



HAL
open science

Les décisions et pratiques managériales à l'épreuve du droit à la santé au travail

Marion del Sol

► **To cite this version:**

Marion del Sol. Les décisions et pratiques managériales à l'épreuve du droit à la santé au travail. RDSS. Revue de droit sanitaire et social, 2013, 05, pp.868-880. halshs-02237224

HAL Id: halshs-02237224

<https://shs.hal.science/halshs-02237224v1>

Submitted on 21 Aug 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Droit de la Santé

► Prévention et protection sanitaires

Les décisions et pratiques managériales à l'épreuve du droit à la santé au travail

Marion Del Sol

Professeur à l'Université de Rennes 1
IODE (UMR CNRS 6262-Rennes 1)

L'Essentiel

Sur le fondement du droit à la protection de la santé au travail, le juge tend à mettre sous contrôle certaines décisions et pratiques managériales. Le pouvoir de direction et de gestion de l'employeur s'en trouve juridiquement perturbé et la légitimité des choix managériaux contestée. Ces évolutions appellent à se saisir de façon renouvelée des principes de prévention tandis que la dimension collective des questions de santé au travail invite à (re)construire un dialogue social avec les institutions représentatives du personnel, spécialement le CHSCT.

Mots-clés : DROIT À LA SANTÉ * Obligation de sécurité * Management * Prévention * Risques psychosociaux * CHSCT

Sous l'impulsion de la directive européenne 89/391 du 12 juin 1989 ¹, le droit de la santé au travail a pris corps et s'est affirmé comme une composante à part entière du droit du travail. Sa clé de voûte en est incontestablement l'obligation de sécurité mise à la charge de l'employeur qui irrigue tout le champ du droit social. Sa logique en est la prévention érigée en véritable impératif. Ensemble de règles et de dispositifs juridiques, le droit de la santé au travail doit être conjugué avec un droit à la santé au travail ² et se préoccuper de la meilleure façon d'assurer la protection de l'intégrité de la personne du travailleur dans toutes ses dimensions.

En lui-même, le changement est d'importance. Il s'est trouvé exacerbé par l'irruption dans le débat des risques psychosociaux au travail (ci-après RPS) ³ qui a contribué à faire prendre conscience que les salariés peuvent développer des pathologies psychosomatiques, c'est-à-dire des maladies ayant une origine psychologique ⁴. En effet, les RPS auxquels les salariés sont confrontés - en particulier les situations prolongées de stress - concourent à la survenance de pathologies classiques telles que des troubles musculo-squelettiques, des maladies cardio-vasculaires ou encore des pathologies inflammatoires. Mais, à notre sens, l'intérêt

(1) Directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOCE n° L 183, 29 juin 1989, p. 1 et s.

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

(3) Irruption juridiquement « permise » par la loi de modernisation sociale du 17 janv. 2002 et l'insertion dans le code du travail de la notion de santé mentale.

(4) Le Larousse médical précise que la maladie psychosomatique se caractérise « par la transformation d'un trouble psychologique, ne pouvant pas s'exprimer en tant que tel, en un trouble somatique (organique) ».

Droit de la Santé

principal de l'hyper focalisation sur les RPS réside dans la « mise en évidence » que ces risques entretiennent des liens étroits avec l'environnement professionnel appréhendé dans sa globalité. Les facteurs causaux des RPS sont en effet à rechercher dans les conditions matérielles d'exécution du travail (par exemple des horaires atypiques, des cadences accrues, des gestes répétitifs) mais aussi dans les modalités d'organisation du travail et la qualité des relations sociales de travail (type de management, perspectives de carrière, niveau de reconnaissance...) ⁵. L'identification de l'origine du risque devient dès lors complexe, principalement à raison de trois éléments. Tout d'abord, le risque psychosocial au travail présente, pour partie, une dimension individuelle et subjective s'entremêlant avec la dimension professionnelle ⁶. De plus, le risque psychosocial est plurifactoriel : sauf exception ⁷, il n'existe pas une seule cause génératrice mais une pluralité de facteurs tant techniques, sociaux qu'organisationnels. Enfin, le risque psychosocial interroge l'organisation du travail *lato sensu*.

Dans le champ juridique, l'irruption des RPS a favorisé l'émergence de nouveaux questionnements ⁸. En particulier, les effets sur la santé de l'organisation du travail révélés par les études consacrées aux RPS mettent en cause les décisions et pratiques managériales, c'est-à-dire les manifestations concrètes du pouvoir de direction et de gestion de l'employeur. L'affaire *FNAC (v. infra)* en constitue une intéressante et médiatique illustration. Se trouve ainsi posée de plus en plus systématiquement la question de l'articulation entre l'exercice de ces prérogatives patronales et l'obligation de sécurité mise à la charge de l'employeur. Et, sous l'effet de la conception préventive de celle-ci, l'articulation se modifie substantiellement emportant un changement de perspective pour le moins spectaculaire dont il importe de prendre la mesure des enjeux tant en termes de droit à la santé qu'en termes de dialogue social.

LE DOUBLE CHANGEMENT DE PERSPECTIVE EMPORTÉ PAR LA PROMOTION DU DROIT À LA SANTÉ AU TRAVAIL

De façon un peu provocatrice, on pourrait écrire qu'à la préhistoire du droit du travail, était la théorie de l'employeur seul juge. Mais la montée en puissance des problématiques de santé au travail a agi tel un big bang. En effet, les prérogatives de l'employeur sont malmenées lorsque sont en jeu la sécurité et la santé des salariés, voire même leur bien-être.

