

## LE TRAVAILLEUR ET LE PANGOLIN

# La légitimité de l'exercice du droit de retrait face à l'épidémie de Covid-19

Par Lucie JUBERT-TOMASSO, Maîtresse de conférences,  
Université Sorbonne Paris-Nord

### PLAN

- I. Les modalités d'exercice du droit de retrait rapportées à sa double fonction
  - A. La protection individuelle de l'intégrité physique ou psychique du travailleur
  - B. La mobilisation collective pour le renforcement de la prévention
- II. Les paramètres de l'appréciation du motif raisonnable d'exercer son droit de retrait
  - A. Les circonstances extérieures au salarié
  - B. Les caractéristiques propres au travailleur

L'article L. 4131-1 du Code du travail confère au travailleur le droit de se retirer d'une situation de travail dont il a un motif raisonnable de croire qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé physique et, en théorie au moins, sa santé mentale. S'il est légitime, l'exercice de ce droit de retrait ne peut entraîner ni perte de salaire ni sanction disciplinaire (1). À cela s'ajoute que le bénéficiaire de la faute inexcusable est de droit en cas de survenance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle à la suite de l'alerte et au retrait du salarié (2).

Les conséquences de l'exercice du droit de retrait et sa protection sont relativement connues et ne suscitent guère de débats. Ceux-ci se concentrent davantage sur la légitimité de son exercice. L'exercice du droit de retrait face à une éventuelle contamination de Covid-19 n'y fait pas exception, bien au contraire.

La légitimité de l'exercice du droit de retrait est délimitée par la notion de danger grave et imminent. La circulaire du 25 mars 1993 qui sert encore aujourd'hui de référence définit le danger grave comme « *tout danger susceptible de produire un accident ou une maladie entraînant la mort ou paraissant devoir entraîner une incapacité permanente ou temporaire prolongée (3)* ». De prime abord, cela semble devoir être le cas du Covid-19, au moins dans les formes graves de la maladie. L'imminence, elle, est définie par cette même circulaire comme « *tout danger susceptible de se réaliser brutalement dans un délai rapproché (4)* ». Il est bien question de l'imminence du danger et non du dommage. Là encore, il n'est pas possible d'exclure *a priori* une contamination de Covid-19 du champ de l'exercice légitime du droit de retrait. En effet, quoique les effets du virus puissent être différés dans le temps, la contamination, elle, peut assurément être imminente sur le lieu de travail, à tout le moins lorsque les contacts entre personnes sont rapprochés (5).

Certes, le degré de gravité et d'imminence du danger de contamination au Covid-19 sont sujets au doute. Reste que, la légitimité du droit de retrait est subordonnée non pas à l'existence réelle et objective d'un danger grave et imminent, mais à la crainte et à la croyance que pouvait raisonnablement en avoir un travailleur (6). Autrement dit, il y a place à l'erreur d'appréciation de celui-ci. L'incertitude sur les mesures de protection adaptées, les confinements, les couvre-feux ou l'état d'urgence sanitaire qui n'en finit plus, s'ils n'abondent pas nécessairement dans le sens de l'existence objective du danger, sont de nature à accroître la crainte des travailleurs.

(1) C. trav., art. L. 4131-3. À cela s'ajoute que le licenciement prononcé en raison de l'exercice légitime du droit de retrait est nul : Soc., 28 janv. 2009, n° 07-44.556 ; Bull. civ., V, n° 24.

(2) C. trav., art. L. 4131-4.

(3) Circ. DRT n° 93/15 du 26 mars 1993, p. 16.

(4) *Ibid.*

(5) L'exposition à l'amiante peut servir d'exemple dans cette appréhension des effets différés du dommage produit par un danger imminent : CA Aix-en-Provence, 24 janv. 2019, n° 17/04630, 8 arrêts.

(6) Soc., 20 nov. 2014, n° 13-22.421.

Au vu de l'ampleur sans précédent de la crise sanitaire, on aurait pu penser que face au Covid-19, l'exercice du droit de retrait par les travailleurs serait largement admis, du moins aux premiers temps de l'épidémie au printemps dernier.

Peut-être y avait-il là un peu de naïveté de la part de l'observateur mais il n'en a rien été. Au cours de la période, on a beaucoup lu et entendu parler des bons et, surtout, des mauvais usages du droit de retrait par temps de pandémie. L'exercice du droit de retrait par les travailleurs devrait rester exceptionnel. Les arguments employés par le ministère du Travail – sa doctrine – retiennent particulièrement l'attention. Le gouvernement affirme que le droit de retrait vise une situation *particu-*

*lière de travail et non une situation générale de pandémie. Dès lors, la mise en œuvre de mesure de prévention, l'information et la formation du personnel, notamment par le biais des institutions représentatives du personnel, devraient faire échec à l'exercice du droit de retrait à raison de la seule situation générale de pandémie (7).*

Dans cette opposition entre le général et le particulier se noue le double enjeu de la légitimité du droit de retrait face au Covid-19 à la fois quant à ses modalités d'exercice (I), et notamment à son caractère collectif, et, ensuite, quant aux contours du motif raisonnable et à son appréciation par les juges (II).

