

Oppidum Avocats

AARPI
47 av. du Maine
75014 Paris
Toque L.62

www.oppidum-avocats.fr
contact@oppidum-avocats.fr

Me Isabelle Béguin

Avocat associé
beguin@oppidum-avocats.fr
06 78 80 14 68

Me Philippe Bluteau

Avocat associé
bluteau@oppidum-avocats.fr
06 47 60 35 81

Me Cécile Bourgoïn

Avocat collaborateur
bourgoïn@oppidum-avocats.fr

Me Seymour Bessa

Avocat collaborateur
bessa@oppidum-avocats.fr

SNUTER-FSU**Monsieur Didier BOURGOIN**
Secrétaire général SNUTER-FSU

Par courriel uniquement

Paris, le 20 avril 2020

Objet : *Note concernant le droit de retrait des agents publics dans le cadre de l'épidémie de Covid-19.*

Cher Monsieur,

Vous m'avez interrogée concernant la possibilité pour les agents publics de faire usage de leur droit de retrait dans le contexte actuel sanitaire d'épidémie de Covid-19 et plus particulièrement sur le bien-fondé de la note rédigée par la DGAFP.

Il convient d'abord de rappeler les contours de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur public en période d'état d'urgence sanitaire (I.) afin de déterminer si un agent peut avoir recours à son droit de retrait (II.). Enfin, outre le droit de retrait nous évoquerons la possibilité de saisir le juge administratif en cas de non-respect des règles de sécurité (III.).

I. Sur l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur public en période d'état d'urgence sanitaire

Selon le décret n°85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale :

- « **Dans les collectivités et établissements mentionnés à l'article 1er, les locaux et installations de service doivent être aménagés, les équipements doivent être réalisés et maintenus de manière à garantir la sécurité des agents et des usagers. Les locaux doivent être tenus dans un état constant de propreté et présenter les conditions d'hygiène et de sécurité nécessaires à la santé des personnes** » (article 2),
- « **Les autorités territoriales sont chargées de veiller à la sécurité et à la protection de la santé des agents placés sous leur autorité** » (article 2-1).

L'article 3 du décret du 10 juin 1985 précise également que :

« En application de l'article 108-1 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée, dans les services des collectivités et établissements mentionnés à l'article 1er, les règles applicables en matière de santé et de sécurité sont, sous réserve des dispositions du présent décret, celles définies aux livres Ier à V de la quatrième partie du code du travail et par les décrets pris pour leur application, ainsi que par l'article L. 717-9 du code rural et de la pêche maritime ».

Ces dispositions « obligent l'employeur à prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de ses agents » (CAA Paris, 6 octobre 2016, n°15PA02227 ; CE, 30 décembre 2011, n°330959).

Depuis le début de la crise sanitaire, le Gouvernement a préconisé la mise en place d'un plan de continuité d'activité (PCA) afin d'assurer la continuité dans les services publics.

Dans ce cadre, les collectivités territoriales (au même titre que l'ensemble des autres personnes publiques) ont dû procéder à une évaluation des risques et déterminer les agents devant impérativement être présents physiquement et ceux pouvant exercer les fonctions en télétravail. Toutes les réunions, regroupements ou déplacements non indispensables sont strictement interdits et doivent être annulés ou reportés.

Les agents les plus vulnérables, tels que définis par le Haut conseil de la santé publique, et les personnes malades ne peuvent participer à un PCA en présentiel.

Concernant plus particulièrement le cas de l'accueil des enfants des personnels soignants, l'article 9 du décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire prévoit que :

« un accueil est assuré par les établissements et services mentionnés aux 1° et 2° du I, dans des conditions de nature à prévenir le risque de propagation du virus, pour les enfants de moins de seize ans des personnels indispensables à la gestion de la crise sanitaire ».

