

**PROTOCOLE.** Quelle est la nature juridique du protocole sanitaire qui recommande le télétravail ? Sur le sujet, le Conseil d'État a rendu deux ordonnances de référé qui ne sont pas concordantes.

# Quelles sanctions en l'absence de télétravail ?

Olivier Dutheillet de Lamothe, Avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats

**L**e gouvernement a fait du télétravail l'un des axes majeurs de sa stratégie de lutte contre le Covid-19. Comme le souligne le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise (actualisé au 29 janvier 2021) : « *Le télétravail est un mode d'organisation de l'entreprise qui participe activement à la démarche de prévention du risque d'infection au Sars-CoV-2 et permet de limiter les interactions sociales aux abords des lieux de travail et sur les trajets domicile travail.* »

La ministre du Travail a très clairement menacé les entreprises de sanctions si elles ne mettent pas en œuvre le télétravail : « *Il y a des sanctions, si vous ne respectez pas les règles du protocole sanitaire en entreprise, qui prévoit un recours maximal au télétravail.* » (interview sur Radio classique, 3 févr. 2021)

Qu'en est-il exactement ?

## 1 L'OBLIGATION DU TÉLÉTRAVAIL

### ► Droit dur

On peut s'étonner que le télétravail constituant un axe majeur de la stratégie de lutte du gouvernement contre le Covid-19, n'ait pas fait l'objet d'une mesure législative ou réglementaire.

Le gouvernement disposait de deux possibilités :

– dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique qui autorise le Premier ministre à prendre par décret réglementaire des mesures extrêmement contraignantes puisqu'il peut réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules, interdire aux personnes de sortir de leur domicile, ordonner des mises en quarantaine... lui permet : « *10° En tant que de besoin, de prendre par décret toutes autres mesures réglementaires limitant la liberté d'entreprendre, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire mentionnée à l'article L. 3131-12 du présent code.* » L'obligation

faite aux entreprises d'enjoindre à leurs salariés de travailler depuis leur domicile, chaque fois que cela est possible, est bien une mesure qui porte atteinte à la liberté d'entreprendre, puisqu'elle touche à l'organisation du travail dans l'entreprise, et qui n'est dictée que par un souci sanitaire ;

– parallèlement à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, le gouvernement a fait voter un très grand nombre d'habilitations lui permettant de prendre toute une série de mesures par ordonnances pour faire face à la crise, 54 dans le domaine social : il aurait très bien pu en faire voter une pour lui permettre de légiférer en matière de télétravail.

### ► Soft Law

Ce n'est pourtant pas la voie qu'il a retenue : le gouvernement a choisi de réglementer le télétravail par la voie du protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise. Ce document, que le ministère du Travail a publié pour accompagner les entreprises dans le cadre du déconfinement, a été depuis régulièrement mis à jour. Dans sa version du 29 janvier 2021, il donne des instructions très fermes aux entreprises en matière de télétravail : « *Dans les circonstances exceptionnelles actuelles, liées à la menace de l'épidémie, il doit être la règle pour l'ensemble des activités qui le permettent. Dans ce cadre, le temps de travail effectué en télétravail est porté à 100 % pour les salariés qui peuvent effectuer l'ensemble de leurs tâches à distance. Dans les autres cas, l'organisation du travail doit permettre de réduire les déplacements domicile-travail et d'aménager le temps de présence en entreprise pour l'exécution des tâches qui ne peuvent être réalisées en télétravail et pour réduire les interactions sociales.* »

Quelle est la nature de ce protocole ?

Ce document, qui émane du seul ministère du Travail, s'apparente à une circulaire et relève de ce qu'on appelle la *soft Law* : le Conseil d'État a récemment précisé, de façon très opportune, que « *ces documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que* ●●●

●●● *les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices* » (CE, sect., 12 juin 2020, n° 418142, GISTI). Ce protocole, dont certaines dispositions ont, comme on vient de le voir un caractère impératif, peut donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Deux recours présentés en référé ont permis au Conseil d'État d'en préciser progressivement la nature.

• Un premier recours a été présenté contre les dispositions du protocole national, actualisées au 17 septembre 2020, relatives à l'obligation du port du masque en entreprise : « *Dans les zones en état d'urgence sanitaire, à la suite de l'actualisation des connaissances scientifiques sur la transmission du virus par aérosols et compte tenu des recommandations du HCSP en date du 28 août 2020, le port du masque est systématique au sein des entreprises* »

*dans les lieux collectifs clos.* »

L'ordonnance du 19 octobre 2020 (n° 444809) procède en deux temps :

– dans un premier temps, l'ordonnance juge que « *le protocole dont la suspension est demandée constitue un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 en rappelant les obligations qui existent en vertu du Code du travail* ».

