

LES ACTEURS DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ AU TRAVAIL

Rôles d'aujourd'hui et de demain

L'intensité de l'obligation de sécurité de l'employeur : un traitement aux effets mal mesurés

par Sébastien TOURNAUX, Professeur à l'Université des Antilles et de la Guyane

PLAN

I. Obligation de sécurité de résultat : un traitement de choc

- A. Élaboration du traitement : l'émergence de l'obligation de sécurité de résultat
- B. Mise au point du traitement : l'affermissement de l'obligation de sécurité de résultat

II. Obligation de sécurité de résultat : un traitement expérimental

- A. Indications du traitement : l'espoir d'un renforcement de la prévention dans l'entreprise
- B. Effets secondaires du traitement : les risques de délai de la prévention

« **Dans la relation de travail, le travailleur, à la différence de l'employeur, ne risque pas son patrimoine, il risque sa peau** » (1). Théorisant l'importance jouée par le corps du travailleur dans la relation de travail, c'est à travers ces mots simples qu'Alain Supiot rappela l'une des caractéristiques les plus marquantes de l'inégalité qui innerve la relation de travail. Cette relation est déséquilibrée parce que le salarié est placé dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de l'employeur ; elle l'est encore parce le droit organise la subordination juridique du salarié à son cocontractant ; elle l'est enfin parce que les risques – physiques – que prend l'un ne peuvent être comparés aux risques – économiques – que prend l'autre.

Cette dernière facette du déséquilibre n'est pas, loin s'en faut, une découverte. C'est elle qui, au moins pour partie, a suscité la naissance du droit du travail en réaction à l'inadaptation du droit civil à l'exigence de sécurité des travailleurs (2). L'immense majorité des lois sociales, de 1841 à nos jours, sont directement ou indirectement tournées vers un objectif de protection de la santé et de la sécurité du salarié (3). Cet objectif n'a pourtant pas été l'apanage de l'État (4). D'autres ressorts ont été mobilisés pour assouvir ce besoin de sécurité et, en particulier, l'obligation de sécurité que l'on a très tôt tenté d'imposer à l'employeur (5).

A la fin du XIX^e siècle déjà, deux auteurs, l'un français (6), l'autre belge (7), proposaient de découvrir dans le contrat de travail une obligation de sécurité tacitement convenue entre les parties. La proposition fit long feu, les juges n'étant guère enclins à forcer le contrat de travail pour y introduire une telle obligation accessoire alors même que pourtant, dans le même temps, ils s'y résolvaient pour le contrat de transport (8). Dans la douleur, c'est le législateur qui choisit de créer un procédé de réparation des atteintes à la sécurité au travail par la loi du 9 avril 1998, façonnant le premier régime d'indemnisation de plein droit détaché de toute idée de faute (9). L'histoire finit pourtant toujours par prendre sa revanche (10) !

(1) A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2^e éd., p. 68.

(2) *Ibid.*, p. 70 ; F. Ewald, *L'État providence*, Grasset, 1986, p. 223.

(3) Sur la résistance des exigences liées à la sécurité face aux mouvements de « flexibilisation » du droit du travail, v. M. Blatman, « Regards sur l'état de santé au travail et la prévention des risques », *Dr. soc.* 2005, p. 960, spéc. n° 28.

(4) Quoique l'on considère parfois que l'obligation de sécurité résulte aujourd'hui de la loi, v. G. Pignarre, « L'obligation de sécurité patronale entre incertitudes et nécessité », *RDT* 2006 p. 150, analyse contestée par Y. Saint-Jours, « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D.* 2007, p. 3024.

(5) Obligation de l'employeur et non du chef d'entreprise ou d'établissement, v. A. Fabre, « Santé et sécurité », *RDT* 2008 p. 145.

(6) M. Sauzet, « De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels », *Rev. crit.* 1883, p. 596.

(7) Ch. Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie*, éd. A. Maresq Ainé, 1884, p. 140.

(8) Cass. civ., 21 nov. 1911, S. 1912.1.73. *Adde.* P.- Y. Verkindt, « Les obligations de sécurité du chef d'entreprise : aspects de droit civil », *SSL suppl.* 2006, 1286, p. 24 ; « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 21-23 sept. 1997, n° spécial.

(9) Centenaire de la loi du 9 avril 1898, *Dr. soc.* 1998, n° spéc., pp. 625-682 ; *Droit ouvrier* mai 1998, n° spéc.

(10) Sur le cheminement historique de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, v. Y. Saint-Jours, « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », préc.

