

COVID-19 ET EXERCICE DU DROIT DE RETRAIT POUR LES AGENTS DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE, HOSPITALIÈRE ET DE L'ÉTAT

Si **tous les travailleurs peuvent exercer leur droit de retrait**, y compris évidemment les agents publics (fonctionnaires ou contractuels) des trois versants de la fonction publique (État, hospitalière et territoriale), il est cependant important de rappeler que ce droit de retrait doit être utilisé avec une certaine prudence dans certains établissements – notamment de santé – où les conditions peuvent être plus strictes, **en raison du principe de continuité de service public hospitalier**.

En effet, le droit de retrait ne peut être exercé qu'en cas de situation professionnelle présentant un danger grave et imminent pour la santé physique des salariés. Toutefois, le droit de retrait doit être exercé de telle manière qu'il ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent, ce qui peut parfois être le cas dans certains établissements de santé ou certains services publics dont la continuité est indispensable (mission régalienne d'ordre ou de sécurité public).

C'est pour cette raison qu'une fiche juridique généraliste ne sera pas forcément parfaitement adaptée à toutes les situations spécifiques de chaque corps de la fonction publique.

Cette fiche a donc vocation à donner les grandes lignes de l'exercice du droit de retrait et nous vous invitons en fonction de votre situation spécifique et de la fonction publique à laquelle vous appartenez (État, territoriales, santé et action sociale), à vous rapprocher de votre fédération, de votre syndicat et de leur site internet.

LA PROCÉDURE D'ALERTE ET LE RÔLE DÉTERMINANT DE L'ACTION SYNDICALE

Le droit de retrait s'exerce individuellement par l'agent. Cependant, il apparaît souhaitable qu'un syndicat organise le déclenchement du droit de retrait en ciblant les postes de travail exposés à un danger grave et imminent ou encore en ciblant les agents particulièrement vulnérables.

Pour ce faire, il est primordial de s'appuyer sur le droit d'alerte appartenant aux membres du comité compétent en charge des questions santé et sécurité au travail (comité social d'administration ou d'établissement ou territorial, instance nouvelle ayant fusionné avec les CHSCT).

Le droit d'alerte pour danger grave et imminent au comité compétent en matière de santé et sécurité au travail

En cas de non respect des règles sanitaires et de prévention dans les établissements privés ou publics, **les représentants du personnel doivent utiliser le droit d'alerte pour danger grave et imminent.** Il est donc conseillé à l'agent de se rapprocher des membres du comité (ou du CSE pour les agents relevant d'établissements privés de santé) afin de les informer de leur situation et de leur intention d'exercer leur droit de retrait. Ainsi, un membre du comité qui constate un danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un fonctionnaire ou d'un agent qui a fait usage du droit de retrait, en avise immédiatement son chef de service, son représentant ou son autorité territoriale.

Dans les deux hypothèses, le signalement doit être par la suite inscrit de façon formalisée dans le registre spécial (registre hygiène, santé, sécurité) et tenu, sous la responsabilité du chef de service ou de l'autorité territoriale, à la disposition des membres du comité et de tout agent ayant exercé son droit de retrait.

Une communication indispensable

Dans le contexte actuel, il est indispensable **d'expliquer de façon claire et convaincante les raisons du droit de retrait ou du droit d'alerte.** La communication pourra se faire en fonction de l'ampleur du droit de retrait *via* un tract interne, un communiqué, un procès-verbal de réunion de comité compétent. La communication pourra par exemple démontrer que l'employeur n'a pas mis en place les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs, qu'il n'a pas mis en place le télétravail, que son comportement fautif impacte à la fois les travailleurs, leurs familles et contribue à la propagation du virus dans la population et à l'engorgement des hôpitaux. Ce qui motive l'exercice du droit de retrait par les travailleurs (ou l'appel du syndicat à exercer ce droit de retrait).

Exiger la mise en place des mesures nécessaires à la santé et sécurité des salariés

Les membres du comité et les syndicats peuvent exiger des employeurs publics qu'ils diffusent les informations sur les règles d'hygiène et de sécurité,

qu'ils mettent à disposition du matériel de prévention, qu'ils procèdent au nettoyage des locaux lorsque cela est nécessaire, qu'ils réaménagent les postes de travail, qu'ils mettent en place le télétravail, qu'ils restreignent au maximum les postes devant relever du plan de continuité d'activité (PCA)... toutes mesures qui doivent être exigées en fonction de la situation spécifique de chaque service, chaque poste, chaque agent public.

Rappelons que l'employeur public est tenu à une **obligation de sécurité** à l'égard des agents. Il doit prendre les mesures nécessaires pour protéger leur santé. Il doit notamment les informer lorsque des risques se présentent et mettre en place les moyens adaptés pour les protéger au mieux.

L'EXERCICE DU DROIT DE RETRAIT

Danger grave et imminent pour la santé du salarié

La notion de **danger grave et imminent** doit être entendue 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.

L'appréciation se fait au cas par cas. En cas de suspicion d'abus dans l'exercice du droit de retrait, le litige pourra être tranché *a posteriori* par le juge administratif. Ainsi, l'exercice du droit de retrait se fait sous le contrôle du juge administratif et non sous le contrôle de l'administration.

Mais on peut d'ores et déjà dire que la jurisprudence administrative en matière d'exercice du droit de retrait est particulièrement restrictive sur les deux conditions cumulatives de gravité et d'imminence du danger – à tel point que certains auteurs doutent de l'effectivité de ce droit pour les agents publics.

Le danger en cause doit donc être **grave**. Selon la direction générale du travail du 25 mars 1993 reprise dans la note DGAFP de mars 2020 (droit de retrait dans la fonction publique), 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 inconvénient.

