

# NOTE RECAPITULATIVE SUR LE DROIT DE RETRAIT A LIRE IMPERATIVEMENT AVANT D'ENVOYER LE COURRIER DE RETRAIT A VOTRE EMPLOYEUR

## MODALITES RELATIVES A LA NOTIFICATION DU DROIT DE RETRAIT :

1. Vous devez faire un test RT-PCR ou antigénique (recommandé car moins invasif)
2. Vous devez adapter le modèle de courrier en PJ (en précisant vos nom, prénom et adresse et ceux de votre employeur), le dater, **le signer**, et l'adresser **impérativement en RAR** à votre employeur.  
Vous pouvez l'adresser par anticipation par mail.  
ATTENTION : N'oubliez pas de joindre le test négatif
3. Vous pouvez adresser la copie de votre notification de retrait à l'Inspection du Travail, la médecine du travail et le représentant de votre institution représentative du personnel, le cas échéant.

Evidemment, vous ne devez pas vous rendre sur votre lieu de travail.

Nous rappelons que ceux qui peuvent et veulent prendre des congés payés ou dont l'état de santé justifie un arrêt maladie peuvent le faire. Dans ces deux cas, il est nécessaire d'attendre la fin de la période de congés ou de la période d'arrêt avant de procéder à l'envoi du courrier de retrait.

Ceux dont le test serait positif ne doivent, bien entendu, pas adresser ce courrier mais informer leur employeur du résultat du test. Par la suite, ils pourront obtenir un certificat de rétablissement qui leur permettra d'éviter le passe sanitaire et l'obligation vaccinale pendant 6 mois.

## PRECISIONS :

- ⇒ Il n'est à utiliser en dernier recours que lorsque vous n'êtes ni en congés, ni en arrêt maladie ;
- ⇒ Si vous êtes en congés ou en arrêt, vous pouvez l'utiliser au moment de votre retour sur votre lieu de travail en adressant le courrier, avec le test négatif, en RAR à votre employeur, de sorte qu'il puisse en prendre connaissance si possible la veille, et au plus tard, le jour de votre prise de fonctions ;
- ⇒ Si vous usez de votre droit de retrait, il ne faut pas vous présenter sur votre lieu de travail, sauf le cas échéant pour remettre en mains propres votre courrier de retrait et votre test négatif.
- ⇒ Vous n'avez pas besoin de l'utiliser lorsque vous pouvez faire du télétravail ;
- ⇒ Si vous êtes suspendu car vous n'avez pas de passe sanitaire, vous risquez la suspension de votre salaire ;

- ⇒ L'avis d'un service juridique d'une entreprise ou d'un organisme n'est pas suffisant pour faire obstacle au droit de retrait. Seule une juridiction peut se prononcer.
- ⇒ Le droit de retrait peut durer tant que la situation de danger perdure ;
- ⇒ Enfin, le droit de retrait s'applique également dans la fonction publique.
- ⇒ Le droit de retrait s'applique actuellement même si tous les gestes barrières sont respectés et/ou que l'employeur met à votre disposition les moyens pour vous protéger tels que masques, gants, blouses, etc... Puisque la loi vous impose de vous faire vacciner ou de faire un test, c'est qu'il est considéré que ces précautions ne sont pas suffisantes !
- ⇒ Le seul cas qui ferait obstacle au droit de retrait actuellement serait un employeur qui demanderait à tous ses salariés de produire un test négatif pour travailler, même aux vaccinés. Cependant, cela serait contraire à la loi ...
- ⇒ Pour user de son droit de retrait, il faut le notifier par RAR (selon le modèle communiqué précédemment), sinon votre absence va être considérée comme injustifiée ou un abandon de poste, ce qui justifierait de ne pas être payé outre une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement.
- ⇒ **Si l'employeur considère que le droit de retrait n'est pas justifié, il peut ne pas vous payer et prendre une sanction allant jusqu'au licenciement. Dans ce cas, le tribunal compétent (CPH ou TA selon que vous relevez d'un employeur privé ou public) devra trancher. Si la juridiction considère le droit de retrait justifié, l'employeur sera condamné.**
- ⇒ Si vous exercez votre droit de retrait et que l'employeur en conteste le bien-fondé mais vous règle votre salaire, c'est à lui de saisir la juridiction compétente pour remettre en cause, le cas échéant, votre droit de retrait.
- ⇒ Si vous exercez votre droit de retrait et que l'employeur ne vous règle plus votre salaire, il conviendra que vous saisissiez la juridiction compétente en référé pour tenter d'obtenir le règlement de votre salaire.
- ⇒ Si vous avez usé de votre droit de retrait en présentant un test négatif, votre employeur ne peut suspendre votre contrat tel que prévu à l'article 14 de la loi car vous aviez satisfait aux obligations de l'alinéa I-A.  
Si votre employeur remet en cause le caractère justifié de votre droit de retrait, il doit suivre la procédure classique en cas de sanction. S'il ne respecte pas la bonne procédure, il pourra être sanctionné par la juridiction compétente.  
L'employeur peut considérer que le droit de retrait n'est pas justifié mais seule une juridiction pourra trancher la question. Si celle-ci nous donne raison, il s'expose donc à une condamnation par la juridiction compétente.

