

2) COMPARAISON DU CONTENTIEUX DES DROITS DE RETRAIT ET AU RESPECT DE LA VIE PERSONNELLE EN DROIT DU TRAVAIL

THOMAS BOMPARD

Les droits de retrait et au respect de la vie personnelle ont tous deux fait l'objet d'une médiatisation récente. Le premier est fréquemment exercé par les salariés travaillant dans les transports en commun, suite aux agressions subies par eux ou leurs collègues de travail⁹⁵⁰. La question de l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle retient également l'attention des médias, notamment en raison de l'expansion des réseaux dits sociaux sur internet⁹⁵¹. Outre leur médiatisation, un autre point commun les unit : ils seraient une illustration en droit du travail de l'opposition entre les droits « civils » et les droits « sociaux ». Alors que le droit au respect de la vie personnelle s'analyse comme la projection dans les rapports de travail du droit au respect de la vie privée – droit civil par excellence⁹⁵² –, le droit de retrait constitue en la matière une déclinaison d'un droit social, le droit à la protection de la santé⁹⁵³.

D'un côté, le droit de retrait est attaché à la qualité de salarié⁹⁵⁴. Il ne peut par conséquent trouver qu'à s'exercer aux temps et lieu de travail. Droit individuel, même si plusieurs salariés peuvent le faire valoir en même temps, il a été inséré dans le Code du travail par la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982. Au sein d'une partie consacrée à la santé et à la sécurité au travail⁹⁵⁵, l'article L. 4131-1 prévoit, dans sa version actuellement en vigueur, que : « 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 toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection. Il peut se retirer d'une telle situation (...) ». Fondé sur l'idée du

⁹⁵⁰ V. par ex. : « Reprise du trafic des bus à Metz après la levée du droit de retrait des chauffeurs », AFP, 16 juill. 2010 ; il l'a été par des médecins pour la même raison (Richard BOUDES « Le « droit de retrait » des médecins de nuit à Valdegour », *Midi Libre*, 13 mai 2010), ainsi que par des dizaines d'opérateurs de crainte de perdre leur ouïe (Francine AIZICOVICI, « Des centres d'appels sous le choc... acoustique », *Le Monde*, 21 mai 2010).

⁹⁵¹ Judith DUPORTAIL, série en quatre volets sur le thème : « La vie privée au travail », *Le Monde*, 16-20 août 2010 ; Jean-Emmanuel RAY, « Sur Facebook, ce n'est pas le salarié qui s'exprime contre son employeur, mais le citoyen », entretien au journal *Libération*, 26 sept. 2010.

⁹⁵² Consacré à l'art. 9 du Code civil, il est également protégé par l'art. 8 de la CEDH, ainsi que par l'art. 17 PIDCP.

⁹⁵³ Sur le droit à la protection à la santé, et not. ses fondements, v. *supra*, Tatiana GRÜNDLER.

⁹⁵⁴ Il est aussi reconnu à la plupart des agents publics.

⁹⁵⁵ Hervé LANOUZIERE, « La santé et la sécurité au travail », *AJDA*, 2008, p. 861.

« sauve qui peut »⁹⁵⁶, ce texte reconnaît au salarié un « droit de désobéir »⁹⁵⁷, justifié par la nécessité de « la protection de la personne [qui] représente un intérêt majeur face au préjudice économique subi par l'employeur »⁹⁵⁸. Souvent lié à des droits proches (à la vie et à l'intégrité physique), le droit de retrait peut-être analysé comme un instrument de garantie du droit à la protection de la santé. Il entraîne le bénéfice d'un régime très protecteur puisque l'article L. 4131-3 ajoute qu'« aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut-être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'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 la santé de chacun d'eux ».

D'un autre côté, le droit au respect de la vie personnelle est avant tout une construction jurisprudentielle, systématisée par la doctrine⁹⁵⁹. Cette construction se donne pour objectif de borner l'étendue du lien de subordination pesant sur le salarié en considérant que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée »⁹⁶⁰. Si elle englobe la vie privée, la notion de vie personnelle la dépasse pour comprendre des faits de vie publique qui doivent demeurer protégés du regard de l'employeur⁹⁶¹.

La comparaison proposée s'inscrit dans le cadre de l'application horizontale des droits fondamentaux. Il s'agit en effet de saisir l'employeur, personne privée, comme débiteur de droits, et d'apprécier le contrôle juridictionnel exercé en la matière par les juges ordinaires français. Plus précisément, le propos est ici de rechercher les éventuelles divergences dans l'exercice du contrôle du juge, autrement dit de déterminer dans quelle mesure chacun de ces droits peut faire « plier le lien de subordination »⁹⁶² d'une part, et obliger l'employeur à l'action d'autre part, avec pour question liée d'observer s'il est possible d'imputer ces variations à leur différence supposée de nature.

Soumettre le discours traditionnel sur la justiciabilité des droits sociaux à l'épreuve du droit positif régissant les rapports de travail conduit à retenir deux propositions. Alors que ce discours postule une différence de nature qui devrait s'accompagner d'une protection juridictionnelle affaiblie pour les droits sociaux, la comparaison du contentieux des droits de retrait et au respect de la

⁹⁵⁶ Jean-Michel GASSER, « Le droit de retrait dans le secteur privé », RJS 6/06, p. 463.

⁹⁵⁷ Jean-Claude MAESTRE, « Le devoir d'obéissance : quelles limites ? », in Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc PHILIP, Economica, 2005, p. 139.

⁹⁵⁸ Annie BOUSIGES, « Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique », Dr. soc. 1991, p. 283.

⁹⁵⁹ v. surtout Philippe WAQUET, *L'entreprise et les libertés des salariés*, éd. Liaisons, 2003, p. 111 et s. Pour ce qui est de la doctrine universitaire, la revue *Droit Social* a consacré deux colloques au thème « Vie professionnelle et vie personnelle » (n° 1 des années 2004 et 2010) et Chantal MATHIEU a réalisé sa thèse sur *La vie personnelle du salarié*, ANRT, 2004, 608 p.

⁹⁶⁰ Soc., 2 oct. 2001, Nikon, n° 99-42942, Juris-Data n° 2001-011137.

⁹⁶¹ Le droit au respect de la vie personnelle ayant un champ d'application potentiellement très vaste, le parti a été pris de cibler principalement le cas des clauses de mobilité.

⁹⁶² Philippe WAQUET, « Les libertés dans l'entreprise », RJS 2000/5, p. 338 ; l'auteur traitait alors du droit de retrait.

vie personnelle révèle en premier lieu une volonté convergente de protection du salarié (I.). Si ces droits sont tous deux justiciables, ils le sont chacun à leur manière. Il ressort en second lieu de la comparaison un contrôle dissymétrique des réactions de l'employeur (II.).