Plus d'un siècle plus tard, à l'occasion de l'un des plus grands scandales de santé au travail, les arrêts *Amiante* adoptaient la proposition autrefois soutenue par la doctrine et découvraient une obligation de sécurité de résultat dans le contrat de travail, cela afin d'ouvrir une brèche dans le principe de la réparation forfaitaire des accidents et maladies professionnels (11). Le destin de l'obligation de sécurité n'était cependant pas voué à rester cantonné à la réparation des risques professionnels. Dès 2005, la Chambre sociale utilisa à nouveau l'obligation de sécurité contractuelle pour la faire directement peser sur l'employeur dans le cadre de la relation de travail (12).

Depuis lors, le domaine de cette obligation n'a cessé de s'étendre : protection contre les risques induits par le tabagisme passif (13), protection contre les violences physiques ou morales (14), contre le harcèlement (15). L'obligation était encore mobilisée en cas de non-respect par l'employeur des recommandations du médecin du travail (16) ou en cas de mise en place d'une nouvelle organisation du travail mettant en péril la santé des salariés (17). Peu à peu, l'obligation de sécurité s'étendait au-delà du giron du droit de la Sécurité sociale et s'imposait à des pans de plus en plus nombreux du droit du travail (18). Cette extension ne caractérisait pas, à elle seule, une intensification de l'obligation de sécurité, mais seulement un développement de son domaine, de ses potentialités.

S'interroger sur l'intensité d'une obligation peut paraître bien curieux. Toute obligation juridique a la même force, s'impose avec le même degré de coercition. Le manquement à l'obligation permet toujours l'engagement de la responsabilité, sans que la sanction ne varie selon l'obligation en cause. Pourquoi, dès lors, mener une réflexion sur l'intensité de l'obligation de résultat ? Pour comprendre l'intérêt de telles interrogations, il est indispensable de revenir aux fondements de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat.

Systematisée par Demogue, cette théorie implique que les obligations imposent à leurs débiteurs des comportements différents selon les cas (19). Pour certaines, les obligations de moyens, serait attendu du débiteur qu'il mette en œuvre tous les moyens possibles pour parvenir à exécuter l'obligation. S'il ne parvient pas à assouvir l'attente du créancier, il n'y aura manquement à l'obligation qu'à la condition que celui-ci n'ait pas mobilisé tous les moyens nécessaires pour parvenir à l'exécution, autrement dit, qu'il ait commis une faute ayant mené à l'inexécution. Pour les autres, les obligations de résultat, est attendu du débiteur qu'il exécute l'obligation sans se demander s'il a produit ou non tous les efforts nécessaires pour y parvenir. Si le débiteur échoue, s'il ne parvient pas au résultat attendu par le créancier, il y a bien entendu manquement à l'obligation, mais il n'est pas nécessaire de démontrer que le débiteur n'a pas mis en œuvre tous les moyens pour parvenir au résultat : qu'il ait commis une faute ou que son comportement ait été exemplaire n'y change rien, sa responsabilité sera engagée.

Il y a alors, entre ces deux types d'obligations, une différence d'intensité. Cette différence ne joue pas au stade de l'exécution de l'obligation, qui doit être la même, mais au stade des facultés ouvertes au débiteur pour s'extraire de la responsabilité qui devrait être la sienne en cas d'inexécution. Dans ce sens, on peut donc considérer que l'obligation de résultat est plus intense que l'obligation de moyens en ce qu'elle n'offre quasiment aucun moyen au débiteur pour se dégager de sa responsabilité en cas d'échec.

Dès 2002, l'obligation de sécurité de l'employeur fut qualifiée d'obligation de résultat, laissant ainsi penser que celui-ci était tenu de la forme la plus intense de l'obligation de sécurité. Malgré les apparences, l'obligation imposée à l'employeur n'était pas si forte et s'apparentait davantage à une obligation de moyens. Peu à peu pourtant, la Chambre sociale de la Cour de cassation

(11) En cas de faute inexcusable, la réparation est désormais intégrale, v. Cons. constit. déc. n°2010-8 QPC du 18 juin 2010. V. parmi tant d'autres Dr. ouvrier 2010, p. 639, note M. Badel ; *D.* 2011, p. 459, note S. Porchy-Simon ; *Dr. soc.*, 2011, p. 1208, note X. Prétot ; *Constitutions*, 2010, p. 413, note Ch. Radé. V. également les suites de cette décision devant la 2^e chambre civile de la Cour de cassation, *Cass. civ. 2*, 30 juin 2011, n° 10-19.475 et, plus récemment, *Cass. civ. 2*, quatre arrêts, 4 avr. 2012, n° 11-14.311 (...), *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 481, note Ch. Willmann à paraître au *Dr. Ouvrier*, n. F. Guiomard.

