

Marie-Emily VAUCANSON
Avocat au barreau de Versailles
10 rue Thiers
78100 SAINT GERMAIN EN LAYE
mevg@mevg.fr
Tel 01 39 73 40 85

En collaboration à Émilie JOUETTE

Saint Germain en Laye
Le 31 mars 2020

L'Exercice du droit de retrait

Madame, Monsieur,

En cette période si particulière, vous pouvez être confrontés aux questions liées à l'exercice d'un droit de retrait que vos salariés pourraient invoqués.

Chaque situation est différente et il importe surtout de faire preuve de pragmatisme en se posant la bonne question : la santé et la sécurité de vos salariés est-elle assurée dans les conditions de travail qui sont les leurs ?

La situation doit à mon sens faire l'objet d'une analyse en entonnoir :

Question 1 – mon activité fait l'objet d'une interdiction ?

Si oui : mise en télétravail, à défaut en activité partielle

Si non : Question 2 – le poste de travail de mon salarié ne peut-il pas être géré en télétravail (y compris en mode dégradé) ?

Si oui : mise en place du télétravail

Si non : Question 3 – le poste de travail peut-il être aménagé afin de respecter les précautions sanitaires : mesures barrières et distanciation sociale ?

Si oui : le travail est autorisé et le droit de retrait du salarié est a priori non légitime

Si non : le salarié doit bénéficier d'une mesure d'activité partielle et l'exercice de son droit de retrait pourra être considéré comme légitime.

Voici quelques éléments sur l'exercice du droit de retrait, qui pourront éclairer votre décision.

Fondements juridiques :

Articles L. 4131-1 et suivants ; L. 4132-1 et suivants et L. 4141-1 du code du travail.

Article L. 4131-1 du code du travail : droit de retrait individuel qui neutralise provisoirement les pouvoirs de direction et disciplinaire de l'employeur :

« Le travailleur alerte immédiatement l'employeur 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 ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection.

Il peut se retirer d'une telle situation.

L'employeur ne peut demander au travailleur 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. »

Ce droit est complété par un devoir d'alerte auprès de l'employeur ou d'un représentant du personnel.

Article L. 4131-2 du code du travail : droit de retrait collectif :

« Le représentant du personnel au comité social et économique, qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur selon la procédure prévue au premier alinéa de l'article L. 4132-2. »

Champ d'application du droit de retrait

- Tous les salariés peuvent exercer leur droit de retrait, quel que soit la nature de leur contrat de travail. Les travailleurs temporaires et les stagiaires sont également titulaires de ce droit (article L. 4111-5 CT).
- Le contrat de travail doit être en cours d'exécution pour qu'un salarié puisse exercer son droit de retrait. Ainsi, ce droit ne peut être invoqué quand le contrat de travail est suspendu (arrêt maladie – par exemple : Cass. soc., 9 oct. 2013, n° 12-22.288, n° 1625 FS - P + B – ou télétravail).

Conditions

Le droit de retrait doit être exercé de telle manière qu'il ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de risque grave et imminent (C. trav., art. L. 4132-1).

Il faut ensuite :

- Un danger grave (1) et imminent (2) pour la vie ou la santé du salarié :

(1) représente une menace pour la vie ou la santé du travailleur (maladie ou accident grave).

Le danger doit excéder celui de l'exercice normal du poste et c'est donc par rapport au poste tenu et à ses adaptations s'agissant notamment des mesures de protection que devra être appréciée l'existence d'un danger.

(2) si le risque peut intervenir immédiatement ou dans un délai proche

- Toute défectuosité des systèmes de protection

Dans le contexte du Covid-19: si l'employeur respect les recommandations du gouvernement (<https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus>), il n'y a *a priori* pas de motif de droit de retrait, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux. En revanche, si l'employeur ou des salariés ne mettent pas en œuvre ces recommandations de sécurité, le salarié peut exercer son droit de retrait jusqu'à ce que l'employeur les mette en œuvre.

Le ministère du Travail dans le « questions/réponses » mis à disposition (<https://travail-emploi.gouv.fr>), indique que « *dès lors que sont mises en œuvre tant par l'employeur que par les salariés les recommandations du gouvernement la seule circonstance que je sois affecté(e) à l'accueil du public et pour des contacts brefs (et pour des contacts prolongés et proches) ne suffit pas, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, à considérer que je justifie d'un motif raisonnable pour exercer mon droit de retrait* ». La réponse est donc identique que les contacts avec le public soient brefs ou prolongés et se situe pour l'heure dans la continuité des deux circulaires publiées à l'occasion de précédents événements épidémiques (Circ. DGT no 2007/18, 18 déc. 2007 ; Circ. DGT no 2009/16, 3 juill. 2009).

Modalités

Le travailleur qui exerce son droit de retrait doit en informer l'employeur ou un représentant du personnel par tout moyen.