(5) V. le rapport Gollac (Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser, 2011, p. 31) qui définit les risques psychosociaux « comme les risques pour la santé mentale, physique et sociale, engendrés par les conditions d'emploi et les facteurs organisationnels et relationnels susceptibles d'interagir avec le fonctionnement mental ».

(6) Confrontés à une même situation de travail stressante induite, par exemple, par une pression forte quant aux délais de réalisation d'une mission ou d'une activité, le constat est fait que tant la résistance que la réaction au stress des salariés ne sont en aucune manière identiques.

(7) Exception faite des troubles post-traumatiques dont on peut souvent identifier un élément déclencheur (par ex. une agression survenue sur le lieu de travail).

(8) Ainsi, le régime de reconnaissance des accidents du travail et maladies professionnelles, fondé sur une logique de causalité adéquate, est télescopé par la dimension personnelle et le caractère plurifactoriel des RPS. Sur cette question, v. M. Del Sol, Les risques psychosociaux, révélateurs des insuffisances du système de prise en charge des accidents du travail et maladies professionnelles, in N. Dedessus-Le-Moustier et F. Douguet (dir.), La santé au travail à l'épreuve de nouveaux risques, éd. Lavoisier, 2010, p. 271-283. V. aussi M. Badel, Souffrance au travail et risque professionnel, la difficile appropriation du mal-être du salarié par le droit de la sécurité sociale, RDSS 2006. 918.

Droit de la Santé

Il en va spécialement ainsi pour tout ce qui a trait à la santé mentale et aux risques psychosociaux.

L'évolution du contexte juridique met en effet à mal la sphère d'autonomie dont disposait traditionnellement l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction mais également de gestion. Il en résulte que les choix d'organisation du travail, les pratiques managériales, parfois même les décisions de restructuration, sont contraintes par l'obligation de sécurité. Ce changement de perspective s'avère perturbant, voire perturbateur.

► Les expressions juridiques du changement de perspective

Le contexte juridique « post préhistorique » est marqué par l'omniprésence de l'obligation de sécurité de l'employeur à l'égard de ses salariés dont les effets ne cessent d'alimenter la chronique judiciaire tant en droit du travail qu'en droit de la sécurité sociale.

Certes, l'obligation de sécurité n'est pas mobilisée à des fins identiques ni selon les mêmes modalités juridiques dans ces deux champs. En droit de la sécurité sociale, le non respect de l'obligation de sécurité peut emporter caractérisation d'une faute inexcusable de l'employeur lorsque le salarié a été victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, ce qui permet d'améliorer son indemnisation. C'est à une obligation de moyens renforcée qu'il est fait place en ce domaine puisque la faute inexcusable ne sera caractérisée que si l'employeur avait (ou aurait dû avoir) conscience du danger auquel il exposait le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en protéger⁹, ce qui revient en quelque sorte à identifier une faute. En droit du travail, l'obligation de sécurité est avant tout un instrument au service d'une logique préventive même si elle fonde des actions contentieuses qui sont souvent à visée indemnitaire¹⁰. Il en résulte que l'intensité de l'obligation est plus forte dans ce domaine : on est en présence d'une véritable obligation de résultat. Un exemple topique de cette logique jurisprudentielle est constitué par les arrêts de 2010 relatifs au harcèlement moral où il a été considéré que l'employeur manque à son obligation de sécurité « quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements »¹¹.

A notre sens, ces différences ne sont que contextuelles et il convient de les minimiser. La lecture croisée des décisions rendues par la deuxième chambre civile et la chambre sociale de la Cour de cassation permet de rendre compte d'une construction jurisprudentielle opérant un double changement de perspective : visant à rendre effectif le droit à la santé au travail, l'exigence de prévention prime les prérogatives patronales et induit des réponses à dimension collective... non exclusives, bien évidemment, de tout traitement individuel.

(9) V. les célèbres arrêts dits « Amiante » rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation le 28 févr. 2002, Bull. V, n° 81 et s.

(10) Sur ce type de contentieux, un arrêt récent de la chambre sociale mérite attention. Il casse une décision d'appel qui avait débouté une salariée de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, licenciement que l'employeur avait prononcé en raison des conséquences préjudiciables sur le fonctionnement de l'entreprise de l'absence prolongée de la salariée. La cassation est encourue car les juges du fond n'ont pas recherché si elle n'avait pas été exposée à un stress permanent et prolongé à raison de l'existence d'une situation de surcharge de travail conduisant à un épuisement professionnel de nature à entraîner une dégradation de son état de santé susceptible de caractériser un lien entre sa maladie et un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité. Soc. 13 mars 2013, n° 11-22.082, D. 2013. 778 ; Dr. soc. 2013. 576, chron. S. Tournaux ; RDT 2013. 328, obs. B. Pélissier.

(11) Soc. 3 févr. 2010 (2 arrêts), Bull. civ. IV, n° 30.

