

LE TRAVAILLEUR ET LE PANGOLIN

Contraindre l'employeur à respecter l'obligation de prévention (1)

Par Valérie LABATUT, Secrétaire nationale du syndicat CGT-TEFP

PLAN

I. Le droit souple et les conséquences de sa promotion sur l'exercice des missions des agents de contrôle de l'inspection du travail

- A. La mise en place du télétravail : les limites de l'incitation à l'adhésion spontanée à la norme de droit
- B. Du contrôle des lois sociales à la généralisation des missions de conseils aux entreprises

II. Le Code du travail corseté

- A. L'épineuse question des masques de protection respiratoire
- B. Le référé judiciaire : un outil efficace dans les mains de l'inspecteur du travail

Si, à la mi-mars 2020, la plupart des établissements recevant du public ont été contraints de fermer leurs portes (1), l'activité économique s'est poursuivie tant bien que mal en France depuis le début de l'épidémie de SARS-CoV-2. Dès le premier confinement, alors que les autorités publiques déclaraient encore que le port du masque était « *totalelement inutile* (2) », ce sont souvent les travailleurs les plus précaires, les moins bien rétribués et les plus fragilisés dans la défense de leurs droits – ceux qu'on a coutume d'appeler aujourd'hui « *les premiers de corvées* » – qui se sont retrouvés en première ligne. Paradoxalement, la pandémie a donné à ces travailleurs une visibilité inaccoutumée. Des salariés habituellement invisibilisés, indispensables à la poursuite de la vie économique, se sont retrouvés d'un seul coup sous le feu des médias.

Cette nouvelle notoriété s'est doublée d'une autre exposition : celle au virus. Le 23 mars, le chef de la sécurité d'un centre commercial situé à Aulnay-sous-Bois mourrait à 45 ans du Covid-19 ; quatre jours plus tard, une caissière de 52 ans travaillant depuis plus de trente ans à l'hypermarché Carrefour de Saint-Denis, militante CGT, mourrait à son tour des suites d'une infection au SARS-CoV-2 (3). La France découvrait cette injustice criante que les travailleurs les plus fragiles étaient aussi les plus exposés au virus. La mort tragique de ces salariés a reposé, de manière brûlante, la question du périmètre de l'obligation de prévention et de sécurité qui incombe aux employeurs en même temps que la question de la responsabilité de l'État (4) sur lequel pèse toujours le spectre de l'affaire du sang contaminé. En creux, elle a mis en lumière, au cœur de la crise sanitaire, le rôle essentiel de l'inspection du travail et l'importance que revêt l'exercice de ses missions historiques pour « *assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession* (5) ». De quels outils juridiques les inspecteurs et les contrôleurs du travail disposent-ils, en période de crise sanitaire, pour contraindre l'employeur à respecter l'obligation de prévention et de sécurité qui lui incombe au titre des articles L. 574121-1 et suivants du Code du travail ? Comment ces outils peuvent-ils être mobilisés efficacement pour protéger les salariés ?

(1) L'arrêté du 15 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du Covid-19 prévoyait l'obligation de fermeture des établissements recevant du public à l'exception de ceux présentant un caractère indispensable comme les commerces alimentaires, pharmacies, banques, stations-service ou de distribution de presse.

(2) « *Il ne faut pas acheter de masque en pharmacie, c'est inutile* » (A. Buzyn, ministre des Solidarités et de la Santé, lors d'un point-presse en date du 26 janvier 2020).

(3) Voir le communiqué de presse du 27 janvier 2020 de la Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services.

(4) Le 31 mars 2020, la Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services a porté plainte devant la Cour de justice de la République, en application de l'article 68-2 de la Constitution, à l'encontre de Muriel Pénicaud, ministre du Travail, pour non-assistance à personne en danger (article 223-6 du Code pénal) et pour abstention volontaire de prendre ou de provoquer

les mesures permettant de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes (article 223-7 du Code pénal) au motif, notamment, que le ministère du Travail n'avait pas imposé le port du masque de protection respiratoire pour les salariés de la grande distribution en contact avec le public. Au total, entre le mois de mars et le mois de décembre 2020, 150 plaintes émanant de particuliers ou d'associations et de collectifs ont été déposées devant la Cour de justice de la République contre des ministres concernant la gestion de la crise du Covid-19.

