

COMPTE-RENDU DU WEBINAIRE
**« Prévention et responsabilité face aux risques d'exposition
et de contamination au Covid-19 »**

*

La responsabilité civile – Stéphane PICARD, Cabinet Picard avocats	2
1. L'obligation de sécurité, source de responsabilité	2
1.1. De l'obligation de résultat à l'obligation de moyens renforcée	2
1.2. La personne responsable.....	2
2. L'obligation de sécurité durant le contexte épidémique.....	3
2.1. Évaluation des risques et actualisation du DUERP	3
2.2. La question de l'agent biologique	5
2.3. Organisation de la reprise d'activité : traitement des risques, adaptation du travail, communication auprès des salariés et de leurs représentants.....	6
3. Les enjeux de la responsabilité civile	9
3.1. Les contentieux possibles	9
3.2. La preuve indispensable des mesures prises	11
La responsabilité pénale – Matthieu HÉNON, Cabinet Seban & Associés	12
1. Liens entre responsabilité civile et pénale	12
2. Les infractions	12
2.1. Le délit d'entrave	12
2.2. Le risque causé à autrui	12
2.3. Blessures et homicide involontaire	13
3. Les auteurs.....	15
3.1. La personne morale et/ou de la personne physique.....	15
3.2. La délégation de pouvoirs	15
4. Les moyens de défense.....	16
Annexes	17
Sondages	17
Questions-réponses.....	18

*

1. L'obligation de sécurité, source de responsabilité

1.1. De l'obligation de résultat à l'obligation de moyens renforcée

La responsabilité civile de l'employeur a pour fondement l'obligation de prévention des risques professionnels édictée par le Code du travail. En la matière, la loi fixe un cahier des charges d'ordre général : éviter les risques, évaluer ceux qui ne peuvent pas être évités, les combattre à la source, adapter le travail, veiller à l'adaptation des mesures pour tenir compte du changement des circonstances et des techniques, planifier la prévention et donner les instructions appropriées aux travailleurs¹.

De ces principes, la jurisprudence en a déduit une obligation générale de sécurité. Il s'agissait initialement d'une obligation de résultat : dès lors que le risque se réalisait (par exemple, contamination du salarié ayant été en contact avec des usagers infectés), l'employeur était tenu pour responsable, indépendamment des moyens de prévention mis en œuvre... Ce qui était au final peu incitatif à la prévention.

Depuis 2015, la sécurité est analysée par la jurisprudence comme une obligation de moyen renforcée : cela signifie que dès lors que l'employeur justifie – ce qui implique de pouvoir le prouver en cas de litige – avoir pris toutes les mesures de prévention visées par le Code du travail, les juges considèrent qu'il ne méconnaît pas son obligation de sécurité même en cas de réalisation du risque². Mobilisée en matière de harcèlement moral ou de souffrance au travail, elle trouve aujourd'hui une nouvelle traduction concrète ... dans l'urgence.



En clair : l'employeur doit faire tout son possible, mais n'est pas tenu à l'impossible... Surtout en l'absence de consigne claire ou tout simplement faute de disponibilité des EPI. Par exemple, dans l'ordonnance de référé rendue à l'égard de Carrefour Market, le TJ de Lille a jugé que l'inspecteur du travail ne pouvait enjoindre à l'entreprise de fournir à ses salariés des masques FFP2 car il était « totalement illusoire » qu'un commerce puisse se procurer ce type de masque.

Ainsi, comme l'indique le Ministère du Travail, il n'incombe pas à l'employeur de garantir l'absence de toute exposition des salariés à des risques mais de les éviter le plus possible. Et s'ils ne peuvent être évités, de les évaluer régulièrement en fonction notamment des recommandations des autorités, afin de prendre ensuite toutes les mesures utiles pour protéger les travailleurs exposés.

1.2. La personne responsable

En matière civile, c'est l'association ou la fondation, en tant qu'employeur, qui est pleinement responsable vis-à-vis de ses salariés. Dans la gestion du contexte épidémique, les salariés ne sauraient donc engager la responsabilité civile personnelle du directeur général ou du directeur d'établissement. Seule une faute dans leur gestion pourrait être recherchée par l'Association elle-même, sur le

¹ C. trav., art. L. 4121-1 à L. 4121-5

² Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444 ; Cass. soc., 1er février 2017, n° 15-24.166

fondement du manquement aux obligations contractuelles de travail, ce qui relève du pouvoir disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement.

2. L'obligation de sécurité durant le contexte épidémique

Le Ministère du Travail indique que « *Face à la pandémie, la responsabilité de l'employeur est évaluée au cas par cas, au regard de plusieurs critères : nature des activités du salarié et son niveau d'exposition aux risques, compétences de l'intéressé, expérience, étendue des mesures prises par l'employeur, notamment en termes de formation et d'information, d'organisation du travail, d'instructions délivrées à la chaîne hiérarchique.* »

Si cette précision est inopposable au juge, l'idée sous-jacente est qu'il n'y a pas un « package » de mesures générales qui s'appliqueraient à toutes les structures et qui suffiraient à engager ou non la responsabilité de l'employeur. Cette responsabilité est appréciée au cas par cas, ce qui implique un certain pragmatisme mais, en même temps, une insécurité juridique puisque laissée à l'appréciation des autorités (l'inspection du travail étant en première ligne) ou des juridictions (CPH / TJ FI).

Durant le contexte épidémique, la seule façon pour l'employeur de satisfaire à son obligation de sécurité est donc de mettre en œuvre les principes généraux de prévention listés par le Code du travail en les déclinant pour le Covid-19. Il est donc recommandé de procéder à une « checklist » pour passer au crible ces obligations et naturellement s'interroger sur la manière la plus appropriée de prévenir les risques.

2.1. Évaluation des risques et actualisation du DUERP

L'évaluation des risques liés à l'épidémie et leur actualisation au sein du DUERP est une première étape indispensable. En effet, cette carence est au cœur de toutes les décisions judiciaires ayant récemment emporté des condamnations d'employeurs en référé.

Le premier risque concerné est évidemment celui lié à la **contamination au Covid-19**, mais il ne faut surtout pas oublier les **risques psycho-sociaux** liés à l'isolement (télétravail) ou à la crainte de travailler sur le terrain dans un tel contexte. Dans le même sens, la reprise d'activité pour les établissements / activités ayant fermé va nécessiter des mesures particulières (aménagement des locaux, réorganisation du travail, affectation sur un nouveau poste...) susceptibles de générer eux-mêmes de nouveaux risques.

Il conviendra donc d'indiquer dans le DUERP :

- Les risques concernés ;
- les situations à risque identifiées ;
- l'importance de l'exposition au risque ;
- les unités de travail et la proportion de salariés concernées ;
- pour chacune d'entre elles, les mesures de prévention mises en œuvre.



Une trame de mise à jour du DUERP est disponible en annexe. Pensez bien à dater chaque actualisation du document.

Attention, l'évaluation des risques doit se faire **par unité de travail**³ et en y associant tous les acteurs compétents.

