

LE COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE : ENJEUX DE LA RÉFORME ET RETOURS D'EXPÉRIENCES

CSE et protection de la santé des travailleurs

par Joseph MORIN, Maître de conférences à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne, Institut des sciences sociales du travail

PLAN

- I. Un révélateur
- II. Une ressource

L'historien Patrick Boucheron débute sa leçon inaugurale au Collège de France par l'expression d'une angoisse : « *que peut l'histoire ?* ». Chemin faisant, cette mise en abîme paraît au moins autant concerner l'histoire que mettre en question l'intérêt de l'analyse historique (1). La problématique sous-jacente – à quoi bon posséder une meilleure connaissance, et même, une meilleure compréhension du passé ? – interroge, en effet, la profitabilité même du travail de l'historien, sommé de s'expliquer sur ce que son œuvre apporte, non seulement au progrès du savoir, mais encore, voire surtout, à l'utilité sociale. Cette inquiétude rejoint à bien des égards celle de la doctrine contemporaine lorsqu'elle se pique de droit du travail, tant sa capacité à délivrer des opinions audibles ou à faire des propositions suivies d'effets aux détenteurs du pouvoir normatif semble atrophiée. Gageons que les historiens feront un jour le récit de cette instrumentalisation des travaillistes, relégués pour l'essentiel à une activité de mise en forme juridique de décisions dans la genèse desquelles ils ne sont pour rien.

Ce pourquoi les premières réflexions qui viennent à l'esprit lorsqu'on interroge le thème de la protection de la santé au sein du CSE font écho à celles de Boucheron. Car les questions empruntent bien à ce registre : que peut, qu'y peut le droit ? L'interrogation n'a évidemment pas tout à fait la même signification que dans l'esprit de l'historien. Ici, se demander ce que peut le droit, c'est sous-entendre l'inutilité de l'analyse juridique. C'est dire que la place de la santé et de la sécurité est ce que les gouvernants ont décidé d'en faire dans les désormais célèbres ordonnances « Travail ». Place qui dépend elle-même de considérations ressortant du champ de l'économie, d'équilibres électoraux, de représentations du monde du travail et de l'entreprise, de conceptions philosophiques... Mais pas du Droit. La technique juridique semble, en effet, être une simple caisse d'enregistrement et les juristes réduit à un rôle d'instrumentation. Le droit impose au législateur ses procédures et sa grammaire, mais, sur le fond, les analyses doctrinales ne l'inspirent pas plus qu'il ne le contraigne.

Les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel de la loi de ratification des ordonnances

en ont fait l'amère expérience. On se souvient que l'une des critiques juridiques faite à la loi tenait à l'accumulation des tâches dévolues aux élus du CSE, ce qui, associé à une réduction globale des moyens financiers et humains, allait accroître sensiblement leur charge de travail et diminuer leur niveau d'information. La suppression du CHSCT constituée, à cet égard, une perte sèche, puisque la suppression de l'instance ne s'est pas accompagnée d'un redéploiement des représentants au sein du CSE et que, en l'absence de budget propre, les élus du CHSCT pouvaient exercer leurs compétences et leurs droits sans se soucier de considérations financières, là où ils devront désormais faire avec le budget de fonctionnement du CSE. Il était, dès lors, soutenu que cette nouvelle configuration du droit de la représentation du personnel portait atteinte au droit à la santé.

On connaît l'issue réservée à ce plaidoyer. Dans une réponse laconique, le Conseil constitutionnel s'est borné à affirmer que l'absence d'une instance représentative du personnel spécifiquement dédiée aux questions d'hygiène et de sécurité ne méconnaissait pas le droit à la protection de la

(1) La leçon a été publiée dans son intégralité. V. P. Boucheron, *Ce que peut l'histoire*, Paris, Collège de France, Fayard, 2016.

santé (2). Étrange « droit » à la santé, qui semble justifier toutes les politiques et n'en contraindre aucune... Le juge constitutionnel ne répond d'ailleurs pas vraiment à la question posée. Il se contente, en effet, d'affirmer que la protection de la santé n'impose pas une instance spécialement dédiée aux questions de santé et de sécurité. On veut bien l'entendre. Mais le Conseil se garde bien d'expliquer en quoi centraliser davantage de prérogatives et de thématiques sur une même instance, tout en lui donnant moins de moyens et moins d'élus, garantira effectivement l'épanouissement de ce droit. Il eut fallu, pour cela, s'avancer davantage en donnant une consistance minimale à cette garantie qui, en l'état, paraît bien théorique et formelle. Car on aimerait bien savoir, fût-ce abstraitement, ce qu'impose en substance le droit à la santé, et s'il est autre chose qu'une simple pétition de principe dont les gouvernants font ce qui leur sied.