I. Une volonté convergente de protection du salarié

Les droits au respect de la vie personnelle et de retrait sont tous deux protégés par le juge. A l'effort de préservation de la vie personnelle du salarié et de l'agent public (A.) répond la protection étendue du droit de retrait (B.).

A. L'effort de préservation de la vie personnelle du salarié

Cet effort s'est traduit de différentes manières.

Tout d'abord, par la garantie au salarié d'une immunité disciplinaire pour les faits tirés de sa vie personnelle : la chambre sociale s'est attachée progressivement à ériger un « mur (...) entre vie personnelle et vie professionnelle »⁹⁶³. Cette volonté de séparer ces sphères a débouché sur une « exigence d'indifférence »⁹⁶⁴, empêchant par conséquent le recours par l'employeur à son pouvoir disciplinaire à l'encontre de son salarié pour des faits tirés de la vie personnelle. « Un fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne [peut] constituer une faute », affirme une jurisprudence désormais acquise⁹⁶⁵.

Ensuite, par la sanction des restrictions excessives imposées par voie unilatérale : les juges exercent un contrôle approfondi sur l'ensemble des mesures unilatérales qui auraient pour effet de restreindre le droit au respect de la vie personnelle des salariés. Le Conseil d'Etat a joué un rôle précurseur en transposant en droit du travail le contrôle de proportionnalité consacré par l'arrêt *Benjamin* à propos des mesures de police administrative⁹⁶⁶. Le législateur s'est inspiré de cette jurisprudence concernant les règlements intérieurs en 1982⁹⁶⁷, avant d'étendre dix ans plus tard cette solution à l'ensemble des mesures susceptibles de porter atteinte « aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives » des salariés⁹⁶⁸. Le droit au respect de la vie

⁹⁶³ Précit., p. 18.

⁹⁶⁴ Ibid.

⁹⁶⁵ Juris-Data n° 1997-005138 (clerc de notaire condamné pénalement pour aide au séjour irrégulier d'un étranger) ; solution réitérée le 18 juin 2002, n° 00-44111 (détention d'un stock d'armes à domicile) ; Ch. Mixte, 18 mai 2007, JCP S 2007, 1538, note Alexandre BAREGE et Bernard BOSSU ; D. 2007, p. 2137, note Jean MOULY ; Soc., 19 sept. 2007, n° 05-45294 ; Soc., 23 juin 2009, n° 07-45256, RDT 2009, p. 657, obs. Chantal MATHIEU-GENIAUT.

⁹⁶⁶ CE Sect., 1^{er} févr. 1980, *Ministre du travail c. Sté Peintures Corona*, Dr. soc. 1980, p. 310, concl. Alain BACQUET.

⁹⁶⁷ Loi du 4 août 1982 (art. L. 1321-3 C. trav.) : « Le règlement intérieur ne peut contenir [des] dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

⁹⁶⁸ Loi du 31 déc. 1992 (art. L. 1121-1) : « nul ne peut apporter... [Ibid.] ».

personnelle bénéficie de cette protection. Attestant de ce que le salarié garde une part de vie personnelle sur son lieu de travail, le Conseil d'Etat a ainsi considéré comme excédant les pouvoirs de l'employeur l'interdiction absolue des conversations étrangères au service dans l'entreprise⁹⁶⁹. Quant à la Cour de cassation, elle refuse par exemple les restrictions apportées à la liberté de se vêtir à sa guise qui ne sont pas justifiées et proportionnées⁹⁷⁰. L'intervention du juge permet, sur le fondement du nécessaire respect de la vie personnelle du salarié, de « desserrer un peu le lien de subordination »⁹⁷¹ pendant l'accomplissement de la prestation de travail. En dehors des temps et lieu de travail, les atteintes au droit au respect de la vie personnelle sont en principe inadmissibles. En principe seulement, car la frontière entre les sphères personnelle et professionnelle est poreuse. En cas de rattachement possible avec la vie professionnelle, le lien de subordination va faire sa réapparition. Il importe alors que ces immixtions de l'employeur dans la vie personnelle du salarié soient strictement encadrées. Un contrôle rigoureux est exercé concernant les mesures affectant le domicile du salarié, véritable sanctuaire de sa vie personnelle. La chambre sociale a ainsi rappelé à l'employeur que « le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail »⁹⁷². Elle a aussi cassé un arrêt d'appel admettant le licenciement d'un salarié refusant de se soumettre à un ordre de déménager⁹⁷³.

Enfin, c'est surtout à propos des clauses contractuelles de résidence⁹⁷⁴ et de mobilité⁹⁷⁵ que l'étendue du contrôle du juge trouve à se manifester. En contractant ces clauses, le salarié consent à l'encadrement de son droit au respect de sa liberté personnelle. Cependant, le juge contrôle la portée de cet engagement en sanctionnant les restrictions contractuelles disproportionnées. La Cour de cassation a ainsi jugé excessive l'obligation d'un transfert du domicile d'un salarié⁹⁷⁶. A propos des clauses de mobilité, il est arrivé au juge d'admettre, sur le fondement des notions de bonne foi et/ou d'abus de droit, le refus par un salarié, fondé sur des éléments tirés de sa vie personnelle, tels une « situation familiale critique »⁹⁷⁷, le fait d'avoir un enfant handicapé⁹⁷⁸, ou encore

⁹⁶⁹ CE, 25 janv. 1989, Sté Sita, RJS 1989, n° 423 ; Dr. soc. 1990, p. 203, concl. Jacqueline DE CLAUDE.

⁹⁷⁰ Soc., 19 mai 1998, n° 96-41123 ; Soc., 3 juin 2009, n° 08-40346, RDT 2009, p. 656, obs. Cécile ROBIN.

⁹⁷¹ Philippe WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », Dr. soc. 2010, p. 16.

⁹⁷² Soc., 2 oct. 2001, Abram, Dr. soc. 2001, p. 1039, note Jean-Emmanuel RAY ; solution réitérée par Soc., 7 avr. 2010, JCP S 2010, 1218, note G. LOISEAU ; JCP E 2010, 1593, note Stéphane BEAL et Cécile TERRENOIRE.

⁹⁷³ Soc., 23 sept. 2009, n° 08-40434, D. 2009, p. 2431 ; RDT 2010, p. 37, obs. Alexia GARDIN ; Dr. soc. 2010, p. 114, obs. Grégoire LOISEAU.

⁹⁷⁴ Clause privant le salarié du libre choix de son domicile.

⁹⁷⁵ Clause prévoyant la modification possible (par voie unilatérale) du lieu de travail du salarié.

⁹⁷⁶ Soc., 12 janv. 1999, Spileers, n° 96-40755, Dr. soc. 1999, p. 287, obs. Jean-Emmanuel RAY ; D. 1999, p. 645, note Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY ; RJS 1999, p. 94, rapp. Jean RICHARD DE LA TOUR.