Le premier de ces acteurs est **le CSE – et si elle existe sa CSSCT** – qui a une mission générale en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail, avec notamment compétence pour procéder à l'évaluation des risques professionnels et formuler des propositions.

Au-delà, la mise en œuvre des mesures de prévention conduit très fréquemment à un aménagement important des conditions de travail... qui entre dans le cadre des attributions consultatives du CSE, tout comme les conditions dans lesquelles les EPI sont mis à disposition et utilisés par les salariés.

Pour les structures / services / établissements n'ayant pas fermé, se pose la question de la consultation du CSE au titre de la mise à jour du DUERP. En effet, le DUERP doit être mise à jour dans trois situations : au moins chaque année ; lorsqu'une information supplémentaire intéressant l'évaluation d'un risque dans une unité de travail est recueillie ; lors de toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail⁴.

Dans les deux premières situations, la consultation du CSE n'est pas imposée par les textes, mais la nécessité « d'associer » le CSE à la définition des mesures de prévention ressort quasi systématiquement des ordonnances de référés rendues à ce jour. Dans la troisième situation, la consultation du CSE sur le DUERP intervient au titre du projet d'aménagement important modifiant les conditions de travail⁵. Rappelons qu'en tel cas, le CSE a la possibilité de mandater un expert.

Sur le sujet de la consultation, il est à rappeler que les délais de transmission de l'ordre du jour et de consultation du CSE sont actuellement réduits pour les informations-consultations relatives aux décisions de l'employeur qui ont pour objectif de faire face contexte épidémique. Il en va de même pour les délais d'expertise ou de contestation de celle-ci⁶.



Voir à ce sujet le « Flash info » du Cabinet expliquant les modalités d'application de ces nouveaux délais.

En pratique, l'analyse des dernières décisions de justice suggère d'associer les représentants du personnel en amont et tout au long du déploiement des mesures de prévention. Il s'agit également de favoriser l'acceptabilité des conditions de retour au travail pour le personnel, dans un contexte anxigène de déconfinement progressif. Association des IRP ou consultation des IRP ... la frontière est floue quant aux obligations de l'employeur surtout faute d'aménagement important des conditions de travail (le respect des règles barrière / port du masque / sens circulation peuvent-elles caractériser un aménagement important des conditions de travail ? Non. En revanche, pour un ESAT ou une EA par exemple, revoir toute la ligne de production implique un changement important des conditions de travail et donc une consultation du CSE

Outre les représentants du personnel, il ne faut pas oublier d'associer le **management intermédiaire** à l'évaluation des risques. Les chefs de service sont par exemple les plus à même de faire remonter des situations à risques ainsi que d'évaluer la faisabilité des mesures de prévention envisagées. Ce même

³ CA Versailles, 25 avril 2020, arrêt Amazon

⁴ C. trav., art. R. 4121-2

⁵ C. trav., art. L. 2312-8

⁶ Ordonnance n° 2020-507 du 2 mai 2020 ; Décret n° 2020-508 du 2 mai 2020

management intermédiaire ne doit pas non plus être oublié lors de l'évaluation des risques notamment RPS : nouvelle méthode de travail, charge supplémentaire, condition de travail dégradée.

Enfin, il ne faut pas hésiter à solliciter lorsque cela est possible le **médecin du travail**, qui peut par exemple émettre des conseils sur les différents types d'équipements à prévoir. À défaut de réponse, il est conseillé de lui adresser la description des mesures mises en œuvre, et de solliciter son avis. De même, l'**ARACT** ou l'**ANACT** doivent être des ressources à mobiliser.

2.2. La question de l'agent biologique

Depuis le début de la crise sanitaire, plusieurs syndicats et inspecteurs du travail ont tenté de contraindre par voie judiciaire des employeurs à appliquer les dispositions relatives à la prévention des risques biologiques. Le problème est que la réglementation sur le risque biologique n'a pas été pensée pour faire face aux situations épidémiques, ce qui pose des difficultés d'interprétation et d'application dans le contexte du Covid-19.

En principe, ces mesures sont applicables dans les établissements dans lesquels la nature de l'activité peut conduire à exposer les travailleurs à des agents biologiques (laboratoires notamment). Cette législation n'est en revanche pas applicable lorsque l'activité, bien qu'elle puisse conduire à exposer des travailleurs, n'implique pas normalement pas l'utilisation d'un agent biologique **et** – c'est cumulatif – que l'évaluation des risques ne met pas en évidence de risque particulier⁷.

Le Ministère du travail a précisé dans un document non opposable que peuvent être considérés comme exposés au risque biologique « COVID-19 » :

- les professionnels systématiquement exposés au risque de contamination du virus du fait de la nature de leur activité habituelle (ex : professionnels de santé) ;
- mais également les travailleurs dont les fonctions les exposent à un risque spécifique quand bien même l'activité de leur entreprise n'impliquerait pas normalement l'utilisation délibérée d'un agent biologique. Cette situation pourrait notamment concerner les travailleurs des secteurs des soins, de l'aide à domicile ou des services à la personne, dès lors que leurs tâches impliquent des contacts de moins d'un mètre avec des personnes potentiellement contaminées (ex : toilette, habillage, nourriture). Ces activités sont d'ailleurs systématiquement visées – comme exemple - dans les décisions des Tribunaux statuant en référé.

À date, des tribunaux judiciaires ont, en référé, jugé que l'employeur devait mettre en œuvre les mesures de prévention relatives aux risques biologiques (TJ de Lille pour une association d'aide à domicile et pour Carrefour, TJ Lyon pour une entreprise de transport de colis) tandis que d'autres l'ont au contraire exclu (TJ d'Aix à propos d'une boulangerie et TJ du Havre pour les salariés d'une usine Renault). L'analyse des ordonnances de référé rendues par le TJ de Lille révèle même, au sein d'une même juridiction, des positions différentes. Pour l'instant, nous n'avons donc pas de jugements « de fond » ou d'arrêts de cours d'appel venant confirmer ces positions.

Autre difficulté, le Covid-19 n'a pas encore été classé dans les groupes de risque infectieux (1 à 4). Or, c'est ce classement qui définit l'étendue des obligations de l'employeur en matière de prévention⁸... Si

⁷ C. trav., art. R. 4421-1

⁸ C. trav., art. R. 4421-3

la stricte lecture des textes amènerait à le classer en groupe 3 ou 4 (provoque des maladies graves chez l'homme, danger sérieux pour les travailleurs, risque élevé de propagation dans la collectivité, pas de traitement efficace), le Ministère l'a de façon informelle catégorisé en groupe 2, ce qui « atténue » les obligations pesant sur l'employeur. En toute logique, lorsque le Covid-19 sera inséré dans la liste réglementaire des agents pathogènes par arrêté du Ministre du Travail, celui-ci devrait donc être classé en catégorie 2 (sauf désaveu du Ministère).

