Ouv. 2002.166 (l'auteur reprend l'expression de "révolution" utilisée par A. Lyon-Caen, Dr. Soc. 2002.445) ; M. Babin et N. Pichon, "Obligation de sécurité et faute inexcusable de l'employeur", Dr. Soc. 2002.828 (conclusions un peu hésitantes) ; I. Monteillet, "Les arrêts amiante de la cour de cassation du 28 février 2002, un pas décisif vers l'indemnisation intégrale" RJS 5/02.403 (appréciation favorable) ; P. Morvan, "Le déflochage de la faute inexcusable", RJS 6/02.495 (dimension plus historique et technique du commentaire) et aussi H. Seillan, "L'obligation de sécurité, du droit du travail au droit du danger", intervention à la rencontre annuelle AFDT, ENM et INT 13 décembre 2002.

(119) A. Coeuret, "La responsabilité du salarié en matière de sécurité et de prévention des risques professionnels", Rapport 2002 de la Cour de cassation, Etudes sur la responsabilité, p. 87.

(120) Directive 89/391 article 6 (obligations générales des employeurs), §2. Sur le modèle européen de prévention, v. T. Aubert-Monpeyssen, P.Y. Verkindt, "La protection de la santé du travailleur : approche juridique de la notion de prévention", in "La santé du salarié" Dalloz, 1999 p. 29.

d'“adapter le travail à l'homme...” (121) et qui établissent un ordre de priorité, une hiérarchie entre les mesures à prendre. Éviter les risques est le premier objectif, il s'agit ensuite d'évaluer et de combattre à la source ceux qui ne peuvent être évités (122). Autre priorité : prendre des mesures de protection collective plutôt que des mesures de protection individuelle (123) etc. On l'a vu avec la rédaction du texte sur l'évaluation des risques (*supra*), l'entreprise est appelée à élaborer une politique globale, intégrée à sa gestion générale.

Au plan communautaire dix-sept directives particulières, prises dans le prolongement de la directive-cadre du 12 juin 1989, sont venues compléter celle-ci dans des domaines spécifiques (124). Cette réglementation n'est pas figée et relève de révisions successives. Ainsi la directive 2003/10 du 6 février 2003 (125) concernant la protection des travailleurs exposés au bruit remanie-t-elle une directive de 1986 (126) en fonction des progrès techniques et de l'évolution des connaissances scientifiques. Elle prévoit d'ailleurs que l'employeur “s'adapte” à ces facteurs en vue d'améliorer la protection des travailleurs. De même la directive 2003/18 du 27 mars 2003 (127) procède-t-elle à une mise à jour de la directive 83/477 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à l'amiante pendant leur travail, en insistant notamment sur les obligations de l'employeur en matière de formation des travailleurs.

De nombreuses précisions impératives, figurant dans la partie réglementaire du code du travail sont censées correspondre à la transposition de ces “prescriptions minimales” (sur cette notion, v. *infra* B). Mais les prescriptions légales et réglementaires ne sont pas seules en cause. En dégageant à la charge de

l'employeur une “obligation de sécurité de résultat” ayant un fondement contractuel, la Cour de cassation a voulu assigner au contrat de travail lui-même un objectif de prévention. Les formulations des arrêts conduisent à admettre un très large champ d'application de cette jurisprudence : elle vaut “notamment” en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par un salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise (128), et “notamment” en matière d'accidents du travail (129). Ce qui ouvre la voie à des actions visant à obtenir réparation d'une atteinte à l'intégrité physique et mentale résultant des conditions de travail. La nouveauté ne réside pas dans l'action en responsabilité contractuelle (130), mais dans la prise de position solennelle sur l'existence d'une obligation contractuelle de résultat. Le salarié dont l'état de santé est atteint du fait de ses conditions de travail peut se prévaloir du manquement par l'employeur à une obligation préexistante de sécurité, de résultat. L'article L. 122-49 fait d'ailleurs écho à cette jurisprudence par sa formulation : “*aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral*” : il y a bien une obligation de résultat. Pourquoi parler de forçage du contrat par la jurisprudence alors que les obligations énoncées par le Code du travail en matière de sécurité (et de santé mentale) façonnent elles-mêmes, nécessairement, le contrat de travail ! La jurisprudence de la Chambre sociale donne au contraire toute sa force à l'article 1135 du code civil en se prononçant sur la nature et la portée des obligations nées du contrat de travail (131).

Autre apport : la réparation accordée au salarié ne sera plus symbolique (132), sachant que l'employeur débiteur se verra imputer une faute inexcusable s'il ne justifie pas son manquement par l'existence d'une

(121) Article 6, d de la directive : “*adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment d'atténuer le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé*”. Texte repris à l'article L. 230-2, II.d).

(122) Directive précitée, article 6 §2, a ; b ; c et article L. 230-2, a ; b ; c.

(123) Directive précitée, article 6 §2, h, et article L. 230-2, II, h.

(124) Initialement adoptées sur le fondement de l'article 118 A, du traité CE, puis depuis le Traité d'Amsterdam sur le fondement de l'article 137 §2 (sur ce fondement, se reporter au B *infra*). La liste de ces directives particulières figure en annexe *infra* p. 487.

(125) Directive 2003/101 du 6 février 2003 [JOCE du 15 avril 2003] concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives à l'exposition des travailleurs aux risques dus aux agents physiques (bruit).

(126) Directive 86/188 du 12 mai 1986 concernant la protection des travailleurs contre les risques dus à l'exposition au bruit pendant le travail.

(127) Directive 2003.18 du 27 mars 2003 modifiant la directive 83.477 du 24 septembre 1983 du Conseil concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à l'amiante pendant le temps de travail. JOCE L. du 15 avril 2003.

(128) Soc. 28 février 2002, arrêts précités note 118.

(129) Soc. 11 avril 2002 D. 2002 jur. 2215, note Y. Saint-Jours ; RPDS 2002, p. 375, note L. Milet.

(130) V. par exemple déjà Soc. 16 juin 1976, B.C. V n° 377 : cas d'une maladie contractée dans la manipulation de vernis ; puis les arrêts Soc. 11 oct. 1994, BC V n° 269 ; D. 1995 jur. 440, note C. Radé, et Soc. 28 oct. 1997 D. 1998 jur. 220 note C. Radé.

(131) Article 1135 du code civil : “*les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*.”

(132) Dans l'une des affaires précitées (Soc. 16 juin 1976), la réparation avait été évaluée à la moitié des indemnités de licenciement et de préavis.

cause étrangère, de la force majeure, ou d'une faute déterminante de la victime. L'employeur doit avoir conscience du danger, ou se trouver en situation d'en avoir conscience (133), du moins ne saurait-il échapper à sa responsabilité en produisant une liste de mesures prises censées protéger son personnel : l'obligation est précisément de résultat, dans toute sa rigueur (134). Cette jurisprudence est certainement inspirée par le souci d'assurer aux victimes une réparation "intégrale" de leur préjudice, elle met aussi l'employeur "au pied du mur", son plan de prévention devant être efficace.

Au pénal, l'accident du travail résultant d'une violation de l'obligation de sécurité relève des dispositions du code pénal sanctionnant les délits de blessures ou d'homicide involontaires. Les nouvelles définitions des délits non intentionnels découlant de la loi du 10 juillet 2000 ont subordonné la culpabilité du prévenu à la preuve d'une violation délibérée ou d'une faute caractérisée (135) lorsque le lien de causalité unissant la faute involontaire au dommage est indirect. Mais il n'y a pas de discordance avec la nouvelle définition jurisprudentielle de la faute inexcusable, la conscience de l'exposition d'autrui à un risque (d'une particulière gravité au pénal) étant exigée dans les deux cas, et la chambre criminelle considérant que la violation d'une obligation de sécurité prévue par le droit du travail constitue la "faute caractérisée" exigée par l'article 121-3 §3 du code pénal (136).

 (133) C'est, on le sait, ce qui caractérise la faute inexcusable de l'employeur. Cela ne signifie pas connaissance effective du danger, mais possibilité pour l'employeur d'en avoir conscience, condition non remplie en l'absence d'anomalie (selon une expertise) d'un matériel qui explose Soc. 31 oct. 2002, Dr. Ouv. nov. 2002 couv. n° 10, Liais. Soc. 12 nov. 2002 J. n° 788 ; v. aussi Civ. 2^{ème} 10 juin 2003, RJS 9/03 n° 1071.

(134) Dans l'arrêt du 6 février 2003, *Sté Holophane c/Mme S.Cordier* (Dr. Ouv. 2003 p.281 n. Y. Saint-Jours, TPS 2003.19, obs. X. Prétot), l'employeur faisait état de la mise en place d'appareils d'aspiration des poussières d'amiant (dès avant le décret du 17 août 1977), d'examens de dépistage, d'une surveillance médicale spécialisée, etc. La Cour de cassation s'en tient strictement à l'obligation de résultat.

NB - Dans un arrêt du 12 mai 2003, la seconde Chambre civile, à laquelle est maintenant confié le contentieux de la sécurité sociale, reprend la même définition de la faute inexcusable.

(135) Ce texte, relatif au délit de mise en danger délibérée d'autrui, prévoit en outre qu'en cas de manquement à une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, ceux qui n'ont pas pris les mesures permettant d'éviter le dommage sont responsables pénalement soit lorsqu'elles ont "violé de façon manifestement délibérée" leur obligation, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'ils ne pouvaient ignorer. V. aussi (blessures volontaires) Crim. 27 nov. 2001 Dr. Ouv. 2002 p. 222 et Crim. 25 juillet 2002 Dr. Ouv. 2002 p. 553 et les obs. M. Richevaux).

Toutefois, la seule violation de l'obligation de prévention ne permet pas la mise en cause de la responsabilité pénale de l'employeur, l'article L. 263-2 du code du travail ne renvoyant pas au chapitre préliminaire relatif aux principes généraux de prévention, donc à l'article L. 230-2. Des obligations spécifiques de sécurité sont par contre assorties d'une menace pénale par le code du travail (137), ou des textes non codifiés. La responsabilité des infractions à ces règles incombe au chef d'entreprise ou à son délégataire (138). Reste à situer dans ce contexte la place de tout salarié.

b) Devoir de vigilance et droit fondamental à l'intégrité physique de tout travailleur

Des obligations, qui "n'affectent pas le principe de la responsabilité de l'employeur" (139) pèsent sur les travailleurs dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail. Les sources en sont connues : source légale, avec la transposition de la directive cadre de 1989 par l'article L. 230-3, et interprétation jurisprudentielle, l'arrêt *Deschler* du 28 février 2002 (140) ayant placé l'obligation faite au salarié de prendre soin de sa sécurité et de sa santé et de celle des autres dans le cadre de l'exécution du contrat de travail par celui-ci, et admis le licenciement pour faute grave d'un cadre n'ayant pas reçu de délégation de pouvoir (141).

 (136) L'on renverra ici aux études pertinentes de P.Morvan, "Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000", RJS 4/01, p. 283 ; P. Chaumette,, "Le contentieux pénal : entre répression et réparation, les nouveaux contours de la responsabilité", Dr. Ouv. 2003.109 ; M. Richevaux, "Nouvelle définition des délits non intentionnels, responsabilité pénale aggravée pour les employeurs en cas de décès et blessures au travail ?", Dr. Ouv. 2001.451, et chroniques de droit pénal du travail au Dr. Ouv.

(137) Par exemple en matière d'étiquetage des produits dangereux, (L. 231-6), de protection des travailleurs contre les risques d'exposition aux rayonnements ionisants (L. 231-7-1), etc.

(138) La Chambre criminelle étant exigeante sur les conditions d'existence de la délégation pénale : compétence, autorité et moyens propres à l'accomplissement de la mission du délégataire (Crim. 21 nov. 2000, B. Crim. n° 384 ; Crim. 6 juin 2001, B. Crim. n° 161).

(139) Selon la formule très explicite de la directive 89/391 (art. 5, §3).

(140) Arrêt commenté en profondeur par A. Coeuret, "La responsabilité du salarié en matière de sécurité et prévention des risques professionnels", Rapport 2002 de la Cour de cassation, deuxième partie, p. 87 s. Doc. française. v ; aussi R. Vatinet, "En marge des affaires de l'amiant : l'obligation de sécurité du salarié", Dr. Soc. 2002.533.

(141) Le cadre en question, responsable du service d'entretien, avait pour tâche de définir avec les entreprises extérieures les conditions de leurs interventions et de les renseigner sur les mesures de sécurité à prendre. Lors d'opérations de montage d'une nouvelle tuyauterie sur la centrale hydraulique de l'unité

Dans un attendu de principe, après le rappel de la règle énoncée à l'article L. 230-3, dont découle une obligation de moyens (142) la Chambre sociale énonce que chaque travailleur, "alors même qu'il n'aurait pas reçu de délégation de pouvoir, répond des fautes qu'il a commises dans l'exécution de son contrat de travail". Ainsi est reçue (143) par le droit disciplinaire l'obligation de sécurité du salarié, non sans ambiguïté.

