

LE CHEF D'ENTREPRISE FACE A L'OBLIGATION DE CONCILIER REPRISE D'ACTIVITE ET PROTECTION DE SES SALARIES

« Le 11 mai, il s'agira (...) de permettre au plus grand nombre de retourner travailler, redémarrer notre industrie, nos commerces, nos services » a déclaré Emmanuel Macron le 13 avril.

Cette injonction à la reprise économique, déjà précédée de nombreux messages gouvernementaux exhortant les entreprises à poursuivre leurs activités, prévoyant la réouverture progressive des entreprises fermées, alors que l'épidémie sera sans aucun doute toujours là, pose l'épineuse question de la sécurité des salariés. Entre respect par l'employeur de son obligation de sécurité, et les responsabilités qu'elle entraîne, et l'exercice par le salarié de son droit de retrait, il importe de s'interroger sur l'équilibre que propose le droit.

L'article L4121-1 du code du travail impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, par « la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés », notamment pour supprimer ou réduire les risques résultant de l'exposition aux agents biologiques, comme le prévoit l'article R4422-1 du code du travail.

Le Code pénal pose quant à lui, en son article 121-3, un principe de responsabilité pénale, lorsque la loi le prévoit, en cas de manquement à une obligation légale de prudence ou de sécurité dès lors qu'il est établi que la personne n'a pas accompli les « *diligences normales* » attendues d'elle. L'article 221-6 du code pénal qui sanctionne **les atteintes involontaires à la vie** ou l'article 223-1 du même code qui sanctionne **la mise en danger de la vie d'autrui** pourraient donc en théorie trouver à s'appliquer aux contaminations par le covid 19 et **la responsabilité pénale de l'employeur pourrait être recherchée si la contamination d'un salarié sur son lieu de travail était démontrée.**

Si la responsabilité de l'employeur vis-à-vis de ses salariés est un principe essentiel, son engagement n'est pas systématique pour autant et sera exclu s'il démontre avoir bien accompli les « diligences normales » attendues de lui, qu'il est donc indispensable d'identifier. A cet égard la décision éminemment factuelle et politique rendue hier s'agissant de la société AMAZON, dont les pratiques ne respectaient manifestement pas les mesures de sécurité préconisées par l'administration, ne peut certainement pas permettre de modifier cet équilibre juridique et de déduire un principe général sur la responsabilité de l'employeur dans le cadre de la reprise ou la poursuite d'activité d'une entreprise pendant la pandémie.

L'employeur dispose à cet égard d'un outil précieux : le **Document Unique d'Évaluation des Risques Professionnels** pour la santé et la sécurité des travailleurs (« DUERP »)¹, qui lui permet d'identifier et d'évaluer les risques potentiels, afin de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et préserver la santé des salariés. Ce document devant être mis à jour notamment « **Lorsqu'une information supplémentaire intéressant l'évaluation d'un risque dans une unité de travail est recueillie** »², une telle mise à jour est nécessaire dans le cadre de la crise actuelle.

Le médecin du travail pourra également être consulté sur les mesures à prendre et l'avis d'un expert médical sollicité afin d'appuyer les décisions prises en la matière.

Le Ministère du travail a en outre publié sur son site internet des recommandations officielles à destination des entreprises³ (D'autres recommandations spécifiques ont été émises dans le secteur du BTP⁴). Si ces recommandations n'ont aucune valeur normative *en elles-mêmes*, elles constituent les mesures jugées nécessaires par le gouvernement. Leur mise en place rigoureuse, en lien avec les représentants du personnel et avec les organismes administratifs, devrait donc logiquement exclure toute responsabilité pénale de l'employeur, à condition bien sûr de s'en réserver la preuve.

Quant au droit de retrait qui peut être exercé lorsque le salarié se trouve dans une situation présentant « **un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute déféctuosité qu'il constate dans les systèmes de protection** », il constitue un droit individuel et subjectif qui vise une situation particulière de travail et non une situation générale de pandémie⁵.

Là encore, l'accomplissement par l'employeur des diligences attendues de lui semble devoir exclure l'exercice légitime de ce droit, **et si l'employeur démontre** l'absence de danger grave et imminent en justifiant l'exercice, **le salarié s'expose à une retenue sur salaire**⁶.

