

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*PRÉVENTION DES RISQUES ET PROTECTION DE LA SANTÉ AU TRAVAIL : POUR UNE
MEILLEURE ARTICULATION*

ISABELLE DESBARATS

Référence de publication : LPA 10 oct. 2006, n° PA200620201, p. 3

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

PRÉVENTION DES RISQUES ET PROTECTION DE LA SANTÉ AU TRAVAIL : POUR UNE MEILLEURE ARTICULATION

La question de l'état de santé des salariés présente plusieurs volets complémentaires. En amont, il convient de s'interroger sur les différents dispositifs qui visent à prévenir les risques inhérents au travail et donc à préserver la protection de la santé et de la sécurité des salariés dans l'entreprise. En aval, se pose le problème de l'impact de la santé des salariés sur le maintien de la relation contractuelle (suspension et/ou rupture du contrat de travail...). Seul, le premier aspect de la question sera envisagé par cette étude.

Considérée comme l'un des textes précurseurs de la législation relative à la sécurité dans l'entreprise, la loi du 13 juin 1893 _ en application de laquelle tous les établissements industriels « doivent être tenus dans un état constant de propreté et présenter les conditions d'hygiène et de salubrité nécessaires à la santé du personnel. Ils doivent être aménagés de manière à garantir la sécurité des travailleurs » 1 _ devait constituer un instrument de prévention des risques. Mais, on le sait, cet objectif a échoué en raison, notamment, de la création _ dès 1898 _ d'un système de réparation des accidents du travail automatique et forfaitaire : en effet, la certitude de la réparation (même limitée) a ruiné l'objectif de prévention, en renforçant l'idée _ selon certains « perverse » 2 _ qu'une politique de sécurité était, au fond, inutile puisque les atteintes à la personne étaient réparées ; c'est ainsi que, contre toute attente, le système français de réparation des risques professionnels s'est révélé pernicieux au regard d'un objectif de prévention, car participant à son occultation.

Or il s'avère que cette solution de compromis _ issue de la loi de 1898, et associant réparation forfaitaire, présomption d'imputabilité et immunité civile de l'employeur, sauf faute inexcusable _ est aujourd'hui déstabilisée par l'interprétation que la jurisprudence en donne : en effet, on constate que la nouvelle définition de la « faute inexcusable » 3 _ confortée par l'aménagement du lien de causalité entre le dommage et la faute de l'employeur 4 _ conduit en pratique à une réintroduction du droit de la responsabilité civile dans celui des accidents du travail et maladies professionnelles ; un double objectif caractérise ainsi l'actuelle construction jurisprudentielle : d'une part, un souci d'amélioration du sort des victimes, via une pondération des conditions requises pour la reconnaissance d'une faute inexcusable, avec les conséquences en résultant sur le terrain de la réparation ; mais aussi et surtout, une volonté de réhabilitation de l'impératif de prévention, grâce à une meilleure prise en considération de l'obligation de sécurité 5.

Ce faisant, la politique jurisprudentielle croise ainsi une autre évolution caractérisée, pour sa part, par l'élaboration d'un droit de l'hygiène et de la sécurité _ connu pour sa complexité, voire son hypertrophie _ et dont le droit pénal du travail constitue « le bras armé ».

Enfin, il est non moins certain que la question de la prévention des risques ne relève plus du seul domaine de l'entreprise, mais s'inscrit dans une logique de santé publique, comme le confirme l'adoption du plan santé travail 2005-2009. D'ailleurs, cette préoccupation des pouvoirs publics pour la santé au

travail se comprend facilement dans un contexte marqué par « le crime sociétal de l'amiante » 6, et qui est caractérisé, en outre, par l'émergence de nouveaux risques et pathologies professionnelles (risques technologiques et naturels, risques liés aux substances dangereuses, notamment chimiques, risques psycho-sociaux), ainsi que par la prise de conscience d'une certaine dégradation des conditions de travail 7. C'est ainsi que, dans un souci de modernisation, ce plan santé travail s'est fixé un certain nombre d'objectifs 8 qui, d'ailleurs, recoupent pour partie ceux poursuivis, à la fois, par le plan national santé environnement (2004-2008) et par la convention d'objectifs et de gestion que l'État et la branche viennent de conclure.

Dans ces conditions, il est incontestable qu'au nom du droit fondamental à la protection de la santé 9, l'époque contemporaine se caractérise par une montée en puissance de la prévention des risques, sachant que ces deux notions sont définies au plan communautaire 10; on peut estimer, plus précisément encore, que la prévention des risques constitue, aujourd'hui, un droit véritablement « en expansion » en raison des spécificités de l'obligation de prévention mise à la charge de l'employeur (I). Pour autant, de nombreuses interrogations subsistent car, pour deux raisons au moins, il s'agit là d'un dispositif à la portée en réalité incertaine : une première raison tient au fait que certains des instruments et outils censés stimuler et/ou aider les différents acteurs à mener des actions préventives se révèlent insuffisamment mobilisateurs, de sorte que la prévention des risques reste _ aujourd'hui encore _ un dispositif en quête d'efficacité ; celui-ci, en outre, se caractérise par des effets ambigus, puisque, dans certains cas, une démarche de prévention des risques _ menée au nom de la protection de la santé _ peut exposer certains individus à des risques graves et avérés pour leur santé (II).