L'on adhèrera sans difficulté à l'idée que même subordonné par définition, le salarié ne saurait avoir une attitude passive et indifférente en matière de prévention des risques professionnels. D'autre part l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *Deschler* est assez typée : il entraine dans les attributions du responsable du service d'entretien de se préoccuper des problèmes de sécurité, et la faute dans l'exécution du contrat n'était guère discutable. Mais rattacher cet arrêt à "la reconnaissance spectaculaire de la dignité de la personne et de ses droits fondamentaux" (140) qui nécessite le rappel de certains devoirs ne peut se faire qu'avec précaution. Dans la loi (comme dans la directive), l'obligation de vigilance du salarié est "d'abord une obligation d'obéissance" (144). En ne visant pas le début de l'article L. 230-3 ("conformément aux instructions qui lui sont données..."), la chambre sociale ajoute qu'il y a place pour une obligation de vigilance du salarié, qui peut être sanctionnée sur le terrain du contrat de travail, indépendamment de l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction ou de son pouvoir de créer des normes dans le règlement intérieur. Sur le terrain non de l'espèce (où la connaissance qu'avait le salarié du risque, donc sa qualification, était relevée par les juges du fond) mais du principe affirmé, il n'est pas indifférent que la cour de cassation n'ait pas repris dans la rédaction de

l'article L.230-3 ce qui caractérise la subordination. Cette manière d'édulcorer le lien de subordination risque fort de permettre la recherche du "fusible"...

L'on ressent d'autre part une certaine gêne à l'évocation de la dignité du salarié, voire de sa citoyenneté dans l'entreprise pour n'en dégager les effets que sur le terrain disciplinaire : le manquement à la vigilance imposée par l'article L. 230-3 peut être constitutif d'une faute grave, le défaut d'alerte au sens de l'article L. 231-8 pourrait caractériser le manquement à l'obligation de vigilance (145). Envisager le droit de retrait (146) sous un autre angle que son éventuel usage intempestif, et le considérer comme la conséquence du droit fondamental du travailleur à son intégrité physique et l'élément majeur de la contribution de tout travailleur à la prévention est la seule démarche qui autorise à parler de "responsabilisation" (147). Il convient aussi d'élaborer une interprétation cohérente des textes. Ainsi l'obligation d'alerter l'employeur sur une situation de danger grave et imminent ou sur toute défectuosité dans les systèmes de protection n'empêche-t-elle pas obligation pour l'employeur, lorsqu'il évalue les risques (v. *supra*) d'entendre les salariés qui le souhaitent ? D'autre part le rapport établi par l'article L. 230-3 entre l'obligation de sécurité du salarié et sa formation ne signifie pas seulement qu'un manquement au devoir de vigilance imposé au salarié doit être apprécié en fonction de la formation à la sécurité dont il a bénéficié, mais aussi que cette formation est indispensable pour la mise en œuvre effective de cette vigilance. Dans la pratique, malgré les dispositions expresses de l'article L. 231-3-1 et des textes d'application, combien d'entreprises vont-elles plus loin que l'accoutumance au poste de travail, et intègrent-elles les problèmes de sécurité dans leur plan de

de fabrication de plaquettes de freins de l'entreprise employeur, deux salariés avaient été tués par la projection d'huile sous pression. Les juges du fond avaient constaté que le chef du service d'entretien n'avait pas correctement averti des dangers les intervenants ni établi le plan de prévention.

(142) "il incombe à chaque travailleur...en fonction de sa formation et selon ses possibilités etc.", selon l'article L. 230-3, repris ici par l'arrêt du 28 février 2002. Ces éléments invitent les juges du fond à se prononcer *in concreto*, notamment sur la formation du salarié, les moyens dont il dispose etc.

(143) A. Coeuret, *loc. cit.*, parle de la "réception de l'obligation par le droit disciplinaire".

(144) Comme le constate R. Vatinet, *loc. cit.*, p.534.

(145) "En se gardant de rapprochement excessifs, notamment quant aux domaines respectifs de cette procédure d'alerte et de l'obligation de l'article L. 230-3, on avancera qu'au moins pour ce qui est du registre de l'auto-protection, le défaut d'alerte peut concrétiser l'inexécution de ladite obligation" A. Coeuret, *loc. cit.*

(146) Consacré par les conventions internationales du travail (convention 155 concernant la sécurité et la santé des travailleurs et le milieu de travail et la directive 89/391 du 12 juin 1989 article 9 §4). V. A. Bousiges, "Le droit de salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique", *Dr. Soc.* 1991.279 ; G. Lachaise "Le droit de retrait des salariés de leur poste de travail", *JCP.1991 ed. E.I.1988* ; M. Bonnechère, "Le corps laborieux", *Dr. Ouv.* 1994.173 s ; *Soc.* 9 mai 2000, *Dr. Ouv.* 2001.30 note A. de Senga ; et dernièrement *Soc.* 23 avril 2003, *Dr. Ouv.* 2003 p. 439, *Dr. Soc.* 2003.805 et la chronique J. Savatier.

(147) Selon une thèse récente, le droit de retrait du salarié constitue le premier pilier individuel du droit du salarié à un travail sûr. B.Salmon, "Le droit de la santé et de la sécurité au travail - Vers un droit au travail sûr", thèse Nantes, déc. 2000. Le juge administratif a parlé de principe général du droit du travail (TA Besançon 10 oct. 1996, concl. C. Moulin, *Dr. Soc.* 1996.1034).

formation ? La formation effectivement dispensée à chaque salarié est-elle *“adaptée à l'évolution des risques et à l'apparition de risques nouveaux”*, comme l'exige la directive 89/391, bien mal transposée sur ce point ?

Cette approche relative aux droits de la personne est évidemment complémentaire de l'approche collective.

3. Dimension collective de la prévention : le rôle du CHSCT

La *“crédibilité”* (148) du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail tel qu'il a été institué par la loi du 28 décembre 1982, n'est pas discutable, bien que les textes en imposant l'existence dans les établissements de 50 salariés et plus demeurent encore inefficaces dans un quart d'entre eux, surtout lorsque l'effectif est inférieur à 100 (149). Nous sommes en présence d'une institution représentative du personnel dont les membres (à côté du chef d'établissement ou son représentant) sont élus par un collège électoral (150) composé des élus du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel, et dont la compétence recouvre non seulement la protection de la santé et de la sécurité des salariés, mais aussi l'amélioration des conditions de travail (sur la définition large de celles-ci, v. *supra*, IB.)

Il existe en la matière un modèle communautaire, défini par la directive cadre, dont l'un des objectifs est selon la Cour de justice *“un dialogue et une participation équilibrée des employeurs et des travailleurs en vue de l'adoption des mesures nécessaires à la protection de ces derniers”* (151). L'existence effective d'un processus d'élection des représentants des travailleurs ayant une fonction spécifique en matière de prévention ainsi que d'une protection les concernant relève du contrôle de la Cour de justice dans le cadre des recours en manquement de la Commission (152).

Malgré l'avance apparente du droit français, la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur *“les leçons de Toulouse”* a estimé nécessaire de *“modifier en profondeur la légitimité et le fonctionnement des CHSCT”* (153), résumant ainsi le contexte dans les entreprises : *“les industriels doivent rompre avec l'attitude qui consiste à regarder la participation des salariés et de leurs représentants dans la prévention des risques comme une concession faite à la loi et à la démocratie sociale, alors qu'ils peuvent être un maillon déterminant du suivi des risques”*. L'on s'en tiendra ici aux développements les plus récents du droit positif concernant le rôle du CHSCT comme *“acteur de la prévention”* (154).

a) Des prérogatives sous le contrôle du juge

Outre qu'il peut organiser des inspections, la loi lui donnant pour tâche de veiller à l'observation des prescriptions législatives et réglementaires (155), et des enquêtes (156), le comité procède à l'analyse des risques professionnels ainsi qu'à l'analyse des conditions de travail. Il peut, selon les termes de l'article L. 236-2 §4, *“proposer des actions de prévention”*, le refus de l'employeur devant être motivé. Le document unique résultant de l'évaluation des risques par celui-ci doit être tenu à sa disposition. Chacun de ses membres élus dispose d'un droit d'alerte s'il constate l'existence d'une cause de danger grave et imminent (157). Le comité est aussi consulté préalablement à l'adoption de mesures touchant à son domaine de compétence.

L'un des outils dont il dispose est celui de l'expertise (décidée par délibération prise à la majorité des membres présents), en présence d'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail ou une maladie, mais aussi depuis la loi du 31 décembre 1991 en cas de projet important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail (article L. 236-9, 2°). Dans la première

(148) Pour reprendre le mot du Ministre du travail, M. F. Fillon, lors de la célébration des vingt ans des CHSCT.

(149) En 2001 l'on dénombrait 22 000 CHSCT (comprenant 140 000 membres) dans 73% des établissements assujettis. Pour le quart restant, évidemment, la loi est inefficace et inappliquée. La proportion de très grands établissements ayant institué un CHSCT est de 95%, celle concernant ceux qui emploient entre 50 et 100 salariés est faible selon la DARES (Premières synthèses, avril 2001).

(150) La Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale sur les risques industriels (précitée note 86) a proposé dans son rapport de *“rompre avec cette procédure de désignation indirecte”*. Sur les élections au CHSCT, y compris dans les grands chantiers, v. H. Peschaud, *“La mise en place des CHSCT et du CISSCT”*, Dr. Ouv. 2001.317.

(151) C'est l'article 11 de la directive 89/391 précitée. La formule est reprise par la Cour de justice dans des arrêts récents (CJCE

22 mai 2003, *Commission contre Pays-Bas*, C-441/01, points 38 et 39 ; CJCE 12 juin 2003, *Commission c/Portugal*, C-425/01).

(152) Dans son arrêt *Commission c/ Portugal* du 12 juin 2003 (précité) la Cour a rejeté le recours de la Commission, qui visait la constatation d'un manquement du Portugal, estimant que la législation portugaise était satisfaisante.

(153) Rapport précité note 86 *supra*.

(154) Les lignes qui suivent s'inspirent en particulier de l'article de R. Saada : *“Le CHSCT, acteur de la prévention”* (intervention au colloque du S.A.F du 7 décembre 2002), Dr. Ouv. 2003.90.

(155) Article L. 236-2 §1

(156) Ces enquêtes interviennent en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel, selon l'article L. 236-2 §3.

(157) Article L. 231-9 C. trav.

hypothèse, l'employeur qui s'oppose à l'expertise peut contester l'existence d'un risque grave devant le tribunal de grande instance. Un arrêt du 3 avril 2001 met en évidence le contrôle des juges du fond sur ce point. Ceux-ci en l'occurrence avaient distingué les "circonstances graves" (suicide d'un salarié, accidents de la circulation liés à l'implantation du site) et le "risque grave", sans que la Cour de cassation n'ait de reproche à formuler (158).

On soulignera que sans attendre la mention de la santé "physique et mentale" introduite dans les textes relatifs au CHSCT (article L. 236-2) par la loi du 17 janvier 2002, les tribunaux ont admis que le risque grave peut provenir d'une souffrance psychique directement liée à l'environnement professionnel, c'est à dire aux rapports hiérarchiques et à l'organisation du travail (159).

S'agissant du recours à l'expertise en cas de projet important modifiant les conditions de travail ou de sécurité, un arrêt du 26 juin 2001 (160) approuve les premiers juges d'avoir estimé qu'il n'y a pas de modification importante des conditions de travail en l'absence de transformation des postes de travail, de changements de métier, de nouvel outil ou de modification des cadences et des normes de productivité. Les juges du fond apprécient souverainement la nécessité de l'expertise, la chambre sociale ne jugeant pas utile d'encadrer leur appréciation (161). Par contre la Cour de cassation exclut tout contrôle du juge sur le choix de l'expert, en l'absence de fraude ou d'abus manifeste (162). Dans tous les cas, les frais d'expertise, et ceux de procédure (même si l'employeur triomphe dans sa contestation) sont à la charge de l'employeur (163). Il pourrait difficilement en être autrement, le comité n'ayant pas de fonds propre et existant distinctement du comité d'entreprise ou d'établissement.

Au total, la jurisprudence affirme clairement que le recours à l'expertise est un droit pour le CHSCT, tout en développant une interprétation stricte des conditions

légales de ce recours. Dans un domaine où les entreprises invoquent volontiers les pertes de temps et les contraintes financières, le 13^{ème} considérant de la directive cadre (164) pourrait éclairer la recherche qui s'impose aux juges nationaux d'un meilleur équilibre entre le souci d'investigation du CHSCT (qui prend ses "responsabilités") et la logique patronale.

b) Apports mesurés de la loi du 30 juillet 2003 sur la prévention des risques technologiques et naturels

Sur les 90 propositions de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, 15 étaient relatives aux CHSCT, tant étaient apparus alarmants le "profond sentiment d'impuissance sur les questions de sûreté" exprimé par de nombreux membres de CHSCT, et le fait que "les responsables patronaux et les cadres dirigeants semblent très peu désireux de faire vivre réellement ces instances en matière de risque industriel". Les propositions insistaient notamment sur la nécessité d'accroître les moyens du CHSCT, en élargissant son champ d'application, en augmentant le nombre des élus, en accroissant le volume des heures de délégation et même en souhaitant que dans les établissements classés Seveso (165) le crédit d'heures puisse être annuel et donc d'une utilisation plus souple. Cette idée d'une flexibilité du temps des élus devant faciliter leur participation à la prévention des risques majeurs, et d'une adéquation des moyens des CHSCT à la dangerosité de l'entreprise et non aux effectifs n'a pas été reprise.