Droit de la Santé

La primauté du droit à la santé sur le pouvoir de direction et d'organisation

L'arrêt *Sneema* du 5 mars 2008 ¹² fait figure de fait générateur de ce changement, la chambre sociale y affirmant que l'obligation de sécurité de résultat dont est tenu l'employeur à l'égard de son personnel « lui 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 ». La protection de la santé au travail est en quelque sorte érigée au rang de priorité légitimant la primauté de l'obligation de sécurité sur le pouvoir de direction. La Cour de cassation opère ainsi une hiérarchisation explicite entre le droit à la santé et les prérogatives patronales et décide que l'on « ne peut dans la hiérarchie des valeurs traiter également le pouvoir de direction du chef d'entreprise et la protection de l'intégrité physique et mentale des travailleurs » ¹³.

L'analyse du contentieux de ces dernières années, et encore davantage de ces derniers mois, souligne la montée en puissance de cette primauté. Des juges du fond se la sont appropriés afin de soumettre certaines pratiques et méthodes managériales au révélateur du droit de la santé. Il en est allé ainsi d'un système de *benchmark* ¹⁴, mis en place par un établissement bancaire, qui conduisait à une évaluation permanente de chaque agence au regard des performances des autres agences et, au sein de chaque agence, de chacun des salariés par rapport aux résultats des autres salariés. Par un jugement en date du 4 septembre 2012, le TGI de Lyon a condamné l'employeur pour manquement à son obligation de sécurité, la mise en concurrence induite par ce dispositif de *benchmark* ayant été considérée comme génératrice de stress et susceptible de compromettre gravement la santé des salariés ¹⁵.

La contestation en justice d'un plan de réorganisation de la FNAC emportant des suppressions de postes a été l'occasion pour les magistrats de la cour d'appel de Paris de s'interroger sur la prise en compte par l'employeur des effets possibles de la réorganisation sur la santé des personnels restants, notamment en raison du report de charge de travail vers les salariés non licenciés ¹⁶. Prenant appui spécialement sur l'obligation de sécurité de résultat et les articles généraux de prévention des risques ¹⁷, la cour d'appel affirme que les employeurs doivent « prendre tous moyens utiles [pour identifier les risques], y compris les risques psychosociaux susceptibles d'être induits par la nouvelle organisation » ¹⁸... ce que n'avait pas fait au cas d'espèce la FNAC dans le cadre de son plan « Organisation 2012 ».

(12) Soc. 5 mars 2008, Bull. civ. V, n° 46.

(13) S. Fantoni-Quinton et P.-Y. Verkindt, Obligation de résultat en matière de santé au travail. A l'impossible, l'employeur est tenu ?, Dr. soc. 2013. 229.

(14) En gestion, le *benchmarking* est la confection d'un étalonnage pour mesurer diverses performances.

(15) TGI Lyon, 1^{er} ch., sect. 2, 4 sept. 2012, n° 11/05300, D. 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2013. 42, étude F. Petit.

(16) Pour une préoccupation identique s'agissant d'un projet de licenciements économiques, v. TGI Toulouse 3 févr. 2011, n° 11-114, ord. réf., CE du SAV Carrefour Sud-Ouest de la SAS Carrefour Hypermarchés c/ SAS Carrefour Hypermarchés.

(17) C. trav., art. L. 4121-1, L. 4121-2 et L. 4121-3.

(18) CA Paris, Pôle 6, ch. 2, 13 déc. 2012, n° 12/17589 et 12/17601. V. le dossier spécial de la SSL sur cet arrêt, n° 1565, 24 déc. 2012, p. 8-14.

Droit de la Santé

La mise en évidence de la dimension collective des questions de santé au travail

La logique de l'arrêt *Sneema* a gagné du terrain : les choix d'organisation et de méthodes de travail, les pratiques managériales et les décisions de restructuration ne peuvent plus s'affranchir des considérations de santé au travail ¹⁹. Ils doivent les intégrer aussi en amont que possible. Par conséquent, dans le projet de réorganisation de la FNAC, il ne s'agit pas tant de prévoir des mesures au bénéfice des salariés qui développeraient des problèmes de santé en raison de leurs difficultés à assumer une surcharge de travail que de penser une nouvelle organisation non pathogène.

L'immixtion du droit à la santé dans les choix managériaux oblige à privilégier une démarche de prévention à dimension collective. En effet, le type de management retenu, les modes d'organisation du travail mises en place, les voies empruntées pour restructurer ou encore rationaliser les activités de l'entreprise sont des options de gestion se répercutant sur le collectif de travail pris dans sa globalité... quand bien même chaque membre du collectif y fait face avec ses propres ressources.

Sur ce point, un éclairage très utile est donné par un arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui n'a malheureusement pas eu les honneurs de la publication. Dans cette décision ²⁰, la Haute juridiction approuve les juges du fond d'avoir reconnu la faute inexcusable de l'employeur consécutivement à un infarctus du myocarde survenu à l'un de ses salariés au motif, notamment, qu'il n'avait pas pris la mesure des conséquences de son objectif de réduction des coûts en termes de facteurs de risque pour la santé de ses employés. L'arrêt est intéressant à bien des égards ²¹, spécialement en ce qu'il met l'accent sur la dimension collective de l'obligation de sécurité. La Cour de cassation approuve en effet les juges du fond qui ont estimé que « l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur ne peut qu'être générale et en conséquence ne peut exclure le cas, non exceptionnel, d'une réaction à la pression ressentie par le salarié ». Il ne suffit pas pour l'employeur d'agir au bénéfice des seuls salariés manifestant des signes de vulnérabilité. En d'autres termes, il importe peu que certains salariés supportent sans dommage le stress lié à une politique de surcharge et de pressions et qu'aucun signe avant-coureur n'ait alerté l'employeur, l'obligation de sécurité doit amener celui-ci à développer une démarche systématique et d'ensemble de prévention des risques pour la santé des politiques managériales génératrices de stress.

