MINISTÈRE
DES SOLIDARITÉS
ET DE LA SANTÉ

Liberté
Égalité
Fraternité

LE DROIT DE RETRAIT APPLIQUÉ AU COVID-19

GÉNÉRALITÉ SUR LE DROIT DE RETRAIT

Le droit de retrait appliqué est régi par les dispositions des articles L. 4131-1 et L. 4151-1 du Code du travail liant étroitement la notion de « danger grave et imminent »[1].

Pour être admis, le droit de retrait est donc soumis à deux conditions cumulatives : la présence d'un grave danger et le caractère imminent de la survenance de ce danger.

Par danger grave, il faut entendre « un danger susceptible de produire un accident ou une maladie entraînant la mort ou paraissant devoir entraîner une incapacité permanente ou temporaire prolongée ». La dernière circulaire relative au droit de retrait du 12 octobre 2012[2] précise 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 ».

Par imminence, il faut entendre un danger susceptible de se réaliser brutalement et dans un délai rapproché. Le danger doit impliquer un risque évident et majeur pour le salarié qui ne laisse aucune autre option à l'agent que de se retirer de son poste de travail. Un travail dangereux ne peut à lui seul justifier de l'exercice de ce droit. De la même manière, la mise à disposition de moyens de protection individuelle adaptés, dans un environnement de travail dangereux, doit être prise en compte comme de nature à limiter le recours à ce droit[3]. Cependant le salarié conserve une latitude d'appréciation et un certain droit à l'erreur, sous réserve qu'elle soit « raisonnable ».

Le juge apprécie *in concreto* chaque situation. Il peut notamment tenir compte de l'âge du salarié, de son état de santé, de sa qualification ou encore de son expérience professionnelle[4].

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 (www.gouvernement.fr/info-coronavirus).

1. L'article L. 4111-1 prévoit l'application de ces dispositions pour la FPH.
2. Circulaire n° NOR INTB12098000C relative à l'application des dispositions du décret n° 85-603 du 10 juin 1985 modifié relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale.
3. C'est ainsi que la juridiction administrative a estimé que l'admission, dans un établissement hospitalier, des malades porteurs du virus HIV ou de celui de l'hépatite virale B ne présente pas, par elle-même, le caractère d'un danger grave et imminent au sens des dispositions précitées de l'article L. 4131-1 du Code du travail, 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 (Hadjab et autres c./ Administration générale de l'Assistance publique de Paris, TA de Versailles, 2 juin 1994, Rec. CE, p. 1193).
4. Cass. Soc., 17 oct. 1989, n° 86-43.272 ; Cass. Soc., 9 mai 2000, no 97-44.234, Bull. Civ. V, no 175, p. 135 ; Cass. Soc., 23 avr. 2003, n° 00-44.806.

L'APPLICATION DU DROIT DE RETRAIT POUR LES PERSONNELS EXERÇANT DANS LES ÉTABLISSEMENTS MENTIONNÉS À L'ARTICLE 2 DE LA LOI N° 86-33 DU 9 JANVIER 1986

Ce droit concerne les agents de la FPH[5] ainsi que le personnel médical. Les dispositions du Code du travail s'appliquent aux établissements de santé et médico-sociaux publics et privés. L'application de ces dispositions est prévue par l'article L. 4111-1 du Code du travail.

Le droit de retrait est borné en établissement par :

- L'article L. 4132-1 du Code du travail qui précise ainsi explicitement que le droit de retrait doit être exercé de telle manière à ce « qu'il ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de risque grave et imminent ». En application de l'article L. 4131-1 du Code du travail, le salarié doit par ailleurs signaler la situation à sa hiérarchie ;
- Et dès lors que **la continuité du service public** est engagée. La mise en œuvre du droit de retrait d'un poste de travail se doit également de ne pas faire obstacle à l'obligation de continuité du service public[6].

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 : une jurisprudence de 1994 du tribunal administratif de Versailles prévoit 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 »[7].

Pour le personnel médical, l'impératif de continuité du service public hospitalier est précisé par l'article 48 du Code de déontologie médicale[8] qui dispose que « le médecin ne peut pas abandonner ses malades en cas de danger public, sauf sur ordre formel donné par une autorité qualifiée, conformément à la loi ». Cet impératif vient également réduire l'applicabilité du droit de retrait.

Cette même obligation existe de manière identique pour les chirurgiens-dentistes[9], sages-femmes[10] ainsi que pour les masseurs-kinésithérapeutes[11].

Plus largement, la plupart des codes de déontologie restreignent la possibilité de refuser des soins. D'une part, la continuité des soins doit être assurée. D'autre part, il ne peut y avoir de refus de soins en cas d'urgence ou cas de manquement au « devoir d'humanité »[12]. Au surplus, ces professionnels doivent les orienter vers un autre professionnel de santé[13].

5. Les articles L. 4111-1 à L. 4111-3 du Code du travail soumettent les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986 aux dispositions du Code du travail relatif à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail (dispositions relatives à la prévention, droit d'alerte et de retrait, etc.).
6. Circulaire n° 5564 du 6 juin 1983 relative à l'application de certaines dispositions de la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux CHSCT, BO n°83/26, texte n° 1146.
7. Hadjab et autre C/ Administration générale de l'Assistance publique, TA de Versailles, 2 juin 1994.
8. Article R. 4127-48 du Code de la santé publique.
9. Article R. 4127-212 du Code de la santé publique.
10. Article R. 4127-329 du Code de la santé publique.
11. Article R. 4321-93 du Code de la santé publique
12. Article R. 4127-47 pour les médecins ; article R. 4127-232 pour les chirurgiens-dentistes ; article R. 4127-328 pour les sages-femmes ; article R. 4312-12 pour les infirmiers. L'obligation est moins restrictive pour les pédicures-podologues (article R. 4322-54) : « Dans le respect de ses obligations légales d'assistance et hors dans les cas d'urgence, le pédicure-podologue peut refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. Il doit alors avertir le patient, s'assurer de la continuité des soins et fournir à cet effet tous renseignements utiles pour la poursuite de ceux-ci. »
13. L'obligation est même plus restrictive pour les infirmiers : s'il se trouve dans l'obligation d'interrompre ou décide de ne pas effectuer des soins, il doit sous réserve de ne pas nuire au patient, lui en expliquer les raisons, l'orienter vers un confrère ou une structure adaptée et transmettre les informations utiles à la poursuite des soins.

