



TRIBUNE

AU CŒUR DE LA GUERRE DECLARÉE PAR LE CHEF DE L'ÉTAT : LE DROIT DE RETRAIT, UNE ARME LÉGALE À RUDE EPREUVE

Par le Bâtonnier Francis LEC

Avocat conseil national de l'Autonome de Solidarité Laïque

Préambule

Pour faire la guerre il faut des armes, comme l'a réclamé le monde médical.

Contre l'insécurité dans les établissements scolaires ou contre les dangers graves et imminents exposant les salariés ou les employés du privé, face à toute contagions, le législateur a en 1982, mis à leur disposition « **une arme-bouclier** » dont ils devraient pouvoir se saisir dès que l'alerte du danger est donnée : **le droit de retrait**.

Après avoir rappelé ce qu'est le droit de retrait, il apparaît intéressant de suivre l'évolution de ce droit depuis les violences scolaires jusqu'à la pandémie du coronavirus qui menace depuis des mois la vie de nos concitoyens.

Cette arme légale est-elle dans sa pratique, durement mise à l'épreuve par les pouvoirs publics, la jurisprudence et l'impérieuse nécessité du maintien du service public ?

1. UN DROIT GARANTI PAR LE CODE DU TRAVAIL ET PAR LE STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Pour le privé, la loi n°82-1997 du 23 décembre 1982, insérée à l'article L4131-1 et L4131-3 du Code du Travail, a reconnu un droit d'alerte et de retrait au bénéfice du salarié qui a un « motif raisonnable de penser que la situation dans laquelle il se trouve, présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. »

Concernant les agents de la Fonction Publique, le décret du 9 mai 1995 a introduit un article 5-6 dans le décret du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité au travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la Fonction Publique.

Le droit d'alerte et de retrait s'exerce en cas de situation de danger grave et imminent.

1.1. Un droit d'alerte qui précède le droit de retrait, à ne pas négliger

Aux termes de l'article 5-6 du décret du 28 mai 1982 : « **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 le système de protection, il en avise immédiatement les autorités administratives.** »

Concernant ce droit d'alerte, l'agent concerné saisit immédiatement son autorité hiérarchique de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé.

Dans son article 5-7, le décret du 28 avril 1982 prévoit que le représentant du personnel au Comité d'Hygiène et de Sécurité saisit également le Chef de service ou la hiérarchie du danger constaté qui prend alors les dispositions nécessaires pour y remédier, l'inspection du travail étant également informée.

A l'occasion des violences et de l'insécurité dans les établissements scolaires, les fonctionnaires victimes négligent parfois l'exercice de ce droit d'alerte, ce qui peut leur être reproché par les tribunaux qui en concluent que faute de l'exercice de ce droit d'alerte, le danger grave et imminent ne serait pas établi, fragilisant ainsi l'exercice du droit de retrait.

1.2. Un danger grave et imminent sous le contrôle du juge

Le droit de retrait s'analyse comme la suspension temporaire de l'exécution d'une tâche motivée par le danger grave et imminent qu'elle comporte.

Tout d'abord, le danger doit représenter **un certain degré de gravité.**

Selon la jurisprudence dominante, le 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. »

Par ailleurs, selon la circulaire du 25 mars 1993, le danger imminent peut être défini par « **tout danger susceptible de se réaliser brutalement dans un délai rapproché.** »

En conséquence, c'est la proximité de la réalisation du dommage et non celle de l'existence d'une menace qui est prise en compte.

L'imminence ne concerne donc pas seulement la probabilité ; mais la probabilité d'une survenance dans un délai rapproché (*Cour d'appel administrative de Paris, 26 avril 2001*).

1.3. Pas de sanction ni de retenue de salaire

L'agent de la Fonction Publique qui fait valoir son droit de retrait doit percevoir sa rémunération comme s'il avait poursuivi son travail, quelle que soit la durée du retrait, comme le rappelle l'article 5-6 du décret du 9 mai 1995.

1.4. Pas d'obligation de reprise d'activité si le danger persiste

En vertu de l'article 5-6 paragraphe 4 du même décret : « **l'autorité administrative ne peut demander à l'agent de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent** ».

En outre, le décret du 28 mai 1982 ne subordonne pas la reprise de leur service par les agents à une information préalablement délivrée par l'administration et sur les mesures prises pour faire cesser cette situation de danger.

Bien évidemment, cette faculté s'exerce sous le contrôle du juge administratif, qui en limite souvent la durée.