I. LA PREVENTION DES RISQUES : UN DROIT EN EXPANSION

Longtemps réduit à un ensemble de prescriptions très techniques et finalement peu coordonnées entre elles, le droit de l'hygiène et de la sécurité au travail se caractérise aujourd'hui par un entrecroisement de normes de comportements exigées des différents acteurs de la prévention, que ceux-ci se situent dans ou hors l'entreprise : inspection du travail ; services de santé au travail, ou bien encore institutions représentatives du personnel. Désormais en effet, prévaut une approche globale de la prévention « dépassant de beaucoup la simple lutte contre les accidents du travail, et les réglementations spécifiques en matière d'hygiène et de sécurité » 11; on sait notamment que, sous l'influence du droit communautaire, l'article L. 230-3 du Code du travail estime que c'est au salarié de prendre soin de sa propre santé ainsi que de celle de ses collègues de travail, ce qui, d'ailleurs, témoigne du particularisme du droit à la protection de la santé, en effet communément assimilé à un simple droit-créance 12. Pour autant, il demeure que la responsabilité de mener une politique de prévention dans l'entreprise incombe essentiellement à l'employeur ; en témoigne le fameux article L. 230-2 qui énonce les trois grands principes suivants : obligation, pour le chef d'entreprise, d'assurer la sécurité et de protéger la santé des

travailleurs ; obligation de respecter des principes généraux de prévention ; obligation d'évaluer les risques spécifiques et les mesures à prendre.

Or il s'avère que l'un des phénomènes les plus significatifs de ces dernières années concerne cette obligation de prévention, véritable « clé de voûte » de l'obligation de sécurité pesant sur le chef d'entreprise : une première raison à cela tient au fait que cette obligation occupe une place cardinale dans le dispositif et présente un caractère contraignant marqué (A) ; la seconde est que cette obligation se caractérise par sa densité, c'est-à-dire sa richesse, mais également par sa flexibilité ou fluidité ce qui présente, on le verra, un intérêt majeur : celui de permettre l'adaptation de l'objectif de prévention aussi bien aux nouvelles formes d'organisation des entreprises qu'aux nouveaux risques qui se développent (B). Voilà pourquoi la prévention des risques peut donc se définir comme un droit en plein essor...

A. Centralité 13 et caractère contraignant de l'obligation de prévention

Il est en premier lieu incontestable que l'obligation générale de prévention visée par l'article L. 230-2 constitue une pièce maîtresse, donc centrale, du droit de la santé au travail ; il résulte, plus précisément encore, de l'article L. 230-2 I que l'employeur doit, d'une part, organiser la prévention afin de réduire les risques au travail et d'autre part, « mettre en place une organisation et des moyens adaptés », c'est-à-dire organiser les conditions de travail de telle façon qu'elles favorisent la bonne santé des salariés et ne deviennent pas pathogènes.

Au titre de ce devoir de prévention _ véritable principe d'action, soutenu par un certain nombre d'obligations précises _ il appartient ainsi à l'employeur d'éviter le risque, de limiter celui qui ne peut être évité *14*, et de privilégier les modes de protection collectifs sur les équipements individuels de protection. L'ensemble est conforté par d'autres mesures encore, notamment, une obligation d'information et de formation des travailleurs *15* (y compris temporaires) ainsi que de leurs représentants, et au premier chef le Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) *16*; également et surtout, obligation d'évaluation des risques laquelle constitue, en fait, l'un des principaux leviers d'une démarche de prévention de risques au sein de l'entreprise.

Mais les obligations ainsi imposées à l'employeur au titre de son obligation générale d'assurer la sécurité et de protéger la santé des travailleurs, ne sont pas seulement plurielles et variées : elles se caractérisent également par leur caractère contraignant, comme en témoignent les sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de violation.

De ce point de vue, il est vrai que, sur le plan pénal, la seule violation de l'article L. 230-2 ne peut justifier l'engagement de la responsabilité de l'employeur, dès lors que l'article L. 263-2 du Code du travail _ qui constitue la principale incrimination en matière d'hygiène et de sécurité _ ne vise pas le chapitre préliminaire du titre III du livre II où se situe justement l'article précité.

Cela étant, les prescriptions visées par cet article L. 230-2 sont, elles, pénalement sanctionnées : c'est notamment le cas de l'absence ou de défaut de mise à jour du document unique d'évaluation des

risques 17. Par ailleurs, l'article L. 230-5 permet au directeur départemental du travail _ en cas de situation dangereuse 18 _ de mettre en demeure l'employeur de la faire cesser et si, à l'issue de ce délai, cette situation persiste, l'inspecteur peut dresser procès-verbal. Pour terminer, on peut penser qu'en l'absence d'accident du travail, la violation de l'article L. 230-2 pourrait constituer le délit de mise en danger d'autrui ; et, en cas d'accident du travail, l'infraction d'homicide ou de blessures involontaires : il faut savoir toutefois que, sur tous ces points, la doctrine est divisée.

Au-delà de l'aspect pénal et sans développer davantage cette question connue, on sait par ailleurs que la reconnaissance d'une faute inexcusable est désormais tributaire de la violation de l'article L. 230-2, comme en témoigne notamment l'arrêt du 11 avril 2002 rendu sous le visa des articles « 1147 du Code civil, ensemble L. 230-2 du Code du travail et L. 411-1 et L. 452-1 du Code de la sécurité sociale » 19.

