



RAPPORT DE Mme LACQUEMANT, CONSEILLÈRE

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**

1 - Rappel des faits et de la procédure

L'association d'aide à domicile aux retraités (l'Adar) Flandre Métropole propose des services à domicile (aide à la vie quotidienne, aide à la personne), un service infirmier de soins à domicile et de petits travaux de bricolage ou de jardinage. Elle dispose de sept établissements secondaires et emploie environ 900 salariés.

Le 31 mars 2020, l'inspectrice du travail de la section 03.09 de l'unité de contrôle de la Dreets des Hauts-de-France a engagé une première action en référé à l'encontre de l'Adar Flandre Métropole afin que soit ordonnée, sous astreinte, la mise en oeuvre d'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 au Covid-19.

Par ordonnance du 3 avril 2020, le président du tribunal judiciaire de Lille statuant en référé a ordonné, sous astreinte, à l'Adar Flandre Métropole de mettre en oeuvre 13 mesures (sur les 14 sollicitées) de nature à assurer la protection des salariés.

La cour d'appel de Douai, sur appel formé par l'Adar Flandre Métropole, a, par arrêt du 18 décembre 2020, déclaré cette dernière recevable en son action, confirmé le jugement s'agissant de certaines mesures, dit n'y avoir lieu à référé sur le surplus des demandes et dit que les mesures prendront terme avec la disparition du risque sanitaire. Un pourvoi a été formé à l'encontre de cette décision (pourvoi n° J21-12.696).

Le 14 janvier 2021, l'inspectrice du travail a engagé une seconde action en référé afin que soit ordonné, sous astreinte, la mise en oeuvre par l'Adar Flandre Métropole d'un certain nombre de mesures ayant pour objet de la limitation au niveau le plus bas possible du nombre de travailleurs exposés, ou susceptibles de l'être, au risque biologique lié au Covid-19.

Par ordonnance du 23 février 2021, le président du tribunal judiciaire de Lille statuant en référé a partiellement fait droit aux demandes de l'inspectrice du travail et a notamment dit que l'Adar Flandre Métropole devra :

- * 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 au Covid-19 ou symptomatique, au moins un masque 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;

et a assorti ces obligations d'une astreinte.

Par arrêt du 22 juin 2021, la cour d'appel de Douai a confirmé l'ordonnance sur ces points à l'exception de l'astreinte et a dit que les mesures ordonnées prennent fin avec la disparition du risque sanitaire.

2 - Analyse succincte du moyen

L'inspectrice du travail fait grief à l'arrêt d'ordonner à l'Adar Flandre Métropole de procurer à chaque salarié amené à intervenir au domicile d'un bénéficiaire positif au Covid 19 ou symptomatique, au moins un masque de type FFP2 par intervention à domicile, de rejeter la demande d'astreinte et de dire que les mesures ordonnées prendront terme avec la disparition du risque sanitaire, alors :

1e/ qu'en application de l'article L. 4732-1 du code du travail, 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 ; que constitue un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique des salariés d'une association intervenant dans le domaine de l'aide à domicile l'exposition au virus Sars-Cov-2, que les bénéficiaires soient symptomatiques ou positifs à la Covid-19 ou encore asymptomatiques ou présymptomatiques, en raison des modalités de transmission de ce virus, par gouttelettes ou aérosols et par des personnes non nécessairement positives à la Covid-19, de sorte que l'employeur doit mettre à leur disposition des masques de type FFP pour toutes leurs interventions au domicile des bénéficiaires ; que la cour d'appel, qui 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

FFP 2 par intervention à domicile, reconnaissant ainsi que le masque de type FFP 2 constitue une mesure propre à faire cesser le risque d'exposition au virus, n'a toutefois pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en refusant d'étendre cette mesure à toutes les interventions des salariés au domicile des bénéficiaires, même non positifs à la Covid-19 ou asymptomatique, en violation du texte précité ;

2e/ en outre, qu'en application de l'article R.4321-4 du code du travail, l'employeur met à la disposition de ses salariés les équipements de protection individuelle appropriés ; qu'il résulte des articles R.4311-8, R. 4311-12, R.4312 -6 et de son annexe II, R.4424-3 et R.4424-5 du code du travail 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 ; que les masques chirurgicaux, qui ne sont pas conçus pour protéger leur porteur d'un risque de contamination par un agent biologique pathogène, ne constitue pas un équipement de protection des voies respiratoires, à l'inverse des masques de type FFP ; qu'en jugeant néanmoins qu'aucune des dispositions du code du travail ne désigne expressément les masques de type FFP 2 ou FFP3 comme éléments de protection individuelle et n'excluent de façon générale les masques chirurgicaux et qu'il n'est pas justifié que la fourniture d'un masque FFP 2 ou FFP 3 ou équivalent est désormais obligatoire ou même recommandée, dans le secteur de l'aide à domicile au profit de bénéficiaires non positifs à la Covid 19 ou asymptomatiques, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

3e/ à tout le moins, qu'en se déterminant de la sorte, quand l'exposante soutenait que seuls les masques de type FFP constituent un équipement de protection individuelle et, précisément, un équipement de protection des voies respiratoires, au sens des dispositions du code du travail, la cour d'appel, qui n'a pas procédé à la recherche à laquelle elle était ainsi invitée, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