À ce jour, il y a donc **deux possibilités** :

- **La plus sécurisée mais aussi la plus contraignante, qui implique d'appliquer les règles relatives à la prévention des risques biologiques⁹ pour tous pour les salariés susceptibles d'être en contact « rapproché » avec des usagers / résidents / patients** : il convient dans ce cas d'actualiser le DUERP en déterminant la durée et les conditions d'exposition des travailleurs, ce qui permettra de restreindre dans le temps l'application des règles spécifiques de prévention. Il peut être utilement indiqué que cette évaluation est effectuée conformément aux instructions du Ministère du Travail ;
- **La moins contraignante, mais la plus risquée, qui est d'actualiser le DUERP sans considérer que de tels postes sont exposés à un risque particulier compte tenu des mesures mises en œuvre**. En tel cas, il conviendra d'être d'autant plus au point sur les mesures de prévention mises en œuvre. Vos relations avec l'inspection du travail sont déterminantes car l'association de ce dernier à vos démarches permettra d'éviter une judiciarisation de la situation (la quasi intégralité des décisions en référé sont à l'initiative de l'inspection du travail).

2.3. Organisation de la reprise d'activité : traitement des risques, adaptation du travail, communication auprès des salariés et de leurs représentants

➤ **PCA et plan de reprise**

Au sein d'une même association, certaines activités se sont arrêtées, d'autres ont continué en l'état tandis que d'autres ont évolué (accompagnement à distance par exemple pour les structures de protection de l'enfance). À partir de l'évaluation des risques effectuée, il est primordial de définir les modalités de travail et les procédures organisationnelles pour poursuivre et/ou reprendre l'activité dans le respect des mesures de prévention.

Le déconfinement pourrait être bien plus complexe à gérer que le confinement télé- travaillé imposé en urgence pour le salarié. De l'euphorie à trouver de nouveaux moyens de travail va se substituer un retour à la réalité avec la crainte du collègue, de son comportement, de sa dangerosité.

Sur la forme, l'organisation du « déconfinement progressif » peut donc utilement être définie dans un **plan de continuité et/ou de reprise d'activité auquel doivent être associés les représentants du personnel**. Si le plan prévoit un aménagement important des conditions de travail, le CSE doit être consulté à ce titre.

Durant la période de confinement, les employeurs ont été invités à établir un plan de continuité d'activité qui a pour objet de lister l'ensemble des mesures visant à assurer, selon divers scénarios de crise (y compris face à des risques d'épidémie), le maintien de l'activité essentielle de l'association tout

⁹ C. trav., art. R. 4421-1 à R. 4427-5

en préservant la santé et la sécurité des salariés. Sa mise en place avait été préconisée dans les associations au moment de la grippe H1N1.

La DGCS avait mis à disposition une trame de PCA et une grille Excel avec différents paramètres comme l'organisation du travail ou la protection des usagers et du personnel¹⁰. Un certain nombre de fédérations patronales en ont également proposé un modèle. Cette trame de PCA peut donc tout à fait servir également de base pour élaborer un plan de reprise de l'activité. Ce document est en effet par nature évolutif.

L'élaboration d'un tel plan, si elle n'est pas obligatoire, est là encore tout à fait recommandée afin de formaliser les modalités de la reprise tant pour les salariés, que pour les bénévoles et usagers. Sa mise en œuvre et sa communication auprès des salariés sera un atout certain pour protéger l'employeur contre le risque de mise en cause de sa responsabilité civile ou pénale.

Afin de faciliter son élaboration, le protocole de déconfinement diffusé par le Ministère du Travail pourra constituer une feuille de route, à charge pour chaque structure de se l'approprier et le décliner au plus près de ses propres situations de travail. Si ce document est dépourvu de valeur normative, tout comme les « fiches métiers » diffusées par le Ministère, il va certainement faire référence pour les services d'Inspection du travail.

Dans le même sens, la société française de médecine du travail a diffusé le 10 mai 2020 des recommandations concernant le retour au travail dans le contexte épidémique. Le document vise en particulier la maîtrise du risque infectieux du retour au travail du travailleur et la compétence du médecin du travail durant l'épidémie.

➤ **Adaptation du travail et adaptation des salariés au travail**

Dans le secteur, à l'exception des fonctions supports, les métiers ne sont que très difficilement télétravaillables. L'activité partielle a pu être sollicitée et obtenue (on pense notamment aux ateliers et chantiers d'insertion). De nombreux salariés ont également été placés en arrêt de travail dérogatoires. Le collectif a été scindé : les premières lignes (avec le bénéfice de la prime « soignants » et/ou d'une PEPA plus avantageuse), les télétravailleurs, les salariés en AP et enfin les arrêts dérogatoires. Autant de situations à appréhender dans l'évaluation des risques liés à la reprise en présentielle de l'activité.

S'agissant du télétravail, sa mise en place pendant le contexte épidémique a été facilitée – pour une fois – par le Code du travail qui prévoit la possibilité d'imposer (sauf aux salariés protégés) ce mode d'organisation du travail en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie¹¹.

En principe, l'employeur est donc libre de décider du moment où le salarié doit reprendre le télétravail en présentiel, tout comme des modalités (alternance télétravail / présentiel par exemple). Évidemment, l'employeur qui décide d'une reprise en présentiel doit être absolument certain des mesures de prévention mises en œuvre (tant s'agissant du risque de contamination que psychosocial), surtout que le protocole ministériel de déconfinement indique toujours que le télétravail doit rester la règle chaque fois qu'il peut être mis en œuvre.

¹⁰ Voir annexe

¹¹ C. trav., art. L. 1222-11

Dès lors que la présence sur les lieux de travail est nécessaire, de nombreuses mesures de protection collective sont à envisager : mise en place d'horaires décalés, nombre maximal de personnes simultanément admises dans un espace, gestion des flux de circulation... Lorsque ces précautions sont insuffisantes à garantir protection de la santé et sécurité des personnes, elles doivent être complétées par des mesures de protection individuelle, telles que le port du masque.

Toutes ces mesures impliquent une adaptation des salariés qui, pour éviter les risques en termes de responsabilité, implique des actions de communication et de formation.

Par exemple :

- Il peut être intéressant de remettre au salarié un « **kit de reprise** » comportant le plan de reprise d'activité, les équipements (masques, gel...) avec une **notice d'utilisation**, un mail / téléphone de **contact** en cas d'interrogation, et une **formation rapide et pratique**.
- Même en dehors de toute obligation (EPI ou prévention des risques biologiques), la **formation** reste un excellent outil de prévention.
- Toujours dans une logique préventive et curative des risques, il pourrait également être opportun de mettre en place des **entretiens de retour au poste** avec le manager. Pour ceux qui le souhaitent, il pourrait même être envisagé de proposer un **entretien avec un psychologue** (en établissement si l'association en a ou auprès des Mutuelles qui ont souvent développé des services COVID 19 sur ce type d'accompagnement).
- Dans le même sens, il peut être mis en œuvre des **cellules d'écoute / ateliers** pour les salariés, tant sur les risques professionnels que sur les « retours d'expérience » de la période de confinement. L'idée serait de permettre de cerner les pratiques sortant du cadre habituel qu'il pourrait être intéressant de conserver si elles ont fait la preuve de leur efficacité.

➤ Les tests et prises de température

Les tests de dépistage et la prise de température sont souvent évoqués comme mesures de prévention pour la reprise d'activité en présentiel.