Les employeurs publics ont une obligation de sécurité « renforcée » envers les agents devant exercer leurs fonctions en présentiel dans la mesure ils doivent mettre en place les mesures de sécurité recommandées par le Gouvernement.

En effet, l'article 2 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire dispose :

« Afin de ralentir la propagation du virus, les mesures d'hygiène et de distanciation sociale, dites « barrières », définies au niveau national,

doivent être observées en tout lieu et en toute circonstance. Les rassemblements, réunions, activités, accueils et déplacements ainsi que l'usage des moyens de transports qui ne sont pas interdits en vertu du présent décret sont organisés en veillant au strict respect de ces mesures ».

Les employeurs qu'ils soient publics ou privés doivent donc s'assurer que les règles de distanciation (1 mètre minimum) soient respectées, notamment en adaptant l'organisation du lieu de travail.

Les employeurs doivent également fournir le matériel nécessaire au respect des gestes « barrières » tel que définis par les recommandations gouvernementales :

- se laver les mains régulièrement (l'utilisation du gel hydro-alcoolique n'est pas obligatoire, l'utilisation de savon est suffisante),
- tousser ou éternuer dans son coude,
- utiliser des mouchoirs à usage unique,
- saluer sans se serrer la main et proscrire les embrassades.

Les mesures « barrières » peuvent également varier en fonction de la durée du contact :

- *« contacts brefs : les mesures « barrières » notamment le lavage très régulier des mains – au savon ou à défaut avec du gel hydro-alcoolique – permettent de préserver la santé des salariés et celle de leur entourage,*
- *contacts étroits et prolongés : il y a lieu de compléter les mesures « barrières » afin d'éviter tout contact étroit et prolongé, par exemple par l'installation d'une zone de courtoisie d'un mètre, par le nettoyage des surfaces avec un produit approprié, ainsi que par le lavage des mains »¹.*

Les mesures préconisées par la DGAFP apparaissent donc tout à fait conformes aux recommandations.

¹ <https://www.fonction-publique.gouv.fr/coronavirus-covid-19-questionsreponses-pour-employeurs-et-agents-publics>

II. Quid de la possibilité d'utiliser le droit de retrait en période d'état d'urgence sanitaire ?

Le droit de retrait pour les agents territoriaux est prévu à l'article 5-1 du décret n°85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale qui dispose :

« Si un agent a un motif raisonnable de penser que sa situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé ou s'il constate une défectuosité dans les systèmes de protection, il en avise immédiatement son supérieur hiérarchique.

Il peut se retirer d'une telle situation.

L'autorité territoriale prend les mesures et donne les instructions nécessaires pour permettre aux agents, en cas de danger grave et imminent, d'arrêter leur activité et de se mettre en sécurité en quittant immédiatement leur lieu de travail.

Aucune sanction ne peut être prise, aucune retenue de rémunération ne peut être effectuée à l'encontre d'agents qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour leur vie ou pour leur santé.

La faculté ouverte au présent article doit s'exercer de telle manière qu'elle ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent.

L'autorité territoriale ne peut demander à l'agent 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 défectuosité du système de protection.

La détermination des missions de sécurité des personnes et des biens qui sont incompatibles avec l'exercice du droit de retrait individuel défini ci-dessus en tant que celui-ci compromettrait l'exécution même des missions propres de ce service, notamment dans le cadre de la sécurité civile et de la police municipale, est effectuée par voie d'arrêté interministériel du ministre chargé des collectivités territoriales, du ministre chargé du travail et du ministre dont relève le domaine, pris après avis du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale ».

Certains agents se voient privés de la possibilité d'user de leur droit de retrait en raison de la nature de leurs missions (2.1). Pour les autres il ne sera possible d'user de leur droit de retrait que dans l'hypothèse où l'employeur n'a mis en place aucune mesure de sécurité (2.2).

