

N° 440451
AFIFAE

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 31 mars 2021
Lecture du 21 avril 2021

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Par ses célèbres arrêts dits « amiante » de 2002¹, la Cour de cassation avait rendu les employeurs débiteurs d'une **obligation de sécurité de résultat à caractère très général** à l'égard de leurs salariés. En 2015², cette exigence a « *muté en une obligation de moyens renforcée* »³, qui permet à l'employeur de ne pas voir sa responsabilité civile engagée s'il établit avoir pris **toutes les mesures préventives nécessaires à la protection de la santé et de la sécurité de ses employés**. Cette nouvelle approche, qui met l'accent sur la nécessité, pour l'employeur, de tout faire pour prévenir les risques auxquels il expose ses salariés, présuppose néanmoins que celui-ci soit en mesure d'identifier ces risques. Or, cette prémisse a été ébranlée par la covid-19 puisque la plus grande incertitude régnait au printemps dernier quant aux manières de lutter contre sa transmission au sein de l'environnement de travail. C'est précisément pour donner aux employeurs cette visibilité qui leur manquait tant que le ministère du travail a lancé, au cours de cette période, **deux initiatives**. La première a consisté à mettre en ligne de nombreuses « fiches conseils » contenant des recommandations adaptées au métier ou à l'activité ciblés. La seconde initiative a amené le ministère à jouer un rôle plus passif, puisqu'il a coordonné puis diffusé sur son propre site internet des guides de préconisations rédigées par les organisations professionnelles.

Dans les deux cas, les documents ainsi produits ont eu en commun de déconseiller **le recours aux fontaines à eau en milieu professionnel**, la logique sous-jacente étant qu'un distributeur collectif est susceptible d'accroître les risques de contamination. Cette orientation a sans surprise déplu à l'association française de l'industrie des fontaines à eau (AFIFAE), qui vous a saisis dans cette mesure d'une demande tendant à l'annulation des 19 fiches conseils établies par le ministère et de la décision de publier trois guides de recommandations établis par les branches professionnelles. Après un référé suspension rejeté par votre juge de l'urgence⁴, vous avez désormais à connaître du recours au fond.

¹ Depuis les fameux arrêts « amiante » : Cass. soc., 28-02-2002, N°s 000-10.051, Dr. Soc. 2002.445

² Cass. soc. 25-11-2015, n° 14-24.444

³ *Le Covid-19 au prisme de la législation des risques professionnels*, D. Asquinazi-Bailleux, SJ Social n° 18, 05-05-2020, 2011

⁴ CE, 29-05-2020, AFIFAE, n° 440452, C

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

A dire vrai, l'intérêt de l'affaire se niche surtout **au stade des questions préalables**, puisque l'examen de la recevabilité de cette requête vous invite à parcourir vos jurisprudences, récentes et plus anciennes, relatives aux actes désormais rangés sous la bannière du droit souple. A ce stade, il convient de bien distinguer les deux demandes déjà évoquées.

S'agissant de la demande d'annulation partielle des « fiches-conseils » établies par le ministère du travail, il ne fait à nos yeux aucun doute que la requête est recevable, même si vous pourriez hésiter sur le chemin à suivre pour arriver à cette conclusion. Spontanément, ces fiches pourraient paraître relever de votre récente décision *GISTI*⁵ par laquelle vous avez systématisé en Section votre contrôle sur les documents de portée générale que les autorités administratives produisent pour préciser le sens des règles de droit. Toutefois, à lire les conclusions de G. Odinet comme les analyses doctrinales⁶, il apparaît que cette jurisprudence *GISTI* vise **les documents que l'administration « adresse ou, plus largement, destine à elle-même ou à une autre autorité publique »**, de sorte qu'il peut paraître audacieux de l'appliquer aux fiches en cause, indéniablement destinées à des tiers – en l'occurrence les entreprises – sans autre intermédiation administrative. Mais, en tout état de cause, cette interrogation ne nous paraît pas déterminante dans la mesure où les prises de position contestées retomberaient alors dans le champ voisin du droit souple, qui n'est plus l'apanage des seules autorités de régulation depuis votre décision d'Assemblée *Mme Le Pen*⁷. Or, en adoptant alors la grille de justiciabilité propre à ces actes, le recours nous semble bien recevable puisque **ces fiches ont eu un impact clair sur la propension des employeurs privés à mettre en place des fontaines à eau** et, partant, sur le niveau d'activité de la filière concernée, qui représenterait en France 5 000 emplois et 200 millions d'euros de chiffre d'affaires.

