



**AVIS DE Mme MOLINA,
AVOCATE GÉNÉRALE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 1281 du 7 décembre 2022 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-19.454

Décision attaquée : 29 juin 2021 de la cour d'appel de Douai

**Madame l'Inspectrice du travail de la section 03-09 [Localité 3] Est de
l'unité départementale Nord [Localité 3] de la DIRECCTE Hauts-de-France
C/
l'association Aide à domicile aux retraités Flandre-Métropole**

Par acte d'huissier du 14 janvier 2021, Madame [O], inspectrice du travail à la Direccte Hauts-de-France, a fait assigner l'association d'aide à domicile aux retraités Flandre Métropole devant le président du tribunal judiciaire de Lille statuant en référé, afin de voir ordonner, sous astreinte, un certain nombre de mesures ayant pour objet la limitation au niveau le plus bas possible du nombre de travailleurs exposés ou susceptibles de l'être au risque biologique lié à la Covid-19.

Par ordonnance du 23 février 2021, le président du tribunal judiciaire de Lille statuant en référé, a notamment dit que l'association devra dans les trois jours ouvrables de la signification de l'ordonnance, et ce, sous astreinte : organiser une consultation du CSE s'agissant du choix formel des équipements de protection individuelle ; procurer à chaque salarié amené à intervenir au domicile d'un bénéficiaire positif à la Covid-19 ou symptomatique, au moins un masque de type FFP2 par intervention à domicile ; s'assurer que les masques fournis aux salariés sont adaptés à la physiologie de chacun des salariés en organisant au besoin pour chacun des salariés, des essais d'ajustement permettant de s'assurer que l'équipement de protection individuelle fourni est compatible avec sa physiologie ; justifier de la bonne exécution de ces obligations à l'inspecteur du travail de la Direccte Hauts-de-France.

Sur appel de l'inspectrice du travail, la cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 29 juin 2021, a notamment déclaré l'inspectrice du travail recevable en son action ; confirmé l'ordonnance déferée en ce qu'elle a ordonné à l'association : de procurer à chaque salarié

amené à intervenir au domicile d'un bénéficiaire positif à la Covid-19 ou symptomatique, au moins un masque de type FFP2 par intervention à domicile ; d'organiser une consultation du CSE s'agissant du choix formel des équipements de protection individuelle ; de s'assurer que les masques fournis aux salariés sont adaptés à la physiologie de chacun des salariés en organisant au besoin pour chacun des salariés, des essais d'ajustement permettant de s'assurer que l'équipement de protection individuelle fourni est compatible avec sa physiologie ; de justifier de la bonne exécution de ces obligations à l'inspecteur du travail de la Direction des Hauts-de-France ; infirmé l'ordonnance en ce qu'elle a déclaré irrecevable la prétention n°2 et en ce qu'elle a assorti les mesures ordonnées d'une astreinte ; dit que les mesures ordonnées prendront terme avec la disparition du risque sanitaire ; dit n'y avoir lieu à référer sur le surplus des demandes de l'inspectrice du travail.

L'inspectrice du travail s'est pourvue en cassation.

L'employeur est tenu à une obligation générale de sécurité à l'égard des travailleurs (article L. 4121-1 du code du travail) par la mise en oeuvre de mesures, en se fondant sur des principes généraux de prévention (article L. 4121-2 du code du travail). Il peut également, sous certaines conditions, être tenu au respect de la réglementation spécifique à la prévention des risques biologiques (articles L. 4421-1 du code du travail et R. 4421-1 et suivants).

Si en l'espèce les parties ne s'opposent pas sur l'application des règles de prévention de certains risques d'exposition, dont les risques biologiques, édictées au livre quatrième de la quatrième partie "*Santé et sécurité au travail*" du code du travail, le pourvoi interroge néanmoins sur l'éventuelle obligation pour une association d'aide à domicile, en temps de pandémie Covid-19, de fournir des masques FFP2 à ses salariés intervenant au domicile des bénéficiaires, même si ces derniers ne sont pas positifs au virus ou sont asymptomatiques.