Enfin, il convient d'évoquer un arrêt récent du 28 février 2006 20 _ rendu également au visa de l'article L. 230-2 _ et selon lequel « l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, doit en assurer l'effectivité » : l'intérêt de cette décision, en effet, est d'admettre une utilisation nouvelle de l'obligation de sécurité de résultat dans le domaine de la prévention. C'est ainsi que (dans la lignée d'une précédente décision du 29 juin 2005 concernant la protection contre le risque tabagique 21), cet arrêt traduit la volonté des juges de ne pas cantonner la notion d'obligation de sécurité de résultat à la seule réparation des accidents du travail et maladies professionnelles, mais d'en favoriser une approche préventive, afin d'assurer ainsi l'effectivité du droit fondamental des travailleurs à la sécurité et à la santé en milieu de travail : l'objectif est donc de faire de cette obligation une véritable norme de comportement de l'employeur « irriguant toutes les phases de la vie au travail » 22. Dans cette logique, l'intérêt de ces deux décisions est, dès lors, d'identifier les conséquences possibles _ en matière de rupture du contrat _ de la violation des règles préventives destinées à préserver la santé des travailleurs. Ainsi, notamment, les entreprises doivent-elles faire preuve, désormais, d'une grande fermeté/prudence en ce qui concerne la prévention du risque tabagique, sauf à courir le double risque suivant : celui, en premier lieu, de la responsabilité de la rupture du contrat, en cas de prise d'acte par le salarié aux torts exclusifs d'un employeur ne respectant pas la loi Évin ; risque, également, qu'un salarié _ victime de tabagisme passif et souffrant d'une pathologie en lien avec celui-ci _ invoque ultérieurement une faute inexcusable de l'employeur.

Mais le devoir de prévention de l'employeur _ pivot de son obligation de sécurité _ ne se caractérise pas seulement par sa place éminente dans le droit de la santé au travail non plus que par sa force contraignante : en effet, cette obligation de prévention se distingue également par sa densité ainsi que par sa flexibilité. Or comme dit précédemment, cette double distinction revêt un intérêt essentiel : celui de permettre l'adaptation de l'objectif de prévention aussi bien aux nouvelles formes d'organisation des entreprises qu'aux nouveaux risques auxquels elles doivent faire face.

B. Densité et flexibilité de l'obligation de prévention

Première source d'enrichissement du concept, l'obligation de prévention de l'employeur, depuis la loi de modernisation du 17 janvier 2002, ne concerne pas seulement la santé physique du travailleur mais aussi sa santé mentale. Sans doute, on peut alors estimer qu'une telle conception de la santé s'imposait, eu égard à la définition que donne l'OMS de la « santé », entendue comme un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consistant donc pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité. Mais en réalité, cette référence explicite à la « santé mentale » est importante car elle traduit _ voire amplifie _ l'évolution « d'un droit de l'hygiène et de la sécurité vers un véritable droit de la santé en milieu de travail, voire à un droit du bien-être au travail » 23. Également et peut-être surtout, cette indication traduit la prise en compte du caractère évolutif et changeant des « risques », au rythme des mutations de l'appareil productif : effectivement, on sait que le développement de nouveaux process, de nouvelles organisations du travail (en terme de durée du travail, cadences, polyvalences,...), de nouveaux produits, ainsi que l'essor des services ont modifié la nature et la gravité des risques : en témoigne, notamment, la montée en charge de tous les risques dits psychologiques (liés au stress, à la charge mentale, et à la souffrance au travail : psychologies dites de la peur).

Ainsi, le domaine de l'obligation de prévention pesant sur le chef d'entreprise est particulièrement large ce qui témoigne de sa densité. En outre, sa mise en oeuvre n'est aucunement subordonnée à l'existence d'un rapport de subordination entre l'employeur et les individus dont la santé doit être protégée. C'est ainsi que les employeurs doivent préserver la santé des travailleurs temporaires mais sont également tenus d'une obligation de coordination en cas de rassemblement de travailleurs appartenant à plusieurs entreprises sur un même site ; cela signifie donc que les bénéficiaires de cette obligation patronale de prévention ne sont pas seulement les propres salariés de l'entreprise, mais, plus largement, tous ceux qui travaillent pour son compte, voire à l'occasion d'une opération à laquelle cette entreprise est associée.

Ce faisant, il est clair que la souplesse du concept de prévention présente bien un intérêt majeur : celui de faire concorder l'objectif de prévention avec les nouveaux types d'organisation des entreprises (situations de coactivité, externalisation de l'activité, sous-traitance...), et les nouveaux risques qu'elles doivent gérer ; il est clair notamment que le recours à la sous-traitance _ entendue comme mode d'externalisation de la main-d'oeuvre et du risque _ est à la source d'une dilution des responsabilités contre laquelle le législateur veut lutter. Sans développer davantage cet aspect et pour conclure, on soulignera que la loi dite Bachelot du 30 juillet 2003 24 _ relative à la prévention des risques technologiques et naturels _ a encore accentué cet essor du droit de la prévention des risques professionnels : ce texte, en effet, a créé une obligation de coopération renforcée des chefs d'entreprise en cas de sous-traitance 25, et intensifié la responsabilité du chef de l'entreprise utilisatrice en lui imposant une obligation de surveillance des entreprises extérieures 26.

Incontestablement, la prévention des risques constitue donc aujourd'hui un droit véritablement « en expansion », et cela en raison notamment des spécificités présentées par le devoir de prévention mis à

la charge de l'employeur. Pour autant, de nombreuses questions demeurent en suspens car il s'agit là d'un dispositif juridique à l'impact incertain.

II. LA PREVENTION DES RISQUES : UN DISPOSITIF A L'IMPACT INCERTAIN

Deux raisons au moins contribuent à brouiller l'impact réel du dispositif de prévention actuellement en vigueur. Une première raison tient au fait que certains des mécanismes et règles censés inciter et/ou aider les différents acteurs à mener des actions de prévention des risques dans l'entreprise se révèlent médiocrement stimulants (A). Également et surtout, il est patent que le dispositif se caractérise par des implications équivoques, puisque, dans certains cas, une démarche de prévention des risques _ menée en principe au nom de la protection de la santé _ peut paradoxalement exposer certains individus à des risques graves et cancérigènes, bien qu'à effets retardés (B).

