

LE TRAVAILLEUR ET LE PANGOLIN

Contraire l'employeur à respecter l'obligation de prévention (2)

Par Clémence LIOTARD, Représentante syndicale CGT
auprès de la DIRECCTE Hauts-de-France

PLAN

- I. Le référé judiciaire de l'inspection du travail comme moyen d'imposer à l'employeur le respect de son obligation de prévention des risques professionnels
- II. Quels textes mettre en œuvre pour contraindre l'employeur à respecter son obligation de prévention des risques professionnels biologiques ?
- III. Quel est l'impact de l'émergence du droit souple sur l'application du Code du travail et l'action des inspecteurs et des inspectrices du travail dans le cadre de la lutte contre le virus SARS-CoV-2 ?

Par les temps qui courent, le recours au droit et aux tribunaux judiciaires se révèle parfois être le dernier recours pour contraindre l'employeur à respecter son obligation de prévention.

I. Le référé judiciaire de l'inspection du travail comme moyen d'imposer à l'employeur le respect de son obligation de prévention des risques professionnels

Le référé judiciaire de l'inspection du travail, prévu par l'article L. 4732-1 du Code du travail, est un référé propre à l'inspecteur du travail qui nécessite la démonstration de deux éléments, celui du risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur et de l'inobservation de dispositions listées à l'article précité qui en résulte.

Il n'y a donc pas lieu de faire référence aux articles 834 et 835 du Code de procédure civile et à ses conditions spécifiques de recevabilité (soit à l'urgence et à l'absence de contestation sérieuse, soit à l'existence d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite).

Le champ d'application du référé judiciaire de l'inspection du travail est donc limitatif et concerne exclusivement certaines dispositions de la partie IV du Code du travail relative à la santé et à la sécurité au travail. Une des exclusions notables est celle des principes généraux de prévention comme cela a été rappelé précédemment.

Le référé est l'un des outils que l'inspecteur du travail peut choisir d'utiliser en vertu de l'indépendance et de l'opportunité des suites à contrôle dont il bénéficie et qui est garanti par la convention n° 81 de l'OIT. En vertu de ce principe, les inspecteurs du travail sont également protégés contre toute influence extérieure indue.

Ce principe est cependant très théorique puisqu'il n'est assorti en droit français d'aucune garantie spécifique en termes de droit à mutation, ou au contraire d'immovibilité. Si le Conseil national de l'inspection du travail peut être saisi par un inspecteur et rendre des avis, ceux-ci n'ont pas de valeur contraignante. La crise sanitaire actuelle a été révélatrice de ces carences puisqu'elle a vu malgré cette garantie d'indépendance offerte aux inspecteurs du travail de nombreuses pressions indues exercées. Notamment, il convient de souligner que des pratiques peu habituelles dans le cadre de référés judiciaires ont pu voir le jour à l'occasion de la crise du Covid-19 : à titre d'exemple, certains directeurs régionaux de la DIRECCTE ont pu écrire au président d'un tribunal judiciaire avant une audience en référé au sujet des masques de type FFP2 et FFP3. Officiellement, il s'agit d'un appui pour l'inspecteur du travail, mais dans les faits cet appui était quelque peu singulier puisqu'il pouvait, dans certains cas, être susceptible de faire échec à la demande de fourniture de tel ou tel équipement de protection individuelle demandé par certains inspecteurs du travail en référé.

Pis, et comme indiqué précédemment, une mutation d'office a été prononcée pour l'un d'eux, Anthony Smith, alors inspecteur du travail dans la Marne, qui venait d'introduire un référé judiciaire similaire à celui introduit fin mars à Lille dans le secteur de l'aide à domicile également.

Quels sont les avantages de l'action en référé judiciaire de l'inspecteur ou de l'inspectrice du travail ?

Le référé judiciaire de l'inspecteur du travail est, avec la mise en demeure de la DIRECCTE, le moyen le plus coercitif pour imposer à l'employeur de mettre en place des mesures concrètes de prévention des risques professionnels auxquels sont exposés les salariés.

