

Le système de protection du travailleur en situation de danger grave et imminent

Primauté de la liberté d'entreprendre sur le droit à la santé ?

Par Alain LEDUC et Paul MASSAMBA-DÉBAT, Anciens inspecteurs et anciens directeurs adjoints du travail

PLAN

Première partie : les caractéristiques du système de protection du travailleur en situation de danger grave et imminent

I. Les enjeux de la protection du travailleur en situation de danger grave et imminent

- A. L'obligation de sécurité s'imposant à l'employeur
- B. Les atteintes à l'intégrité physique et morale du salarié : *une réalité constante*

II. Les notions essentielles du système de protection des travailleurs en situation de danger grave et imminent

- A. Les notions de risque, danger, danger grave et imminent, risque grave
- B. L'exercice du droit de retrait et le contrat de travail

Deuxième partie : l'efficacité du système de protection du travailleur en situation de danger grave et imminent

I. La mise en œuvre de la protection à l'initiative des travailleurs

- A. Le droit de retrait du salarié
- B. Le droit d'alerte

II. La mise en œuvre de la protection du travailleur à l'initiative de l'administration (183)

- A. La plénitude du pouvoir de protection reconnu à l'administration
- B. La mise en œuvre par le recours au juge judiciaire de l'urgence : le référé judiciaire

Le 21 octobre 2019, sur la station de radio « France Inter », Muriel Penicaud, ministre du Travail, qualifie de « grève illégale » le mouvement des cheminots déclenché à la suite d'une collision, intervenue quelques jours plus tôt, le 16 octobre, entre un train et un camion. Ces salariés invoquaient leur « droit de retrait », l'un de leurs collègues, comme le prévoit l'organisation du travail dans l'entreprise (1), s'étant retrouvé seul agent dans le train à prendre en charge la gestion immédiate du sinistre en l'absence d'un autre cheminot.

S'en est suivie une polémique, relayée et accompagnée par les médias, qui s'est focalisée sur l'interprétation donnée par la ministre de l'article L. 4131-1 du Code du travail qui fonde le droit

de retrait (2). Le Premier ministre a dénoncé un détournement de ce droit de retrait par les agents SNCF, perturbant la circulation au premier jour des vacances scolaires (3).

Le 5 novembre 2019 au soir, dans la banlieue nantaise, un conducteur de tramway est agressé et blessé par trois individus. Le lendemain, le personnel du dépôt local ne reprend pas le travail et des conducteurs font valoir leur droit de retrait.

Dans la nuit du 25 au 26 septembre 2019, un incendie se développe dans une usine de produits chimiques de la société Lubrizol (4), implantée sur Rouen et sa périphérie. L'incendie génère la dispersion de produits chimiques dans l'environnement,

(1) Un TER qui reliait Charleville-Mézières à Reims a percuté un convoi routier exceptionnel coincé sur un passage à niveau à Saint-Pierre-sur-Vence (Ardennes), faisant 11 blessés dont le conducteur. Après la collision, les systèmes d'alerte ayant été endommagés, le conducteur, seul agent SNCF à bord, est descendu sur les voies pour sécuriser le site et prendre en charge les passagers. Les syndicats ont vivement dénoncé le mode d'exploitation « équipement agent seul », qui permet de faire circuler des trains sans contrôleur, évoquant des risques de sécurité.

(2) Art. L.4131-1, al. 1 et 2, C. trav. : « *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 (...) ».

(3) Déclarations du Premier ministre, Édouard Philippe, à l'occasion de sa visite du Centre national des opérations ferroviaires à Paris, le 19 oct. 2019 : « *Le droit de retrait est un droit syndical que je respecte complètement, mais qui n'est pas mis en œuvre et qui s'est transformé en une grève sauvage* » [...] « *J'ai demandé à la SNCF d'examiner toutes les suites qui pouvaient être données, et notamment judiciaires* » (<https://www.lemonde.fr>, 21 oct. 2019).

(4) Cette usine, classée Seveso 2 seuil haut, synthétise et stocke des produits chimiques (phosphorés et organosulfurés), destinés à être utilisés comme additifs pour lubrifiants.

touchant à la fois les travailleurs et la population (5). Cet accident industriel impose une série de mesures de protection (6). Les écoles sont fermées le temps des opérations de contrôle ou de nettoyage, mais, lors de la réouverture des établissements autorisée par le rectorat, des enseignants exercent leur droit de retrait, considérant que les mesures de précaution prises par les autorités ne sont pas suffisantes.

Fin janvier 2020, le risque de la maladie à coronavirus 2019 (Covid-19) est identifié en France. À compter du 17 mars, la population est confinée à domicile sauf pour des motifs autorisés, afin de stopper la diffusion du virus. Dans ce contexte, la possibilité d'user du droit de retrait se pose pour les salariés en entreprise, exposés au risque de contamination (7). À cet égard, la position du ministère du Travail a pu paraître ambiguë.

Cette brûlante actualité est venue rappeler l'enjeu que représente l'exercice du droit de retrait et la problématique de la protection des travailleurs face à un danger grave, *a fortiori* lorsque celui-ci est imminent.

L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, intégré à celle du 4 octobre 1958, dispose que la société « *garantit à tous, (...) la protection de la santé* ». Le droit à la santé constitue, en conséquence, une liberté fondamentale dont le citoyen au travail ne saurait être privé, d'autant que « *l'univers contractuel ne connaît (...) que les concepts de créancier et de débiteur, de prestation et d'inexécution, et les personnes elles-mêmes n'y apparaissent que le fugitif instant de l'échange des consentements* » (8).

Prévus par les articles 13 et 19 de la Convention OIT n°155 du 22 juin 1981 sur la sécurité et la santé des travailleurs (9), le droit de retrait et le droit d'alerte au bénéfice du salarié, qui sont étroitement associés, ont été introduits en droit interne par les articles 2 et 3 de l'emblématique loi *Auroux* n° 82-1097

du 23 décembre 1982 relative au CHSCT. Ils sont actuellement codifiés aux articles L.4131-1 et suivants du Code du travail (10). Le droit d'alerte appartient aussi au comité social et économique (auparavant au CHSCT) en application des articles L.4131-2, L.4132-2 à -4 et L.4133-1 à -4 du même Code (11).

La directive-cadre CEE n°89-391 du 12 juin 1989 (12) oblige l'employeur à procéder à une évaluation des risques pour la sécurité et la santé des travailleurs (art. 9.1) et à souscrire à des initiatives précises en cas de danger grave et immédiat (art. 8.b).

Le dispositif réserve, en outre, une place particulière à l'administration. En effet, la loi n°91-1414 du 31 décembre 1991 (13), issue de la directive précitée 89/391/CEE, a créé l'article L.231-12 du Code du travail (art. 11) relatif, dans sa version originelle, à la situation de danger grave et imminent pour le salarié sur les chantiers du BTP, devenu, au terme de plusieurs lois successives complémentaires, l'actuel article L.4731-1 du Code du travail. Sur ce fondement, les agents de contrôle de l'inspection du travail peuvent, dans certaines circonstances et sous certaines conditions, décider de demander à l'employeur de prendre toutes les mesures utiles et, le cas échéant, de soustraire immédiatement le salarié ou le stagiaire à une situation de danger grave et imminent. Ces pouvoirs viennent compléter les dispositions prévues aux articles L.4132-3 et L.4132-4 du Code du travail (14) qui placent l'agent de contrôle comme « recours » en cas de divergence entre l'employeur et les élus du personnel au CSE sur les mesures à prendre et leurs conditions d'exécution.

Ainsi, la protection du travailleur, en situation de danger grave et imminent, dont relève l'exercice du droit de retrait, constitue un système.

(5) Salariés travaillant sur le site ou les entreprises et collectivités publiques prises dans le panache de pollution, chauffeurs de bus passant dans le nuage toxique pour assurer la continuité des transports, enseignants et élèves des établissements scolaires implantés aux alentours, employés de la zone commerciale proche.

(6) Confinement, fermetures d'écoles, entreprises mises en « activité partielle », suspension de certaines activités agricoles, ...

(7) Les salariés du Louvre, ceux de plusieurs établissements Amazon ou encore de deux sites de General Electric, à Belfort et Bourgne (90), etc.

(8) Alain Supiot, Critique du droit du travail, 17^{ème} éd., PUF, 2011, p. 51.

(9) Art. 13 de la convention n°155 de l'OIT : « *Un travailleur qui s'est retiré d'une situation de travail dont il avait un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un péril imminent et grave pour sa vie ou sa santé devra être protégé contre des conséquences injustifiées, conformément aux conditions et à la pratique nationales* ».

(10) Pour les fonctionnaires, ce droit est organisé par le Décret n°82-453 du 28 mai 1982 modifié, art. 5.6 (agents de la fonction publique d'État) et par le décret n°2000-542 du 16 juin 2000, art. 5.1 (agents de la fonction publique territoriale).

(11) Cette étude traite exclusivement du droit d'alerte en cas de danger grave et imminent (art. L.2312-60 et L.4131-1 et suiv., C. trav.) et du droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement (art. L.2312-60 et L.4133-1 et -2, C. trav.). Ne seront pas ici évoqués les autres droits d'alerte dont disposent les membres du CSE : le droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes (art. L.2312-59, C. trav.), le droit d'alerte économique (art. L.2312-63, C. trav.) et le droit d'alerte social (art. L.2312-70 et -71, C. trav.).

(12) Directive relative à la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.

(13) Loi n°91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le Code du travail et le Code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail.

(14) Ces dispositions ont également comme origine la loi précitée n°82-1097 du 23 déc. 1982 (art. 5).

Cependant, le travailleur se trouve dans un lien de subordination qui résulte de la liberté d'entreprendre (15). Dès lors, ce système fondé sur le droit à la santé renvoie à une articulation complexe entre deux libertés fondamentales. Offre-t-il un réel équilibre entre ces libertés ?

Pour essayer de comprendre cette articulation aujourd'hui, et en apprécier les logiques, il paraît utile de rappeler les caractéristiques de ce système (première partie) et d'en mesurer l'efficacité à travers ses modalités de mise en œuvre et ses limites (deuxième partie).

Première partie : les caractéristiques du système de protection du travailleur en situation de danger grave et imminent

Pour mieux appréhender le système de protection des travailleurs en situation de danger grave et imminent, il convient d'abord d'en lister succinctement les enjeux les plus significatifs (I) et de

rappeler une série de notions qu'il convoque systématiquement (danger, risque, imminence, etc.), pour saisir plus directement sa spécificité (II).

I. Les enjeux de la protection du travailleur en situation de danger grave et imminent

Le système de protection des travailleurs repose, en premier, sur le respect de prescriptions légales et réglementaires particulières édictées par le Code du travail concernant les équipements de travail, les travaux dangereux, les activités et expositions à risques, la conception et l'utilisation des locaux de travail, le respect des droits fondamentaux, etc. Cette conformité est essentielle, même impérative, mais pas suffisante. Le système de protection va au-delà. Pèsent également sur l'employeur l'obligation générale de prévention et la mise en œuvre effective des principes de prévention, qui imposent d'aller plus loin pour assurer la sécurité, protéger la santé, prévenir les risques, informer, former les salariés et améliorer concrètement les conditions de travail (art. L. 4121-1 et -2 du Code du travail (16)). Sont visés, sans hiérarchisation, aussi bien les risques physiques,

environnementaux notamment biologiques, que ceux affectant ou pouvant altérer la santé mentale des salariés (17), tant d'un point de vue individuel (incidences sur la personne) que collectif (organisation du travail (18), relations sociales et facteurs ambiants (19), méthodes de gestion (20) ou d'évaluation des compétences (21), durée et aménagement du temps de travail (22)... (23).

Complétant ces dispositions, le système appréhende les situations d'urgence, en particulier les situations de « *danger grave et imminent* », en y conférant un rôle actif aux salariés eux-mêmes et à leurs représentants, avec le droit de retrait et d'alerte prévu aux articles L. 4131-1 et suivants du Code du travail, « *accessoire indissociable et nécessaire de l'obligation de sécurité* » (24).

(15) La liberté d'entreprendre n'est pas explicitement retenue par la Constitution, elle a été consacrée par le juge constitutionnel, en 1982, comme principe de valeur constitutionnelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (Cons. const. n° 81-132 DC, 16 janv. 1982, *loi de nationalisation*). Elle est régulièrement sollicitée pour justifier la constitutionnalité des dispositions législatives flexibilisant les conditions d'emploi, de travail, de licenciement ou de négociation collective et, inversement, pour contester celles estimées porteuses de contraintes excessives en ces domaines à l'égard des employeurs (Véronique Champeil-Desplats, « De quelques usages récents de la liberté d'entreprendre », RDT, oct. 2018, p. 666), et souvent rappelée (Cons. const. n° 92-316 DC du 20 janv. 1993 ; Cons. const. n° 2018-729 DC du 7 sept. 2018 QPC ; Cons. const. n° 2018-773 DC du 20 déc. 2018).

(16) Cass. Soc. 29 juin 2005, n° 03-44.412 ; Cass. Soc., 17 oct. 2018, n° 17-17985.

(17) Cass. Soc. 10 févr. 2016, n° 14-26.909 : « *Mais attendu, (...) que la santé mentale est une composante de la santé, (...)* ».

(18) Cass. Soc. 5 mars 2008, n° 06-45.888, *Sté Snecma*. Dans cette affaire les juges du fond ont ordonné la suspension de la mise en place d'une nouvelle organisation au sein de l'entreprise,

au motif qu'elle était de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs concernés.

(19) Cass. Soc. 6 déc. 2017, n° 16-10.889.

(20) Cass. Soc. 10 nov. 2009, n° 07-45.321.

(21) Cass. Soc. 27 mars 2013, n° 11 26.539.

(22) Cass. Soc. 28 juin 2011, n° 09-71.107

(23) À titre d'illustration, aux termes des art. L. 1152-4 et -5, C. trav., l'employeur doit prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral, il peut sanctionner disciplinairement tout agissement constitutif du délit de harcèlement moral, tandis que les articles L. 4121-1 et -2 lui imposent de prendre les mesures propres à l'éviter, autrement dit il s'agit d'anticiper le risque. Hervé Gosselin, ancien Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation : « *L'obligation légale de prévention a vocation à être mise en œuvre à un stade où les agissements ne peuvent pas encore être caractérisés de harcèlement moral* », Semaine Sociale Lamy, 17 oct. 2016, n° 1740, p. 12.

(24) « Les grands principes du droit du travail », chap. 5 « Santé et sécurité au travail », art. 40, p. 109. Ouvrage du Comité présidé par Robert Badinter, Éd. Dalloz, 2017.

Le salarié qui invoque le droit à son intégrité physique ou psychique peut notamment user de ce droit de retrait et/ou d'alerte. Renforçant sa spécificité, c'est aussi la consécration d'un droit subjectif lié à la liberté d'action dont le salarié peut ici se prévaloir. Régulièrement exercé, la Cour de cassation rattache le droit de retrait aux droits fondamentaux de la personne (25).

L'existence d'un danger grave et imminent pour lequel la loi consacre un droit de retrait et d'alerte au profit des salariés est en principe un révélateur de situations de travail dégradées faisant courir à autrui un risque pour la santé ou la sécurité, en même temps qu'une invitation pressante pour le chef d'entreprise à décider des mesures adaptées qu'il aurait normalement dû déjà prendre en vertu de son obligation de sécurité. Cette obligation légale s'impose à l'employeur (A) au nom d'une politique de prévention active, d'autant plus que les atteintes à l'intégrité physique et morale des salariés constituent une réalité constante (B).

A. L'obligation de sécurité s'imposant à l'employeur

La promulgation des principes généraux de prévention par la loi n°91-1414 du 31 décembre 1991, définissant une série d'obligations à la charge de l'employeur (actuellement codifiées aux articles L.4121-1 et suivants du Code du travail), a posé les bases légales de l'obligation de prévention qui convoque à la fois des mesures spécifiques (art. L.4121-1 du Code du travail) et une méthode dans la mise en œuvre des principes de prévention (art. L.4121-2) (26).

De création prétorienne, l'obligation de sécurité à la charge de l'employeur, devenue de résultat en 2002 (27), a, dans un premier temps, trouvé sa justi-

fication dans le contrat de travail, le manquement à cette obligation contractuelle étant constitutif de la faute inexcusable : « en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés dans l'entreprise ; le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L.452-1 du Code de la Sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » (28).

Elle a ensuite trouvé un fondement légal tiré des articles L.4121-1 et suivants du Code du travail : « L'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs (29) ; qu'il lui est interdit, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés » (30). En outre, l'employeur « doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés » et « (...) n'est pas exonéré de la responsabilité en résultant par l'absence de faute de sa part ou de celle de ses subordonnés... » (31).

L'obligation de sécurité de résultat ne vise pas uniquement la sécurité physique des salariés, mais englobe aussi la santé mentale et, *de facto*, concerne la prévention du harcèlement moral (32). Il a ainsi été jugé que l'employeur manquait à cette obligation « lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures pour faire cesser ces agissements » (33).

(25) Cass. Soc. 28 janv. 2009, n°07-44.556, *Wolff c/ Sté Sovab*. La Chambre sociale de la Cour de cassation a annulé le licenciement d'un salarié qui avait régulièrement exercé son droit de retrait en se fondant, en l'absence de disposition légale expresse, sur l'obligation de sécurité de résultat dont l'employeur doit assurer l'effectivité. Jusque-là, le licenciement consécutif à de tels faits était jugé sans cause réelle et sérieuse. Depuis cet arrêt, si le salarié le souhaite, il peut exiger sa réintégration, sauf en cas de « prise d'acte » de la rupture du contrat (v. *infra*, 1^{ère} partie, II-B-3).

(26) « Clinique du travail et évolution du droit », ouvrage dirigé par Nicolas Chaignot Delage et Christophe Dejours, Chapitre II : « Pratique du juge et interprétation des normes : regard historique et contemporain sur la construction du droit de la santé au travail », Pierre-Yves Verkind, pp. 79-82.

(27) L'obligation de sécurité a été qualifiée d'obligation de sécurité de résultat par la Cour de cassation dans le cadre de contentieux « amiante » en 2002.

(28) Cass. Soc. 28 fév. 2002, n°s 00-11.793, 00-10.051, 99-21.255, 99-17.201, 99-17.221, 99-18.389, 99-18.390.

(29) On rappellera que le salarié qui méconnaît ses obligations en matière de sécurité peut encourir une sanction disciplinaire (Cass. Soc. 28 fév. 2002, n° 00-41.220).