A. Un appareil de règles en quête d'efficacité

Incontestablement, un certain nombre d'efforts ont été entrepris dernièrement pour assurer, voire accroître, la pertinence des mesures de prévention des risques : la modernisation des services de santé au travail menée dans une logique de pluridisciplinarité en constitue l'un des exemples les plus récents.

Pour autant, le nombre d'accidents du travail et de maladies professionnelles demeure trop important ²⁷, ce qui questionne naturellement l'efficacité du système français de prévention des risques, de santé et de sécurité au travail.

Or il faut bien admettre que certaines règles, parmi bien d'autres ²⁸, sont loin d'être toujours efficaces : l'assertion peut être vérifiée en ce qui concerne certains mécanismes censés inciter, stimuler, les acteurs à s'inscrire dans une démarche de prévention et il s'agit ici d'aborder la question des modalités de tarification ATMP (2.) ; elle peut l'être également s'agissant des règles destinées à aider, à accompagner certains de ces acteurs dans la poursuite d'une telle démarche, et doivent être ici évoqués les moyens d'action, en pratique insuffisants, attribués au CHSCT (1.).

1 S'agissant en premier lieu du CHSCT, on sait que _ longtemps regardée avec réserve _ cette instance spécialisée constitue aujourd'hui une institution cardinale et incontournable en matière de protection de la santé au travail, en même temps qu'un interlocuteur essentiel de l'employeur. Ainsi, la loi du 23 décembre 1982 en a-t-elle fait une institution représentative à part entière, mettant l'accent sur l'importance de ces attributions. Depuis, le CHSCT, doté de la personnalité juridique, doit être informé et consulté par l'employeur sur l'ensemble des questions relevant de sa compétence, ces compétences consultatives étant complétées par d'autres prérogatives plus originales : possibilité de procéder à des inspections périodiques des locaux de travail, organisation d'enquêtes de sécurité, notamment en cas

d'accidents du travail ; déclenchement d'une procédure d'alerte en cas de situation de danger grave et imminent, ou bien encore possibilité de recourir, dans certains cas, à un expert rémunéré par l'employeur. Ce faisant, c'est d'une triple fonction _ de contrôle, d'inspection et d'enquête _ dont dispose désormais le CHSCT, le passage aux 35 heures, la montée en charge des problématiques liées aux risques psychosociaux ainsi qu'aux risques majeurs l'incitant à faire preuve d'un investissement croissant ; en témoigne le recours désormais fréquent à un expert rémunéré par l'employeur dans les deux hypothèses qu'autorise le législateur : en cas de projet important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail ; ou bien en cas de « risque » grave constaté dans l'établissement.

Or il s'avère que _ jurant avec l'ampleur de ces prérogatives _ le CHSCT ne dispose pourtant que de faibles moyens d'action, ce qui ne peut qu'entraver sa démarche de prévention. Sans parler du faible nombre d'heures de délégation mises à sa disposition ²⁹, on peut ainsi rappeler en premier lieu qu'à la différence du CE, le CHSCT ne dispose pas de budget propre pour assurer son fonctionnement. Certes, il est vrai que c'est l'employeur qui doit assumer, non seulement les frais d'expertise _ que la loi met expressément à sa charge _, mais également « les frais de procédure de contestation éventuelle de cette expertise dès lors qu'aucun abus du CHSCT n'est établi » ³⁰ : ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé _ s'agissant de frais de justice occasionnés par le contentieux né de la décision d'avoir recours à un expert, alors même que le juge avait estimé que l'expertise n'était pas justifiée _ que l'employeur doit assumer ces frais, sauf à établir un abus du CHSCT. Reste que l'absence de budget de fonctionnement constitue une règle bien anachronique dans un contexte marqué par la montée en puissance d'un CHSCT désormais appelé à connaître des questions de protection de la santé au travail et de prévention des risques « dans un cadre élargi à l'environnement territorial et/ou professionnel de l'entreprise concernée » ³¹.

Mais l'absence de ressources propres ne constitue pas le seul obstacle légal susceptible de contrarier une démarche de prévention des risques entreprise par un CHSCT. Y contribue également l'impossibilité pour celui-ci de se constituer partie civile devant une juridiction répressive en cas de délits ou d'homicides involontaires subis par des tiers, à défaut de pouvoir invoquer un préjudice direct et personnel ³²; en effet, la solution n'est pas anodine dès lors qu'il « ne saurait être procédé à une réduction du champ de l'action civile sans manquer au but de prévention qui accompagne toute politique de protection de la vie et de la santé des personnes au sein de la collectivité du travail ». Reste qu'en l'état actuel du droit positif, « le préjudice envisagé comme fondement de l'action civile du comité en cas de délits d'homicide ou de blessures involontaires n'entre pas dans le champ de l'article 2 du Code de procédure pénale : (voilà pourquoi) seule une intervention du législateur pourrait permettre la prise en compte d'un tel préjudice indirect, ce qui permettrait ainsi au CHSCT de disposer de l'ensemble des prérogatives et de moyens qu'implique l'exercice de sa mission de prévention dans l'entreprise » ³³.

2 Quant aux règles de tarification des AT et MP, il est vrai qu'elles constituent, a priori, un instrument efficace de prévention puisque les taux de cotisations varient, en principe, en fonction du coût du risque créé. De plus, les caisses régionales d'assurance maladie (CRAM) disposent d'outils financiers complémentaires : cotisations supplémentaires à titre de sanctions ; ristournes à titre de récompenses ; ou bien encore subventions aux entreprises pour les inciter à investir dans le domaine de la prévention.

