

DOSSIER 357

Santé publique : quelques réponses du droit pénal

PRATIQUES

De la « géhenne de Florence »
à la privation de sommeil
en garde à vue 347

JURISPRUDENCE

Arrêt du mois 354

La procédure applicable devant la
Commission bancaire méconnaît
l'article 6 § 1 de la Conv. EDH

Pénal général 357

Appréciation de l'abus de faiblesse
au regard de l'état de la victime au
moment où est accompli l'acte

Procédure pénale 365

Avocat : immunité de parole
à l'audience

Exécution des peines 372

Transfèvements, isolement et fouilles
corporelles des détenus :
la France triplement condamnée

tion réelle et sérieuse de chacune des mises en cause, indispensable dès le stade de l'enquête initiale. Une sensibilisation des acteurs de soins (du soignant médical ou paramédical au dirigeant en passant par les cadres de soins ou administratifs), sur un mode

réaliste mais non alarmiste, à la différence de certains propos aujourd'hui largement relayés, est devenue incontournable dans le monde de la santé. La mise en œuvre de ces deux axes de travail participera à la tranquillité de tous...

La responsabilité pénale de l'employeur face à un risque de pandémie grippale

par Emmanuel Daoud

Avocat associé, VIGO Cabinet d'avocats

Catherine Gambette

Avocat, VIGO Cabinet d'avocats

Anastasia Querel

Juriste

Depuis plusieurs années, les condamnations d'employeurs pour faute pénale non intentionnelle ou mise en danger d'autrui se sont multipliées, avec pour double conséquence : la garantie pour les employés d'une protection renforcée de leur sécurité au sein de leur environnement de travail et l'augmentation en contrepartie des causes d'engagement de la responsabilité pénale de l'employeur, alors même que le risque ne serait pas lié à l'activité de l'entreprise en tant que telle.

Les fautes pénales précitées ont été retenues dans le cadre de nombreux dossiers de santé publique sensibles et complexes par le nombre de victimes impliquées et leur caractère collectif.

Les médias offrent par ailleurs régulièrement à ces victimes un écho à leurs actions pénales. Cette médiatisation nourrit évidemment la pénalisation des affaires de santé publique.

Ainsi, depuis les années 1990, le recours au juge pénal en matière de santé publique s'est intensifié, comme l'illustre notamment l'affaire dite « du sang contaminé ».

S'agissant du virus de la grippe A/H1N1, force est de constater que pas une journée ne se passe sans qu'il soit évoqué, qu'il s'agisse de la presse nationale, régionale, écrite, radiophonique ou télévisuelle.

Dans un souci de continuité de l'activité économique du pays, les autorités publiques ont élaboré un plan national de prévention et de lutte « pandémie grippale »¹ prévoyant la mise en place de plans de continuité² – obligatoires pour les administrations de l'État et fortement recommandés pour les collectivités territoriales et les entreprises³.

Dans ce contexte, d'une part, de prise en compte du risque de pandémie grippale et, d'autre part, d'augmentation des contentieux liés au droit pénal du travail, il nous a semblé intéressant de réfléchir aux conditions

desquelles la responsabilité pénale de l'employeur vis-à-vis de ses employés pourrait être engagée en cas de contamination d'un employé par le virus de la grippe A/H1N1 sur son lieu de travail.

Il ne s'agit pas là d'hypothèses d'école mais bien de l'application à un phénomène nouveau de circonstances et de situations déjà éprouvées (en particulier le cas de l'amiante).

En matière d'infractions intentionnelles, sauf cas exceptionnel, seule l'infraction d'omission de porter secours à personne en danger, réprimée à l'article 223-6 du code pénal, pourrait être envisagée.

Cette incrimination qui suppose un péril actuel ou imminent imposant une assistance en agissant personnellement ou en provoquant un secours avait été visée, avec également l'homicide involontaire et l'empoisonnement, dans le cadre de l'affaire du sang contaminé. Un non-lieu, confirmé par la Cour de cassation⁴, a toutefois été rendu en l'absence d'élément intentionnel⁵. Rapportée à l'hypothèse d'une pandémie grippale, cette incrimination semble d'autant moins plausible qu'on imagine mal l'employeur omettre sciemment de porter assistance à l'un de ses employés.