(30) Cass. Soc. 5 mars 2008, n° 06-45.888, *Snecma, op. cit.* ; Cass. Soc. 16 juin 2009, n° 08-41.519.

(31) Cass. Soc. 30 janv. 2019, n° 17-28.905 : cet arrêt rappelle avec force que les employeurs doivent veiller à ce que leurs managers et autres supérieurs hiérarchiques qu'ils emploient doivent, au titre de leur propre obligation de sécurité, prendre soin, non seulement de leur propre santé et de leur sécurité, mais aussi de celles de leurs collègues.

(32) Cass. soc. 21 juin 2006, n°05-43.914 ; Cass. soc. 21 févr. 2007, n°05-41.741.

(33) Cass. Soc. 11 mars 2015, n°13-18.603 (agissements constitutifs de harcèlement moral et sexuel contre une salariée par son chef d'équipe, même si l'employeur a pris les mesures pour mettre fin aux agissements de l'auteur en le licenciant.). Autres jurisprudences considérant que le manquement est caractérisé, même lorsque l'employeur a pris des mesures pour faire cesser les agissements d'un salarié coupable de violences physiques ou morales : Cass. Soc., 23 janv. 2013, n°11-18.855 ; Cass. Soc. 30 oct. 2013, n°12-15.133 ; Cass. Soc. 15 janv. 2015, n°13-17.374.

En 2015, par un arrêt de principe du 25 novembre 2015 (34), la Cour de cassation a considéré que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail.

Puis en 2017, avec les importants arrêts du 6 décembre 2017 (35) en matière de souffrance au travail et dégradation des conditions de travail, elle consacre « l'obligation de prévention des risques professionnels » (36). L'obligation de prévention des risques professionnels permet de contrôler la mise en œuvre effective des mesures de prévention, alors que, sous l'empire de la jurisprudence antérieure à 2015, une prévention insuffisante était déduite de la réalisation d'un risque, seule la force majeure permettant d'exonérer l'employeur (37). Désormais, l'employeur est admis à se prévaloir de ses efforts réalisés en matière de prévention des risques.

Pour autant, cette position n'a pas pour effet d'infléchir les obligations à la charge de l'employeur en matière de protection de la santé au travail. Le chef d'établissement ne doit pas se limiter à mettre en place des « moyens », il doit prendre toutes les mesures nécessaires prévues par les articles L.4121-1 et -2 du Code du travail. Ce principe fort concerne, par exemple, un employeur qui n'assure pas la surveillance médicale préalable à l'exposition à des agents CMR (38), qui viole des dispositions législatives de santé publique relatives à la lutte contre le tabagisme, peu importe l'existence ou non d'un préjudice (39), qui ne réagit pas aux plaintes des salariés sur la dégradation des conditions de travail (40), qui n'initie pas

les mesures de prévention et de sécurité nécessaires à la protection de la santé mentale (41) ou qui ne prend aucune décision pour éviter le renouvellement d'incidents ayant eu des répercussions sur la santé d'un salarié (42). Autant de situations où la responsabilité de l'employeur peut être engagée, qu'un risque soit réalisé ou non, dès que les mesures de prévention sont insuffisantes au regard du travail accompli par le ou les salariés concernés (43).

Autrement dit, l'obligation de sécurité est double, elle consacre l'impératif de prévention, sans abandonner l'impératif de garantie de la sécurité (44). Elle s'impose quelle que soit l'origine du risque, qu'il soit né dans le cadre de la production au sein même de l'entreprise ou résulte d'une situation extérieure environnementale ou de santé publique. Aussi, en cas de pandémie, le fait de se conformer aux préconisations gouvernementales de prévention de la santé des citoyens n'exonère pas l'employeur de se conformer à son obligation de sécurité et de prendre toutes les mesures prévues par les articles L.4121-1 et L.4121-2 du Code du travail. Si elles peuvent, dans une telle circonstance, être complémentaires de ces mesures dans le cadre de l'organisation de la production dans l'entreprise, ces préconisations ne sauraient simplement s'y substituer, d'autant qu'elles ne relèvent pas du même régime juridique (45).

On rappellera qu'à la différence de celle de l'employeur, l'obligation de sécurité du salarié est une obligation de moyens (art. L.4122-1 du Code du travail) : obligation de prudence et de diligence, respect des consignes et instructions données par l'employeur, ainsi qu'obligation d'alerte de toute situation dont le salarié peut penser qu'elle présente un danger grave et imminent.

(34) Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, *Air France*.

(35) Cass. Soc. 6 déc. 2017, n° 16-10.885 à 16-10.891.

(36) Stéphane Brissy, « De l'obligation de prévention des risques professionnels à l'interdiction du harcèlement moral », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, n° 19-2018, pp. 76 et s.

(37) Cass. Soc. 4 avr. 2012, n° 11-10.570.

(38) Cass. Soc. 18 déc. 2007, n° 06-43.801, à propos du refus d'une préparatrice en pharmacie d'effectuer une tâche l'exposant à un agent CMR (cancérogènes, mutagènes et reprotoxiques) : « ne constitue pas une faute le refus du salarié d'effectuer une tâche à l'accomplissement de la laquelle il ne peut être affecté, dès lors que l'employeur n'a pas exécuté les obligations mises à sa charge pour assurer la protection de la santé au travail », peu important le fait que la salariée n'ait ni revendiqué, ni exercé son droit de retrait. En application des articles R.4624-22 et s. du Code du travail, dans le cadre du suivi individuel renforcé de l'état de santé des salariés, notamment ceux occupant un poste de travail les exposant à des agents CMR, le médecin du travail effectue un examen médical d'aptitude avant l'affectation sur le poste.

(39) Cass. Soc. 6 oct. 2010, n° 09-65.103. Le salarié a le droit de désobéir aux instructions de l'employeur lorsque ce dernier ne prend pas les mesures pour protéger la santé de son subordonné. Le refus d'exécuter des tâches risquées n'est, dès lors, pas fautif. Cette carence peut même justifier la prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur.

(40) Cass. Soc. 29 juin 2017, n° 15-15.775.

(41) Cass. Soc. 5 juill. 2017, n° 15-23.572.

(42) Cass. Soc. 17 oct. 2018, n° 17-17.985.

(43) Pierre-Yves Verkindt, « Santé au travail : l'air de la maturité » *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2008, n° 239, p. 5 : « L'obligation est une obligation d'action (...). Il s'agit pour l'employeur de prévenir, de former, d'informer et de mettre en place une organisation et des moyens adaptés. Le résultat dont il est question dans la notion d'obligation de sécurité de résultat n'est pas l'absence d'atteinte à la santé physique et mentale, mais l'ensemble des mesures prises (effectivement !) par l'employeur dont la rationalité, la pertinence et l'adéquation pourront être analysées et appréciées par le juge ».

(44) Loïc Lerouge, « La santé mentale est une composante de la santé. Considérations juridiques sur les liens indissociables entre travail et santé mentale, sur l'intrication des obligations de sécurité et de prévention ». *Jurisprudence Sociale Lamy*, n° 411, 10 juin 2016.

(45) Ces préconisations relèvent des pouvoirs de police que l'exécutif tient de la théorie jurisprudentielle « circonstances exceptionnelles » (CE 28 juin 1918, rec. 651) et, pour ce qui concerne la pandémie covid-19, désormais de la loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020.

B. Les atteintes à l'intégrité physique et morale du salarié : une réalité constante

Une prévention qui assure une protection totale et infaillible des travailleurs est impossible, quelle que soit sa sophistication. La survenance d'une atteinte à l'intégrité physique et morale révèle objectivement, cependant, une défaillance de cette protection, hormis l'hypothèse exceptionnelle où le salarié a été, de manière grossière, à l'origine de l'atteinte. Celle-ci postule, en conséquence, de ce que cette prévention au regard de l'obligation de sécurité a été prise en défaut.

Si, dans l'ensemble, en observant les données de l'assurance maladie du régime général de Sécurité sociale (46), la sinistralité au travail paraît relativement en baisse ces vingt dernières années, la réalité n'est pas à la hauteur de la volonté affichée par les promoteurs d'un environnement normatif constamment renouvelé, qui a pourtant « ouvert la voie pour des réelles avancées » (47) : le contrat de travail reste « un lieu de violence, y compris légale » (48). En effet, pour les seuls accidents du travail, dans le secteur privé, le nombre des décès est resté, ces vingt dernières années, au-dessus de 500 victimes par an (49), l'accident du travail apparaît comme « un non-sujet de santé publique » (50). Sur une période récente, entre 2011 et 2017, le nombre d'accidents du travail est passé de 669.914 à 641.644, les accidents mortels de 552 à 542. Le nombre d'accidents de trajet (51) est passé de 97.508 à 92.741, les accidents de trajet mortels de 383 à 264. Le nombre de maladies professionnelles est passé de 46.292 (dont 336 décès) en 2011 et 48.522 (dont 144 décès) en 2017.

Cette réalité (52) a un coût social. En 2017, ce sont au total 1.142 décès en lien avec le travail qui sont dénombrés et 64.732 déclarations de nouvelles IP (incapacités permanentes) dont 21.189 à un taux égal ou supérieur à 10%. Elle a un coût économique correspondant à 58.098.722 journées de travail perdues. Elle est, de surcroît, fortement sous-estimée, car de nombreuses autres atteintes graves à l'intégrité physique et psychologique des travailleurs ne sont pas recensées, en raison des limites du système de collecte des données ou du retard de leur connaissance et, en particulier, de leur reconnaissance sur le plan juridique ; l'histoire, par exemple, des maladies professionnelles en atteste. Aujourd'hui, s'agissant de risques chimiques, la prévention de ceux liés aux nanomatériaux/nanoparticules s'avère balbutiante, alors que leurs champs d'application sont de plus en plus nombreux et que leur cadre normatif est insuffisant (53).

De même, la menace de risques environnementaux ou de santé publique, dont il serait, à l'aune du risque Covid-19, imprudent d'ignorer aujourd'hui la probabilité, peut, à l'avenir, difficilement relever du risque imprévisible ou d'un cas de force majeure et incite à appréhender la prévention de son impact comme une nouvelle exigence de la protection du travailleur (54). Dès lors, il nous semble que la prise en compte de cette probabilité est indispensable au titre de la prévention des risques professionnels évoquée précédemment, qui vise trois exigences générales et cumulatives : assurer la santé et la sécurité des salariés (art. L.4121-1 du Code du travail précité), mettre en œuvre les principes et actions de prévention (art. L.4121-2 précité) et procéder à l'évaluation des

(46) Rappelons que les chiffres de l'assurance-maladie ne rendent pas compte, ni des accidents du travail dans la fonction publique, ni de ceux qui surviennent aux travailleurs indépendants ou aux « ubérisés ». De même, recensés par grandes branches d'activité, ces chiffres ne renseignent pas, notamment, sur les statuts des salariés dont l'intégrité a été affectée, par exemple la proportion des intérimaires (environ 2.000.000 de travailleurs) dont il est admis qu'ils sont deux fois plus exposés aux risques que les autres salariés. De même, ils ne permettent pas d'appréhender la réalité de la sous-traitance dont les travailleurs ont, en très grande partie, un statut précaire et sont exposés à des conditions de travail plus contraignantes.

(47) Annie Thébaud-Mony, Philippe Davezies, Laurent Vogel et Serge Volkoff, « Le risque du travail. Pour ne pas perdre sa vie à la gagner », Éd. La Découverte, 2015.

(48) Paul Massamba-Débat, « La décision administrative appliquée aux Relations du Travail, à l'Emploi et à la Formation Professionnelle », Éd. Economica 2017, p. 2 : l'auteur rappelle que les licenciements économiques légalement mis en œuvre n'en constituent pas moins des épreuves psychologiques pour les travailleurs qu'ils visent, et les seuils d'exposition lorsqu'ils ont intégré les enjeux économiques constituent également une forme de violence légale. Au demeurant, s'agissant des perturbateurs endocriniens, André Cicolella (« Les perturbateurs endocriniens », Les Risques du Travail, La Découverte 2015, p.290) déclare que « les valeurs limites professionnelles sont faussement protectrices ».

(49) Pour le régime général, le travail occasionne plus de 1.000 décès par an : 1.142 en 2017 (Cnam-TS, étude 2018-175, sept. 2018, branche AT-MP du régime général).

(50) Véronique Daubas-Letourneux, École des Hautes études en Santé publique, propos rapportés dans Le Monde du 15 juill. 2019. Société-Conditions de travail. Aline Leclerc et Laura Motet, « Entre opacité des chiffres et indifférence des autorités, les morts au travail encore largement ignorés ».

(51) Les accidents de trajet sont très impactés par les conditions routières et la personnalité du travailleur au volant ; leur prévention dans l'entreprise peut, de ce fait, être plus difficile à organiser.

(52) Notons que, sur le fondement de l'art. R.8124-28 du Code du travail, les agents de contrôle de l'inspection du travail ont procédé, en 2017, à 10.850 enquêtes d'accidents du travail (dont 1.300 suite à des accidents graves), Rapport annuel, l'Inspection du travail en France en 2017, Éd. 2019, ministère du Travail.

(53) Le règlement dit « Reach » ne prend en compte que partiellement les nanoparticules.

(54) Ordonnance de référé, 14 avr. 2020, Tribunal judiciaire de Nanterre, RG 20/00.503, SUD c/ SAS France Amazon Logistique. D'une manière plus large, la pénurie de masques, gants et blouses dans les entreprises, en particulier dans les premières semaines de la pandémie Covid-19, en a apporté l'illustration.

risques (art. L.4121-3), dont les résultats sont transcrits dans le « document unique » (art. R.4121-1 à 4), outil mis à jour périodiquement en lien avec les repré-

sentants du personnel et tenu à la disposition des salariés. C'est une des leçons qui devrait être tirée de l'actualité.

II. Les notions essentielles du système de protection des travailleurs en situation de danger grave et imminent

De nombreuses difficultés apparaissent autour de notions, souvent confondues, comme le « risque » et le « danger », ou encore la juste appréciation du degré de « gravité » nécessaire ou la définition de l'« imminence » requise (A). D'autre part, l'exercice du droit de retrait, qui se traduit par une interruption du travail, interroge sur ses interactions avec le contrat de travail : s'agit-il d'une suspension du contrat, comment le distinguer de l'exercice normal du droit de grève, est-il nécessairement autonome de la prise d'acte (B) ?

A. Les notions de risque, danger, danger grave et imminent, risque grave

1. Risque et danger

Il n'y a pas de définitions précises des termes « danger » et « risque ». Souvent, ces termes sont associés, voire proposés comme synonymes, et utilisés indifféremment (55).

Le Code de travail vise la notion de risque à l'article L.4121-2, qui précise que l'employeur est tenu de « mettre en œuvre les mesures prévues à l'article L.4121-1 sur le fondement des principes généraux de prévention » : « 1° Éviter les risques ; 2° Évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ; 3°

Combattre les risques à la source ; (...); 6° Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux (...) ».

Il est pourtant utile de se référer à des définitions plus précises comme, par exemple, celles habituellement adoptées par les Carsat (56), l'INRS (57), les normes françaises, européennes ou étrangères (58) :

- le danger : « toute source potentielle de dommage, de préjudice ou d'effet nocif à l'égard d'une chose ou d'une personne dans certaines conditions dans le milieu de travail ». Le danger peut émaner d'une machine, d'une ambiance de travail, d'un processus de fabrication ... ;

- le risque : « la combinaison de la probabilité d'un dommage et de la gravité de ce dommage ». Autrement dit, le risque exprime l'éventualité ou la probabilité d'une maladie ou d'une blessure (par exemple le cancer du poumon associé au tabagisme).

Pour illustrer, le « danger » peut être l'électricité, le soudage, une échelle, un tracteur, la conduite d'un bus, le travail de nuit (59), le « forfait-jours » (60), alors que le « risque » sera, respectivement, l'électrocution, l'inhalation de fumée, la chute de hauteur, le renversement de l'engin agricole, l'accident de la route, l'agression, le temps de travail démesuré, le repos

(55) Le Petit Robert propose pour « danger » : « Ce qui menace ou compromet la sûreté, l'existence de quelqu'un ou de quelque chose ; situation qui en résulte : péril, menace, risque », et pour « risque » : « Danger éventuel plus ou moins prévisible ».

(56) Caisses d'assurance retraite et de la santé au travail.

(57) Définitions inspirées des normes ISO 12100, ISO 14121 et de la directive européenne 98/24/CE du 7 avr. 1998 concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques sur le lieu de travail : « Danger : propriété intrinsèque d'un agent chimique susceptible d'avoir un effet nuisible » (Art. 2. g) ; « Risque : la probabilité que le potentiel de nuisance soit atteint dans les conditions d'utilisation et/ou d'exposition » (Art. 2. h).

(58) La norme canadienne CSA Z1002 – Santé et sécurité au travail – Identification et élimination des phénomènes dangereux et appréciation et maîtrise du risque retient les définitions suivantes : « Un danger est toute source potentielle de dommage, de préjudice ou d'effet nocif à l'égard d'une chose ou d'une personne » ; « Un risque est la probabilité qu'une personne subisse un préjudice ou des effets nocifs pour sa santé en cas d'exposition à un danger ».

(59) Les conclusions de l'expertise pratiquée par l'Anses relative à l'« Évaluation des risques sanitaires liés au travail de nuit » confirment les risques pour la santé liés au travail de nuit du fait de perturbations des rythmes biologiques (désynchronisation entre les rythmes circadiens calés sur un horaire de jour et le

cycle activité-repos/veille-sommeil imposé par le travail de nuit). Elles mettent en évidence des risques avérés de troubles du sommeil à long terme, de troubles métaboliques et des risques probables cancérigènes, des troubles cardiovasculaires et des troubles psychiques chez les travailleurs concernés. (Cf. Avis de l'Anses. Rapport d'expertise collective. Éd. scientifique, juin 2016).