(12) J. Savatier, « La protection contre le tabagisme sur les lieux de travail », *Dr. soc.* 2005, p. 971 ; F. Champeaux, « Les nouveaux contours de l'obligation de sécurité de résultat », *SSL* 2005, 1223, p. 12.

(13) *Cass. soc.*, 29 juin 2005, n° 03-44.412 et les références citées à la note précédente.

(14) *Cass. soc.*, 3 févr. 2010, 2 arrêts, n° 08-40.144 et n° 08-44.019 ; *JCP éd. G.* 2010, 321, note J. Mouly ; *RDT*, 2010, p. 303, note M. Véricel ; *Lexbase Hebdo*, éd. soc., n° 383 et les obs.

(15) *Cass. soc.*, 21 juin 2006, n° 05-43.914, *Dr. soc.* 2006, p. 826, note Ch. Radé ; *RDT* 2006, p. 245, obs. P. Adam.

(16) *Cass. soc.*, 20 sept. 2006, n° 05-42.925.

(17) *Cass. soc.*, 5 mars 2008, n° 06-45.888, *Snecma*, *Dr. ouvrier* 2008, p. 424, note F. Héas ; *RDT* 2008, p. 316, obs. L. Lerouge ; *Dr. soc.* 2008, p. 605, obs. P. Chaumette.

(18) P. Sargos, « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », *JCP éd. S* 2006, 1278.

(19) Sur la généalogie de la distinction, v. J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, Dalloz, 6^e éd., 2009, p. 167 et s.

intensifia l'obligation à la charge de l'employeur pour lui faire produire les véritables effets d'une obligation de résultat. S'il est indispensable de retracer cette évolution, au-delà des termes parfois trompeurs utilisés par les juges, il est surtout fondamental de tenter de comprendre ce qui a motivé une telle politique jurisprudentielle. L'idée la plus souvent soutenue est celle d'une volonté de mettre l'accent sur la prévention : imposer cette obligation de sécurité de résultat à l'employeur permet d'espérer qu'en tâchant de s'y conformer, l'employeur prendra les mesures nécessaires pour que la sécurité des salariés soit améliorée (20).

Le traitement préventif imposé par la Chambre sociale est particulièrement vigoureux, faisant figure de véritable traitement de choc. Mais

il s'agit aussi, en quelque sorte, d'un traitement expérimental dans la mesure où ses effets demeurent largement méconnus. Prévoir si cette jurisprudence exigeante à l'égard des employeurs aura des effets sur la prévention dans les entreprises relève en partie de la divination, quoique certains indices permettent d'imaginer quelques issues. En outre, l'innocuité du traitement de choc pourrait ne pas être garantie, puisque des effets secondaires sont manifestement envisageables.

En somme, malgré les nombreuses incertitudes qui grèvent toute tentative de projection dans le futur, le traitement de choc proposé par la Cour de cassation doit être présenté (I), avant de s'interroger sur les effets principaux et secondaires qu'il recèle (II).

I. Obligation de sécurité de résultat : un traitement de choc

En moins d'une décennie, le droit du travail a vu se dessiner les contours d'une véritable obligation de sécurité de résultat. Jusqu'en 2010, cette obligation de sécurité n'avait cependant de résultat que le nom (A), ce qui n'est plus le cas aujourd'hui puisque, depuis deux ans, la Cour de cassation a sensiblement renforcé l'intensité de l'obligation de sécurité (B).

A. Élaboration du traitement : l'émergence de l'obligation de sécurité de résultat

Pour comprendre que l'obligation de sécurité de l'employeur n'était pas, contrairement à ce qu'affirmait la Chambre sociale de la Cour de cassation, une obligation de résultat, il faut revenir aux arrêts *Amiante* du 28 février 2002 (21). Dans ces affaires, la Chambre sociale estimait que commettait une faute inexcusable l'employeur qui avait manqué à son obligation de sécurité de résultat alors qu'il avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel le salarié était exposé et qu'il n'avait pas pris toutes les mesures pour mettre fin à ce danger.

L'obligation de sécurité semblait ici être une véritable obligation de résultat (22). Si l'employeur pouvait démontrer l'absence de faute inexcusable en prouvant

l'absence de conscience du danger ou l'adoption de mesures idoines, le débat ne se portait pas sur l'exonération de la responsabilité liée à l'obligation de sécurité. Cette logique a évolué à compter du moment où l'obligation de sécurité a pris son autonomie, s'est émancipée du droit de la réparation des accidents du travail (23).