## I. Les modalités d'exercice du droit de retrait rapportées à sa double fonction

Dans la doctrine gouvernementale, la référence à la nécessaire *particularité* de la situation de travail vise d'abord le caractère individuel de l'exercice du droit de retrait. Selon les mots de la ministre au printemps, il ne serait « *jamais collectif (8)* ». Certes le droit de retrait est un droit individuel du travailleur mais il peut s'exercer collectivement sans, de ce simple fait, être illégitime. Cette rhétorique jetant la suspicion sur le bien-fondé de l'exercice *collectif* du droit de retrait n'est pas nouvelle (9). Néanmoins, l'occasion se présente ici de rappeler que les *conditions d'exercice* – individuel ou collectif – du droit de retrait doivent être distinguées de ses *conditions d'existence*, et plus spécifiquement de la crainte en un danger grave et imminent (10). Les modalités d'exercice doivent plutôt être rapportées à la double fonction du droit de retrait. Sans équivoque possible, l'exercice du droit de retrait sert d'abord à la protection individuelle de l'intégrité physique ou psychique du travailleur (A). Quoique de façon plus contestée, le droit de retrait constitue également une forme de mobilisation collective pour le renforcement des mesures de prévention (B).

### A. La protection individuelle de l'intégrité physique ou psychique du travailleur

La première fonction préventive du droit de retrait est de permettre à un travailleur de s'éloigner immédiatement du danger en cessant son travail. Par ce seul geste, il assure la protection de son intégrité physique ou psychique. En ce sens, le droit de retrait est un « *filet de protection individuel (11)* » utilisé dans un « *état de nécessité* » du travailleur (12) et d'urgence. Dans cette perspective, le droit de retrait ne devrait souffrir aucun retard. Dès lors, la légitimité du droit de retrait ne peut être subordonnée ni à l'alerte préalable de l'employeur par le salarié (13) ni même, d'ailleurs, à la saisine préalable du CSE ou de l'inspecteur du travail (14). Certes le travailleur est tenu à un devoir d'alerte (15), et son manquement peut constituer une faute disciplinaire (16). Néanmoins, l'absence d'alerte, pour fautive qu'elle soit, n'enlève rien à la croyance en un danger grave et imminent qui est l'unique condition d'exercice légitime du droit de

(7) Cette position avait été adoptée à l'occasion de la pandémie de A/H1N1 : Circ. DGT n° 2009/16, 3 juil. 2009, relative à la pandémie grippale et complétant Circ. DGT n° 2007/18, 18 déc. 2007 (pandémie grippale). Elle a été réitérée concernant la pandémie de Covid-19 : <https://code.travail.gouv.fr/fiche-ministere-travail/responsabilite-de-l'employeur-droit-de-retrait>.

(8) M. Pénicaud, Europe 1, 5 mars 2020.

(9) On se rappellera les vifs débats à l'automne 2019 sur les droits de retrait collectifs, et massifs, exercés à la SNCF.

(10) En ce sens : A. Gardin, « Le droit de retrait du travailleur : Retour sur quelques évolutions marquantes », *RJS*, 8-9/2009, p. 599.

(11) E. Dermine, S. Remouchamps, L. Vogel, « Le droit de retrait face à un danger grave et immédiat pour la santé : Esquisse d'un régime juridique », *JTT*, n° 1365, 201V, 2020.

(12) J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Droit social*, 1990, p. 49.

(13) CA Metz, 30 oct. 2020, n° 17/03111 ; CA Poitiers, 29 oct. 2020, n° 18/02018 ; CA Paris, mars 2020, n° 18/00575. Certaines cours d'appel jugent ainsi sans même examiner le motif raisonnable du travailleur de se croire en danger : CA Colmar, 2 oct. 2014, n° 13/01246 ; CA Paris, 24 juin 2020, n° 15/04743.

(14) CA Metz, 14 janv. 2020, n° 17/01235.

(15) Soc., 28 mai 2008, n° 07-15.744 ; *Bull. civ.*, V, n° 120.