Mais, au final, la discussion importe ici moins que le constat d'impuissance que suscite la réponse du juge constitutionnel. D'où cette question inquiétante : si les ressorts de l'argumentation juridique sont altérés, quelle peut alors être l'activité de la doctrine ? À vrai dire, deux tendances se dégagent.

La première tend à la description d'un dispositif : ce qu'il impose, ce qu'il interdit, ce qu'il admet. Tel le policier placé à un carrefour qui lève son bâton pour signaler ce qui est autorisé et siffle pour rappeler ce qui est défendu, le juriste pourrait se muer en une sorte d'administrateur du social, décrivant mécaniquement les droits de l'instance et les obligations de l'employeur. On peut, en ce sens, faire état du nombre de réunions imposé sur le sujet de la santé, évoquer les cas de figures dans lesquelles la CSSCT est obligatoire ou égrener les informations et consultations relatif à ce thème. Mais, sur ce thème, le travail de systématisation a déjà été réalisé par d'excellents ouvrages (3). Au demeurant, l'apport de l'universitaire sur ce répertoire est souvent bien maigre, tant les praticiens de la représentation du personnel ont une longueur d'avance par leur maîtrise des problèmes concrets que soulève la nouvelle législation.

Une autre tentation est alors de déplacer le débat sur des terres extra-juridiques. La contro-

verse peut alors se nouer en amont, pour discuter les objectifs de ces politiques législatives, comme en aval, pour interroger les effets concrets des règles édictées. Les deux registres sont d'ailleurs le plus souvent entremêlés, unis l'un à l'autre par le ton critique ou approbateur de celui qui s'exprime. D'un côté, on émettra des doutes sur la capacité de la nouvelle organisation à exercer une véritable mission de contrôle de l'activité de l'entreprise en matière de santé au travail, et à jouer un rôle moteur pour l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise au regard de la diminution générale des moyens. D'autres se féliciteront, au contraire, de la simplification apportée à la gestion de l'entreprise, de la fin d'un dialogue regardé comme principalement formel au profit, dit-on, d'une approche plus concrète et transversale.

Le débat est de premier ordre, qui conjugue convictions morales et politiques à l'inscription du droit dans l'épaisseur du social. Mais, on ne voudrait pas se dissimuler derrière « *son petit droit* » (4). Il ne s'agit plus ici de procéder à une analyse en juriste, mais de livrer une opinion de citoyen. Aussi bien ne voit-on pas tellement pourquoi ces conceptions doctrinales s'exprimeraient dans une revue de droit.

Malgré ce constat sombre pour la pensée juridique, on se gardera bien de prononcer un *requiem* pour la doctrine. C'est que l'on voudrait convaincre, dans ces quelques lignes, que l'analyse juridique présente bel et bien un, et même plusieurs, intérêts pour appréhender le thème de la santé et de la sécurité dans le CSE. Sur ce sujet, elle peut, à notre sens, présenter au moins deux intérêts. Elle peut d'abord contribuer à révéler les véritables objectifs poursuivis par le pouvoir normatif (I). Plus fondamentalement encore, elle peut constituer une ressource pour améliorer la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs (II).

(2) Décision du 21 mars 2018, n° 2018-761, § 44.

(3) On renverra en particulier à L. Millet, M. Cohen, *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ 2020, ainsi que G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, 2020.

(4) Selon l'excellente expression de P. Brun, « Le lobbying doctrinal ou l'art de se cacher derrière son (petit ?) droit », JCP G 2013, n° 15, p. 404, reprochant à des universitaires de se prévaloir de leur qualité de juristes pour défendre une opinion politique (en l'occurrence, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe) alors que le Droit objectif n'impose rien au législateur à ce sujet.

I. Un révélateur

Le révélateur est le nom couramment donné à une solution chimique employée en photographie pour rendre visible une image latente sur la pellicule. Pris en ce sens, l'analyse juridique peut également agir comme un révélateur des intentions du législateur, ou plus généralement des pouvoirs publics, en confrontant le programme annoncé aux normes juridiques posées. La pensée juridique permet, en ce sens, de saisir ce que fait le législateur au-delà de ce qu'il a dit vouloir faire. Ce test de cohérence entre le négatif programmatique et la photo juridique finale contribue à mettre à jour plus nettement la réalité d'une politique. Car poser une règle est un acte. C'est inscrire dans un texte une volonté qu'on ne peut plus dissimuler derrière des mots qui en travestissent la teneur. C'est, par exemple, en procédant à un examen de ce genre qu'on a mis en lumière la perversion sémantique constitué par la présentation de la loi TEPA sous l'égide de la valeur travail, alors que les règles y figurant promouvaient pour l'essentiel le capital et la rente (5).

Que révèle alors ce test lorsqu'il est appliqué à la réglementation du CSE dans le domaine de la santé et de la sécurité ? Sans esprit de polémique, il laisse entrevoir que la politique législative menée ne coïncide pas avec les annonces gouvernementales. Pour le montrer, le plus simple est sans doute de partir de deux contradictions.