Toutefois, l'exercice de ce droit individuel et unilatéral neutralise en principe provisoirement les pouvoirs de direction et disciplinaire de l'employeur⁷, de sorte que son contrôle n'aura lieu qu'à *posteriori* puisqu'il appartient au seul juge d'apprécier la gravité et l'imminence du danger invoqué par le salarié.

Au-delà des cas individuels, cette absence de sécurité juridique est potentiellement source de conflit dans un contexte de reprise dont on ignore encore les modalités pratiques et qui sera, à n'en pas douter, marqué par une vigilance particulière et légitime des organisations syndicales.

¹ L. 4141-1 et R. 4141-3-1 Code du travail

² R. 4121-2 Code du travail

³ https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/covid19_obligations_employeur.pdf

⁴ <https://www.preventionbtp.fr/Documentation/Explorer-par-produit/Information/Ouvrages/Guide-de-preconisations-de-securite-sanitaire-pour-la-continuite-des-activites-de-la-construction-Covid-19>
<https://www.preventionbtp.fr/Documentation/Explorer-par-produit/Information/Ouvrages/Guide-de-preconisations-de-securite-sanitaire-pour-la-continuite-des-activites-de-la-construction-Covid-19>

⁵ Questions-réponses du ministère du Travail publié dans le cadre de la crise épidémique coronavirus

⁶ Circulaire DGT n° 2007/18 du 18 décembre 2007 ; Cass. soc. 23 avril 2003, n°00-44.806 ; Cass. crim. 25 novembre 2008, n°07-87.650

⁷ C. trav., art. L. 4131-1, al.3

La condamnation d'Amazon par le juge des référés, le 14 avril, à restreindre son activité « *aux seules activités de réception des marchandises, de préparation et d'expédition des commandes de produits alimentaires, d'hygiène et médicaux* », après avoir constaté, à la demande du syndicat Sud Solidaire, que la société avait « *de façon évidente méconnu son obligation de sécurité et de prévention de la santé des salariés* », en est une illustration retentissante.

La décision insiste sur **la nécessité d'associer les représentants du personnel à l'évaluation des risques et à l'adaptation de l'organisation du travail, ainsi que sur la formalisation des mesures prises** :

« (...) si des mesures ont été prises et que l'organisation du travail a été constamment modifiée pour répondre à l'évolution de la situation, la société ne justifie pas que les nouveaux process ont été formalisés. En outre, il n'est pas justifié que ces changements, opérés sans concertation préalable avec les représentants du personnel, auraient été portés de manière appropriée à la connaissance des salariés.⁸ »

Il y aura, comme toujours, une énorme différence entre les grandes entreprises, qui pourront négocier avec les représentants syndicaux, les CSE et leurs CSSCT.... des conditions de reprise du travail, et les PME qui, elles, seront beaucoup plus démunies et dans lesquelles le chef d'entreprise devra « faire au mieux » en fonction de son éthique personnelle et de ses possibilités matérielles.

Le principe qui devra guider l'employeur, en lien avec les représentants du personnel, est celui de la proportionnalité, principe bien connu des juristes qui y ont largement recours lorsque le droit n'apporte pas de réponse évidente et que sont en jeu plusieurs principes essentiels.

Quelques observations/recommandations pratiques sur les mesures de protection

- Les protections plexiglas ou visières semblent insuffisantes pour être protégé du fait de la propagation par aérosol en plus des gouttelettes ;
- Prévoir le port du masque type FFP2 ou FFP3, ou jetable dit alternatif si pénurie (1^{ère} recommandation d'ordre sanitaire (circ. DGT 3/07/2009), E. Macron dans son discours du 13 avril a précisé que « son usage pourra devenir systématique ») ;
- Assurer la désinfection plusieurs fois par jour des postes de travail par des lingettes virucide (norme EN 14 476);
- Mettre à disposition des gants jetables ; du gel hydro alcoolique ;
- Limiter la présence dans les bureaux partagés ou les open space en organisant des roulements et en maintenant partiellement des mesures de télétravail ;
- Fermer provisoirement les espaces de convivialité, type cuisine ou réfectoire ;
- Informer systématiquement et régulièrement les salariés sur les différentes mesures et leur adaptation en fonction de l'évolution de la situation.

⁸ Ordonnance de référé n°20/00503 rendue le 14 avril 2020 par le TJ de Nanterre