En outre, face à une situation dangereuse et qui a été portée à sa connaissance, dans l'hypothèse par exemple d'un salarié usant de son droit d'alerte⁶, c'est en premier lieu la responsabilité civile de l'employeur pour faute inexcusable qui serait recherchée,

(4) Crim. 18 juin 2003, juris-data n° 2005-260436.

(5) Dans son arrêt du 18 mars 2003, la Cour de cassation a considéré que les chefs de poursuite précités ne pouvaient être retenus puisque, notamment, la preuve de la connaissance par les mis en examen du caractère nécessairement mortifère des produits sanguins, n'était pas rapportée. Elle a ainsi confirmé le non-lieu général prononcé par la chambre de l'instruction mais surtout sur la base de l'empoisonnement, en l'absence d'élément intentionnel à savoir l'absence de démonstration de la connaissance par les mis en examen du caractère mortifère des produits.

(6) Art. L. 4131-1 c. trav. : « le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute déféction qu'il constate dans les systèmes de protection. »

« Il peut se retirer d'une telle situation. »

« L'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une déféction du système de protection. »

DANS CE CONTEXTE DE PRISE EN COMPTE DU RISQUE DE PANDÉMIE GRIPPALE ET D'AUGMENTATION DES CONTENTIEUX LIÉS AU DROIT PÉNAL DU TRAVAIL, IL EST INTÉRESSANT DE RÉFLÉCHIR AUX CONDITIONS DANS LESQUELLES LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'EMPLOYEUR VIS-À-VIS DE SES EMPLOYÉS, POURRAIT ÊTRE ENGAGÉE, EN CAS DE CONTAMINATION SUR LE LIEU DE TRAVAIL.

(1) Plan national de prévention et de lutte « pandémie grippale » n° 150/SGDN/PSE/PPS du 20 févr. 2009 du premier ministre et du secrétaire général de la défense nationale. Ce plan a initialement été élaboré pour faire face au virus H5N1.

(2) Fiche G1 « recommandations aux entreprises et aux administrations pour la continuité des activités économiques et des services publics et la prévention sanitaire en période de pandémie » annexe au plan national de prévention et de lutte « pandémie grippale ».

(3) Outre ce plan, deux circulaires ministérielles précisent « les conditions dans lesquelles les services déconcentrés du ministère chargé du travail doivent contribuer à la mobilisation des entreprises afin de favoriser la mise en place de mesures d'organisation, de prévention et de protection adaptées aux difficultés qu'elles pourraient rencontrer face à une pandémie grippale ».

pour avoir manqué à ses obligations de sécurité et de n'avoir pas remédié au danger signalé ⁷.

C'est essentiellement sur le fondement des infractions non intentionnelles que l'employeur pourrait voir sa responsabilité pénale engagée à raison de la contamination par le virus de la grippe d'un employé sur son lieu de travail en particulier sur le fondement de l'article 121-3 du code pénal, combiné :

- à l'article 221-6 du même code en cas de décès de l'employé;
- à l'article 222-19 du code pénal en cas d'incapacité de travail de l'employé supérieure à trois mois;
- aux articles 222-19 ou R. 625-2 du code pénal en cas d'incapacité de travail de l'employé inférieure ou égale à trois mois;
- à l'article R. 621-1 du code pénal en l'absence d'incapacité de travail de l'employé;
- et à l'article 223-1 du code pénal en cas de mise en danger délibérée d'autrui ⁸.

De nombreux commentaires de l'article 121-3 du code pénal et de ses applications jurisprudentielles ont été publiés, notamment dans cette revue, sur le lien de causalité entre la faute et le dommage.

Rappelons simplement que cet article opère une distinction quant à la nature de la faute exigée :

- en cas de causalité directe entre le dommage et la faute de l'auteur, une faute simple suffit à engager la responsabilité de l'auteur (art. 121-3 al. 2) ;
- en cas de causalité indirecte entre le dommage et la faute de l'auteur, la responsabilité de ce dernier ne sera engagée que s'il a commis une faute qualifiée : soit une faute caractérisée et exposant autrui à un danger qu'il ne pouvait ignorer, soit une faute délibérée, c'est-à-dire la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement (art. 121-3 al. 3).

