

Semaine Sociale Lamy

Les juges des référés dans la tourmente du Covid-19

Françoise Champeaux

Lille, Paris, Nanterre, Versailles. Référé sans audience (Paris), avec audience et un seul juge (Lille), avec audience et trois magistrats (Nanterre, Versailles). À ce jour, six ordonnances de référé se sont prononcées sur la question fondamentale, en cette période de crise sanitaire, de la préservation de la santé des salariés qui travaillent sur site. Ceux de la « deuxième ligne », qui sont au front, dans les supermarchés, dans les entrepôts d'Amazon, dans les associations d'aide à domicile. Quels enseignements peut-on tirer de ces premières ordonnances que nous avons synthétisées dans un tableau ?

LE KIT JURIDIQUE

Le premier enseignement est sans surprise. Les fondements juridiques mobilisés sont désormais bien connus, à défaut d'être toujours maîtrisés par les entreprises, et rappelés invariablement par les juges. Le triptyque du Code du travail L. 4121-1/L. 4121-2/ L. 4121-3 doit être au rendez-vous. Selon le premier article, « *l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ». Selon le deuxième, les principes généraux de prévention doivent s'appliquer. Enfin, le troisième oblige l'employeur à évaluer les risques conformément aux principes généraux de prévention. Le document unique d'évaluation des risques professionnels (DUER) consigne un inventaire des risques identifiés dans l'entreprise ([C. trav., art. R. 4121-1](#)) et sert de base pour définir un plan d'action. En cette période de Covid-19, les juges ne manquent pas de rappeler que le DUER doit faire l'objet d'une mise à jour. L'employeur ne pourra pas échapper à une nouvelle évaluation des risques professionnels, ainsi que le préconise le gouvernement. Cette analyse doit être approfondie, précise et adaptée. Dans l'affaire de La Poste, le juge convoque une « *obligation spécifique et conjoncturelle* » et rappelle que « *l'employeur ne peut dans ce domaine se borner à paraphraser les recommandations publiques et officielles du gouvernement ou des autorités sanitaires compétentes ou à annoncer des calendriers de réunions* ».

ASSOCIER LES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL

En cette matière, l'employeur ne saurait décider seul. La médecine du travail doit être mobilisée, ainsi que les représentants du personnel. Dans les différentes ordonnances, un consensus se fait jour et insistant sur la nécessité d'associer les représentants du personnel. Dans l'affaire Carrefour Hypermarchés, le juge rappelle que « *cette démarche est conduite selon une procédure faisant intervenir les instances représentatives du personnel ainsi que le service de santé au travail. Il convient en outre de rappeler que le comité social et économique a pour mission de promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail dans*

l'entreprise et qu'il doit être consulté en cas de modification importante de l'organisation du travail ». Dans l'affaire Amazon, la Cour d'appel de Versailles exige même de consulter le CSE central « *dans un contexte épidémique national où une réflexion d'ensemble a toute sa place, les établissements étant alors chargés de l'adapter à leurs spécificités* ». Réagissant à l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles dans un communiqué de presse du 27 avril 2020, le syndicat des avocats d'employeurs Avosial insiste sur « *l'importance du dialogue social dans l'élaboration et la mise en œuvre des plans de prévention mais ce dialogue social doit être mené de bonne foi par toutes les parties, et doit exclure toute instrumentalisation de la justice* ».

Pour Elisabeth Graujeman, avocat associé, cabinet Chassany-WatreLOT, « *les ordonnances révèlent toutefois une confusion entre les notions de concertation et de consultation. Si l'employeur doit associer en amont les représentants du personnel à l'évaluation des risques et la détermination des mesures de prévention dans une approche pluridisciplinaire qui intègre évidemment la médecine du travail, et si cette concertation va au-delà d'une simple information, elle ne constitue pas une consultation au sens du Code du travail. D'abord parce qu'en l'état actuel des textes, il n'est pas prévu de consultation des représentants du personnel préalablement à l'évaluation des risques. Ensuite et surtout, si ce processus devait s'inscrire dans une consultation, cela supposerait de respecter les délais - a minima un mois -, avec pour conséquence de ne pas pouvoir mettre en œuvre immédiatement les mesures de prévention. La notion de consultation qui s'insère dans une procédure spécifique est incompatible avec l'urgence qu'impose la crise sanitaire* ». Précisément, s'agissant des délais, le gouvernement travaille sur un ajustement de ceux-ci.

LA PROBLÉMATIQUE DU RISQUE BIOLOGIQUE

Plusieurs ordonnances - toutes lilloises - abordent la question des risques biologiques qui font l'objet de dispositions spécifiques dans le Code du travail ([C. trav., art. R. 421-1](#) et s.). Dans l'affaire Carrefour Hypermarchés, le juge constate que dans le contexte, « *l'activité de vente de détail de marchandises dans un hypermarché expose les salariés, en contact les uns avec les autres et avec les clients aux heures d'ouverture du magasin, au Covid-19, à l'occasion de tels contacts de moins d'un mètre ou lors de la manipulation d'articles contaminés par les gouttelettes* ». Pour autant, « *l'activité de vente de détail de marchandise dans un hypermarché n'implique pas l'utilisation délibérée d'un agent biologique* ». Toutefois, le document unique d'évaluation des risques du magasin Carrefour Lomme, mis à jour le 7 avril 2020, identifie un risque biologique lié aux « *activités de relation clientèle, clientèle, vente, mise en rayon et réception* » exposant à une situation de danger caractérisée par une contamination virale type Covid-19. Par conséquent, conclut le juge, « *l'exposition des salariés du magasin Carrefour de Lomme au Covid-19 constitue donc bien une exposition à un risque spécifique au sens des dispositions précitées. Il en résulte que la société Carrefour Hypermarchés est obligée de respecter les règles de prévention des risques biologiques prévues au Code du travail et qu'il lui appartient de justifier qu'elle a pris toutes les mesures susceptibles de supprimer ou réduire au minimum les risques résultant de l'exposition aux agents biologiques* ». Ce raisonnement est reproduit dans les ordonnances concernant les affaires Carrefour Market et Association d'aide à domicile Adar, confirmant une jurisprudence naissante 100 % lilloise.

