

1158

# À crise exceptionnelle, justice non exceptionnelle

Romain CHISS,  
avocat associé, Karman Associés



**La crise sanitaire que nous traversons est exceptionnelle à bien des égards. La production massive de droit dit « souple » pendant cette crise devrait aider les juges à adapter leur appréciation de la situation. Pour autant, le contentieux du travail né de cette crise, en particulier de l'obligation de sécurité de l'employeur, ne devrait pas conduire à un bouleversement des pratiques juridictionnelles habituelles.**

1 - Dans le prolongement de l'intervention du professeur Bernard Gauriau<sup>1</sup>, nous nous interrogerons sur ce que pourrait être le contrôle du juge sur le droit souple produit massivement à l'occasion de la crise sanitaire.

Notre propos portera sur le contentieux lié aux conditions de travail des salariés et à l'obligation de sécurité de l'employeur au cours de la crise sanitaire. Nous n'évoquerons donc pas la crise dans sa dimension économique. Au demeurant, cette dimension ne nous paraît pas nouvelle. Employeurs et tribunaux ont en effet « l'habitude » de gérer les conséquences des crises économiques à travers, par exemple, le contentieux du licenciement pour motif économique. Nous mentionnerons uniquement le fait qu'à l'instar de ce type de contentieux, celui qui naîtra de la crise sanitaire et plus particulièrement celui découlant de l'obligation de sécurité de l'employeur, obligera le juge, plusieurs mois, voire parfois plusieurs années après les faits, à se replacer dans le contexte de l'époque. Le juge devra en effet avoir la mémoire des événements particulièrement troublants et spécifiques nés de la crise sanitaire lorsqu'il lui faudra, le moment venu, rendre un jugement sur le comportement de tel ou tel à cette occasion. Si le voyage du juge dans le temps n'est pas un concept nouveau, la question de sa mise en œuvre à l'occasion d'un contentieux né de la crise sanitaire nous paraît d'autant plus sensible que cette crise touche le monde entier et que, n'ayons pas peur des mots, la maladie et la mort en sont malheureusement les principales caractéristiques.

2 - Nous ne nous attarderons pas non plus sur les conditions dans lesquelles la justice a fonctionné pendant la crise, en particulier pendant la phase de confinement strict du printemps 2020. La situation a été très compliquée (audiences annulées, audiences derrière des

plexiglass, tribunaux très difficilement joignables, etc.). Nous postulons que la justice a fait ce qu'elle a pu, avec les moyens dont elle dispose.

Le contentieux né ou à naître touchant à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail des salariés dans le cadre de la crise sanitaire nous paraît en revanche devoir attirer notre attention de praticien. La question qui nous occupe est en effet celle de savoir comment les tribunaux apprécieront l'obligation de sécurité de l'employeur dans le contexte de crise sanitaire, sur quels fondements ils s'appuieront pour forger leur conviction et quelles seront les conséquences de leur appréciation sur la responsabilité civile et pénale de l'employeur. Le sujet est très vaste. Nous ne ferons ici que l'effleurer.

3 - Pour répondre, il convient d'abord de s'interroger sur la valeur juridique du droit souple produit quasi quotidiennement par le ministère du Travail (1). Chacun se souvient que, pendant les premières semaines du printemps 2020, les directions juridiques des entreprises et leurs conseils étaient « pendus » aux déclarations et interviews de la ministre du Travail de l'époque pour connaître la nouvelle « obligation » qu'il faudrait mettre en place le jour même. Dans une seconde partie, nous nous demanderons si le juge peut opérer un contrôle de l'obligation de sécurité sur le fondement de ce droit souple et si, *in fine*, la responsabilité civile et/ou pénale de l'employeur pourrait être retenue sur ce fondement (2).