Il n'est déjà pas totalement évident de considérer qu'une phrase aussi comminatoire que « *le port du masque est systématique au sein des entreprises dans les lieux collectifs clos* » n'est qu'une recommandation ;

– dans un second temps, l'ordonnance en déduit que la suspension éventuelle du protocole n'aurait aucune incidence sur la mise en œuvre pratique des obligations légales de l'employeur et sur la charge financière qui en résulte. Par suite, le syndicat requérant ne justifie d'aucune situation d'urgence de nature à justifier que l'application du protocole contesté soit suspendue.

Le raisonnement est subtil : le protocole constitue un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle, l'ordonnance parle plus loin de déclinaison opérationnelle, de l'obligation de sécurité de l'employeur. Elle ne fait que

rappeler des obligations qui existent déjà dans le Code du travail. Dès lors, protocole ou pas protocole, l'employeur doit respecter ces obligations ; donc, la demande de suspension du protocole ne présente aucune urgence.

Selon cette conception, le protocole national apparaît comme une sorte de *Janus* juridique à deux têtes :

– d'une part, il ne constitue qu'un ensemble de recommandations qui, de ce fait, ne peuvent pas engager la responsabilité de l'État ;

– d'autre part, il constitue la déclinaison opérationnelle de l'obligation de sécurité de l'employeur en rappelant des obligations qui existent déjà en vertu du Code du travail : de ce fait, l'employeur est tenu de les respecter à la lettre et sa responsabilité serait engagée s'il ne le faisait pas.

La seule difficulté de ce raisonnement est que, si l'on lit le Code du travail, on ne trouve aucune obligation de port du masque, ni d'ailleurs aucune obligation de télétravail.

À cet égard, et concernant la mise en œuvre du télétravail, l'article L. 1222-11 du Code du travail, introduit dans le *corpus* législatif à la suite de la crise sanitaire liée au virus H1N1, évoque le télétravail en temps d'épidémie comme une faculté :

« *En cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés.* »

• C'est sans doute ce qui a conduit le Conseil d'État, dans une seconde ordonnance du 17 décembre 2020 (n° 446797) à infléchir nettement cette jurisprudence, à l'occasion d'un second recours formé contre l'obligation pour les entreprises de recourir au télétravail.

Cette ordonnance confirme, exactement dans les mêmes termes, la première en ce qui concerne la nature du protocole : « *Le protocole dont la suspension est demandée constitue un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 en rappelant les obligations qui existent en vertu du code du travail.* »

Mais la solution retenue est très différente : « *Si certains des termes du protocole sont formulés en termes impératifs, en particulier en ce qu'il est indiqué que "dans les circonstances exceptionnelles actuelles, liées à la menace de l'épidémie, le télétravail doit être la règle pour l'ensemble des salariés qui le permettent. Dans ce cadre, le temps de travail effectif effectué en télétravail est porté à 100 % pour les salariés qui peuvent effectuer l'ensemble de leurs tâches à distance" le protocole a pour seul objet d'accompagner les employeurs dans leur obligation d'assurer la sécurité et la santé de leurs salariés au vu des connaissances scientifiques sur les modes de transmission du SARS-CoV-2 et n'a pas vocation à se substituer à l'employeur*

**Le raisonnement est subtil : le protocole constitue un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle, l'ordonnance parle plus loin de déclinaison opérationnelle, de l'obligation de sécurité de l'employeur. Elle ne fait que rappeler des obligations qui existent déjà dans le Code du travail**

*« dans l'évaluation des risques et la mise en place des mesures de prévention adéquate dans l'entreprise... ; qu'il lui incombe dans ce cadre d'évaluer les risques et de mettre en œuvre des actions et moyens de prévention adaptés ; que la mise en place du télétravail pour les activités qui le permettent participe des mesures pouvant être prises par l'employeur dans ce cadre. »*

En d'autres termes, le protocole sanitaire n'a pas pour effet d'imposer aux entreprises le télétravail. Celles-ci conservent le pouvoir d'évaluer les risques et de mettre en œuvre les mesures de prévention et d'organisation, dont le télétravail, qu'elles jugent les plus adaptées pour assurer la sécurité de leurs salariés.