⁹⁷⁷ Soc., 18 mai 1999, n° 96-44315, Dr. soc. 1999, p. 734, obs. Bernard GAURIAU ; D. 2000, p. 84, obs. Marie-Cécile ESCANDE-VARNIOL.

des difficultés d'ordre matériel⁹⁷⁹, de la mise en œuvre d'une clause de mobilité qu'il a pourtant contractée. Le recours aux notions civilistes permettait au juge d'exercer un contrôle de « proportionnalité implicite »⁹⁸⁰. Il est désormais directement fondé sur l'art. L. 1121-1⁹⁸¹. En définitive, l'intensité du contrôle exercé révèle très clairement un effort pour protéger la vie personnelle du salarié. Un effort comparable se retrouve concernant le droit de retrait.

B. La protection étendue du droit de retrait

Il ressort du contrôle du juge une volonté de garantir et même, parfois, d'étendre la possibilité d'exercer le droit de retrait. Trois solutions seront seulement évoquées. Le juge s'est opposé avec constance à l'exigence d'une déclaration écrite que certains chefs d'entreprise avaient tenté d'imposer – par une disposition du règlement intérieur – à leurs salariés pour l'exercice de leur droit de retrait⁹⁸². Si le salarié doit signaler à son employeur qu'il entend faire valoir son droit⁹⁸³, il peut donc le faire par tout moyen. Par ailleurs, la chambre sociale a indiqué que le retrait « constitue pour le salarié un droit et non une obligation »⁹⁸⁴. Elle a encore estimé que « la condition d'extériorité du danger n'est pas exigée d'une manière exclusive »⁹⁸⁵. Plus intéressantes sont les décisions par lesquelles le juge préserve la dimension subjective du droit de retrait (1.-), neutralise le caractère imminent du danger allégué (2.-) et admet la nullité du licenciement du salarié ayant exercé son droit de retrait (3.-).

1) La préservation de la dimension subjective du droit de retrait

L'article L. 4131-1 C. trav. agrège deux éléments pour composer le droit de retrait : un élément subjectif, le « motif raisonnable de penser [à un danger] » ; et un élément objectif, le « danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ». Le risque, pour les titulaires de ce droit, serait de voir s'imposer une interprétation minorant le premier élément en privilégiant le second. Les juges

⁹⁷⁸ Soc., 6 févr. 2001, SA Abilis c. Doussin, RJS 4/01, n° 412.

⁹⁷⁹ Soc., 2 juill. 2003, RJS 10/03, n° 1120 ; Soc., 25 mars 2009, n° 07-45281, JCP S 2009, 1294, note Bernard BOSSU (salarié affecté à 150 km de son domicile alors qu'il ne dispose pas d'un moyen de transport personnel).

⁹⁸⁰ Benoît GENIAUT, La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe, NBT Dalloz, 2009, p. 221.

⁹⁸¹ Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40523, RJS 12/08, n° 1162 ; Dr. ouvr. 2009, p. 16, note Florence LANUT ; Soc., 13 janv. 2009, n° 06-45562, RDT 2009, p. 300, obs. Alexandre DUMERY ; JCP S 2009, 1162, note Bernard BOSSU.

⁹⁸² CE, 12 juin 1987, Sté Gantois, n° 72388 (et 74605), AJDA, 1987, p. 462, chr. Michel AZIBERT et Martine DE BOISDEFFRE ; Dr. soc. 1987, p. 652, obs. Jean SAVATIER ; Soc. 10 mai 2001, n° 00-43437 ; RJS 7/01 n° 872.

oc., 28 mai 2008, n° 07-15744 ; JCP S 2008, 309, obs. Lydie DAUXERRE ; RJS 2008, p. 717.

⁹⁸³ Art. L. 4131-1 al. 1.

⁹⁸⁴ Soc., 9 déc. 2003, JurisData n° 2003-021403 ; RJS 2/04, n° 216.

⁹⁸⁵ Soc., 20 mars 1996, Adli c. Sté SGDE, RJS 1996, p. 319, concl. Yves CHAUVY ; D. 1996, p. 116, JCP E 1996, II, 850, note Gérard LACHAISE ; Dr. Soc. 1996, p. 684, obs. Jean SAVATIER : salarié connaissant des problèmes d'allergie, suscités par l'environnement du poste d'activité (présence d'animaux de laboratoire et de produits irritants).

suprêmes se sont efforcés d'y parer, qu'il s'agisse du Conseil d'Etat⁹⁸⁶ comme de la Cour de cassation. Même si l'appréciation de la réalité d'un tel motif raisonnable relève des juges du fond⁹⁸⁷, la chambre sociale contrôle la motivation de leurs décisions et casse en conséquence celles dans lesquelles les juges du fond n'ont « pas recherché si les salariés avaient un motif raisonnable de croire à l'existence d'un danger grave et imminent pour la vie ou la santé de chacun d'eux »⁹⁸⁸. L'appréciation souveraine des juges du fond peut jouer tant en faveur du salarié⁹⁸⁹ qu'à son détriment⁹⁹⁰. Selon la doctrine, une démarche en deux temps peut être observée⁹⁹¹. Les juges procèdent en premier lieu à une approche objective, qui se fait alors au bénéfice des salariés⁹⁹². Si l'existence d'un « danger grave et imminent » apparaît établie, le salarié avait *a fortiori* un « motif raisonnable » de le penser, aussi le contrôle s'arrête-t-il là. En second lieu, à défaut de parvenir à caractériser un tel danger, les juges ont l'obligation légale de laisser une place à l'appréciation subjective du danger par le salarié. Sauf à n'avoir aucun sens, cela revient inéluctablement à lui reconnaître le droit à l'erreur dans l'appréciation de certaines situations⁹⁹³. La référence au standard du « motif *raisonnable* » renvoie implicitement à l'idée de bonne foi du salarié. Le droit de retrait ne peut être invoqué *a posteriori*⁹⁹⁴ pour justifier une absence⁹⁹⁵ ou un refus d'effectuer une tâche manifestement sans danger⁹⁹⁶. De même, si une place doit être laissée à l'erreur du salarié, celui-ci devra reprendre le travail une fois l'inanité de ses craintes démontrée⁹⁹⁷. A l'inverse,

⁹⁸⁶ CE, 9 oct. 1987, n° 69829, JCP E 1987, I, 16785 ; CE, 22 avr. 1988, n° 85342 ; CE, 1^{er} juill. 1988, n° 81445.

⁹⁸⁷ Soc., 11 déc. 1986, Sté Précilec c. Nette, JCP G 1987, II, 20807, obs. Odile GODARD ; Dr. ouvr. 1988, p. 245, obs. Michèle BONNECHERE ; v. aussi : Soc., 22 oct. 2008, n° 07-43740.

⁹⁸⁸ Soc., 11 juill. 1989, Sté Nouvelle des Ateliers et Chantiers de la Rochelle-Palice c. Bobrie et Combeau, Dr. ouvr. 1989, p. 492.

