



Covid-19 et risque pénal pour l'entreprise : le point un an après



Agnès VIOTTOLO
Avocate associée
www.teitgen-viottolo.com



Sandra PRIEGO
Avocate
www.teitgen-viottolo.com

Au début de la crise sanitaire, nous avons publié un article intitulé « Covid-19 : quel risque pénal pour l'entreprise ? » ⁽¹⁾. Nous faisons alors le constat de la difficulté d'engager la responsabilité de l'employeur sur le fondement d'infractions prévues et réprimées par le Code pénal.

Un an après, force est de constater que peu de poursuites ont été initiées à ce titre, faute d'outils adéquats. Des infractions propres au droit pénal du travail nous semblent en revanche plus à même d'être retenues.

DROIT PÉNAL GÉNÉRAL : PEU D'INFRACTIONS MOBILISABLES

Mise en danger d'autrui

Le délit de mise en danger d'autrui est défini par l'article 223-1 du Code pénal comme « *le fait d'ex-*

(1) Voir Les Cahiers du DRH n° 275, mai 2020.

Au cours des douze derniers mois, peu d'entreprises ont été poursuivies et condamnées sur le plan pénal, la plupart des infractions retenues à leur encontre relevant de manquements aux règles d'hygiène et de sécurité réprimées par le Code du travail.

poser 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 ».

Ici, l'infraction est constituée en l'absence de tout résultat dommageable. Elle permet de sanctionner un comportement dangereux.

C'est sur ce fondement que, le 31 mars 2020, la CGT annonçait qu'elle avait déposé plainte contre la société *Amazon France Logistique* pour avoir refusé à 200 salariés d'exercer leur droit de retrait. Cette plainte a été classée sans suite et, à notre connaissance, il n'y a eu aucun cas de poursuites pour mise en danger d'autrui.

Cela était prévisible, dans la mesure où la caractérisation de l'infraction se heurte à l'absence « *d'obligation particulière de sécurité ou de prudence*



imposée par la loi ou le règlement ». Depuis un an, les pouvoirs publics ont fait le choix de multiplier les normes de « *soft law* » (protocoles, questions-réponses, recommandations...) qui, si elles seront nécessairement prises en compte par le juge civil pour l'appréciation du respect par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat, sont dépourvues de tout effet contraignant. De fait, elles ne permettent pas de caractériser l'élément légal de l'infraction, à savoir la violation d'une loi ou d'un règlement.

Au surplus, l'article L. 3136-2 du Code de la santé publique, instauré par la loi du 11 mai 2020 ⁽²⁾ prorogeant l'état d'urgence, prévoit que, pour l'application des dispositions du Code pénal relatives au manquement à une obligation de prudence ou de sécurité, il faut tenir 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* ». Cette précision est encore de nature à réduire le champ de la répression, quand bien même le non-respect d'une loi ou d'un décret pourraient être invoqués.

Omission de porter secours

Ce délit est prévu et réprimé au deuxième alinéa de l'article 223-6 du Code pénal, lequel sanctionne « *le fait pour quiconque de s'abstenir volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours* ». Comme pour la mise en danger d'autrui, cette infraction peut être caractérisée en l'absence de tout résultat dommageable ⁽³⁾. Elle peut aussi être retenue à titre de circonstance aggravante lorsque le risque se réalise.

Sur ce fondement, la CGT Commerce déposait, il y a un an, une plainte à l'encontre de la société *Carrefour Hypermarché*, à la suite du décès d'une salariée de la Covid-19. Le syndicat faisait valoir que les vitres en plexiglas protégeant les caissières n'avaient été mises en place que tardivement (le 20 mars 2020) au sein de l'établissement en cause, que le personnel n'avait pas reçu de masques de protection et que

tous les rayons étaient restés ouverts au public, et non les seuls rayons correspondants à des achats de première nécessité. L'affaire est toujours en cours d'enquête par le Parquet de Bobigny.

Le délit d'omission de porter secours est, de notre point de vue, plus approprié que le délit de mise en danger d'autrui. Encore faudra-t-il cependant que les mesures de protection se soient avérées insuffisantes au regard des connaissances et des moyens dont disposait l'entreprise il y a un an. À défaut, l'abstention volontaire ne saurait être caractérisée.

Homicide ou blessures involontaires

Ces infractions visent l'hypothèse où un cas de Covid-19 est effectivement déclaré. Il n'y a pas eu, à notre connaissance, de poursuites initiées sur ce fondement. Cela n'a rien de surprenant, dans la mesure où ces infractions requièrent la démonstration d'un lien de causalité certain entre l'absence de mesures de protection et la survenance de la maladie. Or, même en présence d'un cluster dans l'entreprise, il sera très difficile de prouver que le virus n'a pas pu être contracté en un autre lieu ou dans l'entourage du salarié.

Un an après, la mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'employeur s'avère donc difficile sur le fondement des infractions de droit pénal général. Pour autant, le chef d'entreprise n'est pas à l'abri de poursuites pénales. Certaines infractions prévues et réprimées par le Code du travail pourraient, en effet, s'avérer d'une redoutable efficacité.

INFRACTIONS PROPRES AU DROIT DU TRAVAIL DAVANTAGE RETENUES

Non-respect des dispositions relatives aux équipements de protection individuelle (EPI)

Le protocole sanitaire en entreprise a généralisé le port du masque dans les lieux collectifs depuis le 1^{er} septembre 2020. Même si cette question a fait l'objet de discussion, le masque doit, de notre point de vue, être nécessairement considéré comme un EPI.