## 1. Valeur juridique du droit souple

4 - La production de droit souple a été riche, notamment dans le domaine de la santé, de l'hygiène et de la sécurité, mais également dans celui de l'activité partielle et du télétravail : protocoles, questions-réponses, fiches, guides, instructions et même interviews télévisés. Il n'est nullement question de critiquer ici l'utilité des diverses mesures (notamment de protection de la santé et de la sécurité) dont le ministère du Travail s'est fait le porte-voix. Mais, en tant que

**Ndlr :** cette étude est issue de l'intervention de l'auteur au colloque organisé le 2 avril 2021, sous la présidence de Pierre Romain et de Laurence Pécaut-Rivolier, par le Laboratoire de droit social de l'université Panthéon-Assas (Paris II), sur le thème « Les crises et le droit du travail ».

1. V. dans ce numéro, B. Gauriau, *Le juge et les crises* : JCP S 2021, 1157.

juriste, il nous paraît légitime de nous interroger sur la portée de ce droit souple<sup>2</sup>.

Le Conseil d'État a jugé que les protocoles sanitaires n'avaient pas de force normative. Il les a qualifiés d'« ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le cadre de l'épidémie du Covid 19 »<sup>3</sup>. On comprend l'idée : la seule norme impérative qui pèse sur l'employeur est celle d'assurer la sécurité et de préserver la santé des travailleurs (*C. trav.*, art. L. 4121-1) ; les protocoles sanitaires constituent des recommandations qu'il serait bon pour l'employeur de mettre en œuvre s'il veut atteindre son objectif de protection de la santé. En toute orthodoxie juridique, nous en déduisons donc que le non-respect des recommandations du protocole sanitaire ne suffit pas à caractériser la violation par l'employeur de son obligation de sécurité<sup>4</sup>.

5 - La solution dégagée par le Conseil d'État n'est pas surprenante. Quel qu'ait pu être le ton parfois martial du ministère du Travail et du ministère de la Santé au moment de communiquer sur les protocoles sanitaires fraîchement élaborés, le Conseil d'État a rappelé qu'en matière de sécurité, le législateur avait confié au pouvoir réglementaire le soin de prévoir les prescriptions particulières que les employeurs sont tenus de prendre pour limiter certains risques (*C. trav.*, art. L. 4111-6). Par conséquent, le non-respect d'un protocole sanitaire par l'employeur ne pourra pas fonder une sanction administrative à son encontre.

Le Conseil d'État a également jugé que les guides, fiches conseils métiers, guides de bonnes pratiques et autres questions-réponses n'avaient pas de valeur juridique et qu'ils pouvaient d'ailleurs faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir lorsqu'ils présentaient un caractère impératif ou le caractère de lignes directrices<sup>5</sup>.

Les employeurs peuvent donc contester les éventuelles sanctions administratives qui leur seraient infligées sur le fondement du droit souple. De ce point de vue, une source de contentieux administratif est ouverte.

Qu'en est-il sur le terrain du juge judiciaire et du juge pénal ?

## 2. Droit souple et contrôle du juge judiciaire et du juge pénal

6 - Même si le Conseil d'État a jugé que le droit souple n'avait pas de portée juridique, l'on ne saurait feindre de croire qu'il n'aura pas de conséquence *in fine* sur la responsabilité civile et/ou pénale de l'employeur. En effet, autant la force normative de ce droit peut être

discutée et contestée autant nous avons du mal à imaginer qu'un tribunal l'écarte totalement. Il est difficile d'imaginer que le tribunal n'en tienne pas compte, même sans y faire expressément référence, lorsqu'il devra trancher la question de savoir si l'employeur a pris suffisamment de mesures pour limiter, par exemple, les risques de contaminations au sein de son entreprise.

Ces recommandations serviront donc *a minima* de grille de lecture pour le juge qui vérifiera ce qu'il était recommandé à l'employeur de faire concrètement pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs.

En d'autres termes, qu'il s'agisse de responsabilité civile ou pénale, la faute, y compris d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, sera d'autant mieux caractérisée ou écartée que les recommandations ministérielles auront été respectées ou méconnues.