4e/ enfin, qu'en ayant retenu que « l'évolution récente de la situation sanitaire en France, à savoir la baisse continue des contaminations, en corrélation avec le développement et la généralisation de la vaccination, prioritaire tant pour les aides à domicile que pour les personnes âgées, ainsi que la facilité accrue de procéder à des tests, justifient de plus fort que l'utilisation des masques FFP2 ou FFP3 ne soit pas étendue au-delà de l'intervention au domicile de bénéficiaires positifs au Covid 19 ou symptomatiques et ce, nonobstant l'existence de nouveaux variants », quand, peu important la baisse des contaminations et le développement de la vaccination, les salariés de l'association restent exposés à un risque sérieux de contamination par le virus Sars-Cov-2, dès lors qu'ils interviennent au domicile de personnes potentiellement contaminées ou dans le domicile desquelles le virus peut être présent, de sorte que l'employeur doit mettre en œuvre les mesures de protection appropriées pour faire cesser ce risque, la cour d'appel, qui s'est prononcée par un motif inopérant, a de nouveau violé l'article L.4732-1 du code du travail.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Obligation pour une association d'aide à domicile de fournir des masques FFP2 à ses salariés intervenant à domicile et exposés au risque biologique constitué par le Covid-19.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 Les textes

En vertu de l'article L.4732-1 du code du travail :

*« Indépendamment de la mise en oeuvre des dispositions de l'article L.4721-5¹, l'inspecteur du travail saisit le juge des référés 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 des textes pris pour leur application :***

1e Titres Ier, III et IV et chapitre III du titre V du livre Ier ;

2e Titre II du livre II ;

3e Livre III ;

4e Livre IV ;

5e Titre Ier, chapitres III et IV du titre III et titre IV du livre V.

Le juge peut également ordonner la fermeture temporaire d'un atelier ou chantier.

Il peut assortir sa décision d'une astreinte.

Il peut assortir sa décision d'une astreinte qui est liquidée au profit du Trésor».

Cette disposition ouvre ainsi une action dite attitrée à l'inspecteur du travail qui ne peut agir sur le seul fondement de la violation des principes généraux de prévention prévus aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail.

Le livre IV de la quatrième partie du code concerne la prévention de certains risques d'exposition dont les risques biologiques (titre II).

Aux termes de l'article R. 4422-1 du code du travail :

« 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 » .

L'article R. 4424-3 du code du travail prévoit que **« Lorsque l'exposition des travailleurs à un agent biologique dangereux ne peut être évitée, elle est réduite en prenant les mesures suivantes :**

1° Limitation au niveau le plus bas possible du nombre de travailleurs exposés ou susceptibles de l'être ;

2° Définition des processus de travail et des mesures de contrôle technique ou de confinement visant à éviter ou à minimiser le risque de dissémination d'agents biologiques sur le lieu de travail ;

3° Signalisation dont les caractéristiques et les modalités sont fixées par un arrêté conjoint des ministres chargés du travail, de l'agriculture et de la santé ;

4° Mise en œuvre de mesures de protection collective ou, lorsque l'exposition ne peut être évitée par d'autres moyens, de mesures de protection individuelle ;

5° Mise en œuvre de mesures d'hygiène appropriées permettant de réduire ou, si possible, d'éviter le risque de dissémination d'un agent biologique hors du lieu de travail ;

6° Etablissement de plans à mettre en œuvre en cas d'accidents impliquant des agents biologiques pathogènes ;

7° Détection, si elle est techniquement possible, de la présence, en dehors de l'enceinte de confinement, d'agents biologiques pathogènes utilisés au travail ou, à défaut, de toute rupture de confinement ;

8° Mise en œuvre de procédures et moyens permettant en toute sécurité, le cas échéant, après un traitement approprié, d'effectuer le tri, la collecte, le stockage, le transport et l'élimination des

¹ Texte permettant à l'inspecteur ou contrôleur du travail, sans mise en demeure préalable, de dresser immédiatement procès-verbal, lorsque les faits constatés présentent un danger grave ou imminent pour l'intégrité physique des travailleurs

déchets par les travailleurs. Ces moyens comprennent, notamment, l'utilisation de récipients sûrs et identifiables ;

9° Mise en œuvre de mesures permettant, au cours du travail, de manipuler et de transporter sans risque des agents biologiques pathogènes » .

L'article R. 4424-5 prévoit que « **Pour les activités qui impliquent des agents biologiques pathogènes, l'employeur :**

1° **Fournit aux travailleurs des moyens de protection individuelle, notamment des vêtements de protection appropriés ;**

2° Veille à ce que les moyens de protection individuelle soient enlevés lorsque le travailleur quitte le lieu de travail ;

3° Fait en sorte, lorsqu'ils sont réutilisables, que les moyens de protection individuelle soient rangés dans un endroit spécifique, nettoyés, désinfectés et vérifiés avant et après chaque utilisation et, s'il y a lieu, réparés ou remplacés ;

4° Met à la disposition des travailleurs des installations sanitaires appropriées, un dispositif de lavage oculaire et des antiseptiques pour la peau ainsi que, s'il y a lieu, des collyres prescrits par le médecin du travail ;

5° Pour les activités impliquant le prélèvement, la manipulation et le traitement d'échantillons d'origine humaine ou animale, met au point des procédures et met à disposition des travailleurs des matériels adaptés visant à minimiser les risques de contamination » .