(5) L'inspection du travail sera chargée : « *d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, telles que les dispositions relatives à la durée du travail, aux salaires, à la sécurité, à l'hygiène et au bien-être, à l'emploi des enfants et des adolescents, et à d'autres matières connexes, dans la mesure où les inspecteurs du travail sont chargés d'assurer l'application des dites dispositions* » (article 3 de la convention n°81 sur l'inspection du travail de 1947).

Ces questionnements technico-juridiques ne doivent cependant pas obérer la question des enjeux liés à l'impératif de protection des travailleurs en cette période de crise sanitaire. Les controverses relatives à l'épineuse question du port du masque de protection respiratoire par les travailleurs ont mis au jour l'articulation délicate entre doctrine sanitaire et droit du travail ainsi que les difficultés rencontrées par la Direction générale du travail (DGT) à se forger une doctrine propre, distincte de celle du ministère de la Santé. Dans ce contexte, les inspecteurs et contrôleurs du travail ont vu les atteintes à leur indépendance (6) se multiplier. Cette situation a conduit les organisations syndicales CGT, CNT, SNU-TEFI-FSU et SUD-TAS du ministère du Travail à saisir les membres du conseil d'administration du Bureau international du travail (BIT) d'une plainte pour violation, par le gouvernement français, à l'occasion de la gestion de l'épidémie, des conventions internationales de l'Organisation internationale du travail (OIT).

Dans le même temps, à mesure que se multipliaient les recommandations et les protocoles à destination des employeurs et des salariés, un glissement – déjà en germe – s'est opéré des missions de contrôle de l'inspection du travail vers les missions de conseil aux entreprises. Le « droit souple » est venu concurrencer l'utilisation, par les agents de contrôle de l'inspection du travail, des outils coercitifs existants. L'incitation au télétravail illustre particulièrement cette évolution en même temps qu'elle révèle la difficulté à imposer la mise en œuvre de mesures de protection efficaces lorsque l'obligation de prévention n'est adossée à aucun texte réglementaire spécifique, et, *a fortiori*, lorsque les actions de prévention exigées relèvent de mesures organisationnelles qui dépendent essentiellement du pouvoir de direction de l'employeur.

I. Le droit souple et les conséquences de sa promotion sur l'exercice des missions des agents de contrôle de l'inspection du travail

Depuis le début de la crise sanitaire, le ministère du Travail a abondamment communiqué auprès des employeurs sur les préconisations à adopter en matière de santé et de sécurité des salariés. On a assisté à une inflation de recommandations, de fiches conseils, de guides de bonnes pratiques ou encore de FAQ (foires aux questions), notamment, le fameux « Questions/réponses à l'attention des employeurs et des salariés » disponible sur le site du ministère du Travail. Le point d'orgue de cette communication a été la publication du « Protocole national pour assurer la sécurité des salariés en entreprise », régulièrement actualisé depuis, dont le Conseil d'État a jugé, dans une ordonnance de référé en date du 19 octobre 2020, qu'il constituait seulement « un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 ». Cette position a été récemment confirmée dans une décision du 16 décembre 2020 qui vient rappeler que le protocole national n'a pas vocation à se substituer à l'employeur dans l'évaluation des risques et la mise en place des mesures de prévention appropriées.

Ce droit souple – traduction française du concept de *soft law* issu du droit international – s'oppose ici à un « droit dur » d'origine légale assorti d'une force obligatoire dont le respect peut être imposé par la contrainte. Il désigne « un ensemble d'instruments » qui « présentent par leur contenu un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit » et « ont pour objet d'orienter ou de modifier les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion [...] sans créer par eux-mêmes des droits ou des obligations (7) ».

L'un des objectifs des promoteurs du droit souple est donc d'obtenir l'adhésion spontanée à une norme. Pourtant, la pratique nous conduit légitimement à nous interroger sur les limites de cette incitation à l'adhésion spontanée qui se heurte nécessairement à la réticence des employeurs les plus récalcitrants. S'il suffisait, pour voir l'employeur se conformer au Code du travail, de lui demander de respecter la règle de droit en conscience, alors pourquoi avoir créé, en 1892, un corps de fonctionnaires chargés de contrôler le respect d'un Code du travail protecteur des droits des travailleurs, partie faible du contrat ?