(16) A. Gardin, « Le droit de retrait du travailleur : Retour sur quelques évolutions marquantes », *RJS*, *op. cit.*

retrait. D'ailleurs, de façon constante, le Conseil d'État comme la Cour de cassation jugent que le règlement intérieur ne peut imposer une déclaration écrite préalable à l'exercice du droit de retrait puisqu'elle a pour effet d'en limiter l'usage (17). Le droit de retrait peut même résulter d'un simple état de fait (18). De même, la chambre sociale avait déjà eu l'occasion de préciser que l'exercice du droit de retrait n'était pas subordonné à l'engagement préalable de la procédure d'alerte de l'ex-CHSCT ou du CSE (19).

À l'exception de l'articulation entre devoir d'alerte et droit de retrait, les modalités de l'exercice individuel du droit de retrait ne suscitent guère de débat. Son exercice collectif est plus problématique.

## B. La mobilisation collective pour le renforcement de la prévention

Le droit de retrait a une seconde fonction, bien plus débattue. Le droit de retrait s'insère dans un dispositif de prévention plus large : son exercice enclenche une réaction de l'employeur, des représentants du personnel et très souvent de l'inspecteur du travail et du médecin du travail (20). Dès lors, même lorsqu'il s'exerce individuellement et encore plus lorsqu'il s'exerce collectivement, le droit de retrait a une fonction préventive de plus large échelle qui dépasse la seule mise à l'écart immédiate du danger : celle de faire appliquer ou de renforcer l'existence de mesures de prévention. En cela, le droit de retrait, n'est pas seulement un « *filet de protection individuelle* », il est aussi « *un outil de pression collectif* (21) ».

À n'en pas douter, le droit de retrait peut s'exercer collectivement (22), comme l'indique la lettre de l'article L. 4131-1 en faisant référence à « *un groupe de travailleurs* ». Le droit de retrait peut donc être un droit individuel exercé collectivement sans être, de ce seul fait, ni abusif ni même suspecté d'être un

détournement du droit de grève. L'unique critère de distinction entre le droit de grève et le droit de retrait qui s'exerce collectivement réside dans l'existence ou non de revendications professionnelles (23). À ce titre, il importe peu que le droit de retrait ait été exercé de façon concertée et ait fait l'objet d'un mot d'ordre syndical (24). Ainsi, seul le droit de retrait exercé en vue de la revendication d'une *amélioration des conditions de travail* est illégitime. Le droit de retrait exercé en vue de la seule *application de mesures de prévention* ne l'est pas.

La distinction n'est pas si évidente à manier dès lors qu'est en cause l'organisation du travail dans son ensemble. En effet, les juges ont tendance à voir un détournement du droit de retrait dès lors que son exercice vise à critiquer une nouvelle organisation du travail (25). La difficulté pourrait sembler particulièrement aiguë avec le Covid-19 puisque nombre des mesures de prévention ne concernent pas seulement des équipements de protection, mais bien l'organisation du travail (télétravail, mesures de circulation, agencement des postes, décalage des horaires, etc.). Il s'agit d'une fausse difficulté si l'on veut bien admettre que les mesures de réorganisation du travail constituent justement des mesures de prévention du risque de contamination (26).

Reste que la légitimité du droit de retrait exercé collectivement doit être appréciée à l'aune de la situation propre de chaque travailleur. Autrement dit, le caractère individuel du droit de retrait rejaillit au stade de l'appréciation du motif raisonnable de croire qu'une situation de travail expose à un danger grave et imminent. Ainsi, il y a matière à une appréciation individualisée de la légitimité du droit de retrait exercé par un groupe de travailleur.

(17) CE, 12 juin 1987, n° 72388 ; CE, 11 juil. 1990, n° 85416 ; CE, 30 nov. 1990, n° 89253 ; Soc., 28 mai 2008, n° 07-15.744, préc.

(18) Les cours d'appel ont parfois du mal à le reconnaître : CA Bordeaux, 23 janv. 2020, n° 17/05680 ; CA Metz, 30 oct. 2020, n° 18/02341 ; CA Grenoble, 24 sept. 2020, n° 17/04791.

(19) Soc., 10 mai 2001, n° 00-43.437.

(20) La lecture des articles L. 4131-1 et suivants montre combien le droit de retrait et la procédure d'alerte des représentants du personnel au CSE sont liés. Plus largement, sur la part du débat entre les acteurs dans la prévention des risques dans l'entreprise : C. Wolmark et E. Lafuma, « Le lien santé-travail au prisme de la prévention : Perspectives juridiques », *PISTES*, 20-1, 2018, mis en ligne le 01 nov. 2016, <https://journals.openedition.org/pistes/5560#quotation>, consulté le 15 janv. 2021.

(21) E. Dermine, S. Remouchamps, L. Vogel, « Le droit de retrait face à un danger grave et immédiat pour la santé : Esquisse d'un régime juridique », *JTT*, *op.cit.*

(22) Contra. P.-Y. Verkindt, M. Babin, « Controverse : Quels usages du droit de retrait ? », *RDT*, 2020, p. 721.