Mais ce système de tarification est, aujourd'hui, souvent critiqué _ encore que la question soit controversée _ parce que ne répondant plus à sa vocation première de responsabilisation financière de l'employeur : pour certains en effet, l'effet préventif de cette tarification se révèle insuffisant à deux titres au moins. Une première raison tient au fait que les CRAM utiliseraient peu les différentes techniques financières de prévention existant à côté de la tarification générale. On souligne surtout qu'en raison des modalités de tarification existantes (individuelle, collective ou mixte), le système se révèle d'autant moins incitatif à la prévention que l'entreprise est plus petite.

C'est ainsi qu'en ce qui concerne les plus grandes entreprises (c'est-à-dire de plus de 200 salariés), il est vrai que les actions de prévention qui y sont menées peuvent conduire à limiter leur charge financière puisqu'elles se voient appliquer un taux réel, déterminé en fonction de la valeur du risque et de la masse salariale. En revanche, les petites entreprises de moins de dix salariés se voient appliquer un taux collectif, c'est-à-dire un taux identique pour tous les établissements ayant le même type d'activité principale et relevant de la même catégorie de risques. En ce qui les concerne, il est vrai que, dans une logique de mutualisation des risques, l'application d'un tel taux peut alors présenter l'intérêt de ne pas pénaliser les petites entreprises par la seule survenance d'un accident majeur ³⁴. En pratique, il en résulte toutefois qu'une action de prévention individuelle dans une petite entreprise ne peut avoir qu'un impact insignifiant, dans un cadre ainsi établi au niveau national ³⁵. Or, cette situation est d'autant plus regrettable que plus de 80 % des entreprises françaises ont moins de 11 salariés ; on signale encore que les règles actuelles de tarification garantissent d'autant moins un juste équilibre entre individualisation et mutualisation que la sous-traitance dite du risque permet de faire supporter la charge financière sur de petites entreprises soumises au taux collectif.

Pour conclure, il est probable que ces règles _ en outre, très complexes, voire, selon certains, illisibles ³⁶ _ vont être modifiées à court ou moyen terme : en effet, le gouvernement a décidé d'engager une réflexion sur la réforme de la tarification des cotisations d'accidents du travail, dans le sens d'une amélioration des conditions de travail des salariés et d'une meilleure prévention. Dans cet esprit, un système bonus-malus pourrait être institué, récompensant les entreprises vertueuses et taxant davantage les entreprises dans lesquelles se produisent un grand nombre d'accidents. À noter que cette réforme ne saurait toutefois avoir pour conséquence d'amplifier le phénomène de sous-déclaration des accidents du travail.

Mais d'autres raisons encore contribuent à faire de la prévention un dispositif à l'impact finalement incertain : notamment, le fait que le système se caractérise par des conséquences parfois paradoxales, eu égard à l'objectif en principe poursuivi.

B. Un système aux implications paradoxales

Au coeur du problème, se trouve un article R. 231-56 (concernant la mission dévolue au médecin du travail), issu d'un décret du 1er février 2001 (dit décret CMP) ³⁷ et prévoyant _ dans une logique de

prévention des risques professionnels _ qu'un salarié ne peut être affecté à des travaux l'exposant à des substances cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction que si le médecin « atteste qu'il ne présente pas de contre-indications médicale à ces travaux ».

À ce propos, on peut rappeler que ce décret a été très critiqué _ notamment par le Syndicat national des médecins du travail _ qui a demandé au gouvernement de l'annuler. Celui-ci ayant refusé d'accéder à la demande au motif qu'il s'agissait simplement d'évaluer « un sur-risque », le Syndicat a alors saisi le Conseil d'État : mais, en octobre 2002, celui-ci a rejeté cette requête en annulation en faisant valoir 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 » ; voilà pourquoi, selon les magistrats, les médecins du travail peuvent être chargés de déceler les risques particuliers que certains salariés sont susceptibles de présenter.

Dans cette affaire, il faut d'abord observer que la fiche d'aptitude prévue par ce texte _ et attestant l'absence de contre-indication _ existe, en réalité, depuis longtemps et que, par conséquent, la définition de l'acte demandé au médecin est, sur ce point, inchangée. Reste que ce décret innove sur un point essentiel : celui de la détermination des substances dangereuses auxquelles un salarié peut être affecté. En effet, alors que, jusque-là, cette fiche d'aptitude ne concernait qu'une liste d'agents bien identifiés et surtout bien connus pour leur caractère cancérogène, tel n'est plus le cas ; désormais, ce nouveau texte vise des risques plus larges, c'est-à-dire des situations beaucoup moins bien connues et pour lesquelles les connaissances évoluent de façon permanente.

Dans ces conditions, on comprend les réticences des médecins du travail, chargés d'évaluer un « sur-risque », alors même que le « risque » est, lui-même, mal connu. Au-delà, on voit bien surtout que ce texte _ adopté dans une logique de prévention des risques _ entraîne en pratique des conséquences assez paradoxales _ voire équivoques _ au regard d'un objectif de protection de la santé. La raison en est que ce décret aboutit finalement pour le médecin du travail _ non plus à protéger tous les salariés contre les risques _ mais à procéder à une sélection des individus pour occuper des postes les exposant pourtant à des risques graves, et cela en fonction de leurs potentialités mentales et physiques à résister aux dangers : cela signifie donc que cette doctrine de la prévention par l'aptitude médicale au travail ³⁸ peut, en pratique, se solder par une exposition aux risques de certains individus ³⁹. En outre, cette menace est d'autant plus importante que, pour le Conseil d'État, les médecins peuvent se référer à des éléments d'ordre génétique pour apprécier les situations de sur-risques : or _ sans parler d'une éventuelle discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques interdite par l'article L. 122-45 ⁴⁰ _ on estime que les tests génétiques disponibles pèchent par leur manque de fiabilité. Voilà pourquoi certains analysent ce décret (et l'absence de contre-indication qu'il prévoit) comme une sorte de permis d'exposer à des produits nocifs pour leur santé, certains salariés dont le patrimoine génétique ne soulève pas de difficultés particulières, alors même que le médecin du travail est censé avoir pour seul objectif de protéger tous les individus contre tout risque et « d'éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail ». On critique notamment le fait que la prévention s'appuie, ici, sur un choix, sur un tri destiné à protéger les plus fragiles, alors qu'elle devrait être environnementale. Ainsi s'expliquent