(6) Le principe d'indépendance de l'inspection du travail est garanti par l'article 6 de la convention (n°81) de l'OIT sur l'inspection du travail de 1947 : « Le personnel de l'inspection sera composé de fonctionnaires publics dont le statut et les conditions de service leur assurent la stabilité dans leur emploi et les rendent indépendants

de tout changement de gouvernement et de toute influence extérieure induite. »

(7) Conseil d'État, « Le droit souple », étude annuelle 2013, 2013, p. 61.

Le risque de la sanction n'est-il pas ce qui distingue fondamentalement l'obéissance aux règles issues du droit positif – qui n'exige jamais l'accord intime du sujet – des impératifs catégoriques de la loi morale qui implique l'universalisation possible des maximes qui gouvernent nos actions ?

A. La mise en place du télétravail : les limites de l'incitation à l'adhésion spontanée à la norme de droit

Il est remarquable que les principales mesures de prévention susceptibles d'être mises en œuvre pour prévenir le risque d'exposition au virus sur le lieu de travail (règles de distanciation physique, isolement des personnes vulnérables, jauge, gestion des flux de personnes...) sont des mesures d'ordre organisationnel qui relèvent du pouvoir de direction de l'employeur.

Le télétravail – dont le ministère du Travail a fait activement la promotion depuis le début de la deuxième vague épidémique – ne fait pas exception. Ainsi, l'article L. 1222-11 du Code du travail précise que, en cas d'épidémie, le télétravail est un aménagement de poste qui peut être mis en œuvre pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés. En cas d'épidémie, les employeurs peuvent donc l'imposer unilatéralement aux salariés pour tous les postes qui le permettent sans avenant au contrat de travail et sans accord collectif. De ce point de vue, le télétravail est donc typiquement une mesure d'organisation du travail qui est aux mains de l'employeur et relève de son pouvoir de direction.

En période de pandémie, on peut en outre considérer que le télétravail relève prioritairement de la mise en œuvre des principes généraux de prévention en ce qu'ils permettent de supprimer le risque à la source puisque les salariés qui travaillent à domicile ne sont plus exposés au risque de contamination virale dans les locaux de l'entreprise. Or, en droit du travail, les principes généraux de prévention ne sont assortis d'aucune pénalité. Dès lors, en cas de refus de l'employeur de mettre en place le télétravail pour les postes éligibles, l'agent de contrôle ne pourra pas dresser de procès-verbal sauf s'il s'appuie sur des textes spécifiques (par exemple, sur les dispositions sur le risque biologique, notamment l'article R. 4424-3 du Code du travail qui prévoit « *la limitation au niveau le plus bas possible du nombre de travailleurs exposés ou susceptibles de l'être* »). Rappelons par ailleurs que, en toute hypothèse, le procès-verbal ne fait pas cesser le risque d'exposition constaté. S'il sanctionne symboliquement un manquement, il est d'une efficacité relative pour protéger les salariés en période de pandémie.

Pareillement, saisir le juge des référés sur le fondement de ce seul manquement, apparaît ici compliqué. Tout d'abord, il faudrait démontrer que, nonobstant le refus de recourir au télétravail, les mesures de prévention mises en œuvre par ailleurs sont insuffisantes si bien qu'il existe un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique des salariés. En outre, il faudrait pouvoir s'appuyer sur des dispositions réglementaires spécifiques, et non sur les seuls principes généraux de prévention qui sont exclus du champ d'application de l'article L. 4732-1 du Code du travail qui prévoit la saisine du juge judiciaire par l'inspecteur du travail.

En théorie, l'agent de contrôle pourra recourir à la mise en demeure du directeur régional prévue à l'article L. 4721-1 du Code du travail qui permet d'enjoindre à l'employeur, sur le fondement des principes généraux de prévention, de mettre en œuvre des mesures correctives dans un délai déterminé sous peine de sanction pénale en cas de non-exécution. Cependant, l'utilisation de cet outil – dont il faut rappeler qu'elle relève, en dernière instance, d'une décision du directeur régional qui peut donc opposer son veto, s'avère également compromise dans la pratique. Car, *a priori*, le refus de l'employeur de recourir au télétravail ne saurait justifier à lui seul son utilisation. Là encore, il conviendra en effet de démontrer au préalable l'existence d'une situation dangereuse résultant du non-respect des règles de distanciation sociale et des gestes barrières et/ou de l'impossibilité de respecter ces règles du fait des situations de travail, de la configuration des locaux ou des résultats de l'évaluation des risques conduite par l'employeur.