A. La première est un fruit de l'étrange suppression du CHSCT, résultant de ce que l'on a désormais coutume d'appeler « *la fusion des instances* ». Étrange, non pas dans son principe même. Il est certes vrai que l'impressionnante montée en puissance du CHSCT a joué un rôle majeur dans la centralité progressive du thème de la santé et de la sécurité comme dans l'intensification de sa protection. On pourrait donc s'étonner que le CHSCT disparaisse du paysage de la représentation du personnel au profit du CSE malgré cette contribution remarquable. Mais ce qui doit attirer ici l'attention est ailleurs, en l'occurrence le fait que ce diagnostic était partagé par les instigateurs de sa disparition. On lit ainsi avec surprise, dans l'étude d'impact qui accompagne la loi d'habilitation, que la coexistence de trois instances de représentation, modalité d'organisation intégrant notamment une institution habilitée à traiter des questions de santé,

sécurité et conditions de travail, « *a permis d'améliorer la prise en compte des intérêts des salariés dans tous les domaines intéressant la relation de travail* » (6).

Autrement dit, selon les gouvernants eux-mêmes, l'agencement de la représentation du personnel n'avait pas été sans mérite, qui garantissait un espace où pouvait se nouer un dialogue intégralement dévoué aux questions de santé et la sécurité. L'analyse invitait donc plutôt à la préservation du CHSCT. Si crise il y avait, ce n'était pas une crise des institutions représentatives, laquelle aurait appelé une « *réforme structurelle* » annoncée dans le projet d'ordonnances, mais plutôt une crise de croissance qui supposait leur évolution.

L'étude, il est vrai, justifie plus loin la disparition du CHSCT en avançant un argument qui semble avoir pesé lourd. Il est ainsi précisé, dans l'exposé des motifs de la loi d'habilitation, que la pluralité d'instances de représentation du personnel ne favoriserait pas « *la capacité d'influence des représentants des salariés (...) qui sont privés d'une vision d'ensemble* » (7). Le grief s'adresse ici directement au CHSCT, auquel on a souvent reproché de marginaliser le thème de la santé et de la sécurité par un processus de spécialisation l'emportant loin du regard des décideurs de l'entreprise. Pour que la santé cesse d'être « *une arrière-pensée* » (8), il faudrait donc que le sujet soit pris en compte en même temps et au même rang que les implications économiques et sociales des décisions de l'employeur. La suppression du CHSCT, accompagnée d'un transfert de ses compétences au CSE, contribuerait dès lors à visibiliser les questions de santé et de sécurité auprès de l'employeur, le CSE disposant, c'est en tous cas l'idée sous-jacente, d'une plus grande capacité d'influence.

La proposition pourrait être discutée. Mais à supposer que l'on y adhère, elle ne justifie pas la diminution des moyens. Si l'optique du législateur était vraiment d'améliorer la capacité d'influence de la représentation du personnel dans le domaine de la santé et de la sécurité, pourquoi avoir redéployé les missions et prérogatives du CHSCT au sein du CSE sans transférer les élus et les crédits d'heures de la défunte institution ? L'addition des moyens n'aurait pas nui à la transversalité tant recherchée.

(5) V. en ce sens A. Supiot, *Fragments d'une politique législative du travail*, Dr. Soc. 2011, p. 1151.

(6) Étude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 2017, spéc., p. 21.

(7) Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, exposé des motifs.

(8) Selon l'expression de H. Lanouzière, « Le sort de la santé au travail à l'heure du CSE », RDT 2017, p. 691.

On imagine, au contraire, que le transport des heures de délégation des anciens représentants CHSCT aux nouveaux élus du CSE, comme celui de leurs crédits de formation, aurait facilité leur connaissance des dossiers discutés et, plus globalement, accru leur pouvoir d'agir.

Ce n'est pourtant pas la solution qui a été privilégiée. *In fine*, le CSE n'est pas le résultat d'une fusion-absorption, mais d'une fusion-réduction. Tout se passe comme si l'on avait intégré au comité d'entreprise l'ensemble des compétences du CHSCT tout en conservant, à quelques éléments près, les moyens du comité d'entreprise. La qualité du dialogue sur les questions de santé et de sécurité pourrait s'en ressentir. Les premières remontées de terrain font ainsi état d'un risque de réunions plus espacées et plus formelles, soit un résultat exactement inverse à l'objectif prétendument poursuivi par les pouvoirs publics (9).