2.1 Sur l'absence de possibilité d'user du droit de retrait pour certains agents en raison de la nature de leurs missions

L'article 1^{er} de l'arrêté du 15 mars 2001 portant détermination des missions de sécurité des personnes et des biens incompatibles avec l'exercice du droit de retrait dans la fonction publique territoriale prévoit que :

« En application du cinquième alinéa de l'article 5-1 du décret du 10 juin 1985 susvisé, ne peuvent se prévaloir du droit de retrait, lorsqu'ils exercent leurs fonctions dans le cadre d'une des missions de secours et de sécurité des personnes et des biens prévues à l'article 2 du présent arrêté, les fonctionnaires des cadres d'emplois des sapeurs-pompiers, de police municipale et des gardes champêtres ».

Ainsi, ces différents agents ne peuvent pas exercer leur droit de retrait dans le cadre de leurs missions de secours et de sécurité. Même s'ils sont exposés au Covid-19, ce danger est considéré comme inhérent à leurs fonctions.

Le juge administratif est également extrêmement strict à l'égard du personnel soignant. Dans le cas d'un agent d'un établissement hospitalier accueillant des patients atteints du VIH et de l'hépatite B, le tribunal administratif de Versailles a jugé que :

« L'admission dans un établissement hospitalier de malades porteurs du VIH ou de l'hépatite virale B ne présentait pas, par elle-même, le caractère d'un danger grave et imminent justifiant un droit de retrait dès lors qu'un tel établissement, en raison même de sa mission, doit être apte à faire face aux risques de contagion pour ses agents et pour les tiers » (TA de Versailles, du 2 juin 1994, inédit au recueil Lebon).

En l'état des textes applicables et de la jurisprudence, les notes de la DGFAP nous semblent donc parfaitement fondées sur ce point également.

2.2 Sur l'usage du droit de retrait en cas de non-respect des mesures de sécurité

En application de l'article 5-5 du décret du 10 juin 1985 précité, pour pouvoir user de son droit de retrait, un agent doit avoir un motif raisonnable de penser qu'il s'expose à un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé ou s'il constate une défectuosité dans les systèmes de protection.

La [circulaire n° NOR :INTB120900C du 12 octobre 2012](#) rappelle que :

« La notion de danger grave et imminent est entendue, par référence à la jurisprudence sociale, comme étant une menace directe pour la vie ou la santé du fonctionnaire ou de l'agent, c'est-à-dire une situation de fait pouvant provoquer un dommage à l'intégrité physique ou à la santé de la personne.

- *Le danger en cause doit donc être grave. Selon la circulaire de la direction générale du travail du 25 mars 1993, un **danger grave est « un danger susceptible de produire un accident ou une maladie entraînant la mort ou paraissant devoir entraîner une incapacité permanente ou temporaire prolongée »**. La gravité a donc des conséquences définitives ou en tout cas longues à effacer et importantes, au-delà d'un simple inconfort.*
- *Le caractère imminent du danger se caractérise par le fait que le danger est « susceptible de se réaliser brutalement dans un délai rapproché. L'imminence du danger suppose qu'il ne se soit pas encore réalisé mais qu'il soit susceptible de se concrétiser dans un bref délai. Il convient de souligner que cette notion n'exclut pas celle de « risque à effet différé ».*

De manière générale, le juge administratif est strict et ne reconnaît le bien-fondé de l'usage du droit de retrait que dans des cas extrêmement rares.

Par exemple, le tribunal administratif de Nancy a jugé que c'était à bon droit qu'un éducateur d'activité physique et sportive d'une piscine avait fait usage de son droit de retrait en raison d'effluves trouvant leur origine dans la pulvérisation d'un insecticide reconnu par son fabricant comme étant nocif par inhalation, ces effluves ayant créé une gêne respiratoire à l'agent et l'ayant conduit à être placé en arrêt maladie pendant deux jours (TA Nancy, 20 juin 2012, n° 1001385).