**ATTENTION : Nous considérons que votre droit de retrait est fondé.  
Cependant comme toute procédure, elle est soumise à l'aléa judiciaire.**

### **EXPLICATIONS DETAILLEES CI-APRES :**

- LE DROIT DE RETRAIT DANS LE SECTEUR PRIVE (PAGE 3)
- LE DROIT DE RETRAIT DANS LA FONCTION PUBLIQUE (PAGE 7)
- OBSERVATIONS SUR LA NOTE DU MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ SUR LE DROIT DE RETRAIT APPLIQUÉ AU COVID-19 (page 8)

## LE DROIT DE RETRAIT DANS LE SECTEUR PRIVE

### I. SUR LES CONDITIONS RELATIVES À L'EXERCICE DU DROIT DE RETRAIT DES SALARIÉS DU SECTEUR PRIVÉ

#### 1. L'existence d'un danger grave et imminent pour la vie ou la santé du salarié

- En vertu de l'article 4131-1 du Code du travail :

*« 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. »*

Ainsi, dès lors que le travailleur **se sent légitimement menacé par un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé**, il est possible pour ce dernier de **quitter son poste de travail sans nécessairement obtenir l'accord de son employeur ou apporter la preuve du danger**.

L'article 4131-1 du Code de travail susvisé **s'applique à tout travailleur**, y compris dans le cadre d'un contrat à durée déterminée.

- A cet égard, force est de constater que l'origine du danger peut être diverse.

**Les situations s'apprécient donc au cas par cas selon les risques encourus, la nature des fonctions exercées, les moyens de protection mis en place par l'employeur notamment.**

La jurisprudence est venue détailler les contours de la condition d'existence d'un danger grave et imminent : Une ambiance de travail délétère, un processus de fabrication dangereux, un équipement de travail défectueux et non conforme aux normes de sécurité, un risque d'agression, l'absence de protection etc.

A titre d'illustrations, la Cour de Cassation admet le droit de retrait si le **matériel est défectueux**, ou encore si les **durées légales de travail ne sont pas respectées** (Cass. soc., 2 mars 2010, P. n°08-45.086).

Le droit de retrait est également admis dès lors que les **conditions de travail sont inacceptables** (CA Versailles, 5<sup>e</sup> ch. soc. sect. A, 15 févr. 1994, no 48, SA Asystel Maintenance c/ M. Sido), qu'un **salarié refuse d'exécuter des tâches qu'il estime dangereuses, sans sécurité et sans protection** (Cass. soc., 9 mai 2000, no 97-44.234 : Bull. civ. V, no 175) ou encore, que l'agresseur d'un agent de transports publics est toujours en liberté (Cass. soc., 1<sup>er</sup> mars 1995, P. n°91-43.406).

Ainsi, le risque de contamination lié à la COVID-19 semble entrer pleinement dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'un danger, lequel impose à l'employeur de prendre toutes mesures de protection pour l'ensemble de ses salariés, et ce d'autant plus que le SARS-CoV-2 a été classé comme agent pathogène chez l'homme du groupe de risque 3 par la Commission européenne.

- De plus, le danger doit être **imminent**, c'est à dire susceptible de survenir dans un délai brusque ou rapproché.