La loi du 30 juillet 2003 majore de 30 % le crédit d'heures des représentants du personnel dans les établissements classés sans toucher au champ d'application des CHSCT (166). Sur ce dernier point, une divergence apparue lors des travaux parlementaires mérite d'être relevée. Le Sénat avait en effet adopté en première lecture un amendement prévoyant que dans les établissements comportant au moins une installation classée (167), l'employeur avait l'obligation de mettre en place un CHSCT à la

(158) Soc. 3 avril 2001, Bull. V n° 121 ; v. pour un cas de recours justifié TGI Nîmes 10 juill. 2002, Dr. Ouv. 2002.529, note A. Garcia.

(159) TGI Lyon (réf.) 28 avril 2002, *OPAC du Rhône c/ CHSCT*, Dr. Ouv. 2003.95 ; TGI Marseille 3 févr. 1999 et CA Aix en Provence 5 juill. 1999, *CRAM du Sud-Est c/CHSCT*, Dr. Ouv. 2003.96 (arrêts figurant en annexe de l'étude précitée de R. Saada).

(160) Soc. 26 juin 2001, deux espèces, Dr. Ouv. 2001.384.

(161) Soc. 25 juin 2003, *CHSCT Ets Cruvas Sté Ciments Calcia*, RJS 10/03, n° 1177.

(162) Soc. 26 juin 2001 précité, 1^{re} espèce.

(163) Soc. 12 janv. 1999, Dr. Ouv. 1999.158, note A. Lévy, et Soc. 26 juin 2001 précité, 2^e espèce.

(164) Mis en exergue au début de cette étude.

(165) Certaines des activités industrielles dangereuses ont été encadrées par la directive 82.501 du 24 juin 1982, dite

Seveso, remplacée par la directive 96/82 du 9 déc. 1996 (dite Seveso II) v. la circulaire précitée du 15 nov. 2001, Dr. Ouv. 2002.109.

(166) Selon l'article L.236-7 les élus du CHSCT disposent d'un temps allant de 2 heures par mois dans les établissements dont l'effectif est compris entre 50 et 99 salariés, à 20 heures à partir de 1500 salariés. Le temps passé aux réunions et aux enquêtes après accident ou de recherche de mesure de prévention "dans toute situation d'urgence et de gravité" s'ajoute à ce crédit d'heures. La majoration concerne les établissements comprenant une installation figurant sur la liste prévue par l'article L.515-8-IV du Code de l'environnement ou l'article 3-1 du Code minier.

(167) C'est-à-dire une installation figurant sur la liste prévue au IV de l'article L. 515-8 du Code de l'environnement ou à l'article 3-1 du Code minier.

demande du délégué du personnel. L'Assemblée nationale n'a pas suivi, le rapporteur Alain Venot s'étant retranché derrière la faible utilisation dans la pratique de la possibilité donnée aux inspecteurs du travail par l'article L. 236-3, et la "lourdeur" que pourrait constituer pour les plus petits établissements l'existence d'un CHSCT... S'agissant du nombre d'élus la loi prévoit que dans les établissements comportant au moins une installation très dangereuse (167) le nombre de membres de la délégation du personnel "est augmenté" par voie de convention collective ou d'accord d'entreprise. La formulation implique une obligation de négociation et de conclusion d'un accord augmentant effectivement le nombre d'élus.

La loi ajoute par contre aux dispositions en vigueur sur la formation des élus du CHSCT (article L. 236-10) le principe d'une formation spécifique (168) dans les établissements à installation(s) classée(s), tout en renvoyant sa mise en œuvre à la négociation collective au niveau de la branche, de l'entreprise ou de l'établissement.

Le recours à un expert en risques technologiques, notamment en cas de danger grave en rapport avec l'installation classée dangereuse comprise dans l'établissement, sera ouvert au CHSCT dans des conditions à préciser par décret en Conseil d'État (169).

Enfin le droit d'alerte du CHSCT, dans le même type d'établissement est renforcé, le nouveau texte imposant l'information immédiate de l'inspection du travail et de l'inspection des installations classées, par l'employeur qui a connaissance d'un avis d'alerte.

Mais des dispositions importantes de la loi du 30 juillet 2003 traitent aussi de l'intervention des entreprises extérieures ou sous-traitantes, s'efforçant de réglementer certaines modalités de gestion des entreprises et d'organisation du marché dans leurs répercussions sur la sécurité des travailleurs. C'est une autre dimension du droit de la santé et de la sécurité au travail.

B. Le droit de la sécurité du travail entre réglementation et normalisation

L'idée de sécurité intégrée domine, on l'a vu, l'obligation de prévention, l'évaluation des risques devant prendre en compte notamment le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail,

des substances ou produits chimiques. De plus les machines, les équipements et les produits relèvent de nombreuses exigences réglementaires et normatives, applicables à leur utilisation, et surtout à leur conception et leur fabrication. L'on sait qu'en droit communautaire les directives adoptées en matière de santé et de sécurité au travail se rattachent à deux branches distinctes : celle de l'harmonisation sociale avec pour fondement l'ancien article 118 A du traité CE, ou l'article 137 depuis le traité d'Amsterdam, et celle des conditions de la libre circulation des marchandises ayant pour base l'ancien article 100A, aujourd'hui article 95. La première série de directives, pour reprendre la présentation faite par l'Agence européenne pour la santé et la sécurité au travail, concerne la protection des travailleurs, la seconde "*le lancement des produits sur le marché*". L'importance des directives de la première branche (170), et l'interprétation qu'en donne la Cour de Justice, infirment l'idée parfois développée que l'ex article 118 A ne jouerait qu'un rôle subsidiaire et qu'au plan communautaire le droit commercial, et non le droit du travail, tendrait le premier à assurer la sécurité physique du salarié (171). Il n'en reste pas moins utile de situer dans le droit communautaire le système des directives visant la libre circulation des produits et équipements. Ceci conduit à une réflexion sur la "norme", qu'elle soit juridique ou technique, en particulier sur la place faite aux salariés dans la construction des normes destinées à assurer leur sécurité physique, et sur les résistances du patronat face à l'intervention des normes publiques.

Un autre type d'intervention publique sur le marché concerne les stratégies mises en œuvre en matière d'emploi et d'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, l'intervention d'entreprises extérieures, et les formes précaires d'emploi étant des facteurs d'aggravation des risques : l'on évoquera les timides tentatives de contrôle du législateur.

1. Protection des travailleurs et renvoi aux normes techniques

Il n'est plus discutable, depuis l'arrêt rendu le 12 novembre 1996 par la Cour de Justice (172), que le Conseil dispose d'une compétence très large en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs lorsqu'il adopte une directive sur le fondement de l'article 137 (auparavant 118 A) et que

(168) Une formation spécifique "correspondant à des risques ou facteurs de risques particuliers, en rapport avec l'activité de l'entreprise".

(169) La loi du 30 juillet 2003 modifie l'article L.236-9 du Code du travail en ce sens.

(170) Sur les directives fondées sur l'ex article 118 A puis l'article 137, v. annexe *infra* p. 487.

(171) V. déjà I. Vacarie et A. Supiot, "Santé, sécurité et libre circulation des marchandises (règles juridiques et normes techniques)" Dr. Soc. 1993.18 et A. Supiot, "Critique du droit du travail", PUF, p. 233 s.

(172) CJCE 12 novembre 1996, *Royaume Uni c/ Conseil de l'Union européenne*, précité.

ce fondement s'impose dès lors qu'une directive "selon son but et son contenu, a pour objet principal de protéger la sécurité et la santé des travailleurs au moyen de prescriptions minimales applicables progressivement" (173). Le principe d'une interprétation extensive de ces directives aussi bien quant à leur champ d'application (174) que de leurs prescriptions (175) a été confirmé "en raison des exigences supérieures s'attachant à la protection des personnes" selon l'expression d'un avocat général.

Cependant l'ex article 100 A (article 95 aujourd'hui) a servi de base juridique à une série de directives destinées à garantir que les produits et les équipements en libre circulation sur le territoire de la Communauté assurent un "niveau de protection élevé" en matière de sécurité et de santé. Contrairement aux articles 118 A et 137 TCE, qui autorisent les Etats à maintenir ou introduire des mesures de protection plus strictes des travailleurs, l'ex article 100 A et l'article 95 ne leur permet que le recours à une "clause de sauvegarde", avec un pouvoir de contrôle donné à la Commission (176).

Selon la "nouvelle approche" définie par le Conseil en 1985 (177), ces dernières directives fixent des "exigences essentielles" relatives à la sécurité ou à des intérêts collectifs, et des normes (ou spécifications) techniques sont élaborées par les organismes européens de normalisation (178) sur mandat de la Commission européenne. Contrairement aux exigences essentielles qui sont de véritables règles de droit fixant des obligations de résultat (179), les normes techniques

ne sont pas obligatoires, mais les produits conformes aux dispositions d'une norme harmonisée dont la référence a été publiée au journal officiel des Communautés européennes sont présumés conformes aux exigences essentielles correspondantes. Si l'on prend l'exemple de la directive relative aux machines (180), les machines dont les fabricants ont satisfait à certaines procédures (déclaration de conformité, ou "examen CE de type" (181) pour les machines dangereuses figurant sur une liste en annexe IV de la directive) ne peuvent faire l'objet de restrictions sur le marché.

Il existe un débat sur la nature juridique des normes techniques européennes. Elles sont établies par des structures privées, investies pourtant d'une mission d'intérêt public. En l'absence de définition communautaire, le statut de la norme européenne harmonisée est fixé par les droits internes. En France l'analyse majoritaire semble assimiler la norme homologuée par l'AFNOR à un acte administratif, tandis qu'elle est un acte privé dans d'autres pays. La doctrine a surtout été intéressée par cet aspect, et par la marge de manœuvre dont disposent les Etats en présence des directives réglementant la libre circulation des produits (182). L'ouvrage de S. Limou récemment publié (183) pose de manière plus approfondie le problème du processus d'élaboration des normes. Leur préparation se réalise au sein de comités techniques spécialisés d'experts au sein de Comité européen de normalisation (CEN). Il existe un va et vient avec les comités membres (nationaux), le principe est donc

(173) Selon l'expression de la Cour de justice.

(174) CJCE 17 déc. 1998, Dr. Ouv. 1999, 136, obs. M. Bonnechère ; CJCE 6 juill. 2000, Dr. Ouv. 2001.30, note F. Meyer : interprétation de la directive 90/270 en ce qui concerne la notion d'écran de visualisation (notion non limitée aux écrans alphanumériques ou graphiques). Toutefois cette interprétation ne peut faire entrer dans le champ d'application d'une directive des travailleurs rattachés à un secteur d'activité qui en avait été initialement exclu ; CJCE 4 oct. 2001, aff. 133/00.

(175) CJCE 12 déc. 1996, aff. 74/95 et 129/95 : interprétation de la directive 90/270 (art. 9 §1 et §2) concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation en ce qui concerne les bénéficiaires d'un "examen approprié des yeux" (tous les travailleurs) et les bénéficiaires d'un "examen ophtalmologique" (chaque fois que les résultats du premier examen le rendent nécessaire).

(176) Sur des exemples de fonctionnement de cette clause dans la période 1997-99, v. N. Moizard, "Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée", PUAM 2000, tome II, p. 251 s.

(177) Résolution 85/C136/01 du 7 mai 1985 [JOCE n°C 136 du 4 juin 1985].

(178) Il s'agit du Comité européen de normalisation, composé de dix neuf organismes européens de normalisation des pays de l'Union européenne et de l'AELE, dont l'AFNOR pour la France.

(179) Toutefois les exigences essentielles ne s'appliquent qu'aux risques identifiés par le fabricant, qui doit procéder en tout premier lieu à une évaluation des risques de sa machine.

(180) Directive 98/37 du 22 juin 1998, JOCE du 23 juillet 1998, codifiant la directive 89/392 du 14 juin 1989 et ses modifications ultérieures.

(181) Selon l'article 8 de la directive 98/37, le fabricant atteste la conformité des machines en procédant sous sa responsabilité à une "déclaration de conformité". Lorsque la machine appartient à une catégorie visée par l'annexe IV de la directive, elle relève d'un "examen CE de type", c'est-à-dire d'une procédure par laquelle un "organisme notifié" (organisme national de normalisation) constate et atteste, à la demande du fabricant, que le modèle d'une machine satisfait aux dispositions de la directive.

(182) Dans la pratique, les cas de mise en œuvre de cette clause semblent peu nombreux, et la Commission entame en général une procédure aboutissant à la modification de la norme contestée.

(183) S. Limou, "La directive communautaire relative à la conception des machines", Presses univ. Strasbourg, 2003, v. annonce au Dr. Ouv. 2003 p. 228.

l'existence d'un large consensus, avant d'aboutir à des normes publiées au JOCE puis transposées en normes nationales par les organismes nationaux de normalisation. En réalité, malgré certaines dispositions expresses de la directive (184), "peu de représentants des salariés sont à même de peser dans ce processus qui les touche directement en tant qu'utilisateurs des machines" (185), et il existe une "asymétrie de la représentation des intérêts socio-économiques au profit des entreprises" (186). S. Limou donne l'exemple d'un projet de norme concernant un type de raboteuses de bois (187), adopté par un comité comprenant essentiellement des représentants d'un constructeur de machines auquel, à la suite du ministère français du travail, les représentants d'autres Etats membres avaient déclaré s'opposer. Un nouveau projet fut élaboré.