L'article R. 4321-4 prévoit que :

« 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 » .

Le livre III de la quatrième partie du code du travail est consacré aux dispositions concernant les « Equipements de travail et moyens de protection ».

L'article R. 4311-8 précise :

« les équipements de protection individuelle, auxquels s'appliquent les obligations de conception et de fabrication prévues à l'article L. 4311-1, sont des dispositifs ou moyens destinés à être portés ou tenus par une personne en vue de la protéger contre un ou plusieurs risques de menacer sa santé ou sa sécurité » .

Aux termes de l'article R. 4311-12 :

« Les machines ainsi que les équipements de protection individuelle respectivement soumis aux règles techniques pertinentes des annexes I et II du présent titre, lorsqu'ils sont conçus et construits conformément aux normes reprises dans la collection des normes nationales et dont les références ont été publiées au Journal officiel de l'Union européenne, sont réputés satisfaire aux règles des annexes, traitées par ces normes » .

L'article 3.1) du Règlement UE n° 2016/425 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 relatif aux équipements de protection individuelle et abrogeant la directive 89/686/CEE du Conseil définit l'équipement de protection individuelle comme « un équipement conçu et fabriqué pour être porté ou tenu par une personne en vue de la protéger contre un ou plusieurs risques pour sa santé ou sa sécurité » .

L'instruction interministérielle n° DGT/CT3/DGS/PP3/DGCCRF/DGDDI/2020/94 du 9 juin 2020, citée par le mémoire ampliatif, concerne la mise en oeuvre de la recommandation (UE) 2020/403 de la Commission européenne du 13 mars 2020 relative aux procédures d'évaluation de la conformité et de la surveillance du marché dans le contexte de la menace que représente le Covid-19. Elle distingue à cet égard les équipements de protection individuelle tels les masques de type FFP1, FFP2 et FFP3, les lunettes et les visières de protection, des dispositifs médicaux dont les masques chirurgicaux.

4-2 Extrait Lamy Santé, sécurité et conditions de travail au quotidien - Partie 1 - Titre 3

130-10 Quelles sont les obligations de l'employeur en matière de mise à disposition d'équipements de protection individuelle ?

Mis à jour 10/2020

Les équipements de protection individuelle (EPI) vont du casque aux chaussures de sécurité, en passant par les lunettes, les masques de protection respiratoire, les bouchons d'oreille, les gants, les vêtements de protection etc. Ils sont destinés à protéger du ou des risques à un poste de travail : exposition cutanée ou respiratoire à un toxique, chaleur, bruit, écrasement, choc, chute d'objet, électrocution... Les équipements de protection individuelle ne sont toutefois qu'un moyen subsidiaire de protection et peuvent être à l'origine de gêne ou d'inconfort. Autrement dit, s'il est toujours préférable d'utiliser, en priorité, des protections collectives, il convient également de prendre en compte les caractéristiques de l'utilisateur et celles de son poste de travail.

Qu'est-ce qu'un équipement de protection individuelle ?

Un équipement de protection individuelle est un dispositif ou un moyen destiné à être porté ou être tenu par une personne en vue de la protéger contre un ou plusieurs risques susceptibles de menacer sa santé ainsi que sa sécurité (C. trav., art. R. 4311-8 ; Circ. DGT no 2010-01, 4 févr. 2010, NOR : MTST1004208C).

Comment mettre à disposition des équipements de protection individuelle ?

L'employeur doit mettre 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 la santé et la sécurité des travailleurs conformément aux articles L. 4321-1 et suivants du Code du travail et aux dispositions de textes spécifiques à certains secteurs d'activité.

Remarque : des équipements de protection individuelle doivent aussi être fournis aux salariés travaillant dans le cadre du portage salarial (C. trav., art. L. 1254-15).

La mise en place d'équipements de protection individuelle doit être précédée d'une analyse de l'ensemble des risques et des contraintes liées à un poste de travail ou à une situation de travail car ils doivent être appropriés aux risques à prévenir, aux conditions dans lesquelles le travail est effectué et adaptés aux utilisateurs.

Cette phase préliminaire est essentielle, il sera indispensable d'impliquer le CSE, le médecin du travail et les futurs utilisateurs. Ils pourront indiquer les contraintes liées à leur poste et son environnement et mettre à disposition leur expérience sur les faits passés permettant de mettre en évidence les risques concrets auxquels ils sont confrontés.

Remarque : ces EPI ne doivent pas être à l'origine de risques ou de gêne supplémentaire. Le port d'un EPI représente souvent une contrainte. Il est fréquent de rencontrer des réticences de la part des salariés. Elles sont souvent dues à la gêne occasionnée, à l'inconfort, à l'inesthétisme mais aussi à la sous-évaluation des risques et à la surévaluation de leurs capacités à maîtriser le risque.

Une écoute attentive de ces arguments permettra de choisir un protecteur effectivement porté et adapté aux risques.