Concernant la prise de température, le contrôle systématique et généralisé de température n'est pas recommandé et la collecte de ces données de santé est totalement exclue. Le protocole de déconfinement formule sur ce point des précisions utiles.

Concernant les tests de dépistage, les tests dits « RT-PCR » (sorte de long coton-tige inséré dans les cavités nasales...) sont actuellement les seuls validés par les autorités de santé. Ils ne peuvent être pratiqués que sur prescription médicale et par une personne habilitée. À ce stade, les campagnes de dépistage organisées par les entreprises pour leurs salariés ne sont pas autorisées, il n'existe aucune obligation pour le salarié de se soumettre à de tels tests, et les résultats relèvent du secret médical.

➤ Veiller à l'application des mesures prises

L'efficacité des mesures prises dépendra pour une large part des relais de terrain.

Le **management intermédiaire**, qui va devoir faire preuve de pédagogie et de fermeté dans l'application des mesures de prévention, sera mobilisé en première ligne. Un salarié qui ne met pas en œuvre par exemple des mesures barrières auxquelles il a été formé et pour lesquelles il a tous les moyens techniques et organisationnels nécessaires et suffisants pourrait être sanctionné. Rappelons que légalement, **le salarié a lui-même l'obligation de prendre soin de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles de ses collègues**, en fonction de sa formation et de ses possibilités. Ce qui est certain, c'est que l'employeur ne peut pas en tel cas rester impassible.

D'autres acteurs internes peuvent aussi jouer un rôle actif, tels que les **représentants de proximité** lorsqu'ils existent. Dans le même sens, la désignation de « **référénts-covid** » constitue une bonne pratique dans le cadre de l'organisation de la reprise d'activité, sous réserve de bien définir leur rôle et leurs moyens.

Aussi et bien que les dispositions du Code du travail ne leur soient pas applicables, il serait prudent que les bénévoles se voient mettre à leur disposition des moyens individuels de protection quasiment semblables pour éviter tout risque de contamination par ce biais des salariés mais également des personnes accompagnées « vulnérables ».

3. Les enjeux de la responsabilité civile

L'employeur qui ne satisfait pas à son obligation de sécurité engage donc sa responsabilité civile vis-à-vis du salarié. Dans le contexte de crise sanitaire, il faut s'attendre à ce que les employeurs soient présumés avoir conscience du danger ; dès lors, toute l'attention sera portée sur l'effectivité et la suffisance des mesures de prévention mises en place, et leur bonne application et leur compréhension sur le terrain. La boîte à outils est là, il faut la saisir et largement la partager.

3.1. Les contentieux possibles

Il y a deux types de litiges à distinguer : les contentieux d'urgence devant le juge des référés, qui visent à obliger l'employeur à prendre les mesures nécessaires (imposant la fermeture de l'établissement le cas échéant), et les contentieux sur le fond qui seront susceptibles d'être menés à froid par des salariés ou représentants du personnel et syndicaux afin d'engager la responsabilité civile de l'employeur. Évidemment, une condamnation par le juge du référé sera la pièce n° 1 du dossier « à froid » engagé par le salarié.

➤ Les contentieux « d'urgence »

Comme déjà évoqué, plusieurs juridictions judiciaires ont eu à se prononcer sur le respect ou non des obligations en matière de santé et de sécurité de l'employeur face au Covid-19. Il en ressort globalement une obligation de sécurité particulièrement renforcée pour l'employeur. Un tableau de synthèse de ces décisions vous sera remis avec le compte-rendu.



Les principales décisions rendues à ce jour sont disponibles en téléchargement ICI. Une synthèse de leurs apports est disponible en annexe.

➤ Les contentieux sur le fond

La question de la responsabilité civile de l'Association relèvera davantage de contentieux menés « à froid », certainement après le terme de la crise sanitaire. Il est donc primordial de se ménager dès à présent, un dossier solide.

En cas de manquement à l'obligation de sécurité, les litiges peuvent être de plusieurs ordres :

- Une action du salarié en **indemnisation du manquement à cette obligation** devant le CPH avec éventuellement l'intervention volontaire d'une organisation syndicale ;
- Il n'est pas à exclure qu'un salarié puisse tenter d'engager une procédure en reconnaissance d'un **préjudice d'anxiété** devant le CPH, la jurisprudence étant évolutive sur le sujet ;
- Le salarié pourrait être fondé à solliciter la **résiliation judiciaire** de son contrat de travail aux torts de l'employeur, ou **prendre acte de la rupture** de son contrat.
- Dans le même sens, lorsque le salarié est licencié pour **inaptitude**, le licenciement est **dépourvu de cause réelle et sérieuse** lorsqu'il est démontré que l'inaptitude est consécutive à un manquement préalable de l'employeur à son obligation de sécurité.

Par ailleurs, il ne peut être exclu qu'un accident du travail (bien que l'origine de la contamination puisse poser difficulté pour que soit reconnu un AT) ou une maladie professionnelle (hors tableau pour le moment) puisse être reconnu (sachant qu'il n'y a pas d'évolution pour le moment suite aux annonces du Ministère de reconnaissance automatique du COVID 19 comme MP).

Par la suite, un salarié pourrait chercher à engager la responsabilité de l'Association en considérant qu'il s'agit d'une **faute inexcusable**. L'employeur est ainsi condamné lorsqu'il avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en protéger (majoration de la rente / action récursoire de la CPAM / indemnisation des préjudices). Dans le contexte actuel, il sera difficile de soutenir que l'employeur n'avait pas connaissance des risques.

En présence de telles condamnations, il faudra s'interroger sur les causes de cette responsabilité. En effet, si la carence de l'employeur ayant conduit à sa condamnation réside dans un manque de moyens ou d'injonctions formulées par les autorités de tutelle par exemple, la prise en charge de ces condamnations devrait leur être opposable.

S'agissant du **droit de retrait**, il peut être exercé lorsque le salarié a un motif raisonnable de penser que la situation présente un danger grave et imminent pour sa personne. Or, la légitimité du droit de retrait est directement liée aux mesures de prévention prises par l'employeur. Si l'invocation de ce droit ne saurait être systématique, y compris durant la crise sanitaire, cette question pourra s'avérer délicate dans le contexte de déconfinement. En effet, le salarié a aisément connaissance des nouvelles recommandations ministérielles et pourrait, sur leur fondement, estimer se sentir en situation de DGI si l'employeur ne respecte pas ces mesures.

Enfin, rappelons que les représentants du personnel disposent d'un droit d'alerte et que le CSE peut, en présence d'un **risque grave** lié à l'absence de mesures de prévention suffisantes, recourir à une expertise.

3.2. La preuve indispensable des mesures prises

Sauf exception, ni le respect de l'obligation de sécurité ni sa méconnaissance ne sont présumés : il ne suffit donc pas de faire, il faut aussi être en mesure de prouver tout ce qui a été fait.

Il est donc capital de pouvoir se ménager la preuve des diligences accomplies pour éviter ou à défaut réduire les risques. Cela implique de formaliser au maximum toutes les procédures et mesures de prévention ayant été mises en œuvre.