Les cas cités par les spécialistes montrent la complexité du système : le ministère du travail français incite les inspecteurs du travail à intégrer les comités techniques (mais ceux-ci manquent de moyens et d'effectifs...), les syndicats français proposent un système de "fiches d'alerte" permettant de communiquer aux "normalisateurs" les expériences des travailleurs utilisant les machines construites selon les normes harmonisées, le Bureau technique syndical (188) mettant en évidence la nécessité de prendre en considération l'expérience des utilisateurs pour l'élaboration des normes.

Parmi les critiques faites aux normes, dont la qualité laisse parfois à désirer, se trouve l'insuffisante prise en compte des principes ergonomiques (malgré des mentions explicites des directives) (189), ce qui peut conduire par exemple à l'inefficacité des équipements de protection, s'ils gênent les ouvriers dans leur travail

et... sont retirés. L'on rejoint ici les propos plus larges de J. Moulin (190) sur la nécessité de "construire la norme socialement" : "les prescripteurs dominants des normes de prévention sont aussi les producteurs de risques (par leurs choix de gestion) ; corrélativement, ceux qui subissent le risque n'ont pratiquement aucun droit ou moyen de peser sur le contenu desdites normes". Fort de son expérience professionnelle et syndicale, l'auteur applique d'ailleurs cette analyse aussi bien à la norme publique de prévention.

2. Protection des travailleurs et réglementation

Certaines tragédies contemporaines (les victimes de l'amiante, l'explosion de l'usine AZF) ont fait apparaître le lien évident entre les politiques de l'environnement, voire du "développement durable", et les politiques de prévention sur les lieux de travail. D'où l'existence d'une réglementation destinée à protéger l'ensemble de la population. Le domaine des substances chimiques est un exemple impératif et le constat officiel y est impressionnant : selon la Commission européenne, seules 12 % des entreprises dans la Communauté Européenne respectent les règlements relatifs à la prévention des risques concernant les substances présentant des risques toxicologiques connus. La "culture de prévention" souhaitée a pour premier fondement l'application du droit existant... Une "nouvelle stratégie" étant apparue nécessaire (191), un Livre blanc publié début 2001 rassemble les propositions de la Commission en la matière, les normes juridiques existantes (192) devant être révisées, et un nouveau système de contrôle des produits mis en place, appelé "REACH" (193), abandonnant largement la différence actuellement établie entre les substances nouvelles (soumises à des essais et à une évaluation des risques sur la santé

(184) Selon l'article 5 §3 de la directive, "les Etats membres s'assurent que sont prises les mesures appropriées en vue de permettre aux partenaires sociaux d'avoir une influence, au niveau national, sur le processus d'élaboration et de suivi des normes harmonisées."

(185) S. Limou, *op. cit.* p.28

(186) P.Laval "Normes, marques et marquage CE : libre circulation des produits en Europe ?" Les petites affiches 11 févr. 1998, p. 15 [cité par S. Limou].

(187) Raboteuses multifaces et moulinières pour lesquelles le comité se satisfaisait d'un verrouillage résultant de l'arrêt des moteurs dix secondes, alors que la machine et donc la lame continuent à tourner par inertie, en contradiction avec la pratique européenne et la réglementation française.

(188) Le Bureau technique Syndical (v. note 24 supra) joue pour la CES un rôle d'expertise notamment sur l'élaboration, la transposition et la mise en œuvre des directives concernant le milieu de travail. Il est membre associé du Comité européen de normalisation.

(189) Par exemple le § 1.1.2 des "exigences essentielles", annexe à la directive sur la conception des machines.

(190) J. Moulin, *op. cit.* spéc. p. 210-211

(191) Livre blanc, Stratégie pour la future politique dans le domaine des substances chimiques, 27.02.2001, COM (2001) 88 final.

(192) Notamment Directive 67/548 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses (JOCE 196 du 16.8.1967 p. 1) ; directive 88/379 (idem), JOCE L. 187 du 16.7.1988 p. 14 ; règlement concernant l'évaluation et le contrôle des risques présentés par les substances existantes (JOCE L. 84 du 5.4.1993 p. 1 ; directive 76/769 concernant la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses, JOCE L. 262 du 27.9.1976, p. 201.

(193) REACH signifie "enregistrement, évaluation et autorisation des produits chimiques". Les obligations en matière d'enregistrement dépendront des quantités de substances produites et de la probabilité d'exposition de l'homme ou de l'environnement à ces substances. Les Etats membres seront chargés d'évaluer les substances à partir de certains dossiers d'enregistrement et de vérifier l'application du système REACH sur leur territoire. Ils pourront proposer des restrictions à l'usage, la décision finale

humaine) et les substances existantes (99 % du volume des substances sur le marché, non soumises aux mêmes obligations en matière d'essais). Certaines substances dites CMR, PBT ou VPVB (194) seront soumises à autorisation. Il est à noter que les instruments juridiques régissant les substances chimiques dans la Communauté, fondés sur les anciens articles 100 ou 100 A du traité CE, organisent une coopération précise entre la Commission et les Etats membres, leurs représentants dans un comité européen, et les autorités qu'ils désignent au plan national. Elles ne procèdent pas par renvoi aux normes, mais visent l'adoption de règles communes relatives à la limitation de la mise sur le marché et à l'emploi de certaines substances, et réservent expressément et systématiquement l'application de *"la législation communautaire fixant des prescriptions minimales en matière de protection des travailleurs"* (195). Dans le cas des directives traitant de l'information spécifique sur les substances dangereuses par la fourniture obligatoire de fiches de données de sécurité, une adaptation du modèle et des règles d'établissement de ces fiches a été nécessaire pour répondre aux exigences de la directive 98/24 (ayant pour fondement l'article 118 A) sur la protection des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques sur les lieux de travail (196).

Si l'infraction aux règles de droit n'est pas un apanage du patronat de la Chimie, en France, l'Union des industries chimiques (UIC) a développé au cours des années 1990 une véritable stratégie de défense face aux obligations découlant des normes publiques, dans le but de privilégier *"les actions réelles en faveur de la sûreté entreprises à l'initiative de ses membres"*. Ce repli sur *"l'ordre de la fabrique"* (197) face à l'intervention de l'Etat s'est traduit notamment par des actions visant à obtenir l'annulation par le Conseil

d'Etat de prescriptions réglementaires ou de circulaires émanant du ministère de l'intérieur ou de l'environnement. L'UIC a, dans la moitié des cas, obtenu gain de cause pour des raisons de forme (198). Elle a, au cours des années 2002 et 2003, vivement réagi au livre blanc de la Commission, dénonçant le caractère rigide et bureaucratique des solutions préconisées, aboutissant à *"un système de gestion des produits en fonction de leurs seules caractéristiques de danger"* (199), ce qui signifierait, selon les estimations de l'UIC, le retrait du marché de 20 à 40 % des produits commercialisés (*sic*). La résistance du patronat de la Chimie au projet de nouvelle législation communautaire s'explique aussi, selon la réponse de l'UIC à la consultation lancée sur Internet par la Commission, par les sujétions qui pèseront sur les entreprises auxquelles s'appliquera un principe de *"duty of care"* (obligation de prévention) et qui devront fournir de nombreuses informations sur les substances chimiques, sur la base de tests d'évaluation pratiqués tout au long de la chaîne de transformation, tant au Bureau européen des substances chimiques (organe de la Commission, devenant une *"agence"*), qu'aux Etats membres.

A l'inverse, côté syndical, la CES a invité la Commission européenne à persévérer dans son projet, et a demandé que les allègements prévus pour les polymères et les intermédiaires n'empêchent pas de requérir certaines informations essentielles à la sécurité des travailleurs (200). La CES rappelle ainsi le lien évident entre le niveau des exigences résultant des directives qui régissent la sécurité des produits et le respect des directives traitant de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs sur les lieux de travail.

appartenant à la Commission. Celle-ci accordera les autorisations après avoir consulté l'agence pour les produits chimiques. Les décisions prises tiendront compte des garanties fournies par l'entreprise et des informations sur les substances de rechange et les processus susceptibles de réduire le risque encouru.

(194) CMR : produits chimiques, cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction ; PBT : substances persistantes, bioaccumulatives et toxiques ; VPVB : substances très persistantes à fort potentiel de bioaccumulation.

(195) V. les modifications apportées à la directive 76/269, notamment (24^e modification) par la directive 2003/11 du 6 février 2003 JOCE du 15.2.2003 qui réserve expressément la directive 89/391.

NB. Une étude des *"valeurs limites"* figurant dans les directives communautaires et législations nationales comme indicatives ou contraignantes selon les cas serait nécessaire pour rendre compte du système de protection.

(196) Modification de l'annexe de la directive 91/155 par la directive 2001/58 du 27 juillet 2001 (fiches de données de sécurité) JOCE L 212 du 7.8.2001.

(197) L'on retrouve l'idée ancienne d'un ordre privé se suffisant à lui-même ; ce que la doctrine a visé d'une manière plus générale en parlant d'autoréglementation.

(198) Arrêts du Conseil d'Etat datés du 25 septembre 1992, 24 mai 1993, 26 mai 1995 et 15 avril 1996, cités par le rapport de la Commission d'enquête (précité) de l'Assemblée nationale.

(199) Citons l'UIC (dans sa réponse au livre blanc de la Commission européenne) : *"une approche fondée sur les dangers ouvre la possibilité de demander tout type d'information quelle que soit la quantité de substance concernée, sans prise en compte de l'exposition à des risques"*.

(200) La réponse de la Confédération européenne des syndicats à la consultation de la Commission européenne sur son livre blanc peut être consultée sur le site internet du BTS : www.etuc.org/tutb.

S'agissant de la protection contre les risques chimiques, le fait que les directives "marché intérieur" déclarent s'appliquer "sans préjudice de" toutes les directives fixant des prescriptions minimales pour la protection des travailleurs sur les lieux de travail autorise à affirmer qu'en cas de conflit, les exigences des dernières, telles qu'elles sont transposées au plan national (201), doivent prévaloir.

3. Une réglementation des stratégies d'emploi et d'organisation du travail génératrices de risques ?

L'aggravation des risques professionnels liés à l'intervention de travailleurs de différentes entreprises sur un même site a été prise en compte par la loi du 31 décembre 1991 et le décret du 20 février 1992. Les articles R. 237-1 et suivants du Code du travail traitent notamment de la coordination des mesures de prévention entre l'entreprise utilisatrice et les entreprises extérieures, d'inspections communes, de l'analyse commune des risques, du plan de prévention. L'emploi de travailleurs temporaires pour des travaux particulièrement dangereux est par ailleurs interdit (article L. 124-2-3) et ils doivent bénéficier d'une formation spécifique à la sécurité (article R. 231-38). Cette réglementation s'est avérée insuffisante et souvent inefficace. La sous-traitance, souvent "à base d'emplois précaires" a été particulièrement incriminée dans l'enquête parlementaire sur la catastrophe de Toulouse : treize des vingt-trois employés qui ont trouvé la mort sur le site d'AZF étaient salariés d'entreprises sous-traitantes. Un inspecteur du travail entendu par la commission d'enquête a cité le cas d'une "installation classée" à haut risque "empilant" pour l'entretien périodique des équipements mille deux cent personnes d'entreprises extérieures avec "un taux d'intérimaires de 40 %", et des durées du travail "délicieuses". L'une des mesures préconisées par le rapport parlementaire était l'interdiction de la "sous-traitance en cascade" : sur des sites à haut risque, des entreprises acceptent des marchés de sous-traitance sans être en mesure d'exécuter elles mêmes la prestation, pour laquelle elles ont recours à leur tour à la sous-traitance,

ce qui rend très difficiles les mesures de vérification incombant à l'entreprise utilisatrice.

La loi du 30 juillet 2003 ne reprend pas cette orientation, le rapporteur Alain Venot ayant soutenu que dans certains cas la sous-traitance en cascade "peut se révéler profitable en termes de sécurité", lorsqu'elle permet le recours à des spécialistes, tout en admettant que tel n'est pas toujours le cas... Par contre elle introduit, avec un paragraphe IV à l'article L.230-2, une obligation de coopérer pour la prévention, et dans le cas des installations classées (202) elle crée une obligation pour le chef d'établissement de l'entreprise utilisatrice de veiller au respect par l'entreprise extérieure des mesures de prévention des risques. Cette obligation, sans remettre en cause la responsabilité de l'entreprise sous-traitante dans l'adoption des mesures de prévention, est destinée à garantir la vigilance effective du chef d'établissement de l'entreprise utilisatrice et peut constituer un "garde fou" contre la dilution des responsabilités qu'a souvent entraîné la sous-traitance (203).

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, dans les mêmes établissements à haut risque "est consulté avant toute décision de sous-traiter une activité jusqu'alors réalisée par les salariés de l'établissement, à une entreprise extérieure appelée à réaliser une intervention pouvant présenter des risques particuliers en raison de sa nature ou de la proximité de l'installation" (204).

Enfin la nouvelle loi impose aux chefs de tels établissements de préparer une liste des postes de travail liés à la sécurité de l'installation, en précisant, au titre de l'évaluation des risques prévue à l'article L. 230-2 (v. supra), les postes qui ne peuvent être confiés à des salariés sous contrat de travail à durée déterminée ou sous contrat de travail temporaire (205).