En définitive, pour convaincre une entreprise de recourir au télétravail, l'agent de contrôle devra donc, le plus souvent, se contenter d'observations écrites qui ne revêtent aucun caractère contraignant et dont la postérité dépend surtout de la bonne volonté de l'employeur de répondre ou non aux demandes qui lui sont faites. En réponse, l'employeur pourra habilement contester le caractère « télétravaillable » de certaines tâches et/ou arguer d'impératifs liés au fonctionnement de l'entreprise, argumentaire qui ne sera pas toujours facile à contrer pour l'agent de contrôle.

On le voit : si de nombreuses entreprises ont volontairement mis en place le télétravail sur simple incitation, l'absence d'outils juridiques mobilisables efficacement compromet, dans la pratique, la possibilité de l'imposer aux employeurs les plus récalcitrants. À cet égard, l'exemple du recours au télétravail en période de crise sanitaire illustre parfaitement les

limites du pouvoir d'action de l'inspection du travail à imposer une modification de l'organisation du travail dès lors que cette demande n'est adossée à aucune obligation formelle contraignante, mais qu'elle repose uniquement sur une recommandation.

B. Du contrôle des lois sociales à la généralisation des missions de conseils aux entreprises

Or, l'autre paradoxe, mais non des moindres, révélé par la crise sanitaire est que, dans un contexte général où le mot d'ordre était de ne pas entraver outre mesure la poursuite de l'activité économique, le droit souple est venu concurrencer l'utilisation des outils coercitifs issus du Code du travail en les affaiblissant.

En effet, dès le début de la crise sanitaire, à mesure que se multipliaient les recommandations et les protocoles à destination des employeurs et des salariés, les agents de contrôle de l'inspection du travail ont été, comme par un jeu de vases communicants, largement découragés de mettre en œuvre les outils coercitifs mis à leur disposition. La Direction générale

du travail (DGT), autorité centrale de l'inspection du travail, a ainsi rappelé aux agents de contrôle, dans plusieurs instructions (8), qu'il convenait d'utiliser « avec discernement » les outils juridiques existants et de privilégier avant tout l'approche pédagogique, l'information et le conseil.

Cette invitation a pu apparaître comme étant en relative contradiction avec le principe de libre décision énoncé à l'article 17 de convention (n° 81) sur l'inspection du travail de 1947 qui laisse à la libre appréciation des inspecteurs du travail de donner des avertissements ou des conseils au lieu d'intenter ou de recommander des poursuites. Cette situation a conduit les organisations syndicales CGT, CNT, SNU-TEFI-FSU et SUD-TAS du ministère du Travail à dénoncer publiquement les atteintes à l'indépendance de l'inspection du travail (9) et à déposer, le 16 avril dernier, une plainte devant le Bureau international du travail (BIT) pour violation par le gouvernement français, à l'occasion de la gestion de l'épidémie, des conventions (nos 81, 129 et 188) de l'OIT (10). Cette plainte est en cours d'instruction.

II. Le Code du travail corseté

La première vague épidémique a rappelé à quel point l'action de l'inspection du travail se situe au cœur des enjeux économiques et sociaux. Dès le début de la crise, prise dans l'étau des consignes sanitaires gouvernementales, l'inspection du travail a vu, à son corps défendant, ses prérogatives et ses missions fortement remises en cause. Alors que la doctrine des autorités sanitaires était contestée dans l'opinion publique, notamment concernant l'épineuse question du port du masque dans l'espace public, le mythe de l'inspecteur du travail solitaire, affranchi de toute autorité, a refait surface.

