

QUELLES RESPONSABILITÉS POUR LES EMPLOYEURS VIS-À-VIS DE LEURS SALARIÉS GRAVEMENT MALADES, EN ACTIVITÉ PRÉSENTIELLE AVANT L'APPARITION DES PREMIERS SYMPTÔMES DU COVID 19 ?

Dans le cadre de la poursuite de l'activité des entreprises, la CPME craint les éventuelles actions en responsabilité qui pourraient être engagées à l'encontre des chefs d'entreprise.

François Asselin souligne que les entrepreneurs ne sont pas protégés et ce contrairement aux représentants de l'Etat dont la loi Fauchon allège la responsabilité.

La responsabilité de l'employeur peut être engagée à plusieurs titres.

En matière de santé et de sécurité, on distingue les infractions ayant entraîné une atteinte ou un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui qui sont réprimées sur la base du Code pénal, et les infractions à la réglementation sur la santé et la sécurité qui sont sanctionnées sur la base du Code du travail.

Si, bien souvent, les infractions peuvent être sanctionnées à la fois par référence au Code du travail et au Code pénal, il convient toutefois de distinguer ces deux types de responsabilité sur la base :

- du Code pénal (notamment articles L.121-2 et suivants du Code pénal) ;
- de la violation de l'obligation de sécurité vis-à-vis des salariés (article L. L4121-1 du Code du travail).

Cette question est d'autant plus prégnante avec l'actualité sanitaire en France et dans le monde, dans l'hypothèse, par exemple, d'un travailleur qui décède du covid-19 alors qu'il n'avait pas cessé son activité avant l'apparition des premiers symptômes et d'une action en responsabilité de ses ayants-droits.

1. Rappel des enjeux de la loi Fauchon et responsabilité pénale conjointe du délégataire et de son entreprise.

Le législateur par la loi Fauchon du 10 juillet 2000 (modifiée) a souhaité alléger la responsabilité pénale des élus locaux et des "décideurs publics" en matière d'infractions non intentionnelles, à l'inverse des personnes morales de droit privé. Les développements qui suivent ne traitent donc pas des personnes publiques, mais bien des entreprises privées.

- Lien de causalité (article L.121-2 du Code pénal) et gravité de la faute

Le lien de causalité est devenu, depuis la loi du 10 juillet 2000, le nœud gordien de la responsabilité pénale **en matière non intentionnelle**. C'est par lui que se réalise l'essentiel de la dépenalisation opérée, puisque selon que la causalité est directe ou indirecte, les exigences quant à la faute ne sont plus les mêmes. En outre, l'article L. 212-3 du Code pénal impose désormais de prendre en compte la gravité de la faute.

Un lien de causalité direct est ainsi exigé entre la faute simple et le dommage qui en est résulté. Il n'y a qu'à l'égard des fautes « qualifiées » (indirectement causées par une personne) qu'un lien de

causalité indirect avec le dommage suffit. Or, le chef d'entreprise n'est que très rarement l'auteur direct du dommage (celui qui matériellement réalise une fausse manœuvre ou omet d'utiliser le matériel de sécurité requis avant d'effectuer une opération dangereuse).

- Incidence d'une délégation de pouvoir (article L.121-3 du Code pénal)

D'après la cour de Cassation, le délégataire, qui assume – dans les limites de sa mission – la qualité de chef d'entreprise au lieu et place de celui qui l'a nommé **répond conjointement avec la personne morale « employeur »** des infractions pénalement constatées :

« Que le salarié d'une société, titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité, est un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal ; Qu'il engage donc la responsabilité pénale de celle-ci en cas d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique trouvant sa cause dans un manquement aux règles qu'il était tenu de faire respecter en vertu de sa délégation » (Cass. crim., 30 mai 2000, no 99-84.212, Bull. crim., no 206).

Et, un peu plus tard, elle a ajouté, au visa de l'article 121-2 du Code pénal qu' :

« ont la qualité de représentants, au sens de ce texte, les personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, ayant reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale ou une subdélégation des pouvoirs d'une personne ainsi déléguée » (Cass. crim., 26 juin 2001, no 00-83.466, Bull. crim., no 161 ; Dr. pénal janv. 2002, p. 18, no 8, obs. J.-H. Robert et Cass. crim., 7 févr. 2006, no 05-80.083).

2. Sur l'obligation de moyen renforcée de sécurité de l'employeur

- Une notion jurisprudentielle fragile

L'article L. 4121-1 du Code du travail impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés (transposition par la loi du 31 décembre 1991 de la directive cadre du 12 juin 1989).

A l'occasion de sa jurisprudence sur les arrêts « amiante », la Cour de cassation avait érigé cette obligation de sécurité en obligation de résultat pour l'employeur.

La même Cour de cassation a, depuis, assoupli l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur en tendant vers une obligation de moyen renforcée (Cass. Soc 25 novembre 2015 n°14.24-444). L'employeur n'est pas fautif s'il a mis en place des actions satisfaisantes. Il convient donc que l'employeur soit en capacité de démontrer qu'il a mis en œuvre les mesures nécessaires et adaptées permettant de prévenir la situation à risque.