En dehors du cas des installations à haut risque, se pose le problème général du contrôle que peut exercer un donneur d'ordre sur le respect des règles sociales par les sous-traitants et des risques engendrés par le recours aux contrats précaires. La question a été traitée par la voie de la négociation collective face à l'ampleur

(201) L'on sait que les directives fondées sur l'ancien article 118A et sur l'article 137 TCE permettent aux Etats de maintenir ou d'introduire des mesures de protection des travailleurs plus strictes ; celles-ci prennent donc toute leur importance.

(202) A noter que parmi les servitudes d'utilité publique auxquelles les installations visées par l'article 515-8 §IV du Code de l'environnement (dites classées) peuvent donner lieu, se trouve la limitation des effectifs employés dans les installations industrielles et commerciales qui seraient créées ultérieurement.

(203) Rapport A. Venot, p. 65 et divergence avec le Sénat.

(204) L'article L.236-2 du Code du travail est ainsi modifié, deux

alinéas faisant référence à l'article 515-8 §IV du Code de l'environnement étant insérés après le §9.

(205) L'article L. 236-2 du Code du travail ainsi modifié ajoute que la liste précise aussi les postes qui doivent être occupés par les salariés de l'établissement et ceux dont les tâches exigent la présence d'au moins deux personnes qualifiées.

(206) Sur le site des Chantiers de l'Atlantique à Saint-Nazaire travaillaient début 2003 : 5000 salariés de l'entreprise, mais aussi de 6000 à 8000 salariés de quelques 350 prestataires (L'Usine nouvelle, 16 janv. 2003).

des questions posées sur les Chantiers de l'Atlantique (206) : une "Charte de progrès social" a été acceptée côté syndical par les unions locales et côté patronal par l'UIMM de Loire-Atlantique (207). L'accord national du 13 septembre 2000 sur la santé au travail et la prévention des risques professionnels invite d'ailleurs les branches professionnelles à définir "*les grandes orientations et les priorités en matière de prévention des risques professionnels*", et l'on pourrait s'attendre à des engagements précis destinés à combattre les risques engendrés par l'emploi précaire et l'intervention des prestataires de services. Pour l'heure, on peut citer l'accord du 10 juillet 2002 dans les industries chimiques (208), qui traite de critères de sélection des entreprises extérieures "*prenant en compte*" l'impératif de sécurité, sans viser toutefois la limitation des contrats précaires.

Il est vrai que la Chambre sociale de la Cour de cassation ne semble pas encore bien convaincue des risques aggravés encourus par les travailleurs intérimaires. Les deux arrêts du 26 septembre 2002

(209) par lesquels elle a refusé leur prise en compte dans les effectifs de l'entreprise de travail temporaire pour la désignation des membres de son CHSCT ne retenant que le personnel permanent de ces entreprises, outre qu'ils ne sont pas fondés sur les textes (210), traduisent une vision abstraite des situations en cause. Si l'entreprise utilisatrice est responsable de la sécurité et des conditions de travail des salariés temporaires, et son CHSCT est compétent à leur égard, leur présence chez l'utilisateur est passagère ce qui ne favorise pas la continuité de la protection, et le résultat concret de cette jurisprudence est de priver le CHSCT de l'entreprise de travail temporaire de ses moyens, le nombre de délégués étant réduit. La Chambre sociale pourrait parfaitement appliquer au CHSCT les mêmes règles qu'aux comités d'entreprise, c'est-à-dire "*compter deux fois*" les travailleurs intérimaires, abandonnant une approche formelle qui accroît leur précarité. Mais des courants contradictoires ont déjà traversé la jurisprudence, on le constatera en étudiant la construction de la Chambre sociale sur les conséquences de l'état de santé des travailleurs.

III. L'état de santé du salarié et son emploi

L'article L.122-45 du code du travail rend nul le licenciement prononcé "*en raison de*" l'état de santé ou du handicap d'un salarié, du moins "*sauf inaptitude constatée par le médecin du travail*", celui-ci se trouvant "*au cœur du dispositif*" (211) destiné à protéger la santé et l'emploi de tout travailleur. La jurisprudence, très riche, de la chambre sociale de la cour de cassation portant sur le sort du salarié malade dont le contrat est suspendu, comme sur les répercussions de l'inaptitude médicale sur l'emploi doit être située dans un long chemin parcouru sur plus de vingt ans. L'obligation de reclassement en est sans doute le pivot. Des études doctrinales approfondies ont porté sur les apports de la construction prétorienne, incontestables. L'ineffectivité, au moins partielle, du recours à l'inspecteur du travail tel que l'envisage l'article L. 241-10-1, a moins retenu l'attention, la Chambre sociale n'étant revenue qu'en catimini sur une interprétation très restrictive du passé (A).

Mais la réflexion sur l'évolution à venir du droit de la santé des travailleurs ne saurait ignorer surtout le saut qualitatif résultant de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades au terme de laquelle "*toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé*" (article L.1111-4 §1 du Code de la santé publique). Une telle perspective n'impose-t-elle pas de réintroduire véritablement (davantage) la personne du salarié comme sujet dans sa relation avec le médecin du travail, et dans toute décision en rapport avec son état de santé ?

La même loi renforce de plus l'article L.122-45 en interdisant la prise en compte des caractéristiques génétiques du salarié ou du candidat à l'embauche ce qui va à l'encontre de solutions récemment admises en matière de prévention des risques cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction (B).

(207) Cette charte a été adoptée le 26 avril 2002 par les unions locales CGT, CFTD, FO, CFE-CGC, CFTC et l'UIMM de Loire Atlantique. Depuis juin 2001, fonctionne une commission paritaire d'hygiène et de sécurité dont la mission est de prévenir les risques spécifiques liés à la co-activité.

(208) Accord précité.

(209) Soc. 26 sept. 2002, *CGT Védior Bis c/Chapuis et a.*, Dr. Soc. 2003.241 et la note critique de A. Cristau ; du même jour, *Société Adecco travail temporaire c. Akakpo-Guetou*.

(210) Le Code du travail désigne l'entrepreneur de travail temporaire comme l'employeur des intérimaires, et la combinaison des articles L. 236-1 et L. 431-2 conduit à appliquer au CHSCT les mêmes règles de comptabilisation des effectifs qu'au comité d'entreprise, c'est-à-dire une double comptabilisation (article L. 431-8). v. en ce sens M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise*, LGDJ, 7^e éd. et A. Cristau, *loc. cit.*

(211) S. Bourgeot, "Les évolutions du droit de la santé des travailleurs", *SSL* 3 mars 2003.19.

A. La construction de la Chambre sociale : principaux apports

Le salarié engageant dans le contrat de travail sa force de travail (212), son corps étant donc impliqué, tous les aléas affectant sa santé sont susceptibles d'avoir des conséquences sur ledit contrat. A cet égard le droit du travail distingue la situation du salarié malade, justifiant d'une incapacité temporaire de travail établie par son médecin traitant, et le salarié médicalement inapte en raison d'un avis en ce sens du médecin du travail.

1) Dans le silence du législateur (213), la jurisprudence a consacré le principe selon lequel **la maladie** provoque la suspension du contrat de travail et non pas sa rupture (214), la technique de la suspension évitant un conflit entre la protection de la santé du salarié et celle de son emploi (elle donne un fondement juridique à l'impossibilité temporaire d'exécution du contrat de travail), et traduisant la primauté de la personne. L'absence du salarié ainsi légitimée pendant la suspension du contrat, ne peut logiquement être en même temps cause de rupture (215), conformément d'ailleurs aux exigences de la convention internationale du travail n° 158 sur le licenciement (216). Du moins l'employeur doit-il être informé de l'arrêt de travail prescrit comme de sa prolongation, la Cour de cassation n'admettant pas facilement l'existence (souvent invoquée par l'employeur) d'une faute grave (217) et préservant, même en présence d'une clause de convention collective, le pouvoir de qualification du juge (218). Il existe d'autre part une jurisprudence sur les conséquences (limitées) pendant la suspension de l'obligation de loyauté découlant du contrat de travail (219).

Après que de nombreuses conventions collectives aient prévu des garanties d'emploi au profit du salarié malade, et que la jurisprudence ait heureusement renoncé à distinguer l'initiative et l'imputabilité de la rupture du contrat de travail, la loi du 12 juillet 1990 est venue frapper de nullité tout licenciement fondé sur l'état de santé ou le handicap du salarié, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail. Le problème se posa de donner sa portée exacte au texte, perçu d'abord par la doctrine dominante comme un texte d'exception, laissant toute sa place au droit commun du licenciement (220). Ainsi fut établie une différence entre les décisions directement fondées sur la santé du travailleur (interdites par l'article L. 122-45) et les mesures prises en raison de la gêne causée au fonctionnement de l'entreprise par la maladie (mesures n'entrant pas dans le champ d'application du texte). Et cette distinction, faisant prévaloir l'intérêt de l'entreprise sur la protection du salarié malade (221) fut mise en œuvre, avec une certaine hésitation, par la cour de cassation en 1998 (222). Trois ans après, consciente de la nécessité d'éviter un contournement de l'article L. 122-45, la Chambre sociale continuait à admettre que l'article L. 122-45 n'empêchait pas un licenciement fondé sur une cause objective résultant de la perturbation et de la désorganisation causées à l'entreprise, mais limitait l'existence d'une telle cause réelle et sérieuse de licenciement aux situations dans lesquelles l'absence prolongée ou répétée du salarié rend nécessaire son remplacement définitif (223). Et la lecture des arrêts les plus récents confirme la fermeté jurisprudentielle : les juges du fond ne peuvent se contenter, pour admettre la légitimité d'un licenciement, de constater que le fonctionnement de l'entreprise est perturbé par l'absence prolongée ou les absences

(212) Th. Revet, "La force de travail", *Litac* 1992 ; "L'objet du contrat de travail", *Dr. Soc.* 1992.859 ; M. Bonnechère, "Le corps laborieux, réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail", *Dr. Ouv.* 1994.173.

(213) Seule la loi du 31 décembre 1992 a parlé de suspension (art. L. 122-24-4 : "à l'issue des périodes de suspension du contrat consécutives à une maladie ou un accident...")

(214) Ce qui semble établi depuis *Civ. 3* déc. 1934, *DH.1935.85*. v. G. Couturier, *Droit du travail, 1° les relations individuelles de travail*, PUF, 3^e ed. p.369.

(215) S. Bourgeot et J.Y. Frouin, *RJS* 1/00, "Maladie et inaptitude du salarié", spéc. n° 20.

(216) Convention n°158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, ratifiée par la France, article 6 (*Dr. Ouv.* 1990 p. 478) : "l'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement". Le §2 du texte renvoie aux législations nationales ou aux conventions collectives et décisions judiciaires le soin de définir l'absence temporaire, et les "limitations possibles" (formule il est vrai ambiguë) dans l'application du §1.

(217) *Soc.* 17 oct. 2000, *Bull. V* n° 331. Absence de faute grave de la part du salarié qui a remis l'arrêt de travail à l'employeur, mais ne l'a pas informé de la prolongation.

(218) *Soc.* 6 mai 1998, *Bull.* n° 229, cité par S. Bourgeot, *loc. cit.*

(219) Sur cette jurisprudence v. S. Bourgeot, étude citée note 211, p. 20.

(220) J. Pélessier, *sommaires commentés*, D.1991.149 ; J.P. Laborde, "Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990", *Dr. Soc.* 1991.615 ; A. Mazeaud, "Le licenciement en cas de maladie prolongée ou d'inaptitude non professionnelle", *Dr. Soc.* 1992.234 ; J. Savatier, *Dr. Soc.* 1991.109 s.

(221) Selon la remarque de S. Bourgeot et J.Y. Frouin, chronique précitée ("dans certains cas...").

(222) Dans son arrêt du 16 juillet 1998 (*Bull.* n° 394) la Chambre sociale avait retenu la nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié, mais le 10 novembre 1998 (*Bull.* n° 485) elle semblait se contenter d'un remplacement intervenu même provisoirement.

(223) *Soc.* 13 mars 2001, *Mme Herbaut*, *Dr. Ouv.* 2001.438.

répétées d'un salarié malade, mais doivent vérifier "que ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif", nécessité qu'il appartient à ce dernier d'établir et de viser dans la lettre de licenciement (224). Il n'est pas rare qu'en présence d'un remplacement invoqué par l'employeur, le Conseil de prud'hommes ou la Cour d'appel soient amenés à vérifier, à partir d'un examen approfondi des faits et de leur chronologie, qu'il s'agissait bien du remplacement définitif du salarié licencié (225).

L'on sait que le seul recours à un remplaçant pour la durée de l'absence du salarié malade n'implique pas la nécessité du remplacement définitif (226), l'article L. 122-1-1, le droit positif offrant une grande souplesse à l'entreprise puisque le contrat de remplacement ne relève pas de la durée maximale de dix-huit mois imposée par l'article L. 122-1-2 (227). C'est pourquoi il est permis de penser que la nécessité d'un remplacement définitif correspond dans une majorité de cas à une inaptitude définitive du salarié.