Le référé judiciaire présente les avantages suivants :

- En premier lieu, il permet d'imposer des mesures très concrètes comme, s'agissant de l'aide à domicile, la limitation des interventions ou encore la vérification systématique et préalable à chaque intervention de l'état de santé du bénéficiaire. Selon les cas d'espèce, la fermeture temporaire d'un atelier ou d'un chantier pourra même être demandée.
- En second lieu, il est entièrement aux mains de l'inspecteur du travail, comme déjà indiqué, ce qui lui permet de mettre en œuvre ses propres analyses juridiques au besoin en faisant fi du droit souple.

II. Quels textes mettre en œuvre pour contraindre l'employeur à respecter son obligation de prévention des risques professionnels biologiques ?

Les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail imposent à l'employeur, débiteur d'une obligation de sécurité, de prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* », en mettant en œuvre les principes généraux de prévention et, en premier lieu, éviter les risques, évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités, combattre les risques à la source.

Les risques auxquels sont directement exposés les salariés en raison de l'épidémie de coronavirus sont des risques biologiques au sens des articles L. 4421-1 et R. 4421-1 et suivants du Code du travail puisqu'ils sont liés à l'agent biologique pathogène SARS-CoV-2. Face au risque spécifique constitué par le risque biologique, il apparaît logique que l'obligation de prévention incombant à l'employeur soit fondée sur ces textes spécifiques, même si la plupart des obligations peuvent également se justifier par des dispositions plus générales.

L'application des textes spécifiques au risque biologique présente notamment les avantages suivants :

- en premier lieu, ils permettent, dans le cadre d'un référé, de faire référence aux principes généraux de prévention par un renvoi express à ces derniers opéré par l'article R. 4422-1 du Code du travail ;
- en deuxième lieu, ils permettent d'imposer à l'employeur de prendre des mesures de nature à éviter la dissémination du virus en dehors des lieux de

travail, et ainsi de protéger également la population (article R. 4424-3 du Code du travail) ;

- en troisième lieu, s'agissant des agents biologiques des groupes 3 et 4, ces textes spécifiques imposent un suivi médical individuel renforcé ainsi qu'une meilleure traçabilité de leurs activités qui peut être utile dans le cadre d'une demande de reconnaissance de maladie professionnelle (articles R. 4426-1 et suivants du Code du travail).

Cette question de l'applicabilité des textes spécifiques au risque biologique se pose systématiquement dans les contentieux relatifs à la prévention des risques liés au virus SARS-CoV-2. Elle a donné lieu à des décisions contradictoires d'un tribunal à un autre. Les tribunaux judiciaires de Lille et de Béthune l'ont admis dans le cadre de référés relatifs à deux associations d'aide à domicile et deux référés relatifs au commerce de détail alimentaire (1). Ceux du Havre et d'Aix-en-Provence l'ont en revanche exclu s'agissant de l'entreprise Renaud pour le premier et d'une boulangerie pour la seconde (2).

Pourtant, et même si certaines dispositions ne concernent effectivement que des secteurs d'activité spécifiques comme les laboratoires (3), l'article R. 4423-1 est clair en indiquant que l'évaluation des risques biologiques doit être effectuée pour « *toute activité susceptible de présenter un risque d'exposition* ». Ainsi, le risque est associé à l'activité mais

(1) TJ Lille, 3 avril 2020, n° 20/00380 ; TJ Lille, 14 avril 2020, n° 20/00386 ; TJ Lille, 5 mai 2020, n° 20/00399.

(2) TJ Le Havre, 7 mai 2020, n° 20/00143 et TJ Aix-en-Provence, 30 avril 2020, n° 20/00365.

(3) Voir la section 2 intitulée « Dispositions particulières à certaines activités » (articles R. 4424-7 à R. 4424-11 du Code du travail).

pas nécessairement créé par celle-ci. À quelques rares dispositions faisant exception en ce qu'elles sont réservées aux laboratoires, la seule restriction à l'application du titre relatif à la prévention des risques biologiques résulte de l'article R. 4421-1 du Code du travail lequel exclut l'application de 8 articles d'importance lorsque deux conditions cumulatives sont réunies :

– 1^{re} condition : l'activité n'implique pas normalement l'usage d'un agent biologique ce qui est effectivement le cas de très nombreuses entreprises parmi lesquelles figurent les services d'aide à la personne ;

– 2^{de} condition : l'évaluation des risques ne met pas en évidence de risque spécifique ce qui a motivé le conseil de certains juristes de ne pas inscrire le SARS-CoV-2 dans le document unique d'évaluation des risques pour échapper à l'application de ces dispositions.

