

Chronique juridique

Droit de retrait et droit de grève

L'analyse du contentieux administratif sur le droit de retrait révèle que, côté Fonction publique, c'est principalement dans l'Éducation nationale que ce droit est invoqué. En 2013, sur les 46 contentieux traitant de la question, 12 relevaient de notre ministère, souvent suite à des agressions. La légitimité du retrait par le juge n'a été reconnue que dans une seule des douze affaires, et partiellement seulement (CE 2 juin 2010 MEN C/Fuentes). Et pour une raison simple : le retrait est régulièrement utilisé pour dénoncer des conditions de travail, dans une confusion avec le droit de grève, alors qu'il a été créé pour protéger la santé et la vie du salarié.

LA RECONNAISSANCE DU DROIT DE RETRAIT EN CAS DE DANGER

Le droit de retrait est né des lois Auroux en 1982 au nom de la prévention des risques professionnels, et ne concernait initialement que les salariés du privé. Il a ensuite été étendu aux agents de la Fonction publique en plusieurs étapes. Il est d'abord reconnu aux agents de l'État en 1995 (décret 95-680 du 9 mai 1995, modifiant le décret 82-453 du 28 mai 1982), puis aux agents territoriaux en 2000 (décret 2000-542 du 16 juin 2000). Précisons qu'il devient « principe général du droit » en 1996 (TA Besançon 10 octobre 1996). Cela signifie que le droit de retrait s'impose au pouvoir réglementaire et, tant qu'aucune loi ne vient le remettre en cause, au pouvoir législatif lui-même. Ce droit donne à l'agent la possibilité de cesser le travail s'il considère qu'un danger grave et imminent menace sa vie ou sa santé. Il s'agit d'un droit individuel, dont le contenu est codifié aux articles

L. 4131-1 et L. 4131-3 du Code du travail : « si un agent a un motif raisonnable de penser que sa situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé ou s'il constate une défectuosité dans les systèmes de protection, il en avise immédiatement l'autorité administrative. Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un agent ou d'un groupe d'agents qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou la santé de chacun d'eux ». Le droit de retrait vise donc à protéger la santé du salarié. Précisons toutefois qu'il n'est pas reconnu à certaines catégories d'agent exerçant des missions de service public liées à la sécurité des personnes et des biens (douane, police, administration pénitentiaire, sécurité civile). Le Code du travail précise aussi que même si les conditions du droit de retrait sont remplies, celui-ci doit « s'exercer de telle manière qu'elle ne puisse créer pour



Solenn DUCLOS
Cellule juridique

autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent ».

LES CONDITIONS DU DROIT DE RETRAIT : DE QUEL DANGER PARLE-T-ON ?

Le danger doit présenter un caractère de gravité : la menace doit être susceptible de causer la mort ou un accident, de porter atteinte à l'intégrité physique ou mentale de l'intéressé, conduisant à une incapacité permanente ou durablement temporaire (circulaire du 25 mars 1993 en application de la loi du 23 décembre 1982). Ainsi, le non-respect des règles de sécurité dans une cuisine administrative ne justifie pas en lui seul le droit de retrait (CAA Nantes 7 mai 2008), pas plus que l'exposition au courant (Cass. soc, 17 octobre 1989). Ne relèvent pas du champ des dangers graves les risques habituels et/ou inhérents à la situation de travail. Ainsi un salarié d'un site nucléaire ne peut exercer son droit de retrait sur cette seule réalité, pas plus qu'un personnel infirmier exposé à des risques de contamination du VIH (TA Versailles 2 juin 1994).

Il faut ensuite que ce danger soit imminent, donc susceptible d'intervenir dans un bref délai, en général, 24 heures. Cela règle la question des dangers n'existant plus : l'agression d'un convoyeur de fonds crée certes un sentiment d'insécurité pour ses collègues, mais ne justifie pas un droit de retrait de leur part onze jours après, a fortiori quand des dispositions supplémentaires de sécurité ont été prises par l'employeur (CA Aix en Provence 8 novembre 1995). Cela signifie aussi

que le retrait ne peut intervenir prématurément, car l'administration est dans ce cas réputée pouvoir intervenir pour éviter le danger. En revanche cela pose la question des maladies susceptibles de se développer sur la longue durée, du fait par exemple de l'exposition habituelle et prolongée à l'amiante. La jurisprudence admet dans ce cas la validité du droit de retrait: certes la maladie n'est pas imminente, mais le contact avec la matière dangereuse a un caractère immédiat. C'est donc le fait générateur de la maladie qui est pris en compte d'une manière favorable aux agents (TA Marseille, 24 mai 2011, Hierlé). La même question se pose pour les faits de harcèlement moral: celui-ci peut-il justifier un droit de retrait? La transposition du raisonnement sur l'amiante devrait conduire à une réponse positive, mais aucune jurisprudence administrative n'est venue le confirmer. Les décisions rendues en l'espèce ont considéré soit que le harcèlement moral n'était pas constitué (TA Dijon, 20 octobre 2005), soit qu'aucun danger grave et imminent n'était adossé à ce harcèlement (TA Nantes, 21 décembre 2006, M^{me} Dezileau).