B. La seconde contradiction frappante concerne l'impérativité de la suppression de l'instance. La loi impose, en effet, la création d'un comité social et économique qui se substitue aux anciennes institutions représentatives du personnel. Il n'est ainsi pas possible de négocier le maintien du *statu quo ex ante*. La seule transformation de l'unité de représentation par la négociation collective imaginée par le législateur est celle qui permet d'en faire un conseil d'entreprise. Il n'est, en revanche, pas possible de créer conventionnellement une instance de représentation spécialement dédiée à la santé et à la sécurité (10).

On aurait tort, à cet égard, de voir dans la commission santé, sécurité et conditions de travail du CSE une sorte d'ersatz du CHSCT dont on pourrait, moyennant un peu d'imagination et une bonne dose de négociation, faire renaître la défunte institution. Cette commission n'est pas et ne peut être un CHSCT faisant peau neuve (11). En premier lieu, elle n'est qu'un rouage du CSE dont elle assure le bon fonctionnement, et ne peut donc être dotée de la personnalité morale, même si le législateur ne l'a pas expressément exclu (12). La commission ne peut

dès lors disposer d'un patrimoine, ester en justice ou contracter. En second lieu, des dispositions d'ordre public interdisent de transférer à la commission les attributions consultatives du CSE ou le recours à une expertise (13). La commission est donc à dessein dépourvue de l'essentiel des prérogatives d'une institution représentative du personnel, et le législateur a manifestement tenu à ce que les agents de la négociation collective ne puissent se porter à son secours pour lui ajouter les pièces manquantes à ce statut. En d'autres termes, la CSSCT est vouée à demeurer une commission technique de préparation des réunions du CSE.

L'observation est tout de même singulière en ces temps de promotion tous azimuts de la négociation collective, notamment dans l'organisation du CSE (14). L'un des objectifs affichés des promoteurs de la réforme des IRP n'était-il pas, en effet, d'offrir des possibilités d'adaptation de la représentation à la diversité des entreprises et des collectivités de travail ? Le Rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social s'en fait l'écho : « *les problématiques et les enjeux diffèrent d'une entreprise à l'autre, notamment en fonction de leur taille* ». Conséquence logique, « *la réforme leur donne cette opportunité de négocier des dispositions adaptées, pour un dialogue social pertinent, et non plus formel* » (15).

Or, « *cette opportunité de négocier des dispositions adaptées* » devrait emporter le droit d'instituer une instance spécialement dédiée à la santé et à la sécurité si les acteurs de l'entreprise en ressentent le besoin. La législation ne fait pourtant aucune place à cette faculté, sans que l'on identifie clairement ce qui, du moins si l'on en reste aux déclarations de principe, a fait obstacle à sa traduction en droit positif.

C. Au fond, le constat s'impose de lui-même : le législateur, ou plus exactement le Gouvernement, n'a pas mis son discours en conformité avec ses actes normatifs. Comment expliquer alors cet écart entre le droit posé et le droit annoncé ? Plutôt que de déplorer ses incohérences et de pointer l'irration-

(9) V. Rapport France Stratégie, *Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail*, 2018, spéc., pp. 39 et s.

(10) V. not. en ce sens G. Auzero, « Les transformations du Comité Economique et Sociale », JCP S 2018, 1227, spéc., n°s 2 et 3.

(11) En ce sens P.-Y. Verkindt, « La bête est morte. À propos de la commission santé, sécurité et conditions de travail », SSL 2017, n° 1790.

(12) La *ratio legis* des dispositions relatives à cette commission est tout de même à la prohibition de la reconnaissance d'une personnalité morale. En tout état de cause, il apparaît difficile d'identifier une « *possibilité d'expression collective* » qui avait

permis de reconnaître au CHSCT la personnalité morale dans le silence des textes. V. Cass. Soc. 17 avril 1991, n°s 89-17.993, 89-43.767 et 89-43.770, Bull. n° 206.

(13) Art. L. 2315-38, C. trav.

(14) Rapp. P.-Y. Verkindt, « La bête est morte. À propos de la commission santé, sécurité et conditions de travail », préc.

(15) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

nalité du législateur, notre hypothèse est plutôt qu'il sait ce qu'il fait. Il se pourrait, en effet, que l'objectif annoncé, celui d'adapter le droit de la représentation du personnel aux contextes de chaque entreprise, ne soit pas son véritable but, ou du moins son objectif premier. On est, en effet, porté à croire que la fusion des instances vise plutôt à réduire les coûts pour l'entreprise, à simplifier son fonctionnement et, plus généralement, à diminuer la capacité d'action d'unité de représentation dont les pouvoirs publics ne perçoivent pas vraiment l'utilité.

La pensée juridique dispose en ce sens d'un effet lumineux : *elle met à jour la véritable politique poursuivie par le législateur*. Cette vertu n'est pas moindre en ces périodes où fleurissent les discours réfutant l'idée même que la politique serait affaire de choix et de valeurs. Dissimulée par des mots-valises ou des incantations contradictoires, les décisions sont mises à nue par la teneur des règles posées. L'analyse juridique paraît en ce sens être une ressource majeure pour construire un débat démocratique reposant sur un diagnostic partagé.