Par arrêt en date du 2 juin 2010, le Conseil d'Etat a maintenu le retrait de salaire d'une journée pour une enseignante qui avait été informée des mesures prises par l'Académie de Versailles pour rétablir la sécurité au Lycée Romain Rolland de Goussainville, objet de violences durant plusieurs jours. La juridiction précise que cette agent ne pouvait plus se considérer en danger alors que le jour de son retrait des rondes régulières de police avaient été mises en place autour du lycée. *(Conseil d'Etat, 2 juin 2010)*

2. UN DROIT DE RETRAIT EXERCE DE PLUS EN PLUS PAR LES FONCTIONNAIRES DE L'EDUCATION NATIONALE MAIS SOUVENT CONTESTE

2.1. Un sentiment d'insécurité et de danger en progression

Le 16 décembre 2005 : une enseignante à Etaples est frappée de plusieurs coups de couteau en plein cours.

Le 6 juin 2006 : la principale du collège Anatole France de Marseille est prise à partie et tirée par les cheveux par un groupe de jeunes filles venues de l'extérieur.

Le 31 mars 2016 : 31 lycées de la région parisienne font face à une série de violences.

Le 16 mars 2017 : fusillade du lycée Tocqueville de Grasse au cours de laquelle, le proviseur et plusieurs professeurs et élèves sont blessés par un élève de 1ère inspiré par la tuerie de Columbine (État du Colorado - USA).

Le 1er avril 2019 : le proviseur du lycée Paul Berthe est blessé dans une attaque physique et le 25 avril de la même année, au lycée Jean Monnet du Puy-en-Velay, le feu a été mis au self et le proviseur a été agressé à la porte de son appartement avec un chalumeau de cuisine.

Le 12 mai 2019 : le Tribunal correctionnel de Créteil condamne à une peine d'emprisonnement d'un an ferme un ancien élève auteur de l'agression du proviseur acculé par des manifestants sur les grilles d'entrée à 7h30 du matin.

Ces quelques exemples de la violence scolaire et de la recrudescence des agressions plongent les professeurs dans un sentiment de profonde insécurité dans l'exercice de leur mission.

Souvent désemparés et s'estimant abandonnés, ils invoquent alors de plus en plus leur droit de retrait. Celui-ci leur est souvent contesté par l'administration qui l'assimile au droit de grève.

2.2. Droit de grève et droit de retrait

Si les tribunaux administratifs appliquant les principes généraux du droit ont tendance à considérer que le droit de retrait des fonctionnaires doit s'appliquer sans restriction comme dans le secteur privé, il n'en reste pas moins, que le Conseil d'Etat et les juridictions administratives n'ont toujours pas véritablement reconnu pour les agents publics ce principe général du droit leur permettant de se retirer de situations dangereuses. **(Conseil d'Etat, 2 décembre 2011)**

Trop souvent l'exercice de ce droit de retrait invoqué par les enseignants est considéré par leur hiérarchie comme excessif voire abusif au regard de la réglementation, et doit être assimilé à un droit de grève entraînant la retenue de salaire.

Il en va de même des juridictions administratives qui n'accueillent qu'avec parcimonie les demandes présentées par les fonctionnaires ayant usé de leur droit de retrait et qui sollicitent la restitution des salaires retenus pendant cette période ; le Juge administratif considérant notamment, que les circonstances de fait ne justifient pas du bien-fondé de l'exercice de ce droit de retrait.

C'est ainsi que le droit de retrait a été refusé dans le cadre d'une situation de harcèlement (Cour administrative d'appel de Nancy du 25 janvier 2007).

De même, il a été jugé que des déjections de chauve-souris dans l'école ne justifient pas l'exercice du droit de retrait (Conseil d'Etat, 18 janvier 2014).

Précisons que dans cette espèce, la juridiction administrative a souligné que toute décision de rejet ou de retenue devait être motivée par l'administration.

En outre, le juge a souligné que l'administration n'a pas l'obligation avant de prendre sa décision, de saisir le Comité d'Hygiène et de Sécurité, et que la présence d'une telle situation (les chauve-souris) ne présentait pas pour la vie du personnel, un danger grave et imminent...

2.3. Du droit de retrait au droit d'anxiété

Le tribunal administratif de Melun a rendu le 13 juillet 2012 une série de jugements qui ouvre des perspectives de réparation à un certain nombre d'enseignants se trouvant dans les zones dites sensibles.

Dans cette affaire, 18 enseignants d'un lycée de Vitry-sur-Seine avaient fait valoir leur droit de retrait à la suite de l'agression d'un lycéen par des personnes extérieures à l'établissement qui avaient réussi à s'introduire.

Ce droit de retrait qui s'exercera durant 11 jours ne sera pas admis par l'administration et le rectorat de l'académie de Créteil procèdera à une importante suspension des salaires pour service non fait.

