

Revue

Lexbase Hebdo édition sociale n°508 du 6 décembre 2012

[Social général] Événement

Autour de quelques questions qui fâchent... Trente ans après les lois Auroux, refonder le droit du travail

N° Lexbase : N4810BTC



par Grégory Singer, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition sociale

A l'occasion des trente ans des lois "Auroux "(1), le 30ème colloque de la revue Droit social, organisé par le Professeur Jean-Emmanuel Ray, le 16 novembre 2012, revient sur les grandes évolutions ayant touché le droit du travail. Lexbase Hebdo — édition sociale vous propose un compte-rendu de ces sujets d'actualité, porteurs de nombreuses interrogations et critiques, et plus particulièrement des interventions analysant le contrat de travail et le champ de l'obligation de sécurité de résultat.

I - "Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ?"

Derrière ces questions un brin provocatrices, **Jean-Marc Béraud, Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation** et **Christophe Radé, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV** se sont interrogés sur les évolutions du critère du contrat de travail.

Selon le Conseiller Béraud, la question du champ du droit du travail est d'actualité aussi bien au plan national qu'europpéen. Plusieurs approches sont à distinguer entre celle du Bureau international du travail qui souhaite éviter le contournement du droit et celle de Bruxelles et du droit européen à la recherche d'une flexi-sécurité par une remise en cause des normes applicables.

Mais pour Jean-Marc Béraud, la question de la qualification du contrat de travail est telle qu'elle ne peut être laissée à la discrétion des parties.

Comment distinguer le travail du loisir ? Il faut ainsi analyser plusieurs éléments : la rémunération, la subordination.

Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 avril 2011 (2) illustre parfaitement la distinction amateur/professionnel dans le secteur du rugby amateur. Au-delà des sujétions inhérentes à la pratique du sport,

l'aspect financier mérite particulièrement l'attention : le contrat prévoyait ainsi un défraiement de 18 000 euros auquel se rajoutaient une aide au logement et diverses primes. Mais ces sommes n'étaient-elles pas simplement la rémunération de leur prestation de travail ? Ainsi, que le rappelle la Chambre sociale, "*l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs*". Cet arrêt sonne-t-il le glas du sport amateur ? "*Quel amateurisme*" se demande le conseiller Béraud, "*tout ne se résout pas par l'amour du sport*". Cet arrêt ne signe pas la fin du sport amateur mais celui de "*l'amateurisme marron*".

Le salaire est-il un élément de la qualification du contrat de travail ou la conséquence de ce contrat ?

Comment ne pas analyser le critère de la subordination sans mentionner les arrêts "Ile de la tentation" (3), sources de nombreuses critiques et interrogations.

Des critiques idéologiques (est-ce du "vrai travail"), des critiques juridiques (ne faut-il pas identifier, dans un premier temps, le travail puis, dans un second temps, la subordination ?) alimentent la doctrine.

Mais pour Jean-Marc Béraud, il faut échapper à une autre rationalité. Nous sommes dans le cadre de la production d'une émission de télévision. Les "candidats" sont subordonnés pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers, la société de production dans le but de produire un bien à valeur économique. N'est-ce pas la caractérisation d'un travail ? L'homme ne disparaît pas dans le bien, il en est l'objet.

Jean-Marc Béraud rappelle enfin que le droit du travail n'est pas seulement synonyme de protection du salarié mais régit l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise et le pouvoir de l'employeur (économique, disciplinaire, ect.). Notre intervenant regrette que cet aspect ne soit pas suffisamment pris en compte.

Pour le Professeur Christophe Radé, lorsqu'on se demande qui doit être protégé, il y a un double sous-entendu :

- certains travailleurs ne mériteraient pas ainsi d'être protégés ;
- il y aurait des bons et des mauvais employeurs.

Face à une forme de nostalgie ambiante, le droit du travail est en décalage avec la réalité.

Il est nécessaire ainsi de réfléchir aux différents critères du contrat de travail, contrat qui n'est quasiment jamais défini dans le Code du travail.