LA PERCEPTION DU DANGER : UNE ACCEPTATION SUBJECTIVE

Ces deux conditions cumulatives, gravité et imminence, visent à exclure du champ du droit de retrait les situations à risque simple. Une troisième condition vient tempérer les deux premières: l'agent doit avoir un motif raisonnable de penser qu'il y a danger grave et imminent. Autrement dit, la subjectivité du salarié est acceptée, qu'il se trompe ou non sur la réalité du danger, à condition qu'il soit de bonne foi (Cass. Soc. 17 octobre 1989). L'appréciation du danger se fait donc *in concreto*. En outre, elle tient compte des éléments extérieurs au salarié mais également de sa situation personnelle: le droit de retrait peut être recevable pour un agent gravement allergique et, face au même danger, non recevable pour un autre salarié. Quoi qu'il en soit le droit de retrait est très encadré et conditionné, sa mise en œuvre doit rester exceptionnelle. Il s'agit bien sûr d'en éviter l'usage détourné à des fins de désobéissance. Les juges qualifient d'ailleurs d'erreur non excusable le caractère non raisonnable du motif invoqué (CA, Pau, 14 avril 1989, Bezin c/ SARL Temboury).

LES CONDITIONS FORMELLES DU DROIT DE RETRAIT

Formellement, l'exercice du droit de retrait n'est pas soumis à autorisation, ni même à une information préalable écrite (CE, 12 juin 1987, Sté Gantois). Toutefois, l'agent doit informer sa hiérarchie du danger (alinéa 1er du décret de 1982). Cette obligation d'information n'est pas constitutive du droit de retrait (Cass. Soc, 2 mars 2010). Elle lui est concomitante: l'agent doit alerter l'administration du danger afin qu'elle puisse le faire cesser. En cas de divergence sur l'existence d'un danger grave, l'autorité administrative réunit le CHSCT auquel l'inspection du travail participe de droit. L'expertise de professionnels extérieurs peut également être sollicitée. Le CHSCT rend ensuite ses conclusions sur l'existence du danger ou non. Si le danger existe, l'administration doit l'éliminer et informer par écrit le CHSCT des mesures prises en ce sens, assorties d'un calendrier. Si le danger n'est pas reconnu, l'agent est tenu de reprendre son poste. Dans le cas contraire, il reprend son poste quand le danger est éliminé.

DROIT DE RETRAIT ET DROIT DE GRÈVE

Des points communs

Les contours du droit de retrait ainsi dessinés, on ne s'étonnera pas qu'un glissement sémantique s'opère du droit de grève vers le droit de retrait. Dans les deux cas, il s'agit d'un droit reconnu à l'agent de cesser son activité sans autorisation hiérarchique. Dans les deux cas ce droit est né d'un contexte politique libéral, favorisant les libertés publiques et la protection des salariés. Le droit de grève a été instauré pour le privé par la loi du 25 mai 1864, sous une Troisième République à qui on doit aussi la liberté syndicale, la liberté de la presse, l'obligation et la gratuité de l'instruction. Par ailleurs, comme le droit de retrait, le droit de grève finit par être reconnu aux agents publics, et d'une belle manière: il est inscrit au préambule de la Constitution de 1946, ce qui lui confère valeur constitutionnelle. Tout comme le droit de retrait au nom de la sécurité, certains agents sont exclus du droit de grève au nom de la continuité du service public. Mais surtout, l'invocation par les agents de l'un ou l'autre de ces droits se fait au

nom de conditions de travail dégradées et d'un sentiment d'insécurité, assimilé à un danger grave et imminent.

Pourtant ces deux droits diffèrent en bien des points, ce qui explique que le juge reconnaisse rarement la légitimité du retrait.

D'abord, le droit de grève, réglementé par les articles 521-20 à 521-6 du Code du travail, est un droit collectif conduisant à des retenues sur salaire, quand le droit de retrait est un droit individuel, sans retenue salariale.

Ensuite, sur le plan formel, le droit de grève est soumis à préavis déposé par les organisations syndicales représentatives cinq jours francs avant la cessation du travail. Un droit de retrait invoqué pour l'agression d'un collègue peut donc être lu, s'il n'y a plus de danger d'agression, comme un exercice illégal du droit de grève, précisément parce que le préavis n'aura pas été déposé dans les formes. Les retraits exercés collectivement après une agression traduisent un « ras-le-bol » lié à des conditions de travail dégradées. On est là davantage dans l'état d'esprit d'une grève et d'une protestation, qui entend faire pression sur l'employeur, que dans une logique de protection individuelle. Le juge, lui, va évidemment rechercher la gravité et l'imminence du danger, tandis qu'un retrait protestataire pointe du doigt un événement qui appartient au passé. Dans le même ordre d'esprit, on peut imaginer que le retrait des enseignants de Rouen, après l'incendie de l'usine Lubrizol, ne sera pas regardé comme légitime. Malgré les fortes odeurs, les nausées, les vomissements constatés à la réouverture des établissements, il pourra être opposé aux personnels concernés qu'il n'y a pas de risque majeur et immédiat pour la santé, c'est en tout cas ce qu'ont indiqué les autorités.

En conclusion, si les conditions du droit de retrait ne sont pas remplies, l'agent qui en use abusivement est passible de sanctions disciplinaires et/ou retenues sur salaires, voire de procédure d'abandon de poste (CAA de Paris, 30 juin 2009). Très encadré, le droit de retrait doit donc être utilisé avec prudence, car son usage abusif expose davantage l'agent qu'il ne le protège. □