Quelques exemples / idées :

- *Affichage : dater et signer les documents affichés, prendre des photos ;*
- *Remettre au salarié un « kit de reprise » : matériel de protection + notice d'utilisation + éventuellement un exemplaire du plan de reprise & faire signer un récépissé ;*
- *Déclarer des événements indésirables pour permettre d'avoir une trace des problématiques et du fait qu'elles ont été signalées aux autorités ;*
- *Se constituer un dossier informatique avec un classement des documents par thème / date :*
 - o *Documents gouvernementaux (circulaires, annonces ministérielles, comptes-rendus de réunions, instructions...)* ;
 - o *Documents adressés par les autorités de tutelle (ARS, CD...)* ;
 - o *Documents relatifs aux mesures prises : plan de continuité, plan de reprise, commande d'équipements, etc. ;*
 - o *Documents formalisant les difficultés rencontrées : mails/courriers de relance auprès de fournisseurs, alertes auprès des autorités, réponses adressées aux salariés, carence des pouvoirs publics / injonctions contradictoires...*

Tout devra être tracé et consigné afin de pouvoir utilement se défendre en cas de contentieux qui nécessairement arriveront.

La position de la Cour de cassation ne sera pas connue avant plusieurs années (nous attendons toujours une décision sur le fond concernant les barèmes Macron datant de 2017...). Pendant cette période, nous aurons une multitude d'actions et de décisions, parfois divergentes, qui seront source d'une forte insécurité juridique. Face à cette situation et sans rentrer dans une démarche irréaliste, chronophage et contre-productive, seule l'objectivation des mesures prises pourra garantir la sécurisation des associations.

*

1. Liens entre responsabilité civile et pénale

- Les voies d'action pénales ouvertes à la victime
 - Plainte
 - Plainte avec constitution de partie civile
 - Constitution de partie civile devant la juridiction de jugement ou d'instruction quand poursuites initiées par le Parquet (enquête préliminaire/ouverture d'une information judiciaire).
- L'action civile accompagnant les poursuites pénales
 - Préjudice direct et personnel (art. 2 CPP)
 - Préjudice corporel, patrimonial ou moral
 - Victime directe, ayants droits, ou proches de la victime

2. Les infractions

2.1. *Le délit d'entrave*

Le délit sera notamment consommé par tout comportement faisant obstacle au fonctionnement régulier des IRP, que cette atteinte soit directe ou indirecte.

- Tel pourra être le cas d'une méconnaissance des règles de consultation et d'information du CSE dans le cadre de la reprise d'activité post COVID-19 telles que précédemment décrites.

2.2. *Le risque causé à autrui*

Hypothèse : Exposition au virus sans contamination.

Article 223-1 Code pénal : « *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende* ».

- La faute de mise en danger de la vie d'autrui = **violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement.**
 - Dispositions qui doivent avoir été *délibérément* méconnues : volonté de transgresser
 - Dispositions qui doivent revêtir un caractère législatif ou réglementaire au sens constitutionnel : actes des autorités administratives à caractère général et impersonnel.

REMARQUE : Aborder la question des recommandations, directives, consignes et circulaires du Ministère des Solidarités et de la Santé ou des ARS diffusées auprès des ESSMS susceptibles d'être considérées comme des actes réglementaires :

- par le juge administratif si mesures impératives et générales, et pas seulement interprétatives ;
- par le juge pénal : si acte à caractère général et impersonnel

- Dispositions qui doivent emporter une obligation de sécurité particulière (modèle de conduite circonstanciée précisant très exactement la conduite à avoir dans telle ou telle situation) :
 - Méconnaissance de la mise en place d'un plan bleu (art. D. 312-155-4-1 du CASF) ou de ses modalités de mise en œuvre (arrêté du 7 juillet 2005)
 - Absence de signalement d'un dysfonctionnement grave de l'organisation des Etablissements mettant en péril la santé et la sécurité de ses usagers (Art. L. 331-8-1 du CASF)
 - Absence de mise à jour du Document Unique d'Evaluation des Risques (DUER) à la lumière des risques sanitaires spécifiques liés à l'épidémie de Covid-19 (article R.4121-2 du Code du travail)
 - Toute mesure de sécurité particulière prévue par la réglementation du travail
 - Etc.
- **L'exposition à un risque immédiat de mort ou d'atteinte grave à l'intégrité physique d'autrui** = incertitudes liées à la qualification du risque de contamination et de sa gravité
 - Péril grave en lien direct et immédiat avec la violation de l'obligation
 - Risque certain
 - Débat sur la question de savoir si l'exposition au virus Covid-19 constituerait un péril extrêmement grave ou mortel pour la personne infectée

2.3. Blessures et homicide involontaire

Hypothèse : Contamination avérée.

Article 121-3 du code pénal : Typologie des fautes

- Détermination du **dommage**
 - Décès, contamination symptomatique
Sous réserve que des symptômes viraux soient considérés par un juge pénal comme relevant de la notion de *blessures*
- L'existence et la nature du **lien de causalité**
 - Lien de causalité certain entre la faute et le dommage, apprécié *in concreto*
 - Faute de la victime sans incidence sur la responsabilité pénale, sauf si elle est la cause exclusive du dommage

- Lien de causalité pourrait être débattu s'agissant du Covid-19, au regard notamment des incertitudes liées à la période d'incubation, qui permettrait difficilement de connaître le moment de l'infection
- La **faute simple**
 - Hypothèse : Cas des personnes morales (et des personnes physiques dans le cadre d'un lien de causalité directe qui ne semble pas à privilégier ici)
 - Faute d'imprudence, de négligences ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement
 - ✓ Manquement à une réglementation générale de sécurité ou de prudence :
 - Obligation générale de sécurité de l'employeur vis-à-vis de ses salariés (art. L. 4121-1 Code du travail)
 - Obligation générale en matière de sécurité incombant aux établissements vis-à-vis de leurs usagers (art. L. 311-3, L. 313-14 et L. 313-16 CASF)
 - Adaptation des conditions d'organisation et de fonctionnement des ESSMS « *en veillant à maintenir des conditions de sécurité suffisantes dans le contexte de l'épidémie de covid-19* » (Ord. n°2020-313 du 25 mars 2020)
 - Etc.
 - ✓ Comportement négligent ou imprudent apprécié selon les conditions d'exercice de chaque profession :
 - Négligence ou défaillance dans l'organisation des structures pour faire face à la crise sanitaire (défaut d'organisation, de vérification ou de contrôle de celui qui dispose du pouvoir de direction)
 - Non-respect des recommandations sans caractère normatif contraignant (directives, protocoles et toute instruction diffusée par le Ministère ou l'ARS) pourrait être pris en considération
 - Etc.
- La **faute aggravée**
 - Hypothèse : Cas de la personne physique dans le cadre d'une causalité indirecte
 - **Faute délibérée** (cf. supra sur le risque causé à autrui)
 - **Faute caractérisée** exposant autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur ne pouvait ignorer :
 - Ne requiert pas la démonstration d'un manquement volontaire à une règle écrite mais suppose un comportement fautif présentant « *un certain degré de gravité, impliquant une défaillance inadmissible qui rendait ce résultat prévisible* ».
 - Existence d'une faute ou d'une défaillance
 - Dans une situation qui aurait nécessité une attention et des mesures accrues à raison de sa sensibilité ou des risques qu'elle comporte
 - Commise par une personne qui ne pouvait ignorer la situation concernée