(60) Le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles (Cass. Soc. 7 juill. 2015, n°13-26.444). Or, le système des forfaits en jours occasionne des dérives importantes (horaires à rallonges, temps de repos non respectés, etc.) qu'attestent les très nombreux contentieux sur ce mode d'organisation du temps de travail depuis une dizaine d'années. Le Code du travail, reprenant les solutions jurisprudentielles, oblige les employeurs à prendre des mesures de prévention pour éviter les excès, organiser des entretiens périodiques avec le salarié et procéder à une évaluation régulière de la charge de travail, pour s'assurer, très concrètement, qu'elle est « raisonnable », compatible avec le respect des temps de repos quotidien, hebdomadaire et annuel (congrés payés) et prendre les mesures pour corriger les surcharges de travail afin de garantir la prise effective de ces différents repos (art. L.3121-60, C. trav. ; Cass. Soc. 25 janv. 2017, n°15-21.950). Les surcharges de travail peuvent avoir des conséquences néfastes sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée et fatales sur la santé des travailleurs concernés (fatigue, stress, dépression, difficulté à prendre du recul, ...), avec le risque de préjudice salarial, d'accident, d'épuisement, de suicide...

sacrifié, des perturbations des rythmes biologiques et de sommeil ... La source de danger est, selon les cas, l'énergie, ici électrique, le procédé de travail, le poste ou l'équipement de travail, l'organisation ou le rythme du travail, tandis que la gravité du dommage sera la blessure, la maladie, la paralysie, le cancer, le traumatisme psychologique, les troubles cognitifs, la dépression, le burn-out, la mort ...

Le danger et le risque n'ont, en outre, pas nécessairement la même temporalité. La jurisprudence exige que le risque soit actuel, alors que le danger peut avoir disparu (61).

2. Le danger grave et imminent qui fonde le droit de retrait

Le danger grave et imminent a une acception plus étroite, dont l'administration et la jurisprudence ont, au fil du temps, précisé les contours.

a. Le danger grave

Selon la circulaire ministérielle 93/15 du 25 mars 1993 (62), un danger grave est « *tout danger susceptible de produire un accident ou une maladie entraînant la mort ou paraissant devoir entraîner une incapacité permanente ou temporaire prolongée* » ; il peut être individuel ou collectif.

L'appréciation du danger grave est toujours faite au cas par cas. Ce danger peut être caractérisé par un accident du travail ou non. Il peut résulter, par exemple, de l'exposition à un produit chimique dangereux pour la santé, la présence de composés en amiante dans des locaux en mauvais état (63), le travail avec une machine non protégée, une inter-

vention en hauteur sans protections individuelles ou collectives, une contamination radioactive ou biologique, etc. La Cour de cassation a également retenu le cas de souffrance morale (64).

b. L'imminence

Selon la même circulaire, est imminent « *tout danger susceptible de se réaliser brusquement dans un délai rapproché* ». L'imminence imposerait donc, *a priori*, la probabilité d'une survenance dans un délai proche. Elle suppose que le danger n'est pas réalisé, mais qu'il se présente sous la forme d'une menace susceptible de se concrétiser dans un bref délai (65). La situation doit se caractériser par l'urgence à réagir, la question ne se pose donc plus pour le Covid-19. Une fois le danger passé, le salarié n'est plus légitime à exercer son droit de retrait (66).

Ceci étant, si l'imminence du danger semble aisée à démontrer face à un risque d'accident, elle l'est moins en cas de risque de maladie qui peut se révéler ultérieurement et à long terme (67). Pour autant, l'argument n'est pas décisif. C'est ainsi qu'il a été jugé que la présence d'amiante friable justifiait que le juge des référés puisse décider le retrait immédiat des salariés dans l'attente d'un désamiantage (68) ou que l'existence d'une situation de souffrance morale constatée par le médecin du travail pouvait constituer pour les travailleurs un motif raisonnable de penser que cette situation présentait un danger grave ou imminent pour leur vie ou leur santé (69).

Enfin, le danger ne doit pas être nécessairement extérieur à la personne du salarié, son état de santé pouvant être pris en compte. L'imminence du danger

(61) Cass. Soc. 7 mai 2014, n°13-13.561. Dans cette affaire, un CHSCT avait fait appel, en 2011, à un expert afin d'évaluer le risque auquel avaient été soumis, entre 2009 et 2010, les salariés employés sur un terrain ayant accueilli précédemment un établissement classé Seveso II. La Cour de cassation relève dans son arrêt que « *l'employeur n'avait jamais informé les salariés ou le CHSCT de l'existence des éléments polluants, et que les documents produits par l'employeur ne permettaient pas d'écarter tout risque pour la santé des salariés né de l'exposition aux produits dangereux. Dès lors, il y avait risque grave et actuel justifiant une mission d'expertise permettant de rechercher si les salariés avaient pu être exposés à un danger et, dans l'affirmative, quelles mesures ils devaient prendre pour l'avenir* ». Voir aussi sur le « risque grave », *infra*, 1^{ère} partie, II-A-3.

(62) Circulaire n°93/15 du 25 mars 1993 (II,1,1.4), relative à l'application de la loi n°82.1097 du 23 déc. 1982 (modifiée par la loi n°91.1414 du 31 déc. 1991) et du décret n°93.449 du 23 mars 1993. BO Trav. 1993, n°10, p. 99.

(63) Cass. Soc. 25 nov. 2015, n°14-16.033.

(64) Cass. Soc. 31 mai 2017, n°15-29.225.

(65) Cependant n'a pas été reconnu légitime, le droit de retrait exercé par plusieurs conducteurs de bus se sentant en situation d'insécurité à la suite d'agressions subies par le passé et, quelques jours auparavant, par un collègue sur une autre ligne que la leur : rien ne laissait augurer de la réalisation de ces incidents sur leur propre ligne (Cass. Soc. 23 avr. 2003, n°01-44.806 : « *qu'à l'exception de la sécurité du quartier de vieux*

port de Lucé, il n'y avait pas de motif raisonnable de penser qu'il existait un danger grave et imminent de nature à justifier l'exercice du droit de retrait sur les autres lignes du réseau »).

(66) Cass, Soc. 27 sept. 2017, n°16-22.224. En l'espèce, 103 salariés de la SNCF, contrôleurs ou chefs de bord, avaient exercé leur droit de retrait le 16 déc. 2014, suite à deux agressions survenues le jour-même. Les juges ont considéré que, le 17 déc. à 19h 00, les salariés n'avaient plus de motif raisonnable de penser qu'ils se trouvaient dans une situation de danger grave et imminent, dans la mesure où les agressions étaient terminées et que l'un des agresseurs avait été neutralisé. Si le risque potentiel d'agression existait toujours, celui-ci n'était plus imminent.

(67) C'est ainsi qu'une pandémie grippale ou une canicule ne justifie pas, en elle-même, le recours au droit de retrait, dès lors que l'entreprise a mis en œuvre l'ensemble des mesures pertinentes pour assurer la protection de la santé des travailleurs.

(68) Cass. Soc. 20 nov. 2013, n°12-14.658.

(69) Cass. Soc. 31 mai 2017, n°16-23.585. En l'espèce, il s'agissait de « *l'alourdissement de la charge de travail consécutif à des réductions d'effectifs et à l'ouverture de nouvelles agences, ainsi que les modifications profondes dans l'organisation du travail liées à la mise en place d'un nouveau système informatique [qui] avaient d'importantes répercussions sur l'état de santé des salariés, caractérisées par une augmentation sensible des absences au travail, des situations de stress et des syndromes dépressifs qui avaient vivement alerté le médecin du travail* ».

peut être retenue dès lors que le salarié a un état de santé manifestement incompatible avec son poste de travail (affectation sur un poste non conforme aux recommandations du médecin du travail) ou qu'un risque brusque et rapproché de dégradation de la santé du salarié existe, par exemple en cas de problèmes d'allergies en lien avec le poste (70).

c. Le risque grave qui conditionne le recours à un expert

L'article L. 2315-94 du Code du travail (71) dispose que « le comité social et économique peut faire appel à un expert habilité (72) lorsqu'un risque grave, identifié et actuel, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement ».

Le risque grave permettant de recourir à l'expertise s'entend d'un risque identifié et actuel (73), objectivement constaté au sein du service concerné et distinct des risques professionnels auxquels peuvent être confrontés les travailleurs de l'établissement, lesquels doivent être analysés par le CSE au titre des compétences dont il est investi.

La jurisprudence est venue préciser la notion. C'est ainsi que la Chambre sociale de la Cour de cassation considère que « le risque grave s'entend d'un événement dommageable dont la survenance est incertaine ; qu'il n'est pas nécessaire que la probabilité de sa survenance soit importante, mais seulement qu'elle existe ; qu'en décidant qu'il n'y avait pas lieu à désignation d'un expert au motif que la situation de trois services seulement est discutée, sur les 63 que compte l'établissement, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, l'article L. 4614-12 du Code du travail (texte applicable à l'époque des faits) » (74).

La Haute cour a, par ailleurs, affirmé que l'ancien CHSCT (désormais fondu dans le CSE) n'était pas tenu de déterminer la cause ou l'origine d'un tel risque, mais astreint d'en prouver l'existence (75).

En revanche, la qualification de « risque grave » a été rejetée lors du déraillement de deux wagons d'un train de marchandises, événement ponctuel, alors

que les procédures de sécurité mises en œuvre par la SNCF avaient efficacement fonctionné, et que la SNCF avait diligenté des enquêtes internes et demandé auprès du tribunal administratif la désignation d'un expert technique pour comprendre les causes de cet accident (76).

d. Le « retrait immédiat » et « l'urgence » concernant les jeunes travailleurs

S'agissant des jeunes travailleurs âgés de moins de 18 ans, en formation ou non, sous contrat de travail, contrat d'apprentissage ou convention de stage, des procédures particulières visent les situations les exposant soit à un « danger grave et imminent pour [leur] vie ou [leur] santé », soit à un « risque sérieux d'atteinte à [leur] santé ou à [leur] intégrité physique ou morale », deux notions très proches qui fondent cependant des procédures différentes.

Sommairement, trois cas de figure sont possibles :

- Confronté à un « danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé », le jeune (apprenti, stagiaire, ...) exerce lui-même son droit de retrait, auquel il peut recourir comme n'importe quel travailleur. Mais rares sont, en définitive, les jeunes travailleurs, inexpérimentés, appartenant à un public vulnérable, voire fragile, manquant d'un minimum d'autonomie à l'égard de leur employeur ou leurs formateurs, qui osent user de ce droit, quand ils le connaissent.
- L'agent de contrôle de l'inspection du travail peut se substituer au jeune pour prendre une décision de retrait immédiat, sur la base du constat du danger grave et imminent, dans les cas ultérieurement développés (77).
- Enfin, en cas de « risque sérieux d'atteinte à la santé, la sécurité ou à l'intégrité physique ou morale » du jeune travailleur, l'agent de contrôle peut proposer au Direccte la suspension du contrat de travail ou de la convention de stage (art. L. 4733-8 du Code du travail) ou du contrat d'apprentissage (art. L. 6225-4 du Code du travail) (78).

Dans cette troisième hypothèse, ce n'est pas la notion de « danger grave et imminent » qui est retenue, mais celle de « risque sérieux d'atteinte à la santé ou à

(70) Cass. Soc. 20 mars 1996, n°93-40.111. En l'espèce, il a été jugé qu'un agent de surveillance muté sur un poste le mettant en contact avec des animaux et des produits chimiques, alors qu'il présentait de graves problèmes d'allergies, pouvait exercer son droit de retrait.

(71) Créé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (art. 1) abrogeant l'ancien art. L. 4614-12 du Code du travail (relatif au recours à un expert par le CHSCT, puis modifié par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 (art. 6).

(72) Depuis le 1^{er} janvier 2020, il s'agit d'un expert « habilité », alors que, jusque-là, le CSE, et précédemment le CHSCT, faisaient appel à un expert « agréé ». L'habilitation est une certification permettant à l'expert de justifier de ses compétences. Elle sera délivrée par un organisme certificateur, accrédité par le

comité français d'accréditation ou par tout autre organisme d'accréditation. Les experts agréés au 1^{er} janv. 2020 sont habilités à procéder à des expertises pour la durée de leur agrément.

(73) Cass. Soc. 5 déc. 2018, n°17-16.357 et Cass. Soc. 7 mai 2014, n°13-13.561, (op. cit., supra, n°61), étant rappelé que le risque grave vise autant les risques concernant la santé physique que les risques psychosociaux.

(74) Cass. Soc. 19 mai 2015, n°13-24.887, op. cit.

(75) Cass. Soc. 26 janv. 2012, n°10-12.183.

(76) Cass. Soc. 26 juin 2013, n°12-14.753.

(77) V. compléments sur la procédure *infra*, II^{ème} partie, II, A, 2.

(78) V. compléments sur cette procédure *infra*, II^{ème} partie, II, A, 2.

l'intégrité physique ou morale » (79). Pour caractériser celle-ci, la circulaire DGEFP n°2002-37 du 19 juillet 2002 (80) a apporté, à travers une série d'exemples, d'utiles précisions, desquelles il ressort que sont visées des situations exposant le jeune à un danger « *prévisible particulièrement grave* » (81) :

« – *violences physiques ou morales présentant un caractère de gravité commises à l'encontre de l'apprenti : il s'agit, à titre d'exemples, de brutalités, sévices physiques, insultes, humiliations, harcèlement moral, harcèlement sexuel ... ;*

– *mise en danger de la santé et de l'intégrité physique de l'apprenti : elle peut se produire à l'occasion, notamment, de l'utilisation par l'apprenti de substances ou de préparations dangereuses, de la conduite de machines dangereuses, de l'absence de protections individuelles ou collectives, de défaut de conformité des installations de l'entreprise, d'infractions graves à la législation sur la durée du travail ou le travail de nuit.* »

Sont ici en cause des situations de travail relativement proches, voire identiques, de celles caractérisant un « *danger grave et imminent* ».

B. L'exercice du droit de retrait et le contrat de travail

1. Le retrait et la suspension du contrat de travail

En exerçant son droit de retrait, le salarié est conduit à ne plus exercer temporairement son travail, alors que, subordonné à l'employeur, il n'a, en principe, pas le pouvoir d'abandonner de lui-même son poste. Mais l'initiative fondée sur l'article L.4131-1 du Code du travail, constitue, pour le salarié, une dérogation légale à son obligation contractuelle d'obéissance. Préserver la santé est la raison du retrait. L'employeur ne peut exiger la reprise d'activité tant que persiste le danger et qu'il ne l'a pas supprimé. Il ne peut ni sanctionner, ni opérer une quelconque retenue de salaire à l'encontre du ou des travailleurs intéressés (art. L. 4131-3 du Code du travail).

En se retirant, le salarié « *n'exerce pas un droit à l'égard de son employeur, mais protège un droit sur sa personne* » (82). Le défaut de prestation est lié au danger et il revient à l'employeur de le faire disparaître. Dans l'intervalle, l'employeur peut affecter le salarié sur un autre poste, sans préjudice des règles et modalités relatives à la modification du contrat de travail. Dès lors que les mesures pertinentes ont été prises et que le danger a disparu, le salarié doit reprendre son poste ordinaire.

À la différence des causes habituelles de suspension du contrat de travail (maladie, maternité, congés payés, ...), qui empêchent temporairement le salarié d'être au service de l'employeur (83), le salarié reste à sa disposition en cas d'exercice régulier du droit de retrait. Il ne s'agit donc pas d'un énième cas de suspension du contrat de travail.

2. Le retrait et la grève

Comme lors du mouvement des cheminots déclenché à la suite d'une collision entre un train et un camion (84), il est coutumier que naissent des conflits d'interprétation, dès lors que le droit de retrait est exercé par plusieurs, voire tout un groupe de salariés, lorsque le danger vise, directement ou indirectement, une collectivité de personnes et qu'il a pour origine des conditions de travail dangereuses. Il n'est pas rare alors que l'employeur estime que, sous couvert de l'exercice du droit de retrait, les salariés ont en réalité recours à la grève (85) (pour l'accident des Ardennes d'octobre 2019, ce fut la position affichée par le président de la SNCF, mais aussi celle du Premier ministre et de la ministre du Travail).

En cas de grève, l'arrêt de travail doit être motivé par une revendication professionnelle et collective, alors qu'en cas de retrait, il est fondé sur une situation de danger grave et imminent à laquelle est exposé chaque individu (mais la seule potentialité du danger ne suffit pas (86)), et peut être exercé, le cas échéant, par un

(79) L'art. R.4733-11, C. trav. exclut les apprentis de moins de 18 ans du champ d'application des dispositions en matière de suspension/rupture du contrat de travail ou de la convention de stage (R. 4733-12 à 15, C. trav. issus du décret n°2019-253 du 27 mars 2019 relatif aux procédures d'urgence et aux mesures concernant les jeunes âgés de moins de 18 ans qui peuvent être mises en œuvre par l'inspection du travail) du fait que les mêmes mesures visant spécifiquement le contrat d'apprentissage sont applicables depuis 2002 en vertu des dispositions des articles L.6225-4 à L.6225-7, C. trav. (loi n°2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale), précisée par le décret n°2002-596 du 24 avr. 2002.

(80) Commentant la procédure de suspension/rupture du contrat d'apprentissage organisée par la loi n°2002-73 du 17 janv. 2002 et le décret n°2002-596 du 24 avr. 2002 (v. n. précédente).

(81) La procédure mise en place pour les jeunes travailleurs de moins de 18 ans étant identique à celle prévalant pour les apprentis, il convient dans les deux cas de se référer à la circulaire DGEFP n°2002-37 du 19 juill. 2002 relative aux apprentis (v. instruction DGT/DASIT1-CT1/2019 du 11 juin 2019).

(82) Annie Bousiges, Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique, Droit social n°4, avril 1991, p.285.

(83) Le droit de retrait ne pouvant être exercé que pendant l'exécution du contrat de travail, il est donc incompatible avec une suspension du contrat de travail (Cass. Soc. 9 oct. 2013, n°12-22.288).

(84) V. *supra* notre introduction, 1^{er} §.

(85) Cass. Soc. 23 avr. 2003, n°01-44.806 et Cass. Soc. 27 sept. 2017, n°16-22.224, arrêts visés n°s 65 et 66, 1^{ère} partie, II, A, 2 b, « L'imminence ».

(86) Cass. Soc. 27 sept. 2017, n°16-22.224, *op. cit.*, n. précédente. Dans cette affaire les juges ont considéré que le danger devait toujours être imminent et non pas potentiel. Des contrôleurs ou chefs de bord SNCF s'estimaient, le lendemain de deux agressions et alors qu'un des agresseurs avait été neutralisé, être toujours en danger, car la direction n'avait pas mis en place de contrôle des titres de transport qu'ils revendiquaient, ayant constaté que les agressions avaient eu lieu lorsque l'agent de contrôle était seul. En somme, le danger était potentiel, mais pas imminent.

groupe de salariés qui souhaitent « *faire en sorte que l'employeur remède à la situation dangereuse* » (87). Dès lors, la différence peut s'avérer ténue et la qualification de l'acte délicate.