En effet, à partir de 2005, la Chambre sociale a accepté d'invoquer l'obligation de sécurité de résultat indépendamment de toute idée de faute inexcusable de l'employeur. Tel était le cas, par exemple, dans un arrêt rendu le 29 juin 2005 en matière de tabagisme passif (24). Une salariée avait pris acte de la rupture de son contrat de travail, invoquant un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat. La Chambre sociale avalisait la position des juges du fond selon lesquels l'employeur s'était, malgré les réclamations de la salariée, borné à interdire aux autres salariés de fumer en sa présence et à apposer des panneaux d'interdiction de fumer dans le bureau à usage collectif qu'elle occupait. On retrouve, dans ces éléments, les deux caractéristiques de la faute de l'employeur : les réclamations de la salariée démontraient que l'employeur avait connaissance du danger ; l'interdiction de fumer et les panneaux apposés prouvaient qu'il

(20) P. Sargos, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », JCP éd. G 2003, 104.

(21) Cass. soc., 28 févr. 2002, Bull. civ. V n° 81 ; JCP éd. G 2002, II, 10053, concl. A. Benmakhlouf ; Dr. ouvrier 2002, p. 166, note Meyer et 2003, p. 41 n. Y. Saint-Jours ; Dr. soc. 2002, p. 445, note A. Lyon-Caen ; TPS juin 2002, chr. 8, note G. Vachet.

(22) Dans ce sens, v. P.-Y. Verkindt, « Les obligations de sécurité du chef d'entreprise : aspects de droit civil », préc., p. 25 ; P.

Sargos, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », préc., n° 13 ; Ch. Lecoeur, « Vers un durcissement des conditions relatives à la faute inexcusable de l'employeur dans le contentieux de l'amiante ? », RDT 2009, p. 91, n° 6.

(23) P. Sargos, « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », préc.

(24) Cass. soc., 29 juin 2005, préc.

n'avait pas pris de mesures suffisantes. Compte tenu de ces éléments d'appréciation, la Chambre sociale ne caractérisait pas une véritable obligation de sécurité de résultat puisque le juge recherchait toujours la faute de l'employeur.

À l'occasion d'un arrêt rendu le 21 juin 2006, un pas semblait avoir été franchi (25). En effet, la motivation de la décision apparaissait plus catégorique, disposant que « *l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat et ne peut s'exonérer en démontrant qu'il n'a pas commis de faute* ». Le communiqué de presse de la Cour de cassation (26) et, dans une moindre mesure, le rapport annuel (27) continuaient cependant de promouvoir l'idée selon laquelle l'employeur ne doit pas être fautif, l'idée selon laquelle « *l'employeur doit en effet prendre et mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires* ». L'ambiguïté persistait dans un arrêt rendu le 7 février 2007 par lequel la Chambre sociale estimait que les juges d'appel avaient à juste titre caractérisé un manquement de l'employeur à son obligation de résultat parce qu'ils avaient « *démontré que l'employeur avait connaissance de la situation de danger* » (28).

Ces quelques exemples démontrent que, sous couvert d'imposer une obligation de sécurité de résultat à l'employeur, la Chambre sociale recherchait toujours la faute de celui-ci, si bien qu'il ne s'agissait finalement que d'une simple obligation de moyens. La Chambre sociale recherchait-elle un effet « placebo » ? Quoi qu'il en soit, face au déferlement d'affaires engageant de plus en plus durement la santé des salariés et démontrant l'insuffisance de la réaction jurisprudentielle, une position nettement plus radicale fut adoptée à partir de l'année 2010.

B. Mise au point du traitement : l'affermissement de l'obligation de sécurité de résultat

Deux arrêts rendus le 3 février 2010 sont tout à fait significatifs du renforcement de l'intensité de l'obligation de sécurité (29).

Dans l'une de ces affaires, une salariée avait été victime de violences morales de la part d'un directeur d'établissement. L'employeur sanctionna le directeur par un avertissement et proposa à la salariée une mutation géographique en application d'une clause de mobilité. La salariée s'opposa à la mutation, invoquant

des raisons familiales, si bien que l'employeur, qui n'y était pas contraint, rétracta sa proposition et décida de muter le directeur plutôt que la salariée. Malgré ces efforts, la salariée prit acte de la rupture de son contrat de travail invoquant le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat.

La Cour d'appel jugea que l'employeur avait pris toutes les mesures pour mettre fin au danger subi par la salariée, raisonnement cassé par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui jugea que l'employeur était tenu d'une obligation de sécurité de résultat « *quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements* ».

Très clairement, l'un des éléments de la faute de l'employeur disparaît avec cette décision : peu importe qu'il ait pris toutes les mesures nécessaires, si le salarié subit un dommage, l'employeur a manqué à son obligation.