- Peut résulter de l'accumulation, par une même personne, de négligences ou d'imprudences
- Appréciation subjective du Juge pénal au regard des circonstances de la contamination, de l'évolution des données scientifiques et de la doctrine de prévention (débat sur la connaissance du risque de contamination) / Approche casuistique

3. Les auteurs

3.1. La personne morale et/ou de la personne physique

○ La responsabilité pénale des personnes morales

Art. 121-2 Code pénal : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

- La responsabilité pénale de la personne morale n'est pas exclusive de celle de ses dirigeants, auteurs des faits
- La responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée au titre des infractions commises par ses organes et représentants :
 - La notion d'organe s'entend, d'une manière générale, de la personne disposant du pouvoir de direction
 - Le représentant doit quant à lui justifier de sa qualité pour agir au nom de la personne morale car il ne dispose pas de ce pouvoir statutairement : personne titulaire d'une délégation de pouvoirs

○ La responsabilité pénale personnelle des représentants

- Principe de cumul de la responsabilité pénale de la personne morale et des personnes physiques
- Responsabilité pénale limitée aux faits infractionnels personnellement commis par la personne physique

3.2. La délégation de pouvoirs

Les délégations de pouvoirs sont des outils indispensables d'organisation et de contrôle au sein des établissements ; leur absence a même pu être considérée comme fautive en ce qu'elle participerait d'un défaut d'organisation imputable à la personne morale

○ Conditions de validité

- La délégation est nécessairement partielle et ne peut être totale
- Une même mission ne peut faire l'objet de plusieurs délégations cumulatives

- Le bénéficiaire de la délégation doit être pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'accomplissement de ses missions (qualification et expérience professionnelle, moyens juridiques, humains, techniques et financiers suffisants pour exercer la délégation de pouvoirs
- La délégation requiert le consentement des intéressés
- Subdélégation : le bénéficiaire d'une délégation de pouvoir peut vouloir déléguer à son tour une partie des pouvoirs qu'il a lui-même reçus, sous réserve toutefois que la délégation qu'il a reçue ne l'interdise pas
- **Absence de formalisme** (le Juge pénal admet sous certaines conditions la délégation de pouvoir de fait) mais l'écrit constitue un élément de preuve important
 - Elle n'est pas nécessairement écrite mais doit être expresse et précise
- **Effet exonératoire de responsabilité du délégant**
 - Transfert de responsabilité pénale du délégant au délégataire pour les domaines et compétences concernés, pourvu que le délégant n'ait pas personnellement participé à la commission de l'infraction
- **Le délégataire, représentant de la personne morale**
 - Doit répondre de l'infraction qu'il aurait personnellement commise aux lieux et places de celui qui l'a investi des pouvoirs nécessaires via une délégation
 - Le délégataire a la qualité de représentant de la personne morale : il engage sa responsabilité pénale conjointement avec celle de la personne morale qu'il représente

4. Les moyens de défense

C'est la question centrale en cas de contamination (intégrée dans le Code de la Santé publique par la loi sur la prorogation de l'état d'urgence du 11 mai 2020)

Celui (personne physique ou morale) qui aura fautivement contribué au dommage (contamination, le cas échéant mortelle) peut s'exonérer de sa responsabilité pénale en justifiant avoir accompli des diligences normales pour prévenir sa réalisation

- La référence au **dirigeant normalement diligent**
 - Référence à un standard de comportement (appréciation *in concreto* de la faute)
 - Les diligences sont souverainement appréciées par le Juge au regard :
 - De la nature des missions et des fonctions du dirigeant concerné
 - Des compétences, pouvoirs et moyens dont disposait le dirigeant concerné
 - Impératif de preuve des dispositions prises pour éviter le dommage
- **Appréhension des diligences normales dans le contexte épidémique**

- Nécessité impérative de documenter les actions menées en vue de se doter de dispositifs de protection, les mesures opérationnelles et organisationnelles prises et mêmes les actions entreprises qui n'auraient pu aboutir (du fait du contexte de pénurie de moyens de protection et d'asepsie par exemple)
- Nécessité de concertation (ou de tentatives) avec les IRP dans le cadre du maintien ou de la reprise de l'activité, avec les autorités de tutelle notamment pour préciser les recommandations
- Appréciation de ces diligences à l'aune de l'évolution des recommandations émanant des autorités publiques, de la disponibilité des moyens de protection (masques, blouses, etc.), des connaissances scientifiques, de l'évolution des données épidémiologiques et de la doctrine sanitaire, mais également des nécessités de fonctionnement des ESSMS

*

Annexes

- Trame d'actualisation du DUERP
- Les principales obligations liées aux règles de l'agent biologique
- Trame de PCA (DGCS)
- Exemple de courrier récemment adressé par un inspecteur du travail
- Synthèse des décisions judiciaires

*

Sondages

1. Avez-vous mis à jour votre DUERP ?

Oui	9 (31 %)
Non	3 (10 %)
C'est en cours...	16 (55 %)
Le quoi ?	1 (3 %)

2. Avez-vous traité du risque biologique dans l'évaluation des risques ?

Oui	15 (52 %)
Non	6 (21 %)
Nous allons le faire	8 (28 %)

3. Avez-vous consulté votre CSE durant la gestion du contexte épidémique (organisation du

travail, reprise d'activité...)?

Oui	17 (61 %)
Non	4 (14 %)
Pas de consultation mais une information régulière	7 (25 %)

4. Avez-vous mis en place un plan de continuité et/ou de reprise d'activité ?

Oui, un plan de continuité	5 (18 %)
Oui un plan de reprise	2 (7 %)
Les deux !	14 (50 %)
Aucun	7 (25 %)

*

Questions-réponses

1. En mars, une association a avisé ses clients aidés (APA et autres) pour dire que tout était arrêté. Le chômage partiel a été imposé à la plupart des salariés du terrain. Est-ce que c'était un cas de force majeure et est-ce le chômage partiel imposé était licite ?

Du point de vue du droit du travail, il n'est pas question ici de « force majeure ». L'activité partielle (ou communément « chômage partiel ») est tout à fait ouverte aux associations puisque, contrairement à une idée reçue, ce dispositif ne concerne pas que les difficultés économiques et il n'est pas nécessaire de justifier d'un chiffre d'affaires pour en bénéficier.

Il « suffit » de justifier d'une baisse d'activité (réduction de la durée du travail ou fermeture de tout ou partie de l'établissement) causée, notamment, par des circonstances exceptionnelles (ce qu'est le contexte épidémique).

Dans son « questions-réponses » (dernière version au 11 juin 2020), le Ministère du Travail a précisé :

« 25/ Les associations sont-elles éligibles à l'activité partielle (ajouté le 22/04) ?