(2) L. n° 2020-546, 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

(3) Haute Cour de justice, 5 févr. 1993, « *Affaire du sang contaminé* ».



Il s'ensuit que, en cas de non-respect des dispositions du protocole sur ce point, l'employeur encourt les sanctions prévues pour défaut de prévention des risques professionnels, en particulier celles fixées par l'article L. 4741-1 du Code du travail. Selon ce texte, en cas de faute personnelle de l'employeur ou de son représentant, l'amende encourue est de 10 000 €, portée à 30 000 € en cas de récidive. Cette amende est appliquée autant de fois qu'il y a de travailleurs concernés, ce qui peut avoir un impact financier très lourd pour l'entreprise. Il appartiendra à la jurisprudence de préciser si le seul défaut de fourniture de masques constitue une faute personnelle de l'employeur. Ce pourrait, selon nous, être le cas dans les entreprises de catégories 1 et 2 exposées au risque biologique du Sars-CoV2 (*voir ci-après*).

Défaut de mise à jour du DUERP

L'employeur doit mettre à jour le DUERP ⁽⁴⁾ :

- au moins chaque année ;
- lors de toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ;
- lorsqu'une information supplémentaire intéressant l'évaluation d'un risque dans une unité de travail est recueillie.

Dans le cadre de la protection contre la Covid-19, le DUERP doit être régulièrement mis à jour au fur et à mesure de l'identification des risques et de l'évolution des connaissances.

À défaut, une amende de 1 500 € pour les personnes physiques et de 7 500 € pour la personne morale est encourue. Ces sommes sont doublées en cas de récidive. Par ailleurs, l'employeur s'expose à des poursuites pénales pour délit d'entrave si le DUERP n'est pas mis à disposition des représentants du personnel.

Non-respect de l'obligation de prévention des risques biologiques

La Covid-19 doit être considérée comme un agent biologique pathogène de groupe II.

Il découle de l'article R. 4421-1 du Code du travail que peuvent être considérés comme exposés au risque biologique :

- les professionnels systématiquement exposés au risque de contamination du virus du fait de la nature de leur activité habituelle (exemple : professionnels de santé et de secours) ;
- 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 peut 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 (exemple : toilette, habillage, nourriture) ⁽⁵⁾.

Par ailleurs, une fiche DGT du 14 septembre 2020 classe les entreprises en trois catégories :

- entreprises de catégorie 1, dont l'activité implique l'utilisation délibérée d'agents biologiques (exemple : laboratoires) ;
- entreprises de catégorie 2, dont l'activité n'implique pas l'utilisation délibérée d'un agent biologique, mais pour lesquelles l'évaluation des risques met en évidence un risque spécifique d'exposition au Sars-CoV-2 (exemple : établissements de soins, Ehpad, abattoirs, entreprises confrontées à un cluster) ;
- entreprises de catégorie 3, dont l'évaluation des risques ne met pas en évidence un risque spécifique d'exposition au Sars-CoV-2 (exemple : activités tertiaires et industrielles sans lien avec le public).

Pour les entreprises de catégorie 1 et 2, le seul non-respect du port du masque constitue une infraction pénale pouvant être relevée par l'inspecteur du travail.

Pour celles de catégorie 3, la DGT renvoie à l'article R. 4422-1 du Code du travail, selon lequel « l'employeur prend des mesures de prévention visant à supprimer ou à réduire le risque biologique, conformément aux principes de prévention énoncés à l'article L. 4121-2 ». En cas de non-respect de ces mesures, la responsabilité pénale du chef d'entreprise pourra être engagée.

(4) C. trav., art. R. 4121-2.

(5) Sécurité-santé des travailleurs – Obligations générales de l'employeur (travail-emploi.gouv.fr).



Pouvoirs de l'inspecteur du travail

Dans un communiqué publié le 3 novembre 2020, le ministère du Travail annonçait que les « 1980 agents de contrôle de l'inspection du travail accompagneront les entreprises dans la mise en œuvre du protocole national » et « vérifieront notamment que les entreprises ont bien intégré le risque de contamination à la Covid-19 dans leur évaluation des risques professionnels et pris les mesures de prévention en conséquence ».

Le ministère du Travail précise que « lorsque la situation l'exige ou en l'absence persistante de mise en œuvre des mesures de prévention requises, les agents de contrôle de l'inspection du travail disposent d'outils juridiques et de prérogatives qui leur permettent

d'imposer les mesures de protection nécessaires et leur mise en œuvre effective :

- mise en demeure par le Direccte [devenu le Dreet] en cas de situation dangereuse ⁽⁶⁾ qui peut aboutir à établir un procès-verbal si l'entreprise ne donne pas suite ;
- procès-verbal ;
- référé judiciaire s'il existe un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique des salariés » ⁽⁷⁾.

Des poursuites pénales débiteront par l'établissement d'un procès-verbal, lequel sera transmis au Parquet. Le Procureur de la République, seul juge de l'opportunité des poursuites, décidera alors du renvoi de l'entreprise et/ou de son représentant devant la juridiction pénale. ◆

(6) C. trav., art. L. 4721-1, 1°.

(7) « Quel est le rôle de l'inspection du travail en matière de contrôle de la mise en œuvre du protocole et des mesures barrières ? Quels sont les moyens d'intervention ? », ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion, 17 avr. 2020, mis à jour 22 mars 2021.