Replacer cette décision, qui relève du contentieux de la sécurité sociale, dans le prolongement de l'arrêt *Sneema* permet de mesurer le changement de dimension qu'il convient d'opérer. Pour reprendre les termes de Marie-Ange Moreau, on passe « d'une analyse individuelle à une analyse portant sur l'organisation collective et en particulier les organisations collectives toxiques » ²².

(19) Pour plus d'illustrations jurisprudentielles, v. G. Bossy et P. Delmas, *Restructurations, réorganisations et santé au travail*, Les Cahiers du DRH, n° 193, 2012. 30.

(20) Civ. 2^e, 8 nov. 2012, n° 11-23.855, D. 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2013. 229, obs. S. Fantoni-Quiton et P.-Y. Verkindt ; RDSS 2013. 163, obs. L. Lerouge.

(21) V. M. DeI Sol, *Accident cardiaque du salarié : les pratiques managériales liées au stress au révélateur de l'obligation de sécurité et de la faute inexcusable*, Lexbase, éd. sociale, n° 510 du 20 déc. 2012. V. aussi le commentaire de L. Lerouge, RDSS 2013. 163-165.

(22) M.-A. Moreau, *L'obligation générale de préserver la santé des travailleurs*, Dr. soc. 2013. 410.

Droit de la Santé

► Les perturbations induites par le changement de perspective

L'environnement juridique et social dans lequel s'exercent les prérogatives patronales de direction, d'organisation et de gestion connaît une mutation sans précédent. De façon quelque peu caricaturale, il est possible d'écrire que les choix managériaux *lato sensu* ne sont plus chassés de l'employeur. D'une part, il se déduit de l'arrêt *Snecma* et de la jurisprudence qui y est affiliée que, désormais, « le pouvoir de l'employeur est clairement surplombé par un principe supérieur : la protection de la santé »²³ ; d'autre part, la dimension collective de l'obligation de sécurité fait entrer la représentation du personnel dans le processus de décision.

La légitimité des choix managériaux en question

La légitimité des choix d'organisation et de restructuration peut ainsi être remise en cause dès lors que sont identifiés les effets délétères qu'ils pourraient produire sur la santé des salariés. L'obligation de sécurité impose alors à l'employeur de « revoir sa copie » quand bien même il estimerait que ses choix initiaux sont les plus pertinents en termes de compétitivité ou encore d'efficacité économique²⁴. La manifestation de la primauté du droit à la santé est ici flagrante. Elle doit conduire l'employeur à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à l'identification des risques, spécialement les risques psychosociaux, que la nouvelle organisation de l'activité ou encore le nouveau mode de management peuvent emporter. On se situe dans une logique très comparable à celle qui doit guider l'employeur dans sa démarche d'évaluation des risques à la notable différence qu'ici, l'évaluation doit être un point d'appui pour supprimer (ou éviter) le risque en amont et non en aval. Il en résulte que, sur la base de cette évaluation, l'employeur doit arrêter des choix dont la mise en œuvre n'expose pas les salariés aux risques identifiés *ante*.

Si on ne peut présumer qu'une nouvelle organisation ou une pratique managériale sont potentiellement pathogènes, on ne peut pas davantage présumer qu'elles ne le sont pas. Dans sa démarche d'identification des risques, l'employeur doit donc mobiliser « tous les moyens utiles »²⁵. A tout le moins, cet impératif lui enjoint de solliciter les services de santé au travail, particulièrement le médecin du travail qui est investi d'une mission de conseiller de prévention²⁶, et de prendre en considération les données médicales et scientifiques afférentes à certains risques (par exemple celles relatives au stress au travail). Il pourrait également être pertinent de faire appel, notamment pour les projets d'ampleur, à des structures extérieures ayant des capacités d'expertise dans le domaine des risques psychosociaux.

(23) P.-Y. Verkindt, L'acmé de l'obligation de sécurité du chef d'entreprise, SSL n° 1346, 25 mars 2008, p. 11.

(24) Les conclusions de P. Henriot, substitut général de la cour d'appel de Paris, dans l'affaire FNAC sont très éclairantes de ce point de vue : « la question qui se pose à la Cour n'est donc pas de savoir si la diminution du chiffre d'affaires de l'intimée [la FNAC] est avérée et justifierait par elle-même la réorganisation envisagée, mais de déterminer plus simplement si le projet « Organisation 2012 » est de nature à compromettre la santé de tout ou partie du personnel de la FNAC ». Pour des extraits de ces conclusions, v. SSL n° 1565, 24 déc. 2012, p. 9-11.

(25) Expression à laquelle a eu recours la cour d'appel de Paris dans son arrêt *FNAC*.

(26) C. trav., art. R. 4623-1.