En substance, le droit de retrait est foncièrement un outil de protection de la personne, pas directement un moyen de pression sur l'employeur. L'action de chaque salarié pris individuellement est ici fondée sur son droit à protéger son intégrité physique. Avec le recours à la grève, la motivation ne se limite pas à la suppression d'un danger, les salariés formulent concomitamment et collectivement une ou des revendications, plus larges, proches ou liées, qu'ils appuient par l'arrêt de travail (88). Là, l'expression d'une revendication relative aux conditions de travail choisit la voie du rapport de force.

Ceci rappelé, la formulation d'une revendication sur les conditions ou l'organisation du travail ne saurait disqualifier l'exercice, par ailleurs légitime, du droit de retrait. Si la définition des mesures correctives est de la responsabilité de l'employeur, le cas échéant dans le cadre de la procédure d'alerte (89), le salarié qui s'est retiré garde la liberté de proposer des mesures de même nature à travers son droit d'expression (90).

En cas de retrait, la loi impose strictement à l'employeur de mettre fin au danger en prenant les mesures de prévention et de sécurité pertinentes. En cas de grève, il décide des suites à donner aux demandes des salariés.

De la qualification juridique retenue dépendent les règles applicables au plan disciplinaire et en matière de rémunération. En cas de retrait légitime, le maintien du salaire (91) est prévu et toute sanction disciplinaire est interdite (92) (art. L. 4131-3 du Code du travail). Ce n'est que si le salarié n'avait pas de motif raisonnable de penser que le danger était grave et imminent qu'une faute, allant jusqu'au licenciement, peut lui être ultérieurement reprochée. En cas de recours régulier à la grève, aucune rémuné-

ration n'est, en revanche, due et tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit (art. L. 1132-2 et L. 2511-1 du Code du travail) (93).

3. Le retrait et la prise d'acte

La prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié constitue un mode de rupture du contrat d'origine jurisprudentielle. Elle permet au salarié de rompre son contrat en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur qui empêche la poursuite dudit contrat. Il appartient, en principe, au salarié d'établir les faits qu'il allègue et qui doit saisir le juge afin qu'il statue sur les conséquences de cette rupture (94). Il en va, cependant, autrement en cas de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat.

Si les griefs invoqués par le salarié sont réels et suffisamment graves, la prise d'acte produit, selon les cas, les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou d'un licenciement nul. Dans le cas contraire, elle produit les effets d'une démission.

Les différences entre prise d'acte et exercice régulier du droit de retrait sont nombreuses. La prise d'acte n'est pas limitée aux seules situations de danger grave et imminent, les manquements de l'employeur de nature à justifier une prise d'acte doivent avoir un caractère de gravité certain, pas subjectif. Le salarié cesse immédiatement l'exécution de son contrat, toute rétractation étant ensuite impossible (95), même lorsque la rupture est requalifiée en licenciement nul (96).

Pour autant, l'un n'empêche pas l'autre. Ainsi, l'exercice légitime du droit de retrait ne doit, on le sait, entraîner aucune retenue de salaire tant que l'employeur n'a pas pris les mesures nécessaires pour remédier à la situation dangereuse. Mais, si d'aventure le salaire n'est pas versé, le travailleur peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail avec les conséquences de droit (97). En outre, en cas de prise

(87) Annie Bousiges, *op. cit.*

(88) Cass. Soc. 20 déc. 2017, n° 16-22.578 ; Cass. Soc. 27 sept. 2017, n° 16-22.224, arrêt *op. cit. supra*. Dans la seconde affaire, le Conseil des prud'hommes y avait vu un mouvement de grève déguisé : « *le droit de retrait était concerté, prévu, revendiqué. Que celui-ci avait les apparences d'un acte de solidarité plus qu'une action personnelle ...* ».

(89) *V. infra*, II^{ème} partie, I, B.

(90) Art. L. 1121-1, C. trav. ; Cass. Soc. 28 avr. 1988, n° 87-41.804.

(91) Le maintien de la rémunération prévue à l'article L. 4131-3, C. trav., alors qu'aucune prestation n'est fournie par le salarié qui s'est retiré, trouve sa justification dans la carence de l'employeur qui n'a pas assuré la sécurité de son personnel.

(92) Cass. Soc. 28 janv. 2009, n° 07-44.556 : « (...) est nul le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger ».

(93) Cass. Soc. 26 sept. 1990, n° 88-41.375. La cour d'appel, qui relève qu'après avoir refusé d'exécuter un ordre qui s'avérait dangereux pour leur santé et pour leur vie, les salariés ont présenté une revendication professionnelle, à savoir l'obtention du bénéfice de la position chômage-intempéries, décide exactement que l'arrêt de travail qui s'en est suivi caractérisait l'exercice par les salariés du droit de grève, le licenciement de ces salariés grévistes étant entaché de nullité.

(94) Cass. Soc. 28 nov. 2006, n° 05-43.901.

(95) Cass. Soc. 14 oct. 2009, n° 08-42.878 ; Cass. Soc. 09 déc. 2009, n° 07-45.521 ; Cass. Soc. 26 oct. 2011, n° 09-42.708 ; Cass. Soc. 23 juin 2015, n° 14-13.714.

(96) Cass. Soc. 29 mai 2013, n° 12-15.974 ; Cass. Soc. 29 mai 2013, n° 12-11.756.

(97) Cass. Soc. 1^{er} juill. 2009, n° 08-42.074.

d'acte consécutive à un accident du travail, la charge de la preuve incombe à l'employeur. La survenance d'un accident du travail suffit, en effet, à prouver que l'employeur a manqué à son obligation de sécurité. Dès lors, le salarié peut soit exercer son droit de retrait, soit prendre acte de la rupture de son contrat. Il n'a pas besoin de démontrer les manquements de l'employeur à l'appui de sa prise d'acte. C'est, dans ce

cas, à l'employeur qui considère la prise d'acte injustifiée de démontrer que la survenance de l'accident est étrangère à tout manquement à son obligation de sécurité de résultat (98). En revanche, la prise d'acte d'un salarié qui a exercé son droit de retrait produit les effets d'une démission lorsqu'elle intervient alors que l'employeur a respecté son obligation de sécurité de résultat (99).

Deuxième partie : l'efficacité du système de protection du travailleur en situation de danger grave et imminent

Les situations d'urgence dans lesquelles peut se retrouver un travailleur qui est exposé à un danger grave et imminent ou à un risque grave pour la santé publique ou l'environnement constituent, en principe, hors le cas de force majeure (100) et l'hypothèse de l'accident dont la cause exclusive résulterait du comportement du salarié (101), la manifestation

de l'échec de la prévention relative à ce danger : l'obligation de sécurité n'a pas été respectée. Avant même que l'employeur rétablisse la situation, immédiatement ou en urgence, la loi donne aux travailleurs eux-mêmes le droit de mettre en œuvre leur propre protection ou d'en être à l'initiative (I), ou confie cette tâche à l'administration (II).

I. La mise en œuvre de la protection à l'initiative des travailleurs

Le travailleur en situation de danger grave et imminent peut se retirer de son poste : c'est le droit de retrait (A). Il en alerte immédiatement son employeur. Le représentant du personnel au CSE qui constate un tel danger, notamment par l'intermédiaire du salarié, saisit l'employeur en vue de la « procédure d'alerte » qui vise la même protection (B).

A. Le droit de retrait du salarié

L'article L.4131-1 du Code du travail prévoit que le salarié « peut se retirer 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 » et que « 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 ». Le droit de retrait est exercé de telle manière qu'elle ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent (article L. 4132-1 du même code).

Au moment où le droit de retrait est exercé, le salarié estime qu'il existe un danger, peu importe que, par la suite, il soit démontré qu'aucun danger réel ou prévisible n'existait. L'exercice du droit de retrait n'est, du reste, pas subordonné à la violation avérée d'une obligation légale ou réglementaire. En outre, le danger peut exister sans que le salarié en soit conscient (nouveaux risques, nanotechnologie, perturbateurs endocriniens, salarié porteur du virus Covid-19 asymptomatique ...). Toutefois, la simple pénibilité du travail, d'intensité limitée, les situations d'inconfort ne suffisent pas à justifier l'exercice de ce droit, si elles n'ont rien d'excessif (102), même si de telles situations peuvent être délicates

(98) Cass. Soc. 12 janv. 2011, n° 09-70.838.

(99) Cass. Soc. 5 juin 2012, n° 10-26.088. Dans cette affaire, plusieurs salariés avaient exercé leur droit de retrait après avoir ressenti certains symptômes (maux de tête, vomissements, saignements de nez, vertiges) suite à l'évacuation de l'entreprise, ordonnée dans le cadre d'un risque d'intoxication au monoxyde de carbone. Ensuite, l'employeur avait pris une série de mesures : recours à un expert pour vérifier la conformité des locaux de travail, installation de capteurs portatifs de monoxyde de carbone, tandis que le CHSCT ne jugeait pas utile de faire procéder à une nouvelle expertise. Les juges ont estimé que la décision des salariés de prendre acte de la rupture de leur contrat de travail n'était pas justifiée par un manquement de l'employeur à ses obligations.

(100) Cass. Soc. 4 avr. 2012, n° 11-10570.

(101) Cass. Soc. 12 mai 2011, n° 10-17605, *M. X. c/ Sté Paprec* ; Cass. Crim. 15 févr. 2018, n° 16-22.441, *M. Y. c/ Sté Eiffage TP*.

(102) L'exercice du droit de retrait a été jugé injustifié pour des maçons ayant refusé de poser un plancher en raison de la pluie et du vent (Cass. Soc. 20 janv. 1993, n° 91-42.028) ou pour une salariée, exposée à des courants d'air, ayant pour ce motif quitté son bureau sans autorisation pour aller s'installer dans un autre local et avoir refusé de réintégrer son bureau d'origine (Cass. Soc. 17 oct. 1989, n° 86-43.272). *A contrario*, la très forte chaleur ou une « chaleur exceptionnelle » peut justifier le retrait en l'absence de mesures de prévention adaptées (Cass. Soc. 1^{er} avril 2009, n° 07-45.511).

à qualifier, puisque appréciées sans préjudice du caractère subjectif consubstantiel au « motif raisonnable » (103) (104).

L'abandon de poste par le salarié est possible et n'est pas fautif, lorsque les conditions susmentionnées sont remplies (105). Le droit des obligations n'est alors pas opposable au travailleur, le maintien du salaire lui est garanti et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise est légalement et temporairement neutralisé (art. L. 4131-3 du Code du travail), tandis que le contrat de travail n'est pas suspendu, le salarié restant à la disposition de l'employeur.

L'exercice du droit de retrait n'est pas subordonné à une procédure préalable, par exemple à la « procédure d'alerte » (106), à la saisine de l'inspecteur du travail ou à une dénonciation auprès du médecin du travail (107), ni à une autorisation de l'employeur ou de son encadrement. Pour permettre à l'employeur de prendre les mesures que la situation impose, il est informé du danger (par le salarié ou un représentant du personnel qui « alerte »). Étant un droit, il ne peut être reproché au travailleur de ne l'avoir pas exercé (108), ni de pas s'en être prévalu (109). Ce droit de retrait peut, par ailleurs, être implicite (110), et ne peut être exercé que pendant l'exécution du contrat de travail (111).

En dépit d'une actualité chargée (112), ce droit est relativement peu exercé, du moins dans sa forme procédurale (113). Des éléments de sinistralité précédemment rappelés (114), il doit être retenu que, pour les atteintes ayant entraîné des décès (> 1.000), mais aussi pour celles ayant occasionné des incapacités permanentes (> 20.000 à un taux > 10%), le

travailleur n'a pas exercé son droit de retrait ou que, de fait, ce retrait n'a pas été décidé. Au demeurant, le retrait lui-même constitue toujours un risque pour le travailleur, lequel peut craindre pour ses relations contractuelles.

Il existe, à notre connaissance, peu d'études, même jurisprudentielles, sur ce point. De l'enquête Sumer, réalisée en 2010, émergent cependant quelques enseignements : il y apparaît notamment que 12% des salariés sondés (115) ont déclaré avoir interrompu ou refusé une tâche pour préserver leur santé ou leur sécurité.

La légitimité de l'usage du droit de retrait est fondée sur le motif raisonnable (1.) que le travailleur concerné a de penser qu'il se trouve dans la situation de danger grave et imminent. Ce droit est individuel, mais comporte aussi une dimension collective lorsqu'il est exercé par un groupe de travailleurs, directement ou potentiellement concernés par le danger (2.). Son caractère subjectif n'exclut pas toute dimension matérielle (3.) ou « locale » (4.).

1. Le motif raisonnable

L'exercice du droit de retrait est fondé sur une dimension subjective, il renvoie à la perception que le travailleur a de sa situation de danger, laquelle ne peut que le contraindre à protéger sa vie en quittant son poste. Si tel est le cas, ce retrait repose sur un motif raisonnable. Il exige une appréciation textuellement, mais nécessairement, « raisonnable » de la situation présentant un danger pour la vie ou la santé du salarié, ce qui est, somme toute, assez logique, si on admet que le droit du salarié sur son corps ne peut être envisagé que subjectivement.

(103) Prive sa décision de base légale une cour d'appel qui, pour débouter de ses demandes un salarié licencié pour faute grave, relève que « l'exécution des travaux ne nécessitait aucune mesure de protection particulière des salariés, sans rechercher si le salarié avait un motif raisonnable de penser que la situation de travail présentait un danger grave et imminent pour sa sécurité et pour sa santé justifiant l'exercice de son droit de retrait ». (Cass. Soc. 9 mai 2000 n° 97-44.234).

(104) V. *infra*, II^{ème} partie, I, A, 1.

(105) Cass. Soc. 28 janv. 2009, n° 07-44.556, *Wolff c/ Sté Sovab*.

(106) Cass. Soc. 10 mai 2001, n° 00-43.437, *M. Djamel X*.

(107) Cass. Soc. 18 sept. 2019, n° 18-12.603, *Mme X. c/ SNCF*.

(108) Dans l'affaire dite de l'accident de Toul, le juge du fond (CA Nancy, 26 mars 1998) avait condamné un grutier intérimaire qui avait alerté à plusieurs reprises de la situation dangereuse sans quitter sa grue, obéissant à l'injonction hiérarchique. Alors que « le droit de retrait d'un salarié d'une situation dangereuse n'est qu'une faculté destinée à le protéger ; qu'en condamnant Gérard Y. pour avoir maintenu la grue en service, la cour d'appel a violé l'article L. 231-8 du Code du travail, ensemble l'article 593 du Code de procédure pénale » (Cass. Soc. 16 mars 1999, n° 98-82.594, *Y. Gérard*).

(109) Cass. Soc. 18 déc. 2007, n° 06-43.801, *Mme X. c/ Sté Clinique Saint-Pierre*, Publié au bulletin.

(110) Cass. Soc. 2 mars 2010, n° 08-45.086, *Société Le Fret luzien, op.*

cit. Décision attaquée : CA Pau, Ch. Soc. 22 sept. 2008, n° 07-01.562 : « après avoir relevé que le salarié avait entendu exercer son droit de retrait et avoir fait ressortir que son refus était fondé sur un motif raisonnable, compte tenu de l'horaire de travail, très supérieur à la durée maximale quotidienne autorisée, qu'il avait accompli la veille, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 1231-1 et L. 4131-3 du Code du travail » ; Cass. Soc. 10 mai 2001, n° 00-43.437, *M. X. c/ Sté Transevry*.

(111) Cass. Soc. 09 oct. 2013, n° 12-22.288, *op. cit.*

(112) *Supra*, introduction, p. 1.

(113) Des travailleurs empruntent d'autres voies pour protéger leur intégrité physique ou morale. Certains, poussés par leur employeur, démissionnent ou recourent plutôt à la rupture conventionnelle individuelle depuis l'avènement de celle-ci, pour se retirer de situations conflictuelles avec l'employeur (harcèlement, *burn-out*) intenablement psychologiquement (la proportion de ce recours parmi les 437.700 ruptures conventionnelles recensées en 2018 n'est pas connue ; *Dares, Résultats, févr. 2019, n° 008*), Thomas Coutrot « Réformes du travail : la centralité des enjeux de santé », *Droit Social* n° 3, mars 2018, p. 272.

(114) *Supra* première partie, I, B.

(115) 12% des 47.983 salariés sondés (*Dares Analyses, avr. 2013, n° 023*).

L'appréciation de ce motif ne s'impose que si la situation de danger n'est pas caractérisée, car l'existence du danger grave et imminent emporte, à elle seule, la reconnaissance du droit de retrait (116). Par ailleurs, des faits concrets, attestés par des acteurs qualifiés, par exemple le médecin du travail, peuvent caractériser l'existence d'« *un risque grave, identifié et actuel* » (117) légitimant ce droit.

Il semble cependant utile de distinguer selon que cette appréciation est faite en situation « normale » (a) ou, par opposition, en situation de circonstances exceptionnelles affectant l'environnement ou la santé publique, comme la pandémie du Covid-19 (b).

a. L'appréciation du motif raisonnable en situation « normale »

L'appréciation du motif raisonnable, lorsqu'elle s'impose, se heurte à de nombreuses difficultés ; ni le législateur, ni le juge, qui procède au cas par cas, ne le définissent ou n'en proposent de critères précis. Elle doit intégrer aussi bien la personnalité du travailleur (profil/situation psychologique, état de santé, expérience professionnelle, niveau de compétence professionnelle ...) (118) que la connaissance de son environnement de travail (119) (climat social, relations avec les autres salariés (120) et avec la hiérarchie, antécédents d'accidents du travail (121), contraintes organisationnelles (122), etc.). Elle doit

également prendre en compte les différents profils de travailleurs tels que reconnus par l'enquête Sumer de 2010 (123).

Par ailleurs, la perception du risque par le salarié peut souvent être différente de celle de l'employeur (124), en particulier en l'absence de structure comme le CSE permettant généralement un meilleur partage de la connaissance des conditions de travail dans l'établissement, et en particulier celles au poste de travail.

La complexité de la prise en compte de tels éléments fait qu'en dehors des risques manifestes (risque de chute de hauteur, absence de protection de pièces en mouvement, ou autres défauts apparentes, ...), se mettre à la place du travailleur pour apprécier le caractère raisonnable du motif ayant fondé sa décision de retrait risque souvent d'aboutir à une minoration de la réalité de ce motif. Dans les faits, cette appréciation est d'abord effectuée par l'employeur intervenant en « contrôle ». C'est lui qui tire les conséquences d'un retrait dont il considère qu'il ne peut être fondé sur un tel motif. S'il ne le fait pas, l'exercice du droit de retrait est réputé légitime.

