

**Covid-19 : la responsabilité pénale des employeurs peut-elle être mise en cause ?**

A l'heure du déconfinement, les salariés ne sont pas les seuls à craindre les conséquences du COVID-19, les dirigeants d'entreprise redoutent quant à eux l'engagement de leur responsabilité pénale que ce soit au titre du droit pénal général ou à celui, plus spécial, des infractions de droit du travail... Ainsi, la reprise totale de l'activité tarde à se mettre en place non seulement en raison d'une économie vacillante mais également en raison de difficultés d'application des mesures du plan de déconfinement et de l'incertitude quant à l'étendue du champ d'engagement de la responsabilité pénale des dirigeants. La question de cette éventualité d'une responsabilité pénale face à la pandémie a d'ailleurs fait l'objet d'une intervention législative, après des pressions non seulement des organisations patronales mais également des élus. Ainsi, l'article 1 de la loi du 11 mai 2020 prolongeant l'état d'urgence sanitaire ajoute un article L.3136-2 au code de la Santé publique, prévoyant que « 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. »

Rappelons que l'article 121-3 du code pénal énonce en premier lieu qu'« il n'y a pas de délit sans intention », puis prévoit l'exception, « sauf 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 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. »

L'article précise que « 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. »

A la lecture de ce texte, on comprend que l'apport de l'article 1 de la loi de prolongation de l'état d'urgence n'est qu'une cosmétique politique. En effet, les juges contextualisent les « diligences normales » qui sont attendues de l'auteur des faits. Le contexte sera celui de la crise sanitaire... nous en connaissons les incertitudes.

Comme ces derniers mois nous l'ont montré, la communication bat son plein, en dépit éventuellement de la raison... il y aurait certainement matière à discuter sur le manque de confiance des citoyens en la justice, mais là n'est pas le propos.

Le ministère du travail lui-même ne s'est pas beaucoup engagé pour rassurer les employeurs et on peut lire dans le *questions/réponses* publié sur son site "*l'employeur qui ne peut mettre en télétravail ses salariés mais qui met à leur disposition des moyens de protection tels que savons, gel hydro-alcoolique et tout autre moyen recommandé par les pouvoirs publics, les informe*

*régulièrement et de façon actualisée sur la prévention des risques de contamination (rappel des gestes barrière et de distanciation) en adaptant leur formation à la situation de l'entreprise et à la nature des postes occupés (fiches métier disponibles sur le site du Ministère du travail) ne devrait pas, sous réserve de l'appréciation souveraine des juges, encourir de sanction pénale".*

Effectivement, il appartiendra aux juges de décider...

## **Qu'en est-il du risque d'engagement d'une responsabilité pénale du décideur ?**

Cette responsabilité pénale peut donc être engagée sur deux terrains :

- celui du droit pénal général (code pénal),
- celui du droit pénal spécial (code du travail).

### **1. Les infractions de droit pénal général**

En cette période d'urgence sanitaire, la loi n'a prévu aucune infraction spécifique relative à la protection des salariés contre un risque de contamination. Il faut donc regarder du côté de l'existant, s'agissant soit de l'exposition des salariés à un risque de contamination au coronavirus, soit de la contamination elle-même de salariés.

Plusieurs infractions pourraient être relevée, et la plus fréquemment évoquée est la mise en danger de la vie d'autrui (article 223-1 du code pénal).

L'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne (du salarié donc) ayant entraîné une interruption de travail (ITT) inférieure ou égale à trois mois (en raison du covid-19 donc) (article 222-20 du code pénal) ou une ITT supérieure à trois mois (article 222-19), l'homicide involontaire en cas décès d'un salarié ayant contracté le virus sur les lieux de travail (article 221-6 du code pénal) pourraient également être retenus.

#### **Les limites à la responsabilité pénale de l'employeur.**

Il semble toutefois qu'il faille relativiser la responsabilité pénale de l'employeur. Plusieurs obstacles semblent se poser à sa reconnaissance.

Premièrement, les infractions pénales de mise en danger de la vie d'autrui, ou à d'atteinte involontaire à l'intégrité d'une personne qui aurait subi une ITT inférieure ou égale à trois mois ne peuvent être caractérisées qu'en cas de violation manifestement délibérée de d'obligation de sécurité imposée par la loi ou le règlement.

Or, la loi pénale est d'interprétation stricte et requiert des textes suffisamment précis afin qu'il n'y ait pas de place pour l'arbitraire (principe de légalité des peines et délits). Ainsi, l'employeur doit pouvoir avoir pleinement connaissance de ce qui était attendu de lui et ce qu'il a transgressé.

Seulement, le décret n°2020-293 du 23 mars 2020 imposant la mise en place de « mesures d'hygiène et de distanciation sociale, dites "barrières" » est insuffisamment précis pour répondre aux exigences de la loi pénale.