Droit de la Santé

Des rapports employeur-CHSCT potentiellement bouleversés

La perturbation induite par le changement de perspective ne s'arrête pas à affirmer que « l'obligation de sécurité de l'employeur est plus forte que le pouvoir de direction »²⁷. Cette obligation s'inscrit désormais résolument dans le champ des relations collectives de travail. Ainsi, sous l'effet de la promotion du droit à la santé au travail, les rapports entre le pouvoir de direction et le CHSCT connaissent une véritable mutation. Les attributions et les moyens que le CHSCT tient de la loi n'ont pas pour autant été modifiés²⁸ ; mais la montée en puissance de la notion de santé conjugée à la prise de conscience des facteurs sociaux et organisationnels des risques psychosociaux contribuent à ce que le CHSCT puisse « s'inviter » dans les domaines relevant des prérogatives patronales. Son droit à consultation s'en trouve en quelque sorte élargi comme l'illustre une célèbre décision rendue par la Cour de cassation en 2007 à propos d'un dispositif d'évaluations annuelles « dont les modalités et les enjeux (...) étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail »²⁹. Son droit à expertise en cas de projet important modifiant les conditions de santé ou les conditions de travail³⁰ peut davantage être mobilisé, particulièrement à l'occasion de projet de réorganisation du travail ou de l'activité qui sont rarement sans influence sur la charge de travail dont on sait aujourd'hui qu'elle peut compromettre la santé des salariés en raison notamment du stress généré.

La logique préventive afférente à l'obligation de sécurité a ouvert à la représentation du personnel un droit d'action contentieuse lui-même à visée préventive. En effet, les syndicats de salariés, mais aussi le CHSCT³¹, peuvent agir en justice afin d'obtenir des éléments d'information suffisamment détaillés et renseignés permettant de s'assurer que l'employeur a pris toutes les mesures de prévention nécessaires. Mais ils peuvent également solliciter du TGI (en tant que juge des référés) une décision de suspension, voire d'annulation, du projet patronal au titre d'un trouble manifestement illicite. L'arrêt *Sneema* a en effet reconnu au juge la possibilité d'exercer une sorte de droit « d'ingérence sanitaire » dont l'exercice peut conduire à interdire la mise en œuvre des projets comportant des risques caractérisés pour la santé des salariés concernés. Il s'agit là d'une manifestation supplémentaire et particulièrement forte de la logique préventive³².

Pour autant, un double risque d'instrumentalisation n'est pas à écarter, celui de l'expertise du CHSCT mais également du recours judiciaire. Ainsi, sur le fondement du 2° de l'article L. 4614-12 du code du travail, les CHSCT peuvent être enclins à solliciter quasi systématiquement une expertise afin de mieux appréhender les possibles conséquences sur la santé des projets de réorganisation ou de restructuration en partant du présupposé que ce type de projet est nécessairement porteur de risques pour la santé des salariés. Sous réserve qu'il s'agisse d'un « projet important »³³ - condition posée par l'article L. 4614-12 -, un tel pré-

(27) C. Radé, L'obligation de sécurité de l'employeur est plus forte que le pouvoir de direction, *Lex-base*, éd. sociale, n° 297 du 20 mars 2008.

(28) Le propos ne tient pas compte de la modification législative résultant de la loi du 14 juin 2013 (évoquée *infra*) car il s'intéresse à une évolution jurisprudentielle intervenue plusieurs années avant l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi.

(29) Soc. 28 nov. 2007, *Bull. civ. V*, n° 201.

(30) C. trav., art. L. 4614-12, 2°.

(31) Dans son arrêt *FNAC* du 13 déc. 2012, la cour d'appel de Paris a en effet reconnu l'intérêt pour agir du CHSCT (CA Paris, Pôle 6, ch. 2, 13 déc. 2012, n° 12/17589 et 12/17601).

(32) C'est une différence notable avec les contentieux individuels dans lesquels est invoqué le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité puisque le juge s'y « contente » de vérifier *ex post* si l'employeur avait pris les mesures nécessaires pour assurer la sécurité ou protéger la santé de son salarié.

(33) M. Caron et P.-Y. Verkindt, La notion de projet important justifiant la demande d'expertise du CHSCT, *Dr. soc.* 2012. 383.

Droit de la Santé

supposé conduit à faire de l'expertise un élément central des rapports entre les choix managériaux et le droit à la santé au travail, spécialement dans l'optique d'un contentieux. En effet, dans ses très intéressantes conclusions dans l'affaire FNAC, le substitut général de la cour d'appel de Paris souligne que « la caractérisation du risque conditionne (...) et encadre, tout à la fois, l'ingérence du juge dans l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur »³⁴. Et, dans sa décision, la cour d'appel reprend cette affirmation tout en précisant qu'il revient au CHSCT³⁵ de « rapporter la preuve que les risques psychosociaux de nature à compromettre la santé et la sécurité des salariés, qu'ils allèguent sont caractérisés, notamment au regard de l'impact en termes de charge de travail, sur les salariés concernés ». Outil d'aide à l'expression d'un avis circonstancié pour le CHSCT, l'expertise devient également un enjeu stratégique et peut, au regard des possibles effets différés en cas de contentieux, modifier l'équilibre entre le CHSCT et l'employeur à l'occasion des discussions entourant le projet managérial. Il devient dès lors urgent que les conditions de recours à cet instrument (notamment les délais) fassent l'objet d'un encadrement dont on mesure la nécessité au vu de l'augmentation significative ces dernières années des décisions de la Cour de cassation sur cette question³⁶. On peut d'ailleurs regretter que certaines des dispositions relatives aux modalités de l'expertise unique à laquelle peut avoir recours la nouvelle instance de coordination des CHSCT instituée par la loi de sécurisation de l'emploi n'aient pas été généralisées³⁷. Il s'agit là d'une occasion manquée de tarir partiellement les tensions et contentieux suscités par le recours à l'expertise du CHSCT.