Les salariés doivent être informés notamment des risques contre lesquels l'EPI les protège et des conditions d'utilisation et des usages auxquels l'EPI est réservé. L'employeur doit élaborer une consigne d'utilisation de l'EPI, reprenant de manière compréhensible ces informations (C. trav., art. R. 4323-105). Il doit en outre dispenser aux salariés une formation adéquate comportant, en tant que de besoin un entraînement au port de cet équipement de protection individuelle (C. trav., art. R. 4323-106).

Comment choisir l'équipement de protection individuelle le mieux adapté ?

Critères de choix des équipements de protection individuelle (EPI)

Efficacité de la protection :

Les EPI doivent protéger de manière aussi efficace que possible contre les risques potentiels dans une situation de travail donnée. Cette protection doit être adaptée au risque et à la situation de travail. Les EPI choisis ne doivent pas entraîner de risques supplémentaires (cas de vêtements amples pouvant être entraînés par une machine en fonctionnement).

Confort et innocuité :

La conception, le poids, et la répartition du poids de l'EPI doivent être adaptés ou adaptables le plus possible à l'anatomie de l'utilisateur. De plus, il doit perturber le moins possible les fonctions de communication, les échanges entre le corps et l'environnement (chaleur, transpiration) et les perceptions sensorielles (du type toucher ou vision). En outre, il est important que les matériaux constituant un EPI en contact avec la peau, ne contiennent pas de substance irritante ou allergène.

Hygiène et entretien :

Les EPI doivent être hygiéniques et faciles à entretenir. La réglementation stipule qu'ils doivent, si possible, être individuels : ils ne peuvent être utilisés par plusieurs personnes, si ce n'est après un nettoyage et une désinfection approfondie. Les fabricants doivent d'ailleurs fournir avec leurs équipements un mode d'entretien et de nettoyage.

Acceptation par l'utilisateur :

Le confort, l'hygiène, mais également la forme et l'aspect de l'équipement jouent un rôle important dans son acceptation ou non par l'utilisateur. Les aspects esthétiques (couleur, forme), bien que n'ayant aucun rapport avec la sécurité, contribuent indirectement à une meilleure acceptation, et par conséquent à une meilleure protection de l'utilisateur.

Cette notion est un élément décisif dans le choix d'un équipement de protection individuelle. L'analyse des situations de travail réelles et la prise en compte de l'avis des utilisateurs dans ce choix permet une meilleure acceptation.

Coût :

L'aspect économique est important dans le choix d'un EPI. Ce choix doit tenir compte du rapport entre les qualités proposées et l'estimation du coût total (incluant les frais de remplacement et d'entretien des EPI). Les EPI doivent pouvoir être utilisés le plus longtemps possible et rester efficaces. En effet, une trop courte durée de validité implique un remplacement plus fréquent, donc un coût plus élevé et le risque que l'efficacité soit rapidement insuffisante.

Marquage CE :

Le marquage CE figurant sur un EPI est obligatoire. Il atteste que l'équipement est conforme aux exigences essentielles de la réglementation et qu'il satisfait aux procédures de certification qui lui sont applicables. Ce marquage est apposé par le responsable de la mise sur le marché.

Sachez-le : il n'existe pas de protecteur individuel idéal qui permette de se prémunir contre l'ensemble des risques industriels et qui ne soit pas source de gêne ou d'inconfort au travail. Le choix des équipements de protection individuelle résulte donc toujours du meilleur compromis possible entre le plus haut niveau de sécurité que l'on peut atteindre et la nécessité d'exécuter sa tâche dans des conditions de confort maximal. En cas de fortes chaleurs, l'Inrs donne sur son site internet quelques conseils pour concilier prévention des risques et bien-être des salariés en cas de canicule (notamment pour allier l'utilisation d'équipements de protection, lutte contre la chaleur et mesures de contre une épidémie telle que celle de Covid-19).

Récapitulatif des étapes préalables à la mise en place d'EPI

Identification des activités ou zones à risques : évaluation des risques

Comprendre les causes d'accidents : utiliser par exemple la technique dite de l'arbre des causes

Recherche avec les salariés de solutions de prévention : prendre en compte l'expérience des salariés par la mise en place de groupes de travail pour analyser les situations de travail à risques, rechercher des solutions, confronter les points de vue, examiner la validité des solutions

Recherche avec les salariés des EPI adaptées : identifier et comprendre les éventuelles réticences au port des EPI ; impliquer les services de santé au travail.

Si un grand nombre d'études ont analysé les conséquences juridiques de la Covid-19 sous divers aspects, peu de travaux juridiques ont concerné la question des masques

sanitaires. Il peut cependant être cité les actes du colloque organisé par le centre de recherche Léon Duguit à l'université d'Evry le 4 février 2021².

4-3 Les préconisations des autorités de santé et de la Direction générale du travail (DGT) sur le port des masques

Dans une fiche pratique «Appareils de protection respiratoires (APR) et risques biologiques»³, publié en juillet 2019, l'institut national de recherche et de sécurité rappelle la différence entre masque à usage médical (communément appelé masque chirurgical) et APR et leurs indications respectives : les masques à usage médical sont des dispositifs médicaux dont la fonction est la protection du patient ; dans les milieux de soins, pour les infections transmissibles par voie respiratoire, la distinction est faite entre la transmission «gouttelettes» et la transmission «air» ; des recommandations pour la prévention de ces deux types de transmission ont été publiées par la société française d'hygiène hospitalière (SF2H) : port d'un APR pour les soignants et visiteurs en cas de patient suspect ou atteint d'une infection transmissible par aérosols, port d'un masque chirurgical dans le cas d'un patient suspect ou atteint d'une infection transmissible par gouttelettes, étant précisé que ces précautions viennent en complément des protections standard applicables : port d'un masque chirurgical par toute personne présentant des symptômes respiratoires (toux, expectoration), port d'un masque chirurgical par tout professionnel en cas de risque de projection d'un produit biologique d'origine humaine.