Si la condition tenant au remplacement définitif n'est pas satisfaite, et en l'absence de toute inaptitude constatée par le médecin du travail, le licenciement est nul. Un arrêt du 26 février 2003 souligne bien que l'article L. 122-45 s'oppose à la validité d'un licenciement fondé sur le caractère suspect de la "multiplication" des arrêts de travail pour maladie par un salarié (en l'espèce ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire après un refus de changement de poste de travail) (228).

Lorsque la suspension du contrat de travail a pour origine un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'article L. 122-32-2, issu de la loi du 7 janvier 1981, exclut tout licenciement sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à la maladie ou à l'accident. Et selon la

jurisprudence, l'existence d'un motif économique au sens de l'article L. 321-1 ne suffit pas à caractériser l'impossibilité de maintenir le contrat, l'employeur devant indiquer avec précision dans la lettre de licenciement quels éléments justifient cette impossibilité (229).

2) Le salarié dont l'**inaptitude médicale** est constatée par le médecin du travail a vocation à conserver son emploi. Une procédure de constatation de l'inaptitude est imposée par le Code du travail, dont la jurisprudence fait une stricte application. Deux examens par le médecin du travail, espacés de deux semaines, ainsi qu'une étude du poste de l'intéressé et des conditions de travail dans l'entreprise, sont exigés par l'article R. 241-51-1, qui prévoit d'éventuels examens complémentaires et l'éventuelle consultation du médecin inspecteur régional du travail.

Ceci vaut pour tout avis d'inaptitude, qu'il intervienne à l'occasion d'une visite médicale de surveillance périodique (au titre de l'article R. 241-49) ou de la reprise du travail après une suspension. Le salarié, qui peut consulter le médecin du travail de sa propre initiative (230), peut réclamer un second examen. Le non-respect du délai de deux semaines n'est pas véritablement sanctionné, toutefois les deux examens doivent être suffisamment rapprochés (231) pour avoir un sens. Seul un "*danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou celle des tiers*" dispense d'une seconde visite médicale, et la situation de danger doit être mentionnée dans l'avis rendu par le médecin du travail à l'issue du premier examen (232). La sanction d'une méconnaissance du double examen réside dans la nullité du licenciement pour inaptitude, en application de l'article L. 122-45 du Code du travail (233), même dans le cas où le médecin du travail a conclu à l'inaptitude totale et définitive du salarié. Dans ce dernier cas, comme le souligne S. Bourgeot dans sa

(224) Soc. 5 juin 2001, n°99.41.603, Bull. V n° 209.

(225) Soc. 9 juill. 2003, n° 01-42737 (remplacement par promotion interne et embauche un mois après le licenciement pour une durée déterminée); Soc. 30 avril 2003, n° 01-42073 (embauche d'un salarié par contrat initiative emploi de vingt-quatre mois, mais absence de constatation de la nécessité du remplacement définitif); et aussi Soc. 5 mars 2003, n° 01-41872; Soc. 8 janv. 2003, n° 01-41034. Il va de soi en outre que si le prétendu remplacement est intervenu avant le licenciement, celui-ci ne peut avoir pour cause la nécessité d'un remplacement définitif.

(226) Soc. 5 janv. 1999, RJS 2/99 n°191.

(227) Soc. 29 oct. 1999, Bull. V n°399.

(228) Soc. 26 févr. 2003, *Costa c/ SA Daloz*, RJS 5/03, n° 599. Sur un moyen relevé d'office, la Chambre sociale casse, décide que le licenciement est nul, et renvoie pour qu'il soit statué sur les conséquences pécuniaires du licenciement; auparavant,

l'arrêt *Chefdeville* (Soc. 5 juin 2001, Dr. Soc. 2001.1050 et chronique J. Savatier) avait fait application de l'article L. 122-45 au licenciement motivé par la longue maladie, sans que l'inaptitude ait été constatée par le médecin du travail.

(229) Soc. 7 déc. 1999, Bull. V n° 474 et les observations de S. Bourgeot, *loc. cit.* note 211.

(230) Soc. 12 nov. 1997, Bull. V n° 366.

(231) V. Soc. 16 mai 2000, Dr. Soc. 2000.781: six mois s'étaient écoulés entre un constat d'inaptitude lors d'une visite annuelle, et un autre examen... au moment d'une procédure de licenciement pour inaptitude physique.

(232) Dans son arrêt du 4 juin 2002, *de Araujo c/ SA Masure fils* (Liais. Soc. 17 juin 2002, J. n° 774; Dr. Soc. 2002.912, note J. Savatier) la Chambre sociale a dégagé de l'article R.241-51-1 une condition substantielle.

(233) Soc. 16 févr. 1999, Dr. Soc. 1999.263.

dernière étude (234), la rupture du contrat de travail s'analyse en un licenciement. Mais l'employeur est tenu de s'efforcer de reclasser le salarié même dans l'hypothèse où un avis d'incapacité à tout emploi dans l'entreprise a été formulé, ce qui renvoie alors à des mesures éventuelles de transformation de poste.

Les fondements de l'obligation de reclassement sont aujourd'hui connus et stables (235). Cette obligation n'a pourtant été dégagée qu'au prix d'une lente évolution et parfois de luttes difficiles (236). Dans un arrêt de 1987, la Cour de cassation affirmait encore : *"l'employeur qui, pas plus que le salarié, ne peut se voir imposer unilatéralement une modification d'un élément substantiel du contrat de travail, n'est pas tenu de fournir un emploi différent au salarié physiquement inapte à accomplir la tâche pour laquelle il a été embauché"* (237). La loi du 7 janvier 1981 institua d'abord l'obligation de reclassement au profit des victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle, lorsqu'un avis d'incapacité intervient à l'issue de la période de suspension, l'employeur devant consulter les délégués du personnel après le second examen médical (238) (v. *supra*) sans avoir à les réunir collectivement (239). Il revint à la Cour de cassation de faire évoluer les solutions applicables aux travailleurs subissant une incapacité médicale n'ayant pas une origine professionnelle reconnue. Elle le fit peu à peu à partir de l'article L. 241-10-1 selon lequel le médecin du travail est habilité à formuler des propositions de mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, que l'employeur est tenu de prendre en considération (240).

Et la loi du 31 décembre 1992 consacra cette jurisprudence explicitement dans l'article L. 122-24-4, sans toutefois en ôter l'intérêt puisque le champ

d'application de l'obligation de reclassement découlant du texte est limité aux cas de l'incapacité déclarée à l'issue d'une période de suspension du contrat de travail. L'obligation de reclassement dégagée de l'article L. 241-10-1 peut être liée à un avis d'incapacité formulé lors des examens médicaux périodiques. Quand arrêt de travail il y a, une disposition introduite comme générale (241) par la loi de 1992 tend à empêcher l'employeur de laisser le salarié dans l'incertitude : si le salarié n'est pas reclassé, ni licencié, après un délai d'un mois (à compter du second examen médical nécessaire à la constatation de l'incapacité), l'employeur doit reprendre le paiement des salaires (242). Mais le seul cumul de délais prévus par les textes peut tout de même laisser le salarié sans ressources pendant... sept semaines (243) !

Plusieurs difficultés peuvent se rencontrer dans la pratique et ont donné lieu à certaines décisions intéressantes sur la mise en œuvre de l'obligation de reclassement. Les premières tiennent à la formulation de son avis par le médecin. Si les articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 imposent judicieusement une formulation écrite de l'avis d'incapacité, incluant des *"indications... sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise..."*, et si l'article L. 241-41-10-1 vise directement des propositions de mesures individuelles du médecin, le problème se pose du régime applicable aux avis d'incapacité partielle ou inversement, d'aptitude avec réserve. Dans de tels cas, le médecin du travail, redoutant peut-être les effets d'un avis d'incapacité sur l'emploi de l'intéressé, ne se place pas sur le terrain du reclassement et ne fait pas de véritable proposition. L'employeur doit alors saisir le médecin afin qu'il se prononce clairement sur l'aptitude du salarié (244) ou sur la recherche d'une affectation à

(234) S. Bourgeot, "Les avis d'incapacité du médecin du travail", Liais. Soc. 22 août 1993, n° 830. V. aussi sur ce point Soc. 16 juill. 1998, Dr. Soc. 1998.877 et l'analyse S. Bourgeot p. 872 s.

(235) Pour une approche très complète du reclassement : F. Héas, "Le reclassement du salarié en droit du travail", Paris, LGDJ 2000, 452 p. ; du même auteur, "Approche de la notion de reclassement", Dr. Ouv. 2001.505.

(236) V. infra le rappel de l'affaire Ben Lahoucine ; et il y a longtemps : M. Bonnechère, "Le reclassement des inaptes : bon vouloir patronal ou droit des travailleurs", Dr. Ouv. 1978.208 et "Affaire Joëlle Soyer, le droit à la santé, qui en bénéficie ?" Dr. Ouv. 1987.338.

(237) Soc. 9 avril 1987, Bull. V n° 211, cité par G. Couturier, "Vers un droit du reclassement ? ", Dr. Soc. 1999.497 s, spéc. p. 498.

(238) Soc. 15 oct. 2002. n° 99.44.623.

(239) Soc. 29 avril 2003, RJS 7/03 n° 870, et p. 561 l'avis de l'av. gén. P. Lyon-Caen ; Dr. Soc. 2003.787, note J. Savatier.

(240) Soc. 7 avril 1987, Dr. Ouv. 1987.327 note MB ; Soc. 29 nov. 1989, Bull. V n° 687, Dr. Ouv. 1990.391 note M. Bonnechère.

(241) Inscrite aux articles L. 122-24-4 et L. 122-32-5 (donc valable que l'incapacité soit d'origine professionnelle ou non).

(242) Selon Soc. 11 juil. 2000, Bull. civ. n° 271, l'impossibilité de reclassement ne dispense pas l'employeur de reprendre le paiement du salaire - d'où une option pour le salarié, qui peut se prévaloir de la poursuite de son contrat de travail et réclamer le paiement des salaires ou faire constater le manquement de l'employeur à l'obligation, ce qui s'analysera en licenciement sans cause réelle et sérieuse (en ce sens : S. Bourgeot, SSL 3 mars 2003, p. 25, et Liais. Soc. 22 août 2003 (précité) p. 9). Sur les effets pervers de ces dispositions, incitant au licenciement, v. M.C. Soula, "La médecine du travail, acteur de la prévention", colloque du SAF, Dr. Ouv. 2003.98 s.

(243) Selon la jurisprudence (Soc. 10 nov. 1998, Rouich, n° 96-44.067) l'employeur n'est tenu au paiement du salaire qu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de la date du second examen prévu par l'article R. 241-51-1 (soit 4+2 = 6 semaines), et selon l'article R. 241-51 la visite de reprise du travail a lieu au plus tard dans un délai de huit jours (soit 6+1 = 7 semaines).

(244) Soc. 15 juillet 1998 Bull. V n° 390.

un poste compatible avec la réserve émise (245). Il ne saurait en toute hypothèse assimiler un avis d'aptitude avec réserve à un avis d'inaptitude, sans le double examen exigé (246).

Une autre difficulté concerne le refus du poste de reclassement par le travailleur. Le droit commun de la modification du contrat de travail s'applique à l'hypothèse où le poste proposé emporte précisément une telle modification, les méandres de la jurisprudence en la matière n'étant pas un gage de sécurité des solutions (247). Il est néanmoins clair que le refus par le salarié d'un poste emportant modification de son contrat de travail est insusceptible de constituer la cause d'un licenciement.

Ce n'est que dans les situations où aucun emploi dans l'entreprise ou dans le groupe ne permet le reclassement du salarié inapte que l'employeur peut valablement procéder au licenciement de celui-ci. Lorsque le licenciement est prononcé sans que l'employeur ait satisfait à son obligation de reclassement le salarié, dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, a droit, quelque soit l'origine de son inaptitude, à l'indemnité compensatrice de préavis (248), et à une indemnité de licenciement spéciale en cas d'inaptitude professionnelle ou, sinon, ordinaire (249).

Si l'on tente de dégager le sens profond de l'évolution du droit, le respect de la personne au travail en apparaît, certes avec des vicissitudes, le fil directeur. La finalité de l'article L. 122-45 est de combattre les discriminations liées (notamment) à l'état de santé du salarié. Mais à partir de quelle norme de référence l'existence d'une discrimination est-elle appréciée ? Le licenciement d'un salarié longuement absent (ou de manière répétée) pour maladie ne peut être analysé en partant de la constatation que les autres salariés ont continué à fournir leur prestation de travail et n'ont pas

provoqué de perturbation dans l'unité de travail. Car la vulnérabilité de la personne malade la place dans une position "différente" au regard de l'exécution du contrat de travail (250). Ceci vaut particulièrement pour les maladies évolutives, mais fondamentalement correspond à l'analyse du législateur : le licenciement "en raison de l'état de santé" est nul car il est attentatoire à un principe supérieur d'ordre public, ici le droit pour le salarié de protéger son intégrité physique en ayant la possibilité de se soigner. Le salarié absent pour maladie est apte au travail (251) comme ses collègues bien portants, mais la loi ne s'arrête pas au travail abstrait, elle empêche que l'affaiblissement temporaire des capacités physiques et mentales du travailleur engendre une mesure discriminatoire. C'est pourquoi l'application par la Cour de cassation de l'article L. 122-45 au licenciement intervenant pendant l'arrêt de travail (252) et sa limitation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse au cas d'un nécessaire remplacement définitif sont des solutions justifiées.