LES ENJEUX À VENIR DU CHANGEMENT DE PERSPECTIVE

La promotion effective du droit à la santé au travail doit prendre racine sur une démarche de prévention structurée. Quand sont en jeu les conditions et les modes d'organisation du travail, cet enracinement appelle à une remobilisation des principes généraux de prévention. Par ailleurs, la dimension collective de certaines questions de santé invite à construire un véritable dialogue social au sein des entreprises.

► Des principes généraux de prévention à remobiliser

Les principales décisions de justice dont il a été fait état précédemment ne visent que rarement l'article L. 4121-2 du code du travail. Pourtant, les principes généraux de prévention qui sont énumérés dans ce texte constituent d'évidence une source d'inspiration guidant leur raisonnement.

(34) Extraits des conclusions, SSL n° 1565, 24 déc. 2012, p. 9-11.

(35) Et'Vous aux syndicats agissant au contentieux.

(36) Pour des points de vue contrastés, v J.-B. Cottin et E. Lafuma, CHSCT : quel contrôle de l'expertise ?, RDT 2013, Controverse, p. 379-384.

(37) M. Caron, Le nouveau visage de l'expertise après la loi de sécurisation de l'emploi, SSL n° 1594, 22 juill. 2013, p. 7 ; J.-B. Cottin, L'instance de coordination des CHSCT, JCP S 2013, 1264.

Droit de la Santé

L'anticipation, clé de la démarche préventive

Lorsque l'arrêt *FNAC* reproche à l'employeur de ne pas avoir suffisamment identifié les risques en amont, c'est dans le but d'empêcher la mise en place d'une organisation du travail potentiellement pathogène ; en d'autres termes, l'objectif est de donner effectivité au premier principe de prévention figurant à l'article L. 4121-2, à savoir « éviter les risques », puisque la prise de conscience des risques par l'employeur doit le conduire à adopter toutes les mesures utiles pour les faire disparaître. *In fine*, il s'agit d'amener les entreprises à s'engager dans une démarche anticipatrice visant à prévenir les risques *a priori*, de « ne plus attendre la réalisation du risque pour mettre en place un programme de prévention, mais... d'envisager son éventualité et, en fonction de la probabilité de le voir se réaliser et de sa potentielle gravité, d'établir une stratégie de prévention » ³⁸.

A bien des égards, l'affaire *FNAC* est révélatrice des bouleversements juridiques à l'œuvre. En particulier, elle renseigne sur l'intensité de l'immixtion du droit à la santé dans les décisions et pratiques managériales. Il ne s'agit pas d'une immixtion en surface obligeant seulement l'employeur à donner quelques gages qu'il s'est préoccupé des questions de santé (par exemple, mise en place d'un numéro vert ou création d'un observatoire des RPS). Au contraire, le changement s'opère en profondeur puisqu'il est en substance demandé à l'employeur de s'interroger sur les possibles effets pathogènes d'un projet de réorganisation afin de rendre effective son obligation de sécurité par l'adoption de mesures de nature à protéger la santé des salariés impactés. Une des avocates défendant le CHSCT de la *FNAC* résume assez bien la logique induite par cette affaire : le risque identifié (ici, la surcharge de travail pour le personnel conservé) « est un risque qui doit être supprimé à la source, et non uniquement un risque qui doit être accompagné ou évalué » ³⁹.

De la même façon, quand le TGI de Lyon condamne la façon dont une Caisse d'épargne a déployé, entre ses agences et entre ses salariés, une organisation basée sur le *benchmark*, il appelle implicitement l'employeur à faire application d'un autre principe général de prévention visant à « remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ». Par conséquent, ce mode de management ⁴⁰ instaurant une mise en concurrence généralisée au sein de l'entreprise, à la fois entre les différentes entités et entre les personnels à l'intérieur de chaque entité, présente une dangerosité qu'il convient de faire cesser. Il appartient dès lors à l'employeur de lui substituer une pratique managériale non créatrice de risques pour la santé des salariés. Ce faisant, selon Pierre-Yves Verkindt, « le droit du travail pousse certaines des techniques managériales dans leurs retranchements » ⁴¹.

Une démarche de prévention structurée

En analysant certains choix managériaux au prisme du droit à la santé au travail, les juges font place au caractère plurifactoriel des risques auxquels les salariés peuvent être confrontés et invitent les employeurs à relire le principe général de prévention consacré à la planification de la prévention en ayant à l'esprit la dimension « santé mentale ». Le cinquième prin-

(38) B. Dorémus, Penser la relation « santé-travail ». Remarques sur l'émergence d'un nouveau paradigme, RDSS 2012. 706.

(39) Me Savine Bernard, entretien reproduit dans SSL n° 1565, 24 déc. 2012, p. 12.