## **2. L'alerte de l'employeur ou du responsable hiérarchique**

- L'article 4131-1 du Code du travail susvisé dispose que :

*« **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. »*

Ainsi, bien qu'il n'existe pas d'obligation d'accord de l'employeur, le salarié qui souhaite exercer son droit de retrait **doit en informer son employeur ou son responsable hiérarchique**, en indiquant ses raisons.

**L'envoi d'une lettre recommandée est fortement conseillé aux fins d'éviter tout conflit potentiel quant à la preuve de la notification.**

- En outre, en vertu de l'article L.4131-2 du Code du travail :

*« 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. »*

L'article L.4132-2 dudit Code dispose quant à lui :

*« Lorsque le représentant du personnel au comité social et économique alerte l'employeur en application de l'article L. 4131-2, il consigne son avis par écrit dans des conditions déterminées par voie réglementaire.*

***L'employeur procède immédiatement à une enquête avec le représentant du comité social et économique qui lui a signalé le danger et prend les dispositions nécessaires pour y remédier.»***

L'article L.4132-4 du même Code ajoute :

*« **A défaut d'accord** entre l'employeur et la majorité du comité social et économique sur les mesures à prendre et leurs conditions d'exécution, **l'inspecteur du travail** est saisi immédiatement par l'employeur.*

*L'inspecteur du travail met en œuvre soit l'une des procédures de mise en demeure prévues à l'article L. 4721-1, soit la procédure de référé prévue aux articles L. 4732-1 et L. 4732-2.»*

Par conséquent, lors de l'exercice de son droit de retrait, **le travailleur peut informer le représentant du personnel au comité social et économique** afin que ce dernier alerte l'employeur du risque encouru par la situation dangereuse et que des mesures de sécurité soient prises en ce sens aux fins de faire cesser ce risque.

• L'article L.4132-4 dudit Code prévoit enfin que :

*« L'employeur **prend les mesures et donne les instructions nécessaires pour permettre aux travailleurs, en cas de danger grave et imminent, d'arrêter leur activité et de se mettre en sécurité en quittant immédiatement le lieu de travail.** »*

L'employeur a donc l'obligation de permettre aux travailleurs de se retirer et de se mettre en sécurité en présence d'un danger grave et imminent.

• Enfin, en l'absence de durée légale fixe, **le salarié peut exercer son droit de retrait tant qu'il a un motif raisonnable de penser que la situation présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé.** L'employeur ne peut pas l'obliger à reprendre le travail le cas échéant (article L4131-1 du Code du travail).

Dès lors que l'employeur a mis en œuvre tous les moyens nécessaires à la disparition du danger évoqué, le salarié est naturellement tenu de reprendre le travail.

### **3. L'absence de mise en danger de la vie d'autrui**

En vertu de l'article L.4132-1 du Code du travail :

*« Le droit de retrait est exercé de telle manière qu'elle **ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent.** »*

Ainsi, l'article L.4132-1 du Code du travail pose une limite à l'exercice du droit de retrait par le salarié, dès lors que celui-ci créerait une nouvelle situation de danger grave et imminent pour autrui.

<b>Le salarié doit donc veiller à ne pas exposer une autre personne à un danger grave et imminent supplémentaire en stoppant son activité en vertu du droit de retrait</b>
--

## II. SUR LE MAINTIEN DU SALAIRE SUITE À UN RETRAIT JUSTIFIÉ DU SALARIÉ

En vertu de l'article L.4131-3 du Code du travail :

*« **Aucune sanction, aucune retenue de salaire** ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs 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 la vie ou pour la santé de chacun d'eux. »*

Il résulte de cet article que tout salarié usant de son droit de retrait face à une situation présentant un danger grave et imminent **continue de percevoir son salaire et ne peut faire l'objet d'une quelconque sanction à cet égard.**

En effet, seul un comportement pouvant s'analyser en une **insubordination** ou un **acte d'indiscipline** serait susceptible de justifier une sanction de l'employeur suite à l'exercice du droit de retrait de l'un de ses employés (*Cass. soc., 17 oct. 1989, n° 86-43272*).