Quant à l'obligation de reclassement du salarié faisant l'objet d'un avis d'inaptitude médicale, elle traduit "une conception fondamentale de la relation entre le salarié et son employeur" (253), dans laquelle le travail n'est pas une chose, et sans doute plus largement l'impact sur le contrat de travail d'une certaine conception de l'homme (254), imposant à l'entreprise de prendre en charge la conservation de l'emploi du salarié atteint dans son intégrité physique et mentale. Encore faudrait-il mesurer les conséquences de l'externalisation vers la sous-traitance (v. *supra*), qui réduit beaucoup dans la réalité les possibilités de reclassement... Encore importe-t-il aussi s'interroger sur les droits reconnus au travailleur dans tout le processus de décisions intéressant sa santé au travail, en intégrant le contexte de la loi du 4 mars 2002.

(245) Soc. 24 avril 2001 Bull. V n° 127. L'employeur en l'espèce prétendait s'abriter derrière l'absence de proposition de mutation pour s'abstenir de toute recherche de poste de reclassement.

(246) Soc. 4 juin 2002 précité.

(247) Cette remarque vise la distinction établie entre les décisions ou propositions emportant la modification du contrat et celles correspondant à un changement des conditions de travail. Du moins selon Soc. 4 déc. 2001 (Bull. V n° 370), le salarié est en droit de refuser un poste de reclassement comportant une diminution du salaire.

(248) Pour les victimes d'accident du travail, ceci résulte de la loi (article L. 122-32-6) ; pour les autres cas d'inaptitude, de la jurisprudence. L'arrêt du 26 nov. 2002 (Dr. Soc. 2003.237, note C. Radé ; concl. J. Duplat, SSL 16 déc. 2002) vise la faute de l'employeur (le manquement à son obligation de reclassement consécutive à l'inaptitude) et s'inspire de la même logique que Soc. 5 juin 2001 (*Chefdeville c/Soc. Gan, RJS*

2001, n° 1009) au terme duquel lorsque le licenciement est nul parce que prononcé en raison de l'état de santé du salarié, celui-ci a droit à l'indemnité compensatrice, le point de savoir s'il était dans l'impossibilité physique d'exécuter le préavis étant indifférent.

(249) L'article L. 122-32-6 prévoit une indemnité de licenciement égale au double de l'indemnité de l'article L. 122-9.

(250) L'existence de comportements abusifs ne change rien au raisonnement.

(251) Tant que le médecin du travail n'a pas rendu un avis d'inaptitude, l'avis du médecin traitant ne pouvant en tenir lieu.

(252) Soc. 5 juin 2001 précité : licenciement motivé par la longue maladie.

(253) G. Couturier, "Vers un droit du reclassement ?", Dr. Soc. 1999.497 s.

(254) Le Conseil d'Etat a dégagé comme nouveau principe général du droit l'obligation de reclassement de l'agent public inapte

B. Le droit du travail permet-il au salarié d'être acteur de la protection de sa santé ?

Le salarié peut théoriquement, en cas de "désaccord ou de difficulté" consécutifs à une proposition du médecin du travail saisir l'inspecteur du travail sur le fondement de l'article L. 241-10-1. Ledit texte a une "vieille histoire"... La loi du 6 décembre 1976 avait, en transférant d'anciennes dispositions réglementaires dans la partie législative du code du travail, apparemment permis à l'inspecteur du travail d'intervenir à l'appui d'une proposition de mesure individuelle (mutation, transformation de poste) motivée par l'état de santé d'un salarié (255). Ce dispositif fut utilisé avec une certaine efficacité par un ouvrier marocain de l'ex-Régie Renault en 1977 : déclaré inapte temporairement au travail sur chaîne, il évita de justesse son licenciement grâce à la saisine de l'inspecteur du travail et fut reclassé dans une filiale (256). Peu de temps après, sans refuser au salarié, au même titre qu'à l'employeur, le droit de saisir l'inspecteur du travail, la Cour de cassation donnait une interprétation restrictive de la compétence de celui-ci, limitée à l'hypothèse d'un désaccord sur l'état de santé du salarié ou sur le genre de poste susceptible de lui convenir, compte tenu de cet état de santé (257). Ce qui excluait clairement toute vérification par l'inspecteur du travail de l'existence dans l'entreprise de postes de travail permettant de répondre favorablement à la proposition du médecin (258), et ce qui dissuada pour longtemps les intéressés d'avoir recours à l'article L. 241-10-1. Un arrêt rendu par la chambre sociale le 19 juillet 1995 a opéré, semble-t-il un revirement, peu remarqué il est vrai (259) en décidant que s'il refuse de prendre en considération les propositions formulées par le médecin du travail

(modification d'une ventilation en l'espèce), l'employeur non seulement doit faire connaître les motifs de ce refus, mais saisir de la difficulté l'inspecteur du travail. La "difficulté" pour donner suite à la proposition du médecin est donc réapparue dans la champ de compétence de l'inspecteur du travail.

Les médecins du travail comme l'Administration insistent à l'heure actuelle sur le recours offert par l'article L. 241-10-1 au salarié souhaitant contester l'avis du médecin (260), dans tous ses aspects (constat d'aptitude ou d'inaptitude, réserves, indication du type de poste souhaitable, propositions de mutation, de transformation), en rappelant l'arrêt *Barbier* du Conseil d'Etat (261). L'on est amené à poser plusieurs questions pour l'avenir. En premier lieu, comme le demande P. Chaumette (262), "est-il interdit à l'inspecteur du travail de s'immiscer dans l'exécution de la relation contractuelle de travail, dans le fonctionnement de l'entreprise et l'organisation des conditions de travail, pour des motifs de protection de la santé et de la sécurité du travailleur ?". L'on ajoutera : l'article L. 241-10-1 doit-il être strictement un outil de contestation des avis médicaux ? D'une part, il est critiquable d'empêcher l'inspecteur du travail d'être saisi de l'existence ou non de postes permettant le reclassement du salarié, car cela revient à vider l'obligation de reclassement de beaucoup de son efficacité (263). Le juge n'exerce qu'*a posteriori* son contrôle sur une situation d'échec du reclassement (264), alors que l'inspecteur du travail devrait pouvoir confirmer le caractère réalisable des propositions du médecin, ou les modifier, sa décision s'imposant aux parties (265). L'on aboutit à une véritable perversion du recours à l'article L. 241-10-1 avec la possibilité pour l'employeur, admise par la Cour administrative d'appel de Lyon (266), de saisir

physiquement à ses fonctions : CE 2 oct. 2002 *Ch. Com. Ind. de Meurthe et Moselle c/Fardouet*, Dr. Ouv. 2003.23, note F. Héas.

(255) Il s'agit de la reprise de l'ancien article D.241-23 du Code du travail.

(256) TGI réf. Nanterre, 21 oct. 1977, *Ben Lahoucine c. RNUR*, Dr. Ouv. 1978.68 ; Soc. 18 déc. 1979, Dr. Ouv. 1980.208, et notes M. Bonnechère. La régie Renault n'avait pas saisi l'inspecteur du travail de la difficulté de trouver un poste, l'intéressé obtint sa réintégration à titre conservatoire, afin de permettre cette saisine, puis il accepta une offre de reclassement dans une filiale.

(257) Soc. 24 avril 1980, Bull. V n°266 ; Crim. 5 mai 1981, Bull. crim. p.412. Interprétation identique du Conseil d'Etat : CE 27 juill. 1984, Dr. Soc. 1985.12, concl. Boyon.

(258) Ce qui correspond à la difficulté rencontrée dans la majorité des cas. Le ministère du travail avait, il y a dix ans, une position également restrictive dans sa circulaire (non démentie) DRT n° 93/11 du 17 mars 1993, Dr. Ouv. 1993 p. 247.

(259) L'arrêt, considéré semble-t-il par le conseiller-doyen Ph. Waquet (s'exprimant lors d'une réunion de l'Association Française de Droit du Travail), comme marquant une évolution, est relevé par F. Héas (op. cit. p.92) comme innovant, et par P. Chaumette, Dr. Soc. 2003 p.723

(260) Par contre, le juge judiciaire ne peut exercer un contrôle juridictionnel de l'avis du médecin du travail et ne peut ordonner une expertise judiciaire (Soc. 12 mars 1987 *Cardoso c/SA Caoutchouc Manufacture et Plastique*, n° 85-16.121 ; Soc. 2 févr. 1994, Bull. V n°43).

(261) CE 4 oct. 1991, Cah. Soc. BP n° 40 A24. Selon le Conseil d'Etat, l'inspecteur du travail peut déclarer, contrairement à l'avis du médecin du travail, qu'un salarié est apte à poursuivre son travail.

(262) P. Chaumette, "Le médecin du travail, l'employeur et l'inspecteur du travail", à propos de CE 12 févr. 2003, *Forte*, Dr. Soc. 2003.717 (après un article qui avait le même titre, vingt ans auparavant, Dr. Soc. 1983.184).

(263) Dans une affaire soumise au Conseil d'Etat, l'inspecteur du travail avait établi une liste de postes disponibles dans l'entreprise.

(264) Le juge du contrat de travail vérifiant l'impossibilité de reclassement après l'intervention du licenciement, sans que la sanction d'un comportement fautif de l'employeur ne soit la nullité du licenciement.

(265) La méconnaissance de la décision administrative par l'employeur privant de toute justification le licenciement.

(266) CAA Lyon, 3^e Ch. 3 juin 2003, n° 99LY01919, *Sébastien C.*

l'inspecteur du travail pour qu'il décide qu'un salarié est inapte (partiellement en l'espèce), six mois après un avis d'aptitude émis par le médecin du travail lors de la visite d'embauche. D'autre part cette approche, qui limite l'intérêt pour le salarié du recours découlant de l'article L. 241-10-1 à l'obtention d'une décision administrative (parfois nécessaire) infirmant l'avis médical (267) empêche de penser d'une manière satisfaisante la relation qui devrait s'établir entre le médecin du travail et le salarié.

Le Code du travail qualifie le médecin du travail de "conseiller", tant des salariés et de leurs représentants que du chef d'entreprise ou des services sociaux. Ceci vaut pour l'ensemble de la mission du médecin, l'article R. 241-41 étant placé en tête d'une section relative tant à l'action sur le milieu de travail qu'aux examens médicaux (268). Le conseiller préserve la capacité de décision du destinataire des conseils. D'où la référence aux "avis" d'aptitude ou d'inaptitude du médecin du travail. Dans cette perspective, "le médecin du travail est le conseiller de chaque salarié pris individuellement comme sujet pour l'aider à la construction de son rapport avec son travail du point de vue de sa santé. Aucune décision ou proposition ne sort du cabinet médical sans le consentement éclairé du salarié, quel que soit le sentiment du médecin sur ce qui serait le mieux pour le salarié. Cette position rapproche la consultation du médecin du travail des consultations en médecine traditionnelle et fait fortement référence au code de déontologie" (269). Dans la pratique induite par la réglementation de l'aptitude pourtant, le médecin du travail est davantage un expert en santé au travail, plus ou moins humaniste, ou technicien, voire "entrepreneurial" (270).

Des médecins du travail éminents s'interrogent, on l'a vu (271) sur leur rôle, se demandant en particulier "en quoi le salarié peut (ou non) utiliser l'aptitude pour se protéger". A cette question l'on peut répondre que tout salarié est libre de consulter le médecin du travail pour examiner avec lui les possibilités d'aménagement de son poste de travail ou son inaptitude. L'avis d'inaptitude

s'impose à l'employeur, qui engagerait sa responsabilité en n'en tenant pas compte, et sur qui pèsent les obligations que l'on a rappelées (supra). L'inaptitude est doublement "protectrice" : elle permet de retirer un salarié d'une situation de travail peu compatible avec son état de santé, et son constat par le médecin du travail est indispensable pour qu'une décision de licenciement ne soit pas automatiquement frappée de nullité et que s'impose la recherche d'un reclassement. Mais sur un plan strictement juridique le salarié n'a aucune maîtrise du processus. La Cour de cassation a récemment précisé qu'il doit être informé lui-même par l'employeur des motifs qui s'opposent à ce qu'il soit donné suite aux propositions de reclassement du médecin du travail (272). Le Code de la sécurité sociale préserve par ailleurs les droits du salarié sur son carnet de santé (273).

La loi du 4 mars 2002 conduit à poser plus en amont le problème de la participation du salarié aux "décisions concernant sa santé" : la délivrance d'un avis d'inaptitude sans l'accord du salarié paraît peu conforme à la règle figurant au nouvel article L. 1111-4 §1 du Code de la santé publique. Et pourtant cette contradiction découle du code du travail, dont l'article R. 241-57 prévoit l'établissement d'une fiche d'aptitude à l'issue de chaque examen médical, dont un exemplaire est remis au salarié et l'autre à l'employeur. Par delà les problèmes de responsabilité qu'impliquerait, tant pour le médecin du travail que pour l'employeur, la "mise en danger d'autrui" (v. supra), il faut bien se rendre à l'évidence : dans le régime du salariat, la santé au travail ne relève donc pas du droit commun de la santé ?