(23) S'il y a des revendications, qu'importe que les salariés aient initialement invoqué un danger, il s'agit de l'exercice du droit de grève : Soc., 26 sept. 1990, n° 88-41.375, *Bull. civ.*, n° 387. À l'inverse, l'absence de revendications professionnelles exclut la qualification de grève, même si c'est ainsi que les salariés ont initialement qualifié leur mouvement de cessation du travail : CPH Saint-Étienne, 07 juil. 2020, n° 18/00383 (pls. arrêts).

(24) CA Paris, 8 fév. 2018, n° 17/07316 (pls arrêts).

(25) Par exemple, Soc., 20 déc. 2017, n° 16-22.578. La critique d'une nouvelle organisation du travail ou des méthodes de management semble difficilement légitimer un droit de retrait surtout dans un contexte de conflit social : CA Amiens, 18 septembre 2019, n° 17/02848 ; CA Paris, 19 déc. 2018, n° 17/01912 (pls arrêts).

(26) Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19, actualisé au 6 janv. 2021, p. 10.

## II. Les paramètres de l'appréciation du motif raisonnable d'exercer son droit de retrait

La doctrine du ministère du Travail sur le motif raisonnable d'exercer son droit de retrait face au Covid-19, rappelée en introduction, peut être reformulée ainsi : dès lors que le risque de contamination est maîtrisé par l'existence de mesures de prévention, la seule existence d'une pandémie ne peut suffire à justifier l'exercice du droit de retrait. Autrement dit, le risque de contamination, parce qu'il est général, devient le lot de chaque travailleur qui peut y être exposé dans les limites tracées par le respect des mesures de prévention. Il semble là que le ministère cherche, peu ou prou, à « normaliser » le risque de contamination au Covid-19. Le risque zéro n'existant pas, il serait donc « normal ». La généralité produirait de la « normalité ». Or, le droit de retrait n'est justifié que lorsqu'il concerne un danger qui excède le risque normal inhérent aux fonctions ou à tout le moins les conditions normales et habituelles de travail (27).

Au-delà de l'enjeu théorique, cette position gouvernementale souligne l'ampleur de la question pour les travailleurs et les juges : dans quelle mesure faudrait-il démontrer la particularité de chaque situation de travail, c'est-à-dire justifier de causes renforçant la gravité des conséquences de la contamination au Covid-19 ou son caractère particulièrement imminent ? Quelle place sera-t-il laissé à la croyance subjective des travailleurs, peut-être légitimement inquiets, justement parce que la pandémie est générale ?

La position du ministère quant aux contours du motif raisonnable n'est pas intrinsèquement fautive mais elle mérite d'être nuancée. D'ailleurs, le ministère du Travail réserve « l'appréciation souveraine des juges (28) ». La précision est heureuse. Rappelons, en effet, que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation sur la légitimité de l'exercice du droit de retrait (29). La chambre sociale de la Cour de cassation ne contrôle que le respect de la lettre de l'article L. 4131-1 du Code du travail, à savoir le fait que les juges se prononcent non pas sur l'existence

réelle et objective d'un danger grave et imminent, mais sur la croyance subjective que pouvait en avoir le travailleur (30).

À ce titre, certains auteurs ont relevé que le raisonnement des juges du fond tendait à se déployer en deux temps, ce que font explicitement certaines cours d'appel : d'abord, ils analysent l'existence réelle et objective du danger, et c'est seulement si les conditions de gravité et d'imminence font défaut qu'ils analysent la crainte subjective du travailleur et recherchent son éventuelle « *erreur raisonnable d'appréciation* (31) ». Sans doute cette présentation ne rend-elle pas tout à fait compte de la motivation des juges, et ce pour deux raisons. D'abord parce que ces deux étapes sont souvent entremêlées, et ensuite, parce que cette présentation tend à les mettre sur le même plan. En réalité, la place laissée à la croyance raisonnable et à l'appréciation subjective du travailleur est extrêmement résiduelle, y compris lorsqu'il est question de caractéristiques qui lui sont propres comme son état de santé.

Une autre présentation se dégage des décisions des juges du fond (32). Elle permet de distinguer la part des circonstances extérieures aux travailleurs (**A**) et de leurs caractéristiques propres (**B**) utilisées par les juges au soutien de leur motivation. Ces différents éléments forment autant de paramètres utilisés par les juges pour déterminer la légitimité de l'exercice du droit de retrait par un travailleur ou un groupe de travailleur.