II. Une ressource

Mais l'analyse juridique peut-elle servir à autre chose qu'à dresser des constats ? On souhaiterait, en tous cas, examiner brièvement la possibilité de mobiliser l'argumentation juridique comme un instrument au service de la protection de la santé et de la sécurité des salariés.

A. À dire vrai, cette ressource ne serait pas de trop à l'heure des premiers bilans sur le fonctionnement du CSE (16). La lecture, même distraite, des documents d'évaluation fait en effet apparaître l'insuffisance du cadre légal pour garantir l'exercice effectif des attributions accordées aux représentants du personnel en matière de santé et de sécurité dans certaines structures. Témoin parmi d'autres de ces encombres, l'obligation du CSE de procéder à intervalles réguliers à des inspections sur site en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail dans les entreprises de plus de 50 salariés (17). Transposition pure et simple d'une mission dévolue au CHSCT, cette prescription était parfaitement adaptée au périmètre de la défunte institution qui répondait à une logique de site. Les problématiques de santé et de sécurité variant selon les lieux de travail et les métiers, il n'était pas rare de trouver plusieurs dizaines de CHSCT dans le périmètre d'un même comité d'entreprise. La proximité géographique de l'instance rendait dès lors envisageable des visites de terrain récurrentes et, plus largement, l'avènement d'échanges réguliers avec les salariés sur la réalité de leurs conditions de travail. La donne

a radicalement changé avec le CSE. La volonté de mettre en place une instance unique aboutit, en effet, à centraliser la représentation du personnel sur de vastes périmètres géographiques, en retenant à cette fin une définition de l'établissement distinct autorisant l'employeur à embrasser large (18). Dans bien des cas de figure, le CSE regroupe plusieurs milliers de salariés de toutes activités, travaillant sur de nombreux sites. L'institution s'éloigne donc incontestablement du terrain. Si l'on y ajoute la réduction du nombre d'élus, l'addition des attributions et le fait que le coût des déplacements pèse désormais sur le budget du CSE (19), on voit mal comment ces inspections pourront être régulièrement assurées dans bon nombre d'entreprises (20).

À la vérité, la difficulté est d'ordre plus général et risque de surgir toutes les fois que l'exercice d'une prérogative nécessite une connaissance de terrain et du temps à y consacrer. Le droit d'enquête en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle suppose, par exemple, que le sinistre soit remonté à l'instance, ce dont on peut douter, ces événements échappant déjà parfois aux radars du CHSCT (21). De la même manière, la mission d'analyse des risques professionnels est conditionnée à la construction d'une connaissance minimale des problèmes rencontrés dans les ateliers ou les services (22), tout comme le droit d'alerte ne peut être utilement mis en œuvre sans information précise sur l'intensité

(16) V. not. les deux documents de travail produits dans le sillage du comité d'évaluation des ordonnances : « Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail », note de travail, France Stratégie, 2018, spéc., pp. 37 et s., ainsi que l'étude de terrain « Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 reformant le droit du travail », rapport pour la DARES, 2019. On trouvera aussi des informations intéressantes dans l'examen systématique de plus de 450 accords collectifs relatifs au CSE réalisé par le master II en droit social de Montpellier : rapport remis au ministère du Travail, P.-H. Antonmattei (dir.), 2019. V. pour une synthèse : « Un premier état des lieux mitigé du dialogue social », SSL 2019, n° 1268.

(17) Art. L. 2312-13, C. trav.

(18) Opportunité dont se sont apparemment emparés les employeurs. V. Sur ce point le rapport remis à la DARES, préc., spéc., pp. 29 et s.

(19) Il appartenait auparavant aux établissements de déterminer les moyens nécessaires conjointement avec le CHSCT en fonction des besoins de ce dernier. Art. L. 4614-9, C. trav.

(20) Pour plusieurs témoignages soulignent la difficulté v. le rapport remis à la DARES, spéc., pp. 64 et s.

(21) V. L. Jamet, A. Mias, « Les CHSCT : une instance en mal de connaissances ? », La Revue de l'Ire, 2012, n° 74, spéc., p. 75.

(22) Art. L. 2312-9, C. trav.

du danger ou un temps suffisant en réunion pour l'aborder (23).

Au final, la consécration de ces attributions à toutes les chances d'être en trompe-l'œil. Pour donner une véritable substance à ces prérogatives (en faire autre chose que des droits purement théoriques), il faudra bien souvent que l'employeur y mette un peu du sien, ce qui suppose non seulement de définir des articulations pertinentes (24), mais surtout d'accorder plus de droits que le minimum légal – par accord collectif ou engagement unilatéral.