En revanche, dans les cas suivants de risques sanitaires, le juge administratif a considéré que l'usage du droit de retrait n'était pas fondé :

- dans le cas de déjections de chauve-souris dans les salles de classes et de défauts de la toiture et des toilettes de l'école (CE, 18 juin 2014, n°369531),
- dans le cas d'une possible contamination de locaux hospitaliers par le bromure d'éthidium, produit hautement toxique, dès lors qu'un processus de décontamination avait été engagé par l'employeur (TA Cergy-Pontoise, 6 novembre 2018, n° 1601598, Mme D cité dans JCPA 23 mars 2020).

Dans le cadre de la crise sanitaire actuelle, en cas de contentieux, le juge étudiera si l'agent avait un motif raisonnable de penser qu'il était exposé à un danger « grave et imminent » pour sa vie ou sa santé en raison d'une possible contamination par le Covid-19.

Le caractère imminent du danger semble devoir être admis en raison du temps d'incubation relativement rapide du Covid-19.

Le caractère grave d'une possible contamination est plus délicat à cerner. Les connaissances scientifiques actuelles ne permettent pas de connaître le degré de gravité de cette pathologie pour chaque individu dans la mesure où dans certains cas elle a été guérie, avec ou sans séquelles, et dans d'autres elle a entraîné le décès.

Compte tenu de la situation inédite dans laquelle nous nous trouvons, en l'état des informations dont nous disposons concernant le Covid-19 et compte tenu du caractère strict de la jurisprudence administrative, il apparaît que les agents ne pourront user de leur droit de retrait que dans l'hypothèse où l'employeur ne mettrait pas en place les mesures de sécurité renforcée rappelées supra (I.), en vertu des moyens qui lui sont accessibles.

A titre d'exemple, vous m'avez signalé que certaines ATSEM accueillant les enfants du personnel soignant ne disposaient ni de savon ni de gel hydro-alcoolique. Si le gel hydro-alcoolique n'est pas indispensable, en revanche, l'usage du savon est fortement recommandé. Aussi, dans un tel cas, les mesures de sécurité imposées par le Gouvernement n'étant pas respectées, les agents pourraient user de leur droit de retrait sans trop de risques. Le savon est particulièrement recommandé et aucune pénurie particulière n'est signalée.

En revanche, si un agent souhaitait faire valoir son droit de retrait au motif qu'il ne dispose pas de masque, le risque serait plus important au regard de la doctrine actuelle sur le port des masques et de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat (cf.III).

2.3 Sur la mise en œuvre par l'agent de son droit de retrait

Si l'agent considère qu'il existe un danger grave et imminent ou qu'il existe une défectuosité des systèmes de protection, alors il doit signaler immédiatement le danger à son supérieur hiérarchique.

Ce signalement ne revêt pas de formalisme particulier et peut même être effectué verbalement par l'agent.

L'agent peut quitter son lieu de travail sans autre formalité qu'en informer sa hiérarchie s'il estime que les conditions de l'usage de son droit de retrait sont réunies. Cependant, l'administration pourrait ne pas avoir la même approche que lui et opérer une retenue sur son traitement et/ou lui infliger une sanction.

Comme le soulignait le rapporteur public Nathalie Escaut dans ses conclusions sur sous l'arrêt du 2 juin 2010, n° 320935 concernant la fonction publique d'Etat : *« C'est à l'agent qu'il appartient de déterminer s'il existe un motif justifiant l'exercice de son droit de retrait. Mais cette liberté d'appréciation a pour contrepartie que l'exercice du droit de retrait relève de la seule responsabilité de l'agent. Si l'exercice de ce droit n'est pas justifié, ce dernier se voit appliquer une retenue sur traitement et peut aussi être sanctionné ».*

Concernant la preuve du manquement de l'employeur à ses obligations, il convient de rappeler que devant le juge administratif, la preuve est libre.

Des photographies, des témoignages, des échanges de courriels etc pourraient être transmis.