### A. Les circonstances extérieures au salarié

Tout d'abord, il va sans dire que si le droit de retrait suppose la crainte d'un danger *particulier*, les juges envisagent au moins dans un premier temps la dangerosité selon l'état des connaissances scientifiques, c'est-à-dire abstraitement (33). Aussi, contrairement à ce qu'avance le ministère du Travail, le caractère général de la pandémie de Covid-19 est loin

(27) J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Droit social, op. cit.* ; J.-M. Gasser, « Le droit de retrait dans le secteur privé », *RJS*, 2006/6, p. 463.

(28) <https://codetravail.gouv.fr/fiche-ministere-travail/responsabilite-de-employeur-droit-de-retrait>

(29) Soc., 20 nov. 2014, n° 13-17.889 ; Soc., 20 mars 2013, n° 11-26.116 ; Soc., 29 janv. 2013, n° 11-20.351 ; Soc., juil. 2011, n° 10-23.319 ; Soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.143.

(30) Soc., 9 mai 2000, n° 97-44.234, *Bull. civ.*, V, n° 175 ; Soc., 23 mars 2005, n° 03-42.412 ; Soc., 20 nov. 2014, n° 13-22.421.

(31) A. Gardin, « Le droit de retrait du travailleur : Retour sur quelques évolutions marquantes », *RJS, op. cit.* À cela s'ajoute que les juges

retiennent une conception alternative plutôt que cumulative des critères de gravité et d'imminence du danger : J.-M. Gasser, « Le droit de retrait dans le secteur privé », *RJS, op. cit.* ; T. Bompard, « Comparaison du contentieux des droits de retrait et au respect de la vie personnelle en droit du travail », *La Revue des droits de l'homme*, 2012, mis en ligne le 30 juin 2012, <http://revdh.revues.org/149>, consulté le 15 janv. 2021.

(32) Voir également, pour une distinction entre circonstances endogènes ou exogènes : A. Bugada, « Droit de retrait et pandémie : entre droit substantiel et droit processuel », *Procédures*, 2020, com. 96.

(33) Par ex. CA Metz, 14 janv. 2020, n° 17/01235.

d'être étranger à l'appréciation que peuvent faire les juges de la légitimité du droit de retrait. Cet état des connaissances scientifiques, et ses lacunes, sont de nature à moduler temporellement l'appréciation de la légitimité du droit de retrait sur l'année écoulée. Par exemple, on peut penser que l'évolution des connaissances sur les modalités de transmission du virus par gouttelettes ou aérosols est de nature à influencer sur l'appréciation de l'imminence du danger (34). À cette variation temporelle pourrait s'ajouter une appréciation selon un critère géographique lié au taux de propagation du virus dans un département ou une région (35).

À ces paramètres d'ordre général, dépassant largement le cadre de l'entreprise, s'ajoute l'appréciation des « experts de terrain » dans l'entreprise, le CSE en première ligne. C'est un élément récurrent dans les décisions des juges du fond et dont la chambre sociale a déjà souligné l'importance (36). Les avis, rapports et alertes du CSE ou encore de l'inspecteur du travail et des services de santé ont un rôle essentiel dans la démonstration de l'existence d'un risque spécifique dans l'entreprise. Encore faut-il que ces différentes analyses concordent pour juger que le danger existe. Ainsi, l'absence de réaction de l'inspecteur du travail, du médecin du travail (voire du médecin traitant) à une alerte préalable du salarié ou à son mal être est un élément parfois visé par les juges du fond pour dénier au droit de retrait son caractère légitime (37). Toutefois, il faut se garder de toute automaticité : l'absence de réaction de ces différents acteurs n'exclut pas nécessairement la légitimité du droit de retrait. En effet, ces analyses confortent le droit de retrait parce qu'elles manifestent la *réalité* du danger. Mais quand bien même elles ne concluent pas à sa gravité et à son imminence, elles renforcent la crainte du salarié qui en a connaissance. Elles constituent également un instrument utile à l'appréciation de l'existence et de l'efficacité des mesures de prévention prises par l'employeur.

Les mesures de prévention prises par l'employeur constituent le dernier élément au titre des circonstances exogènes appréciées pour évaluer le bien-fondé du droit de retrait. Le gouvernement érige ce paramètre presque en critère exclusif de légitimité du droit de retrait face au Covid-19. Pour important qu'il soit, ce paramètre a pourtant ses limites, et ce pour au moins deux séries de raisons.

Tout d'abord, on peut s'attendre à ce que les mesures de prévention contenues dans le protocole gouvernemental ou dans les fiches métiers publiées par le ministère du Travail aient leur importance dans l'appréciation des juges du fond : les gestes barrières, la jauge, le port des EPI, le type de masque... Mais les recommandations gouvernementales, non seulement ont varié d'un mois à l'autre, mais sont même parfois d'une interprétation délicate (38). Difficile donc de s'en tenir à ces seuls documents sans valeur contraignante (39).