7 - Il nous semble en effet qu'en matière de santé et de sécurité au travail, en l'occurrence s'agissant de l'appréciation du risque de contamination à la Covid-19 au sein de l'entreprise, le respect par l'employeur des préconisations ministérielles aura une incidence sur l'appréciation du manquement ou non à son obligation de sécurité par ce dernier.

Si l'employeur a respecté ces recommandations il devrait être difficile pour le juge d'établir un lien de causalité entre le comportement de ce dernier, son éventuelle faute, et le préjudice subi par la victime. D'un autre côté, il faut espérer que le contrôle de la faute par le juge continuera d'être apprécié *in concreto*, c'est-à-dire, en l'occurrence, que la seule preuve du non-respect formel des recommandations ministérielles ne suffira pas à engager la responsabilité de l'employeur.

8 - En ce qui concerne la responsabilité pénale du chef d'entreprise, nous nous souvenons des débats initiés par des responsables politiques et des élus (des maires notamment) pendant le confinement du printemps 2020 qui craignaient que leur responsabilité pénale soit engagée en cas de contamination de leurs administrés. Les employeurs, par le biais des principales organisations professionnelles, avaient emboîté le pas, pour être, eux aussi, associés à la réflexion et, le cas échéant, obtenir un assouplissement législatif des conditions d'engagement de leur responsabilité pénale dans le cadre de la crise sanitaire.

De cette réflexion est très rapidement né de la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire<sup>6</sup> un nouvel article du Code de la santé publique<sup>7</sup> d'où il ressort que la responsabilité pénale des décideurs, dont celle des employeurs, à propos des délits non intentionnels, a été aménagée. La faute du chef d'entreprise devra être appréciée en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait « dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire ». Les critères de compétences, pouvoir et moyens préexistaient à ce nouveau texte. Cela ne devrait donc pas changer grand-chose dans l'appréciation par le juge du caractère fautif de l'imprudence, de la négligence ou du manquement de l'employeur à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement et sanctionnée pénalement<sup>8</sup>. Toutefois, le nouveau texte

2. Selon le professeur Grégoire Loiseau : « Disons une fois encore qu'il n'est pas question de mettre en doute l'utilité des mesures de protection des travailleurs dont le ministère se fait le porte-voix. Mais il est de la responsabilité des entreprises, tant que des normes contraignantes de nature législative ou réglementaire n'ont pas été adoptées, d'apprécier ce qui doit et ce qui peut être fait. C'est, on le répète, une dérive inquiétante de procéder au moyen de techno-normes dont la légalité est contestable » : *Dépêche AEF n° 649082, 26 mars 2021*. – « Avec le protocole sanitaire le ministère du travail, décomplexé, donne des directives aux entreprises » (G. Loiseau).

3. *CE, 19 oct. 2020, n° 444809 : JurisData n° 2020-017919 ; JCP S 2020, act. 450, aperçu rapide G. Loiseau*. – *CE, 17 déc. 2020, n° 446797 : JurisData n° 2020-021754*.

4. Selon le professeur Grégoire Loiseau : « Cette présentation bute cependant sur l'évidence. La qualification de recommandation est en contradiction flagrante avec la tonalité prescriptive des mesures devant être mises en œuvre par les entreprises et ne s'explique qu'en opportunité pour dévaluer l'autorité normative du protocole et justifier un contrôle allégé de sa légalité » : *Dépêche AEF n° 649082, 26 mars 2021*. – « Avec le protocole sanitaire le ministère du travail, décomplexé, donne des directives aux entreprises » (G. Loiseau).

5. *CE, 29 mai 2020, n° 440452 : JurisData n° 2020-010354*. – *CE, 12 juin 2020, n° 418142 : JurisData n° 2020-007983*. – *CE, 21 avr. 2021, n° 440451 : JurisData n° 2021-006336*.

6. *L. n° 2020-546, 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions : JO 12 mai 2020*.

7. *CSF, art. L. 3136-2* : « L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur ».