Dans sa rigueur juridique, le procès judiciaire, qui sera ultérieur, en réaction des conséquences précitées, ne paraît pas toujours être mis en situation d'intégrer la complexité de cette dimension subjective. Il a pu ainsi arriver que la vraisemblance

(116) Cass. Soc. 24 sept. 2013, n° 12-11.532, *MM. X. et Y. c/ Véolia Transports Rhône-Alpes*.

(117) Cass. Soc. 17 févr. 2016, n° 14-22.097, *CHSCT d'Hérouville c/ Sté Schering Plough* : « Ne tire pas les conséquences légales de ses constatations et viole l'article L. 4614-12 du Code du travail la cour d'appel qui prononce l'annulation de la délibération du CHSCT par laquelle il a décidé de recourir à une expertise, alors même qu'elle constate que le médecin du travail avait pris l'initiative de demander la convocation des membres du CHSCT, que ce médecin avait, au cours de cette réunion, relaté avoir rencontré en consultation des salariés en grande souffrance au travail, se plaignant de subir des propos sexistes, des humiliations, le témoignage du médecin étant corroboré par les attestations produites par les membres du comité, et que les statistiques de l'employeur mettaient en évidence une augmentation des arrêts de travail pour maladie pour les six premiers mois de l'année en cause, ce qui était de nature à caractériser un risque grave, identifié et actuel ».

(118) Cass. Soc. 20 déc. 2017, n° 16-22.578, *Mme Z. et M. Y.* : « (...) il appartient aux juges du fond, statuant sur la légitimité de cette sanction disciplinaire, d'apprécier le caractère raisonnable ou non de la crainte invoquée par le salarié, en prenant en compte son âge, son état de santé, sa qualification ou encore son expérience professionnelle ».

(119) Un environnement souvent méconnu des travailleurs précaires devant être opérationnel tout de suite, souvent avant l'information à la sécurité, alors qu'ils sont deux fois plus que les autres travailleurs victimes d'accidents du travail.

(120) Dans l'enquête Sumer 2010, 11 % des travailleurs qui ont refusé ou interrompu une tâche ont déclaré se sentir mal dans leur travail et être en conflit avec leur hiérarchie ou leurs collègues.

(121) Dans l'enquête Sumer préc., 17 % des travailleurs ayant déclaré avoir interrompu ou refusé une tâche ont également indiqué qu'ils ont eu dans l'année un ou plusieurs accidents de travail, soit deux fois plus que les autres travailleurs.

(122) Le statut du travailleur peut avoir son importance. Par exemple, les intérimaires qui, en dépit d'un cadre normatif les concernant relativement protecteur, comme l'interdiction d'accès à certains travaux (art. D. 4154-1, C. trav.), connaissent une fréquence d'accidents du travail supérieure à celui des autres salariés (46,5/1.000 contre 33,4/1.000, Dares analyses 2018, n° 045), et sont exposés à une forte mobilité entre les entreprises et les secteurs. Ils changent, en conséquence, fréquemment d'environnement et doivent être opérationnels rapidement. Leur perception du risque ou du danger peut être affectée par cette réalité.

(123) Agressés : travailleurs de la santé, de l'action sociale ou de la sécurité, en contact avec le public (13 %) ; harcelés : travailleurs se sentant mal dans leur travail, en conflit avec leur hiérarchie ou leurs collègues (11 %) ; isolés : travailleurs exerçant de façon isolée des métiers de service physiquement et psychologiquement exigeants (8 %) ; ouvriers de métier, travailleurs autonomes, exerçant des métiers pénibles et dangereux (17 %) ; OS fragilisés effectuant un travail industriel routinier et très encadré (14 %) ; stressés : travailleurs subissant les revers de l'autonomie et des responsabilités (15 %) ; et des travailleurs « peu exposés », dont il est apparu difficile, pour les enquêteurs, de cerner les causes d'interruption.

(124) Certaines divergences dans la perception du risque peuvent être liées à certains facteurs explicatifs. Pour l'employeur, le secteur, la taille de l'établissement, la présence d'un CHSCT ou de délégués syndicaux, la situation de l'activité économique, ... peuvent influencer sur cette perception. Pour le salarié, il peut s'agir de sa catégorie socioprofessionnelle, du statut d'emploi, du sexe, de l'âge (Aurore Desjonquères, « L'exposition aux risques du travail : quels écarts entre les salariés et leurs employeurs », Enquête des conditions de travail 2013, Dares Document d'études, avr. 2019, n° 230.

du motif raisonnable échappe au juge du fond (125) lui-même et, dans un cas d'espèce, le conduit à une argumentation hardie, manquant d'impartialité (126). Alors qu'il doit s'attacher à ce critère du motif raisonnable, le juge du fond a pu parfois s'exonérer de cette obligation et conclure notamment qu'« *il ne ressortait pas des éléments produits (...) qu'il existait un quelconque danger pouvant justifier le recours au droit de retrait* » (127), ou que « *si l'employeur démontre que le danger allégué n'existait pas, le salarié est tenu de reprendre immédiatement son travail, sous peine d'être sanctionné* » (128).

De même, alors qu'il lui appartenait de rechercher, non l'existence objective d'un danger, mais, en se plaçant du point de vue du salarié, s'il avait un motif raisonnable de s'estimer en situation de danger grave et imminent, le juge du fond a retenu l'absence de démonstration par le travailleur d'une telle situation (129) ou de justification du bien-fondé de l'exercice du droit de retrait (130). Au demeurant, le juge ne peut pas davantage, pour reconnaître la légitimité de l'exercice du droit de retrait, retenir seulement que « *peut être comprise la réaction des salariés qui se sont soustraits à ce qu'ils ont estimé constituer la potentialité d'un danger grave et imminent pour leur santé et leur sécurité* » (131).

b. L'appréciation du motif raisonnable en cas de risque grave d'atteinte à l'environnement ou à la santé publique

Cette appréciation du motif raisonnable n'est, en principe, pas différente de celle qui prévaut « en situation normale » ci-dessus exposée, dès lors que le droit de retrait reconnu au travailleur est un droit fondamental, quand bien même les dispositions de

la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 (132) ne le vise pas spécifiquement. Les dispositions relatives au droit de retrait visées aux articles L. 4131-1 à -4, L. 4132-1 à -5, D. 4132-1 à -5 s'appliquent.

Pour autant, en situation de circonstances exceptionnelles, par exemple pour une pandémie, ce droit est-il aménagé ou restreint ?

Cette question, qui a interpellé les organisations patronales et syndicales, et qui nourrit bien des débats, est traitée dans des termes parfois relativement ambigus qui peuvent inciter à la recevabilité du principe d'une limitation de ce droit. En effet, on peut lire dans les Questions/Réponses du ministère du Travail (133) que « *le droit de retrait vise une situation particulière de travail et non une situation générale de pandémie* » (134), puis que, « *dans le contexte actuel, dans la mesure où l'employeur a mis en œuvre les dispositions prévues par le Code du travail et les recommandations nationales visant à protéger la santé et à assurer la sécurité de son personnel, qu'il a informé et préparé son personnel, notamment dans le cadre des institutions représentatives du personnel, le droit individuel de retrait ne peut pas, en principe, trouver à s'exercer* » et, par ailleurs, : « *Dans ces conditions, dès lors que ces mesures sont mises en œuvre par l'employeur – elles sont disponibles et actualisées sur la page suivante : <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus> – la seule circonstance qu'un salarié a été contaminé ne suffit pas, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, à considérer qu'il justifie d'un motif raisonnable pour exercer son droit de retrait* ». Cette position, décriée par des syndicats de salariés ou d'avocats (135), a été reprise dans la presse (136) et sur le site « [service public.fr](http://service.public.fr) » (137).

(125) Le juge de cassation ne se prononce pas sur l'existence du motif raisonnable, qu'il laisse à l'appréciation souveraine du juge du fond (Cass. Soc. 10 janv. 2001, n° 86-40.294, *M. Frédéric X. c/ Sté Trans Express ventois*; Cass. Soc. 5 juill. 2011, n° 10-23.319, *M. X. c/ St De Souza*; Cass. Soc. 20 nov. 2014, n° 13-17.889, *M. X. c/ Sté Aliplata*; Cass. Soc. 20 déc. 2017, n° 16-22.578)

(126) Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, en date du 7 juill. 2013, le juge a pu retenir que la situation de danger invoquée par le salarié « *ne saurait résulter du défaut de fourniture d'un gilet pare-balles par l'employeur dont, à suivre le salarié dans ses extravagances, on ne voit pas pourquoi ce dernier ne serait pas tenu de mettre à la disposition immédiate des salariés un abri antiatomique, voire même une possibilité d'évasion immédiate vers une exo-planète* » (Cass. Soc. 20 nov. 2014, n° 13-22.420, *M. X. c/ SNCF*).

(127) Cass. Soc. 4 mars 2015, n° 12-29.840, *M. X. c/ Sté Onyx*.

(128) Cass. Soc. 20 déc. 2017, n° 16-22.578, *Mme Z. et Mme Y.*; Décision attaquée CA Riom du 21 juin 2016.

(129) Cass. Soc. 20 nov. 2014, n° 13-22.421, *M. X. c/ SNCF*; décision attaquée CA Lyon du 7 juin 2013.

(130) Cass. Soc. 5 juill. 2011, n° 10-23.319, *Mme X. c/ Sté De Souza*; Cass. Soc. 14 sept. 2010, n° 09-42.456, *Mme X. c/ PFE Diffusion*.

(131) Cass. Soc. 31 mai 2017, n°s 15-29.225, 15-29.226, 15-29.227, 15-29.237, 15-29.238, 15-29.239, 15-29.240, 15-29.241, 15-29.242, 15-29.243, 15-29.244, 15-29.245, *M. X. c/ Association BTP CFA Picardie*. Décision attaquée CA Amiens du 27 oct. 2015.

(132) Loi n° 2013-316 du 16 avr. 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.

(133) « Coronavirus : Questions/réponses pour les entreprises et les salariés » – <https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/l-actualite-du-ministere/article/coronavirus-questions-reponses-pour-les-entreprises-et-les-salaries> (mise à jour 16 avr. 2020).

(134) Il s'agit de la reprise de la circulaire 2009-16 du 2 juill. 2009 relative à la pandémie grippale et complétant la circulaire DGT n° 2007/18 du 18 déc. 2007, § 5.3.

(135) Notamment une lettre ouverte du Syndicat des Avocats de France à la ministre du Travail en date du 19 mars 2020.

(136) « *En situation de crise, les possibilités de recours au droit de retrait sont fortement limitées, dès lors que l'employeur a pris les mesures de prévention et de protection nécessaires, conformément aux préconisations du gouvernement* » (Ouest France, 11 avr. 2020).

(137) « *Dans le contexte du coronavirus, si l'employeur met en œuvre les recommandations du Gouvernement, disponibles et actualisées, les conditions de retrait ne sont pas réunies, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux. En principe, un travailleur n'a pas alors un motif raisonnable de penser que sa situation de travail présente un danger grave et imminent* ».

En dehors du respect des recommandations gouvernementales, les autres conditions invoquées pour conclure à la limitation du droit de retrait ne diffèrent pas de celles que le Code du travail lui-même pose en temps normal. Or, ces préconisations ou recommandations gouvernementales, quand bien même elles s'inscrivent dans le cadre des pouvoirs de police étendus reconnus à l'exécutif, dans le cadre de l'état d'urgence (138), ont vocation à protéger la population de la propagation du virus, pas spécifiquement les travailleurs. Au demeurant, s'agissant de la prévention contre un risque biologique (139) dont l'effet létal est avéré, ces recommandations ne concernent que les cinq gestes dits « barrières » (140), lesquels ne préconisent même pas le port d'un équipement professionnel que constituerait un masque adapté au risque encouru. Surtout, l'inobservation d'une de ces recommandations ne signifie pas que son objectif ait été méconnu (141).

Par ailleurs, l'environnement créé par la gestion de la pandémie doit être convoqué au débat. Ainsi, les hésitations du Gouvernement, trahissant des injonctions parfois contradictoires, celles des spécialistes, auxquelles s'ajoutent des incitations à travailler (notamment à travers les compensations financières sous forme de prime de pouvoir d'achat, primes récompensant le travail effectué en situation de Covid-19, ...), toutes largement relayées par les médias, génèrent inquiétude et désarroi, dont il apparaît hardi de considérer qu'elles n'affectent pas psychologiquement le travailleur.

Dès lors, écarter d'emblée toute subjectivité dans la

perception que le travailleur a de sa protection aboutit à rendre inutile l'appréciation du motif raisonnable qui fonde le droit de retrait. Cette attitude suggère que l'employeur a rempli son obligation de sécurité. Cette restriction est proposée en même temps qu'est expliqué à l'employeur ce que serait un exercice abusif par le salarié du droit de retrait et les conséquences qu'il pourrait en tirer (142).

Il nous semble, en conséquence, juridiquement fondé de soutenir, réserve faite d'une inflexion qui viendrait du juge, que, par elle-même, la pandémie n'atténue en rien la plénitude de ce droit (143) et que la légitimité de son exercice doit être appréciée au regard de ce contexte anxiogène et de la réalité des mesures d'adaptation prises dans l'entreprise en conformité avec les dispositions des articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail, relatives à l'obligation de sécurité, de prévention et l'évaluation des risques. Ces mesures doivent intégrer les nouvelles contraintes spécifiques imposées par la pandémie.

2. Une dimension individuelle et collective

Le droit de retrait est individuel, c'est-à-dire exercé par le salarié directement concerné par la situation de danger (art. L. 4131-1 du Code du travail), mais il est également reconnu à 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 (art. L. 4131-3 du Code du travail). Le caractère individuel prévaut ainsi, quel que soit le nombre de travailleurs s'étant retirés, dont

(138) État d'urgence proclamée par la loi n°2020-290 du 23 mars 2020, étant précisé que le décret n°2020-260 du 16 mars 2020, antérieur à la loi, pris en application de l'article L. 3131-1 du Code de la Santé publique, est, lui, fondé sur la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles, autorisant les mêmes pouvoirs de police. La loi 2020-290 préc. promeut un cadre juridique spécifique aux pouvoirs de police nécessaires en cas d'atteinte grave à la santé publique, notamment en cas d'épidémie ou de pandémie.

(139) Cf. art. R.4421-1 et s., C. trav., qui encadrent la prévention en entreprise du risque biologique, avec une obligation d'évaluation spécifique de ce risque professionnel. Ainsi, le 3 avr. 2020, la juge des référés du Tribunal judiciaire de Lille a considéré que ces dispositions étaient, sans restriction, applicables à une association employant des aides à domicile pour les personnes âgées, au regard des informations fournies, notamment dans le DUER (*qui identifiait un risque biologique spécifique lié à l'intervention à domicile pendant une épidémie ou une pandémie, «ex Covid-19», et le classifiant en risque mortel*). Alors que l'association avait doté ses salariés de gel désinfectant, de gants et de masques FFP2 (datant de la grippe H1N1) et annulé ses interventions auprès des clients diagnostiqués positifs, la juge lui a ordonné, sous astreinte, de prendre, dans un délai de trois jours ouvrables, 13 mesures complémentaires (Tribunal judiciaire de Lille, 3 avr. 2020, *Inspection du travail et UL CGT de Roubaix c/ Association ADR Flandres Métropole*, ordonnance n° RG/20/00.380).

(140) Selon le site du Gouvernement : lavages réguliers des mains, tousser ou éternuer dans son coude ou dans un mouchoir,

utilisation de mouchoirs à usage unique, interdiction de se serrer la main, respect de la distance physique dite sociale de plus d'un mètre.

(141) Ces recommandations ne relèvent pas du même régime juridique que les dispositions des art. L.4121-1 et s., C. trav. Au demeurant, l'inobservation littérale d'une des recommandations gouvernementales n'est pas de ce seul fait fautive. Par exemple, le non-respect de la distance physique de plus d'un mètre ne s'impose qu'en l'absence de tout dispositif neutralisant les effets de la proximité. La remise au travailleur de masques et de combinaisons adaptés ne constitue pas une méconnaissance de cette distance.

(142) « Coronavirus : Questions/réponses pour les entreprises et les salariés », *op. cit.* V. dans la partie « Questions-réponses pour les entreprises » : « *Que puis-je faire si l'exercice du droit de retrait est abusif ?* ».

(143) Selon le ministère du Travail, « *si, pour les professionnels nécessaires au maintien des activités considérées comme indispensables à la nation, des mesures de réquisition étaient prises par les autorités compétentes, les modalités de la réquisition préciserait obligatoirement les mesures à appliquer en vue d'assurer la protection de la santé et la sécurité des travailleurs. L'exercice du droit de retrait ne serait alors pas fondé s'il était exclusivement motivé par la crainte que représente l'application de la mesure de réquisition* », circulaire DGT 2007/18 du 18 déc. 2007 relative à la continuité de l'activité des entreprises et aux conditions de travail et d'emploi des salariés du secteur privé en cas de pandémie grippale.

l'action ne constitue pas, en soi, un mouvement de grève (144) (145).

Le droit de retrait comporte une triple dimension collective. D'abord, il doit être exercé de telle manière qu'il ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent (art. L. 4132-1 du Code du travail). Ensuite, parce que la procédure d'alerte est initiée par la représentation du personnel. Enfin, par ce que, théoriquement, tout risque d'atteinte à l'intégrité physique et morale d'un travailleur renvoie nécessairement à la collectivité de travail.

3. La dimension matérielle

De ce qu'il appartient au juge « de rechercher, non l'existence objective d'un danger, mais, en se plaçant du point de vue du salarié, si celui-ci avait un motif raisonnable de penser que la situation dans lequel il se trouvait présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé » (146), il paraît s'en déduire, de prime abord, que la dimension matérielle serait accessoire. Seule prévaudrait, dans ce cas, la dimension subjective.

Certes, l'exercice du droit de retrait n'est pas subordonné à l'existence d'un danger caractérisé ou à la violation avérée d'une obligation légale ou réglementaire. Il faut, cependant, que la situation de danger repose sur des éléments concrets qui font que le retrait soit indispensable, ce qui suppose à la fois l'existence d'un danger réel, sérieux et proche pour éviter un dommage, une atteinte à l'intégrité physique ou psychique du travailleur. En matière de risques psychosociaux, il est demandé au travailleur d'établir « la matérialité de faits précis et concordants qui, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral » (147), ensuite seulement l'employeur doit prouver que les agissements en cause ne sont pas constitutifs d'une telle atteinte (148).