Ensuite, de façon plus générale, il ne ressort pas des décisions des juges du fond une automaticité entre respect des mesures de prévention et exercice du droit de retrait. Le manquement de l'employeur à certaines de ses obligations ne légitime pas nécessairement le droit de retrait. Par exemple, il a pu être jugé que le non-respect de la durée maximale du travail (40), le retard dans l'organisation d'une visite médicale (41) ou le défaut de fourniture de gants (42) ne justifiaient pas l'exercice du droit de retrait. À l'inverse, malgré la mise en place de mesures de prévention, le droit de retrait peut être parfaitement justifié. En effet, les mesures de prévention doivent être *effectives* (43) et *suffisantes* (44) pour que l'employeur espère démontrer l'illégitimité du droit de retrait. *Effectives* et donc effectivement appliquées, ce qui est lourd d'enjeux lorsque est en cause le respect de la distance physique ou des règles de circulation dans l'entreprise (45). *Suffisantes*, au regard non seulement du risque en cause, mais également de la nature des activités. Or, sur ce point, il y a sans doute matière à

(34) Désormais, ce sont les différences de contagiosité entre les différents variants du virus qui pourraient être prises en compte.

(35) En ce sens : H. Gosselin, « Le droit de retrait, le juge et la protection de la santé des travailleurs dans le contexte de la pandémie de Covid-19 », *SSL*, n° 1905, 2020.

(36) Soc., 10 oct. 2018, n° 17-19.541 et s. La Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui a retenu que le droit de retrait était injustifié alors qu'elle avait constaté que le secrétaire du CHSCT avait exercé son droit d'alerte pour danger grave et imminent et que l'employeur avait pris des mesures dès le lendemain, admettant donc implicitement la réalité du danger.

(37) Par exemple : CA Poitiers, 9 juil. 2020, n° 17/00289.

(38) Sur ce point : M. Keim-Bagot, N. Moizard, « Santé au travail et pandémie : les droits du salarié en recul ? », *RDT*, 2021, p. 25.

(39) CE, 19 octobre 2020, n° 444809 ; CE, 17 décembre 2020, n° 446797. Pour une lecture de ces différents documents : L. Jubert, « Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 : quelques réflexions sur l'encadrement par l'État d'une situation hors norme », *RDT*, 2020, p. 521.

(40) CA Paris, 23 sept. 2020, n° 17/13177.

(41) CA Grenoble, 15 oct. 2020, n° 17/05768 ; CA Paris, 13 fév. 2019, n° 17/04182.

(42) CA Versailles, 11 mars 2020, n° 17/03085.

(43) CA Rouen, 3 déc. 2013, n° 13/01279 ; CA Paris, 27 oct. 2020, n° 18/09109. Plus généralement : Soc., 13 déc. 2006, n° 05-44.580.

(44) CA Aix-en-Provence, 24 janv. 2019, n° 17/04664 (8 arrêts).

(45) Le protocole national lui-même est porteur d'une interrogation sur l'effectivité de telles mesures de prévention.

débat sur la qualité des mesures de prévention mises en œuvre par l'employeur.

Enfin, le respect des mesures de prévention par l'employeur est insuffisant à déterminer seul le caractère légitime du droit de retrait puisqu'il doit également être tenu compte des caractéristiques propres au travailleur.

## B. Les caractéristiques propres au travailleur

Trois ordres de caractéristiques endogènes (46) sont prises en compte par les juges du fond. Ces caractéristiques tiennent aux fonctions ou au poste de travail du travailleur, à son état de santé, et enfin à ce qui a trait à sa psychologie. Seul ce dernier aspect a véritablement trait à la subjectivité de l'appréciation du travailleur. En effet, les deux premiers font l'objet d'une approche très objectivée quoiqu'elles tiennent aux caractéristiques propres et à la situation particulière d'un travailleur.

Bien évidemment, les fonctions du salarié sont en toile de fond de toute décision sur le droit de retrait. Elles permettent d'apprécier si les circonstances invoquées par le salarié excèdent le risque normal inhérent aux fonctions ou si le danger excède les conditions normales et habituelles de travail. Face au Covid-19, la question se posera sans doute pour le personnel médical et de soin (47). Mais même pour ce type d'activités, il est difficile de soutenir que la pandémie n'excède pas les conditions normales et habituelles de travail tant son ampleur de l'épidémie est sans précédent. À tout le moins ce n'est pas le cas du personnel non soignant.