Une fois cette étape franchie, vous pourrez rejeter la requête au fond **en écartant les 3 blocs de moyens** qu'elle soulève.

Premièrement, cette recommandation transversale **ne méconnaît pas les textes applicables**. En effet, si l'article R. 4225-2 du code du travail prévoit que « *l'employeur met à la disposition des travailleurs de l'eau potable et fraîche pour la boisson* », ces dispositions n'indiquent pas sous quelle forme l'employeur doit fournir de l'eau à ses salariés. Par ailleurs, ces exigences ciblées doivent être conciliées avec les obligations générales de santé et sécurité au travail pesant sur l'employeur, lesquelles impliquent de toujours minimiser les risques pour les salariés⁸. Dans ces conditions, l'invitation à privilégier, pour des raisons de sécurité, le recours à des bouteilles d'eau individuelles pendant la période de l'épidémie ne saurait être regardée comme illégale.

Deuxièmement, **cette recommandation n'est pas davantage entachée d'erreur manifeste**. En effet, nous l'évoquons, les fiches en cause sont fondées sur l'idée qu'une fontaine

⁵ CE, Section, 12-06-2020, n° 418142, A

⁶ *Les documents de portée générale de l'administration*, F. Melleray, RFDA 2020.801

⁷ CE, Assemblée, 19-07-2019, n° 426389, A

⁸ Art. L. 4121-2 et L. 4121-3 du code du travail

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

partagée, sujette à une utilisation fréquente, expose à davantage de contacts et favorise les regroupements, sans même évoquer la possibilité d'une plus grande propagation du virus en milieu humide. Compte tenu de ces risques, et alors même qu'il n'est pas sérieusement contesté que le recours aux bouteilles individuelles offre, s'agissant de la covid, de meilleures garanties, l'appréciation ainsi portée ne saurait être censurée.

Troisièmement, au regard du principe d'égalité, **les fiches contestées ne nous semblent pas davantage poser problème**. D'une part, la circonstance qu'elles aient pu dans un premier temps, avant leur harmonisation, retenir des formulations différentes ne nous paraît pas rédhibitoire. D'autre part, s'il est vrai que ces documents ne comportent pas de recommandations similaires à l'égard des machines à café et des distributeurs de boisson, ce double standard s'explique à nos yeux par une nette différence de situation. En effet, outre que la plupart des fontaines à eau exposent à davantage de risques que les distributeurs de boissons déjà conditionnées, les obligations pesant sur les employeurs ne sont pas les mêmes dans les deux cas puisque la mise à disposition d'une boisson non alcoolisée autre que l'eau n'est obligatoire que dans les cas où « *les conditions particulières de travail conduisent les travailleurs à se désaltérer fréquemment* »⁹. Dans ces conditions, le silence des fiches sur cette question plus marginale ne saurait être pendable. Dans le même mouvement, vous pourrez écarter les moyens tirés de l'atteinte disproportionnée portée à la liberté du commerce et de l'industrie et au principe de libre concurrence.

S'agissant de la demande d'annulation partielle de l'initiative consistant à publier les guides réalisés par les organisations professionnelles, il y a en revanche matière à hésiter au stade de la recevabilité. Preuve en est, votre juge des référés a pour sa part estimé que cette demande ne faisait pas grief au motif, nous citons, que ces décisions avaient « *pour seul objet d'informer les employeurs et les salariés des branches concernées des travaux réalisés par les organisations professionnelles et syndicales auteurs de ces guides* », qu'elles ne révélaient « *par elles-mêmes aucune décision d'approbation de leur contenu par l'administration et [qu'elles ne contenaient] pas d'autres informations que celles ayant vocation à être portées, par ailleurs, à la connaissance des employeurs et salariés de la branche par les organisations qui sont à l'initiative de ces documents* ». En résumé, l'analyse du juge des référés découle donc du triple constat que l'administration n'est pas l'auteur de ces guides, qu'elle n'en a pas endossé le contenu et que leur publication sur le site internet du ministère n'a fait, en réalité, que relayer le travail de diffusion déjà effectué par les organisations elles-mêmes.