Si l'article L. 4131-1 du CT semble poser ce devoir d'alerte comme antérieur, la jurisprudence ne le considère ni comme un préalable, ni comme une condition du droit de retrait (Cass. soc., 28 mai 2008, no 07-15.744, Bull. civ. V, no 120 (pas d'exigence d'une consignation écrite)).

L'expression du droit de retrait peut être contemporaine de l'alerte et ne requiert ni formalisme ni procédure. Depuis un arrêt de 2010, la jurisprudence a jugé que cette alerte sur la situation de danger encouru par le salarié est clairement déconnectée de l'exercice par le salarié de son droit de retrait. (Cass. soc., 2 mars 2010, no 08-45.086 ; Cass. Soc., 28 mai 2008, no 07-15.745, Bull. civ. V, no 120).

Ainsi, l'employeur ne peut reprocher au salarié de ne pas l'avoir averti du fait qu'il se retirait de son poste de travail. En tout cas, il ne peut pas le sanctionner pour ce motif. Inversement, l'autorisation donnée par l'employeur de quitter son poste ne dénature pas l'exercice du droit de retrait du salarié (Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.272, n° 2022 FS - P + B).

Le droit de retrait peut donc « s'exprimer verbalement » (CA Reims, ch. soc., 21 janv. 2009, n° 07/02126).

Le droit de retrait signifie que le salarié cesse complètement son travail. Il ne lui appartient donc pas de modifier unilatéralement, et en violation des instructions de son employeur, les conditions de travail, même dans un souci de sécurité (CA Paris, 18e ch., sect. D, 5 oct. 2004, n° S 04/32731).

Conséquences

- Absence de sanction si le retrait est légitime

L'employeur ne peut effectuer de retenue sur salaire, ni sanctionner le salarié qui exerce légitimement son droit de retrait (articles L. 4131-3 et -4 CT). La jurisprudence considère que le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime du droit de retrait par le salarié est nul (Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-44.556, n° 151 FS - P + B).

Si le retrait est au contraire illégitime, l'employeur peut prendre des sanctions contre le salarié pouvant aller jusqu'au licenciement (pour abandon de poste ou insubordination) et opérer des retenus sur salaire.

Le licenciement pour faute grave a aussi pu être retenu (CA Riom, 23 août 1989, n° 2773/88 ; CA Reims, ch. soc., 28 mai 2008, n° 07/00444).

- Contrôle du juge a posteriori

Le contrôle de cette légitimité ne se fera qu'a posteriori par le juge qui serait saisi soit d'une demande de nullité de la sanction proposée, soit d'une demande de paiement d'une rémunération que l'employeur aurait réduite abusivement.

C'est une limite importante du droit de retrait car si le salarié peut en quelque sorte « imposer » à son employeur sa décision de se retirer du poste, à l'inverse il lui faudra saisir le juge dans le cas où son employeur décidera unilatéralement de réduire la rémunération ou de prononcer une sanction.

Le juge du fond est seul compétent pour se prononcer sur l'existence d'un motif raisonnable, ce qui exclut la compétence du juge des référés (Cass. soc., 30 mai 2012, n° 10-15.992).

- Responsabilité de l'employeur

Si l'employeur ne réagit pas au signalement d'un danger grave et imminent, il peut voir sa responsabilité pénale engagée pour mise en danger d'autrui notamment.

Illustrations jurisprudentielles

- **Droit de retrait jugé légitime**

1. Absence de protection ou protection insuffisante

Le défaut de protection individuelle peut justifier le retrait du salarié, notamment pour les salariés travaillant dans le bâtiment (ex : CA Douai, ch. soc., 29 avr. 2005, n° 04/01725 ; CA Reims, ch. soc., 21 janv. 2009, n° 07/02126 ; CA Montpellier, ch. soc., 20 mars 2002, n° 00/01655 ; CA Douai, ch. soc., 30 sept. 2008, n° 07/02873).

De même, si l'employeur manque à son obligation de sécurité en s'abstenant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection du salarié (Cass. soc., 18 déc. 2007, n° 06-43.801, n° 2730 FS - P + B).

Certaines ambiances de travail peuvent justifier l'exercice du droit de retrait du salarié (local insalubre, températures extrêmes par exemples : CA Paris, 7 juin 1988, n° 30330 ; CA Versailles, 12 nov. 1996, n° 95/20571 ; CA Versailles, 15 févr. 1994, n° 48).

2. Matériel défectueux ou non adapté

Exemples : défaut persistant de conformité des installations de l'entreprise avec les normes de sécurité, matériel que le salarié estime dangereux (Cass. soc., 1er mars 1995, n° 91-43.406 ; CA Nancy, ch. soc., 5 mai 1997, n° 96/155).

Autre exemple fréquent : la défaillance des véhicules de conduite est une cause d'exercice légitime du droit de retrait (CA Metz, ch. soc., 18 nov. 2008, n° 06/00751 ; CA Paris, 16 janv. 1992, n° 91/34223 ; CA Montpellier, 30 avr. 1998, n° 96/00627). Tel n'est pas le cas si l'employeur ne fournit pas les documents administratifs afférents au véhicule (CA Paris, 18e ch., sect. D, 22 mars 2005, n° S 04/36736).