En effet, à l'instar du premier juge, la cour d'appel a jugé que l'utilisation de masques FFP2 ne devait pas être étendue au-delà de l'intervention au domicile de bénéficiaires positifs à la Covid-19 ou symptomatiques.

Le pourvoi soutient que le port d'un masque FFP2 constitue une mesure propre à faire cesser le risque d'exposition au virus, sur le fondement de l'article L. 4732-1 du code du travail et reproche ainsi à la cour d'appel une violation de ce texte pour ne pas avoir prononcé cette mesure pour toutes les interventions au domicile des bénéficiaires.

Il fait par ailleurs valoir que seuls des masques de type FFP, et non des masques chirurgicaux, constituent des équipements de protection individuelle appropriés en application de l'article R. 4321-4 du code du travail et que pour les salariés exposés à un agent biologique pathogène, l'employeur doit mettre à leur disposition un équipement de protection des voies respiratoires conformes aux normes reprises dans la collection des normes nationales dont les références ont été publiées au Journal officiel de l'Union européenne (articles R. 4311-8, R.4311-12, R. 4312-6 et son annexe II, R. 4424-3 et R. 4424-5 du code du travail). Le pourvoi considère en outre que la cour d'appel n'a pas procédé à la recherche à laquelle elle était invitée quand il lui était soutenu que seuls les masques de type FFP constituent un équipement de protection des voies respiratoires au sens du code du travail.

Enfin, le pourvoi considère que la baisse des contaminations et du développement de la vaccination est indifférente pour apprécier l'obligation de l'employeur de mettre en oeuvre les mesures de protection appropriées pour faire cesser le risque lié à la Covid-19 et que la cour d'appel s'est donc prononcée par un motif inopérant.

La problématique des infections en milieu professionnel a pris une nouvelle dimension avec la pandémie mondiale liée à la Covid-19 survenue à la fin de l'année 2019 dès lors qu'en dehors de toute manipulation d'un agent biologique dans un contexte professionnel, une infection sur le lieu de travail peut provenir d'une cause extérieure à l'activité de l'entreprise.

Si dans le cadre de la crise sanitaire liée à la Covid-19 la question du port du masque a

pris une place importante dans la vie personnelle de la population, elle est devenue prégnante dans certains milieux professionnels. Au-delà du milieu médical, le domaine des services d'aide à la personne, impliquant une forte proximité physique entre le bénéficiaire de la prestation et le salarié intervenant, ne pouvait pas y échapper. Au-delà de la question du port du masque, qui a fini par faire l'objet d'un certain consensus, le choix de la nature de ce dernier a complexifié le débat, comme le démontre le présent dossier.

Sur son site internet, l'Institut National de Recherche et de Sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles¹ mentionne *“Un masque chirurgical est un dispositif médical (norme EN 14683). Il est destiné à éviter la projection vers l'entourage des gouttelettes émises par celui qui porte le masque. Il protège également celui qui le porte contre les projections de gouttelettes émises par une personne en vis-à-vis. En revanche, il ne protège pas contre l'inhalation de très petites particules en suspension dans l'air. On distingue trois types de masques :*

Type I : efficacité de filtration bactérienne > 95 % d'un aérosol de taille moyenne 3 µm.

Type II : efficacité de filtration bactérienne > 98 % d'un aérosol de taille moyenne 3 µm.

Type IIR : efficacité de filtration bactérienne > 98 % d'un aérosol de taille moyenne 3 µm et résistant aux éclaboussures.

Un masque FFP est un appareil de protection respiratoire (norme NF EN 149). Il est destiné à protéger celui qui le porte contre l'inhalation à la fois de gouttelettes et de particules en suspension dans l'air. Le port de ce type de masque est plus contraignant (inconfort thermique, résistance respiratoire) que celui d'un masque chirurgical. Il existe trois catégories de masques FFP, selon leur efficacité (estimée en fonction de l'efficacité du filtre et de la fuite au visage).