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 » (DGAFP et DGT).

Ainsi, il a été 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 (CAA Versailles 2 juin 1994, Hadjab et autres c./ AP-HP). Ce précédent jurisprudentiel pourrait être rapproché de la situation actuelle de Covid-19.

Sur le Covid-19 : Une position gouvernementale contestable

Pour le gouvernement, les possibilités de recours au droit de retrait sont « fortement limitées » lorsque l'employeur prend les mesures de prévention et de protection recommandées par le gouvernement. Dès lors qu'un employeur suit les recommandations du gouvernement, l'agent public ne pourrait *a priori* pas invoquer le droit de retrait.

Cette position du gouvernement est à prendre avec prudence. D'abord, le droit de retrait est un droit garanti par des dispositions législatives et mis en œuvre sous le contrôle du juge administratif pour la Fonction publique. Ce n'est pas au gouvernement ni à la DGAFP de le définir, ni même de dire si son exercice est légitime ou pas. De plus, quand on sait les nombreux services dans lesquels les consignes ne sont absolument pas respectées et les agents mis en danger, notamment par un manque de protection pour le personnel soignant, il est indéniable que la question de l'exercice du droit de retrait doit être posée !

C'est d'ailleurs ce sur quoi la DGAFP insiste dans ses notes : « Le fait que l'employeur public ne mette pas en œuvre les recommandations du gouver-

nement peut ouvrir la voie au droit de retrait. » À tout le moins, la DGAFP met en garde l'employeur d'être irréprochable sur la mise en application des consignes : refus de télétravail alors qu'il est possible, pas de protection mise en place en cas d'accueil du public, absence d'affichage des gestes barrières, absence de nettoyage adéquat des locaux, etc.

En période de pandémie, les personnels qui sont exposés au risque de contamination du virus du fait **de la nature de leur activité habituelle** ou parce que leur maintien en poste s'impose pour éviter toute mise en danger d'autrui (personnels de santé ou personnels chargés du ramassage et du traitement des déchets par exemple) ne semblent pas pouvoir exercer leur droit de retrait, au seul motif d'une exposition au virus à l'origine de la pandémie. **Il faut alors démontrer la négligence et les carences de l'employeur public (masques, consignes d'hygiène, mesures d'organisation, suivi médical...).**

Ensuite, soulignons que le « danger » peut être caractérisé par une cause extérieure à l'agent (locaux dangereux par exemple), mais peut aussi très bien être lié à son état de santé. Ainsi, un agent vulnérable au coronavirus (à qui on a refusé le télétravail ou la mise en autorisation d'absence) pourrait mettre en œuvre son droit de retrait plus facilement.

Enfin, notons que le droit de retrait concerne la situation du salarié. Le fait qu'il vive avec une personne particulièrement vulnérable au coronavirus ne suffit malheureusement pas en soi à invoquer le droit de retrait.

MODALITÉS D'EXERCICE DU DROIT DE RETRAIT

Le droit de retrait constitue pour l'agent **un droit et non une obligation**.

Le fonctionnaire ou l'agent **doit** signaler immédiatement à son supérieur hiérarchique 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, ainsi que toute défektivité dans les systèmes de protection. Le signalement peut être effectué verbalement par l'agent, mais il est conseillé d'en effectuer un écrit

par lettre recommandée avec accusé de réception ou courriel. Ce signalement doit être fait **avant** d'exercer le droit de retrait.

À la suite du signalement d'un danger grave et imminent soit par l'agent directement concerné soit par un membre du comité, notamment par l'intermédiaire d'un agent ayant exercé son droit de retrait, l'autorité administrative doit procéder sur le champ à une enquête en lien avec le comité.

En toute hypothèse, l'autorité administrative doit prendre les dispositions propres à remédier à la situation du danger grave et imminent, le comité compétent en étant informé.

En cas de divergence sur la réalité du danger ou la manière de la faire cesser, l'autorité administrative a l'obligation de réunir d'urgence le comité compétent, au plus tard, dans les vingt-quatre heures.

Les limites à l'exercice du droit de retrait

D'une façon générale, le droit de retrait de l'agent doit s'exercer de telle manière **qu'il ne crée pas pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent.**

Par « autrui », il convient d'entendre toute personne susceptible, du fait du retrait de l'agent, d'être placée elle-même dans une situation de danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. Il peut donc s'agir de collègues de l'agent, mais aussi, le cas échéant, de tiers tels que les usagers du service public (patients notamment).

Ainsi, dans la Fonction publique hospitalière, il a été jugé que le droit de retrait ne pouvait pas 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 (Cass. Crim. 2 octobre 1958).

De plus, le droit de retrait devant s'articuler **avec les principes de continuité de services public et de préservation de l'ordre public**, certains corps de métiers ou certains fonctionnaires sont visés par des arrêtés de limitation de leur droit de retrait. Cela concerne notamment les missions de secours et de sécurité des personnes et des biens : sapeurs pompiers, police municipale, administration pénitentiaire, militaires... tout corps de métiers pourtant particulièrement exposés à la contagion et qui ne bénéficient pas aujourd'hui de mesures suffisantes de protection.

Sanctions ?

Aucune sanction ou retenue ne peut être appliquée en cas d'exercice légitime du droit de retrait.

En revanche, si *a posteriori* le juge administratif considère que l'exercice du droit de retrait est abusif, l'agent public s'expose à des sanctions (retenue sur traitement, poursuites disciplinaires) ou à être réquisitionné.

Note élaborée à partir des fiches juridiques des Fédérations CGT des Services public, Santé Action sociale et UFSE, que nous remercions.