A. L'épineuse question des masques de protection respiratoire

L'article R. 4321-4 du Code du travail dispose que « l'employeur met à la disposition des travailleurs, en tant que de besoin, les équipements de protection individuelle appropriés [...]. Il veille à leur utilisation effective ». Si, par application des principes généraux de prévention, les mesures de protection collective doivent toujours, lorsque le risque ne peut pas être évité ou supprimé, être prioritairement mises en œuvre en complément des mesures organisationnelles et des actions de formation et d'information

(8) Note du 30 mars 2020 relative aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail (SIT) dans les entreprises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire instauré sur le fondement des dispositions du Code de la santé publique et dont les mesures sont définies par le décret 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

Note DGT du 17 mars 2020 relative à l'organisation de la continuité de l'activité des services d'inspection du travail.

(9) Conférence de presse du jeudi 16 avril 2020 réunissant l'intersyndicale CGT, CNT, SNU-TEFI-FSU et SUD-TAS du ministère du Travail.

(10) À l'occasion de la conférence de presse du jeudi 16 avril 2020, et dans un communiqué récent, les syndicats CNT, CGT, FO, FSU et SUD expliquaient leur démarche en ces termes : « Alors que la situation exigerait des droits et des pouvoirs renforcés pour protéger les salarié-es, le ministère du Travail a organisé la paralysie et le court-circuitage de l'inspection du travail et l'a

empêchée d'exercer ses missions en violation de ses engagements internationaux :

– en donnant une valeur normative à des instructions contraires au droit en matière de droit de retrait et de protection de la santé au travail ;

– en interdisant aux agent-es de contrôle d'effectuer des contrôles inopinés dans les entreprises par la subordination des contrôles à l'autorisation préalable de la hiérarchie et à un contact préalable avec l'entreprise [...] ;

– en transformant nos missions en rôle de relais des consignes gouvernementales de poursuite de l'activité économique et de ses exigences ;

– en exerçant des pressions directes sur les inspecteur-rices du travail qui font leur travail et préconisent des mesures contraignantes – par exemple en les sommant de s'expliquer, en les obligeant à revenir sur leurs observations, en soumettant l'exercice de leurs pouvoirs au veto de leur hiérarchie, voire en s'y substituant. »

susceptibles d'être mises en place au profit des salariés, il n'en demeure pas moins que, lorsque ces mesures sont inapplicables ou insuffisantes, le port d'un équipement de protection individuelle peut, en fonction de l'évaluation des risques, s'avérer indispensable pour protéger la santé des travailleurs.

Concernant les risques d'exposition au virus SRAS-CoV-2, la question de la nécessité du port du masque de protection respiratoire de type FFP2 (11) se pose spécifiquement dans les situations de travail où les règles de distanciation physique et les gestes barrières destinés à réduire le risque d'exposition ne peuvent matériellement pas être mis en pratique, notamment dans le secteur médical et médico-social lorsque la prise en charge des patients ou des bénéficiaires nécessite une proximité physique inférieure à un mètre.

Or, sur la question des masques de protection respiratoire, la DGT, se référant au décret n° 2020-293 prescrivant les mesures générales pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, et notamment à son article 12, s'est pliée, au début de l'épidémie, à la doctrine des autorités sanitaires qui, faute de stocks disponibles, décideront d'en réserver l'accès prioritaire aux professionnels de santé (12). Rappelons que l'obligation du port du masque grand public ne sera systématisée en entreprise, dans les lieux collectifs clos, qu'au début du mois de septembre 2020, à la suite de l'actualisation des connaissances scientifiques sur la transmission du virus par aérosol (13).

(11) Les masques FFP sont des appareils de protection respiratoire (norme NF EN 149) destinés à protéger leur porteur contre l'inhalation de gouttelettes et de particules en suspension dans l'air. Selon l'INRS, les masques FFP2 filtrent au moins 94% des aérosols, les masques FFP3 filtrent au moins 99% des aérosols. Les masques FFP sont considérés comme des équipements de protection individuelle.

Les masques chirurgicaux ou masques grand public, en évitant la projection vers l'entourage de gouttelettes émises par le porteur de masque, ont pour effet de limiter la contamination de l'environnement extérieur et des autres personnes. À cet égard, ils ne protègent pas contre l'inhalation de très petites particules en suspension dans l'air et ne sont pas des équipements de protection individuelle. Leur utilisation complète les mesures organisationnelles mises en œuvre pour garantir le respect des règles de distanciation physique et des gestes barrières destinés à réduire le risque d'exposition au virus SRAS-CoV-2.