Ainsi, on distingue :

Les masques FFP1 filtrant au moins 80 % des aérosols de taille moyenne 0,6 µm (fuite totale vers l'intérieur < 22 %).

Les masques FFP2 filtrant au moins 94 % des aérosols de taille moyenne 0,6 µm (fuite totale vers l'intérieur < 8 %).

Les masques FFP3 filtrant au moins 99 % des aérosols de taille moyenne 0,6 µm (fuite totale vers l'intérieur < 2 %).”

Dans une fiche *“FAQ - Les différents types de masques”²* (publication 15 mai 2020, mise à jour 5 octobre 2021) du site internet du Ministère du travail, du plein emploi et de l'insertion, il est mentionné *“Les masques de protection respiratoire (FFP) : il s'agit d'équipement de protection individuelle, répondant à des exigences de sécurité et de santé européennes qui sont vérifiées par la norme NF EN 149 ou par des normes étrangères reconnues comme équivalentes. Ce type de masque protège le porteur du masque contre l'inhalation de particules en suspension dans l'air (et a fortiori de gouttelettes de plus grosse taille) qui pourraient contenir des agents infectieux. Il en existe plusieurs types : FFP1 (filtration de 80 % des aérosols), FFP2 (filtration de 94 % des aérosols) et FFP3 (filtration de 99 % des aérosols).”* et *“Les masques de type chirurgical : il s'agit de dispositifs médicaux répondant à des exigences de sécurité et de santé européennes qui sont vérifiées par la norme NF EN 14683 ou par des normes étrangères reconnues comme équivalentes. En évitant la projection de gouttelettes émises par le porteur du masque, ce type de masque limite la contamination de l'environnement extérieur et des autres personnes. Il existe plusieurs types : type I, type II et IIR.”*

Dans un avis du 10 septembre 2020 relatif au risque de transmission du SARS-CoV-2 par aérosols en milieux de soins³, le Haut Conseil de la Santé Publique a indiqué (page 8 §5-Analyse du risque) *“Le port de masque à usage médical de type II auprès des patients Covid-*

¹ <https://www.inrs.fr/risques/biologiques/faq-masque-protection-respiratoire.html>

² <https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/article/question-reponses-sur-les-differents-types-de-masques>

³ <https://www.hcsp.fr/Explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=961>

19 est protecteur pour les professionnels de santé et permet de maîtriser la part de transmission par gouttelettes du SARS-CoV-2.” ; “Le port d’un masque à usage médical à la fois par le soignant et le patient lors des soins (“double masque”) est de nature à renforcer le contrôle d’une éventuelle transmission lors de soins très rapprochés ou chez un patient présentant une symptomatologie respiratoire exacerbée par maîtrise à la source de l’émission des gouttelettes et la réduction possibles d’aérosols.” ; “Le port du masque FFP ne doit pas être généralisé et doit être indiqué lors de situations particulières de forte densité virale en milieux de soins uniquement. Le port de masque FFP2 n’est pas indiqué en population générale.”

Dans des fiches techniques annexées à son avis du 29 octobre 2020 relatif aux masques dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus SARS-CoV-2, le Haut Conseil de la Santé Publique a exposé⁴ “Le masque chirurgical est un dispositif médical (norme NF EN 14683). Il est destiné à éviter, lors de l’expiration du porteur, la projection de sécrétions des voies aériennes supérieures ou de salive pouvant contenir des agents infectieux transmissibles par voie “gouttelettes” ou “aérienne”. Il est majoritairement utilisé dans un cadre médical aussi bien par les professionnels de santé que par les malades et est également recommandé pour le grand public en cas de facteur de risque de forme grave de COVID.” et “Le masque FFP est un appareil de protection respiratoire (demi-masques filtrants anti-aérosols), donc un Équipement de Protection Individuel (EPI), qui répond à la norme NF EN 149. Cette catégorie de masque est utilisée dans divers secteurs professionnels pour se protéger des aérosols y compris infectieux et des poussières dangereuses.”