## III. SUR LA QUALIFICATION DE FAUTE INEXCUSABLE DE L'EMPLOYEUR

L'article L.4131-4 du Code du travail dispose que :

*« Le **bénéfice de la faute inexcusable de l'employeur** prévue à l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale est de droit pour le ou les travailleurs qui seraient victimes d'un **accident du travail ou d'une maladie professionnelle** alors qu'eux-mêmes ou un représentant du personnel au comité social et économique avaient signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé. »*

L'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale affirme quant à lui que :

*« Lorsque l'accident est dû à la **faute inexcusable de l'employeur** ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une **indemnisation complémentaire** dans les conditions définies aux articles suivants. »*

Il apparaît donc à la lumière de ces articles que dès lors qu'un salarié ou un représentant du personnel au comité social et économique, informe son employeur d'un risque de danger grave et immédiat pour sa vie ou sa santé, **l'employeur a l'obligation d'assurer la sécurité dudit salarié et de prendre les mesures nécessaires.**

Le cas échéant, et en présence d'un accident ou d'une maladie professionnelle, l'employeur sera considéré comme étant à l'origine d'une faute inexcusable, laquelle ouvre droit à des indemnités complémentaires au salarié ayant de fait, subi un préjudice.

**Par conséquent et en l'espèce, dès lors qu'un salarié informe son employeur de l'exercice de son droit de retrait conformément au risque établi d'attraper le virus de la COVID-19 et de contracter la maladie du fait de la présence de personnes vaccinées et non testées, l'employeur a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires visant à assurer la protection de la santé du salarié. Le cas échéant, si le salarié contracte effectivement la COVID-19 et est donc victime d'une maladie professionnelle, l'employeur sera l'auteur d'une faute inexcusable.**

## LE DROIT DE RETRAIT DANS LA FONCTION PUBLIQUE

- Définition : Le droit de retrait est la possibilité pour un agent de suspendre temporairement l'exécution d'une tâche car il existe pour lui un danger.
  
- L'article 5-6 du décret n°82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique prévoit que :
  - « I. - *L'agent alerte immédiatement l'autorité administrative compétente 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'autorité administrative 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.*
  - II. - Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un agent ou d'un groupe 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 la vie ou la santé de chacun d'eux. »*
  
- L'article 5-1 du décret n°85-603 du 10 juin 1985 à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine préventive dans la fonction publique territoriale affirme que : « *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. »*
  
- **Les conditions communes au droit de retrait d'un agent de la fonction publique et d'un agent de la fonction publique territoriale :**
  - **L'existence d'un « danger grave »**, excluant donc le danger non grave ou le « simple danger », le danger éventuel (TA Nancy, 22 mars 2011, M.Lelievre, n°0901907), ou encore des dangers habituels dans l'exercice normal de la profession : en vertu de la circulaire relative à l'application du décret n°85-603 du 10 juin 1985 concernant la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale explique 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. »*

- Il appartient à l'agent de considérer s'il y a un motif raisonnable de croire que le fait de travailler dans telle ou telle condition, ou au regard des circonstances de l'exercice de ses fonctions, qu'il y a un danger grave et imminent.
- Néanmoins, il existe différentes formes de dangers :
  - Le danger grave relatif à l'intégrité physique de l'agent ;
  - Le danger grave relatif à l'état de santé de l'agent (ex : le harcèlement moral peut être considéré comme un motif de droit de retrait, arrêt CE, 16 décembre 2009, Ministre de la Défense c/Madame Salomé T, n°3208040).
- L'existence d'un danger « *imminent* » : il faut que le danger puisse se réaliser dans un délai très court, donc il ne doit pas encore se réaliser étant donné que c'est un danger.