⁹⁸⁹ Soc., 26 nov. 1987, SA Caulliez Delaoutre, n° 85-43600 (fonctionnement défectueux de deux machines se traduisant par un dégagement de poussières anormal) ; Soc., 19 mai 2010, Semitag, n° 09-40353 (retrait d'un conducteur-receveur suite à l'agression de collègues de travail sur la même ligne de tramway).

⁹⁹⁰ Soc., 23 avr. 2003, n° 01-44806, Dr. soc. 2003, p. 805, obs. Jean SAVATIER.

⁹⁹¹ Alexia GARDIN, « Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes », RJS 8-9/09, p. 600.

⁹⁹² Par exemple en s'appuyant sur les constats de l'inspecteur du travail et du contrôleur du travail (CA Metz, 6 févr. 2006, CERIT). Pour d'autres exemples, v. Alexia GARDIN, art. précit., p. 601. L'auteur tient à remercier Yonka GASSER, responsable de la banque de données du CERIT, pour lui avoir transmis les arrêts de Cour d'appel portant cet acronyme dans la contribution.

⁹⁹³ Pour une excellente illustration : CA Douai, 31 mars 2005, CTS c. Vendeville, CERIT (salarié qui, n'ayant pas été prévenu d'un exercice de simulation d'alerte au gaz, se retire en s'éloignant du chantier quand il se voit remettre un masque. Les juges lui donnent raison alors qu'il n'y avait aucun danger) ; v. aussi, pour un arrêt à la motivation exemplaire : CA Bordeaux, SA Solanilla c. Lorenzo, Juris-Data n° 149420, JCP E 2001, 2039 ; JCP G 2001, IV, 3094.

⁹⁹⁴ Pour être plus précis, si le signalement à l'employeur peut-être postérieur au retrait, il doit être immédiat. Sont ici visés les cas où l'invocation intervient bien après le retrait, ce qui laisse présumer la mauvaise foi du salarié.

⁹⁹⁵ CA Montpellier, 4 févr. 2004, Carceles c. Lozachmeur, n° 03/01178, CERIT.

⁹⁹⁶ CA Nancy, 6 juin 2005, Juris-Data n° 2005-279526, JCP G 2006, IV, 1257.

⁹⁹⁷ CA Pau, 28 oct. 1988, JurisData n° 1988-047607 : « commettent une faute (...) les salariés qui refusent de reprendre le travail qu'ils ont cessé pour une raison qui s'est révélée non fondée après examen de la situation par le CHSCT ».

dans d'autres situations, la référence au raisonnable présentera l'intérêt pour le salarié de voir sa situation saisie de façon encore plus subjective⁹⁹⁸.

2) La neutralisation du caractère imminent du danger allégué

La composante objective du droit de retrait renvoie à un « danger grave et imminent ». Un argument de texte⁹⁹⁹ aurait pu être opposé à l'invocation du droit de retrait pour les situations dans lesquelles, à proprement parler, l'idée de l'existence d'un péril imminent est difficile à soutenir. Or, il faut constater dans plusieurs décisions la neutralisation de cette condition textuelle¹⁰⁰⁰. La Cour d'appel de Paris a par exemple admis un exercice du droit de retrait par anticipation d'un danger grave et imminent¹⁰⁰¹. Encore plus significatif est l'accueil favorable réservé par la Cour de cassation, dès sa première saisine, à l'invocation liée à la maladie¹⁰⁰². Cette décision suscite l'approbation au regard du droit fondamental que le droit de retrait vient protéger dans les relations de travail. En effet, « l'atteinte à la santé postule assurément qu'une maladie soit un danger grave justifiant de se retirer de son poste de travail »¹⁰⁰³. Une Cour d'appel a statué dans le même sens s'agissant d'un machiniste affecté sur une vieille locomotive, alors même que seule une exposition régulière pouvait lui faire craindre des pathologies¹⁰⁰⁴. Il en est encore allé ainsi de l'exposition au tabagisme passif¹⁰⁰⁵. En définitive, même s'ils mentionnent généralement le terme imminent, les juges réalisent – dans certains cas – une évolution, du cumulatif vers l'alternatif, des caractères que doit présenter le danger allégué.

3) La nullité du licenciement du salarié ayant exercé son droit de retrait

La question des conséquences à tirer par le juge du licenciement du salarié ayant valablement exercé leur droit de retrait a connu un dénouement

⁹⁹⁸ En tenant compte, par exemple, de l'âge du salarié (CA Riom, 24 oct. 1987, Bonnet c. Perronin, JCP G 1989, IV, p. 323) ou de sa propre expérience professionnelle (CA Lyon, 21 oct. 2004, n° 01/03100, Association Maison d'enfants du docteur Yvert c. Vicet, CERIT ; CA Metz, 13 sept. 2010, Garrido c. Ets Jung Albert, n° 10/00241, CERIT).

⁹⁹⁹ Jean SAVATIER, Dr. Soc. 1996, p. 685.

¹⁰⁰⁰ Contra : CA Dijon, 10 févr. 2000, JCP E 2001, 833 ; CA Dijon, 23 janv. 2007, Jacobberger, n° 06/00712, CERIT.

¹⁰⁰¹ CA Paris, 19 déc. 1991, Briatte c. Sté COFRAS, RJS 1992, n° 297, p. 181 ; D. 1992, p. 95 (à propos d'instructeurs pilotes de l'aéronautique civile refusant de se rendre en mission en Angola où sévissait un conflit armé).

¹⁰⁰² Soc., 11 déc. 1986, Nette c. Sté Precilec, JCP G 1987, II, 20807, obs. Odile GODARD, Dr. ouvr. 1988, p. 245, obs. Michèle BONNECHERE (à propos d'une salariée atteinte d'une scoliose).

¹⁰⁰³ Annie BOUSIGES, art. précit., p. 285.

¹⁰⁰⁴ CA Amiens, 1er juill. 2009, JurisData n° 2009-018857, Revue de droit des transports 2010, 150, obs. Stéphane CARRE.

¹⁰⁰⁵ CA Rennes, 16 mars 2004, Villeret c. SARL Le Damier, Juris-Data n° 2004-246295, JCP G 2004, IV, 3330 ; JCP E 2004, 1726 ; CA Rennes, 3 sept. 2009, SA TFE c. Le Corvic, Juris-Data n° 2009-009337, Revue de droit des transports 2010, 83, obs. Stéphane CARRÉ (solution fondée sur l'obligation de résultat en matière de lutte contre le tabagisme).

récent. Remarquable, la solution de la nullité¹⁰⁰⁶ l'est eu égard à l'absence de texte la prévoyant expressément. En effet, selon une jurisprudence classique, « le juge ne peut, en l'absence de dispositions le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement »¹⁰⁰⁷. Or, les textes relatifs au droit de retrait se bornent à interdire toute sanction et/ou retenue sur traitement du salarié exerçant son droit de retrait, sans ne souffler mot des conséquences d'un licenciement. La référence à la fundamentalité ayant pour fonction, en droit du travail, de transformer un licenciement sans cause réelle et sérieuse en licenciement nul¹⁰⁰⁸, entraînant par là-même la réintégration de droit du salarié dans l'entreprise¹⁰⁰⁹, les commentateurs ont affirmé que l'arrêt *Wolff* consacrait la liaison entre le droit de retrait et le droit fondamental à la protection de la santé. Il faut néanmoins observer qu'il n'est pas fait mention de la fundamentalité dans le texte de l'arrêt, ni même explicitement – et curieusement – de la santé. La chambre sociale s'appuie sur l'« obligation de sécurité de résultat en matière *de protection et de sécurité* au travail », incombant à l'employeur¹⁰¹⁰ qui « doit en assurer l'effectivité ». Il faut bien convenir cependant que cela revient au même¹⁰¹¹.