Le constat d'huissier n'est pas nécessaire. D'une part, il se révèle coûteux, et d'autre part, il est peu probable qu'un huissier accepte de réaliser un constat dans des locaux administratifs s'il n'a pas été autorisé préalablement à y pénétrer, au besoin par un juge (en revanche un constat à partir du domaine public ne pose pas de difficultés).

Cela étant, il pourrait être opportun, en cas d'exercice du droit de retrait par un agent, qu'un représentant du personnel élu au CHSCT relaie le danger auprès de l'employeur.

En effet, en vertu de l'article 5-2 du décret du 10 juin 1985, lorsque le danger est signalé par un membre du CHSCT, l'employeur est tenu de diligenter une enquête :

« Il en avise immédiatement l'autorité territoriale et consigne cet avis dans le registre établi dans les conditions fixées à l'article 5-3.

Il est procédé à une enquête immédiate par l'autorité territoriale, en compagnie du membre du comité mentionné à l'article 37 ayant signalé le danger. L'autorité territoriale prend les mesures nécessaires pour remédier à la situation et informe le comité des décisions prises.

En cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le comité mentionné à l'article 37 est réuni en urgence dans un délai n'excédant pas vingt-quatre heures. L'inspecteur du travail est informé de cette réunion et peut y assister ».

Si la circulaire du 12 octobre 2012 précise qu'une enquête doit être diligentée y compris en cas d'exercice du droit de retrait par un agent, le décret ne l'impose pas expressément et ne prévoit pas, dans ce cas, la présence d'un représentant du personnel.

Il résulte donc de ces développements que l'usage du droit de retrait doit être réservé à des cas extrêmes dans lesquels l'employeur n'aura mis en place aucune mesure de sécurité.

Aussi, c'est à juste titre que la DGAFP précise que *« En période de pandémie, les personnels qui sont exposés au risque de contamination du virus du fait de la nature de leur activité habituelle (personnels de santé ; personnels chargés du ramassage et du traitement des déchets par exemple), parce qu'ils sont systématiquement exposés à des agents biologiques infectieux du fait même de l'exercice normal de leur profession (risque professionnel) ou parce que leur maintien en poste s'impose pour éviter toute mise en danger d'autrui, ne peuvent légitimement exercer leur droit de retrait, au seul motif d'une exposition au virus à l'origine de la pandémie ».*

Ce n'est pas l'exposition au virus en tant que telle qui peut justifier le recours au droit de retrait mais l'absence de protection adéquate, compte tenu des moyens disponibles.

Si l'employeur considère qu'il n'y avait pas de motif raisonnable pour l'agent de recourir à son droit de retrait, alors il pourra procéder à une retenue sur traitement ou infliger une sanction disciplinaire.

Aussi, eu égard aux conséquences possibles pour les agents, le recours au référé-liberté pourrait être privilégié.

III. Sur le possible recours au juge administratif en cas de non-respect des mesures de sécurité renforcées

En cas de non-respect des mesures de sécurité renforcées, il reste la possibilité pour les agents de saisir le juge administratif soit en amont par une requête en référé-liberté (3.1), soit en aval par une requête en responsabilité (3.2).

3.1. Sur la requête en référé-liberté

L'article L. 521-2 du code de justice administrative dispose que :

« Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

Depuis le début de la crise sanitaire, le Conseil d'Etat a déjà été saisi de requêtes en référé-liberté par les personnels pénitentiaires et par les personnels soignants tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de prendre les mesures de sécurité nécessaires (masques, gel hydro-alcooliques, etc...).