Dans ce même avis le HCSP a indiqué “Concernant le port des différents types de masque, le HCSP recommande :

En milieu de soins

- Le port d’appareils de protection respiratoire (APR) de type FFP répondant à la norme EN 149 ou équivalent pour les personnels soignants selon les indications précisées par le HCSP (avis en cours de publication + addendum).
- La réalisation d’essais d’ajustement (fit tests) et de contrôle de l’ajustement (fit check) pour l’utilisation optimale des APR de type FFP, associés à des formations des professionnels de santé.
- La mise à disposition de masques de tailles différentes adaptées aux morphologies des visages des professionnels de santé mais également pour les patients (enfants en particulier)
- Le port d’un masque à usage médical répondant à la norme EN 14683 :2019 pour les professionnels de santé dans le cadre de leurs activités, systématiquement, et pour les patients présentant des signes respiratoires. Le port d’un masque à usage médical par le patient en cabinet libéral et dans un établissement (déplacement et dans sa chambre lors d’une visite) est aussi recommandé, en fonction sa tolérance (ex. gériatrie, pédiatrie, etc.)
- Le port d’un masque à usage médical répondant à la norme EN 14683 : 2019 pour les professionnels de santé, lors de soins relevant des précautions complémentaires contre les gouttelettes ou des indications standard ou usuelles du port de masque.
- Dans le contexte épidémique actuel, pour les professionnels de santé, de prioriser les masques à usage médical de type II répondant à la norme EN 14683 :2019 pour la prise en charge de patients suspects ou atteints de Covid-19. A défaut, l’utilisation de masques à usage médical conformes à des normes étrangères validées.
- De réserver les masques à usage médical de type II-R répondant à la norme EN 14683 :2019 aux professionnels de santé dans le cadre d’activités à risque particulier de projections de liquide biologique, essentiellement au bloc opératoire pour l’équipe opératoire, en hémodialyse et en endoscopie, ou en cas d’aérosolisation (hors situation Covid-19).
- D’associer si besoin au masque une visière pour protéger à la fois le visage et les lunettes des gouttelettes et augmenter la dilution de la charge virale.”

⁴ <https://www.hcsp.fr/Explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=943>

L'article R. 4321-1 du code du travail dispose "*L'employeur met à la disposition des travailleurs les équipements de travail nécessaires, appropriés au travail à réaliser ou convenablement adaptés à cet effet, en vue de préserver leur santé et leur sécurité.*", tandis qu'aux termes de l'article R. 4321-4 du code du travail, "*L'employeur met à la disposition des travailleurs, en tant que de besoin, les équipements de protection individuelle appropriés et, lorsque le caractère particulièrement insalubre ou salissant des travaux l'exige, les vêtements de travail appropriés. Il veille à leur utilisation effective.*"

L'article R. 4422-1 du code du travail dispose "*L'employeur prend des mesures de prévention visant à supprimer ou à réduire au minimum les risques résultant de l'exposition aux agents biologiques, conformément aux principes de prévention énoncés à l'article L. 4121-2.*"

En considération de cet article ainsi que des articles R. 4423-1⁵ et R. 4423-2⁶ du code du travail qui le suivent, la mise en place d'équipements de protection individuelle doit être précédée d'une analyse des risques liés à un poste ou une situation de travail puisque ces équipements doivent être appropriés au travail à réaliser et au risque à prévenir.

Selon l'article R. 4424-3 du code du travail, lorsque l'exposition des travailleurs à un agent biologique dangereux ne peut être évitée, elle est réduite en mettant notamment en oeuvre des mesures de protection collective ou, lorsque l'exposition ne peut être évitée par d'autres moyens, des mesures de protection individuelle. L'article R. 4424-5 du code du travail prévoit que pour les activités qui impliquent des agents biologiques pathogènes, l'employeur, notamment, fournit aux travailleurs des moyens de protection individuelle, notamment des vêtements de protection appropriés.