S'il est possible d'observer une volonté convergente dans la protection juridictionnelle des droits de retrait et au respect de la vie personnelle, le contrôle des réactions de l'employeur ne s'opère pas de la même manière selon que le juge est confronté à l'exercice de l'un ou l'autre de ces droits.

II. Un contrôle dissymétrique des réactions de l'employeur

L'approche différente des réactions de l'employeur par le juge se manifeste à deux niveaux. La comparaison fait en effet ressortir un contrôle variable des obligations de ne pas faire de l'employeur d'une part (A) et de ses obligations d'agir d'autre part (B).

¹⁰⁰⁶ Soc., 28 janv. 2009, *Wolff c. SNC Sovab*, n° 07-44556, JCP S 2009, 1226, note Pierre-Yves VERKINDT ; Dr. soc. 2009, p. 486, obs. CHAUMETTE ; RDT 2009, p. 167, obs. Michel MINE ; JCP E 2009, 1638, note Patricia POCHET ; LPA 6-7 août 2009, n° 156-157, p. 18, note Christophe RADE.

¹⁰⁰⁷ Soc., 13 mars 2001, RJS 5/01 n° 590 ; Soc., 29 juin 2005, n° 03-42099.

¹⁰⁰⁸ Xavier DUPRE DE BOULOIS, « Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », JCP G 2007, I, 211.

¹⁰⁰⁹ Soc., 30 avril 2003, RJS 7/03, n° 869 ; Dr. Soc. 2003, p. 827, obs. Bertrand GAURIAU.

¹⁰¹⁰ Énoncée à partir des arrêts *Amiante* du 21 févr. 2002 (JCP G 2002 II, 10053, concl. Alexandre BENMAKHLOUF).

¹⁰¹¹ Pierre SARGOS, « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », JCP S 2006, 1278 ; Sylvie BOURGEOT et Michel BLATMAN, « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », Dr. soc. 2006, p. 653.

A. Un contrôle variable des obligations de ne pas faire de l'employeur

Il convient ici de mettre en vis à vis les limitations opposables au droit au respect de la vie personnelle par l'employeur (1) et la restriction impossible du droit de retrait (2).

1) Les limites opposables au droit au respect de la vie personnelle par l'employeur

Le salarié bénéficie en principe d'une immunité pour les faits tirés de sa vie personnelle, mais celle-ci n'est que disciplinaire. Elle ne saurait empêcher dans certaines situations un licenciement : en effet, « si, en principe, il ne peut être procédé à un licenciement pour un fait tiré de la vie privée du salarié, il en va autrement lorsque le comportement de celui-ci a créé un trouble caractérisé à l'entreprise »¹⁰¹². Le licenciement ouvre à l'employeur une issue pour faire face aux conséquences objectives que ce comportement a produites sur le bon fonctionnement de l'entreprise. Il revêt donc une « fonction palliative »¹⁰¹³ qui permet de dépasser le « conflit de logiques » entre le droit du salarié et l'intérêt de l'entreprise¹⁰¹⁴. Certes, cette solution oblige l'employeur à objectiver le motif du licenciement et elle constitue en cela une forme de protection. Mais il reste qu'elle limite considérablement la liberté du salarié désireux de conserver son emploi, lequel préférera peut-être brider ses sentiments de peur des conséquences éventuelles si la relation tournait mal¹⁰¹⁵, ou s'abstenir de toute conduite qui, pourtant relevant de sa vie personnelle, pourrait lui causer préjudice en raison de son caractère public si elle apparaissait socialement inacceptable¹⁰¹⁶. Il est des cas où, par exception, l'employeur retrouve la possibilité de recourir à un licenciement disciplinaire, alors même que le salarié n'a pas agi aux temps et lieu de travail. En effet, si son comportement peut être rattaché à la sphère professionnelle, la faute pourra être retenue, nonobstant le lien avec la vie personnelle du salarié. Il en va ainsi lorsque le salarié profite de ses fonctions pour commettre une infraction¹⁰¹⁷ ou si l'employeur parvient à établir un manquement à une obligation particulière de probité ou de loyauté

¹⁰¹² Soc., 9 juill. 2002, n° 00-45068, RJS 11/02, n° 1212. V. déjà Soc., 17 avr. 1991, Painsecq, n° 90-42636 ; Dr. soc. 1991, p. 485, note Jean SAVATIER (trouble lié à l'homosexualité d'un salarié aide-sacristain non établi en l'espèce).

¹⁰¹³ Jean MOULY, D. 2001, p. 2137

¹⁰¹⁴ Michel BUY, « Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques », in Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, Actes du colloque du 20 mai 1994, Aix-Marseille, 1994, p. 11.

¹⁰¹⁵ CA Amiens, 18 mai 2004 (a contrario), cité par Christophe RADE, « Amour et travail : retour sur un drôle de ménage », Dr. soc. 2010, p. 38.

¹⁰¹⁶ Soc., 28 juin 1995, n° 93-46424 : joueur de football professionnel aperçu par des supporters le soir dans des bars et boîtes de nuit, ce qui avait suscité le mécontentement de supporters et causé au club un trouble objectif caractérisé.

¹⁰¹⁷ Soc., 24 juin 1998, n° 96-40150 (réalisation d'une escroquerie en utilisant les services de la banque employeur).

(obligation liée à l'exercice des fonctions exercées par l'intéressé)¹⁰¹⁸. Ces fondements sont parfois problématiques. La chambre sociale a par exemple admis la faute grave du salarié dont le permis de conduire était suspendu pour des infractions commises en dehors du temps de travail, alors que l'exécution de son contrat de travail impliquait la conduite d'un véhicule¹⁰¹⁹. Il serait préférable qu'il ne puisse être licencié qu'en raison du trouble objectif qu'entraînera la suspension de son permis. La conduite illicite a eu lieu durant sa vie personnelle. Dès lors, si lui refuser l'indemnité compensatrice de préavis peut se discuter, le priver des indemnités de rupture est injustifié.