A l'évidence, une telle approche circonstancielle se conçoit tout à fait, à plus forte raison en référé lorsqu'il s'agit de décider, à grosses mailles, **si une décision de l'administration mérite en urgence d'être suspendue**. Mais cette affaire est l'occasion, à nos yeux, de vous réinterroger plus largement sur les conditions dans lesquelles vous pouvez être amenés à connaître des initiatives prises par une administration et consistant à publier, sur son site internet, un document, alors même qu'elle ne s'en approprierait pas le contenu.

⁹ Art. R. 4225-3 du code du travail

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En première approche, l'on pourrait hésiter à admettre le principe même de la recevabilité d'un tel recours, en estimant que, dans une telle configuration, la prise contentieuse est trop ténue – voire artificielle – puisqu'elle ne permet pas de véritablement contrôler le contenu publié, **mais uniquement de vérifier la légalité de la mise en ligne**. Aussi, vous pourriez estimer que la manière adéquate de saisir les illégalités éventuellement commises à ce titre est la voie indemnitaire, à la lumière des éventuels préjudices concrets nés de cette publication officielle sur internet.

Pour notre part, nous sommes toutefois d'avis que vous **devez ouvrir votre prétoire à de telles contestations**. Trois séries de considérations nous déterminent en ce sens.

En premier lieu, **admettre la recevabilité de ces recours serait dans la lignée de votre jurisprudence**. C'est qu'en effet, avant même la révolution copernicienne portée par vos arrêts *Fairvesta* et *numéricable*, vous aviez déjà accepté, dès 1988, d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre les décisions de publication prises par l'administration¹⁰, alors même que celles-ci ne sont pas de véritables décisions en ce qu'elles ne modifient pas l'ordonnement juridique. Ce courant de jurisprudence avait été initié par une décision de Section¹¹ concernant la décision du Premier ministre de faire publier un rapport relatif aux sectes à la Documentation française. Cette approche était alors novatrice en ce qu'elle était toute entière fondée sur l'idée que les **effets concrets** d'une telle décision pouvaient heurter plus durement les intérêts des personnes concernées qu'une mesure produisant des effets de droit¹². Cette approche a été régulièrement confirmée au fil des années : pour n'en donner qu'un exemple, vous avez ainsi accepté, en 2008, de connaître de la décision de la MIVILUDES de mettre en ligne sur son site internet un extrait de la 4^e de couverture d'un livre-témoignage consacré à l'endoctrinement sectaire¹³.

Il nous faut à ce stade relever qu'au regard de cette veine de jurisprudence, les trois spécificités mobilisées par votre juge des référés pour fonder l'irrecevabilité ne constituent pas, par principe, **des obstacles rédhibitoires à l'ouverture du prétoire**.

D'abord, la question de **la nature – administrative ou non – du document publié** apparaît indifférente dès lors que votre jurisprudence est fondée sur l'effet propre de cette publication. Et en tout état de cause, comme l'indiquait déjà Luc Derepas¹⁴ à ce pupitre, la circonstance que le document émane d'un tiers à l'administration serait plutôt de nature à renforcer la nécessité d'ouvrir le prétoire dès lors que, dans ce cas, il n'existe alors aucun acte administratif avec lequel la décision de publication est susceptible de faire corps¹⁵.

10 V. en ce sens : *Un recours souple pour le droit souple*, L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, AJDA 2016.717

11 CE, Section, 21-10-1988, *Eglise de scientologie de Paris*, n° 68638, A

12 V. en ce sens les conclusions d'O. van Ruymbeke sur cette décision

13 CE, 07-08-2008, *Fédération chrétienne des témoins de Jehovah de France*, n° 310220, A

14 CE, 12-140-2009, *Société Glaxosmithkline Biologicals et Société Laboratoire Glaxosmithkline*, n° 322784, B

15 Comp. lorsque le document peut faire l'objet d'un REP, auquel cas la publication devient le corollaire de la demande d'annulation qui le vise : CE, 19-07-2017, *Société Menarini France*, n° 399766, B – à cet égard, le fait que la décision publiée ne fasse pas grief emporte alors l'irrecevabilité du recours dirigé contre la décision de publication compte tenu de cette difficulté à dissocier l'un de l'autre : v. CE, 27-07-