Il fallait encore se demander si l'employeur pouvait se dégager en démontrant qu'il n'avait pas conscience du danger auquel le salarié était exposé. Sans qu'une réponse totalement explicite ne soit apportée à cette question, une nouvelle pierre de l'édifice est posée par un arrêt du 19 octobre 2011 (30).

Comme elle l'avait déjà fait en 2006 (31), la Chambre sociale dispose que l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat et que l'absence de faute de sa part ne lui permet pas de s'exonérer de sa responsabilité. Cependant, alors qu'en 2006, la Chambre sociale persistait implicitement à analyser les mesures prises par l'employeur, la cassation est prononcée en 2011 parce que la cour d'appel avait recherché si l'employeur avait connaissance du danger et si des mesures avaient été prises. Dorénavant, ces éléments ne doivent plus être recherchés, ils sont indifférents, l'obligation de moyens a mué en véritable obligation de résultat.

Indéniablement, cette position est sévère pour les employeurs. Comme le résumait parfaitement P.-Y. Verkindt, si le non-respect par l'employeur des règles de sécurité caractérise un manquement à l'obligation de sécurité, le respect des règles de sécurité ne suffit plus à démontrer que l'obligation a été assumée (32). Si l'on s'en tient à la théorie classique, le seul moyen pour l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité est d'invoquer un cas de force majeure (33).

(25) Cass. soc., 21 juin 2006, préc.

(26) Consultable sur le site de la Cour de cassation à l'adresse suivante : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/communiqu_8848.html

(27) Rapport annuel de la Cour de cassation, 2006, pp. 280 et s.

(28) Cass. soc., 7 févr. 2007, n° 05-44.097 ; RDT 2007, p. 249, obs. M. Véricel.

(29) Cass. soc., 3 févr. 2010, préc.

(30) Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-68.272 ; JCP éd. S 2011, 1569, obs. C. Leborgne-Ingelaere ; Lexbase hebdo, éd. soc., n° 460 et nos obs.

(31) Cass. soc., 21 juin 2006, préc.

(32) P.-Y. Verkindt, « Obligation de sécurité de résultat : dura lex... », JCP éd. S 2011, 1043.

(33) Pour une illustration, v. Cass. civ. 1, 29 juin 1999, n° 97-21.903.

A cette première conséquence s'ajoutent d'autres répercussions, plus indirectes, sur le régime de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par exemple. Dans le cadre d'une prise d'acte, c'est en principe au salarié qu'il appartient de démontrer que l'employeur a gravement manqué à ses obligations (34). Cette règle probatoire doit cependant être conciliée avec l'obligation de résultat. Si le salarié a subi une atteinte à sa santé physique ou mentale, le manquement de l'employeur est automatiquement démontré, si bien que le salarié qui prend acte de la rupture n'a pas, dans ce cas, à démontrer la faute de l'employeur (35).

De manière plus générale (36), cette évolution ajoute aux remèdes classiques un moyen d'action nouveau

dans la lutte contre les atteintes à la santé au travail. Outre le volet répressif par la voie pénale (37), outre le volet réparation par le biais de la Sécurité sociale (38), un troisième volet, axé sur la responsabilité contractuelle, permet au salarié d'invoquer le manquement à l'obligation de sécurité pour obtenir la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur.

L'objectif de prévention visé par ce renforcement de l'obligation de sécurité de l'employeur peut-il être atteint et, surtout, ne va-t-il pas entraîner des effets secondaires ? Ces questions se posent nécessairement, compte tenu du caractère encore expérimental du traitement de choc prescrit par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

II. Obligation de sécurité de résultat : un traitement expérimental

La science juridique a cette particularité qu'il est bien difficile de l'expérimenter *in vitro* (39). Il est nécessaire de mettre en application une mesure pour que tous ses effets puissent être dévoilés. Pour autant, avec toute la prudence nécessaire, certaines conséquences peuvent être envisagées plus aisément que d'autres.

En renforçant l'arsenal de lutte contre l'insécurité au travail, la Chambre sociale espère parvenir à un changement des mentalités dans les entreprises. Si ces mentalités peuvent changer dans un sens positif, par des efforts supplémentaires de prévention (A), elles peuvent également évoluer dans un sens moins favorable, vers une recherche de moyens de se décharger au maximum de cette responsabilité (B).

A. Indications du traitement : l'espoir d'un renforcement de la prévention dans l'entreprise

Le manquement aux règles de sécurité étant de plus en plus sévèrement sanctionné, il est légitime d'espérer que les entreprises tenteront par tous les moyens d'éviter la réalisation de risques sur la santé des salariés. Il faut

malgré tout émettre quelques réserves quant à l'efficacité totale du traitement.