Dans l'hypothèse d'une pandémie grippale, le lien de causalité est de manière évidente indirect, l'employeur n'ayant pas à lui seul le pouvoir de mettre fin à la contamination. Il semble donc difficile d'envisager l'engagement de sa responsabilité pour faute simple, au sens de l'article 121-3 alinéa 2 du code pénal.

La responsabilité de l'employeur pourrait en revanche être recherchée pour une faute qualifiée telle que définie précédemment.

La faute délibérée semble devoir être écartée, dans la mesure où sa caractérisation implique qu'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ait été violée.

Or, la jurisprudence a précisé que la distinction entre l'obligation générale de prudence, qui pèse sur tout individu de façon subjective, et la réglementation, qui pose des règles objectives précises immédiatement per-

ceptibles et clairement applicables de façon obligatoire sans faculté d'appréciation individuelle du sujet, est le critère de la notion même d'obligation légale ou réglementaire ⁹. La notion de règlement doit donc être entendue dans le sens constitutionnel du terme et s'entend par exemple des actes des autorités administratives à caractère général et impersonnel ¹⁰.

En matière de pandémie grippale, l'employeur n'est soumis à l'heure actuelle à aucune obligation prévue par la loi ou le règlement au sens constitutionnel du terme.

En effet, tout comme le plan national de prévention, les circulaires précédemment évoquées n'ont aucun caractère normatif *per se*. Elles n'ont pas pour but de créer de nouvelles obligations pour les entreprises et il n'existe à l'heure actuelle aucune loi ou règlement, au sens constitutionnel du terme, qui impose la mise en place de ces mesures. De même, les dispositions des articles L. 4121-1 et suivants du code du travail prescrivant à l'employeur d'évaluer les risques et de prendre les mesures nécessaires pour « assurer la sécurité et protéger la santé » des travailleurs constituent des prescriptions d'ordre général et ne peuvent constituer, à notre sens, des obligations particulières de prudence ou de sécurité dont la violation pourrait entraîner l'engagement de la responsabilité pénale de l'employeur.

En conséquence, la responsabilité pénale de l'employeur ne peut, en l'état du droit positif, être engagée pour une faute délibérée ni pour mise en danger délibérée d'autrui.

Il en ira autrement si, à l'avenir, le législateur ou l'autorité administrative adopte des dispositions légales ou réglementaires dont la nature est celle visée par les dispositions de l'article 121-3 alinéa 3 du code pénal.

En revanche, la faute caractérisée et exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qui ne pouvait être ignorée pourrait à notre sens fonder la responsabilité pénale de l'employeur.

En effet, la jurisprudence la définit comme : « soit une accumulation de fautes d'imprudence ou de négligence soit une indifférence ou un manque de rigueur grave face aux questions de sécurité caractérisant ainsi une impéritie prolongée ¹¹ ».

L'engagement de la responsabilité sur ce fondement nécessite que soit rapportée la preuve que l'auteur du dommage avait une conscience claire de la situation dangereuse qu'il faisait encourir à autrui, le but du législateur étant de se montrer plus restrictif que la jurisprudence relative à la faute inexcusable (art. L. 452-1 CSS) qui exige uniquement l'existence d'un risque dont la personne « aurait dû avoir conscience » ¹².

La circulaire du ministère de la Justice du 11 octobre 2000 précise aussi que « Cette faute pourra ainsi être établie, [...] même en l'absence de violation manifestement délibérée, même s'il n'existait qu'une réglementation générale et non particulière, même si cette réglementation n'avait pas pour origine la loi

LA FAUTE CARACTÉRISÉE ET EXPOSANT AUTRUI À UN RISQUE D'UNE PARTICULIÈRE GRAVITÉ QUI NE POUVAIT ÊTRE IGNORÉE, POURRAIT À NOTRE SENS FONDER LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'EMPLOYEUR.