Cette ordonnance reconnaît ainsi que l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur en vertu de l'article L. 4121-1 du Code du travail, obligation qui est une obligation de moyens renforcée, fait peser sur lui, et sur lui seul, la responsabilité d'évaluer les risques et de mettre en œuvre une organisation du travail adaptée dont le télétravail est un élément essentiel, même si, comme le reconnaît de façon réaliste l'ordonnance, il n'est pas toujours possible. Là où l'employeur était, dans la première ordonnance, lié par les obligations contenues dans le protocole, même si celles-ci étaient par ailleurs qualifiées de recommandations, il retrouve ici sa liberté et sa responsabilité. Cette solution est très satisfaisante :

- elle a l'avantage de mettre fin à la contradiction du protocole qui serait à la fois un ensemble de recommandations et le rappel des obligations légales de l'employeur ;

- elle est surtout beaucoup plus conforme au droit du travail qui fait reposer sur l'employeur une obligation générale de sécurité des salariés qui lui laisse la responsabilité d'évaluer les risques et de définir l'organisation du travail la plus adaptée pour les maîtriser.

Rendue par le même juge des référés que l'ordonnance du 19 octobre 2020, cette ordonnance témoigne du pragmatisme du Conseil d'État et de sa capacité à s'adapter en permanence à une réalité mouvante.

## 2 LES SANCTIONS

L'instruction du 3 novembre 2020<sup>1</sup>, qui était attaquée dans le recours ayant donné lieu à l'ordonnance du 17 décembre 2020, est très discrète sur les sanctions : « Comme dans l'ensemble des interventions, dans les situations de risque avéré et de non-respect des principes généraux de prévention, l'agent de contrôle utilisera l'outil juridique le plus approprié et le cas échéant une mise en demeure du Direccte pourra être notifiée à l'employeur sur son

rapport. » Cette circulaire ne flèche donc que la mise en demeure du Direccte.

L'instruction du 3 février 2021<sup>2</sup>, dans laquelle le ministère a souhaité durcir le ton compte tenu d'un certain recul du télétravail, est beaucoup plus développée sur les sanctions : « En tant que de besoin, les outils juridiques coercitifs tels que notamment la mise en demeure du Direccte ou le référé judiciaire pourront être mobilisés. Les agents pourront utilement se référer à la fiche DGT n° 2020-27 relative aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail dans la mise en œuvre du télétravail. Cette fiche propose un modèle de mise en demeure Direccte. »

Même si elle évoque le référé judiciaire, cette instruction met clairement l'accent sur la mise en demeure du Direccte.

L'absence de mise en œuvre du télétravail ne peut, en effet, être sanctionnée par une contravention pénale dans la mesure où il ne repose sur aucune obligation législative ou réglementaire. Un inspecteur du travail ne peut pas débarquer dans une entreprise et dresser autant de procès-verbaux qu'il y a de salariés qui ne sont pas en télétravail alors qu'ils devraient l'être, comme il peut le faire par exemple en cas de travail dominical dans une entreprise où il n'est pas autorisé.

L'article L. 4121-1 du Code du travail sur l'obligation de sécurité de l'employeur et les principes généraux de prévention, sur lesquels repose l'organisation du travail et notamment le télétravail, sont, comme le souligne Hervé Lanouzière, « parmi les rares articles de la partie IV qui ne sont pas pénalement répréhensibles »<sup>3</sup>, même si c'est sur le non-respect de ces principes généraux que le juge s'appuie lorsqu'il condamne un employeur sur le fondement du Code pénal en cas d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique d'un salarié.

La mise en demeure du Direccte est prévue par l'article L. 4721-1 du Code du travail aux termes duquel : « Le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, sur le rapport de l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L. 8112-1 constatant une situation dangereuse, peut mettre en demeure l'employeur de prendre toutes mesures utiles pour y remédier, si ce constat résulte :

1° D'un non-respect par l'employeur des principes généraux de prévention prévus par les articles L. 4121-1 à L. 4121-5 et L. 4522-1 ; »

Le Direccte met l'employeur en demeure de prendre toutes les mesures utiles pour re- ●●●

Là où l'employeur était, dans la première ordonnance, lié par les obligations contenues dans le protocole, même si celles-ci étaient par ailleurs qualifiées de recommandations, il retrouve dans la seconde ordonnance sa liberté et sa responsabilité

1. Instruction du Directeur général du travail relative aux orientations et aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail (SIT) dans le cadre du confinement entré en vigueur le 30 octobre 2020, en date du 3 novembre 2020.

2. Instruction du Directeur général du travail relative aux orientations et aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail (SIT) dans le cadre des mesures renforcées contre le Covid-19, en date du 3 février 2021.