En effet, avant 2002, l'objectif de prévention était assuré par l'une des autres facettes de l'obligation de sécurité, la facette pénale. Les infractions pénales à la sécurité au travail sont assorties de peines pénales dont les objectifs sont divers et parmi lesquels figure une fonction comminatoire (40). L'idée est que, sous l'effet de la « peur du gendarme », les comportements puissent changer.

Le risque de sanction en cas de manquement aux règles de sécurité aurait dû permettre de développer la prévention dans les entreprises. Il n'en a rien été, principalement parce que la sanction des infractions pénales du droit du travail est particulièrement rare (41). L'épouvantail de la sanction pénale n'effraie plus, si bien qu'il fallait trouver un autre moyen d'influer sur les comportements patronaux.

Sans aucun doute, l'effectivité de la sanction civile est plus grande. Les Conseils de prud'hommes s'adapteront rapidement aux évolutions de l'obligation de sécurité et

(34) Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.754 ; JCP éd. S, 2008, 1289, obs. J.-Y. Frouin.

(35) Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 09-70.838 ; JS Lamy 2011, n° 294-2, obs. Ph. Lhernould ; Lexbase hebdo, éd. soc., n° 425 et nos obs.

(36) S. Bourgeot, M. Blatman, « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », Dr. soc. 2006, p. 653.

(37) D. Rebut, « Le droit pénal de la sécurité au travail », Dr. soc. 2000, p. 981.

(38) Le comportement de l'employeur peut être pris en compte afin de majorer l'indemnisation de la victime, soit qu'il s'agisse d'une faute inexcusable, soit d'une faute intentionnelle, v. J.-P. Chauchard, *Droit de la Sécurité sociale*, LGDJ, 5^e éd., 2010, pp. 482 et s.

(39) Ch. Atias, « L'expérimentation juridique : y a-t-il des expériences juridiques cruciales ? », in *Théorie du droit et science*, PUF, 1998, p. 129.

(40) Ou fonction intimidatrice telle que théorisée par C. Beccaria au XVIII^e siècle. V. J.-P. Céré, *Rép. Dalloz pén.*, v° *Peine (nature et prononcé)*, spéc. n° 4.

(41) B. Silhol, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », Dr. soc. 2000, p. 959 qui, contrairement à ce que pourrait laisser penser l'intitulé, ne limite pas les causes de l'ineffectivité du droit pénal du travail au seul rôle de l'inspection du travail.

permettront fréquemment qu'un manquement à cette obligation pèse sur l'employeur. Si la sanction sera donc effective, sera-t-elle pour autant efficace ?

Cela est moins sûr car la sanction, en cette matière, n'est que financière. Or, comme le relevait Y. Saint-Jours, tant que la mise en œuvre de véritables politiques de sécurité sera plus onéreuse pour l'employeur que d'assumer la charge financière des conséquences d'une atteinte à la santé des travailleurs, la prévention progressera difficilement (42).

A ce stade, on doit alors revenir à l'idée que seule la sanction pénale est à même de parvenir à des résultats en matière de prévention car, contrairement à la sanction civile, elle peut, par l'emprisonnement, toucher le corps de celui qui a manqué à ses devoirs, comme l'atteinte à la santé porte atteinte au corps de la victime...

Malgré l'immense espoir né de l'évolution de l'intensité de l'obligation de sécurité de résultat, il subsiste toujours un doute quant à l'efficacité réelle ou totale du renforcement de cette évolution.

Ces doutes ne doivent cependant pas trop obscurcir le tableau, et l'on peut tout de même imaginer que de nombreuses entreprises mettront en place des stratégies d'évitement du risque plutôt que d'évitement des conséquences de la survenance de ce risque. Il convient alors de se demander comment réagiront les employeurs face à l'accroissement de l'intensité de l'obligation de sécurité.

B. Effets secondaires du traitement : les risques de délai de la prévention

On peut imaginer, d'un côté, que des efforts particuliers soient déployés en matière de prévention des risques. Ainsi pouvait-on espérer, par exemple, une surveillance accrue de la santé des travailleurs de l'entreprise. Certaines évolutions récentes vont dans ce sens.

Ainsi en va-t-il, par exemple, de l'obligation issue de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites d'établir une fiche d'exposition à des facteurs de risques professionnels pour les salariés de l'entreprise (43). Dans le même ordre d'idée, la prise en compte de la pénibilité des emplois et l'obligation de conclure des accords ou

d'adopter des plans d'action de prévention de la pénibilité du travail semblent servir cet objectif (44).