Cette fiche précise que les APR sont considérés comme des équipements de protection individuelle, qu'un APR doit être adapté aux risques encourus lors de l'activité et aux conditions de travail, que son choix doit être fait par une personne compétente, en concertation avec les utilisateurs, à partir de l'évaluation des risques.

Dans le contexte inédit de la pandémie liée au Covid-19 et des mesures de confinement prises par le gouvernement à compter du mois de mars 2020 et face au besoin d'assurer les activités identifiées comme essentielles, la direction générale du travail (la DGT) a élaboré diverses fiches conseils métiers, diffusées sur son site internet et régulièrement mises à jour, notamment sur les questions relatives à la prévention des risques biologiques et la protection des salariés, avec pour objectif de sécuriser le cadre juridique de la mise en oeuvre de la réglementation et d'harmoniser les interprétations et pratiques sur l'ensemble du territoire et d'assurer ainsi l'égalité de traitement des usagers devant la loi, s'agissant du droit constitutionnel à la santé et à la sécurité.

Un protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 (PNE) a également été établi par le ministère du travail afin d'accompagner les entreprises pour l'application opérationnelle des mesures sanitaires décidées pour le gouvernement pour lutter contre l'épidémie.

Ce protocole a fait l'objet d'adaptations régulières en fonction de l'évolution de la situation et des connaissances scientifiques.

² *Masques sanitaires et droit(s) Collection colloque et essais édité par l'institut francophone pour la justice et la démocratie 2021*

³ *Inrs ED 146 Juillet 2019 consultable sur <https://www.inrs.fr>*

Selon la DGT⁴, le protocole « rappelle les dispositions applicables en matière de santé et sécurité au travail, notamment l'obligation de sécurité incombant à l'employeur, les principes généraux de prévention et la nécessaire évaluation des risques qui en découle. Il formalise en matière de santé et sécurité au travail, dans un document pratique et opérationnel, les recommandations du Haut Conseil en Santé Publique (HCSP) pour protéger les travailleurs du risque de contamination au SARS-CoV-2.

Ces recommandations constituent les mesures reconnues par les autorités sanitaires comme utiles et efficaces pour protéger les personnes contre le risque de contamination au virus. Elles doivent être prises en considération par l'employeur pour la mise en œuvre des principes généraux de prévention qui lui incombe en application de l'article L.4121-2 du code du travail.

L'application des mesures prévues dans le PNE n'est pas obligatoire mais, comme cela a été précisé par le Conseil d'Etat dans une ordonnance rendue le 19 octobre 2020⁵, il « 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 ». Cette obligation de sécurité impose à l'employeur de revoir son évaluation des risques et les mesures de prévention à prendre au vu des risques et des modes de contamination induits par le SARS -CoV -2. L'appréciation du respect de cette obligation par l'employeur s'effectue nécessairement en tenant compte de l'état des connaissances scientifiques publiques, notamment des avis du HCSP.

Chaque entreprise applique donc ces recommandations dans le cadre de son obligation en matière de santé et sécurité. Il appartient à l'employeur par la voie du règlement intérieur ou par note de service portée à la connaissance de tous, de préciser - à la suite de l'analyse des risques effectuée et en privilégiant le dialogue social - les modalités permettant notamment la mise en œuvre de l'ensemble des gestes et mesures barrières

Le protocole constitue également un document de référence pour l'action de l'inspection du travail. Les agents de l'inspection du travail peuvent l'utiliser pour conseiller les acteurs du dialogue social ainsi que lors des contrôles en matière d'hygiène et de santé-sécurité.

En conclusion, les mesures de prévention préconisées par le protocole recourent, dans leur contenu matériel, l'application des principes généraux de prévention prévus aux articles L.4121 -1 et suivants et permettent d'éclairer l'employeur sur les mesures à mettre en place. C'est en ce sens que le décret y fait référence. »

Le protocole prévoit que « hors les cas où leur utilisation est prescrite par la réglementation en vigueur pour la protection de la santé des salariés, les masques FFP2 sont prioritairement réservés aux professionnels médicaux, y compris les personnels en charge du dépistage » . L'annexe III du protocole prévoit l'usage des

⁴ Questions-Réponses-Réglementation risques biologiques - Décembre 2021

⁵ Conseil d'Etat, juge des référés, 19/10/2020, 444809, inédit au recueil Lebon - Semaine juridique social n° 44, 3 novembre 2020, act. 450, Grégoire Loiseau

masques FFP2 et FFP3 au profit des professionnels de santé réalisant des gestes invasifs (ex : intubations) ou effectuant des manoeuvres par les voies aériennes.