Seules les guides et fiches métiers diffusés par le ministre du travail à l'intention des employeurs, plus précis et détaillés, permettent d'avoir davantage conscience de ce qui doit être mis en œuvre afin de remplir l'obligation de prudence et de sécurité. Toutefois, ces dernières n'ayant pas de portée normative contraignante, elles ne semblent pouvoir pour l'heure constituer le fondement de l'engagement de la responsabilité pénale de l'employeur (même si récemment, le Conseil d'Etat a admis pouvoir contrôler la légalité des fiches métiers cf. <http://daempartners.com/clin-oeil/les-fiches-metiers-et-guides-de-branche-publies-sur-le-site-du-gouvernement-devant-le-conseil-detat/> )

S'agissant des délits non intentionnels où la simple négligence ou imprudence peut suffire à la

qualification (homicide involontaire de l'article 221-6 CP ou atteinte à l'intégrité de l'article 222-19 CP), il faudra établir le lien entre le dommage et l'imprudence. Or, le risque de contamination et la contamination en elle-même peuvent résulter d'une multitude de facteurs, rendant presque impossible de démontrer que celle-ci a eu lieu sur le lieu de travail.

Pour l'heure, les probabilités de reconnaissance de la responsabilité pénale de l'employeur semblent minces dès lors que l'employeur suit les instructions données par le gouvernement. Toutefois, les plaintes de syndicats ne sont pas exclues (rappelons que des plaintes pour mise danger ont été déjà déposées par certains syndicats contre Amazon, Carrefour, Carrefour market, La Poste) et, si elles sont potentiellement inefficaces quant à l'issue, ce mode d'action reste malheureusement une des facettes du difficile dialogue social à la française.

## 2. Les infractions de droit pénal spécial.

Le code du travail sanctionne également certains comportements par des sanctions pénales. Ces dispositions pénales sont des infractions de prévention, le résultat dommageable n'est pas attendu, la seule violation suffit pour qualifier l'infraction.

**A commencer par l'article L.4741-7 du code du travail** qui sanctionne la violation des dispositions relatives à l'hygiène et la sécurité applicable dans l'entreprise. L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de travailleurs de l'entreprise concernés indépendamment du nombre d'infractions relevées.

Bien qu'une faute de l'employeur soit requise, la faute est présumée lorsqu'une réglementation prescrite n'a pas été respectée.

Sont donc notamment concernées les obligations d'évaluation des risques, l'établissement et la mise à jour du document unique d'évaluation des risques (DUER).

La sanction pénale encourue en cas d'absence ou de non actualisation de DUER est une amende pouvant aller jusqu'à 1500 € (jusqu'à 3000 € en cas de récidive dans un délai d'un an à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine). S'agissant d'une personne morale, le montant de l'amende peut s'élever à 7500 € en cas de premier manquement et atteindre 15 000 € en cas de récidive.

En outre, le délit d'entrave pourra être retenu puisque, de facto, l'obligation de tenir les documents à disposition des IRP aura été violée (un an d'emprisonnement et/ou 7500 € d'amende).

D'autres infractions pénales peuvent être recherchées, notamment celle sanctionnant le travail dissimulé ainsi que celle relative à l'entrave.

**Concernant le travail dissimulé**, l'article L8211-1 6° du code du travail dispose qu'est constitutive de travail illégal, « la fraude ou fausse déclaration » dans le cadre d'une activité partielle. Dans ce cas, l'employeur s'expose à une peine de 2 ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende.

Une instruction ministérielle, datée du 14 mai 2020, détaille aux *Directe* les modalités de contrôles sur les demandes d'activité partielle. Ce plan de contrôle se divise en trois parties :

- la détection et le croisement de données administratives,
- le contrôle sur pièces,
- le contrôle sur place.

Bien que l'administration entende réagir avec clémence aux simples erreurs, la recherche de l'existence de fraudes est l'un des objectifs de ce contrôle annoncé à grand renfort de communication.

**Enfin, le délit d'entrave** : durant cette période de pandémie, l'information et la consultation du

comité social et économique a bien souvent été écartée, reconduite voire supprimée afin de faciliter les démarches des entreprises qui ont dû agir dans l'urgence. Ainsi, les différents décrets publiés pendant l'état d'urgence sanitaire ont considérablement assoupli les modalités de consultation du CSE notamment dans le cadre de la demande d'activité partielle.

Même en période de très faible activité, les représentants du personnel doivent avoir le droit d'accéder aux locaux dans le cadre de leurs fonctions. Ainsi, le 27 avril 2020, le Tribunal judiciaire de Saint Nazaire, statuant en référé, a condamné sous astreinte une entreprise à délivrer à un délégué syndical placé en télétravail une autorisation d'accès au site afin qu'il puisse communiquer avec les salariés en activité sur le site. Le délit d'entrave était constitué.

Enfin, les processus électoraux ont été figés durant la période d'urgence, leur remise en route doit être au programme des prochains jours.

### **En conclusion : Que faire pour se prémunir de l'engagement de la responsabilité pénale ?**

Afin de remplir son obligation de moyen renforcé en matière de santé et sécurité, outre, la mise en place des consignes gouvernementales, et leur régulière adaptation, il est donc recommandé de :

- procéder à une évaluation du risque professionnel pour réduire au maximum les risques de contagion, par des actions de prévention, d'information et de formation,
- mettre à jour régulièrement le DUER, il est donc indispensable de se maintenir informé des avancées scientifiques sur le virus et des instructions gouvernementales concernant la protection des salariés,
- associer le CSE, la médecine du travail dans l'information et la formation des salariés, la mise à jour du DUER, la mise en place des consignes de sécurité relatives au risque de contagion,
- prévoir les actions en cas de contamination d'un salarié,
- reprendre les processus électoraux,

ET conserver les traces des actions menées au sein de l'entreprise afin de pouvoir se défendre en cas de litige.