Le Conseil d'Etat a ainsi considéré que :

*« Sur le fondement de l'article L. 521-2, le juge des référés peut ordonner à l'autorité compétente de prendre, à titre provisoire, des mesures d'organisation des services placés sous son autorité, dès lors qu'il s'agit de mesures d'urgence qui lui apparaissent nécessaires pour sauvegarder, à très bref délai, la liberté fondamentale à laquelle il est gravement, et de façon manifestement illégale, porté atteinte. **Le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises.***

*5. Pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le **droit au respect de la vie constitue une liberté fondamentale** au sens des dispositions de cet article.*

6. Les autorités administratives ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé de leurs agents, eu égard aux missions qui leur sont assignées. Lorsque la carence d'une autorité administrative dans l'usage des pouvoirs qu'elle détient pour satisfaire cette obligation crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes placées sous son autorité portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale énoncée au point précédent, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2, prescrire, dans les conditions et les limites définies au point 4, les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence » (CE, ord., 8 avril 2020 n° 439821 ; CE, ord., 28 mars 2020, n° 439693 ; CE, ord.25 avril 2020, n°439925).

Dans l'ensemble des contentieux dont il a été saisi, le juge des référés est venu étudier de manière extrêmement précise les mesures qui avaient été effectivement prises par l'administration.

Le juge des référés contrôle si l'administration a mis en œuvre tous les moyens possibles pour assurer la sécurité des agents en l'état des connaissances de la science et des moyens disponibles.

Ainsi, alors qu'un surveillant de la prison de Fresnes avait demandé au juge d'enjoindre à son employeur de lui fournir un masque, une paire de gants ainsi qu'une solution hydroalcoolique et de prendre toute mesure nécessaire à assurer sa protection, sa requête a été rejetée au motif que tant son employeur que le gouvernement faisaient ce qui était en leur pouvoir pour le protéger :

« 17. Compte tenu des mesures effectivement prises le chef d'établissement du centre pénitentiaire de Fresnes pour limiter les contacts avec l'extérieur et réduire les mouvements à l'intérieur des établissements, des consignes et des mesures effectivement prises pour assurer le respect des " gestes barrière " au sein de cet établissement, en particulier s'agissant de la distribution des produits d'hygiène et d'entretien, de l'application du protocole relatif au signalement et à la détection des cas symptomatiques ainsi que des modalités de prise en charge des cas confirmés ou symptomatiques, il n'apparaît pas, en l'état de l'instruction et à la date de la présente ordonnance, que l'absence de distribution de gants et de gel hydro-alcoolique et, eu égard à la stratégie de gestion et d'utilisation maîtrisée des masques mise en place à l'échelle nationale, en l'état du nombre de masques de protection actuellement disponibles, l'absence de distribution de masques de protection révéleraient une carence portant, de manière caractérisée, une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie de M. A..., dont il ne résulte pas de l'instruction qu'il présenterait le profil d'une personne spécifiquement vulnérable au virus covid-19. Il n'apparaît pas davantage, en l'état de l'instruction et à la date de la présente ordonnance, que devraient être définies, au motif d'une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale invoquée,

des règles plus strictes que celles actuellement en vigueur au sein du centre pénitentiaire de Fresnes s'agissant du respect des règles de distance minimale entre les personnes » (CE, 14 avril 2020, n°439899).

De même, alors que la Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT demandait à ce qu'il soit enjoint à l'Etat de mettre à disposition des travailleurs continuant à travailler vingt masques chirurgicaux par salarié et par semaine ainsi que de la solution hydro-alcoolique, le Conseil d'Etat a rejeté la requête au motif que la stratégie adoptée par le gouvernement, « *dans un contexte de forte tension* » consistait à assurer en priorité « *la fourniture des masques disponibles aux établissements de santé, aux EHPAD, aux établissements médico-sociaux, aux services d'aide et de soins à domicile et aux transports sanitaires* », d'autant plus que « ***l'utilisation de masques chirurgicaux dans la population non malade n'étant pas retenue en l'état actuel des données scientifiques et des stocks disponibles*** ».