La fiche publiée sur le site du ministère du travail⁶ intitulée « Aide à domicile : quelles précautions prendre contre la Covid-19 ? » rappelle que *« dans l'intérêt des bénéficiaires comme dans celui des salariés, l'évaluation des risques professionnel est au coeur de la démarche de prévention. La Covid-19 est un risque que les structures qui salarient les aides à domicile doivent intégrer à leur évaluation pour déterminer des mesures de prévention adaptées. L'employeur doit réévaluer les priorités, les durées et temporalités d'interventions, adapter l'organisation du travail et fournir le matériel de protection nécessaires (masques, gel hydroalcoolique...). Il doit être également vigilant au maintien d'échanges d'informations avec les salariés sur leurs conditions de travail »* et préconise, dans tous les cas, le port d'un masque grand public ou d'un masque chirurgical, dans le cas d'une personne malade au domicile du bénéficiaire, le port d'un masque FFP2 lorsque le bénéficiaire ne peut pas porter de masque.

Le mémoire ampliatif cite un extrait d'un « Questions-réponses à destination du système d'inspection du travail sur le Protocole national COVID-19 » mis à jour au 15 octobre 2020, émanant de la DGT qui indique : *« (...) À noter que les masques chirurgicaux relèvent de la réglementation des dispositifs médicaux et leur utilisation dans le milieu professionnel s'inscrit également dans le cadre des principes généraux de prévention [et non de la réglementation relative aux EPI] »,* ainsi qu'un extrait d'une note de la DGT du 30 novembre 2020⁷ :

« La mise à disposition de masques de type FFP2 dans les secteurs médicaux et médico-sociaux en période de pandémie covid-19 » : « ainsi, si le port de masques FFP2 se révèle obligatoire au regard des conditions de travail et du risque d'exposition au Covid-19, la réglementation du travail impose que celui-ci soit possible, y compris pour des postes de travail qui ne nécessitent pas de geste invasif ou de manoeuvre sur les voies respiratoires et en tenant compte du risque de transmission par aérosols. La situation dans laquelle la personne auprès de laquelle intervient le salarié serait dans l'impossibilité ou l'incapacité de porter un masque peut ainsi être concerné ».

Dans une fiche établie par le ministère des solidarités et de la santé « Services à domicile accompagnant des personnes âgées et des personnes en situation de handicap », actualisée au 7 mai 2021, il est préconisé, outre l'application stricte des gestes barrières, le port du masque chirurgical, obligatoire pour les professionnels et fortement recommandé pour les proches.

La question du port du masque est apparue cruciale dans la gestion de l'épidémie de Covid-19 et Haut conseil de la santé publique (le HCSP) a été amené à rendre plusieurs avis à ce titre⁸, qui ont pu fonder les préconisations ci-dessus rappelées.

Dans un premier avis du 10 mars 2020 relatif à la rationalisation de l'utilisation des masques chirurgicaux anti-projections et des masques filtrant de type FFP2 pour les professionnels de santé en établissements de santé, en établissements médico-sociaux et en ville en période épidémique de stade 3, le HCSP, se référant notamment à l'avis

⁶ Consultable au jour de la rédaction du rapport dans sa version actualisée au 26 juillet 2021

⁷ Ne figurant pas à la date du rapport sur le site du ministère du travail

⁸ Les avis du HCSP sont consultables sur son site - Dossier Spécial Covid-19. Les recommandations sont élaborées sur la base des connaissances disponibles à la date de la rédaction des avis et peuvent évoluer en fonction de l'actualisation des connaissances et des données épidémiologiques.

du 4 mars 2020 de la SF2H/SPILF⁹, recommande que l'approvisionnement en masques de protection respiratoire filtrant de type FFP2 soit réservé exclusivement aux professionnels de santé qui réalisent des actes invasifs ou des manoeuvres au niveau de la sphère respiratoire et ORL.

Dans son avis du 29 octobre 2020 relatif aux masques dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus SARS-CoV-2, le HCSP recommande (page 13 de l'avis), s'agissant du port des différents types de masque :

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.*

L'avis précise, page 4, sur la question de la transmission par aérosols :

Les aérosols sont des particules en suspension dans l'air dont la vitesse de chute est faible (< 25 cm/s). On définit comme aérosols toutes les particules en suspension dans l'air dont le diamètre est inférieur à 100 micromètres (µm). Ces particules, ou résidus secs, ont pour origine l'évaporation des gouttelettes émises par la respiration, la parole, les cris, les chants, la toux ou les éternuements. Lorsque ces particules véhiculent un agent infectieux, un sujet réceptif peut se contaminer en inhalant cet air contaminé, à distance de tout individu infecté. Ce mode de contamination est bien établi pour la tuberculose, la rougeole ou la varicelle du fait de charges infectieuses très élevées des porteurs/excréteurs, ce qui explique le taux de transmission (R0) ou taux de reproduction effectif (Re), très élevé de ces affections. Des personnes « superspreaders » ou supercontaminateurs jouent également probablement un rôle dans la vitesse de transmission du SARS-CoV -2. Pour les viroses respiratoires communes comme la grippe, les rhumes ou les bronchiolites, ce mode de transmission est considéré comme accessoire mais possible. Il a également été identifié comme possible au cours de l'épidémie à SARS -CoV en Asie en 2003 et à MERS-CoV au Moyen -Orient, notamment dans les lieux de soins. Concernant le SARS-CoV-2, la place des aérosols dans la propagation de l'infection suscite un grand nombre de discussions. Le faible R0 de la Covid -19, la faible transmission observée en milieu de soins en cas de respect du port du masque et en dépit de la mise en évidence de particules virales [6] dans les échantillons d'air dans lesquels de l'ARN de

