

98 Faire face au coronavirus. De l'exercice du droit d'alerte et de retrait

POINTS CLÉS > Le 28 février 2020, Le ministère des Solidarités et de la santé et le ministère du Travail ont conjointement publié un « questions-réponses » afin d'organiser la prévention du risque d'épidémie de coronavirus > La gestion du droit de retrait par l'employeur en cas d'épidémie y est abordée > Ce questions-réponses appelle toutefois des précisions complémentaires



Camille-Frédéric PRADEL,
docteur en droit, avocat au barreau de Paris



Perle PRADEL-BOUREUX,
docteur en droit, avocat au barreau de Paris



Virgile PRADEL,
docteur en droit, avocat au barreau de Paris

LA LOI n° 82-1097 du 23 décembre 1982 a reconnu à tout travailleur un droit d'alerte et de retrait, face à un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. Ce droit est individuel et non collectif. Ce droit est invoqué dans une situation de travail. Il ne saurait donc être exercé avant la prise de poste.

La situation de crise liée au risque d'épidémie de coronavirus constitue en France métropolitaine une configuration nouvelle qui n'avait pas été rencontrée depuis l'adoption du texte. La spécificité de ce risque épidémiologique devra être prise en compte pour apprécier la validité de l'exercice du droit d'alerte et de retrait.

1. Gestion du droit d'alerte

La loi distingue l'alerte donnée par le travailleur et celle donnée par un représentant du personnel :

- 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 (*C. trav., art. L. 4131-1*) ;

- le représentant du personnel au comité social et économique qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur (*C. trav., art. L. 4131-2*).

Il est indispensable que l'employeur identifie précisément une telle alerte à propos du risque d'épidémie de coronavirus. Que l'employeur l'estime fondée ou non, le Code du travail organise des actions précises qui doivent impérativement être mises en œuvre. À défaut, l'employeur engagerait potentiellement sa responsabilité civile, et même pénale, par le délit d'entrave. En outre, le bénéfice de la faute inexcusable est de droit si un sinistre professionnel (AT/MP) survenait alors qu'une telle alerte a été donnée, sans réponse adéquate de l'employeur (*C. trav., art. L. 4131-4*).

A. - Alerte du représentant du personnel

Lorsque le représentant du personnel au CSE alerte l'employeur, **il consigne son avis par écrit** (C. trav., art. L. 4132-2) dans un registre d'alerte dédié (C. trav., art. D. 4132-1). **L'employeur procède immédiatement à une enquête avec le représentant** du CSE qui lui a signalé le danger et prend les dispositions nécessaires pour y remédier. Nous conseillons à l'employeur de formaliser brièvement par écrit la teneur de cette enquête et d'inviter le représentant du personnel à co-signer ce document.

En cas d'accord sur les dispositions prises, au regard de la place que prend cette question dans l'espace médiatique, nous conseillons à l'employeur de réunir le CSE au sujet de l'alerte donnée. Il s'agit d'assurer une véritable transparence face à un sujet grave qui concerne l'ensemble de la communauté de travail. La légitimité de l'évaluation du risque et des mesures déployées en sera renforcée. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE est en outre réuni « à la suite de tout accident ayant entraîné ou ayant pu entraîner des conséquences graves, **ainsi qu'en cas d'événement grave lié à l'activité de l'entreprise, ayant porté atteinte ou ayant pu porter atteinte à la santé publique ou à l'environnement** » (C. trav., art. L. 2315-27). L'exercice d'un droit d'alerte au titre du risque d'épidémie de coronavirus pourrait répondre à cette seconde définition.

En cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser :

- le CSE est impérativement réuni, en urgence, dans un délai n'excédant pas vingt-quatre heures. L'employeur informe immédiatement l'agent de contrôle de l'inspection du travail et l'agent du service de prévention de la CARSAT (ou CRAMIF en Ile-de-France), qui peuvent assister à la réunion du comité social et économique (C. trav., art. L. 4132-3). Même si le texte ne le prévoit pas expressément, le médecin du travail doit être convié à cette réunion ;

- le CSE se prononce par un vote (à notre sens, l'employeur ne prend pas part à ce vote) ;

- à défaut d'accord entre l'employeur et la majorité du CSE sur les mesures à prendre et leurs conditions d'exécution, **l'inspecteur du travail est saisi immédiatement par l'employeur** (C. trav., art. L. 4132-4). L'inspecteur du travail peut mettre en œuvre l'une des procédures de mise en demeure prévues par le Code du travail. Il peut aussi saisir le juge judiciaire en **référé** pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque.