(12) Ce n'est que tardivement, dans une note en date du 30 décembre 2020 portant sur « La mise à disposition de masques de type FFP2 dans les secteurs médicaux et médico-sociaux en période de pandémie covid-19 », que la Direction générale du travail s'est affranchie de la doctrine du ministère de la Santé et a produit sa propre doctrine. Cette note présente pour la première fois, en la distinguant de la doctrine des autorités sanitaires, la doctrine du ministère du Travail et préconise nouvellement, dans certaines situations, le port du masque FFP2 par les salariés des secteurs médicaux et médico-sociaux lors de « soins visant à [...] réaliser la toilette (douche), à s'occuper d'une personne alitée et à mobilité réduite (habillage, toilette, administration de médicaments) ou souffrant de troubles cognitifs, ou à nourrir une personne ». Antérieurement, la DGT, se référant au décret n° 2020-293, recommandait exclusivement, en dehors des situations impliquant des gestes invasifs ou des manœuvres sur les voies respiratoires, la fourniture de masques chirurgicaux pour les personnels du secteur médico-social.

C'est dans ce contexte qu'un inspecteur du travail de la Marne a été suspendu de ses fonctions « dans l'intérêt du service », puis sanctionné d'un déplacement d'office (14) dans un département voisin, pour avoir « méconnu de manière délibérée, grave et répétée les instructions de l'autorité centrale du système d'inspection du travail concernant l'action de l'inspection du travail durant l'épidémie de Covid-19 » et avoir notamment « enjoint aux employeurs des conditions de maintien d'activité non conformes aux prescriptions des autorités sanitaires (15) ».

L'un des griefs fait à l'intéressé est justement d'avoir, « en contradiction avec la doctrine sanitaire nationale », demandé au juge des référés d'enjoindre à une association d'aide à domicile du bassin rémois de mettre à disposition des salariées des masques de protection respiratoire de type FFP2 pour les situations de travail dans lesquelles, au regard de l'évaluation des risques, les règles de distanciation physique ne pouvaient pas être mises en œuvre, notamment pour l'aide à la toilette, la toilette complète, le lever, le coucher, le transfert, le change et l'aide à la prise des repas.

Au cœur de la crise sanitaire, la suspension inédite d'un inspecteur du travail pour avoir exercé ses missions historiques de protection de la santé et de la sécurité des salariés a vivement marqué les esprits au sein d'un corps déjà affaibli par les réformes successives et les suppressions massives d'effectifs (16).

(13) L'hypothèse d'une transmission du virus par aérosol était déjà admise par certains sachants. Ainsi, dès le 22 mars 2020, l'Académie nationale de médecine préconise le port du masque FFP2 pour l'ensemble des soignants, y compris intervenant à domicile, en contact étroit avec les patients susceptibles d'être malades et rappelle : « Pour les professionnels de santé les plus exposés, seuls des masques de type FFP2, offrant une certaine capacité de filtration et un certain degré d'étanchéité peuvent réduire le risque de contamination. Les masques chirurgicaux antiprojection n'apportent pas cette protection, qu'ils soient en tissu ou en papier, fussent-ils lavés ou désinfectés. Les établissements de santé ou médico-sociaux, confrontés à la pénurie de masques FFP2, ne doivent pas produire des recommandations locales qui, en s'écartant des recommandations nationales, risqueraient d'induire un sentiment de fausse sécurité, en particulier chez les soignants exposés lors des actes les plus à risques. »

(14) Une requête en annulation a été introduite devant le tribunal administratif de Nancy contre l'arrêté du 13 août 2020 prononçant à l'encontre de M. Anthony Smith la sanction de déplacement d'office.

(15) Ministère du Travail, communiqué de presse, 16 avril 2020.

(16) En 2020, on compte 3859 agents en ETP au sein du système d'inspection du travail. Ces emplois se répartissent de la manière suivante : 213,8 responsables d'unité de contrôle (RUC), dont 16,8 RUC inspecteurs, 1908 agents de contrôle, dont 1749,6 agents exerçant en section d'inspection dites « généralistes », 347 agents dans les services de renseignements du public et 644 assistants de contrôle.