3. Horaires et cadences de travail

Une durée de travail excédant la durée maximale légale peut justifier un retrait du salarié, notamment en cas de repos insuffisant (CA Reims, ch. soc., 1er déc. 2004, n° 03/00258 ; Cass. soc., 2 mars 2010, n° 08-45.086).

En revanche, le travail le dimanche ne justifie pas en soi l'exercice du droit de retrait.

4. Risque d'agression

Un climat d'insécurité lié à un risque d'agression peut légitimer le retrait d'un salarié (Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-43.740 ; Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.353).

En revanche, la légitimité d'un droit de retrait a été refusée s'agissant de certaines professions particulièrement dangereuses comme les convoyeurs de fond.

5. Harcèlement

Un harcèlement sexuel peut justifier le droit de retrait, notamment en cas de réitération du comportement menaçant sur le salarié (CA Riom, 4e ch. soc., 18 juin 2002, n° 01/00919).

Il n'y a pas de jurisprudence en cas de harcèlement moral.

6. Souffrance morale

Une situation de souffrance morale peut justifier un droit de retrait des salariés (état de stress permanent, refus d'écoute de la part de la direction, enquête du CHSCT ayant conclu à un risque de stress et avertissement de l'employeur : Cass. soc., 31 mai 2017, n° 15-29.225).

7. Problème de santé particulier

La fragilité du salarié, sa sensibilité particulière à certains risques professionnels (risques d'allergie par exemple) peut accentuer sa peur de courir un danger. Mais sur cette question, la jurisprudence reste contrastée et surtout très factuelle.

Exemples où le droit de retrait a été reconnu comme légitime : Cass. soc., 20 mars 1996, n° 93-40.111, n° 1336 P ; Cass. soc., 11 déc. 1986, n° 84-42.209.

- **Droit de retrait jugé illégitime**

1. Peur d'un danger lié au local de travail

De simples courants d'air, la vétusté et la saleté ne suffisent pas à justifier l'exercice légitime du droit de retrait (Cass. soc., 17 oct. 1989, n° 86-43.272 ; Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-23.319).

L'absence de mise aux normes des locaux de travail ne saurait à elle seule justifier le retrait d'un salarié, sans que sa vie ou sa santé ne soit menacée de manière grave et imminente (CA Dijon, ch. soc., 23 janv. 2007, n° 06/00712).

2. Peur du danger lié à un défaut de protection

Lorsqu'il y a des outils propres à assurer la sécurité des salariés, que des consignes de sécurité ont été données, lorsqu'un nouveau système de protection a été mis en place, si des salariés du bâtiment sont exposés à des intempéries modérés, ces cas ne justifient pas le retrait du salarié (CA Reims, ch. soc., 28 mai 2008, n° 07/00444 ; CA Douai, ch. soc., 31 mars 2009, n° 08/01796 ; Cass. soc., 20 janv. 1993, n° 91-42.028, n° 215 P).

3. Peur d'un danger lié au matériel utilisé

La peur d'un danger lié à une défectuosité d'un véhicule n'est pas considérée comme étant justifiée dès lors que la visite technique pratiquée sur l'engin ne caractérise pas raisonnablement une situation de danger grave et imminent (CA Riom, 23 août 1989, n° 2773/88 ; CA Bourges, ch. soc., 27 mai 2005, n° 04/01285).

4. Agression ou peur d'une agression

Lorsque les circonstances et la réalité d'une agression sont floues, l'exercice du droit de retrait n'est pas justifié (CA Douai, ch. soc., 30 mars 2007, n° 06/00453).

Lorsqu'un collègue a subi une agression, le droit de retrait du salarié n'est pas légitime s'il n'y a aucune circonstance de fait laissant penser qu'il s'agissait d'autre chose qu'un cas

isolé (CA Paris, 21e ch., 26 avr. 2001, n° 99/35411). Un simple climat d'insécurité ne saurait suffire à lui seul à justifier le retrait des travailleurs (Cass. soc., 24 sept. 2013, n° 12-11.532).

5. Peur d'un danger lié à un problème de santé du salarié

Le fait qu'un salarié connaisse des problèmes de santé ne lui permet pas pour autant de se retirer de toutes les situations de travail.

Lorsque le poste de travail est conforme aux prescriptions médicales, le droit de retrait n'est pas légitime (CA Metz, ch. soc., 10 nov. 2008, n° 08/00206 ; CA Dijon, ch. soc., 20 mars 2007, n° 06/00823 ; CA Versailles, 31 mai 1994, n° 2179/93).

6. Refus de venir travailler un dimanche

Le salarié doit penser qu'il court un danger grave et imminent, être obligé de venir travailler le dimanche ne suffit pas à caractériser un tel danger, sauf à prouver que le salarié subit des violences (CA Versailles, 6 juin 2013, n° 12/01099).

Je reste à votre disposition pour tout complément

Sentiments dévoués

Marie-Emily VAUCANSON