⁹ *Société française d'hygiène hospitalière et Société de pathologie infectieuse de langue française*

SARS-CoV -2 a été détecté pourraient aller à l'encontre d'un rôle majeur des aérosols comme vecteur de cet agent infectieux. Toutefois, diverses modélisations tendent à accréditer cette possibilité. Certaines contaminations survenues en atmosphère très confinée (apport d'air neuf et renouvellement d'air des locaux insuffisants, recyclage de l'air, forte densité de population) comme des bateaux de croisière, des véhicules, des restaurants, des ascenseurs ou des chorales suggèrent que les aérosols peuvent contribuer à disséminer le virus, même s'il est toujours difficile d'en apprécier l'importance. En environnement non confiné, la charge virale transportée par les aérosols comme pour toute pollution par des particules non décantables chute fortement selon la distance par rapport à la source contaminante.

Certains actes de soins à haut risque (intubation, bronchoscopie, prélèvements rhino- et oro-pharyngés, ...) sont également à haut risque de générer des aérosols et imposent un équipement respiratoire de type FFP2 chez les professionnels de santé en charge de les effectuer. Le port d'un masque, limitant la dispersion des gouttelettes oro-pharyngées émises dans l'air des espaces clos, les modalités d'aération/ventilation et la réduction de la densité de population sont les mesures recommandées pour réduire ce mode de transmission par aérosols.

Cet avis documenté comporte diverses annexes dont une fiche technique sur le masque à usage médical, qualifié de masque chirurgical et qui constitue un dispositif médical, et une fiche technique sur les appareils de protection respiratoire de type FFP qui constituent des équipements de protection individuel (EPI).

La fiche sur le masque chirurgical mentionne que ce masque protège l'environnement de celui qui le porte notamment s'il est infecté Covid-19 en retenant les gouttelettes émises lors de la toux, des éternuements et de la parole. Il limite l'exposition de celui qui le porte aux gouttelettes environnantes et leurs contacts avec les muqueuses. Il ne filtre que partiellement les très petites particules émises par le porteur ou en suspension dans l'air. Quand un personnel de santé est en contact avec une personne présentant des signes d'infection respiratoire, et en absence d'acte invasif sur la sphère respiratoire ou ORL, le port du masque chirurgical se fait en face à face (masque chirurgical pour le soignant/masque chirurgical pour le soigné). Cela est valable également en face à face avec un patient suspect ou atteint de Covid-19 sans signe clinique (patient asymptomatique).

La fiche sur les appareils de protection respiratoire précise que le masque FFP est utilisée dans divers secteurs professionnels pour se protéger des aérosols y compris infectieux et des poussières dangereuses. Les masques marqués "KN95" répondent à la norme chinoise GB 2626 et offrent une protection similaire aux masques FFP2 pour le risque infectieux. Un FFP permet de protéger son porteur contre le risque d'inhalation de tous types de gouttelettes et particules en suspension dans l'air. En comparaison avec le masque chirurgical, le masque FFP offre une meilleure protection mais il est moins confortable du fait de son étanchéité. Il peut s'avérer gênant à l'usage notamment à cause de la résistance respiratoire et de l'inconfort thermique. En milieu de soins, il a pour fonction de protéger le soignant lors des actes respiratoires invasifs ou lors d'actes de chirurgie de la sphère ORL et buccale ou lors de soins dentaires sur un patient COVID-19 ou suspect (prélèvement naso-pharyngé, intubation, extubation, ventilation mécanique, aspirations, ventilation non invasive, etc.) susceptibles de mobiliser des quantités importantes de virus sous forme d'aérosols. Les ports de gants et de lunettes de sécurité doivent être associés lors des gestes à risque. Il protège également le patient en filtrant les particules émises par le soignant qui le porte sauf si c'est un masque à valve expiratoire.

Dans son avis du 7 janvier 2022 relatif au port des appareils de protection respiratoire de type FFP2 par les professionnels de santé dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus SARS-CoV-2, le HCSP recommande :

- *concernant la mise à disposition des masques en milieu de soins :*

- *Ne mettre à disposition des professionnels de santé que des masques à usage médical et des APR de type FFP2 normés et validés par les autorités sanitaires nationales.*
- *Pour les personnels concernés par les indications des APR de type FFP2, organiser systématiquement des visites auprès du service de santé au travail, des EOH/équipes mobiles d'hygiène ou d'une structure équivalente pour les professionnels de ville pour tester l'étanchéité des masques au visage, en proposant plusieurs tailles de masque pour obtenir l'adhésion la plus adaptée à la morphologie du visage du professionnel ; préciser que le port d'une barbe limite les performances de filtration de s APR de type FFP2 .*