l'invitation faite aux médecins du travail de remplacer le certificat d'aptitude contesté par une « attestation de suivi médical » et la recommandation également formulée de ne faire usage de certificats d'inaptitude qu'avec le consentement des salariés et dans le seul objectif de protéger leur santé.

En conclusion, on remarquera qu'en définitive, cette affaire renvoie à la distinction susceptible d'être faite entre « risques prévisibles » (contre lesquels on peut s'organiser et que l'on peut gérer) et « risques virtuels » qui peuvent créer des dommages a priori indécélables, révélés plusieurs années après et que l'on ne peut donc réduire par des tests préalables. Or on le sait, ce sont ces risques virtuels qui ont justifié la découverte d'un devoir de prudence lié aux incertitudes scientifiques et conduit à la reconnaissance d'un « principe de précaution » (déjà appliqué en matière de protection environnementale). Mais en réalité _ et bien qu'il soit ici question à la fois de risques « prévisibles » et « virtuels » _ le problème posé ne semble pas en lien avec l'éventuelle mise en oeuvre du principe dit de précaution ⁴¹ : il s'agit là, en effet d'un principe de politique publique inapplicable, en principe, aux relations de droit privé unissant employeur et salariés, encore que ce cantonnement à la sphère de la responsabilité publique soit critiqué. En revanche, une autre question paraît essentielle dans cette affaire d'identification des salariés pouvant être exposés ou pas à des substances dangereuses : celle des difficultés soulevées par le concept d'aptitude médicale qui n'est pas appréhendé par le Code du travail ⁴² mais qu'en tout cas, on ne saurait comprendre comme « définissant une catégorie de salariés pouvant être sciemment exposés à un danger avéré » ⁴³.

Dans ce contexte _ d'ailleurs marqué par une exposition aux produits chimiques en constante augmentation ⁴⁴ _ les différentes réformes qui se profilent à l'horizon prennent tout leur relief : d'abord, réforme au niveau communautaire avec le projet de règlement Reach qui doit entrer en vigueur en 2007, et qui prévoit de mettre en place un système d'enregistrement et d'évaluation des substances chimiques (dans ce cadre, les substances les plus nocives seront soumises à autorisation avant leur mise sur le marché) ; ensuite, réforme au plan national puisque le plan santé travail 2005-2009 envisage deux changements d'importance dans une optique de prévention : d'une part, une généralisation du principe dit de substitution des substances chimiques les plus dangereuses ⁴⁵; également et surtout, une réforme du concept d'aptitude médicale.

1 –

(1) Aujourd'hui, C. trav., art. L. 232-1 et L. 233-1.

2 –

(2) P. Sargos, L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité, JCP G 2003, no 104, p. 121.

3 –

(3) Cass. soc., 28 février 2002, Bull. civ. V, no 81 ; P. Ollier, La responsabilité de l'employeur en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle, Rapport de la Cour de cassation, 2002, 109.

4 –

(4) Cass. soc., 31 octobre 2002, Bull. civ. V, no 336.

5 –

(5) À noter qu'une autre évolution jurisprudentielle est susceptible d'élever l'exigence de prévention. Il s'agit du recours possible au droit commun de la responsabilité (non plus devant le TASS mais devant le juge du contrat de travail), dans le cas où l'affection dont souffre le salarié ou l'ancien salarié ne peut être prise en charge par la législation sur les risques professionnels. Dans ce cas, la Cour de cassation estime que l'intéressé peut demander des dommages et intérêts «selon le droit commun de la responsabilité contractuelle» (Cass. soc., 28 octobre 1997, Bull. civ. V, no 339 ; D. 1998, jur. p. 219, note Ch. Radé ; Cass. soc., 16 mars 2005, D. 2005, jur. p. 1613, note J. Mouly). La solution est d'autant plus intéressante que la Cour de cassation admet que la seule exposition à un risque peut constituer un préjudice réparable (Cass. civ. 2e, 24 février 2005, JCP G 2005. II. 10100, note F.G. Trébulle).

6 –

(6) Selon l'expression de P. Sargos, étude préc.

7 –

(7) V. Dares, 2005.

8 –

(8) Ces principaux objectifs sont les suivants : développer et améliorer les connaissances des dangers, des risques et des expositions nocives en milieu professionnel, avec notamment l'Afsset (l'Agence française de sécurité sanitaire environnementale et du travail) ; renforcer l'effectivité des contrôles et décloisonner les différentes instances de concertation compétentes dans le domaine de la santé au travail (notamment réforme du CSPRP) (v. Liaisons soc., doc V, no 15/2005 du 4 mars 2005).

9 –

(9) Lequel est reconnu aussi bien au niveau international (Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et Pacte relatif aux droits, sociaux, économiques et culturels de 1966), européen (Charte sociale européenne, UE) que national (art. 11 Préambule de la Constitution de 1946), de sorte que ce droit constitue un principe «particulièrement nécessaire à notre temps» ou, à tout le moins, un «objectif à valeur constitutionnelle».