À en croire les premières évaluations du CSE, la générosité ne semble toutefois pas l'état d'esprit le plus répandu. Dans une étude quantitative, les étudiants du master II en droit social de Montpellier relèvent que seuls 13% des accords étudiés prévoient d'attribuer davantage d'élus et de sièges (25). L'instauration d'une représentation de proximité, à laquelle la loi confère une attribution obligatoire en matière de santé et de sécurité, n'est, quant à elle, entérinée que dans moins de 30% des accords (26). Ce résultat fait écho au pessimisme du comité d'évaluation des ordonnances, qui souligne que le nouveau cadre de représentation est avant tout perçu par les employeurs comme une opportunité pour simplifier et diminuer les coûts (27) et s'attriste du caractère peu innovant des premiers accords CSE (28).

Thème séculaire que celui de l'ineffectivité des droits et obligations proclamés par la législation du travail. À ceci près que l'impuissance du droit légiféré semble ici résulter d'un vice inhérent à la machinerie juridique, laquelle consacre des règles sans les accompagner des garanties nécessaires à leur application. Cette ineffectivité provient donc d'une carence de l'ordre juridique, une carence qui, pour être précis, n'est pas technique, mais *matérielle*. La défaillance ne consiste pas en l'absence d'une disposition qu'exige le système juridique pour mettre en œuvre un dispositif – comme un décret d'application. Elle découle, plus subtilement, de l'imperfection des règles propres à assurer la réalisation concrète d'une prérogative reconnue par l'ordre juridique. Paradoxalement,

il n'est cependant aucune règle générale qui fasse défense au droit objectif d'organiser son ineffectivité ou vienne stimuler son application paresseuse (29). L'employeur aura, dès lors, beau jeu de rappeler que donner davantage de droits que ce que prévoient les textes légaux est, pour lui, une simple faculté. Il est donc libre, dans l'exercice de son pouvoir, de ne pas le faire. Sa seule obligation est de respecter les planchers légaux intangibles.

Mais il arrive parfois aux juges, confrontés aux conséquences palpables de ces pathologies juridiques, d'ajouter aux textes légaux pour leur donner le surplus de force qui leur manque. Témoin, parmi d'autres, la fameuse obligation de réintégration du représentant du personnel licencié sans autorisation issue de l'arrêt *Revet-Sol* (30). Très connue, la décision vaut désormais surtout par le raisonnement suivi par les magistrats pour aboutir à la solution. Celui-ci a consisté à s'appuyer sur une norme générale dotée d'une autorité particulière (ici le principe de participation) pour renforcer l'effectivité d'un dispositif légal en « découvrant » une obligation supplémentaire et/ou en édifiant une sanction plus vigoureuse.

B. D'où l'intérêt de se demander si, par mimétisme, certaines normes dédiées à la santé et la sécurité des salariés surplombant le régime de la représentation du personnel pourraient contribuer à faire naître des devoirs particuliers à la charge de l'employeur. À grands traits, ce portrait-robot normatif nous rapproche de l'obligation de sécurité mise à la charge de l'employeur, qui constitue sans nul doute une règle matricielle dans le champ de la santé et de la sécurité de l'entreprise. On sait que, sur le fondement de cette obligation, l'employeur doit, de manière générale, veiller à la protection de la santé et de la sécurité de ses salariés. Depuis l'arrêt *Air France* (31), la Chambre sociale rattache expressément le contenu de cette obligation à l'article L.4121-1 du Code du travail, imposant à l'employeur qui entend se dégager de sa responsabilité de démontrer avoir pris toutes les « *mesures nécessaires* » prévues par cette disposition, ce qui comprend notamment des actions d'infor-

(23) Art. L. 2312-60, C. trav.

(24) On pense, en particulier, à la relation entre la CSSCT et le CSE. Il faudra parfois instituer plusieurs commissions dans le périmètre d'un CSE. Un autre enjeu sera de transférer les compétences pertinentes pour ne pas engorger inutilement le CSE et permettre le plein exercice de ses différentes attributions.

(25) Rapport remis au ministère du Travail, préc., spéc., pp. 11 et s.

(26) *Ibid.* spéc., pp. 10 et s.

(27) « Évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail », préc., spéc., p. 37.

(28) *Ibid.* spéc., p. 39.

(29) Dans des passages restés célèbres, le Doyen Carbonnier analyse même l'ineffectivité du droit comme une pathologie parfois délibérément recherchée par les pouvoirs publics. V. J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Flexible droit*, LGDJ 2001, spéc., pp. 136 s.

(30) V. E. Dockès, A. Lyon-Caen, A. J(emmaud, J. Pélissier, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008, n°154.