« Le Code du travail organise ainsi une résolution rapide de l'alerte donnée. Ce sont donc les inspections du travail qui seront sollicitées en premier lieu »

L'exercice du droit de retrait dans le contexte du risque d'épidémie de coronavirus est-il légitime ? Pour l'instant, les pouvoirs publics n'ont pas donné une doctrine qui les engage. Le « questions-réponses » publié le 28 février 2020 indique : « le ministère du travail s'est déjà prononcé sur l'exercice du droit de retrait en situation de crise dans le cadre de la circulaire DGT n° 2007/18 du 18 décembre 2007 relative à la continuité de l'activité du secteur privé en cas de pandémie grippale, ainsi que dans la circulaire DGT n° 2009/16 du 3 juillet 2009 relative à la pandémie grippale. **En situation de crise, les possibilités de recours à l'exercice du droit de retrait sont fortement limitées, dès lors que l'employeur a pris les mesures de prévention et de protection nécessaires, conformément aux recommandations du gouvernement, sous réserve**

de l'appréciation souveraine des tribunaux ». L'administration a rappelé que l'exercice du droit de retrait dans un contexte de pandémie s'apprécie au regard de la situation particulière du travailleur qui l'invoque : « **Il convient de souligner que le droit de retrait vise une situation particulière de travail et non une situation générale de pandémie grippale** » (Circ. DGT 2009/16, 3 juill. 2009 relative à la pandémie grippale et complétant Circ. DGT n° 2007/18, 18 déc. 2007).

« Dans la mesure du possible, nous conseillons à l'entreprise d'étayer son appréciation de la situation par l'avis d'un expert médical »

En pas de saisine du juge judiciaire, il nous semble important que l'employeur sollicite également de la juridiction la prise en compte dans tel point de vue technique et médical, en réalité déterminant pour bien juger la situation.

B. - Alerte d'un travailleur

Le Code du travail n'envisage pas formellement le processus décrit ci-dessus, lorsque l'alerte émane d'un travailleur qui n'est pas représentant du personnel. Pour autant, nous conseillons à l'employeur face à une telle alerte de la traiter selon des modalités identiques à celle qui émane d'un représentant du personnel au CSE (V. ci-dessus).

2. Exercice du droit de retrait

Tout travailleur a le droit de se retirer d'une 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 défec-tuosité qu'il constate dans les systèmes de protection (C. trav., art. L. 4131-1). Le droit de retrait est exercé de telle manière qu'il ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent (C. trav., art. L. 4132-1).

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 tel danger (C. trav., art. L. 4131-1). Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise face à un retrait légitime (C. trav., art. L. 4131-3).

L'exercice du droit de retrait implique de considérer qu'une alerte a également été donnée. « Le droit de retrait ne peut s'exercer sans utiliser, au préalable ou simultanément, la procédure d'alerte, qui consiste, pour le salarié, à signaler à l'employeur (directement ou par l'intermédiaire d'un représentant du personnel) l'existence d'un danger grave et imminent. Le retrait peut intervenir à la suite d'une information donnée par tout moyen » (Circ. DGT 2007/18, 18 déc. 2007, préc.).

« Tout exercice du droit de retrait implique donc, à notre sens, la mise en œuvre de la procédure prévue en cas d'exercice du droit d'alerte »

3. Gérer en amont le risque d'épidémie

Afin de mettre en œuvre l'obligation de prévention du risque professionnel, et de fait, de gérer au mieux l'exercice d'un droit

d'alerte et de retrait, nous conseillons à l'employeur de vérifier d'ores et déjà qu'un **registre d'alerte** est bien mis à la disposition des équipes. La formalisation de l'alerte dans ce registre constitue la première étape obligatoire du processus (*C. trav., art. D. 4132-1 et D. 4132-2*).

Comme nous l'indiquons dans ces colonnes (*JCP S 2020, act. 52*), il est indispensable de s'assurer que le **document unique d'évaluation** des risques envisage le risque de pandémie. À défaut, la critique de la représentation du personnel serait immédiate lors de la réunion du CSE.

Dans la mesure du possible, nous conseillons à l'employeur d'organiser un **plan de continuité**, et de soumettre les mesures envisagées au CSE. La formalisation de ce plan de continuité doit permettre d'envisager une situation de crise avec une certaine hauteur.

Cette démarche pro-active évitera d'avoir à gérer des situations marquées par l'urgence. Le Code du travail prévoit que l'employeur prend les mesures et donne les instructions nécessaires pour permettre aux travailleurs, en cas de danger grave et imminent, d'arrêter leur activité et de se mettre en sécurité en quittant immédiatement le lieu de travail (*C. trav., art. L. 4132-5*).

En fonction des mesures de prévention envisagées, l'employeur est invité à prendre contact auprès de fournisseurs d'équipements de protection individuelle (masques, gants, lunettes), et le cas échéant, de produits nécessaires à la désinfection des locaux. Cette liste n'est bien entendu qu'indicative. À notre connaissance, les fournisseurs sont actuellement fortement sollicités. Il s'agit de prendre rang dans la commande. Des mesures d'organisation du travail peuvent également être déployées, en particulier le télétravail.

La loi pose une limite à l'exercice du droit d'alerte ou de retrait. Le travailleur doit pouvoir justifier de sa démarche. Il dispose d'un « *motif raisonnable de penser* » que la situation à laquelle il est confronté présente un danger grave et imminent (*C. trav., art. L. 4131-1*). À notre sens, la mise en œuvre de mesures de prévention anticipées et concertées participera à rassurer la collectivité de travail. Tout cela sera pris en compte pour apprécier le caractère raisonnable (ou non) de l'exercice de l'alerte ou du retrait. Ces mesures pourront être présentées à l'inspecteur du travail et le cas échéant à la juridiction si la question devait lui être soumise. L'employeur est donc invité de plus fort à présenter en amont aux représentants du personnel (CSE) les mesures adoptées pour faire face au risque d'épidémie de coronavirus.