Il faut souligner par ailleurs l'ambivalence du contrôle de proportionnalité commandé par les articles L. 1321-3 et L. 1121-1. En effet, prohiber les seules restrictions disproportionnées, c'est dans le même temps « consacrer la licéité de certaines « restrictions » des droits fondamentaux liées à la prestation de travail, à l'intérêt de l'entreprise, à l'intérêt général ou aux droits des tiers (...) »¹⁰²⁰. Si la double négation employée signale a priori un contrôle rigoureux, « les notions standards [qu'utilisent les textes précités] autorisent d'importantes variations »¹⁰²¹, laissant en définitive le juge apprécier in concreto si la restriction est proportionnée ou non¹⁰²². C'est pourquoi il importe de borner le champ d'application de ces dispositions en considérant qu'elles n'ont pas, par principe, vocation à régir la vie personnelle du salarié. Elles ne doivent « concerner que les situations où l'intéressé se trouve soit dans l'exécution de son contrat de travail, soit soumis à une obligation particulière résultant, même implicitement, du contrat de travail (...) »¹⁰²³. Aux temps et lieu de travail, des restrictions justifiées et proportionnées au but recherché peuvent par exemple être apportées à la liberté de se vêtir à sa guise du salarié. L'employeur peut interdire à la secrétaire d'une agence immobilière de venir travailler en survêtement¹⁰²⁴ ou à un salarié de porter un bermuda sous sa blouse¹⁰²⁵, si ces deux salariés sont amenés à être en contact avec la clientèle. Le

¹⁰¹⁸ Soc., 25 févr. 2003, Dr. soc. 2003, p. 625, obs. Jean SAVATIER (salariée qui s'était livrée au même type de fraude que celles qu'elle était chargée de réprimer) ; Soc., 25 janv. 2006, JCP G 2006, II, 10049, note Bernard BOSSU.

¹⁰¹⁹ Soc., 2 déc. 2003, n° 01-43227, Dr. soc. 2004, p. 550, note Jean SAVATIER ; « l'idée qui sous-tend cet arrêt est que les normes de sécurité (...) ne peuvent se diviser » (rapport de la Cour de cassation pour 2003, p. 303) ; Soc., 19 mars 2008, Dr. soc. 2008, p. 818, note Christophe VIGNEAU ; v. toutefois et entretemps, Soc., 19 sept. 2007, n° 06-40150.

¹⁰²⁰ Antoine JEAMMAUD, « La place du salarié-individu dans le droit français du travail », in *Le droit collectif du travail. Etudes en hommage à Madame le professeur Hélène SINAY*, Nikitas Aliprantis et Francis Kessler éd., 1994, p. 353.

¹⁰²¹ Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 149.

¹⁰²² Cet « énoncé ouvert (...) ménage une place déterminante au contrôle juridictionnel » (Sophie NADAL, « Les interdictions adressées à l'employeur en droit du travail : essai de clarification », *Droit et cultures* 2009, n° 57, § 17).

¹⁰²³ Philippe WAQUET, « Libertés et contrat de travail. Réflexions sur l'article L. 120-2 du Code du travail, devenu l'article L. 1121-1 », *RJS* 5/09, p. 355.

¹⁰²⁴ Soc., 6 nov. 2001, JCP E 2002, II, 1732, note Gérard LACHAISE ; Dr. soc. 2002, p. 110, obs. Jean SAVATIER.

¹⁰²⁵ Soc., 28 mai 2003, Monribot c. Sagem, Dr. soc. 2004, p. 132, note Pascal LOKIEC ; D. 2003, p. 2718, note Frédéric GUIOMARD ; soc., 12 nov. 2008, Monribot c. Sté Sagem, n° 07-42220 ; JCP S 2009, 1200, note Bernard BOSSU.

recours à un tel critère permet d'affaiblir la rigueur du contrôle exercé par le juge, en laissant l'employeur imposer au salarié la normalisation de son comportement¹⁰²⁶. Le recours à la théorie de l'abus de droit va contribuer aussi à circonscrire la part de vie personnelle reconnue au salarié pendant son temps de travail, qu'il s'agisse des conversations étrangères au service par téléphone¹⁰²⁷ ou de l'usage d'internet¹⁰²⁸. Ce dernier type de restrictions n'a rien de surprenant : au travail, le salarié est avant tout là pour travailler. En dehors des temps et lieu de travail, un règlement intérieur peut aller jusqu'à apporter une restriction à l'usage du domicile d'un salarié. Un éducateur a par exemple été sanctionné disciplinairement pour avoir reçu à son domicile personnel une mineure en difficulté placée dans l'établissement, malgré l'interdiction posée par ce règlement¹⁰²⁹. Un comportement privé se trouve ainsi facilement « professionnalisé »¹⁰³⁰. Il le sera souvent par voie contractuelle. La chambre sociale a admis la mise en œuvre d'un certain nombre de clauses de mobilité en considérant qu'elles satisfaisaient aux exigences prévues par l'art. L. 1121-1¹⁰³¹. Enfin, la chambre sociale a également affirmé qu'« une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile ». Par conséquent, elle n'admet pas, en cas de mise en œuvre attentatoire à la bonne foi contractuelle, la nullité du licenciement (et donc la réintégration du salarié), mais seulement le licenciement sans cause réelle et sérieuse et les indemnités afférentes¹⁰³².

2) L'impossible restriction du droit de retrait par l'employeur

« Le droit de retrait, droit situé, droit propre au salarié », n'entre pas dans la catégorie des droits et libertés susceptibles de faire l'objet de restrictions au sens du Code du travail, notamment par des dispositions du règlement intérieur¹⁰³³. Il convient de tenir le même raisonnement concernant la règle plus générale énoncée par l'art. L. 1121-1¹⁰³⁴. Comme l'a expliqué Jean Mouly, « lorsque le législateur reconnaît un droit au salarié [en cette qualité], il a nécessairement envisagé l'intérêt contraire de l'employeur et estimé qu'il réalisait, par la disposition édictée, un juste équilibre entre les intérêts divergents des deux parties. L'on ne saurait donc invoquer un quelconque pouvoir de l'employeur ou intérêt de l'entreprise pour limiter le droit ainsi

¹⁰²⁶ En ce sens, v. l'opinion critique de Pascal LOKIEC, Dr. soc. 2004, p. 139.

¹⁰²⁷ CA Dijon, 30 janv. 2001, RJS 11/01, n° 1256 ; CA Versailles, 27 nov. 2002, RJS 12/03, n° 1477.

¹⁰²⁸ Soc., 18 mars 2009, n° 07-44247 (quarante et une heures de connexion à usage personnel en un seul mois).

¹⁰²⁹ Soc., 13 janv. 2009, n° 07-43282 ; RJS 3/09, n° 225 ; JCP S 2009, 1122, note Bernard BOSSU.

¹⁰³⁰ D. 2009, p. 1316, note Jean MOULY.