3. H. Lanouzière, Prévenir la santé et la sécurité au travail, vol. 2, p. 401.

●●● médier à la situation dans un certain délai. Si, à l'expiration de ce délai, l'agent de contrôle de l'inspection du travail constate que la situation dangereuse n'a pas cessé, il peut, en vertu de l'article L. 4721-2 du Code du travail, dresser procès-verbal à l'employeur, qui encourt une amende de 3 750 €, en vertu de l'article L. 4741-3 du même code.

Comme le souligne Hervé Lanouzière, « la mise en demeure doit demander à l'employeur de prendre "toutes mesures utiles" pour remédier à la situation constatée et ne peut contenir de prescription lui enjoignant de recourir à une méthode particulière ou de privilégier telle mesure en particulier. Il appartient à l'employeur de décider les moyens à mettre en œuvre, quels qu'ils soient, pour faire cesser la situation. Il s'agit nécessairement de moyens adaptés, nécessaires, suffisants »<sup>4</sup>. Cette

procédure respecte donc la liberté d'organisation de l'employeur : il doit mettre fin à la situation dangereuse mais conserve une certaine latitude quant à l'appréciation des moyens.

Le Conseil d'État a consacré, dans son ordonnance du 17 décembre 2020, la parfaite adéquation de cette procédure à la

mise en œuvre du protocole : « De la même façon, l'instruction relative aux orientations et aux modalités d'intervention du système d'inspection du travail, adressée le 3 novembre 2020 par le Directeur général du travail, rappelle la nécessité pour l'employeur d'évaluer les risques et de mettre en œuvre les moyens de prévention adaptés, en vertu des articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail. C'est sur ce seul fondement légal que peuvent être prononcées les mises en demeure adressées par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. »

Depuis le début de la crise sanitaire, les agents de l'inspection du travail ont effectué 64 000 interventions liées à l'épidémie de Covid-19. Près de 400 mises en demeure ont été adressées aux entreprises qui ne respectaient pas leurs obligations de prévention, dont 52 sur le télétravail depuis octobre dernier. Dans 93 % des cas, ces mises en demeure ont été suivies d'effet.

4. H. Lanouzière, *opus précité*, p. 343.

**Le référé judiciaire** est, quant à lui, régi par l'article L. 4732-1 du Code du travail aux termes duquel : « *Indépendamment de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 4721-5, l'inspecteur du travail saisit le juge judiciaire statuant en référé pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque, telles que la mise hors service, l'immobilisation, la saisie des matériels, machines, dispositifs, produits ou autres, lorsqu'il constate un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur résultant de l'inobservation des dispositions suivantes de la présente partie ainsi que les textes pris pour leur application :*

– 1° Titres I<sup>er</sup>, III et IV et chapitre III du titre V du livre I<sup>er</sup>... »

Comme on le voit, le titre II relatif aux principes généraux de prévention et notamment l'article L. 4121-1 et suivants, sont exclus du champ de cette procédure. L'absence de mise en œuvre du télétravail est donc hors du champ de cette procédure. Celle-ci est, en effet, conçue pour remédier à un risque d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur du fait de la violation de dispositions précises en matière de sécurité (machine, amiante...).

Ainsi, force est de constater que, sur un plan strictement juridique :

- l'obligation de mise en œuvre du télétravail repose sur un fondement juridique fragile : le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise ;
- sa violation est sanctionnée par une procédure relativement lourde à manier : la mise en demeure du Direccte.

Mais cette démonstration est, en fait, très théorique pour deux raisons :

- la première est que nous sommes en France où, comme chacun sait, « la peur du gendarme est le commencement de la sagesse » ;
- la seconde est que nous sommes au milieu d'une crise sanitaire aiguë, qui a plongé les citoyens comme les entreprises dans un grand désarroi, qui les conduit à se tourner vers l'État pour lui demander de leur indiquer la conduite à tenir.

Le télétravail, qui est une solution incontestable au problème de la crise sanitaire, sera respecté parce que l'État l'a demandé. Sauf en cas d'impossibilité manifeste, les entreprises n'ont aucun intérêt à ne pas déférer à cette injonction. Si elles ne le faisaient pas, les juges, eux aussi tournés vers les instructions de l'État, ne manqueraient pas de le leur reprocher. ■

L'absence de mise en œuvre du télétravail est donc hors du champ du référé judiciaire. Celui-ci est, en effet, conçu pour remédier à un risque d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur du fait de la violation de dispositions précises en matière de sécurité