(7) On peut ajouter que, le salarié disposant, en application de l'article L. 4131-1 du code du travail, d'un droit de retrait face à une situation dangereuse pour sa santé et sa sécurité, les cas où celui-ci se retrouverait menacé d'un péril actuel et imminent pour sa vie ou son intégrité physique semblent extrêmement rares, ce qui réduit d'autant plus les hypothèses d'engagement de la responsabilité pénale de l'employeur pour omission de porter secours, au sens de l'article 223-6 du code pénal.

(8) Art. 223-1 c. pén. : « 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 sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

(9) CA Grenoble, 19 févr. 1999, D. 1999, 480, note M. Redon.

(10) Crim. 10 mai 2000, Bull. crim. n° 183, pour la notion de règlement au sens de l'article 223-1 du code pénal.

(11) Tribunal correctionnel de Bonneville, 27 juill. 2005.

(12) Circulaire CRIM 2000-09 F1/11-10-2000 du 11 oct. 2000, présentation des dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juill. 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

ou un règlement au sens administratif, mais qu'elle provenait d'une circulaire ou du règlement intérieur d'une entreprise, et même, le cas échéant, en l'absence de réglementation écrite préexistante »¹³.

En cas de contamination des employés par la grippe A/H1N1 sur le lieu de travail, la responsabilité pénale de l'employeur pourrait donc être retenue sur ce fondement, s'il était démontré que ce dernier n'a pas pris les mesures de prévention idoines ou si, alerté par exemple par un salarié ou la direction du travail, il n'a pas réagi. Il sera d'autant plus facile de prouver qu'il avait une conscience claire du risque qu'il faisait encourir à ses employés que l'ampleur de la couverture médiatique de la pandémie grippale est grande. La responsabilité de l'employeur sera alors recherchée sur le fondement de l'article 121-3 du code pénal combiné aux articles 221-6, 222-19, R. 625-2 ou R. 621-1 du code pénal en fonction des conséquences de la contamination (durée d'incapacité de travail ou décès).

Enfin, en matière contraventionnelle, peu d'infractions pourraient, selon nous, être recherchées dans le contexte d'une pandémie grippale, outre celles précédemment développées dans le cadre de l'analyse de l'article 121-3 du code pénal (combinaison des articles 121-3 et R. 625-2 ou R. 621-1 du code pénal). Citons l'absence d'actualisation du document unique d'évaluation des risques¹⁴ sanctionné par l'article R. 4741-1 du code du travail

Notons par ailleurs que, si le plan de prévention opère une distinction entre les administrations de l'État, pour qui l'élaboration d'un plan de continuité est obligatoire, et les entreprises et collectivités territoriales, pour qui ce plan reste une recommandation, cette distinction devrait être sans conséquence en matière de responsabilité pénale de l'employeur.

Qu'il s'agisse en effet de la faute caractérisée ou encore de la mise en danger d'autrui, les infractions pénales que nous avons évoquées précédemment n'attachent pas d'importance à la qualité d'employeur de l'auteur de l'infraction, pour retenir l'incrimination.

En toute hypothèse, il sera toujours possible pour un fonctionnaire d'engager la responsabilité pénale de l'agent public ayant le poste de décideur au sein d'une administration qui n'aurait pas mis en place de plan de continuité alors qu'il lui en est fait obligation par le plan de prévention, sa responsabilité en qualité d'auteur naissant de la conjonction d'un devoir (obligations en matière de sécurité, santé) et d'un pouvoir (celui de prendre les mesures nécessaires)¹⁵.

Enfin, du fait même de cette obligation pesant sur l'administration, la faute caractérisée sera sans doute plus facilement retenue par les juridictions pour un agent public qui n'aurait pas élaboré de plan de conti-

nuité pour son administration alors qu'il en assumait la responsabilité en fonction de ses prérogatives.

Il ressort de la démonstration qui précède que la caractérisation de la responsabilité pénale de l'employeur en cas de contamination par le virus de la grippe A/H1N1 de l'un de ses employés sur son lieu de travail est, en l'état, envisageable sur le terrain de l'article 121-3 alinéa 3 du code pénal (faute caractérisée), combiné avec les articles 221-6, 222-19, R. 622-5 ou R. 621-1 du même code.