Le nombre d'agents de contrôle est passé entre 2019 et 2020 de 2068 agents à 1908 agents. Entre 2016 et 2018, le nombre d'agents de contrôle est passé de 2251 à 2137. Il y avait 2256 agents de contrôle en 2011 (source : tableaux de bord DGT).

Rappelons ici que, en 2010, il y avait en moyenne un agent de contrôle pour 6 563 salariés. En 2015, ce ratio a chuté à un agent de contrôle pour 8 322 salariés. Il passe à un agent de contrôle pour 9 017 salariés en 2018 (17). L'objectif à terme est un ratio d'un agent de contrôle pour 10 000 salariés.

À la même période, au mois d'avril 2020, une inspectrice du travail a, sur le fondement des dispositions de l'article D. 8121-1 du Code du travail, saisi le Conseil national de l'inspection du travail (CNIT), instance consultative indépendante chargée de veiller au respect de l'indépendance de l'inspection du travail telle que garantie par les conventions n^{os} 81 et 129 de l'OIT et le Code du travail, de différents faits susceptibles de caractériser des influences extérieures indues ou de porter atteinte aux conditions dans lesquelles elle avait exercé ses missions à l'occasion de la saisine du juge des référés concernant une association d'aide à domicile située dans le nord de la France (articles D. 8121-1 à D. 8121-12 du Code du travail).

Il ressort notamment de cette saisine que, dans les jours qui ont précédé l'introduction de sa requête auprès du juge des référés, plusieurs interventions du responsable d'unité de contrôle et du responsable d'unité départementale ont consisté à décourager l'inspectrice du travail de mener à son terme la procédure de référé judiciaire envisagée afin de l'inciter plutôt à « explorer la piste de mise en demeure DIRECCTE ».

L'inspectrice du travail a considéré que ces interventions répétées de sa hiérarchie, à quelques jours de l'audience, auraient pu avoir pour effet de la dissuader de mettre en œuvre les suites qu'elle avait décidé en opportunité de donner à ses constats en vertu du principe de libre décision énoncé à l'article 17 de la convention (n^o 81) sur l'inspection du travail de 1947. Dans un avis du 20 novembre 2020, le CNIT considère effectivement que, si « la discussion professionnelle entre l'inspectrice du travail et sa hiérarchie était totalement justifiée [...] une fois la décision prise par l'agent de contrôle, celle-ci aurait dû être respectée par sa hiérarchie et non remise en question jusqu'au matin même de l'audience ». Et de rajouter : « L'insistance à demander à l'agent de contrôle d'envisager une autre décision et l'absence d'aide pour engager la procédure peuvent s'analyser comme remettant en cause le libre choix des suites qui appartient à l'agent de contrôle (18). »

B. Le référé judiciaire : un outil efficace dans les mains de l'inspecteur du travail

Il n'est pas anodin que le référé judiciaire, pouvoir propre de l'inspecteur du travail, ait cristallisé un certain nombre de tensions. En effet, cet outil, dans les mains de l'inspecteur du travail, lui permet de demander en opportunité au juge judiciaire, en vertu des dispositions de l'article L. 4732-1 du Code du travail, d'ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque lorsqu'il constate un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur résultant de l'inobservation de certaines dispositions réglementaires. La perspective de son utilisation en opportunité par l'inspecteur du travail a pu faire craindre au ministère du Travail de perdre la main dans une période où les décisions des tribunaux judiciaires se sont justement révélées inventives et hardies.

En effet, l'expérience de l'utilisation du référé judiciaire, à l'initiative des inspecteurs du travail ou des organisations syndicales, a démontré l'efficacité de cet outil, dans le contexte de la crise sanitaire, lorsqu'il est mis en œuvre à bon escient. Notamment, en s'appuyant sur le deuxième alinéa de l'article L. 4421-1 du Code du travail et sur l'évaluation de l'employeur qui démontrait l'existence d'un risque spécifique de contamination par le virus, le juge a considéré à deux reprises au tribunal judiciaire de Lille, respectivement les 3 et 4 avril 2020 (19), qu'il pouvait être fait application, au bénéfice de la préservation de la santé des salariés, de l'arsenal juridique renforcé institué par les dispositions réglementaires spécifiques relatives à la prévention du risque biologique, hors utilisation délibérée d'un agent biologique eu égard à la nature de l'activité (20). Cette interprétation des textes a conduit le juge à ordonner, pour une association d'aide à domicile, la limitation du nombre d'intervention au domicile des bénéficiaires sur le fondement de l'article R. 4422-1 du Code du travail précité.