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ensuite, la question de la réappropriation, **par l'administration**, du contenu qu'elle publie ne semble pas davantage déterminante au stade de la recevabilité. Cette approche ressort très clairement de votre décision inaugurale de Section, qui prenait le soin de préciser que le Premier ministre n'avait pas entendu s'approprier le rapport qu'il avait décidé de diffuser. Elle s'explique à nos yeux par l'idée que la publication par l'administration vaut par elle-même **légitimation et amplification**, au moins pour le grand public, de sorte que la circonstance selon laquelle le contenu n'aurait pas été expressément endossé n'est pas rédhibitoire¹⁶.

Enfin, la question **des modalités de la publication** ne nous paraît pas davantage décisive. D'une part, le fait que la publication en cause corresponde à une mise en ligne et non à une publication papier ne saurait être cruciale : outre que votre jurisprudence a déjà eu à connaître d'une initiative de mise en ligne, nous peinerions à justifier une différence d'approche selon le canal privilégié. D'autre part, le seul fait que la publication contestée ne soit pas une primo-publication mais qu'elle **viennne s'ajouter à d'autres formes de diffusion préexistantes** ne nous paraît non plus de nature à justifier systématiquement une irrecevabilité¹⁷. Même dans cette hypothèse, nous l'évoquions, la publication via un canal officiel contribue à **donner du crédit au contenu ainsi diffusé**, et notamment à rendre plus performatives les recommandations qu'il contient, de sorte que cette décision produit bien des effets, alors même qu'elle jouerait un rôle moindre en tant que simple caisse de résonance. Ce constat est encore renforcé selon nous par la profusion des informations disponibles sur internet, qui **entraîne un risque accru de confusion et une difficulté structurelle à identifier les sources sûres**. Dans ces conditions, les sites internet des acteurs publics, souvent bien référencés, font alors figure pour les internautes perdus de « planche de salut » en ce qu'ils ont vocation à accueillir uniquement des contenus fiables, quand bien même ceux-ci n'émaneraient pas de l'administration elle-même.

En deuxième lieu, reconnaître une justiciabilité de principe nous paraîtrait cohérente **au regard de la responsabilité pesant sur l'éditeur d'un site internet** à raison du contenu qu'il diffuse¹⁸. Vous savez en effet que l'éditeur professionnel est soumis à une obligation de vérification et de surveillance des contenus à paraître, de sorte que c'est lui¹⁹ qui peut voir sa responsabilité engagée, notamment en cas de diffamation, à raison d'un contenu dont il ne serait pourtant pas l'auteur²⁰. En écho, il nous semble logique que, dans l'office qui est le vôtre, **vous ne soyez pas en retrait par rapport à cette approche**, en laissant à penser que l'administration peut mettre en ligne ce qu'elle souhaite sans que le juge administratif ait vocation à en connaître.

2001, Association « La défense libre », n° 217024, B

¹⁶ En cela, la décision de publication est finalement assez proche de l'*imprimatur* du droit canon qui, bien que ne valant pas approbation du contenu, implique néanmoins que le livre ne contient pas d'erreurs doctrinales ou morales majeures puisqu'il a obtenu le *nilhil obstat*.

¹⁷ Symptomatiquement, le livre de N. Jacquette en cause dans l'affaire de 2008 avait été publié par un éditeur privé

¹⁸ V. sur cette question : *Responsabilité des services de communication au public en ligne – détermination des responsables*, E. Derieux, Revue Lamy Droit de l'immatériel, 59, 01-04-2010