Mais il y a plus dans la façon dont ce paramètre est souvent mobilisé par les juges du fond : la référence aux fonctions ou au poste joue lorsque le danger existe, mais concerne davantage les collègues du travailleur que lui-même. Autrement dit, les fonctions et le poste permettent d'apprécier la proximité temporelle et géographique du danger, certes réel, mais peut-être trop lointain pour justifier le droit de retrait. Ce paramètre joue alors comme un *élément de*

*différenciation entre collègues* ayant exercé ensemble leur droit de retrait. Tel est le cas, par exemple, pour les conducteurs de train ou bus en cas d'agression sur une ligne. Le retrait est légitime pour ceux exerçant sur la même ligne ou des lignes géographiquement proches, mais pas pour les autres (48). À l'inverse, des fonctions similaires, analogues, exercées dans des conditions proches peuvent légitimer qu'un travailleur exerce son droit de retrait en raison, par exemple de l'accident (49) survenu à l'un de ses collègues ou de son exposition aux fibres d'amiant (50). Ce paramètre joue alors comme un *élément de rapprochement de la situation de deux collègues*.

On peut raisonnablement anticiper que les fonctions, le poste, ou plus largement même l'organisation du travail, constituent autant d'éléments centraux dans l'appréciation de la légitimité du droit de retrait face au Covid-19 (51). En effet, ils font varier la *proximité* de chaque travailleur à l'égard de la chaîne de contamination, et donc l'imminence réelle ou supposée du danger.

Au-delà de l'imminence du danger, et de ses liens avec les fonctions et les postes occupés, c'est sa gravité, étroitement corrélée à l'état de santé du travailleur, qui pose question. D'évidence, une même situation de travail peut être sans danger grave pour un travailleur, et très dangereuse pour un autre en fonction de son état de santé. Cet état de santé doit être *objectivé* par des certificats médicaux ou des avis du médecin du travail et/ou du médecin traitant. On peut faire trois remarques à ce sujet.

Tout d'abord, les juges laissent peu de place à la façon dont le salarié a pu *ressentir* une situation de travail sur la base de son état de santé ou interpréter un certificat médical (52). La chose est frappante avec les avis d'aptitude avec réserve du médecin du travail (53). Dès lors que le danger invoqué par le salarié ne concerne pas le cadre strict des réserves émises, le droit de retrait a tendance à être jugé illégitime (54). Cette place de l'avis d'aptitude du médecin du travail tend même à primer sur les certificats du médecin traitant (55). D'évidence, l'avis d'aptitude ou

(46) A. Bugada, « Droit de retrait et pandémie : entre droit substantiel et droit processuel », *Procédures*, *op. cit.*

(47) Déjà : CA Paris, 4 sept. 2018, n° 16/09032 ; CA Paris, 9 juin 2020, n° 18/07026.

(48) Par exemple : CA Aix-en-Provence, 28 mars 2014, n° 12/20493. Voir également : Soc., 19 mai 2010, n° 09-40.353 ; Soc., 22 oct. 2008, n° 07-43.740 ; Soc., 23 avril 2003, n° 01-44.806 et s., *Bull. civ.*, V, n° 136.

(49) CA Pau, 18 oct. 2018, n° 16/03658 (pls arrêts).

(50) CA, 30 sept. 2015, n° 14/06292 ; 14/06322.

(51) H. Gosselin, « Le droit de retrait, le juge et la protection de la santé des travailleurs dans le contexte de la pandémie de Covid-19 », *SSL*, *op. cit.*

(52) CA Paris, 27 oct. 2020, n° 18/09109. Le fait que le salarié n'ait pas été arrêté ou hospitalisé sont des éléments qui peuvent manifester l'absence de crainte raisonnable en l'existence d'un danger grave et imminent, alors même qu'il y a bien un risque pour la santé objectivement constaté : CA, Poitiers, 9 juil. 2020, n° 17/00289.

(53) Et sur les avis d'aptitude sans réserves : CA Paris, 27 fév. 2020, n° 18/00550.

(54) CA, Rouen, 11 juin 2020, n° 19/04389.

(55) CA Paris, 27 oct. 2020, n° 18/10586. L'aptitude sans réserve a permis au juge de retenir l'absence de légitimité du droit de retrait alors même que le salarié avait une pathologie auditive constatée par son médecin traitant.

d'aptitude avec réserve rendu pré-pandémie aura peu d'influence. En revanche, on pourrait se demander quel sort serait réservé à ces avis rendus à l'issue d'une visite de reprise depuis le début de la pandémie.

Ensuite, la spécificité du Covid-19 eut égard à l'état de santé des travailleurs amène une deuxième remarque. Un décret du 5 mai définit les « critères de vulnérabilité » au Covid-19 (56). Ces salariés doivent prioritairement être en télétravail ou faire l'objet de mesure de prévention renforcée et à défaut être mis en activité partielle (57). On peut penser que ces travailleurs pourront plus facilement justifier de l'exercice de leur droit de retrait. Mais qu'en est-il des salariés dans des situations proches de celles définies par le décret (femme enceinte avant le 3<sup>e</sup> trimestre, cirrhose de stade A, etc.) ? Ces caractéristiques ne sont-elles pas de nature à justifier, si ce n'est d'un danger réel, du moins d'une crainte raisonnable face à la contamination possible ?