De même, le CSE (anciennement CHSCT) ne peut décider de recourir à l'expertise prévue par l'article L.4614-12, 1° du Code du travail que « s'il démontre, par des éléments objectifs, l'existence d'un risque grave, identifié et actuel au sein du service concerné par l'expertise » (149).

C'est ce caractère objectif et réel qui renvoie à une dimension matérielle du droit du retrait, et qu'il ne paraît pas toujours aisé de démontrer, notamment pour les risques « invisibles, à effets différés, ou pour les risques psychosociaux ». En outre, dans d'autres cas, le danger grave et imminent ne saurait simplement juridiquement exister, s'il n'est pas perçu comme tel (150) ou nécessite une formation ou une compétence particulières, inaccessibles au travailleur concerné pour le connaître ou le reconnaître : l'exercice du droit de retrait s'en trouve concrètement annihilé.

4. La dimension « locale »

En pratique, l'appréciation de l'existence du danger grave et imminent est « locale », au sens où elle est limitée au poste de travail du salarié concerné par ce danger. La question est posée lorsque le problème du danger dépasse la localisation sur un établissement et s'étend à d'autres, voire à un ou plusieurs réseaux, comme dans les transports (réseaux de transports urbains, réseaux ferroviaires, ...). Ce caractère local peut être restrictivement interprété par le juge du fond, qui a pu retenir qu'« à l'exception de la sécurité du quartier du vieux port de Lucé, il n'y avait pas de motif raisonnable de penser qu'il existait un danger grave et imminent de nature à justifier l'exercice du droit de retrait sur les autres lignes du réseau », ou que « le droit de retrait n'avait pas de justification pour l'ensemble des personnels de même nature sur l'ensemble d'un territoire, mais uniquement pour les personnels directement et individuellement concernés » (151). À l'heure des réseaux sociaux, il semble qu'il ne puisse être exclu qu'un fait intervenu dans une situation professionnelle déterminée puisse se reproduire à un autre moment, dans une situation similaire, dans la même entreprise ou dans un établissement géographiquement très éloigné. Dès lors, dans la mesure où l'obligation de prévention retient l'organisation du travail comme élément de la santé, il apparaît difficile de considérer que cette disparité géographique puisse conduire à une appréciation différente de la même organisation à l'origine d'un même danger (152). C'est bien cette organisation qui a conduit le juge des

(144) Cass. Soc. 9 mai 2012, n° 10-27.115, *Mme Y. et a. c/ Association des Lauriers*.

(145) V. *supra* 1^{ère} partie, II, B, 2.

(146) Cass. Soc. 20 nov. 2014, n° 13-22.420, *M. X. c/ SNCF*.

(147) Cass. Soc. 18 sept. 2019, n° 18-12.603, *Mme X. c/ SNCF* ; Cass. Soc. 9 oct. 2013, n° 12-22.288, *Mme X. c/ Association Institut de la Méditerranée*.

(148) Cass. Soc. 9 oct. 2013, préc.

(149) Cass. Soc. 9 oct. 2019, n° 18-15.538 (Décision attaquée TGI Toulouse, 10 avr. 2018) ; Cass. Soc. 20 mars 2019, n° 17-23.027, *CHSCT c/ Parashop Diffusion* ; Cass. Soc. 17 fév. 2016, n° 14-22.097 et 14-26.145, *CHSCT c/ Schering Plough* ; Cass. Soc. 15 janv. 2013, n° 11-27.679 ; Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-11.865.

(150) Aurore Desjonquères, « L'exposition aux risques du travail : quels écarts de perception entre les salariés et leurs employeurs ? » Dares, Document d'études, avr. 2019, n° 230, p.2. Dans les années 1990, alors que les risques liés à l'amiante étaient connus depuis des décennies, il n'était pas rare de trouver sur le terrain des travailleurs (adultes, mais parfois des jeunes) utilisant des soufflettes sur les garnitures amiantées et poncées de freins de camions poids lourds. Par ailleurs, comment un travailleur réalise-t-il qu'il est en danger du fait d'un dépassement d'une valeur limite d'exposition (VLE) ?

(151) Cass. Soc. 23 avr. 2003, n° 01-44.806, *op. cit.*

(152) V. *supra* 1^{ère} partie, I.

référés à adresser des injonctions à une entreprise pour ses différents établissements (153).

En définitive, il ressort de l'ensemble des éléments et constats rapportés jusqu'ici que l'appréciation de la légitimité du droit de retrait dépend de nombreux paramètres, qu'il peut paraître hasardeux de dissoudre dans une perception spontanée d'un observateur donné qui ne les aura pas pris en compte. La difficulté d'exercice de ce droit est plus forte dans les métiers où le risque, réel, mais diffus, est insaisissable (154). Il a pu parfois être craint que le juge ne se montre plus sensible à la logique économique (155) qu'à la protection des travailleurs.

Surtout, et en pratique, ce droit n'est effectif qu'en l'absence de contestation de l'employeur sur le bien-fondé de son exercice. Dans le cas contraire, il ne pourra l'être qu'*a posteriori*, si le juge sollicité le valide, soit en annulant la retenue sur salaire ou la sanction décidées par l'employeur, soit à l'occasion de la contestation du recours à l'expert par le CSE (156). De fait, l'effectivité de cette liberté fondamentale est, en conséquence, d'abord subordonnée à l'attitude de l'employeur, ce qui tend à suggérer que le droit de retrait est fondé sur une suspicion de principe : « *le salarié, juge et partie, risque d'apprécier la situation toujours en sa faveur* » (157). Le législateur laisse ainsi l'employeur assurer préalablement le contrôle du bon usage d'un tel droit, et, contrairement à ce qu'il prévoit pour le représentant du personnel, il n'a pas expressément prévu que le travailleur puisse saisir l'inspecteur du travail sur le fondement d'un désaccord qu'il aurait avec son employeur, sans préjudice du droit de principe qu'il tient de la convention OIT n°81, de déposer une plainte auprès de cet agent.

Qu'en est-il de l'exercice de ce droit de retrait dans le cadre collectif de la procédure d'alerte ?

B. Le droit d'alerte

En matière de santé et de sécurité au travail, le Code du travail prévoit deux procédures d'alerte (158). Selon qu'est en cause une situation n'ayant pas d'incidence sur la santé publique ou l'environnement, c'est l'alerte prévue aux articles L.4131-1 et suivants du Code du travail (1.) ou, à l'inverse ayant cette incidence, prévue aux articles L.4133-1 et suivants du même Code (2.).

1. Le droit d'alerte prévu aux articles L. 4131-1 et suivants du Code du travail

Le travailleur (art. L. 4131-1 du Code du travail) (159), comme le représentant du personnel au comité économique et social (160) (art. L. 4131-2 du Code du travail), constatant le danger grave et imminent, ont l'obligation d'alerter (informer) immédiatement leur employeur de ce danger. À souligner que les élus du personnel peuvent exercer ce droit d'alerte, qu'ils soient membres d'un CSE d'une entreprise d'au moins 11 salariés et de moins de 50 (art. L.2312-5, al. 3 du Code du travail) ou d'une entreprise d'au moins 50 salariés (art. L. 2312-60 du Code du travail).

Le salarié n'a pas l'obligation de faire ce signalement par écrit (161). Il a même été admis que le droit de retrait pouvait être exercé « *de fait* », dans des circonstances, il est vrai, particulières (162).

Le représentant consigne par écrit son avis, daté, signé, et portant les indications prévues à l'article D. 4132-1 du Code du travail. L'employeur doit immédiatement procéder à une enquête avec lui et prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation

(153) Ordonnance de référé, 14 avr. 2020, Tribunal judiciaire Nanterre, RG n°20/00.503, *SUD c/ SAS France Amazon Logistique*, op. cit.

(154) Cf. note sous Cass. Soc. 23 avr. 2003, *H. et a. c/ Stac*, Dr. Ouvr. 2003, p. 439.

(155) Sensible à l'argument patronal selon lequel « *admettre pleinement l'exercice du droit de retrait sur (certains postes) conduirait à paralyser leur activité* » (Dr. Ouvr., oct. 2003, p. 440 : à propos des convoyeurs de fonds, sur CA Aix 8 nov. 1995, JCP 1996 E 859 ; et concernant un machiniste de la RATP, sur CA Paris 26 avr. 2001, RJS 2001 n° 1241).

(156) V. *infra*, B, « Le droit d'alerte ».

(157) Annie Bousiges, op. cit.

(158) Pour les gens de mer, l'information est portée immédiatement à la connaissance du capitaine, qui exerce les responsabilités dévolues à l'employeur (art. L. 5545-4, C. transports) pour les dispositions relatives au droit de retrait, à l'armateur pour les dispositions relatives au droit d'alerte. Pour les agents de la fonction publique d'État : décret n°82-453 du 28 mai 1982 (art. 5.6) op. cit. Pour les agents de la fonction publique territoriale : décret n°2000-542 du 16 juin 2000 modifié (art. 5.1) op. cit.

(159) Le salarié n'a pas à le faire par écrit (Cass. Soc., 21 janv. 2009 M. X c/ RATP, n°07-41.935 ; CE, 9 oct. 1987 Centre Renault Agriculture, n°69829, B).

(160) Pour les gens de mer, l'art. L. 5545-4, C. transports prévoit que « *Les modalités d'application aux marins des dispositions des articles L. 4131-1 à L. 4131-4 et L. 4132-1 à L. 4132-5 du Code du travail relatives aux droits d'alerte et de retrait sont déterminées par décret en Conseil d'État, en tenant compte des adaptations nécessaires liées aux impératifs de la sécurité en mer. Ces modalités sont précisées par le décret n°2016-303 du 15 mars 2016 relatif aux modalités d'exercice du droit d'alerte et de retrait des gens de mer à bord des navires* ».

(161) CE 12 juin 1987, n°72.388 ; CE 11 juill. 1990, n°85.416 ; Cass. Soc., 16 déc. 1992, n°90-14.337 ; Cass. Soc. 28 mai 2008, n°07-15.744.

(162) Dans un arrêt remarqué du 2 mars 2010, n°08-45.086, la Chambre sociale de la Cour de cassation a admis que le salarié pouvait exercer son droit de retrait « de fait ». En l'espèce, il s'agissait d'un chauffeur routier dont l'amplitude de travail avait été, la veille, de 21,5 heures, et qui n'avait pas indiqué à son employeur qu'il exerçait son droit de retrait en se contentant de ne pas reprendre son poste de travail. La reprise prématurée du travail était, à l'évidence, susceptible de mettre la santé ou la vie du salarié en danger.

(art. L. 4132-2 du Code du travail) et permettre au travailleur d'arrêter son activité et se mettre en sécurité en quittant immédiatement le lieu de travail (art. L. 4132-5 du Code du travail).

Dans les vingt-quatre heures, en cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le CSE est réuni en urgence et l'agent de contrôle de l'inspection du travail est « *immédiatement informé* » (art. L. 4132-3 du Code du travail).

Ce dernier est « *immédiatement saisi* », en l'absence d'accord entre l'employeur et la majorité du comité, sur les mesures à prendre et les conditions d'exécution (art. L. 4132-4 du Code du travail). Il met en œuvre soit une des procédures de mise en demeure prévues à l'article L. 4721-1 du Code du travail, soit la procédure de référé prévue aux articles L. 4732-1 et L. 4732-2 du Code du travail (163).

Aux termes de l'article L. 4721-1 précité, le Directeur, sur le rapport de l'agent de contrôle de l'inspection du travail constatant une situation dangereuse, peut mettre en demeure l'employeur de prendre toutes mesures utiles pour y remédier, si ce constat résulte en particulier d'un non-respect par l'employeur des principes généraux de prévention prévus par les articles L. 4121-1 à L. 4121-5 et L. 4522-1 du Code du travail.

La loi ne prévoit pas la saisine de l'agent de contrôle à l'initiative des travailleurs non représentants du personnel.

La procédure d'alerte doit aboutir à la prise de mesures précises par l'employeur, soit à l'issue de l'enquête à laquelle il a l'obligation de procéder immédiatement avec le représentant des travailleurs, soit à l'issue de la réunion du CSE (art. L. 4132-3 du Code du travail). L'alerte réitérée et non suivie d'effet justifie l'exercice du droit de retrait (164).

Si l'employeur ne réunit pas le comité dans le délai imparti de vingt-quatre heures, « *il ne peut plus se prévaloir ensuite d'une divergence entre sa position et celle du CSE sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, ni contester le bien-fondé du droit de retrait exercé par des salariés, concomitamment à l'exercice de ce droit d'alerte* » (165) », en d'autres termes, il ne peut pas contester la réalité du danger.

Cette défaillance est, par ailleurs, constitutive d'un délit d'entrave (166) et d'une faute inexcusable prévue à l'article L. 452-1 du Code de la Sécurité sociale, s'il survient un accident du travail résultant du danger signalé (art. L. 4131-4 du Code du travail), l'employeur ayant ainsi manqué à son obligation de sécurité (167).

Si l'employeur ne le saisit pas suite au désaccord avec la majorité du comité, l'agent de contrôle ne peut pas se situer dans le cadre de la procédure d'alerte et intervenir sur le fondement d'une saisine par la représentation du personnel que l'article L. 4132-4 du Code du travail ne prévoit pas. De même, une fois saisi dans les conditions requises, la compétence de l'inspecteur du travail paraît limitée au champ du désaccord : les mesures et leurs conditions d'exécution.

Dès lors, les suites concernant le désaccord sur l'existence même du danger renvoient, en principe, au recours à l'expert, à condition que les risques en cause excèdent les compétences habituelles du CSE (anciennement CHSCT). En effet, « *... le risque grave permettant, au sens de l'article L. 4614-12 du Code du travail, au CHSCT de recourir à une expertise, s'entend du risque distinct des «risques professionnels auxquels peuvent être confrontés les travailleurs de l'établissement»* », lesquels doivent être « *analysés par le CHSCT au titre des compétences dont il est investi par l'article L. 4612-2 du Code du travail* » (168).

Nous observerons que, même en présence d'institutions notamment spécialisées dans un secteur d'activité déterminé (exemple dans l'aviation, le bureau d'enquêtes et d'analyses ou BEA), ou la direction générale de l'Aviation Civile (DGAC), auxquelles la réglementation reconnaît des compétences similaires et confie des missions d'enquêtes, le CSE (anciennement CHSCT) garde sa compétence générale qu'elle tient des articles L. 4612-1 à -3 et L. 4612-9 du Code du travail, à laquelle il ne peut être substitué (169). De même, la compétence de l'agent de contrôle de l'inspection du travail, saisi sur désaccord dans le cadre du droit d'alerte, n'est pas affectée du fait de la compétence reconnue à ces institutions.

Parce qu'elle induit un coût, la pertinence du recours à l'expert, s'agissant de ses modalités ou de son étendue, fait de la part de l'employeur l'objet de nombreuses contestations devant le juge. Le

(163) V. *infra*, II, B.

(164) Cass. Soc. 10 oct. 2018, n° 17-19.541, *Mme X. et a. c/ La Poste*.

(165) Cass. Soc. 9 oct. 2019, n° 18-15.538, *CHSCT de Rangueil c/ CHRU de Toulouse*. Décision attaquée CA Aix en Provence, 7 avr. 2017.

(166) Art. L. 4742-1, alinéa 2, C. trav.

(167) Cass. Soc. 15 déc. 2016, n° 15-16.199, *M. X. c/ Sté Acieries Hachette et Driout* : « *l'employeur est tenu en matière de santé au travail d'une obligation de sécurité de résultat ; que le manquement à*

cette obligation, s'il est en lien causal avec un accident du travail, a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

(168) Cass. Soc., 26 janv. 2012, n° 10-12.183, *CHSCT c/ Banque HSBC Groupe Cannes*.

(169) CAA Paris, 4 avr. 2019, n° RG 18/07.715, *SA Air France c/ CHSCT PNT*. Décision attaquée TGI Bobigny, 12 avr. 2018, n° 18/01.659.

délai de recours est de quinze jours à compter du jour de la délibération (170) ayant fixé ces modalités (art. L. 4614-13 du Code du travail).

Le juge, une fois saisi, doit rechercher si le risque est caractérisé (171), il ne peut fonder sa décision sur d'autres motifs. Il doit, dans tous les cas, tenir compte de l'ensemble des éléments de fait qui lui sont soumis et de leur conjonction, sans les appréhender de manière distincte (172). De même, il doit vérifier que les mesures correctives prises par l'employeur ont permis de faire effectivement cesser le risque (173).

2. Le droit d'alerte prévu aux articles L. 4133-1 et suivants du Code du travail

L'obligation d'alerte incombe également ici au salarié, comme au représentant du personnel, notamment par l'intermédiaire de celui-ci, dans le cas précis où « les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement ». À l'inverse de la procédure précédente, la consignation de l'alerte par écrit n'est pas imposée au seul représentant du personnel, mais aussi au travailleur, auteur de l'alerte ? mais non représentant (article L. 4133-1 et 2 du Code du travail).

Il n'est, par ailleurs, pas expressément requis que l'employeur procède immédiatement à une enquête avec le représentant du personnel qui l'a alerté. Celui-ci ou le travailleur peuvent saisir le représentant de l'État dans le département, en principe le préfet (174), en cas de divergence avec l'employeur ou lorsque celui-ci n'a pas donné suite à l'alerte dans le délai d'un mois suivant sa consignation. Cette saisine ne neutralise pas la compétence de l'inspecteur du travail, elle lui interdit seulement d'intervenir sur le fondement de l'article L. 4133-3 du Code du travail. Cet agent peut, en effet, notamment, prendre l'initiative de la procédure de mise en demeure du Direccte ou saisir en référé le juge judiciaire, sur le fondement de

l'article L. 4732-1 du Code du travail, d'ordonner qu'il soit procédé à la mise en œuvre des mesures qu'il retient (175).

Outre les éventuelles difficultés pour les faire aboutir, il est utile de rappeler que ces deux procédures d'alerte ne bénéficient, dans les faits, qu'à une partie des travailleurs (pour mémoire près d'un travailleur sur deux – 49% – n'était pas couvert par l'ancien CHSCT) (176).

Les travailleurs, et en particulier ceux dont la situation ne peut être relayée par l'actuel CSE, peuvent cependant envisager de faire cesser le danger, en dehors de ces procédures de retrait et d'alerte. En effet, « aux termes de l'article R.1455-5 du Code du travail, dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut, dans la limite de la compétence des conseils de prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend », l'article R.1455-6 du Code du travail « prévoyant que la formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite » (177).