Saisi par les enseignants, le tribunal administratif de Melun a confirmé la décision du rectorat et a rejeté leur demande de restitution de la retenue sur salaire au motif que « l'intrusion de personnes étrangères à l'établissement et l'agression malheureuse d'un élève n'impliquent pas que les faits puissent se répéter de manière immédiate et ne créent donc pas un danger immédiat et imminent pour la communauté des enseignants. » **(Tribunal administratif de Melun, 13 juillet 2012)**

Cependant, la portée novatrice de cette décision en partie négative, consiste en ce que le tribunal de Melun a fait droit à la demande d'indemnisation du préjudice moral subi par les enseignants et leur accordera à chacun d'entre eux 1.000,00 euros de dommages et intérêts.

En effet, la juridiction administrative a retenu que « les requérants étaient fondés à soutenir que l'administration n'avait pas mis en œuvre les mesures propres à assurer la protection des membres du corps enseignant exerçant dans ce lycée alors qu'elle avait été alertée à diverses reprises des attaques récurrentes par des

bandes de cités du voisinage et que le diagnostic de sécurité de l'établissement avait mis en évidence la nécessité d'installer une clôture autour du lycée. » (*Tribunal administratif de Melun, 13 juillet 2012*)

Un droit d'anxiété a donc été reconnu par ce tribunal et devra être confirmé, l'Education Nationale n'ayant pas jugé opportun d'en faire appel.

3. LE DROIT DE RETRAIT ET LA PANDEMIE DU CORONAVIRUS

3.1. Une mise en garde de la direction générale de l'administration et de la fonction publique (mars 2020)

A l'aune de cette pandémie séculaire, l'exercice du droit de retrait pour des raisons sanitaires doit pouvoir protéger dorénavant les agents de la fonction publique qui exigent légitimement de bénéficier des armes nécessaires pour « faire la guerre au virus » (masques, gants, gels, combinaisons etc...) ; matériels qui devraient leur être fournis dès que leur droit d'alerte a été exercé.

A défaut, ils ne manqueront pas de soutenir qu'ils sont exposés à un danger grave et imminent pour leur santé.

En effet, le nombre d'hospitalisations et de décès survenus au cours de cette contamination suffit à démontrer qu'il ne s'agit pas d'une hypothèse mais bien d'un danger réel et immédiat.

Cependant, pour freiner l'exercice de ce droit de retrait en plein cœur de la contamination, la direction générale de l'administration et de la fonction publique a jugé nécessaire de préciser : « ***pour les agents en contact répété et étroit avec le public ou une communauté, l'exercice du droit de retrait se fondant sur l'exposition au virus ne peut trouver à s'exercer que de manière tout à fait exceptionnelle*** ».

Cet avertissement ne précise toutefois pas ce que la direction générale qualifie d'exceptionnel...

3.2. Une recommandation applicable aux fonctionnaires de l'Education nationale pour la prochaine reprise scolaire

A l'occasion de la reprise scolaire prévue à la fin du confinement, il n'est pas impossible que les professeurs et l'encadrement des collèges et des lycées, soient confrontés à des poches résiduelles de contamination et fassent valoir alors leur droit de retrait.

Il faut cependant savoir que leur signalement conduira les services académiques à prendre les mesures protégeant les personnels et les élèves allant jusqu'à une nouvelle fermeture de l'établissement.

L'autonomie de solidarité, ses délégués, et leurs avocats, leur apporteront tous les conseils nécessaires.

3.3. Une jurisprudence en évolution constante

A relever que certaines jurisprudences soulignent que ce droit de retrait ne peut porter atteinte au principe de la continuité du service public et paralyser la vie sociale et économique du pays.

C'est ainsi qu'il a été jugé que l'admission dans un établissement hospitalier de malades porteurs de l'hépatite virale B ne présentait pas le caractère d'un danger grave et imminent justifiant un

droit de retrait dès lors qu'un établissement est apte à faire face au risque de contagion pour ses agents et pour les tiers.

Ce même droit de retrait dans la fonction publique hospitalière ne peut être exercé d'une manière qui puisse mettre gravement en péril la sécurité des patients tel que l'abandon du patient dans un bloc opératoire.

A contrario, dans un arrêt en date du 18 février 2020, la Cour d'appel de Grenoble a récemment condamné un employeur pour faute inexcusable en raison d'une maladie contagieuse.

En l'espèce, une salariée avait été exposée à une résidente d'une maison de retraite atteinte de tuberculose et la Cour d'appel condamnera l'employeur de cette salariée pour faute inexcusable au motif qu'il avait exposé sa salariée sans protection et ce, durant une seule journée, alors qu'il était informé d'une possible contagion de la résidente. *(Cour d'appel de Grenoble, 18 février 2020)*

Ainsi, il faut espérer que cette jurisprudence des juridictions civiles ouvre une nouvelle voie aux juridictions administratives pour reconnaître le caractère exceptionnel du droit de retrait des agents publics en cas de contagion.