Selon Elisabeth Graujeman, dont le cabinet représentait Carrefour, « *le juge des référés lillois applique les dispositions spécifiques du Code du travail sur la prévention des risques biologiques. Or, cette réglementation ne vise pas le Covid-19 et n'est pas adaptée à la situation. Il ne faut évidemment pas en déduire une absence de mesures de prévention des risques sur ce point. Mais, à ce stade, les principes généraux de prévention des [articles L. 4121-1 et suivants](#)*

du Code du travail et les recommandations pratiques des autorités sanitaires qui ont été adoptées pour lutter contre le nouveau virus et sont mises à jour en permanence paraissent plus adaptés au Covid-19 que des textes du Code du travail qui n'ont pas été pensés pour l'épidémie actuelle ». Selon nos informations, le juge des référés lillois a eu à connaître d'une nouvelle affaire Carrefour sur la qualification du risque biologique dont le résultat est attendu le 5 mai. Un éclaircissement de la Direction générale du travail sur le champ d'application du risque biologique ne devrait pas tarder.

NE PAS OUBLIER LES RPS

Dans ce contexte où l'évaluation des risques est l'alpha et l'oméga, certains juges exhortent l'employeur à ne pas laisser de côté la santé mentale des salariés. Dans l'affaire Amazon, le juge des référés de Nanterre ordonne que l'évaluation des risques « *rende compte des effets sur la santé mentale induits notamment par les changements organisationnels incessants, les nouvelles contraintes de travail, la surveillance soutenue mise en place quant au respect des règles de distanciation et les inquiétudes légitimes des salariés par rapport au risque de contamination à tous les niveaux de l'entreprise* ». Les autres ordonnances citent [l'article L. 4121-1 du Code du travail](#) selon lequel l'employeur doit protéger la santé physique mais aussi mentale des travailleurs.

LE JUGE ET L'OBLIGATION DE SÉCURITÉ

L'obligation d'évaluation des risques est omniprésente dans toutes les ordonnances rendues à ce jour qui sanctionnent une approche trop formaliste de l'évaluation des risques par les entreprises. Ce constat n'est pas nouveau ; on connaît la faiblesse quasi culturelle des entreprises françaises sur le sujet. Mais l'évaluation des risques n'est que la première étape, vient ensuite sur cette base la définition des mesures concrètes à prendre pour protéger la santé des salariés. Et là, ce sont les juges qui sont parfois à la peine.

• La santé surplombe tout

Depuis les arrêts amiante du 28 février 2002, l'employeur est titulaire d'une obligation de sécurité à l'égard de ses salariés, obligation de moyens renforcée ([Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-11.793](#)). Dès lors que le juge constate une violation de cette obligation, il doit la faire cesser, même s'il doit, pour ce faire, s'immiscer dans le pouvoir de direction de l'employeur. Telle est la logique de l'arrêt Snecma ([Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45.888](#)). La santé « *surplombe tout* », même le pouvoir de direction, selon l'expression du Professeur Verkindt. Manifestement, tous les juges ne sont pas à l'aise avec ce vigoureux mode d'emploi.

Pour Savine Bernard, avocat au Barreau de Paris, cabinet Bernard-Videcoq et qui défend les salariés, « *les ordonnances parisiennes et nanterroises ont du mal à franchir la frontière du pouvoir de direction de l'employeur, comme les y autorise pourtant l'arrêt Snecma. Les juges renvoient les parties à une obligation d'évaluation préalable des risques sans prendre position sur le contenu des mesures* ». En revanche, toujours selon l'avocate, « *les décisions lilloises (Carrefour Market, association d'aide à domicile ADAR) sont particulièrement intéressantes en ce qu'elles contrôlent le contenu des mesures que doit prendre l'employeur en cette période de Covid-19, conformément à l'obligation de sécurité incombant à l'employeur. Le juge ne s'abrite pas derrière l'évaluation des risques dans le DUER. Certes, dans ces deux ordonnances, l'inspection du travail était à l'initiative du référé, ce qui a certainement dû faciliter le travail du juge eu égard aux constats effectués* ».

- *Le biais de l'astreinte*

Dans cette typologie, l'ordonnance Amazon prend place dans la première catégorie, celle essentiellement axée sur l'évaluation des risques. Comme nous l'avons déjà relevé ([Semaine sociale Lamy 1905, p. 17](#)), il y a une contradiction dans l'ordonnance entre les motifs - évaluation insuffisante des risques - et le dispositif - une ouverture limitée au lieu de la fermeture du site. Mais d'une certaine façon, subtilement et indirectement, le juge pousse à un contrôle sur le fond grâce à la forte pression que représente l'astreinte. Pour Savine Bernard, « *l'ordonnance Amazon est remarquable et atypique dans les mesures conservatoires. Le juge, d'une part, ordonne une astreinte particulièrement élevée et, d'autre part, se réserve la liquidation de l'astreinte, ce qui ne correspond pas à la culture du juge judiciaire* ». Ironie du sort, le message a été bien reçu par Amazon qui a décidé de fermer ses entrepôts jusqu'au 7 mai, faisant rejaillir le sempiternel dilemme, exacerbé par la crise sanitaire, entre la santé des salariés et la préservation de leur emploi.