Enfin, et plus généralement, on peut se demander si, en l'état des connaissances scientifiques et de l'incertitude sur le développement de formes graves ou d'atteinte à plus long terme, il est vraiment nécessaire pour un travailleur de justifier d'une comorbidité pour exercer légitimement son droit de retrait. En effet, l'absence de comorbidités n'assure pas pour autant l'innocuité du virus et l'absence de gravité des conséquences de la contamination. De plus, les incertitudes qui entourent encore les effets à moyen ou long terme du virus ne sont pas de nature à exclure le droit de retrait, bien au contraire.

La conscience qu'a le travailleur de sa propre situation face au virus pourrait être de nature à rendre raisonnable sa crainte du danger de contamination, et donc, légitimer l'exercice de retrait.

Pareil intérêt pour ce que l'on peut nommer la psychologie du travailleur n'est que rarement évoqué par les juges. Elle sert à établir le caractère raisonnable de la crainte du travailleur lorsqu'elle est *infondée*. C'est-à-dire lorsque celui-ci se trompe sur la gravité ou l'imminence d'un danger pourtant réel (58). Il faut immédiatement préciser que le registre de l'émotion ou des sentiments n'est que très exceptionnellement employé. Ce que visent les juges est bien plus restreint. Ils s'intéressent, pour l'essentiel, aux

éléments de connaissance du danger dont dispose le salarié. Il s'agit des informations données par l'employeur sur les mesures de prévention adoptées, l'identification précise de la source du danger ou l'incertitude qui l'entoure encore. Cela peut tenir également à l'expérience du salarié de situation similaire (59), lui permettant d'anticiper un danger ou au contraire de se rendre compte de sa relativité (60). En somme, c'est l'incertitude, l'absence d'informations fiables, qui permet de légitimer le droit de retrait lorsque demeure un doute sur sa gravité ou son imminence.

Or, il semble que face au Covid-19 l'incertitude est particulièrement marquée : incertitude sur les conséquences de la contamination à court terme ou à long terme, incertitude sur les modalités de contamination, incertitude enfin sur les modalités exactes de prévention. À cela s'ajoute que dans certaines situations relevant de risques sécuritaires majeurs, le caractère anxiogène de la situation joue pleinement pour légitimer le droit de retrait du travailleur, et ce quand bien même il n'est pas directement exposé à un danger (61).

En définitive, indépendamment de la réalité du danger pour bon nombre de travailleurs particulièrement exposés, si l'on accorde toute son importance à la « crainte raisonnable » et à l'appréciation subjective du travailleur, il y a dans ces deux éléments, l'incertitude et le climat anxiogène, matière à assurer dans une large mesure la légitimité des droits de retrait exercés par les travailleurs au cours de ces derniers mois, et ce, malgré les mesures de prévention qu'aurait pu mettre en œuvre l'employeur. Sans doute avec le temps, le risque créé par le Covid-19 va se « normaliser ». À mesure qu'il faudra « vivre avec le virus » et « travailler avec lui », ce qui limitera d'autant la légitimité de l'exercice du droit de retrait. Néanmoins, si l'on en croit la généralisation du couvre-feu à 18 heures, la menace d'un troisième confinement, et les nouveaux variants du virus, ce temps n'est pas encore venu.

**Lucie Jubert-Tomasso**

(56) Décret n° 2020-521 du 5 mai 2020. M. Caro, « Le Conseil d'État impose le retour aux anciens critères de vulnérabilité à la Covid-19 », *LSQ*, 19 oct. 2020, p. 1926. CE, 15 oct. 2020, n°s 44425, 44416, 444919, 445029 et 445030.

(57) Protocole national, préc.

(58) Les juges ne retiennent que de façon très marginale et dans des circonstances exceptionnelles l'exercice légitime du droit de retrait alors que le danger est tout à fait inexistant. Par exemple : CA Douai, 31 mars 2005, CTS c/ Vendeville (« la remise

*d'un masque à gaz au salarié puis l'alerte au gaz simulé ont pu légitimement conduire celui-ci à quitter le chantier, en usant de son droit de retrait »).*

(59) CA Pau, 18 oct. 2018, n° 16/03658.

(60) CA, Versailles, 9 sept. 2020, n° 16/03658.

(61) CA Paris, 3 juil. 2018, n° 15/01917 ; CA Rennes, 23 avril 2014, n° 12/05374.