10 –

(10) Ainsi la «prévention» est-elle définie par la directive 89/391/CE 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». Quant aux «risques», une directive 98/24 du 7 avril 1998 (concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques, JOCE du 5 mai 1998, p. 11) les définit comme «la probabilité que le potentiel de nuisance soit atteint dans les conditions d'utilisation et/ou d'exposition». On constate ainsi que le «risque» peut être distingué du «danger», le premier pouvant être défini comme «la probabilité de la survenance du danger ou le fait d'être exposé à un danger» (M. Bonnechère, Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail, DO 2003, 453).

11 –

(11) P.-Y. Verkindt, *Le droit du travail*, Connaissances du droit, Dalloz 2005. 128.

12 –

(12) En ce sens, L. Casaux-Labrunée, *Droit à la santé*, in *Libertés et droits fondamentaux* (sous la direction de R. Cabrillac et al.), Dalloz, 7e éd., 719. Sur cette obligation, v. notamment, A. Coeuret, *La responsabilité du salarié en matière de sécurité et de prévention des risques professionnels*, en ligne à l'adresse suivante : <http://www.courdecassation.fr>.

13 –

(13) Terme employé par P.-Y. Verkindt, *De la loi du 9 avril 1898 au plan santé au travail*, SSL du 17 octobre 2005, no 1232.

14 –

(14) C. trav., art. L. 230-2 II, pt b.

15 –

(15) C. trav., art. L. 231-3-2.

16 –

(16) C. trav., art. L. 236-4.

17 –

(17) C. trav., art. L. 230-2 III, R. 230-1 et R. 263-1-1 (peine d'amende prévue pour les contraventions de 5e classe).

18 –

(18) Résultant du non-respect de l'article L. 230-2 et constatée par l'inspecteur du travail.

19 –

(19) Cass. soc., 11 avril 2002, Bull. civ. V, no 127. Confirmation par Cass. Ass. plén., 24 juin 2005, Bull. Ass. plén., no 7.

20 –

(20) Cass. soc., 28 février 2006, JCP G 2006, no 1278, p. 27, note P. Sargos ; J. Savatier, *La reprise du travail sans visite de reprise par le médecin du travail*, D. soc. 2006. 514 (un salarié ne peut reprendre son travail après une absence d'au moins 8 jours sans bénéficier _ lors de la reprise du travail ou au plus tard dans les 8 jours de celle-ci _ d'un examen de reprise. Dès lors, à défaut d'un tel examen dans

les 8 jours, l'employeur ne peut rompre le contrat du salarié (dont le droit à la sécurité dans le travail a ainsi été méconnu) que s'il justifie soit d'une faute grave soit de l'impossibilité de maintenir le contrat. Il en résulte, par application de l'article L. 122-32-2, la nullité de la rupture qui a donc été prononcée au cours de la suspension du contrat provoquée par un accident du travail).

21 –

(21) Cass. soc., 29 juin 2005, D. 2005, 2565, note A. Bugada, JCP G 2005, no 1154, note F. Favennec-Héry, J. Savatier, La protection contre le tabagisme sur les lieux de travail, D. soc. 2005, 971 (peut prendre acte de la rupture du contrat de travail, une salariée dont l'employeur ne fait pas respecter la loi Evin sur le tabagisme dans l'entreprise).

22 –

(22) Selon les termes de P. Sargos, note préc.

23 –

(23) P.-Y. Verkindt, La santé au travail. Quelques repères pour un droit en mouvement, DO 2003, 82.

24 –

(24) Dont le champ d'intervention est le suivant : sont concernés les établissements dits à haut risque, les entreprises ayant une ou plusieurs installations classées «Seveso seuil haut» au sens de l'article L. 515-8 IV du Code de l'environnement (et dont la liste est fixée par décret), ainsi que les entreprises visées à l'article 3-1 du Code minier, c'est-à-dire ayant une activité de stockage souterrain de gaz, d'hydrocarbures et de produits chimiques.

25 –

(25) C. trav., art. L. 230-2 IV, al. 1.

26 –

(26) C. trav., art. L. 230-2 IV, al. 2.

27 –

(27) De ce point de vue, on peut noter que les statistiques disponibles pour 2004 confirment les tendances observées depuis 2000 : à savoir une baisse du nombre d'accidents du travail et d'accidents de trajet (les données provisoires pour 2004 font ressortir une diminution de 4,3 du nombre d'accidents du travail et de 4,9 du nombre d'accidents de trajet), mais une progression forte du nombre de maladies professionnelles (notamment en raison du développement des pathologies liées à l'amiante et des troubles musculo-squelettiques (TMS) : affections dites périarticulaires). Plus précisément, on observe que si les accidents du travail sont moins nombreux, ils sont cependant plus graves, sachant que la fréquence des accidents du travail, et notamment des accidents graves, varie sensiblement d'un secteur d'activité à l'autre (ainsi, accidents graves particulièrement fréquents dans le secteur du travail temporaire et des transports). Pour un exposé de ces données, v. le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 : Accidents du travail et maladies professionnelles. Reste que l'interprétation de ces données demeure délicate en raison d'un phénomène de minoration du risque professionnel qui prend des formes diverses : sous-évaluation par le corps médical de l'origine professionnelle des pathologies ; sous-déclaration des

accidents du travail par les employeurs et des maladies professionnelles par les victimes elles-mêmes ; et sous-reconnaissance par les caisses primaires d'assurance maladie (sur cette déconnexion entre les statistiques de l'assurance sociale et la réalité du risque, v. rapport public particulier de 2002 de la Cour des comptes (en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ccomptes.fr>)).