- *Concernant le patient suspect ou confirmé d'infection par le SARS-CoV-2 :*

- *Exiger systématiquement le port d'un masque chirurgical lors d'une hospitalisation ou d'une consultation médicale, que cela soit en milieu hospitalier ou en médecine de ville.*
- *Exiger systématiquement le port d'un masque chirurgical par les patients suspects ou confirmés d'infection à SARS-CoV-2 en présence d'un visiteur ou d'un professionnel pour contrôler l'émission d'aérosols de gouttelettes à la source , dès que cela est possible, que cela soit en milieu hospitalier ou en médecine de ville. Le double masquage patient/soignant est une mesure essentielle pour réduire le risque de transmission interindividuelle.*

- *Concernant les indications du port d'APR de type FFP2 à usage unique :*

- *Remplacer le port d'un masque chirurgical par un APR de type FFP2 pour les professionnels de santé médicaux ou paramédicaux avant de réaliser des gestes invasifs ou des manœuvres au niveau de la sphère respiratoire ou ORL générant des aérosols. Si les professionnels de santé exercent dans un service hospitalier ou un cabinet médical où ces gestes ou manœuvres sont fréquents et non programmés, le port d'un APR de type FFP2 peut être prolongé dans la limite des conditions d'utilisation optimale (absence de souillure et de manipulation, intégrité, durée de port)*
- *Laisser la possibilité du port d'un APR de type FFP2 aux professionnels de santé à risque de forme grave de Covid-19 ou en échec de vaccination qui prennent en charge un patient suspecté ou confirmé d'infection au SARS-CoV-2, sous réserve de satisfaire aux conditions de port de ces APR et après avis du service de santé au travail (cf. recommandation n°2).*
- *Évaluer la possibilité de passer à un port systématique et transitoire d'un APR de type FFP2 pour tous professionnels exerçant au contact de patients d'un secteur avec cluster complexe, évolutif et non contrôlé de cas de Covid-19 chez les professionnels de santé ou les patients/résidents, sur l'expertise de l'EOH et du service de santé au travail et sous réserve de l'utilisation optimale de ces masques et sous conditions (cf. Recommandation n°2) et sous conditions :*
 - *Vérification que les autres mesures de prévention sont mises en œuvre ;*
 - *Mise en place d'une étude d'impact (à visée d'acquisition de connaissances) de cette mesure sur la maîtrise du risque ;*
 - *Régulation des situations à risque de transmission hors soins, notamment limitation des contacts sociaux des professionnels entre eux ;*
 - *Réalisation régulière d'évaluation de la qualité du port des APR de type FFP2 dans les secteurs concernés ;*
 - *Arrêt de cette mesure dès la fin du cluster.*

Il s'agit d'une mesure dont l'efficacité propre n'a pas encore été évaluée par des études d'impact.

Cet avis se réfère notamment à une note de la SF2H du 31 décembre 2021 relative à l'identification de situations à haut risque de transmission aéroportée du virus SARSCoV2¹⁰, qui mentionne au titre de la protection respiratoire des professionnels lors des soins : «de nombreuses études ont montré l'efficacité du masque à usage médical (ou masque chirurgical), pour prévenir la transmission du virus SARS-CoV-2. A ce jour, aucune étude

¹⁰ 2021 [cité le 6 janvier 2022]. Disponible sur : <https://www.sf2h.net>

publiée ne permet de remettre en cause l'efficacité du masque chirurgical dans la protection contre la transmission aéroportée du variant Omicron.

Malgré la meilleure étanchéité au visage de l'appareil de protection respiratoire (APR), ou masque de type FFP2, les études comparant l'utilisation de masque chirurgical et d'APR FFP2 chez des professionnels de santé montrent des résultats contradictoires par rapport au risque d'acquisition de SARS-CoV-2.

L'APR FFP2 ne présente une efficacité optimale que si le modèle est adapté à la morphologie du visage. La SF2H insiste sur la nécessité de pouvoir disposer de plusieurs modèles d'APR dans les services de soins. Son ajustement doit être vérifié par un fit-check. L'APR FFP2 est responsable d'inconfort, source de manipulation du masque et de risques de contamination via les mains, dont les personnels doivent être conscients.

L'OMS a publié le 22 décembre 2021 une mise à jour de ses recommandations relatives à la protection respiratoire chez les professionnels de santé au vu de la progression du variant omicron.

Sur ces éléments, la SF2H ne recommande pas le port systématique d'APR FFP2 par tout professionnel des établissements de santé et ESMS ».

En l'espèce, l'association fournissait dans tous les cas à ses salariés des masques chirurgicaux et un masque FFP2 lorsqu'ils devaient intervenir au domicile d'un bénéficiaire positif au Covid-19 ou symptomatiques.

La cour d'appel a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'étendre l'utilisation des masques FFP2 au-delà de l'intervention au domicile de bénéficiaires positifs au Covid-19 ou symptomatiques.

Le mémoire ampliatif fait valoir que seuls les masques FFP2 (et non les masques chirurgicaux) constituent des équipements de protection individuelle de nature à protéger les salariés de l'Adar compte tenu de l'exposition de ces derniers au SRAS-CoV-2 lorsqu'ils interviennent au domicile des bénéficiaires peu important que ces derniers ne soient pas symptomatiques ou déclarés positifs au Covid-19.

Le mémoire en défense précise que le principe du masque contre l'agent biologique que constitue le SARS-Cov-2 pour un salarié d'une association d'aide à domicile n'est ni discutable ni discuté, seul le type de masque à utiliser étant discuté.