Au contraire, d'autres mesures montrent que la surveillance ne sera pas toujours accrue. Ainsi, par exemple, le décret du 30 janvier 2012 autorise l'employeur, à certaines conditions, à espacer les visites médicales périodiques au-delà de deux ans (45) et accroît à trente jours le délai d'arrêt maladie non professionnelle imposant une visite médicale de reprise (46). Le renforcement de la surveillance de la santé des salariés ne sera manifestement pas toujours assuré.

Pire peut-être, il peut être craint, d'un autre côté, que les entreprises cherchent à répartir le poids de ces efforts pour ne pas avoir à les supporter seules. C'est exactement ce qui s'est produit en matière pénale grâce à la délégation de pouvoir en matière de sécurité (47). Un mouvement similaire peut être attendu s'agissant de l'obligation de sécurité de résultat, mouvement consistant pour l'employeur à se défaire d'une partie de ses obligations sur le salarié victime ou sur la communauté des salariés de l'entreprise.

Les évolutions de l'obligation de sécurité ont déjà modifié les modes de recrutement des salariés. Malgré les protections des candidats prévues par le Code du travail en la matière, des nouveaux tests ont fait leur apparition à côté des méthodes classiques de recrutement. Des tests destinés à mesurer la faculté des salariés à résister au stress ou à apprécier les aptitudes des futurs managers à gérer les questions de sécurité. Tant que certaines limites ne sont pas franchies, ces modes de recrutement ne sont pas critiquables sur le plan juridique (48). Les entreprises devraient également avoir tendance à accentuer leurs efforts de formation sur les questions de sécurité.

Toujours dans la même logique, les employeurs pourraient choisir de pondérer leurs exigences de résultat sur leurs salariés par l'introduction de critères de performance en matière de sécurité conditionnant l'évolution de carrière ou la rémunération (49). Un cadre pourrait, par exemple, avoir une meilleure évolution de carrière si les salariés qu'il a sous sa responsabilité ne subissent pas d'atteintes à leur sécurité (50).

(42) Y. Saint-Jours, « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », préc., spéc. II-B.

(43) C. trav., art. L. 4121-3-1 issu de l'article 60 de la loi n° 2010-1330 du 9 nov. 2010 portant réforme des retraites et les décrets d'application n° 2012-134 et n° 2012-136 du 30 janv. 2012, D. act. 3 févr. 2012, obs. C. Fleuriot.

(44) Article 77 de la loi n° 2010-1330 du 10 nov. 2010 et les décrets d'application n° 2011-823 et n° 2011-824 du 7 juill. 2011. D'une manière plus générale, v. B. Lardy-Pélissier, « La pénibilité : au-delà de l'immédiat et du quantifiable », RDT 2011, p. 160.

(45) C. trav., art. R. 4624-16.

(46) C. trav., art. R. 4624-22.

(47) Le processus de déresponsabilisation pénale pourrait encore s'accroître avec l'apparition de cet étrange salarié en charge de la sécurité dans l'entreprise depuis la réforme de la médecine du travail, v. M. Caron, P.-Y. Verkindt, « La réforme de la médecine du travail n'est plus (tout à fait) un serpent de mer... », JCP éd. S 2011, 1421, spéc. n° 13-14. Plus spécialement sur ce nouvel acteur, v. T. Kapp, « Le mystérieux salarié qui apporte son « aide à l'employeur pour la gestion de la santé et de la sécurité au travail », Dr. ouvrier 2012, p. 253.

(48) Les limites sont parfois poussées bien au-delà de l'acceptable, comme en témoignait un documentaire intitulé « La gueule de l'emploi », réalisé par D. Cros et diffusé sur France 2 le 6 oct. 2011.

(49) Sur cette pratique, v. H. Lanouzière, « Santé et sécurité au travail : droit de la sanction ou droit de la prévention ? », SSL suppl. 2011, n° 1508, p. 230, spéc. p. 232.

A l'extrême de ce raisonnement figure une perspective plus sérieuse encore. Devant aujourd'hui impérativement s'assurer que ses salariés ne sont pas mis en danger, l'employeur pourrait avoir le réflexe d'utiliser plus facilement et plus rapidement son pouvoir disciplinaire. Tout salarié dont le comportement laisserait craindre un risque pour ses collègues serait ainsi plus aisément sanctionné. C'est ce que l'on appelle parfois le « devoir de sanction » car, si l'employeur ne sanctionne pas le salarié ayant manqué à ses devoirs, c'est à lui que sera reproché le manquement à son obligation de sécurité (51).