Or, laisser perdurer une situation de danger grave et imminent constitue une atteinte à une liberté fondamentale (la protection de la santé) et, en conséquence, un trouble manifestement illicite (178), comme « toute violation des impératifs de protection (179) de la santé et de la sécurité des travailleurs ». La démonstration d'une urgence n'est d'ailleurs pas requise, de même que l'existence d'une contestation sérieuse ne fait pas obstacle à l'application des dispositions rappelées (180). Sauf que cette voie contentieuse ne résout pas davantage les difficultés précédemment rappelées pour le travailleur de se retirer d'une situation dont il n'aurait que le sentiment qu'elle soit de danger grave et imminent (181).

(170) Cass. Soc. 20 mars 2019, n° 17-23.027, *CHSCT c/ Parashop Diffusion*. Lorsqu'une demande est présentée par voie d'assignation, la saisine du juge est réalisée par la remise au greffe d'une copie de cette assignation à la date de cette remise (Cass. Soc. 6 juin 2018, n° 17-17.594, *CHSCT c/ Sté AXA France Iard*, Publié au bulletin).

(171) Cass. Soc. 9 oct. 2019, n° 18-15.538, *op. cit.*

(172) Cass. Soc. 12 juill. 2016, n° 15-16.337, *CHSCT c/ EDF*.

(173) Cass. Soc. 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702, *M. X. c/ Sté Finimétal*.

(174) Le préfet peut user de ses pouvoirs de police en infligeant une sanction administrative après mise en demeure prévue à l'article L. 521-17 du Code de l'environnement (art. L. 521-18 du même code) ou alerter les autres services en charge du contrôle en matière d'environnement.

(175) Tribunal judiciaire Lille, 3 avr. 2020, ordonnance n° RG/20/00.380, *Inspection du travail et UL CGT de Roubaix c/ Association ADR Flandres Métropole*, *op. cit.*

(176) Dares, Analyses, sept. 2019, n° 041.

(177) Le juge des référés peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent (article 835 du code de procédure civile).

(178) « Alors que le non-paiement du salaire à un salarié ayant exercé son droit de retrait constitue un trouble manifestement illicite qu'il appartient à la juridiction des référés de faire cesser, même en présence d'une contestation sérieuse... » (Cass. Soc. 30 mai 2012, n° 10-15.992, *Mme X. c/ Sté Socopoint*).

(179) Cass. Soc. n° 13-24.851, *UNSA, CGT et a. c/ Sté Sephora*.

(180) Cass. Soc. 25 mai 2018, n° 16-25.870, *Mme Y. E. c/ Association des Paralysés de France*.

(181) *Supra* II^{ème} partie, I, A, 1.

Contrairement au pouvoir préalable que le législateur lui laisse d'apprécier la légitimité et, au besoin, de tirer les conséquences de l'exercice du droit de retrait exercé par le travailleur, l'employeur n'a pas ce pouvoir dans le cadre du droit d'alerte. Il doit d'abord, en effet, procéder immédiatement à une enquête avec le représentant (article L. 4132-2 du Code du travail) ou examiner avec lui la situation (article L. 4133-2),

réunir d'urgence le CSE lorsqu'il conteste la réalité du danger (article L. 4132-3), saisir l'administration en cas de désaccord avec la majorité de ce comité (182) ou le juge, lorsqu'il conteste l'expertise décidée par le comité. Le salarié, titulaire du droit de retrait, est, en conséquence, bien moins loti quand son intérêt n'est pas pris en compte dans le cadre collectif.

II. La mise en œuvre de la protection du travailleur à l'initiative de l'administration (183)

Il s'agit ici d'un rapport entre l'employeur et l'administration, qui lui impose d'assurer la protection du travailleur en situation de danger (184) ou de danger grave et imminent (185). Ce travailleur n'a pas, en principe, à intervenir, notamment pour contester une décision de l'administration qui lui serait, en effet, favorable. L'administration peut tantôt user de la plénitude de ses prérogatives pour protéger le salarié (A), ou simplement solliciter le juge en urgence pour le même objectif de protection (B) (186).

A. La plénitude du pouvoir de protection reconnu à l'administration

Il y a l'intervention du Direccte, par mise en demeure (1.) et celle, à travers des modalités plus diversifiées, de l'agent de contrôle de l'inspection du travail, mentionné à l'article L. 8112-1 du Code du travail (2.).

1. La mise en demeure du Direccte

L'article L. 4721-1 du Code du travail prévoit que « Le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, sur le rapport de l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L. 8112-1, constatant une situation

dangereuse, peut mettre en demeure l'employeur de prendre toutes mesures utiles pour y remédier, si ce constat résulte :

1° D'un non-respect par l'employeur des principes généraux de prévention prévus par les articles L. 4121-1 à L. 4121-5 et L. 4522-1 ;

2° D'une infraction à l'obligation générale de santé et de sécurité résultant des dispositions de l'article L. 4221-1 ».

Cette décision ne s'intègre aux procédures d'urgence prévues au titre III du livre VII de la quatrième partie du Code du travail (187) que lorsque l'inspecteur du travail est saisi par l'employeur suite à un désaccord entre celui-ci et la majorité du CSE (art. 4132-4 du Code du travail). Elle peut faire l'objet d'un recours préalable (art. L. 4723-1 du Code du travail) dans les quinze jours suivant sa notification, lequel est suspensif (art. R. 4723-1 du Code du travail).

Ces dernières semaines, dans le contexte de la pandémie Covid-19, l'inspection du travail a utilisé à plusieurs reprises cette mesure, notamment à l'encontre d'entreprises de la distribution (188), ce qui, dans la presse, a témoigné de la présence sur le

(182) Dans le cadre de la procédure d'alerte en cas de risque d'atteinte à l'environnement ou à la santé publique, la saisine concerne le représentant de l'État dans le département et relève de l'initiative des seuls auteurs de l'alerte (art. L. 4133-3, C. trav.).

(183) Art. 13 de la convention OIT n°81 : « 1. Les inspecteurs du travail seront autorisés à provoquer des mesures destinées à éliminer les déficiences constatées dans une installation, un aménagement ou des méthodes de travail qu'ils peuvent avoir un motif raisonnable de considérer comme une menace à la santé ou à la sécurité des travailleurs. 2. Afin d'être à même de provoquer ces mesures, les inspecteurs auront le droit, sous réserve de tout recours judiciaire ou administratif qui pourrait prévoir la législation nationale, d'ordonner ou de faire ordonner : a) que soient apportées aux installations, dans un délai fixé, les modifications qui sont nécessaires pour assurer l'application stricte des dispositions légales concernant la santé et la sécurité des travailleurs ; b) que des mesures immédiatement exécutoires soient prises dans les cas de danger imminent pour la santé et la sécurité des travailleurs. 3. Si la procédure fixée au paragraphe 2 n'est pas compatible avec la pratique administrative et judiciaire du Membre, les inspecteurs auront le droit de saisir l'autorité compétente pour qu'elle formule des injonctions ou fasse prendre des mesures immédiatement exécutoires ».

(184) *Supra* 1^{ère} partie, II, A, 1.

(185) *Supra* 1^{ère} partie, II, A, 2, a) et b).

(186) Il doit être rappelé que la distinction faite ici entre les autorités au regard de leurs pouvoirs propres n'occulte en rien la participation, dans cette protection des travailleurs, des autorités auxquelles elles sont subordonnées, lorsqu'elles sont saisies sur recours hiérarchique.

(187) C'est-à-dire, plus précisément, celles, ne concernant pas les jeunes, relevant des articles L. 4731-1 à 5, L. 4732-1 à 4 et des règlements pris pour leur application.

(188) Notamment à l'encontre de la société FedEx à l'issue d'une visite de contrôle sur son site à l'aéroport de Roissy le 2 avr. 2020 (v. Le Parisien du 5 avr. 2020), plusieurs établissements de l'entreprise SAS Amazon, à Lauwin-Planque dans le Nord, Brétigny-sur-Orge dans l'Essonne, Saran dans le Loiret, Bovas dans la Somme, Montélimar dans la Drôme, Clichy dans les Hauts-de-Seine et Sevrey dans la Saône-et-Loire (Le Monde du 3 avr. 2020).

terrain des agents de cette institution dans ce contexte de confinement qui n'a pas facilité leur tâche.

2. Les décisions de l'agent de contrôle de l'inspection du travail en dehors du travail des jeunes

L'agent de contrôle peut procéder à l'arrêt temporaire des travaux (a.) ou de l'activité (b.).

a. L'arrêt temporaire de travaux

L'article L.4731-1 du Code du travail prévoit que l'agent de contrôle précité peut prendre toutes mesures utiles visant à soustraire immédiatement un travailleur qui ne s'est pas retiré d'une situation de danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, notamment en prescrivant l'arrêt temporaire de la partie des travaux ou de l'activité concernés, lorsqu'il constate que la cause de danger résulte d'une infraction aux obligations des textes que cet article vise. L'arrêt ne constitue, en conséquence, qu'une des mesures qui, en pratique, accompagne le retrait lui-même du travailleur en situation de danger. C'est cependant la mesure la plus emblématique.

Cette mesure est fréquemment utilisée (189), plusieurs milliers d'arrêts de travaux sont, en effet, décidés par an (190) (191). Cette notable efficacité est probablement liée à la simplicité et la rapidité de sa mise en œuvre, à la visibilité, de principe, des situations de danger grave et imminent qu'elle concerne, en particulier sur les chantiers du BTP, et au nombre de contrôles effectués par l'inspection du travail sur ces sites (192).

b. L'arrêt temporaire d'activité

Lorsqu'il constate que le travailleur se trouve dans une situation dangereuse avérée du fait d'une exposition à un agent chimique cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction, l'agent

de contrôle peut, en application de l'article L.4731-2 du Code du travail, ordonner l'arrêt temporaire de l'activité concernée, en cas d'échec de la mise en demeure préalable prévue à l'article L.4721-8 du Code du travail à l'issue des deux étapes imposées par l'article R.4721-6 du Code du travail (193). Il doit constater la persistance du danger pour prendre sa décision, après qu'il aura préalablement aussi souscrit au contradictoire prévu à l'article R.4721-10 du même Code. Certes, cet agent notifie (194) bien à l'employeur, en même temps que la première mise en demeure, de prendre des mesures provisoires afin de protéger immédiatement la santé et la sécurité des travailleurs ; ces séquences procédurales relativisent néanmoins, *de facto*, le caractère d'urgence de l'ensemble de la procédure, alors qu'il s'agit pourtant d'une exposition dangereuse avérée à un agent chimique déjà mentionné.

On notera qu'en principe, contrairement à la procédure d'arrêt de travaux, l'agent de contrôle ne décide pas ici du retrait du travailleur exposé à la situation dangereuse (195).

Celui-ci peut-il néanmoins exercer son droit de retrait dans ce contexte ? La réponse nous paraît affirmative, si l'employeur, dans les mesures provisoires précitées qui lui incombent, n'a pas procédé à la protection du salarié, d'autant que l'engagement de la procédure par l'agent de contrôle rend, en principe, difficile le déni du danger auquel ce travailleur a été exposé (196).

Tel que libellé aux articles L.4731-1 (*arrêt de travaux*) et L.4731-2 (*arrêt d'activité*) du Code du travail, le pouvoir reconnu ici à l'agent de contrôle paraît discrétionnaire : « *il peut ...* ». Pour autant, eu égard à la gravité des faits constatés et l'imminence du danger qu'ils postulent, l'agent de contrôle ne peut s'abstenir d'intervenir, sans risquer de commettre

(189) Si on rapporte ce nombre à la multiplicité des domaines d'intervention et au nombre d'agents de contrôle : 2.016 agents chargés du contrôle des entreprises, en 2017 (Cf. rapport annuel 2017 de l'inspection du travail).

(190) Plus de 3.000 en 2017.

(191) On comptabilise 6.068 décisions en intégrant les reprises de travaux (rapport annuel, l'inspection du travail en France en 2017, Éd. 2019, ministère du Travail).

(192) Ces contrôles représentent 1/5 des contrôles relatifs aux conditions de travail.

(193) Art. L.4721-8 : « Lorsque l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L.8112-1 constate que le travailleur est exposé à un agent chimique cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction, et qu'il se trouve dans une situation dangereuse avérée résultant de l'une des infractions mentionnées au présent article, il met en demeure l'employeur de remédier à cette situation. Dans le cas où cette mise en demeure est infructueuse, il procède à un arrêt temporaire de l'activité en application de l'article L.4731-2. Les infractions justifiant les mesures mentionnées au premier alinéa sont : 1° Le dépassement d'une valeur limite d'exposition professionnelle déterminée par

un décret pris en application de l'article L.4111-6 ; 2° Le défaut ou l'insuffisance de mesures et moyens de prévention tels que prévus par le chapitre II du titre I^{er} du livre IV de la quatrième partie en ce qui concerne les agents chimiques cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction [...] ».

(194) La mise en demeure et la notification ayant deux objets distincts, il y a, en conséquence, théoriquement, deux décisions simultanées avec la première mise en demeure.

(195) Il ne décide formellement du retrait que dans deux hypothèses : dans le cadre de la procédure d'arrêts de travaux (art. L.4731-1, C. trav.) et à l'occasion de l'exposition d'un jeune travailleur à une situation de danger grave et imminent (art. L.4733-2 et L.4733-3, C. trav.). C'est l'employeur qui, dans la procédure d'arrêt d'activité, doit envisager le retrait parmi les mesures qu'il doit prendre en application de l'article R.4721-6 du Code du travail prévoyant la première mise en demeure.

(196) Cass. Soc. 30 mai 2012, n°10-15.992, Mme X. c/ Sté Socopoint : « qu'ayant constaté que l'autorité administrative avait estimé que l'exercice par Madame X. de son droit de retrait était justifié, ce qui excluait que l'employeur puisse effectuer quelque retenue sur son salaire... ».

une erreur manifeste d'appréciation, avec les conséquences qui s'y attachent : la mise en cause possible de la responsabilité de l'administration.

En effet, dans les cas où l'agent de l'inspection du travail constate l'existence d'une situation de danger grave et imminent, la logique du système de protection consacre la nécessité de prendre une mesure de retrait immédiat du travailleur exposé, sous la forme de l'arrêt de travaux ou d'activité (197), ou autres mesures de mise hors danger.

La plénitude du pouvoir reconnu à l'agent de contrôle dans le cadre de ces deux procédures place celui-ci dans une situation de compétence liée (198) pour agir : il doit prendre un acte contraignant. Dès lors, il ne peut le faire par voie d'observation, d'avertissement ou de conseil, nonobstant l'article 17.2 de la convention OIT n°81 et l'article R.8124-27, alinéa 2 du Code du travail, qui lui donnent le pouvoir de décider librement des suites à donner aux constats qu'il réalise. Il est utile de préciser, cependant, à ce propos, que, si l'observation ou la lettre (199) qui la contient n'oblige pas le destinataire à entreprendre ce que lui propose l'agent de contrôle et ne constitue pas une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir (200), cet acte, exercé dans le cadre des missions de l'agent, engage bien l'administration (201).

En application de l'article L.4731-4 du Code du travail, l'employeur peut saisir le juge administratif par la voie du référé. On rappellera, par ailleurs, qu'il n'est mis fin à la décision d'arrêt de travaux ou d'activité qu'avec la décision d'autorisation de reprise. Aussi, « dès lors qu'une mesure de suspension de travaux ou d'une activité poursuit ses effets après l'arrêt des travaux ou de l'activité en cause, une demande de

suspension en référé conserve un objet tant que l'administration n'a pas mis fin à la mesure » (202).

3. Le cas particulier de la protection en urgence des jeunes par l'Inspecteur du travail

a. La protection générale des jeunes affectés à des travaux dangereux

Les jeunes travailleurs représentent environ 10% de la population active. Le problème de leurs conditions de travail constitue un enjeu qui fait l'objet de peu d'études spécifiques. Toutefois, en 2013, l'Anact s'interrogeait déjà « Pourquoi les jeunes ont trois fois plus d'accidents de travail que leurs aînés ? », tandis que l'Inrs rappelait qu'en France, la fréquence annuelle des accidents du travail pour les jeunes de moins de vingt-cinq ans (203) était de 10%, soit 2,5 fois plus forte que celle de l'ensemble des salariés, tous secteurs d'activité confondus.

Le jeune peut toujours se retirer d'une situation dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle constitue un danger grave et imminent pour sa vie et sa santé. Dans la réalité du travail, son statut dans l'établissement le dissuadera probablement d'exercer son droit. Le législateur a confié la charge de la protection des jeunes placés dans une telle situation à l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L.8112-1 du Code du travail ; d'abord, quand le jeune travailleur (204) est affecté à l'un des travaux interdits listés à l'article L.4153-8 du Code du travail (art. L.4733-2 du Code du travail (205)), ensuite lorsque cet agent constate que ce jeune est affecté à des travaux réglementés listés à l'article L.4153-9 du Code du travail, et qu'il se trouve dans la même situation de danger (art. L.4733-3 du Code du travail (206)).

(197) Sous réserve de l'observation précédente rappelant que ce retrait sera opéré par l'employeur avec les mesures provisoires que l'agent de contrôle lui a, par notification prévue à l'art. R.4721-6, 1°, C. trav., demandé de prendre pour protéger immédiatement la sécurité et la santé des travailleurs.

(198) P. Massamba-Débat, « La décision administrative appliquée aux relations du travail, à l'emploi et à la formation professionnelle », *Economica* 2017, p. 122, n° 228.

(199) La lettre d'observations apparaît comme la suite à contrôle de préélection des agents de l'inspection du travail, plus d'une intervention sur deux : en 2017, sur 262.524 interventions, il y a eu 161.334 lettres d'observation (rapport annuel, l'inspection du travail en France en 2017, Éd. 2019, ministère du Travail). Pour mémoire, on rappellera qu'il y a eu 4.385 procédures pénales pour une population de 1,76 millions d'établissements. Ce qui relative l'image parfois proposée par ses détracteurs d'une inspection de travail à propension répressive.

(200) CE 22 févr. 1989, n° 69.007 A, *Sté Socpresse* ; CAA Paris 31 juill. 2015, n° 14PA04.881, *Sté L'Anneau*.