(40) Tel qu'appliqué dans l'entreprise mise en cause devant le TGI de Lyon.

(41) Entretien dans SSL Lamy n° 1551, 17 sept. 2012, p. 13.

Droit de la Santé

► Un dialogue social en matière de santé au travail à construire dans l'entreprise

Dans l'arrêt *Sneema*, la chambre sociale de la Cour de cassation précise que la décision de suspension de la nouvelle organisation prononcée par le TGI ne pouvait être interprétée comme imposant à l'employeur de négocier les modalités d'organisation du travail ni comme subordonnant l'exercice de son pouvoir de direction à l'accord des institutions représentatives du personnel (ci-après IRP).

Les évolutions jurisprudentielles ultérieures ne remettent pas en cause les prérogatives respectives de l'employeur et des IRP : à défaut de faire le choix de négocier les conditions et l'organisation du travail ou encore la structuration de l'activité, l'employeur exerce son pouvoir de direction dans ces domaines, le comité d'entreprise et le CHSCT étant des instances consultatives dont l'avis doit être recueilli préalablement à la mise en œuvre des décisions patronales. Les bases juridiques sur lesquelles repose le processus décisionnel sont inchangées. Pour autant, s'arc-bouter sur ces bases peut s'avérer contreproductif ; en revanche, instaurer un véritable dialogue social dans l'entreprise sur les questions de santé est sans aucun doute un enjeu majeur des années à venir.

► La nécessité du dialogue social

La montée en puissance de l'obligation de sécurité peut être perçue comme une « injonction [adressée à l'employeur] concernant la place de la santé dans l'organisation du travail »⁴⁸ et emporter un risque de crispation de l'employeur face à l'immixtion du CHSCT dans l'exercice du pouvoir de direction. Cette crispation peut se traduire par un refus d'engager une véritable discussion avec le CHSCT, la consultation de celui-ci se résumant alors à satisfaire une formalité substantielle imposée par le code du travail dans un certain nombre de circonstances. En retour, on peut craindre que le CHSCT instrumentalise son droit à expertise et, le cas échéant, sa faculté d'agir judiciairement (v. *supra*).

La logique est alors celle du seul rapport de force. D'une certaine façon, dans un premier temps, c'est peut-être une sorte de passage obligé dans certaines entreprises. Mais il y a tout à gagner à tendre vers un usage raisonné et raisonnable des prérogatives de chacun, un usage responsable dans l'intérêt bien compris tant de l'entreprise que des salariés. En effet, la pérennité et le développement de l'entreprise dépendent du degré d'implication et de coopération de ceux qui y travaillent⁴⁹. Face aux projets de réorganisation, aux perspectives de changement d'organisation du travail ou encore de restructuration, cette coopération s'avère cruciale alors qu'elle peut être mise à mal en raison de l'incertitude entourant ces évolutions. Dès lors, l'intérêt de l'employeur et du CHSCT est de créer les conditions d'un dialogue social constructif sur « l'impact et la faisabilité humaine du changement »⁵⁰ et les mesures nécessaires à sa réussite. La logique devient « gagnant-gagnant » : d'une part, l'association du CHSCT à la finalisation du projet porté par l'employeur renforce la légitimité de ce projet et doit contribuer à lever les risques ultérieurs de blocage ou de résis-

(48) Formule empruntée à S. Guedes da Costa et E. Lafuma, Le CHSCT dans la décision d'organisation du travail, RDT 2010. 420.

(49) Dans ce sens, on peut relever que l'ANI du 19 juin 2013 sur la qualité de vie au travail rappelle dans ses dispositions préliminaires que « la performance d'une entreprise repose à la fois sur des relations collectives constructives et sur une réelle attention portée aux salariés en tant que personnes ».

(50) Rapport Lachmann, *op. cit.*, p. 12.

Droit de la Santé

tance ; d'autre part, elle donne en principe des gages aux salariés que les considérations de santé ont été prises en compte.

Les conditions du dialogue social en matière de santé au travail

Quel qu'en soit l'objet, la qualité de tout dialogue social suppose la loyauté des acteurs et requiert, pour de véritables échanges, l'accès à des informations pertinentes relatives aux conséquences des projets sur la santé au travail et leur partage.