C'est dire que l'exercice de ce droit de retrait est particulièrement encadré en matière de contamination et ouvre aussi la porte aux agents victimes d'une mise en cause de la responsabilité de l'Etat en cas de manquement au devoir de sécurité.

3.4. La procédure de « référé-liberté » incitative, pour que l'Etat et les collectivités respectent les protocoles sanitaires mis en place

Un décret du 23 mars 2020 édicte que les mesures d'hygiène et de distanciations sociales dites « mesures barrières » doivent être observées en tout lieu du territoire.

Par ailleurs, si lors de la rentrée les mesures de protection et de prévention qui ont été mises en place par l'Education nationale dans les établissements scolaires ne sont pas respectées, les parents d'élèves aussi bien que les fonctionnaires de l'Education nationale pourront demander que l'administration ou encore les collectivités prennent les mesures nécessaires dans les meilleurs délais pour faire cesser cette atteinte à la santé (gants, masques, disposition des locaux, gel, etc).

Les enseignants ne manqueront pas en particulier d'exercer avec leur chef d'établissement leur droit d'alerte et il est très probable que l'administration ne manquera pas de prendre les mesures adéquates sous 48h, y compris la mesure consistant à fermer purement et simplement l'établissement afin que les mesures de prévention et de protection soient mises en œuvre pendant ce temps de nouvel arrêt.

A défaut du droit de retrait, chaque fonctionnaire mais également les organisations syndicales ne manqueront pas de le faire probablement, les juridictions administratives pourront être saisies, y compris par la voie du référé-liberté conformément à l'article L521-2 du Code de la Justice administrative.

Ces dispositions énoncent : « 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 ».

La procédure de référé-liberté a déjà été également utilisée directement devant le Conseil d'Etat pour ordonner à l'administration d'agir et de prendre les mesures adaptées face à la crise sanitaire, le juge pour statuer regarde les moyens dont dispose l'administration et ce qui a pu être mis en place.

C'est ainsi que le juge des référés du Conseil d'Etat a retenu que l'action ou la carence de l'autorité publique, s'agissant de la prévention et de la propagation du covid-19 est susceptible de créer un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale.

Il est également admis que le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par la loi, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence (Conseil d'Etat, 22 mars 2020, syndicat jeunes médecins).

Dans le même temps le Conseil d'Etat se refuse à ordonner des mesures que l'administration n'a pas prises mais se contente de vérifier que celles-ci sont effectivement appliquées sur le terrain...

En l'état actuel des choses la jurisprudence du Conseil d'Etat sur ces référés liberté est relativement décevante puisque sur 46 décisions rendues à ce jour 41 ont été des décisions de rejet...

Il en va autrement de l'autorité judiciaire, c'est ainsi que le Tribunal judiciaire de Nanterre a rendu une ordonnance de référé dans laquelle il constate de façon évidente que : « la société Amazon a méconnu son obligation de sécurité et de prévention de la santé de ses salariés » et le Tribunal lui demande en conséquence de conduire une évaluation des risques avec les représentants du personnel.

3.5. La mise en cause de la responsabilité de l'Etat

La contamination du COVID-19 a provoqué un pic de recours contre l'Etat au motif que sa responsabilité serait engagée pour ne pas avoir mis en place les moyens nécessaires pour combattre ce fléau.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est relativement constante et rigoureuse à l'égard de l'administration et n'hésite pas à condamner l'Etat à des dommages et intérêts pour ceux qui ont été exposés d'une manière anormale au danger.

Ainsi, il aura à apprécier l'argumentation de l'Etat qui allèguera vraisemblablement des circonstances exceptionnelles et la notion de cas de force majeure à moins que le législateur ne sorte le « joker républicain de l'apaisement » en avançant « la responsabilité sans faute » assortie d'un fonds spécial d'indemnisation comme cela fut le cas pour le SIDA.

Prélude

Une indispensable adaptation législative du droit de retrait suite au coronavirus

Comme nous l'avons vu, le droit de retrait est trop souvent « mis en retrait » même si plusieurs années après la responsabilité de l'Etat est reconnue pour n'avoir pas mis en œuvre les moyens nécessaires pour faire face au danger et accorder la réparation d'un préjudice souvent symbolique à celles et ceux qui agissent dans l'exercice de leur métier.

La gravité de la pandémie que nous subissons et qui peut se répéter dans l'avenir doit conduire la jurisprudence et le législateur à améliorer considérablement ce droit de retrait pour lui restituer sa mission indispensable de protection de la vie et de la santé de nos concitoyens.