Le Conseil d'Etat a en outre pris note des observations des ministres de la santé et du travail selon lesquels « *deux nouvelles catégories de masques anti-projection à usage non sanitaire ont été créés, d'une part, à destination des professionnels en contact avec le public, d'autre part, à destination des professionnels ayant des contacts avec d'autres personnes dans le cadre professionnel, dont il a été précisé à l'audience que la production avait commencé afin qu'ils soient mis le plus rapidement possible sur le marché* ».

Selon la Haute-Juridiction, « *Dans ces conditions, l'absence de distribution systématique de masques aux salariés ne révèle pas, compte tenu des moyens dont dispose l'administration et des mesures qu'elle a déjà mises en œuvre, de carence grave et manifestement illégale* » ([CE, 18 avril 2020, n°440012](#)).

C'est la raison pour laquelle faire valoir le droit de retrait pour une absence de masque risquerait de ne pas être admis, hormis éventuellement pour les personnels territoriaux intervenant dans les EHPAD ou à domicile pour des soins.

Même si les requêtes ont été rejetées par le Conseil d'Etat, la procédure de référé-liberté présente plusieurs avantages :

- elle permet d'obtenir une décision du juge dans un délai très bref (48 heures),
- elle permet également indirectement d'exercer une « pression » si l'administration est récalcitrante dans la mise en place des mesures de sécurité,
- elle permet aux agents de ne pas utiliser immédiatement leur droit de retrait et ainsi de ne pas risquer de subir une retenue sur traitement ou une quelconque sanction.

Enfin, et pour dresser un parallèle, il convient de relever que les salariés de la S.A.S Amazon France logistique ont saisi le juge judiciaire par le biais d'une procédure de référé en raison de l'absence de respect des règles de sécurité.

Par une ordonnance du 14 avril 2020, le Tribunal judiciaire de Nanterre a notamment ordonné à la S.A.S Amazon France logistique de procéder à l'évaluation

des risques professionnels inhérents à l'épidémie de Covid-19 sur l'ensemble de ses entrepôts et de mettre en œuvre les mesures de sécurité nécessaires conformément à l'article L. 4121-1 du code du travail.

Le juge judiciaire des référés a jugé que « *Dans l'actuelle période d'état d'urgence sanitaire et eu égard au caractère hautement contagieux du virus, alors que l'épidémie continue de se propager, que les services de santé demeurent surchargés et que chaque personne est un vecteur potentiel de transmission du virus, il appartient à la société, de prendre, en vue de sauvegarder la santé de ses salariés, des mesures complémentaires de nature à prévenir ou à limiter les conséquences de cette exposition aux risques* ».

Ainsi, que ce soit pour les salariés de droit privé ou pour les agents publics, le recours au juge des référés semble constituer une solution efficace permettant de faire respecter les mesures de sécurité par les employeurs.

3.2 Sur l'action en responsabilité

Si l'employeur public ne prévoit pas des mesures de protection renforcée pour les personnels devant se rendre physiquement sur leur lieu de travail, l'agent ayant subi un préjudice pourra rechercher, à terme, la responsabilité de l'administration.

En premier lieu, en cas de préjudice subi par l'agent ou par ses ayants-droits en cas de décès, il sera possible de rechercher la responsabilité pour faute de l'employeur en raison de la carence dans son obligation de sécurité.

Dans un arrêt du [30 décembre 2011 \(n°330959\)](#), le Conseil d'Etat a considéré que :

« les autorités administratives ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et morale de leurs agents ; qu'il leur appartient à ce titre, sauf à commettre une faute de service, d'assurer la bonne exécution des dispositions législatives et réglementaires qui ont cet objet, ainsi que le précise l'article 2-1 introduit par le décret du 16 juin 2000 dans le décret du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive de la fonction publique territoriale ; qu'à ce titre, il leur incombe notamment de veiller au respect des dispositions de l'article 1er du décret du 29 mai 1992 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, reprises à l'article R. 355-28-1 puis à l'article R. 3511-1 du code de la santé publique ; que l'agent qui fait valoir que l'exposition au tabagisme passif sur son lieu de travail serait à l'origine de ses problèmes de santé, mais dont l'affection ne peut être prise en charge au titre de la législation sur les maladies professionnelles dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle serait essentiellement et directement causée par le travail habituel de l'intéressé, peut néanmoins rechercher la responsabilité de sa collectivité en excipant de la méconnaissance fautive par cette dernière de ses obligations rappelées ci-dessus ;