8. *C. pén., art. 121-3* : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas

devrait contraindre le juge pénal à faire une appréciation, si l'on peut dire, « *encore plus contextuelle* » des moyens, des compétences et des pouvoirs dont le chef d'entreprise disposait à l'époque des faits puis qu'il devra tenir compte « *de la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire* ». Certains insisteront sans doute, néanmoins, pour affirmer que cela ne modifiera pas l'office du juge dès lors que, dans la pratique, il apprécie déjà le contexte d'une situation et qu'il n'était donc nul besoin d'une nouvelle disposition légale pour le rapeler.

Nous considérons pour notre part qu'il était préférable de graver ce nouveau dispositif dans la loi. Le juge doit désormais accomplir un exercice spécifique d'appréciation de la situation au regard de l'état d'urgence ; il doit en justifier dans sa décision.

En revanche, les employeurs devront rester vigilants quant à l'appréciation par le juge des moyens dont ils disposaient pendant la

*accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.*

*Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.*

*Il n'y a point de contravention en cas de force majeure ».*

crise. En effet, le juge pourra considérer que les protocoles sanitaires et autres composants du droit souple, quand bien même ils n'ont pas de valeur juridique, constituaient pour les employeurs des moyens d'information et de recommandation à leur disposition pour assurer la sécurité des travailleurs...

9 - En conclusion, nous retiendrons que la crise a été très dure pour les travailleurs mais aussi pour les employeurs. Nous postulons que la majorité des entreprises ont fait du mieux qu'elles pouvaient pour surmonter les contraintes très fortes qui ont pesé sur elles, tout en tenant compte des recommandations diverses et variées qui leur étaient destinées quasi-quotidiennement. Sur la base de ce postulat, il appartiendra alors au juge de trier le bon grain de l'ivraie : d'un côté les employeurs qui auront respecté le droit souple mais qui devront quand même répondre devant un tribunal d'un manquement à leur obligation de sécurité ; d'un autre côté ceux qui n'en auront pas tenu compte et qui juridiquement n'étaient pas tenus de l'appliquer. Nous sommes convaincus que les tribunaux feront ce tri selon leurs méthodes habituelles, en vérifiant *in concreto* les mesures mises en œuvre par l'employeur pour assurer la sécurité et la santé des travailleurs mais aussi en appréciant la bonne foi du chef d'entreprise. Ainsi, au caractère exceptionnel de la crise ne devrait pas, selon nous, s'inférer une justice exceptionnelle. Employeurs et travailleurs ne devraient pas subir en plus de la crise sanitaire une (nouvelle ?) crise de confiance dans la justice.

Mots-Clés : Contentieux du droit du travail - Crise sanitaire

## SERVICE INCLUS DANS VOTRE ABONNEMENT PAPIER

Lexis  
Kiosque

### Vos avantages

- Accédez à votre bibliothèque de revues en un clic ;
- Consultez votre revue à tout moment, même sans accès internet, une fois téléchargée ;
- Bénéficiez d'un confort de lecture, d'un accès optimisé pour chaque support (tablette, smartphone, mobile) ;
- Stockez et retrouvez très simplement vos anciens numéros ;
- Feuilletez librement votre revue, ou sélectionnez un article précis.



LexisNexis®

Informations 01 71 72 47 70

### GUIDE D'ACCÈS À LEXIS® KIOSQUE

- Je m'identifie sur [www.lexisnexis.fr/lexiskiosque](http://www.lexisnexis.fr/lexiskiosque) avec mon numéro client\*
- Je reçois par email sécurisé mon login et mon mot de passe
- Je télécharge gratuitement sur App Store ou Google Play l'appli Lexis® Kiosque ou j'accède au site
- Je me connecte à Lexis® Kiosque grâce à mon login et mon mot de passe
- Je télécharge ma revue dans ma bibliothèque virtuelle (Inclus dans mon abonnement papier)

Consultez  
vos revues depuis  
votre PC, mobile,  
tablette



Disponible sur



\* Retrouvez votre numéro client sur le « blister » de votre revue.

20RE/MC036\_UCS