L'APPLICATION DU DROIT DE RETRAIT POUR LES PRESTATAIRES PRIVÉS

Le droit de retrait s'applique également aux prestataires privés selon le droit commun.

Les agents des prestataires relèvent du pouvoir hiérarchique de leur employeur auprès duquel ils doivent exercer leur droit de retrait. Il existe toutefois une interaction entre ces trois intervenants (employeur salarié, prestataire et structure d'accueil) ; la structure d'accueil étant également chargée de mettre en place les mesures nécessaires en matière de sécurité.

L'application du droit de retrait aux prestataires ne saurait faire l'objet d'une intervention directe de l'établissement. Le chef d'établissement ne peut prendre de décision à l'égard des salariés avec lesquels il n'est pas directement lié. Les salariés du prestataire devront ainsi signaler la situation à leur hiérarchie, qui n'est pas l'établissement, et solliciter le cas échéant leur représentants, distincts de ceux de l'établissement.

La relation contractuelle entre l'établissement et le prestataire prévoit uniquement les pénalités prévues par convention en cas d'inexécution du contrat.

Toutefois, les établissement doivent informer les prestataires assurant des missions dans leurs services des mesures en vigueur en leur sein. Les prestataires, devront en leur qualité d'employeur, relayer les informations à leurs salariés placés sous leur responsabilité.

LA PROCÉDURE DU DROIT DE RETRAIT POUR LA FONCTION PUBLIQUE HOSPITALIÈRE

Conformément à l'article L. 4131-1 du Code du travail, le travailleur doit alerter immédiatement son 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.

Droit de retrait et procédure de danger grave et imminent (DGI) en lien avec les représentants du personnel

Le Code du travail articule l'activation du droit de retrait avec les dispositions relatives au danger grave et imminent[14]. Il en découle pour les représentants du personnel (CHSCT) un pouvoir d'interpellation vis-à-vis de l'employeur.

1. Le représentant du CHSCT doit consigner le DGI par écrit sur le registre de consignation des dangers graves et imminents. Il doit y préciser la nature du danger, sa cause et le nom du ou des salariés exposés.

2. L'employeur ou son représentant est alors tenu de procéder sur-le-champ à une enquête avec le représentant du CHSCT qui a consigné le danger. L'employeur doit prendre les dispositions nécessaires pour remédier au danger.

3. En cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le CHSCT est réuni d'urgence dans un délai ne pouvant excéder 24 heures. Dans ce cas, l'employeur doit informer immédiatement l'inspecteur du travail et l'agent du service prévention de la caisse régionale d'assurance maladie, qui peuvent assister à la séance du CHSCT.

4. À défaut d'accord entre l'employeur et la majorité du CHSCT sur les mesures à prendre et leurs conditions d'exécution, l'inspecteur du travail est immédiatement saisi par l'employeur.

Appréciation du droit de retrait par l'employeur

L'appréciation des éléments pouvant faire penser que le maintien dans le poste de travail présente un danger grave et imminent relève, le cas échéant, du juge qui vérifie le caractère raisonnable du motif.

- **Lorsque le droit de retrait est utilisé légitimement**, 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. L'employeur ne peut amputer la rémunération correspondant au temps de retrait du poste de travail et aucune sanction ne peut être appliquée.
- **À l'inverse, dès lors que le retrait est jugé injustifié**, l'employeur peut opérer une retenue sur salaire. Si, après enquête, l'employeur arrive à établir que le danger n'est pas avéré, le salarié est tenu de reprendre immédiatement son travail, sous peine d'être sanctionné (abandon de poste injustifiée). Le juge administratif sanctionne le recours excessif au droit de retrait dès lors que l'appréciation de l'agent apparaît illégitime et manifestement erronée[15].

14. Le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, 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.
15. Dans un arrêt du 22 mai 2009, la Cour d'appel de Bourges a pu confirmer l'avertissement reçu par deux infirmières employées d'un centre psychothérapeutique, qui invoquant leur droit de retrait, avaient refusé d'assurer le transfert d'un détenu hospitalisé en unité d'hospitalisation protégée vers un autre bâtiment du site.

Reprise de l'activité de l'agent

Les dispositions de l'article 5-6 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982, relatives au droit de retrait des agents de la fonction publique en cas de danger grave et imminent pour leur vie ou leur santé, ne subordonnent pas la reprise de son service par un agent ayant exercé son droit de retrait à une information préalablement délivrée par l'administration sur les mesures prises pour faire cesser la situation ayant motivé l'exercice de ce droit. Si ces dispositions prévoient que 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, le Conseil d'État a rappelé que **l'agent doit reprendre le travail dès que la situation de danger a cessé, sans avoir à attendre une notification de l'administration des mesures prises pour faire cesser le danger**[16].

16. CE, 2 juin 2010, ministre de l'Éducation nationale c/ Melle Stéphanie F, n° 320935

MINISTÈRE
DES SOLIDARITÉS
ET DE LA SANTÉ

Liberté
Égalité
Fraternité