*Considérant qu'il résulte de ce qui précède **qu'en jugeant**, après avoir rejeté les conclusions de M. A tendant à la reconnaissance de son affection cancéreuse au titre de la législation sur les maladies professionnelles, **que l'intéressé ne pouvait par suite établir l'existence d'aucun préjudice résultant d'une faute qu'aurait commise le département du Nord en ne faisant pas respecter dans ses services l'interdiction de fumer, le tribunal administratif a commis une erreur de droit** ; que M. A est fondé, pour ce motif, à demander l'annulation du jugement qu'il attaque, en tant qu'il a statué sur ses conclusions indemnitaires » .*

A titre d'exemple, la ville de Marseille a été condamnée à indemniser un agent victime de troubles respiratoires en raison d'un tabagisme passif, la ville n'ayant pas mis en place les mesures adéquates pour faire cesser les nuisances provoquées par les fumeurs, en dépit des nombreuses demandes de l'agent (CAA Marseille, 18 avril 2014, n°12MA00134).

En application de la jurisprudence précitée, il apparaît donc que l'absence de mise en place des mesures de sécurité renforcée dans le cadre de l'épidémie du Covid-19 pourrait être considérée comme une faute de l'administration donnant lieu à indemnisation de l'agent ayant subi un préjudice.

Mais, comme exposé précédemment, il conviendrait de démontrer la faute de l'administration ce qui ne sera pas nécessairement aisé, tant les données sur le Covid-19 et les mesures impératives à prendre pour se protéger sont incertaines, et les possibilités matérielles parfois limitées.

En second lieu, si le professeur M. Didier Jean-Pierre évoque la possibilité de rechercher la responsabilité sans faute de l'administration « *pour avoir exposé ces agents à une situation dangereuse et avoir exigé leur maintien en fonction (CE, sect., 19 octobre 1962, Perruche)* »², elle m'apparaît beaucoup plus difficile à mettre en œuvre dans le cadre du Covid-19.

CONCLUSION

- l'agent ne pourra a priori utiliser son droit de retrait que dans le cas où l'administration n'a prévu aucune mesure de sécurité ou des mesures manifestement inadaptées au regard des recommandations des autorités sanitaires,
- l'utilisation du droit de retrait à mauvais escient expose l'agent à une retenue sur traitement pour absence de service fait et à sanction disciplinaire. Or, c'est à lui seul qu'il revient d'apprécier si les conditions

² « Les agents publics confrontés à la crise sanitaire du covid-19 : l'assouplissement des règles statutaires », Didier Jean-Pierre, La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales n° 14, 6 avril 2020, 2110.

d'un danger grave et imminent pour sa santé sont réunies, ce qui n'est pas aisé, d'autant que le juge administratif se montre traditionnellement sévère pour reconnaître que le droit de retrait a été utilisé à bon escient,

- en cas de mesure de sécurité insuffisante, le recours au tribunal administratif pourrait être privilégié : le référé-liberté permet au juge administratif de se prononcer dans un délai rapide (48 heures) et de prononcer des injonctions à l'administration s'il fait droit à la requête,
- en cas de non-respect des mesures de sécurité par l'employeur, l'agent qui subirait des préjudices pourrait rechercher la responsabilité de son administration.

Restant à votre disposition, je vous prie de croire, cher Monsieur, en l'assurance de ma considération distinguée et dévouée.



OPPIDUM AVOCATS (AARPI)
47, avenue du Maine
75014 Paris

Isabelle Béguin
Avocat associé