28 –

(28) L'Igas souligne, de façon générale, qu'une amélioration de la politique de prévention devrait également passer par une clarification des responsabilités de chacun des intervenants et nécessiter une réorganisation du système de prévention du risque professionnel, caractérisé par une multiplicité des acteurs et le cloisonnement de leurs interventions respectives (La prévention en milieu sanitaire, 2003).

29 –

(29) Ainsi, ce crédit d'heure est de 2 heures dans les établissements occupant jusqu'à 99 salariés (C. trav., art. L. 236-7).

30 –

(30) Cass. soc., 8 décembre 2005, pourvoi no 03-15.535 ; 24 novembre 2004, pourvoi no 02-19.365 ; 6 avril 2005, pourvoi no 02-19.414.

31 –

(31) F. Héas, Les représentants du personnel et la question de la santé au travail, SSL du 24 décembre 2004, no 1196.

32 –

(32) Cass. crim., 11 octobre 2005, SSL 2005, no 1240, 11.

33 –

(33) F. Duquesne, La constitution de partie civile du CHSCT en cas de délits d'homicides et de blessures involontaires, Dr. soc. 2006, 43.

34 –

(34) Voilà pourquoi les partenaires sociaux se disent partisans de ce principe de mutualisation, en faisant valoir que, dans certains cas extrêmes, des entreprises ont dû cesser leur activité à la suite d'une majoration du coût salarial liée à une très forte augmentation du taux de cotisation intervenant après des sinistres professionnels dans lesquels elles n'avaient pourtant aucune responsabilité directe.

35 –

(35) M. Laroque, Assurance des accidents du travail : mieux tarifer pour mieux prévenir, Dr. soc. 1987. 874. Rapp Ph. Askenazy, Santé et sécurité au travail : diagnostic économique et réformes, Dr. soc. 2004. 859.

36 –

(36) Sur la question, voir le rapport public de la Cour des comptes, La gestion du risque accidents du travail et maladies professionnelles, Les éditions des journaux officiels, 2002, en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ccomptes.fr>. V. aussi, Igas, Tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles (sous la direction de P.-L. Bras et al.), en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>.

37 –

(37) JO du 3 février 2001, p. 1866.

38 –

(38) C'est-à-dire prévention par le diagnostic de prédisposition génétique lors de la visite d'embauche ou de la consultation annuelle de médecin du travail.

39 –

(39) Ainsi le Comité consultatif national d'éthique souligne-t-il dans le même sens que «c'est le paradoxe du décret mis en cause qui amène à choisir qui peut courir un risque avec un moindre danger entraînant une discrimination des salariés alors que le plus souvent ceux-ci espèrent qu'en les tenant pour aptes, le médecin du travail leur ouvre de plus larges possibilités d'emploi et exerce ainsi à leur égard une sélection habituellement ressentie comme positive par la société» (CCNE, avis no 80, Orientation de travailleurs vers un poste comportant un risque. Rôle du médecin du travail et réflexions sur l'ambiguïté du concept d'aptitude, 2003).

40 –

(40) Le CCNE se demande ainsi «comment concilier le considérant du Conseil d'État selon lequel les médecins du travail disposent de plusieurs éléments d'ordre génétique pour apprécier les risques particuliers, avec la modification apportée en 2002 au Code civil et au Code pénal qui interdit toute discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques, sur des tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie. Dans le cas particulier de la médecine du travail, on ne peut que reprendre les termes de l'avis no 46 (Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention) du CCNE, émis en 1995 : «Les cas où l'examen des caractéristiques génétiques peut être utile pour prévenir une maladie professionnelle sont rares dans l'état actuel des connaissances. L'utilisation de tests génétiques dans le cadre de la médecine du travail devrait donc être exceptionnelle et strictement réservée à des cas limitativement énumérés, pour lesquels le risque est suffisamment bien établi et les tests disponibles suffisamment fiables et pertinents. En aucun cas, un tel dépistage ne devrait être systématique et son utilisation ne devrait jamais avoir comme conséquence de réduire la prévention des risques professionnels en privilégiant l'élimination des salariés les plus exposés génétiquement plutôt que l'aménagement de l'environnement du travail. Une véritable garantie dans ce domaine, ne pourrait être obtenue que par une modification du statut des médecins du travail qui actuellement sont salariés de l'entreprise. Tant qu'un statut assurant leur autonomie n'aura pas été organisé, leur rôle restera très ambigu» (rapp. avis no 18 du groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies). Sur cette question, v. B. Mathieu, Le recours aux tests génétiques en matière d'emploi : un droit en construction, Dr. soc. 2004, 257.

41 –

(41) C. env., art. L. 110-1 : «le principe de précaution selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommage grave et irréversible à l'environnement à un coût économiquement acceptable».

42 –

(42) Mais que la doctrine définit comme «l'adéquation entre un certain état de santé du salarié et les différentes contraintes physiques, psychiques et organisationnelles du poste de travail auquel il est affecté».

43 –

(43) CCNE , avis préc.

44 –

(44) Dares, Premières synthèses, Les expositions aux produits cancérigènes, juillet 2005, no 28-1. Par ailleurs, au niveau communautaire, une maladie professionnelle sur trois est le résultat d'une exposition aux produits chimiques selon l'institut de recherches de la CES (ETUI-REHS) sur la base d'une enquête d'Eurostat ; et 3 millions de journées de travail seraient perdues par an à cause des maladies professionnelles liées aux maladies de la peau causées par des substances chimiques.

45 –

(45) Il est vrai que la substitution est déjà envisagée par le décret CMR, mais le plan santé travail souhaite en faire une véritable obligation (v. SSL, no 1204 du 28 février 2005).