¹⁰³¹ Soc., 29 janv. 2002, RJS 4/02, n° 392 ; Soc., 13 juillet 2004, n° 02-44958.

¹⁰³² Soc., 28 mars 2006, n° 04-41016, JCP S 2006, 1381, note Pierre-Yves VERKINDT ; RDT 2006, p. 116, obs. Olivier LECLERC.

¹⁰³³ Benoît GENIAUT, thèse précit., pp. 103-105.

¹⁰³⁴ La référence à cet art. dans l'arrêt Wolff (précit.) semble servir à renforcer la motivation justifiant la nullité. A moins que le juge ait sérieusement envisagé d'admettre à l'avenir de telles restrictions, il y a là une instrumentalisation de cette disposition, signe maladroit d'une conversion bienvenue du juge judiciaire à la logique des droits fondamentaux.

reconnu au salarié. Le conflit a déjà été réglé *en amont*. La technique mise en œuvre par l'article L. 120-2 du code du travail [désormais art. L. 1121-1] est donc inappropriée en ce qui concerne les conflits mettant en cause les droits « sociaux » du salarié »¹⁰³⁵. L'ancien doyen de la chambre sociale ne dit pas autre chose quand il affirme : « la loi du 31 déc. 1992, qui a eu pour but et pour objet de protéger les droits et libertés du citoyen (...) ne permet pas à l'employeur de toucher aux protections et garanties spécifiques du droit du travail [et ce] quelles que soient les justifications invoquées »¹⁰³⁶. A la différence du droit au respect de la vie personnelle, qui tolère des restrictions encadrées directement par le juge, le droit de retrait confère une « véritable immunité »¹⁰³⁷ à son titulaire, immunité totale depuis l'arrêt *Wolff* du 28 janvier 2009 (préc.). Une logique binaire s'applique : soit la condition d'existence tenant au motif raisonnable est remplie et le titulaire du droit de retrait peut s'en prévaloir, soit il en va autrement et le salarié, n'étant alors « titulaire d'aucun droit appelant un régime particulier »¹⁰³⁸, s'exposera à une retenue sur salaire et pourra voir l'inexécution injustifiée de sa prestation de travail sanctionnée, éventuellement par un licenciement¹⁰³⁹.

Trois nuances doivent être apportées. Il faut d'abord réserver le cas des métiers à risques, pour lesquels la notion de motif raisonnable s'entend avec plus de rigueur. Il importe en effet que le danger allégué soit « distinct des risques habituels et inhérents aux fonctions occupées »¹⁰⁴⁰. Ici domine l'idée de risque accepté – avec les mesures spécifiques de protection qui doivent l'accompagner. L'employeur retrouve alors le pouvoir de réagir pour borner l'invocation du droit de retrait. Il faut concéder qu'il est possible d'y voir l'admission de restrictions contractuelles implicites, ce qui rapprocherait le droit de retrait, pour ce cas précis, du droit au respect de la vie personnelle. Ensuite, le recours au droit de retrait peut, dans des situations très particulières, jouer le rôle d'un révélateur de l'inaptitude du salarié au poste pour lequel il a été recruté. Tel était le cas dans l'affaire du salarié allergique au contact avec certains animaux et produits chimiques. En l'espèce, celui-ci n'avait pas demandé sa réintégration dans l'entreprise. S'il était amené à se positionner, il est probable que le juge accepte ici d'appliquer les solutions classiques relatives au salarié malade¹⁰⁴¹, interdisant le licenciement en raison de l'état de santé du salarié, mais autorisant celui motivé par la situation objective de l'entreprise

¹⁰³⁵ Jean MOULY, D. 2006, p. 344, § 5 (l'auteur traitait alors des clauses d'indivisibilité ; le propos s'applique parfaitement au droit de retrait).

¹⁰³⁶ Philippe WAQUET, art. précit., p. 352.

¹⁰³⁷ Alexia GARDIN, art. précit., p. 607.

¹⁰³⁸ Ibid.

¹⁰³⁹ Ce qui a conduit Michèle BONNECHERE à écrire, pour le déplorer : « Un motif raisonnable, ou le licenciement » (« Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », Dr. ouvr. 1994, p. 183). Ex. : Soc., 20 janv. 1993, JCP E 1993, II, 494, note Gérard LACHAISE ; il est même arrivé que la faute grave soit retenue (Soc., 22 janvier 1997, n° 93-46109).

¹⁰⁴⁰ Significatif est l'exemple du refus du retrait d'un convoyeur de fonds (CA Aix-en-Provence, 8 nov. 1995, JCP E 1996, II, 859, note Véronique COHEN-DONSIMONI).

¹⁰⁴¹ V. en ce sens Jean SAVATIER, Dr. Soc. 1996, p. 685.

obligée de pourvoir à son remplacement définitif¹⁰⁴². Dans cette hypothèse, la solution rejoint encore, mutatis mutandis, celle retenue pour le droit au respect de la vie personnelle. Mais l'on ne situe plus dans le cadre du droit de retrait. Enfin, le caractère encore incertain du droit positif ne doit pas être ignoré. Le droit de retrait reste d'un intérêt très limité s'il implique une prise de risque trop importante de son titulaire. C'est pourquoi il faut regretter que certaines décisions des juges du fond persistent à faire de l'approche objective (le salarié était-il ou non en danger ?) l'alpha et l'omega de leur contrôle, en retenant une motivation annihilant l'élément subjectif du droit de retrait¹⁰⁴³.

B. Un contrôle variable des obligations d'agir de l'employeur

La seconde différence relative au contrôle des réactions de l'employeur a trait aux conséquences qu'est susceptible d'entraîner l'exercice de chacun d'eux. La comparaison contentieuse permet de constater que le passage de la protection – dimension défensive du droit – à la prestation – dimension positive – est beaucoup moins fréquent quand est invoqué le droit au respect de la vie personnelle (1.-) que lorsqu'il s'agit du droit de retrait (2.-).

1) La rareté des obligations positives liées à l'invocation du droit au respect de la vie personnelle

Cette idée ne surprendra pas. Le droit au respect de la vie personnelle est conçu comme un droit visant à conférer une sphère de protection à son titulaire et n'a pas vocation, en principe, à lui permettre de revendiquer l'action du débiteur du droit, mais seulement son abstention. Un arrêt mérite néanmoins de retenir l'attention. L'affaire concernait une salariée qui sollicitait une mutation à Avignon. Son employeur la lui avait refusée, avant de la licencier pour faute grave pour abandon de poste. Au visa de l'art. 8 CEDH, la chambre sociale relève qu'il appartenait à l'employeur d'« expliquer les raisons objectives qui s'opposaient à ce que l'un des postes disponibles dans la région d'Avignon soit proposé à la salariée, contrainte de changer son domicile pour des raisons familiales sérieuses » et, « de surcroît, que la décision de l'employeur (...) de maintenir son affectation à Valenciennes, portait atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile de la salariée et était exclusive de la bonne foi contractuelle »¹⁰⁴⁴. Les commentateurs ont pu s'interroger sur « l'émergence, en droit du travail, d'un droit au rapprochement familial »¹⁰⁴⁵ ou encore d'« un droit à la mutation géographique pour des raisons familiales »¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴² V. ainsi Soc., 16 juill. 1998, n° 97-43484, ainsi que le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2007, p. 139 et s.