Que faire des catégories litigieuses de travailleurs ? Les sortir du champ du Code du travail reviendrait à les laisser dans une sorte de "*no man's land*". Christophe Radé estime qu'il faut conserver ces "travailleurs" dans le giron du Code du travail tout en prenant en compte leur spécificité.

Pour Christophe Radé, la subordination n'est pas le critère dominant du contrat mais un indice. Le critère essentiel est celui de l'activité économique.

Néanmoins, la Cour de cassation fait primer le lien entre subordination juridique et contrat de travail comme, par exemple, dans un arrêt récent du 15 mai 2012 (4) où, bien qu'un consultant ait participé à l'activité économique d'une société, l'existence d'un lien de subordination et partant, d'un contrat de travail, n'était pas caractérisée. Pourtant, il existe des contrats de travail sans subordination juridique tels que les contrats de travail entre époux.

Il faut donc revenir à une analyse du critère prédominant, l'activité économique tout en le distinguant de l'activité professionnelle. L'opération économique est l'essence même du contrat de travail. Le travailleur a ainsi besoin de l'employeur pour développer son activité. Il ne veut pas être un opérateur direct sur le marché, il désire une protection. Il échange alors une partie de sa liberté dans son travail contre ladite protection.

L'objet du contrat de travail est la réalisation de l'activité économique de l'employeur. Selon l'Insee, l'activité économique est le processus qui conduit à la fabrication d'un produit ou à la mise à disposition d'un service. Il n'y a ainsi pas de contrat de travail si il n'y a pas de contribution à l'activité économique. Par son travail, le salarié participe à l'entreprise d'autrui.

La définition du contrat est recentrée sur l'activité économique.

II — "Obligation de résultat en matière de santé au travail : à l'impossible, l'employeur est tenu ?"

Cette question est d'autant plus d'actualité, pour **Pierre-Yves Verkindt, Professeur à Paris I — Sorbonne et So-**

phie Fantoni, Professeur de médecine, docteur en droit, après l'arrêt rendu le 8 novembre 2012 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (5) qui lie faute inexcusable et stress. L'employeur ne peut ainsi ignorer ou s'affranchir des données médicales afférentes au stress au travail et ses conséquences pour les salariés qui en sont victimes.

Comme le souligne le Professeur Verkindt, en matière contractuelle, une personne ne peut être tenue à une obligation impossible. Mais l'obligation de résultat en matière de santé en travail est-elle une obligation impossible ? Selon notre intervenant, le vocabulaire du droit de la responsabilité civile est importé en droit du travail. L'obligation de résultat de santé va plus loin qu'une simple obligation de sécurité et s'accompagne d'une obligation de prévention.

Analyser l'obligation de sécurité de résultat revient à s'interroger sur la notion de résultat et ses limites. S'agit-il d'une obligation de moyen renforcée en présence d'un aléa ou en son absence d'une obligation de résultat ? Le créancier de l'obligation de sécurité a-t-il une attitude active ou passive ?

La Chambre sociale a redécouvert l'obligation de sécurité dans une logique de réparation par les arrêts "Amiante" rendus en 2002 (6) mais a, peu à peu, abandonné la référence au contrat pour transférer l'analyse de l'obligation dans le champ des relations de travail. Le résultat n'est ainsi plus l'absence d'accident mais la logique de prévention, L'article L. 4121-1 du Code du travail (N° Lexbase : L30971NZ) fixant les principes généraux de prévention.

Sophie Fantoni tempère, néanmoins, l'étendue de l'obligation de résultat par des obstacles techniques, liés notamment, l'avancée des connaissances des données scientifiques ou par des obstacles résultant des salariés eux-mêmes (prédispositions génétiques inconnues par l'employeur).