¹⁹ Et son directeur de publication

²⁰ Cass. Crim., 03-11-2015, n° 13-82.645

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En troisième lieu, outre que la seule perspective d'un contrôle juridictionnel incite l'administration à **ne pas relayer un contenu à tort et à travers**, il nous semble aussi que les conséquences de ce contrôle ne sont pas aussi platoniques qu'une première approche pourrait le laisser à penser. Certes, une annulation peut d'abord sembler vaine dans la mesure où, le plus souvent, la publication en cause aura déjà été largement réceptionnée par le public destinataire, au moins à la date à laquelle vous statuerez au fond. Pour autant, d'une part, c'est le propre du contentieux assimilable au droit souple que d'avoir **une vertu plus symbolique que performative** dès lors qu'il saisit des actes ne modifiant pas, en eux-mêmes, l'ordonnement juridique. D'autre part, vous savez que vous vous autorisez désormais à rehausser la portée d'une éventuelle annulation en faisant un usage créatif de vos pouvoirs d'injonction – le cas échéant d'office – pour supprimer autant que possible les effets produits par la publication²¹, non seulement en exigeant de l'autorité concernée qu'elle ne référence plus le contenu en cause²², mais aussi en l'obligeant à mener « *une action de communication réparatrice* »²³, par exemple en mentionnant sur son site votre décision d'annulation pour que les internautes en aient connaissance²⁴. **Aussi, votre contrôle est bien susceptible d'avoir un effet utile.**

Si vous nous suivez, vous pourrez donc réaffirmer explicitement que l'initiative prise par l'administration de publier, sur son site internet, un document, **alors même qu'elle ne s'en approprierait pas le contenu**, est bien susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir. Vous pourrez également profiter de cette affaire pour acter le rapatriement de cette veine de jurisprudence, précurseur et autonome, dans la matrice composite du droit souple, en précisant que la justiciabilité de telles initiatives reste toutefois subordonnée à la condition que **cette publication soit susceptible d'avoir, par elle-même, des effets notables**.

Au prisme de la grille d'analyse ainsi formalisée, vous pourrez, en l'espèce, **hésiter sur la recevabilité du présent recours**.

En effet, comme y insiste la requête, il est vrai qu'en relayant les guides diffusés par les organisations professionnelles, **le ministère a donné du poids à leur contenu**, et notamment aux préconisations relatives aux fontaines à eau. Par ailleurs, nous l'évoquions en introduction, le printemps dernier était caractérisé par **une très forte incertitude quant à l'épidémie, à sa propagation et aux manières de l'endiguer**. Dès lors, les prises de position des pouvoirs publics – directes ou indirectes – acquéraient un poids tout particulier, en ce

²¹ V. en ce sens les conclusions de V. Daumas sur la décision *Numéricable* (précitée) et les conclusions de G. Odinet sur la décision *GISTI* (précitée)

²² Ou à tout le moins en l'assortissant des avertissements appropriés : v. en ce sens CE, 23-12-2020, *Association autisme espoir vers l'école*, n° 428284, A

²³ *Un recours souple pour le droit souple* (précité)

²⁴ Dans le prolongement de ce que vous avez déjà amorcé par votre décision CE, 04-12-2019, *Fédération des entreprises de la beauté*, n° 416798, A

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

qu'elles permettaient aussi aux entreprises de minimiser leurs risques de se voir accusées *ex post* d'avoir commis une faute inexcusable.

Malgré ces éléments non négligeables, **nous sommes toutefois d'avis que le seuil des effets notables n'est pas franchi en l'espèce**. En effet, les guides en cause étaient très largement diffusés par les fédérations – lesquelles constituaient déjà une source naturelle et légitime d'information pour les employeurs. Par ailleurs, nous l'évoquions, les fiches conseils publiées par le ministère contenaient déjà des recommandations analogues quant à l'usage des fontaines à eaux ; ainsi, l'autorité publique avait eu l'occasion de se positionner directement sur ce sujet, ce qui minore d'autant l'impact de cette publication. Ces circonstances concrètes nous conduisent à estimer que l'initiative contestée, par elle-même, ne produisait pas d'effets notables. Ce faisant, vous renoueriez avec l'irrecevabilité opposée par votre juge de l'urgence, mais au prix d'un raisonnement quelque peu différent.

Si vous hésitez, vous pourriez implicitement admettre la recevabilité de la contestation et préférer la rejeter au fond pour les motifs déjà évoqués, **en assortissant cependant cette réponse d'un « en tout état de cause »** afin de ne pas préempter la question, délicate, des moyens opérants à l'encontre d'une initiative de publication.

PCMNC au rejet de la requête.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.