Comme souvent dans les affaires de santé publique, c'est toutefois sur le terrain civil que sa responsabilité pourrait aussi être recherchée par des employés contaminés sur leur lieu de travail ou leurs ayants droit.

L'employeur devra en effet garder à l'esprit que, alors même qu'une faute pénale non intentionnelle ne serait pas caractérisée à son endroit, sa responsabilité civile pourrait être engagée pour faute inexcusable, en cas de manquement à son obligation de sécurité prévue par l'article L. 4121-1 du code du travail, ainsi que le prévoit expressément la loi du 10 juillet 2000.

Dans l'hypothèse d'une pandémie grippale, il est donc particulièrement important que l'employeur ait conscience de cette autonomie de la faute inexcusable par rapport à la faute pénale non intentionnelle et se prémunisse ainsi contre tous les risques de poursuites judiciaires, y compris devant les juridictions civiles.

Enfin, bien que discutable¹⁶, il n'est pas inenvisageable de considérer qu'une contamination grippale pourrait être qualifiée d'accident du travail au sens de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale et entrer de ce fait dans le champ du risque professionnel et relever ainsi de l'obligation de sécurité de l'employeur, la jurisprudence estimant que : « constitue un accident du travail un événement ou une série d'événements survenus à des dates certaines par le fait ou à l'occasion du travail, dont il est résulté une lésion corporelle, quelle que soit la date d'apparition de celle-ci »¹⁷. L'importance de l'information diffusée dans les médias et sur Internet concernant cette pandémie inciterait d'autant plus les juridictions à adopter une conception extensive de la notion d'accident du travail.

Souhaitons que la pandémie grippale ne soit pas aussi virulente qu'annoncée. Dans l'hypothèse contraire, seule la saisine éventuelle des tribunaux correctionnels par des salariés ou leurs ayants droit confirmera ou non l'analyse développée ci-dessous.

(16) V. à ce sujet M. Babin, L'entreprise face au risque de pandémie grippale, JCP social, n° 22, 27 mai 2008, p. 1301. La circulaire DGT 2007-18 opère une distinction entre les situations où la pandémie pourrait être considérée comme un accident du travail ou non. Or, comme le précise M. Babin, cette analyse est insatisfaisante d'un point de vue juridique : même si l'activité n'entraîne pas de surexposition des travailleurs, l'employeur est cependant celui qui, au sein de l'entreprise, dispose de la plus grande maîtrise des facteurs déterminants de la contamination. Il est par exemple le seul à pouvoir contrôler les entrées et sorties, à modifier les méthodes de travail pour favoriser le télétravail, à mettre à disposition des masques, à organiser l'information et la formation aux outils de protection...

(17) Soc 2 avr. 2003, juris-data n° 2003-018497, à propos d'une sclérose en plaques contractée à l'occasion d'une vaccination professionnelle.

L'EMPLOYEUR DOIT GARDER À L'ESPRIT QU'ALORS MÊME QU'UNE FAUTE PÉNALE NON INTENTIONNELLE NE SERAIT PAS CARACTÉRISÉE À SON ENDROIT, SA RESPONSABILITÉ CIVILE POURRAIT ÊTRE ENGAGÉE POUR FAUTE INEXCUSABLE, EN CAS DE MANQUEMENT À SON OBLIGATION DE SÉCURITÉ PRÉVUE PAR L'ARTICLE L. 4121-1 DU CODE DU TRAVAIL.

(13) Circulaire CRIM du 11 oct. 2000, *op.cit.*

(14) Une des premières mesures à mettre en œuvre lors de l'élaboration d'un plan de continuité consistera, pour les entreprises, en l'actualisation du document unique d'évaluation des risques pour y intégrer les nouveaux risques liés à la situation de crise sanitaire majeure.

(15) E. Breen, Responsabilité pénale des agents publics : l'exemple de l'affaire du sang contaminé, AJDA 1995. 781.