(31) Cass. Soc. 25 novembre 2015, n°14-24.444, D. 2015, p.2507 ; Dr. Soc. 2016. 457, étude P.-H. Antonmattei ; JCP S 2016, n°1101, n. M. Babin ; RDC 2016, p. 217, obs. G. Viney : « *ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail* ».

mation, de formation et de préventions des risques professionnels. Surtout, son troisième paragraphe commande de mettre en place « *une organisation et des moyens adaptés* », ce dont on pourrait déduire, sans trop prêter au texte, qu'il fait injonction à l'employeur de mettre l'institution représentative en situation d'exercer effectivement les droits et obligations ayant pour finalité de prévenir les risques professionnels.

La jurisprudence de la Cour de cassation pourrait ici servir d'appui. L'arrêt *Snecma* et ses épigones soumettent, en effet, très nettement les choix organisationnels de l'employeur, et donc son pouvoir de direction, au respect de l'obligation de sécurité. Pour l'heure, le contentieux s'est, il est vrai, plutôt orienté vers le contrôle des risques supplémentaires engendrés par une décision organisationnelle originale bouleversant les conditions de travail. De là cet énoncé bien connu, selon lequel : « *il lui est interdit, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés* » (32). Or, une chose est de défendre à l'employeur de prendre une mesure qui porterait excessivement atteinte à la santé ou à la sécurité des salariés, une autre est de lui imposer positivement d'accorder plus de droits pour garantir l'effectivité du respect de la santé et de la sécurité. Il faut toutefois observer que l'obligation de sécurité est un devoir général qui s'impose à toutes les facettes du pouvoir de direction (33). Elle pourrait donc également venir stimuler la passivité coupable d'un employeur s'abstenant de prendre les mesures nécessaires pour garantir les fonctions de contrôle sanitaire d'une instance représentative du personnel. La solution résonnerait du reste harmonieusement avec la formule légale, laquelle, à bien la lire, contient avant tout chose une obligation de faire. Car enjoindre de prendre « *les mesures nécessaires* » est d'abord commander à l'employeur de mettre son pouvoir de direction *au service* de la prévention dans l'entreprise plus que lui interdire d'y porter atteinte en l'exerçant.

Cette thèse trouve également un ancrage dans l'important courant jurisprudentiel rendant l'employeur comptable de la bonne application dans l'entreprise de la réglementation étatique et professionnelle en matière de sécurité. Chacun de souvient de cet arrêt séminal concernant une salariée victime de tabagisme passif, lequel avait permis à

la Chambre sociale d'affirmer pour la première fois que l'employeur répond de l'observation par son personnel des règles destinées à protéger la santé de ses salariés, à charge pour lui de prendre les mesures qui s'imposent pour les faire respecter (34). Plus remarquable encore est le devoir général que la Haute juridiction en a tiré peu après, en considérant qu'il lui appartenait d'assurer l'effectivité de la protection de la santé et de la sécurité en sa qualité de chef d'entreprise, pour juger fautive l'absence de visite médicale de reprise (35). De la même manière, ne doit-il pas veiller à la mise en œuvre effective des attributions de contrôle du CSE en matière de santé et de sécurité, et être tenu responsable de leur paralysie ?

On imagine les objections qu'une réponse positive pourraient susciter. Il sera vraisemblablement fait valoir qu'un manquement de l'employeur à sa « *garantie d'effectivité* » n'a été retenue que dans des circonstances où il se trouvait directement (la visite médicale de reprise) ou indirectement (le tabagisme passif) débiteur de l'obligation laissée en souffrance. Or, il n'est pas le répondant des droits et obligations du CSE, lesquels s'adressent exclusivement à l'instance, son seul devoir étant de ne pas faire activement entrave à leur application. On observera cependant que cette lecture classique de droit des obligations néglige le but même du pouvoir de direction de l'employeur, dont l'une des raisons d'être est la nécessité d'assurer la santé et de la sécurité des membres de l'entreprise. La Cour de cassation ne dit pas autre chose, qui en a progressivement fait un pouvoir finalisé, pour l'orienter vers l'amélioration des conditions de travail (36). À cette première riposte, on ajoutera sûrement que l'employeur n'est pas toujours responsable de l'inertie de l'instance représentative du personnel, et qu'il n'a d'ailleurs pas d'emprise immédiate sur son fonctionnement. Il serait donc inéquitable de le rendre responsable des carences du CSE qui ne sont pas de son fait. On en conviendra sans mal. Il ne s'agit évidemment pas de faire de l'employeur le garant universel de toutes les impérities de l'instance, mais, plus modestement, de celles qu'il a contribué à créer par son comportement récalcitrant. Il s'agira donc d'apprécier, au cas par cas, le comportement de l'employeur en séparant le bon grain de l'ivraie. C'est du reste ce que fait déjà la Cour de cassation en le déchargeant de situations exclusivement imputables à des tiers. Dans le contentieux des visites médicales, sa responsabilité n'est

(32) Cass. Soc. 5 mars 2008, n° 06-45.888, RDT 2008. 316, obs. L. Lerouge.