Pourtant telle n'a pas été l'appréciation première de certains membres de la ligne hiérarchique de l'inspection du travail qui s'en est, d'ailleurs, par endroit fait le relais auprès d'un inspecteur ou d'une inspectrice souhaitant introduire un référé judiciaire.

III. Quel est l'impact de l'émergence du droit souple sur l'application du Code du travail et l'action des inspecteurs et des inspectrices du travail dans le cadre de la lutte contre le virus SARS-CoV-2 ?

D'une manière générale, il a pu être observé que certains membres de la ligne hiérarchique de la Direction générale du travail et du ministère du Travail ont parfois donné une lecture *sui generis* des textes légaux et réglementaires à travers notamment des protocoles sanitaires ou diverses fiches conseils à destination de certains secteurs d'activité. Ces interprétations ont également été faites de manière mouvante, troublant ainsi aussi bien les employeurs que les inspecteurs du travail :

– en premier lieu, on l'a vu, au début de la crise, certains membres de la ligne hiérarchique de l'inspection du travail ont par endroit considéré que les dispositions sur le risque biologique ne s'appliquaient pas pour finalement admettre qu'elles pouvaient en effet s'appliquer ;

– en deuxième lieu, le gouvernement a également beaucoup hésité s'agissant du télétravail avant de durcir récemment et temporairement le ton et alors même que certains textes relatifs au risque biologique pourraient permettre une verbalisation en période de pandémie (4) ;

– en troisième lieu, face à la pénurie, les masques grand public et chirurgicaux furent initialement considérés par la DGT comme appropriés aux risques liés au virus SARS-CoV-2, avant d'admettre tout récemment que ce ne pouvait pas être le cas (5) et que pour qu'un type de masque puisse prétendre à la qualification d'équipement de protection individuelle au

sens du Code du travail, il devait répondre aux conditions posées par le règlement UE 2016/425 du 9 mars 1996 (6) et par le Code du travail (article R. 4311-8 et suivants).

Ainsi et sur bien des sujets, les protocoles de sécurité diffusés par le ministère du Travail à destination des employeurs ont fluctué au gré de la doctrine mouvante des autorités sanitaires, notamment sur les modes de transmission du virus. Cela a parfois davantage conduit à brouiller les dispositions applicables qu'à les rendre limpides, et ce pour l'ensemble des acteurs du monde du travail.

On le sait, au printemps, il n'y avait pas de consensus scientifique concernant la possibilité de transmission du virus par aérosol (c'est-à-dire, principalement, des fines particules présentes dans l'air, de dimension pouvant aller de quelques nanomètres à 3 à 5 microns). Cette question ne fait désormais plus débat en France depuis qu'un avis du haut conseil de la santé publique, rendu le 23 juillet 2020 (7), en a fait état et qu'un site du gouvernement y fait également référence (8).

Or, les modes de transmission conditionnent les mesures de protection exigibles et le type d'EPI (équipement de protection individuelle) nécessaire. La question présente une acuité particulière lorsqu'il s'agit de missions impliquant souvent un contact

(4) Voir les principes généraux de prévention mais également les articles R. 4422-1 et R. 4424-3 lesquels disposent de supprimer les risques ou de réduire au maximum le nombre de travailleurs exposés.

(5) « Questions-réponses de la DGT à destination du système d'inspection du travail sur le protocole national COVID-19 », mis à jour le 15 octobre 2020.

(6) <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/425/oj>

(7) Relatif à l'actualisation des connaissances scientifiques sur la transmission du virus SARS-CoV-2 par aérosols et des recommandations sanitaires 23 juillet 2020.

(8) <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/comprendre-la-covid-19>

rapproché. C'est précisément le cas du secteur de l'aide à domicile puisque les salariés sont amenés à avoir de nombreux contacts avec des « bénéficiaires » souvent dépendants. Cela implique la réalisation de tâches nécessitant une proximité physique, comme le transfert d'une personne d'un siège à un lit, ou l'aide à la toilette. Certaines tâches, impliquant cette proximité, ne permettent pas, par ailleurs, au bénéficiaire de porter un masque comme lors de l'aide au repas ou l'aide à la douche. Il convient également de souligner que l'aération ne peut pas être maîtrisée, les lieux de travail étant des domiciles privés.