Les associations figurent dans le champ des structures éligibles à l'activité partielle. Comme les entreprises, elles doivent respecter les motifs de recours prévus par la réglementation. Les ressources spécifiques dont peuvent bénéficier les associations (subventions) conduisent à rappeler le principe selon lequel le recours à l'activité partielle ne saurait conduire à ce que leurs charges de personnel soient financées deux fois, une première fois par des subventions et une seconde fois par l'activité partielle. Les demandes déposées par les associations bénéficiant de subventions doivent donc respecter cette obligation. Des contrôles seront réalisés a posteriori et en cas de constat d'un financement en doublon, les subventions seront ajustées à la baisse. »

Pour plus d'informations sur la compatibilité de l'activité partielle et du maintien des financements, voir la dernière page de notre flash info du 29 avril : [ICI](#).

Aussi, dans le cadre de l'épidémie de Covid-19, l'activité partielle s'impose aux salariés – y compris protégés – dont il n'est donc pas nécessaire de recueillir l'accord préalable.

2. Est-ce que le salarié a le droit à une indemnité de télétravail (FAQ avait évolué sur ce point / quid de l'ANI signé par la CPME) ?

Il y a deux « indemnités » à distinguer : l'indemnité d'occupation du domicile et la prise en charge des frais liés au télétravail.

L'obligation de verser ces indemnités, dans le cadre du contexte épidémique, soulève un débat juridique (voir notamment notre flash info du 18 avril dernier) et ne manquera pas d'alimenter des contentieux.

Sans entrer dans les détails, l'indemnité d'occupation du domicile doit en principe être versée dès lors qu'un local professionnel n'est pas mis effectivement à sa disposition ou que le salarié accepte la demande de l'employeur d'effectuer tout ou partie de son travail à domicile. Dans le contexte épidémique, le travail à domicile n'est pas un choix du salarié et, à ce titre, il peut être soutenu que l'indemnité d'occupation du domicile est due. Néanmoins, d'autres arguments peuvent plaider en sens inverse : bien qu'un « local » soit mis à disposition des salariés (leur lieu de travail habituel), l'occupation du domicile a été contrainte non par l'employeur, mais par les circonstances exceptionnelles (confinement/mesures sanitaires, qui ont une origine légale/réglementaire).

S'agissant des frais liés au télétravail, il est intéressant de voir que les communications ministérielles (FAQ) se contredisent, ce qui témoigne là encore du débat juridique sur le sujet. Outre le fait que le Code du travail permet spécifiquement d'imposer le télétravail dans le cadre d'une épidémie, l'ordonnance 2017-138 du 22 septembre 2017 a supprimé dans la loi l'obligation pour l'employeur de prendre en charge tous les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail. Néanmoins, une bonne partie de la doctrine se positionne sur un maintien de la prise en charge des coûts liés au télétravail, sur le fondement du principe jurisprudentiel selon lequel les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur. Reste donc à attendre la position de la Cour de cassation « post-réforme » sur le sujet...

Pour ce qui est de l'ANI signé par la CPME, il prévoit en effet la prise en charge des coûts liés au télétravail, ce qui s'impose aux employeurs soumis à cet ANI (sauf dérogation par accord d'entreprise). Néanmoins, si la FEHAP et NEXEM ont récemment adhéré à la CPME, des arguments juridiques permettent, à ce jour, de considérer cet ANI comme non applicable aux associations du secteur.

3. Des salariés s'opposent à ce que la société d'entretien fasse le ménage dans leurs bureaux (en application du protocole Covid) par crainte de contamination... est-ce possible ?

Non, il n'appartient pas aux salariés de s'opposer à la présence d'un prestataire d'entretien – qui vise, d'ailleurs, à participer au protocole sanitaire. Si cette opposition allait jusqu'à l'exercice d'un droit de retrait pour ce motif, il est plus que probable que ce retrait soit jugé illégitime.

4. Qui détermine la date de fin d'une période de chômage partiel pour personne vulnérable ? Il a un arrêt sans date de fin de son médecin traitant. Or, pour procéder au remplacement, nous avons besoin de nous projeter.

À ce jour, le dispositif d'activité partielle pour les personnes dites « vulnérables » demeure en cas de télétravail impossible, sous présentation d'un certificat d'isolement.

Le protocole national de déconfinement (acte 3) publié le 24 juin 2020 incite toujours les employeurs à privilégier le recours au télétravail sur demande des intéressés et si besoin après échange avec le médecin traitant ou le médecin du travail.

Dès lors que le télétravail n'est pas accordé ou impossible, le protocole rappelle la possibilité pour ces personnes de se voir établir une déclaration d'interruption de travail [un certificat d'isolement] donnant lieu à la mise en place du dispositif d'AP. Ce certificat peut être délivré établi indifféremment par le médecin du travail ou le médecin traitant jusqu'au 10 octobre 2020 (terme d'une période de trois mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire : décret n° 2020-549 du 11 mai 2020).

5. Je travaille depuis peu dans un CCAS et il n'y a pas de DUERP. Il y a-t-il obligation pour ce genre d'entité dépendant de la territoriale ? Devons-nous le travailler à notre niveau ou avec le Centre de Gestion du département ?

Le DUERP est obligatoire dès lors que le Code du travail s'applique... à toute structure privée ou publique employant du personnel salarié. S'agissant du périmètre du DUERP, il doit être mis en place / mis à jour par unité de travail (service). Il peut y avoir plusieurs DUERP pour chaque unité, ou un seul DUERP comportant l'analyse des risques pour chaque unité de travail. S'agissant de la personne / service compétent pour mettre en place / à jour le DUERP, tout dépend de votre organisation interne et notamment des éventuelles délégations de pouvoirs et de responsabilités.

6. Quid du salarié - Référent hygiène et sécurité - qui a une attestation d'isolement sanitaire sans date de fin au moment de la reprise et de l'élaboration du PRA, peut-on le licencier ?

S'il existe un motif de licenciement pour absence prolongée (ce qui implique une certaine durée, difficilement qualifiable après seulement 3 ou 4 mois) perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise (c'est-à-dire toute entière, pas le seul service du salarié... ce qui est là encore complexe à démontrer), il est certain que l'utilisation d'un tel motif de licenciement dans le cadre du contexte épidémique, qui plus est pour un salarié justifiant d'un certificat d'isolement est très risqué et sera apprécié avec la plus grande sévérité par les conseils de prud'hommes.

Attention également aux clauses de garantie d'emploi figurant dans certaines conventions collectives, qui interdisent à l'employeur de licencier un salarié malade pendant une période donnée. Par exemple, la CCN du 15 mars 1966 prévoit à son article 26 que l'employeur ne peut licencier le salarié pendant les six premiers mois de son absence pour raison de maladie. Il convient donc d'être particulièrement vigilant (même si la qualification d'arrêt maladie pour un salarié en arrêt de travail dérogatoire est discutable).

7. La mise à jour du DUERP tarde au niveau de l'association de 5000 salariés ... Quelles responsabilités sur un établissement en local sachant également que le seul CSE existant est national ?