(201) On rappellera simplement que le juge avait déjà retenu que la responsabilité de l'administration soit engagée en cas de simples informations inadaptées émanant des services du ministère du Travail (CE 11 juill. 2003, n° 227.073, *Mme Simone*

X. ; CE 21 juill. 2003, n° 61.136, *M. Francis* ; CE 25 août 2008, n° 284.866, *M. Abd-El-Malik A.*).

(202) CE 2 oct. 2019, n° 432.388 A, *Sté Auchan*.

(203) Ce taux est divisé par 2 lorsque ces jeunes ont reçu un enseignement en santé et sécurité au travail au cours de leur formation (Synthèse étude INRS Accidentologie des jeunes travailleurs, 6 févr. 2018).

(204) Au sens de l'art. L.4111-5, C. trav., qui définit les travailleurs : « les salariés, y compris temporaires, et les stagiaires, ainsi que toute personne placée, à quelque titre que ce soit, sous l'autorité de l'employeur ».

(205) Art. L.4733-2, C. trav. : « Tout jeune travailleur de moins de dix-huit ans affectés à un ou plusieurs travaux interdits prévus à l'article L.4153-8 est retiré immédiatement de cette affectation lorsque l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L.8112-1 le constate ».

(206) Art. L.4733-3, C. trav. : « Lorsque l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L.8112-1 constate que, par l'affectation à un ou plusieurs travaux réglementés prévus à l'article L.4153-9, un jeune travailleur âgé de moins de dix-huit ans est placé dans une situation l'exposant à un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, il procède à son retrait immédiat ».

Dans ces conditions, l'agent de contrôle procède au retrait immédiat du jeune travailleur. Il a compétence liée pour le faire, au sens précédemment exposé (207).

b. La protection spécifique des apprentis en cas de risque sérieux d'atteinte à leur intégrité physique et psychologique

Les dispositions des articles L.4733-2 et L.4733-3 du Code du travail sont d'application générale, elles concernent, en principe, tous les jeunes et, par voie de conséquence, les jeunes apprentis, que l'agent de contrôle de l'inspection du travail peut retirer de leur poste en cas de « *risque sérieux d'atteinte à leur santé ou à leur intégrité morale* » (208).

On observera que, pour les jeunes, la décision de suspension prise par le Direccte n'est assortie d'aucun délai après la proposition qui la précède de l'agent de contrôle (art. L.4733-8 du Code du travail), alors qu'elle doit être prise sans délai pour l'apprenti (art. R.6225-9 du Code du travail).

Le délai de quinze jours, à compter du constat de l'agent, est le même pour que le Direccte se prononce sur la reprise de l'exécution du contrat de travail ou de la convention du jeune (art. L.4733-9 du Code du travail) ou sur la reprise du contrat d'apprentissage (art. L.6225-5 du Code du travail).

Le refus ultérieur d'autoriser la reprise de l'exécution du contrat de travail, de la convention de stage ou du contrat d'apprentissage entraîne la rupture de ce contrat ou de cette convention de stage (art. L.4733-9 et L.6225-5). Ce refus peut s'accompagner d'une interdiction de recruter de nouveaux jeunes âgés de moins de dix-huit ans, travailleurs ou stagiaires (art. L.4733-10 du Code du travail) ou des apprentis, ainsi que des jeunes titulaires d'un contrat d'insertion en alternance (art. L.6225-6 du Code du travail).

Le volume de ces mesures décidées par l'administration, en conséquence leur impact, sont fortement tributaires de la présence effective des agents de contrôle sur le terrain. Lorsqu'elles sont prises et aboutissent au retrait immédiat du travailleur concerné, leur efficacité apparaît indéniable. Elles font prévaloir, au moment le plus approprié, à notre avis, le droit du travailleur à la santé sur la liberté d'entreprendre. Elles ne sont, au demeurant, pas exclusives de sanctions administratives prévues dans la partie IV, livre VII, titre V du Code du travail, ou des sanctions pénales prévues au titre IV précédant ce dernier titre.

(207) V. *supra* II^{ème} partie, II, A, 1, b.

(208) Sur le rapprochement à faire entre « danger grave et imminent » et « risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique et psychologique », v. *supra* I^{ère} partie, II, A, 4.

B. La mise en œuvre par le recours au juge judiciaire de l'urgence : le référé judiciaire

L'agent de contrôle saisit le juge judiciaire, statuant en référé, lorsqu'il constate un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur résultant de l'inobservation des dispositions citées à l'article L.4732-1 du Code du travail. Cette saisine est aussi prévue, sans autre alternative, lorsque l'atteinte concerne un intervenant dans le cadre d'une intervention de BTP ou de génie civil en raison de l'inobservation des dispositions incombant au maître d'ouvrage et mentionnées à l'article L.4732-2 du Code du travail. Relevant de la seule compétence des inspecteurs du travail, cette procédure est régie par le Code de procédure civile, en particulier les articles 484 à 491.

Étant demandeur, l'agent de contrôle est placé – procédure civile oblige – sur un pied d'égalité avec la partie défenderesse (*l'employeur*). Les éléments de la demande ne doivent pas se cantonner à la simple application du droit. En effet, « *la charge de la preuve de l'existence d'un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur résultant de l'inobservation par l'employeur des dispositions de la 4^{ème} partie du livre VII, des titres 1^{er}, III et IV et chapitre III du titre V du livre I^{er}, du titre II du livre II, des livres III et IV et du titre I^{er}, chapitres III et IV du titre III et titre IV du livre V du Code du travail pèse sur l'inspecteur du travail qui sollicite la mise en œuvre des mesures propres à le faire cesser* » (209).

D'un point de vue pratique, la procédure comprend plusieurs étapes, dont les règles et le « timing » doivent scrupuleusement être respectés : obtention d'une lettre de mission auprès de son administration, rédaction de l'assignation, dépôt en trois exemplaires de l'assignation auprès de l'huissier antérieurement choisi, préparation de la présentation orale du dossier après la réception du second original, nouveau contrôle dans l'entreprise avant l'audience, etc. L'ordonnance de référé est susceptible d'appel dans les quinze jours suivant sa notification.

Le référé judiciaire est très peu utilisé par l'inspection du travail, sinon, pour l'essentiel, en « référé dominical ». En matière de sécurité et de santé, il s'avère quasi exceptionnel : une dizaine de fois par an (11 fois en 2017 !) (210). La raison tient probablement à ses difficultés de mise en œuvre, en comparaison,

(209) Cass. Soc. 20 nov. 2013, n° 12-14.658, *Sté Draka Paricable* ; Guide pratique DGT du 20 avr. 2011 des référés de l'inspection du Travail, une procédure civile.

(210) Entre 2013 et 2017, cette procédure n'a été utilisée qu'une dizaine de fois, excepté en 2013, 63 fois (Cf. rapport annuel préc.).

notamment, de la procédure d'arrêt de travaux, voire de la procédure pénale.

Il s'agit cependant d'une voie plus rapide et pertinente que la procédure prévue à l'article L.4731-2 du Code du travail, relatif à l'arrêt d'activité ou celle de la voie pénale, lorsque l'exigence de la protection des travailleurs commande l'urgence, en particulier en matière de risques biologiques et de pandémie. Le juge ordonne les mesures adéquates, dès lors que l'inspecteur du travail a identifié les dispositions légales et établi une inobservation par l'employeur de ces dispositions (211).

On notera cependant que, au mois d'avril, cette procédure a été utilisée à plusieurs reprises avec une efficacité qui a été remarquée, le droit des travailleurs à la santé ayant été solennellement reconnu (212).

Il paraît utile d'observer, cependant que, dans le cadre du droit d'alerte, le référé pose le problème de son articulation avec la mise en demeure du Direccte. Ces deux mesures peuvent, en effet, être retenues dans un même dossier, la mise en demeure pouvant intervenir pour les seuls constats n'ayant pas le caractère de danger grave et imminent (213). Dans ce contexte précis, il semble que c'est la solution que retiendrait l'inspection du travail, principale institution de l'État, dont la vocation première, il convient de le rappeler, est la protection de la santé des travailleurs (214). Encore faut-il que la mise en œuvre d'une procédure de référé n'apparaisse pas délicate à décider au sein

des services eux-mêmes (215). Si c'était le cas, il ne resterait plus aux salariés, ou à leurs représentants syndicaux, qu'à prendre eux-mêmes la responsabilité d'engager en urgence un référé judiciaire dans le cadre du droit commun.

Conclusion

Le système de protection du travailleur en situation de danger grave et imminent apparaît complexe en raison de la diversité de ses modalités (216) de mise en œuvre et des logiques que celles-ci sous-tendent. Surtout, il ne déroge pas au déséquilibre inexpugnable entre les parties au contrat de travail, en consacrant globalement la primauté de la liberté d'entreprendre sur le droit à la santé.

En effet, à peine exercé le droit de retrait, liberté proclamée fondamentale reconnue au travailleur, le pouvoir patronal, suspicieux (217), reprend son ascendant. L'employeur peut ainsi, immédiatement et directement (218), opérer une retenue sur salaire (219) ou infliger une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement (220). Il le peut, sans devoir saisir préalablement le juge (221), simplement parce qu'il a décidé que ce retrait ne repose pas sur un motif raisonnable (222). Si, théoriquement, le pouvoir patronal a pu être momentanément interrompu, en pratique son retour est ici immédiat.

Pour le salarié, son droit ainsi contesté l'oblige à assigner son employeur devant le juge (223). Il doit le

(211) Tribunal judiciaire Lille, ordonnance du 3 avr. 2020, *op. cit.*

(212) Notamment : Trib. Jud. de Lille, ord. du 03 avril 2020, *Inspection du travail et CGT (intervenant volontaire) c/ ADAR Flandres Métropole*, n° RG 20/00380 ; Trib. Jud. De Lille, ord. du 14 avril 2020, *Inspection du travail et CFDT (intervenant volontaire) c/Sté CSV*, n° RG 20/00386 ; Cour d'appel de Versailles du 24 avril 2020, n° RG 20/011993.

(213) Puisqu'en effet ce caractère commande, en principe, soit l'arrêt des travaux, soit celui de l'activité, lesquels visent au retrait du travailleur.

(214) Ce n'est pas, à première vue, le sentiment que donne le dossier Amazon. En effet, s'il y a bien eu des mises en demeure, l'organisation syndicale a eu seule recours au référé, alors qu'elle aurait pu être intervenante volontaire à une procédure engagée par l'inspection du travail (Trib. Jud. de Nanterre, ord. du 14 avril 2020 *Union syndicale Solidaires c/Amazone France Logistique*, n° RG/00503).

(215) Depuis quelques semaines, la majorité des syndicats du ministère du Travail dénoncent, en effet, par des tracts et des déclarations à la presse, les pressions hiérarchiques qui seraient exercées à l'encontre des agents de contrôle pour les inciter à plus de modération ou, dans certains cas, à ne pas intervenir (L'Humanité, 23 mars 2020, Ouest-France 9 avr. 2020, Politis 7 avr. 2020, Sud-Ouest 16 avr. 2020, Le Figaro 16 avr. 2020, Médiapart 16 avr. 2020, ...).

(216) Toutes enserrées, comme nous l'avons vu, dans des cadres normatifs précis et différents en vue d'une même protection. Dans certains cas, l'agent de contrôle décide du retrait immédiat du salarié (art. L.4731-1, L.4733-2 et L.4733-3, C. trav.), dans d'autres cas (art. L.4732-1 et L.4732-2 du même code), il doit saisir le juge qui décide des mesures de protection, à moins qu'il ait notifié à l'employeur l'obligation de prendre des mesures provisoires en application de l'art. R.4721-6, C. trav.

(217) Cette suspicion peut simplement résulter des divergences de perception du risque existant souvent entre le salarié et son employeur et liées à certains facteurs explicatifs. (Aurore Desjonquères, « L'exposition aux risques du travail : quels écarts entre les salariés et leurs employeurs », précité).

(218) Cass. Crim. 25 nov. 2008, n° 07-87.650, *CGT des Transports et a.* ; publié au bulletin.

(219) Que le juge n'assimile pas à une sanction qui serait, du coup, illégale en raison de l'interdiction des sanctions pécuniaires par l'art. L.1331-2, C. trav., mais se fonde sur l'absence de service fait pendant la durée de l'exercice du droit de retrait par le salarié (Cass. Soc. 11 mai 1989, n° 86-43.497, *MM. X. et Y. et a. c/ Société nouvelle des ateliers et chantiers de La Rochelle-Pallice (SNACRP)*, publié au bulletin).

(220) Cass. Soc. 17 oct. 1989, n° 86-43.272, *Mme Solange X. c/ SA Auxilec* ; même quand le juge a retenu que le salarié avait exprimé un droit de retrait : « que l'exercice - non exprimé comme tel - du droit de retrait ne saurait caractériser l'existence d'une faute grave, mais n'en constitue pas moins un motif réel et sérieux de licenciement, au surplus compte tenu de la longue ancienneté du salarié » (Cass. Soc. 2 mars 2010, n° 08-45.086, *M. X. c/ Sté Frêt Luzien*).

(221) Cass. Crim. 25 nov. 2008, n° 07-87.650.

(222) Certes, l'employeur ne décide pas de ces mesures sans risque ; au cas où elles seraient annulées, il pourrait être condamné à réparer le préjudice qu'il a fait subir à son salarié.

(223) Cette mise en cause de son employeur constitue toujours un cas de conscience pour le salarié lorsque la pérennité de son séjour dans l'entreprise n'est pas l'objet de la sanction. Dans le cas contraire, lorsque la sanction est un licenciement, il n'a plus le choix et est contraint à cette mise en cause pour essayer de « sauver sa peau ».

faire sur ses propres deniers (224). Si, contre le licenciement, l'exercice de l'assignation est contraint (*il n'a plus rien à perdre*), contre les autres sanctions ou contre la retenue sur le salaire, les conséquences envisageables d'une telle assignation peuvent, comme souvent, inciter le travailleur à renoncer à agir. Car, même s'il obtenait gain de cause, s'ajouterait à la pression psychologique, en conséquence induite, ayant accompagné son action, celle de redouter des mesures de rétorsion, notamment de craindre désormais pour la pérennité de son maintien dans l'entreprise.

Lorsque le législateur autorise, pour la protection de la santé du travailleur en situation de danger grave et imminent, que l'administration, dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, ou le juge puissent momentanément affecter la liberté d'entreprendre, l'équilibre entre les deux libertés fondamentales s'avère moins virtuel que dans le régime du droit de retrait exercé par le travailleur seul. Le primat de la protection de la santé résulte alors directement de la décision administrative de l'inspecteur du travail, qui intervient en reconnaissance de la situation de danger immédiat. Le travailleur, pas plus que dans le cadre du droit d'alerte, n'a plus, en principe, à intervenir, c'est-à-dire à engager, à l'encontre de son employeur (225), une procédure juridictionnelle coûteuse, à l'issue incertaine. C'est à ce dernier de contester la décision protectrice, sur le terrain juridique à l'égard duquel il est, en principe, moins démuné que son salarié.

Parce que « *le droit du travailleur sur son corps ne peut être envisagé que subjectivement* » (226), il est nécessaire que le caractère subjectif du motif raisonnable constitue le pilier de l'exercice du droit de retrait et que l'État, à travers son administration, en garantisse l'exercice dès le départ, sans le soumettre préalablement à une perception patronale, qui n'est pas plus légitime que celle du travailleur (227). On pourrait, dès lors, imaginer que l'employeur qui conteste l'existence

d'un tel motif, c'est-à-dire qui est en désaccord avec son salarié invoquant une situation de danger grave et imminent, soit tenu, comme dans le cadre du droit d'alerte en cas de désaccord, de saisir préalablement l'inspecteur du travail (228), lequel statuerait. Plus que l'expert éventuellement convoqué à cet effet, qui, en principe, intervient sur la seule réalité technique du danger, cet agent nous paraît pouvoir mieux apprécier la vraisemblance imposée à la reconnaissance de ce motif. Il connaît l'entreprise (son histoire, l'organisation du travail, les postes de travail, le climat social et son environnement, les antécédents en termes d'accidents de travail, de maladies professionnelles ou de risques psychosociaux, ...). Il connaît les acteurs (employeur, représentants du personnel, salariés). Il est en proximité avec le médecin du travail, le médecin-inspecteur du travail et l'ingénieur de prévention. Son obligation de confidentialité et de secret professionnel le fait accéder à des informations qui peuvent être déterminantes pour la juste appréciation des réalités.

La décision administrative (229) cristalliserait alors le débat. L'employeur pourrait la contester en référé. Serait alors promu, à notre avis, dans ce contexte d'extrême danger, un meilleur équilibre entre les libertés fondamentales en contradiction (230).

Alain Leduc et Paul Massamba-Débat

(224) Ne pouvant pas, lui, provisionner sur le compte de l'entreprise.

(225) S'il doit contester, ce sera, en effet, en théorie contre la décision de l'administration. La différence pour lui n'est pas anodine : ce n'est pas à l'encontre de son employeur qu'il agira.

(226) A. Bousiges, *op. cit.* Lire également Michèle Bonnechère, « Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », *Dr. Ouvr.* 1994, p.173.

(227) Quand bien même la perception de l'employeur est soumise dans le cadre du droit de retrait au contrôle du juge du fond, encore faut-il, au demeurant, que le travailleur ait sollicité celui-ci.

(228) Certains observateurs proposent dans la période « d'urgence sanitaire » la voie juridictionnelle d'un recours préalable de l'employeur (cf. Alain Cockenpot, « *Crise sanitaire : faire primer la légitimité de l'exercice du droit de retrait ?* », *Village de la Justice Village-justice.com*, 9 avr. 2020). Cette alternative ne nous paraît pas résoudre, à ce stade et dans ce contexte

particulier, la nécessité de connaître l'environnement matériel, et surtout psychologique, du travailleur que convoque la juste appréciation du motif raisonnable (v. *supra* II^{ème} partie, I, A, 1, b). Dans tous les cas, l'employeur bénéficiera de l'accès au juge s'il entend contester la décision de l'administration.

(229) Rappelons que cette décision n'est pas exclusive de toute procédure pénale, laquelle pourra intervenir sur le fondement de la constatation objective d'une infraction caractérisée. L'art. L.4741-1, C. trav. prévoit une amende de 10.000 € appliquée autant de fois qu'il y a de travailleurs concernés dans l'entreprise. Ces amendes peuvent être mises à la charge de l'employeur, en application de l'art. L.4741-2 du même code, dans l'hypothèse que cet article prévoit.

(230) Accessoirement, le système éviterait ainsi à l'employeur qui nierait, à tort, le caractère de danger grave et imminent, d'infliger une épreuve psychologique induite à son salarié, en opérant une retenue sur salaire ou en le sanctionnant.