**Ainsi, le risque de contamination lié à la COVID-19 semble entrer pleinement dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'un danger, lequel impose à l'employeur de prendre toutes mesures de protection pour l'ensemble de ses salariés, et ce d'autant plus que le SARS-CoV-2 a été classé comme agent pathogène chez l'homme du groupe de risque 3 par la Commission européenne.**

- Aucune sanction, ni aucune retenue de rémunération ne peuvent être effectuées (cf. les deux décrets cités). Mais, étant donné que le droit de retrait est une procédure exceptionnelle et particulière et qu'en son absence, le droit commun s'applique, si le droit de retrait n'est pas justifié par un danger grave et imminent, une retenue sur salaire sera effectuée ainsi qu'une procédure pour abandon de poste.
- La procédure est prévue aux articles 5-7 et 5-8 du décret n°82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique
- La procédure est prévue aux articles 5-2 et 5-3 du décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine préventive dans la fonction publique territoriale



## OBSERVATIONS SUR LA NOTE DU MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ SUR LE DROIT DE RETRAIT APPLIQUÉ AU COVID-19

Après analyse de la note publiée par le Ministère des Solidarités et de la Santé concernant le droit de retrait appliqué au COVID-19, nous souhaitons vous apporter les quelques observations suivantes :

- Il est indiqué que la condition d'un danger imminent doit être entendue comme : *«un danger susceptible de se réaliser brutalement et dans un délai rapproché» (P2).*

Or, il n'apparaît aucunement que le **caractère brutal du danger** soit une condition nécessaire à la qualification d'un danger imminent.

- Il est affirmé :

*“Ainsi, les possibilités de recours à l'exercice du droit de retrait sont fortement limitées pour le coronavirus, dès lors que l'employeur a pris les mesures de prévention et de protection nécessaires, conformément aux recommandations du gouvernement” (P2)*

A cet égard, force est de constater que **le Gouvernement n'a justement pris aucune recommandation permettant de faire face à la possible transmission du virus de la COVID-19 par les personnes vaccinées et non testées sur le lieu de travail.**

Ainsi, les employeurs ne prennent en réalité aucune mesure de prévention à cet effet, ce qui de surcroît, crée un risque de danger grave et imminent pour la santé de toute personne non vaccinée en possession d'un test de dépistage négatif lui permettant d'être en mesure de se rendre sur son lieu de travail sans risque de transmission du virus.

En tout état de cause, il va de soi que le **risque de contamination par le virus de la COVID-19** constitue à ce jour d'après le Gouvernement un danger grave, lequel **justifie** en effet l'ensemble des mesures sanitaires extrêmes et notamment l'obligation vaccinale pour certaines catégories de personnes et la généralisation du Passe Sanitaire sur le territoire national, et le maintien de l'état d'urgence sanitaire compte tenu de la gravité de la situation épidémiologique.

- Concernant l'application du droit de retrait pour les agents de la FPH ainsi que le personnel médical, il est mentionné que : *"Les personnels exposés au risque de contamination du fait de la nature de leur mission **ne peuvent légitimement exercer leur droit de retrait**, au seul motif d'une **exposition au virus** à l'origine de la pandémie"* (Jurisprudence de 1994 sur le VIH et l'hépatite virale B comme fondement).

Or, une telle argumentation ne saurait tenir dès lors qu'il ne s'agit pas seulement d'une "exposition" au virus en l'espèce mais d'un véritable risque de **contamination**.

Ainsi, le personnel soignant est non seulement exposé au virus, tout comme le personnel vacciné, mais **surtout susceptible de l'attraper et de contracter la maladie de la COVID-19 du fait de l'absence de tout dépistage des personnes vaccinées parfaitement susceptibles d'être porteur dudit virus et de transmettre ce dernier.**

- Aux fins de justifier de l'impossibilité d'exercer leur droit de retrait, le principe de "continuité des services publics" est mis en exergue. Ainsi, il est énoncé que : "*Cet impératif vient également réduire l'applicabilité du droit de retrait*".

Or, d'aucuns constatera que la "réduction" d'un droit ne signifie pas l'interdiction d'exercer ce droit.

En effet, dans un contexte de crise sanitaire, d'état d'urgence, "*d'épidémie*" provoquée par un virus justifiant la mise en œuvre de mesures d'une extrême gravité, violant les droits et libertés fondamentaux dans un **objectif général de "protection de la santé"**, il apparaît inévitable que **le risque de contamination constitue un danger grave et imminent pour toute personne.**

Ainsi, l'impératif de continuité du service public ne saurait constituer une limite justifiant l'interdiction d'exercice du droit de retrait des agents de la FPH ainsi que du personnel médical, lesquels sont tout autant susceptibles d'être contaminés et, dans un tel cas, de devenir vecteurs de la diffusion du virus sur le territoire national.

\*\*\*