Toutefois, le débat semble de prime abord verrouillé dans ce secteur d'activité dans la mesure où les entreprises et associations du secteur de l'aide à domicile bénéficient de dotations en matériel de la part des agences régionales de santé. Les responsables de ces structures d'aide à domicile peuvent être tentés de penser qu'ils sont de ce fait déchargés de leurs responsabilités en matière de fourniture d'équipements de protection individuelle appropriée, ce qui n'est pas le cas.

La prévention des risques implique la mise en œuvre de mesures d'organisation du travail, de protection collective en priorité et au besoin de protection individuelle parmi lesquels figurent les équipements de protection individuelle. Cette obligation de fournir des EPI résulte à la fois des textes généraux, mais également des textes spécifiques au risque biologique (9).

L'article R. 4311-8 du Code du travail, reprenant la définition du règlement UE 2016/425, définit la notion d'équipements de protection individuelle comme les dispositifs ou moyens destinés à être portés ou tenus par une personne en vue de la protéger contre un ou plusieurs risques susceptibles de menacer sa santé ou sa sécurité. L'article R. 4323-91 du Code du travail précise que « *Les équipements de protection individuelle sont appropriés aux risques à prévenir et aux conditions dans lesquelles le travail est accompli. Ils ne sont pas eux-mêmes à l'origine de risques supplémentaires.* »

L'état des connaissances scientifiques relatives à la transmission par aérosol et la lecture du Code du travail permettent d'affirmer que la protection des salariés contre le risque de contracter le virus SARS-CoV-2 par voie respiratoire doit être réalisée au moyen d'équipements de protection individuelle

lorsque ce risque n'est pas totalement exclu malgré la mise en place de mesures organisationnelles ou de protections collectives.

Pour prétendre à la qualification d'équipements de protection individuelle, les équipements doivent être conformes à l'annexe 2 de l'article R. 4312-6 du Code du travail. Cela implique notamment la fourniture d'une notice d'instruction et d'une attestation de conformité CE. Cette attestation s'établit au moyen d'une déclaration CE de conformité ainsi que d'un dossier technique par le fabricant. Des tests relatifs à l'innocuité des équipements de protection individuelle doivent également être effectués (10). Nul doute dans ces conditions que le scandale récent lié aux masques Dim fournis au personnel de l'Éducation nationale aurait pu être évité si le droit du travail avait été respecté.

Comme le souligne l'INRS (Institut national de recherche scientifique (11)), qui est une référence scientifique en matière de santé et de sécurité au travail, seuls les masques de type FFP (ou masques répondant aux prescriptions techniques de la norme EN 149) sont des équipements de protection individuelle. Ces équipements de protection respiratoire sont destinés à protéger celui qui le porte contre l'inhalation de gouttelettes et de particules fines en suspension dans l'air, à savoir les aérosols. Les masques grand public ne permettent pas de filtrer ces aérosols. Les masques chirurgicaux peuvent être de plusieurs types, mais même les plus efficaces, ne filtrent pas les particules de taille inférieure à 3 microns.

Ainsi, un masque n'en vaut pas forcément un autre *a fortiori* lorsqu'il s'agit de protéger des salariés.

Il convient d'ailleurs de souligner qu'à l'époque de la pandémie liée au virus H1N1, une circulaire de la Direction générale du travail du 3 juillet 2009 (12) rappelait en ces termes que : « *Le port du masque FFP2 est aussi recommandé s'agissant des salariés en contact étroit et régulier avec le public, de ceux chargés de la gestion des déchets ou des ordures ménagères, c'est-à-dire les professionnels exposés directement au risque viral. L'acquisition des équipements de protection individuelle (EPI) relève de la responsabilité de chaque employeur.* »

Pourtant, il semble que les consignes sanitaires destinées aux entreprises font fi de ces données

(9) Article R. 4424-3 4°.

(10) Annexe précitée.