(33) Rappr. des propos d'un auteur au sujet de l'arrêt *Snecma* : P.-Y. Verkindt, « Santé au travail vs pouvoir de direction : un retour de la théorie institutionnelle de l'entreprise ? » Dr. Soc. 2008, 519.

(34) Cass. Soc. 29 juin 2005, n° 03-44.412, D. 2005. Jur. 2565, n. A. Bugada

(35) Cass. Soc. 28 février 2006, n° 05-41.555.

(36) P.-Y. Verkindt, « Santé au travail vs pouvoir de direction », Dr. Soc. 2008, p. 519.

ainsi pas engagée lorsque le retard est la conséquence exclusive d'une organisation défectueuse des services de médecine du travail (37).

Reste cette question entêtante qui plane sur l'ensemble de la discussion : assurer l'exercice effectif des droits et obligations, n'est-ce pas une responsabilité relevant, d'abord et avant tout, des pouvoirs publics ? La remarque est légitime. La garantie de l'employeur, avouons-le, ne viendrait que suppléer la carence des gouvernants, qui n'ont pas élaboré un cadre légal suffisant pour permettre aux représentants des salariés d'user de leur droit dans le domaine de la santé et la sécurité. La dénonciation de la carence des pouvoirs publics mériterait d'ailleurs peut-être d'être menée, non de biais, mais frontalement, sur

le terrain juridique. Gardons en mémoire que l'obligation générale de sécurité est issue d'une directive européenne, dont l'article 7 précise que les représentants des travailleurs dans le domaine de la santé et de la sécurité « *doivent avoir les capacités nécessaires et disposer des moyens requis* » (38) ; souvenons-nous qu'elle se combine avec l'important principe selon lequel les travailleurs participent directement, et par l'intermédiaire de leurs représentants, à la protection de leur santé et de leur sécurité (39). N'y aurait-il pas là matière à alimenter un recours en manquement contre l'État français ? La chose n'est pas impossible. Décidément, l'analyse juridique ne se laisse pas facilement marginaliser.

Joseph Morin

(37) Cass. Soc. 21 octobre 2014, n° 13-19.786, P+B. Au fond, on serait peu ou prou ramené au complexe de solutions qui prévalait à l'époque du CHSCT. L'institution, on s'en souvient, devant établir n'avoir pas reçu de l'employeur les moyens nécessaires pour exercer utilement ses prérogatives. Pour une illustration : Cass. Soc. 22 février 2017, n° 15-22.392.

(38) Directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, art. 7.

(39) V. P. Rodière, Droit social de l'Union Européenne, LGDJ 2014, spéc., n° 461.



Livre édité à compte d'auteur
ISBN : 978-2-9572464-0-3
Mai 2020 - 110 pages - 15 euros

UNE SANTÉ SANS INDUSTRIE ? REFONDER LE LIEN ENTRE LE SYSTÈME SANITAIRE ET L'INDUSTRIE FRANÇAISE

Par Jean-Pierre Escaffre, Jean-Luc Malétras,
Jean-Michel Toulouse

Comme le révèle la crise sanitaire actuelle, la France doit se doter des moyens de reconstruire une industrie forte de fabrication de matériels de soins.

Les auteurs de ce livre dressent, dans une première partie, le constat d'une industrie qui n'est plus à la hauteur des enjeux sociétaux et politiques. Au-delà, ils préparent déjà « l'après crise » en proposant des pistes de solutions concrètes pour créer une industrie de la santé digne de la 6^e puissance économique mondiale, et de ses citoyens.

Car ce virus est arrivé sur un terrain incapable d'absorber une tension supplémentaire sur le système hospitalier, déjà en tension continue depuis plusieurs années. Or, ces problèmes organisationnels sont les piliers sur lesquels reposent l'ampleur de la catastrophe. Cette dernière est marquée par :

- **une pénurie de médicaments**, massivement importés de pays étrangers.
- **une pénurie persistante de masques médicaux de protection et de respirateurs**, eux aussi importés de pays étrangers, depuis la destruction de ces productions industrielles en France.

Et cette destruction ne concerne pas que ces deux produits. La même logique frappe d'autres dispositifs médicaux depuis longtemps, dont l'imagerie médicale.

Face aux protestations de la population, les autorités politiques prétendent qu'il convient de faire revenir les usines en France et surtout en Europe.

Les auteurs préconisent au contraire un renouveau politique, une approche globale reposant sur trois piliers :

1. **une réorganisation globale du pilotage politique et stratégique de la santé publique**, reposant sur l'implication et l'écoute du personnel et des citoyens à l'échelon local ;
2. **une démocratisation en profondeur du secteur hospitalier public**, qui doit retrouver notamment une autonomie financière ;
3. **la création d'une filière industrielle dédiée** dotée de Centres d'innovations technologiques et prototypes.