L'obligation de sécurité ne se traduit pas que par une obligation de prévention, pour le Professeur Verkindt, mais se retrouve également dans la procédure liée à l'inaptitude du salarié. Après un arrêt de travail, le salarié apte retrouve son emploi. Lorsque le salarié est inapte à son poste, l'employeur est tenu de chercher un reclassement (obligation de résultat). Enfin, lorsque le salarié est apte mais que des préconisations sont émises par le médecin, l'employeur est tenu d'une obligation de moyen particulièrement renforcé. Notre intervenant énonce que l'employeur doit tenir compte des préconisations et les suivre. Il doit ainsi demander des précisions en cas de restrictions médicales précises.

Le Professeur Verkindt souligne cependant quelques limites quant à la préservation de l'emploi. Il distingue des limites sur l'obligation d'emploi (limites juridiques liées à l'handicap de la personne) de limites sur l'obligation de reclassement. En effet, dans ce dernier cas, l'employeur n'a pas l'obligation de muter un autre salarié ou de créer un poste pour satisfaire à l'obligation de reclassement.

Par une analyse de la jurisprudence rendue par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation depuis janvier 2010, une véritable méthode du respect de l'obligation de résultat peut être dégagée selon nos intervenants. Ils nous proposent ainsi d'identifier les grands principes de l'action de l'employeur.

L'employeur doit évaluer les risques d'une manière participative en impliquant les différents acteurs de façon active. Il doit respecter les prescriptions du Code du travail, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, du médecin du travail. Il doit prendre en compte les règles de l'art ainsi que les avis de tout expert, notamment des salariés expérimentés dans l'entreprise. Il ne doit pas hésiter à utiliser son pouvoir de direction en prenant, par exemple, des sanctions contre le refus de se faire vacciner (7) ou de porter un casque de sécurité. L'employeur doit mettre en place des formations et tracer l'ensemble de ces démarches pour permettre une évaluation après.

Par cette méthode, l'employeur n'est ainsi pas tenu à l'impossible...

(1) Loi n° 82-689 du 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (N° Lexbase : L9033IGN), loi n° 82-915 du 28 octobre 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel (N° Lexbase : L7836HYU), loi n° 82-957 du 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail (N° Lexbase : L2703GUN), et loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982, relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (N° Lexbase : L9032IGM).

(2) Cass. soc., 28 avril 2011, n° 10-15.573, F-P+B (N° Lexbase : A5364HPD); G. Auzero, *La fin de "l'amateurisme marron" ?*, RDT, 2011, p. 370, v. nos obs., *Participer à des matchs de rugby est (toujours ?) un travail*, Lexbase Hebdo n° 441 du 26 mai 2011 — édition sociale (N° Lexbase : N3006BS7).

(3) V. not., Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, FP-P+B+R+I (N° Lexbase : A5653EHT); v. les obs. de Ch. Radé, *TF1 production pris à son propre jeu ! (à propos de la requalification des contrats des participants à l'émission de télévision "L'île de la tentation")*, Lexbase Hebdo n° 355 du 18 juin 2009 — édition sociale (N° Lexbase : N6564BKC).

-
- (4) Cass. soc., 15 mai 2012, n° 10-30.993, F-D (N° Lexbase : A6903ILA).
- (5) Cass. civ. 2, 8 novembre 2012, n° 11-23.855, F-D (N° Lexbase : A6811IW8).
- (6) V. not., Cass. soc., 28 février 2002, n° 99-21.255, FP-P+B+R+I (N° Lexbase : A0773AYB).
- (7) Commet une faute grave le salarié qui refuse une vaccination rendue obligatoire par la réglementation applicable à l'entreprise de pompes funèbres, qui avait été prescrite par le médecin du travail et en l'absence de contre-indication médicale de nature à justifier un refus. Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 10-27.888, FS-P+B (N° Lexbase : A8089IQN). V. les obs. de Ch. Radé, *Du caractère obligatoire... des vaccinations professionnelles obligatoires*, Lexbase Hebdo n° 498 du 20 septembre 2012 — édition sociale (N° Lexbase : N3497BTP).