(11) <http://www.inrs.fr/risques/biologiques/faq-masque-protection-respiratoire.html>

(12) À cette époque, une circulaire de la Direction générale du travail n° 2009/16 du 3 juillet 2009 relative à la pandémie grippale rappelait ces termes.

scientifiques, juridiques et techniques. Ainsi, le dernier protocole sanitaire (13) affirme encore aujourd'hui que les masques FFP2 doivent être réservés aux professionnels médicaux. Cette consigne est également relayée par les agences régionales de santé à toutes les entreprises et associations du secteur de l'aide à domicile ainsi que par certains services d'aide aux inspecteurs du travail au sein de la DIRECCTE, allant même jusqu'à affirmer que les masques chirurgicaux sont recommandés aux salariés des structures d'aide à la personne, pour les actes essentiels à la vie quotidienne, auprès des plus vulnérables (personnes âgées ou handicapées), et ceci même lorsque ces derniers sont des cas suspects ou confirmés...

Du fait de cette doctrine sanitaire mouvante relative aux différents masques, des inspecteurs et contrôleurs du travail n'ont pas utilisé certains outils comme les mises en demeure de fournir aux salariés un équipement de protection individuelle approprié, un des recours ouvert aux employeurs étant le recours hiérarchique auprès du ministère du Travail.

Fort heureusement, comme indiqué dans l'intervention de Valérie Labatut, le Conseil d'État est récemment (14) venu apporter des précisions salvatrices en matière de valeur et de portée juridique de ce protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprises face à l'épidémie de Covid-19. Il a en effet admis, dans une récente ordonnance du 19 octobre 2020, que le protocole n'avait qu'une valeur de recommandation sans aucune incidence sur les obligations légales et réglementaires s'imposant à l'employeur.

Je souhaite souligner les difficultés liées aux différents intérêts en jeu actuellement et la responsabilité des pouvoirs publics (gouvernement et autorités sanitaires) dans la diffusion de consignes relatives à la protection des salariés durant cette période de pandémie, au cœur de laquelle se trouve la question épineuse de la production et de la gestion des stocks de masques évoquée notamment dans *Mediapart* (15).

Face aux difficultés mises en évidence dans ce contexte de crise sanitaire, il convient de noter l'importance de l'appui des représentants du personnel et des organisations syndicales dans l'action de l'inspecteur ou de l'inspectrice du travail pour la remontée d'informations auprès de lui ou auprès d'elle (existence de droit de retrait ou toute autre situation de danger). Ce lien est également nécessaire dans le cadre d'actions judiciaires, notamment dans le cadre d'une

intervention volontaire qui viendrait en appui des demandes de l'inspection auprès du juge.

L'importance du travail avec les avocats n'est pas à négliger non plus. Leur intervention est en effet nécessaire pour représenter un syndicat auprès du juge judiciaire, mais également pour représenter l'inspection du travail en cas d'appel interjeté à la suite d'une ordonnance de référé, ou d'une saisine du juge de l'exécution lorsque le montant relatif à la demande de liquidation d'astreinte est supérieur au seuil de 10 000 euros.

Enfin, je souhaite rappeler la nécessité pour les magistrats du siège de continuer à affirmer leur indépendance eu égard aux consignes gouvernementales et aux autorités sanitaires lorsqu'elles vont à l'encontre du droit applicable. Cette crise sanitaire est en effet venue rappeler l'importance du contre-pouvoir que constitue l'ordre judiciaire. Elle est également venue souligner les carences de la législation française en matière de garantie d'indépendance offerte à l'inspection du travail, aucune disposition spécifique, comme l'inamovibilité par exemple, ne venant protéger l'inspecteur ou l'inspectrice du travail qui exercerait ses missions indépendamment des consignes de sa ligne hiérarchique pourtant de plus en plus prégnantes. Il y a donc urgence à compléter les dispositions légales à cet égard pour qu'à l'avenir l'inspection du travail puisse encore avoir les moyens de contraindre les employeurs à respecter leur obligation de prévention des risques. C'est à cette condition que l'inspection du travail pourra demeurer partie prenante dans le combat pour le respect de l'État de droit.

Clémence Liotard

(13) Même dans sa version actualisée au 13 novembre 2020.

(14) Ordonnance n° 444809, 19 octobre 2020.

(15) Voir le dossier de *Mediapart*, « Le fiasco des masques face au Covid-19 », <https://www.mediapart.fr/journal/france/dossier/le-fiasco-des-masques-face-au-covid-19>