Bien entendu, l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur s'exercera toujours sous le contrôle du juge prud'homal : la sanction doit être proportionnée à la gravité des manquements. Pour autant, ne doit-on pas s'attendre à un assouplissement du régime du droit disciplinaire de la part de la Cour de cassation en la matière ? L'idée tient à ce que la jurisprudence ne pourra pas, tout à la fois, imposer une obligation de sécurité de résultat à l'employeur pour parvenir à une meilleure prévention et, dans le même temps, l'empêcher d'user d'un des moyens à sa disposition pour mener cette prévention.

Pourrait se dessiner une sorte de jeu de vases communicants, le renforcement de l'intensité de l'obligation de sécurité ayant pour pendant l'assouplissement du contrôle du pouvoir de sanction de l'employeur en la matière. Les premiers signes d'une telle tendance peuvent être décelés dans les arrêts récents.

La Chambre sociale a, par exemple, avalisé une sanction prononcée contre un salarié auteur de harcèlement sexuel alors que les comportements de harcèlement avaient été commis en dehors du temps et du lieu de travail (52). Si la solution n'est guère contestable sur le plan moral, elle montre, sur le plan juridique, que la Chambre sociale a franchi le pas de sanctionner disciplinairement des faits qui ne peuvent être rattachés à la vie professionnelle qu'artificiellement, cela au nom de l'exigence de sécurité de la salariée harcelée. Une logique identique peut être identifiée dans une décision récente par laquelle la Cour de cassation accepte que soit qualifié de sanction disciplinaire le licenciement prononcé contre un salarié ayant consommé des stupéfiants pendant son temps de repos (53).

Les limites de la vie professionnelle sont repoussées au nom de l'exigence de sécurité. D'une certaine manière, la Chambre sociale instrumentalise la qualification de faute disciplinaire et en déplace les frontières lorsque la sécurité des travailleurs de l'entreprise est en jeu.

Cette instrumentalisation de la qualification de faute disciplinaire peut, cependant, prendre un autre tour.

En effet, dans une affaire jugée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, la sécurité est à nouveau au cœur d'un raisonnement qui la conduit, cette fois, non pas à hypertrophier la qualification de faute mais, au contraire, à en restreindre sensiblement le domaine (54). Dans cette affaire, un conducteur de tramway avait commis l'erreur d'emprunter les voies de circulation à contresens. L'employeur prit la décision de lui retirer son habilitation à la conduite de tramways sans respecter les procédures disciplinaires, ce que le salarié contesta.

La Cour de cassation jugea que, lorsque la sécurité des voyageurs et des autres salariés est en jeu, le retrait de l'habilitation ne constitue pas une sanction disciplinaire. Dans cette hypothèse, elle ne se contente donc plus d'assouplir les facultés de sanction ouvertes à l'employeur, elle légitime purement et simplement une sanction dépourvue de tout formalisme destiné à protéger le salarié contre une mesure injustifiée.

La réaction judiciaire est donc encore plus importante. Plutôt que d'étendre le domaine de la faute disciplinaire, le renforcement de l'intensité de l'obligation de sécurité de résultat pourrait alors exclure du champ disciplinaire et de ses protections tout comportement qui présenterait un risque pour la santé ou la sécurité des travailleurs de l'entreprise, ramenant les réactions de l'employeur dans le simple champ de son pouvoir de direction, lequel est sensiblement moins encadré que son pouvoir disciplinaire.

La protection de la santé et de la sécurité dans l'entreprise est l'affaire de tous. Elle est, au premier chef, celle de l'employeur, ce que la Chambre sociale traduit aujourd'hui par une position sévère, mais nécessaire, en matière d'obligation de sécurité de résultat. Le traitement de choc imposé ne mènera à aucune guérison sans que tous les acteurs de la sécurité ne soient impliqués, acteurs au nombre desquels comptent bien entendu les salariés de l'entreprise. Les impliquer est entièrement logique, à condition que cette implication ne masque pas, plus ou moins directement, une nouvelle tentative de déresponsabilisation de l'employeur.

Sébastien Tournaux

(50) Avec les risques de sous-déclaration d'accidents de travail que cela implique, *ibid.*

(51) P.-Y. Verkindt, « Les obligations de sécurité du chef d'entreprise : aspects de droit civil », *préc.*, spéc. p. 28.

(52) Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672, RJS 2012, p. 24, n°7.

(53) Cass. soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915. V. « Frontière entre vie

personnelle et vie professionnelle : l'influence de la sécurité au travail », *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 481.

(54) Cass. Ass. plén., 6 janv. 2012, n° 10-14.688, Dr. Ouvrier 2012 p.362 note T. Durand. V. « Frontière entre vie personnelle et vie professionnelle : l'influence de la sécurité au travail », *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 469.