La responsabilité dépendra de la personne responsable des questions de santé et de sécurité dans l'établissement concerné. Très souvent, le directeur d'établissement est titulaire d'une délégation de pouvoirs en la matière, ce qui en fait le responsable d'un point de vue pénal. Sur le volet droit du travail,

c'est l'Association en tant que personne morale (et non l'établissement ou le directeur personne physique) qui engage sa responsabilité vis à vis des salariés.

8. *Des fournisseurs se sont désistés sine die de leurs prestations de traitement du linge ou de fourniture de repas à des établissements sociaux et médico-sociaux, sous l'argument de l'absence de sécurisation des interventions. Comment se présente la régulation juridique de ce différent ?*

Il ne s'agit ni de droit du travail, ni de droit pénal, mais d'un conflit entre partenaires contractuels (l'association et son prestataire). Si aucune solution amiable n'est trouvée, ce différend (inexécution de sa prestation contractuelle par le prestataire) relève du Tribunal judiciaire

9. *Ne vaut-il pas d'abord travailler le DUERP avec les représentants de proximité plutôt que de vouloir respecter la forme en consultant le CSE juste à un instant donné ?*

Comme évoqué lors du webinaire, la consultation du CSE n'est pas systématique et est sujette à débat juridique pour la mise à jour du DUERP. Mais en présence de représentants de proximité dans votre structure, il est effectivement préconisé de les associer à la mise à jour du DUERP puisque, par définition, ces représentants sont censés être au plus proche du « terrain ». Tout dépend également des compétences et moyens qui leurs ont été alloués par l'accord collectif les ayant institués.

10. *Si plusieurs salariés sont contaminés, ceci pourrait-il être considéré comme une preuve d'une contamination intervenue dans le cadre du travail ?*

La question de l'imputation de la contamination au Covid-19 au travail est un sujet d'actualité, aucune réforme n'ayant à ce jour intégré le Covid-19 au sein des tableaux de maladies professionnelles. Cette « pluri-contamination » de salariés pourrait effectivement constituer un indice dans le cadre d'une procédure de reconnaissance d'une maladie professionnelle.

11. *Nous constatons que des agents ne respectent plus les gestes barrières notamment la distanciation lors de leur repas pris dans l'établissement. Qui porte la responsabilité ?*

Les mesures barrières et les règles d'hygiènes / protocole sanitaire mis en place par l'employeur s'imposent aux salariés. Leur non-respect, le cas échéant répété malgré les directives formulées à ce sujet, relève du pouvoir disciplinaire et peut donc entraîner des sanctions disciplinaires.

S'agissant de la responsabilité, l'Association reste responsable sur le volet civil, en cas d'action en indemnisation de salariés. Sur le volet pénal, l'Association est également susceptible d'engager sa responsabilité dès lors qu'il lui appartient de faire appliquer les mesures de prévention. En revanche, cette responsabilité pénale n'est pas exclusive de celle du salarié ne respectant pas les mesures d'hygiène et de sécurité.

12. *Quelle procédure suivre pour pouvoir sanctionner un salarié qui ne respecte pas les gestes barrières ? Faire une note de service suffit-il ?*

Rappelons que lorsqu'il existe un règlement intérieur, les notes de service qui portent « *prescriptions générales et permanentes* » dans les matières qui relèvent du règlement intérieur (notamment l'hygiène et la sécurité) sont considérées comme des adjonctions à celui-ci et sont donc soumises aux mêmes

règles que le règlement intérieur. Néanmoins, lorsque l'urgence le justifie, les obligations relatives à la santé et à la sécurité peuvent recevoir application immédiate (*C. trav.*, art. L. 1321-5).

Il peut être soutenu que de par le caractère temporaire (par opposition aux mesures « permanentes » visées par la loi) des mesures liées au contexte épidémique, une note de service sur le sujet devrait être applicable et opposable aux salariés sans que la procédure afférente à la modification du règlement intérieur soit mise en œuvre.

Néanmoins, concernant par exemple les prises de température (qui ont a priori vocation à être temporaires), le Ministère du Travail a indiqué que « *les entreprises, dans le cadre d'un ensemble de mesures de précaution, peuvent organiser un contrôle de la température des personnes entrant sur leur site. Dans le contexte actuel, ces mesures peuvent faire l'objet de la procédure relative à l'élaboration des notes de service valant adjonction au règlement intérieur prévue à l'article L. 1321-5 du code du travail qui autorise une application immédiate des obligations relatives à la santé et à la sécurité avec communication simultanée au secrétaire du comité social et économique, ainsi qu'à l'inspection du travail. Elles doivent alors respecter les dispositions du code du travail, en particulier celles relatives au règlement intérieur* ». Reste à voir l'appréciation qu'en feront les juridictions.

Mais indépendamment du « support » des prescriptions de la direction en matière sanitaire, si ces règles ont été communiquées / expliquées aux salariés (ce qui implique de pouvoir l'établir), leur non-respect constitue une violation des directives de l'employeur et devrait pouvoir entraîner une sanction disciplinaire.

13. Si la responsabilité pénale au titre de la personne physique est engagée mais que cette personne physique a agi au titre des directives données par son employeur personne morale. Qu'est-ce qui prime ?

La responsabilité pénale est gouvernée par le principe de personnalité : est responsable celui qui a commis les éléments constitutifs d'une infraction tels qu'ils sont prévus par la Loi. Le fait qu'il ait agi sur instruction de son supérieur n'aura donc a priori pas d'incidence sur le principe de sa responsabilité ; en revanche, cette circonstance peut avoir un impact sur la sanction prononcée et, surtout, peut aboutir à engager la responsabilité pénale du donneur d'ordre au titre de la complicité.

14. Des familles de l'EHPAD pourraient-elles engager notre responsabilité pour atteinte à la santé psychique de leur parent parce que les repas en salle à manger n'ont pas repris pour tous (distanciation physique) ?

Dès lors que ces mesures s'expliquent ou se justifient par les précautions sanitaires à observer, le risque pénal à ce titre ne paraît pas significatif.

15. Qui a la charge de la preuve du lien de causalité en matière pénale ?

De manière générale, la charge de la preuve incombe en matière pénale à l'accusation, c'est-à-dire ici au Parquet de la République territorialement compétent. Concrètement, c'est donc à lui – et aux services d'enquête qu'il aura saisi – d'établir l'existence de ce lien de causalité, et non à la défense d'en démontrer l'absence.

16. Quid des délais et prescriptions pour la mise en danger d'autrui ?

Le délai de prescription est de six années à compter de la commission du délit de mise en danger, sauf à ce qu'un acte de dissimulation soit démontré : le point de départ de la prescription est alors reporté à la date de révélation des faits – avec toutefois un mécanisme de plafonnement.

-

Ce document a une vocation d'information générale et ne saurait constituer une consultation ou un avis juridique des cabinets. Pour toute information ou précision complémentaire, les avocats Stéphane Picard (droit du travail – spicard@picard-avocats.com) et Matthieu Hénon (droit pénal - mhenon@seban-avocat.fr) restent disponibles.

-