Au regard de l'ensemble de ces textes, je considère que le port de masques chirurgicaux s'inscrit dans les mesures relevant des principes généraux de prévention (article R. 4321-1 du code du travail), tandis que le port de masques FFP2, en tant qu'équipements de protection individuelle, ne doit être envisagé qu'"*en tant que de besoin*" (R.4321-4 du code du travail) et donc après une évaluation des risques permettant d'identifier qu'une telle mesure est appropriée et notamment lorsque l'exposition du travailleur à un agent biologique dangereux ne peut être évitée. En effet, le port d'un équipement de protection individuelle ne saurait être étendu à toute intervention, en l'absence de risque d'exposition identifié.

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'association fournissait à ses salariés des masques chirurgicaux dans tous les cas et un masque FFP2 lorsqu'ils devaient intervenir au domicile d'un bénéficiaire positif à la Covid-19 ou symptomatique.

Dès lors à mon sens, la première mesure s'inscrit dans la participation de l'employeur à la mise en oeuvre des mesures relevant des principes généraux de prévention pour répondre à l'obligation générale de sécurité qui lui incombe, tandis que la seconde mesure répond utilement à son obligation de mettre à la disposition de ses salariés les équipements de

⁵ Article R. 4423-1 du code du travail : "*Pour toute activité susceptible de présenter un risque d'exposition à des agents biologiques, l'employeur détermine la nature, la durée et les conditions de l'exposition des travailleurs.*

Pour les activités impliquant une exposition à des agents biologiques appartenant à plusieurs groupes, les risques sont évalués en tenant compte du danger présenté par tous les agents biologiques présents ou susceptibles de l'être du fait de cette activité."

⁶ Article R. 4423-2 du code du travail : "*L'évaluation des risques est réalisée sur le fondement du classement prévu à l'article R. 4421-3 et des maladies professionnelles dues à l'exposition aux agents biologiques.*

Cette évaluation tient compte de toutes les informations disponibles, notamment de celles relatives aux infections susceptibles d'être contractées par les travailleurs du fait de leur activité professionnelle et de celles concernant les effets allergisants et toxiques pouvant résulter de l'exposition aux agents biologiques."

protection individuelle appropriés, après l'identification d'un besoin caractérisé par l'état de santé du bénéficiaire de l'intervention, lorsque celui-ci est positif à la Covid-19 ou symptomatique.

La cour d'appel a donc valablement apprécié les mesures propres à faire cesser le risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur dans le cadre de l'article L. 4732-1 du code du travail, sans méconnaître les règles relatives aux équipements de protection individuelle, édictées par le code du travail.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutient le mémoire ampliatif, je considère que la cour d'appel a bien examiné les mesures de protection individuelle à mettre en œuvre par l'employeur. Pour ce faire, elle a analysé tant la question du port d'un masque chirurgical que celle d'un masque FFP2, au regard à la fois des textes réglementaires du code du travail, des textes émanant des autorités gouvernementales, telle que la direction générale du travail, et des textes scientifiques, avant de juger qu'il n'était pas démontré que le port d'un masque FFP2 était obligatoire ou même recommandé dans le secteur de l'aide à domicile au profit de bénéficiaires non positifs au Covid ou asymptomatiques.

Enfin, si les motifs de la cour d'appel relatifs à l'évolution de la situation sanitaire en France ou à la baisse continue des contaminations peuvent être qualifiés de surabondants, la cour ayant d'ailleurs précisé en introduisant son propos "*il convient de rajouter*", il ne peut en être déduit une violation de l'article L. 4732-1 du code du travail dès lors qu'elle avait auparavant valablement motivé sa décision de limiter l'étendue du port du masque FFP2, ainsi que je l'ai rappelé.

► **Je conclus au rejet du pourvoi.**