Néanmoins, cette appréciation de la responsabilité appartient au juge. C'est bien le juge qui, dans son appréciation, est passé d'une obligation de résultat à une obligation de moyen renforcée.

Reste à savoir si le juge maintiendra cette position demain à l'heure où les équipements de protection sont en pénurie et réclamés de toute part par l'Etat pour le personnel hospitalier.

En effet, cette décision n'obère pas d'un nouveau revirement de jurisprudence de la Cour de cassation qui pourrait considérer, que compte tenu de l'exemplaire gravité du fait reproché à un employeur, de l'exposition délibérée d'un certain nombre de ses salariés à un risque connu (en l'occurrence le coronavirus), l'employeur devait non seulement fournir les moyens nécessaires à ses salariés pour se prémunir du risque mais devait surtout s'assurer « quoique qu'il en coûte », que ses salariés étaient effectivement protégés.

Toute la difficulté de nos entreprises est d'éviter un « scandale covid » pour les salariés qui permettent de maintenir des activités économiques, pour certaines indispensables aux besoins vitaux de la

population française. Or, en l'état du droit, leur responsabilité pénale ou tirée d'une violation de leur obligation de sécurité est très plausible.

- Les principes de prévention intangibles et leurs sanctions (notamment pénales)

En ce qui concerne le maintien ou la remise au travail de ses salariés dans le cadre de la pandémie actuelle de coronavirus, les chefs d'entreprise de TPE et de PME demandent à avoir une garantie contre une action en responsabilité du fait d'un manquement aux règles de santé et de sécurité.

Ces règles sont définies par le Code du travail et leur non-respect peut être sanctionné par un inspecteur du travail, un ingénieur ou un contrôleur d'un service prévention d'une CARSAT ou même un juge saisi directement par un salarié, ou un représentant d'un CSE.

Outre ce qui a été vu précédemment, tout chef d'entreprise se doit également, aux termes de l'article L. 4121-2 du Code du travail de « mettre en œuvre les mesures prévues à l'article L.4121-1 du Code du travail » et, notamment, de « *prendre les mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures individuelles* ». Ce qui signifie, en d'autres termes, que s'il y a une possibilité **technique** de mettre en place une protection collective à la place d'une protection individuelle (écran en plexiglas, barrière matérielle séparant par exemple le caissier de son client etc. en lieu et place de gants et de masque) un inspecteur du travail pourra toujours dresser un PV à l'employeur qui n'aurait mis en place que des protections individuelles.

Ces dispositions sont des dispositions d'ordre public « social », que nul ne peut donc transgresser, et qui sont notamment sanctionnées pénalement par les articles L. 4741-1 (amende de 10 000 euros) et suivants du Code du travail (et également notamment l'article L.8112-2 du Code du travail).

Notons que les inspecteurs du travail peuvent également constater l'inobservation des mesures de prévention édictées par les CARSAT (à savoir les recommandations des CTR et des CTN) et étendues sur le fondement de l'article L. 422-1 du Code de la sécurité sociale. Ces constats n'aboutissent pas au même type de sanctions que le non-respect des dispositions du Code du travail en matière d'hygiène et de sécurité (cf. ci-dessous).

Sur le même fondement, les ingénieurs et les contrôleurs des services préventions des CARSAT peuvent également délivrer des injonctions sur cette base législative (article L. 422 1 du Code de la sécurité sociale) qui certes ne débouchent pas sur une sanction pénale, mais sur une majoration de la cotisation AT/MP...

Outre l'obligation de sécurité des employeurs vis-à-vis de leurs salariés, le non-respect des dispositions des articles précédemment précités mais également des dispositions réglementaires qui en découlent sera de toute façon sanctionné par les inspecteurs du travail et les agents des CARSAT, car le fondement de ces sanctions repose sur des bases législatives.

- Réparation ultérieure de l'exposition au Covid

Dans le cadre d'une procédure en reconnaissance de maladie professionnelle, puis en reconnaissance éventuelle de la faute inexcusable, il convient de s'interroger très sérieusement sur la réparation du préjudice d'anxiété qui serait caractérisé en application des dispositions légales et réglementaires actuellement applicables ainsi qu'au regard de la jurisprudence sur le sujet qui, par essence même, peut être fluctuante.

- La solution : la transposition de l'article 5.4 de la directive de 1989

La seule solution pour être certain d'écarter la responsabilité de l'employeur est de prévoir cette exonération par une mesure législative qui transpose effectivement l'article 5.4 de la directive 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 (89 / 391 / CEE) ».

Cet article 5.4 dispose que :

« La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté des États membres de prévoir l'exclusion ou la diminution de la responsabilité des employeurs pour des faits dus à des circonstances qui sont étrangères à ces derniers, anormales, imprévisibles, ou à des événements exceptionnels, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toute la diligence déployée. ».

Les États membres ne sont pas tenus d'exercer la faculté visée au premier alinéa (1. L'employeur est obligé d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail).

C'est la demande que formule la CPME.