Autre exemple : la décision du tribunal judiciaire de Nanterre rendue le 14 avril 2020 dans laquelle le juge a pris appui sur les constats de l'inspection du travail, notamment sur les mises en demeure des DIRECCTE concernant cinq établissements, pour ordonner à la société Amazon France Logistique, sous astreinte de 1 000 000 d'euros par jour et par infraction constatée, de restreindre l'activité de ses entrepôts, dans

(17) Source : « Le bilan de la transformation de l'inspection du travail » (exercices 2014 à 2019).

(18) Avis CNIT n^o AV20-0003 en date du 20 novembre 2020.

(19) TJ Lille, ordonnances du 3 avril 2020, n^o 20/00380 et du 14 avril 2020, n^o 20/00396.

(20) Le SARS-CoV-2 a été classé dans la liste des agents biologiques pathogènes de groupe 3 par un arrêté du 18 décembre 2020.

l'attente de la mise en œuvre de mesures complémentaires de nature à prévenir ou limiter l'exposition aux risques induits par le Covid-19, aux seules activités de réception des marchandises, de préparation et d'expédition de commandes de produits essentiels (21). Les constats de l'inspection du travail ont manifestement pesé dans l'appréciation du juge des référés, démontrant l'efficacité et la synergie d'action possible entre l'inspection du travail et les organisations syndicales (en l'occurrence ici l'Union syndicale Solidaires, demandeur à l'instance).

Dans la pratique, en période de crise sanitaire, comme c'est le cas habituellement, de nombreuses situations se règlent de façon précontentieuse suite aux observations de l'inspection du travail sans qu'un juge soit saisi ou contraint de se prononcer. Par ailleurs, la capacité de l'inspection du travail à imposer à l'employeur la mise en place de mesures de prévention appropriées ne saurait être dissociée de l'état des relations sociales dans l'entreprise. Lorsque la représentation du personnel est bien structurée, l'intervention de l'inspection du travail peut parfois s'avérer superflue. Car les élus du personnel peuvent mobiliser efficacement les outils à leur disposition (droit d'alerte du CSE, expertise pour risque grave, convocation en réunion extraordinaire du CSE...). Dans ce cadre, l'inspecteur du travail est susceptible d'intervenir, en dernière instance, comme « arbitre ». C'est notamment le cas, dans le cadre du droit d'alerte

prévu à l'article L. 2312-60 du Code du travail, en l'absence d'accord sur les moyens de faire cesser une situation de danger grave et imminent. L'expérience a montré que, depuis le début de la crise sanitaire, les élus du personnel se sont d'ailleurs abondamment saisis de cette possibilité d'action.

Néanmoins, face à la persistance d'une situation à risque d'exposition, l'agent de contrôle devra, pour pouvoir mobiliser efficacement les outils existants, démontrer l'existence d'une situation dangereuse en s'appuyant sur la présence d'un risque d'exposition spécifique au virus. Pour pouvoir adosser son action à un texte dont le non-respect pourra être sanctionné, l'agent de contrôle devra être en situation de pouvoir caractériser le manquement à des dispositions réglementaires précises, et non plus aux seuls principes généraux de prévention. Il pourra notamment s'appuyer sur les dispositions relatives à l'évaluation des risques de contamination au Covid-19 pour démontrer l'insuffisance du travail d'évaluation de l'employeur (articles R. 4121-1 et R. 4121-2 du Code du travail) et/ou sur les dispositions relatives à la prévention du risque pour démontrer l'insuffisance des mesures de prévention mises en œuvre pour supprimer ou réduire au maximum les risques d'exposition aux agents biologiques (article R. 4422-1 du Code du travail).

Valérie Labatut

(21) TJ Nanterre, 14 avr. 2020, n° 20/00503 et CA Versailles, arrêt du 24 avril 2020, n° 20/01993.