Pour nombre de médecins du travail, un large débat public sur la médecine du travail est une nécessité, renforcée par la loi du 4 mars 2002. Le respect de la personne du salarié est en effet intimement lié à la place impartie au médecin du travail. Si un consensus semble exister pour "conserver" les mécanismes applicables à l'inaptitude, "protectrice" de la santé du salarié, voire de son emploi avec l'article L. 122-45, il s'accompagne souvent de la conviction qu'"une prise de décision

(267) Remarque non négligeable dans la pratique : l'employeur dispose d'un délai maximum de un mois pour reclasser ou licencier le salarié déclaré inapte (v. supra) ; le salarié doit saisir l'inspecteur du travail avant une éventuelle décision de licenciement.

(268) Dans le Titre IV (Services de santé au travail), du livre II du code du travail (partie réglementaire) le chapitre 1^{er} comprend une section V ("des missions des services de santé au travail") introduite par l'article R. 241-41, qui précède les sous-sections I (action sur le milieu de travail) et II (examens médicaux).

(269) "L'aptitude médicale en question", rapport précité.

(270) Selon la typologie proposée par le rapport précité, l'expert entrepreneurial considère le salarié comme un élément du collectif de travail qu'il s'agit de préserver et intègre sa pratique au développement et aux objectifs de l'entreprise alors que l'expert "technique" recherche la neutralité dans sa décision fondée sur ses connaissances médicales, tandis que l'expert

humaniste privilégie dans sa décision la prise en considération des conséquences de celle-ci sur le devenir du salarié.

(271) Supra, IB.

(272) Soc. 21 janvier 2003, Mme X c. Société Humeau Bopy, n° 00-45716. En l'espèce, après une rechute d'accident du travail, une ouvrière avait été déclarée définitivement inapte à son poste de travail et son reclassement sur un poste d'employée de bureau proposé par le médecin ; l'employeur n'avait fait connaître qu'au médecin du travail, et neuf mois après le licenciement, les motifs s'opposant à la réalisation de sa proposition.

(273) Le carnet de santé ne peut être communiqué qu'aux médecins appelés à donner des soins au patient (article L. 162-1-2 du Code de la sécurité sociale), ce qui exclut le médecin du travail selon CE 1^{er} déc. 1997, RJS 1998 n° 368, sous peine d'irrégularité de la procédure de constat de l'inaptitude (CAA Lyon 3 juin 2003 précité).

concernant le maintien ou le retrait du salarié de l'activité du travail relève d'un travail thérapeutique qui ne demande pas seulement le consentement éclairé mais une participation à la décision" (274). Certains médecins, on l'a vu, souhaiteraient par contre voir supprimer les fiches d'aptitude, sauf pour les postes dits de "sécurité", partant de la constatation que l'avis d'aptitude ne signifie pas sur le plan médical ce qu'entend le juriste c'est à dire l'absence de risque pour la santé du salarié du fait de son travail, et réfléchissent à un système de délivrance d'avis relatifs aux postes de travail mettant en danger la santé ou la sécurité des salariés. Le droit positif ne prend guère cette direction, puisqu'il conduit à parler de la génétique dans les rapports de travail.

C. Dignité de la personne du travailleur et génétique

L'état de santé en tant qu'élément de la vie privée (275) a été l'objet d'études approfondies à propos des risques d'exclusion du monde du travail pouvant menacer les personnes atteintes du SIDA (276). La question des tests génétiques prédictifs dans les relations de travail est venue ensuite élargir la réflexion (277). Comme l'a souligné Gérard Lyon-Caen, l'état de santé visé par l'article L. 122-45 doit être compris comme "l'état de santé actuel ou prévisible" (278), ce que la loi du 4 mars 2002 a confirmé. Ce texte n'a pas seulement ajouté les "caractéristiques génétiques" à la liste des critères illicites des discriminations se trouvant dans l'article L. 122-45, il a complété la définition du délit prévu à l'article L. 225-3 du Code pénal, en y incluant les discriminations qui "se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie". Enfin la loi a inséré dans le Code civil un article 16-13 : "nul ne peut faire l'objet de discriminations en

raison de ses caractéristiques génétiques". L'employeur ne peut en aucune manière rechercher des informations sur l'état de santé ou le handicap d'un candidat à l'embauche ou d'un salarié en dehors de ceux qui figurent sur la fiche d'aptitude établie par le médecin du travail, cela est clair (279).

Mais la thèse de la licéité des tests génétiques dans le cadre de la médecine du travail a cependant ses partisans, et le Conseil d'Etat a paru leur apporter un soutien surprenant dans son arrêt du 9 octobre 2002 (280), en considérant que "les médecins du travail disposent de plusieurs éléments d'ordre génétique, comportemental ou historique pour apprécier les risques particuliers que courent individuellement les salariés à être exposés à des agents cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction". La première objection à cette affirmation de la haute juridiction administrative doit être tirée des incertitudes concernant la validité, la fiabilité et la valeur prédictive des tests génétiques. Si l'on en croit le groupe d'experts européens auprès de la Commission européenne auteur d'un "avis sur les aspects éthiques des tests génétiques dans le cadre du travail", daté du 28 juillet 2003 (281), "à l'heure actuelle, l'on peut difficilement préconiser la pratique de tests génétiques en tant qu'indicateurs de la santé future, eu égard à leur pertinence en matière d'emploi" et "la valeur prédictive des tests génétiques peut s'avérer limitée, même pour les maladies monogéniques" (282). Ce qui engendre une inquiétude : "de faux négatifs entraîneraient l'exposition éventuelle d'un sujet prédisposé à des degrés inacceptables de risques professionnels tandis que de faux positifs pourraient conduire à l'éviction injustifiée de leur emploi d'individus non susceptibles". Les autres objections relèvent du respect de la dignité humaine, et le Comité national

(274) Dr. O. Riquet, cité in "L'inaptitude médicale en question", op. cit. p. 24

(275) D. Joseph, "L'état de santé, élément de la vie privée du salarié ? Sida, secret médical, emploi" Dr. Ouv. 1990.378.

(276) D.Berra, "Aspects juridiques des problèmes posés par le sida dans les relations de travail", SSL supplément au n° 416, 4 juillet 1988 ; J.Colonna, "Le droit des relations de travail confronté au VIH/SIDA", PU Aix-Marseille, 2002, 625 p. ; D. Charles, M. Miné, C. Rodriguez, "Le sida et le droit du travail", Ed. de l'Atelier, 1999 ; D. Charles, M. Miné "Sida et discrimination dans l'emploi" Dr. Ouv. 1997 p. 365.

(277) Les tests génétiques révèlent les caractéristiques biologiques d'un individu ainsi que ses prédispositions à telle ou telle maladie. Le groupe d'experts européens (v. note 281), définit le test génétique comme "tout test scientifique réalisé pour obtenir des informations sur certains aspects du statut génétique d'une personne, révélant un problème médical, actuel ou futur". Selon le groupe, la notion inclut celle de "dépistage génétique" ("recours à un test scientifique pour établir si une personne possède des variantes particulières d'un ou plusieurs gènes dans son génome") et celle de "surveillance génétique" ("examen pratiqué à intervalles réguliers pour rechercher

d'éventuelles anomalies chromosomiques dans des échantillons de cellules de toute personne risquant d'être exposée, dans son travail, à des agents occasionnant des lésions génétiques").

(278) G. Lyon-Caen, "Génétique et droit du travail", Rev. Int. Dr. Eco. 1993 n° 1. V. aussi I. Vacarie, "Examens génétiques et médecine prédictive", Rev. Dr. San. Soc. 1993.429 ; S. Douay (auteur d'une thèse soutenue en 2001), "L'éruption de la génétique dans les relations de travail" Juris. Soc. Lamy 3 sept. 2002 p. 7.

(279) V. Circulaire DRT n° 93/11 du 17 mars 1993 précitée.

(280) CE 9 oct. 2002 précité note 95.

(281) Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, Avis sur les aspects éthiques des tests génétiques dans le cadre du travail, avis n° 18, 28 juillet 2003, disponible sur le site de l'Agence européenne.

(282) C'est-à-dire les maladies dues à un défaut sur un seul gène. La maladie peut ne pas se manifester durant la vie professionnelle de l'individu et sa gravité ne peut pas être systématiquement prévue. Pour les maladies "d'origine polygénique", les tests génétiques ne permettent pas de prévoir si la maladie se déclenche et ce que sera son évolution.

d'éthique les a formulées dans son avis du 30 octobre 1995 : *"les tests génétiques apportent des informations sur l'identité des personnes et soulignent leur diversité qui contribue à la richesse de l'humanité. L'utilisation de ces informations à des fins de sélection ou de discrimination dans la vie sociale et économique, que ce soit dans le domaine des politiques de santé, de l'emploi ou des systèmes d'assurance, conduirait à franchir une étape d'une extrême gravité vers la mise en cause des principes d'égalité en droits et en dignité et de solidarité entre tous les être humains..."* (283).

D'où la règle insérée dans le code civil en la matière : *"l'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à la réalisation de l'étude"*.

Si le but général assigné à la médecine du travail (éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail) bien qu'il relève sans doute "du conte de fée" (284) correspond en principe aux "fins médicales" visées (plus larges que les fins thérapeutiques) et si l'exégèse de l'article 16-10 pourrait permettre théoriquement un recours très exceptionnel, aux tests génétiques par le médecin du travail, les conditions préconisées par les différents comités d'éthiques nationaux ou les organismes internationaux (285) ne sont actuellement pas réunies pour que cette solution soit acceptable. La première tient au consentement éclairé du travailleur : à partir de quelle liberté de choix (286) en vérifier l'existence, qu'il s'agisse du salarié ou du candidat à l'embauche ? Cela suppose aussi qu'existent des preuves scientifiques de la validité du test et de son caractère indispensable : quel mécanisme permet de l'établir ? Une condition fondamentale résulte ensuite de l'interdiction des discriminations qui se fondent sur des tests génétiques prédictifs (article 225-3 du Code pénal).

L'examen d'aptitude ne peut être fondé que sur l'état de santé actuel du salarié ; un avis d'inaptitude fondé sur des risques futurs devient discriminatoire.

Dans son avis précité, le groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies considère que *"les cas exceptionnels dans lesquels un dépistage génétique peut être proposé ou pratiqué sur le lieu de travail doivent être explicitement définis par voie législative"*, tout en préconisant une autorisation *ad hoc* auprès d'un organe indépendant, et l'organisation minutieuse de l'information du travailleur sur la procédure et les motifs des tests, leurs résultats et conséquences possibles, les conditions de stockage et d'accès aux données, et bien entendu son consentement. L'avis formule, entre autres conditions fondamentales, celle tenant à la nécessité (à établir) du test pour garantir la protection de la santé et de la sécurité du travailleur ou de tiers, et invite à vérifier que *"la réalisation du test ne compromet pas l'objectif d'amélioration des conditions sur le lieu de travail."*

Quelles qu'aient été les intentions des auteurs du décret du 1^{er} février 2001, le système du certificat de non contre-indication qu'ils ont utilisé va à l'encontre des principes de prévention affirmés progressivement tant en droit français qu'en droit communautaire. Le rôle de la médecine du travail ne saurait être de faciliter un processus de sélection en désignant des "facteurs de susceptibilités personnelles" notamment génétiques, en contradiction directe avec l'interdiction des discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques d'une personne. La prévention des risques professionnels ne peut se concevoir que fondée sur l'adaptation du milieu de travail et la lutte contre toutes les formes de nuisances et maltraitements au travail, non sur le refus ou la perte d'emploi pour les travailleurs censés être (287) plus fragiles.

Michèle Bonnechère

(283) Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a été créé par décret en février 1983. C'est un organisme indépendant dont la mission est de donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance en matière de biologie, de médecine et de santé, et de publier des recommandations.

(284) Selon la remarque du Dr P. Davezies, au soutien de la requête du SNPMT contre le décret du 1^{er} février 2001, dans sa réponse au Ministère du travail

(285) L'OIT n'a pas publié de déclaration spécifique sur les tests génétiques dans le contexte du travail. Selon le recueil de directives pratiques de l'OIT concernant la protection des données individuelles des travailleurs (1997), le dépistage génétique doit être interdit ou limité aux cas explicitement autorisés par la législation nationale, et le travailleur ne peut pas renoncer à son droit au respect de la vie privée. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, dite convention d'Oviedo (avril 1997) interdit dans son article 11 toute discrimination fondée

sur les caractéristiques génétiques de la personne, et réserve dans son article 12 le recours aux tests génétiques aux domaines de la protection de la santé et à de la recherche scientifique. Quant à l'OMS, elle a publié un projet d'orientations internationales sur les problèmes éthiques liés à la médecine génétique (décembre 1997) selon lequel les résultats de tests sur le porteur, de tests présymptomatiques, de tests de sensibilité et de tests prénatals ne doivent pas être accessibles aux employeurs et aux assureurs notamment, ni permettre de pénaliser ou récompenser une personne pour sa spécificité génétique.

(286) L'on ne peut manquer de relever la légèreté de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 2002 (préc. note 95), qui ne fait aucune référence au consentement de l'intéressé, procédant à une sorte de banalisation de ce qu'il désigne par les "éléments génétiques" dont disposerait le médecin du travail.

(287) L'une des critiques des médecins, sur un plan médical, de la non contre-indication, est son absence de valeur scientifique, on l'a vu avec l'amiante.