Pour le CHSCT, l'accès à de telles informations peut résulter du recours à l'expertise afin de bénéficier d'un éclairage extérieur « en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail »⁵¹. Ce droit à expertise a été récemment élargi à l'occasion de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 puisqu'un nouvel article L. 4614-12-1 dispose que le CHSCT peut désormais faire appel à un expert en présence d'un projet de restructuration et de compression d'effectifs⁵². Mais, à notre sens, la qualité du dialogue social doit faire du recours à l'expertise un moyen simplement complémentaire pour le CHSCT de disposer des éléments d'analyse nécessaires à délivrer un avis en toute connaissance de cause. L'enjeu est avant tout dans la qualité de l'information dont il dispose en interne sur le volet « santé » des projets de l'employeur. A l'heure actuelle, la primauté du droit à la santé sur les prérogatives patronales « invite » l'employeur à identifier et évaluer *a priori* les risques sanitaires de ses projets, dont les risques psychosociaux, et donc à communiquer, pour discussion, au CHSCT les informations relatives à l'impact sanitaire et humain desdits projets. Cette « invitation » du droit positif se veut générale, pas seulement lorsque le changement envisagé peut être qualifié d'important ou lorsqu'il y a projet de restructuration et de compression d'effectifs. L'attention se reporte alors sur la qualité des « études d'impact » auxquelles certaines entreprises peuvent décider de recourir, notamment pour évaluer les risques psychosociaux. Le choix de la méthode devient dès lors déterminant. Plusieurs questions se posent alors à l'entreprise : celle d'associer (ou non) les représentants du personnel dès cette phase du projet, celle de donner (ou non) une place aux managers de proximité, celle de faire appel (ou non) à des consultants en RPS. Sur ce point, la tentation peut être grande de recourir à une évaluation extérieure, *a priori* gage de compétence et de neutralité. Or, le caractère plurifactoriel des RPS, associé au fait que ces risques interrogent de nombreuses disciplines et spécialités, rend problématique ce type d'étude. Qui plus est, « l'irruption » des RPS dans le débat a généré un véritable marché du conseil autour des RPS dont la structuration peine à se réaliser, dont le contrôle n'est pas organisé⁵³ et dont les acteurs adoptent des postures contrastées, certaines d'entre elles étant parfois pointées du doigt pour leur manque de neutralité à l'égard de l'entreprise donneuse d'ordre⁵⁴. Si, en matière de RPS, la compréhension des enjeux sanitaires, humains, voire organisation-

(51) C. trav., art. L. 4624-12-2°.

(52) Cependant, les conditions de recours à cette expertise ont été strictement précisées contrairement aux autres hypothèses dans lesquelles le CHSCT peut solliciter un expert. P.-Y. Verkindt, Quand les conditions de travail s'invitent dans la sécurisation de l'emploi, *Dr. soc.* 2013. 726 ; F. Cochet, L'expertise du CHSCT au lendemain de la loi du 14 juin 2013, *Dr. soc.* 2013. 733.

(53) Pour un intéressant examen d'une tentative de contrôle institutionnel, v. T. Chakor, Le « contrôle institutionnel » des pratiques préventives des consultants en RPS : le cas du réseau I3R PACA, communication lors du colloque COMPARISK, Bordeaux, janv. 2013.

(54) Révélatrice de ces difficultés est la « crise » traversée par la jeune Fédération des intervenants en risques psychosociaux (Firps) dont certains membres se sont retirés en raison de « désaccords avec la perception du dialogue social et de la prévention portée par la Firps » (v. *Gestion sociale*, 31 janv. 2013). La Firps s'est toutefois dotée d'un code de déontologie.



Droit de la Santé

nels, ne peut pas nécessairement faire l'économie de compétences extérieures, cela suppose toutefois que ces compétences extérieures – qu'il s'agisse de consultants sollicités par l'entreprise ou d'experts mobilisés par le CHSCT – ne parasitent pas ni ne biaisent le dialogue social devant s'instaurer entre l'employeur et les IRP.

Le changement de perspective décrit dans la première partie de cet article souligne la porosité des frontières entre les différentes IRP lorsqu'est mis sur agenda un projet de restructuration, de suppression de postes ou encore de réorganisation du travail. Afin d'asseoir le dialogue social sur le volet « santé » de tels projets, l'articulation des compétences et des consultations du comité d'entreprise et du CHSCT devient une nécessité. En 2010, le rapport Lachman appelait déjà à une clarification, soulignant au passage que les sujets économiques et les conditions de travail « sont fortement connectés »⁵⁵. La loi de sécurisation de l'emploi de juin dernier fait sienne cette proposition en faisant entrer le CHSCT de façon explicite dans le processus de consultation et d'expertise des projets de restructuration et de compression d'effectifs⁵⁶. L'objet de la loi du 14 juin 2013 ne permettait sans doute pas d'aller plus loin dans la recherche d'une meilleure complémentarité entre le CE et le CHSCT. En matière de santé au travail, tant la qualité que l'efficacité du dialogue social nécessitent sans conteste de structurer cette complémentarité afin d'éviter la construction empirique de l'articulation par les juges⁵⁷. L'idée d'une instance de coordination doit dès lors faire son chemin. Le contexte peut y être favorable, une instance de coordination « CHSCT » pouvant désormais voir le jour dans les conditions prévues au nouvel article L. 4616-1 du code du travail issu de la loi du 14 juin 2013⁵⁸. Dans le prolongement de cette première « expérience », un déploiement plus ambitieux et plus systématique d'une instance de coordination mérite réflexion.

(55) Rapport Lachmann, *op. cit.*, proposition 4, p. 9.

(56) Sur le régime de l'expertise et les questions soulevées, v. P.-Y. Verkindt, Quand les conditions de travail... (*op. cit.*), spéc. p. 729-730.

(57) Complémentarité dont la construction doit conduire à articuler les champs de compétences, les modalités de consultation (notamment le calendrier), les moyens (dont le recours à l'expertise) mais également les niveaux de consultation lorsque l'on se trouve en présence d'une entreprise à structure complexe. Pour une illustration des difficultés que le juge doit résoudre dans ce type de structure, v. Soc. 10 juill. 2013, n° 12-17.196, D. 2013. 1839.

(58) P.-Y. Verkindt, Quand les conditions de travail... (*op. cit.*), spéc. p. 730-732.