¹⁰⁴³ V. *supra*, I. B. ; v. not. CA Douai, 31 mars 2009, Belkadi c. SAS Sambre et Meuse, n° 08/01796, CERIT : l'ouvrier concerné n'a « pas été placé dans une situation de travail présentant un danger grave et imminent pour sa vie et sa santé ».

¹⁰⁴⁴ Soc., 24 janv. 2007, n° 05-40639 ; Dr. ouvr. 2007, p. 282 ; D. 2007, p. 1480, note Grégoire LOISEAU ; et *infra*.

¹⁰⁴⁵ JCP G 2007, II, 10110, note Jean MOULY.

¹⁰⁴⁶ JCP S 2007, 1243, note Stéphane BEAL et Anne-Laure DODET.

Toutefois, il ne faudrait pas exagérer la portée de cette solution. Il faut sûrement y voir un arrêt d'espèce, s'expliquant tant par la situation familiale de la salarié que par le refus de l'employeur d'en tenir compte, alors même qu'il en avait la possibilité sans que cela n'affecte l'intérêt de son entreprise. Au demeurant, cet arrêt restera vraisemblablement isolé. Le juge ne semble pas montrer d'empressement à s'immiscer dans le fonctionnement des entreprises. La chambre sociale a eu l'occasion de rappeler ultérieurement qu'une salariée « n'avait pas de droit acquis à une mutation »¹⁰⁴⁷. Les obligations positives sont donc rares. La situation pourrait évoluer avec le développement des interventions législatives cherchant à favoriser la conciliation entre vies personnelle et professionnelle¹⁰⁴⁸ ou à faire participer l'employeur à la répression de certains comportements dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement¹⁰⁴⁹.

2) La fréquence des obligations positives liées à l'invocation du droit de retrait

Tout comme le droit au respect de la vie personnelle, le droit de retrait renferme d'abord une obligation d'abstention de l'employeur : « le minimum que l'on puisse attendre est qu'il n'entrave pas l'action sécuritaire »¹⁰⁵⁰ de son titulaire. Cependant, il arrive fréquemment que ce minimum soit dépassé, le retrait du salarié obligeant l'employeur à œuvrer lui-même pour la sécurité dans l'entreprise. Les textes tant généraux¹⁰⁵¹ que spécifiques au droit de retrait¹⁰⁵² envisagent cette hypothèse. Les obligations positives sont fréquentes mais en aucun cas permanentes. En effet, à partir du moment où l'on admet que le droit de retrait puisse être exercé dans des hypothèses où il n'y avait finalement pas de danger, l'employeur ne saurait être systématiquement conduit à l'action. Dans ce cas, il devra parfois néanmoins prouver au salarié qu'il avait tort de se sentir en danger¹⁰⁵³. Mis à part cette situation, il est possible de mettre en

¹⁰⁴⁷ Soc., 28 oct. 2009, n° 08-41883.

¹⁰⁴⁸ V. not. Chantal MATHIEU, thèse précit., p. 343 et s. ; Laurent LEVENEUR, « Vie privée et familiale et vie professionnelle », in Bernard TEYSSIE (dir.), *La personne en droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 31.

¹⁰⁴⁹ Antoine MAZEAUD, « Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation », *Dr. soc.* 2002, p. 323.

¹⁰⁵⁰ Alexia GARDIN, art. précit., p. 607 ; selon l'art. L. 4132-5 : « 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 ».

¹⁰⁵¹ En vertu de l'art. L. 4121-1 C. trav., « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement » ; pour une approche générale, v. Sylvie BOURGEOT et Michel BLATMAN, *L'état de santé du salarié*, Ed. Liaisons, 2^{ème} éd., 2009, p. 132 et s.

¹⁰⁵² Selon l'alinéa 3 de l'art. L. 4131-1 C. trav. « 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 défektivité du système de protection ». Implicitement, l'employeur est amené à agir s'il veut que son salarié se remette au travail.

¹⁰⁵³ Rapporter une telle preuve pourra nécessiter que l'employeur agisse : CA Montpellier, 30 avr. 1998, *Juris-Data* n° 034906 (présenter le véhicule à une contre-visite afin que soit garantie l'intégrité des réparations effectuées).

évidence l'influence de l'intervention – ou de l'absence d'intervention – de l'employeur dans la motivation des décisions de justice en distinguant cinq configurations, favorables tantôt au salarié, tantôt à l'employeur. La première se rencontre rarement et renvoie au cas où le juge insiste sur une action antérieure de l'employeur pour renforcer la motivation de sa décision refusant le retrait. Dans l'affaire relative au convoyeur de fond, les juges procèdent ainsi quand ils relèvent que l'employeur « a[vait] pris des dispositions, non exigées par la législation, pour faire fabriquer des fourgons blindés de nature à résister à des armes de guerre »¹⁰⁵⁴. La deuxième témoigne du lien logique entre le droit de retrait et les obligations positives de l'employeur. Il s'agit de l'hypothèse où l'exercice du droit, sinon contraint l'employeur à agir à l'avenir, au moins révèle qu'il aurait dû le faire. Les obligations positives apparaissent ici en creux : l'invocation du droit de retrait est justifiée parce que l'employeur n'a pas pris les mesures qu'il fallait¹⁰⁵⁵. La troisième configuration est une variante de la précédente. La persistance d'une situation de danger, due à l'absence d'action postérieure de l'employeur après son signalement, va justifier la prolongation du retrait¹⁰⁵⁶. A l'inverse – quatrième cas de figure –, la réaction de l'employeur permet de dénier au salarié le droit de se retirer¹⁰⁵⁷. La cinquième et dernière configuration renvoie aux situations dans lesquelles le juge analyse l'action postérieure de l'employeur comme un « aveu implicite de ce dernier » de sa carence et donc de la légitimité du retrait¹⁰⁵⁸. Au total, il est possible de déceler de nombreuses obligations positives pour l'employeur. Il faut dire que ce dernier est fortement encouragé à réagir aux signaux envoyés par ses employés. Selon l'article L. 4131-4 C. trav., « le bénéfice de la faute inexcusable de l'employeur (...) est de droit pour le ou les travailleurs qui seraient victimes d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle alors qu'eux-mêmes ou un représentant du personnel au [CHSCT] avaient signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé ». Il existe donc un risque à rester inactif¹⁰⁵⁹, voire à faire cesser les mesures de protection qui avaient été adoptées en vue d'assurer la protection de l'un de ses salariés¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁴ CA Aix-en-Provence, 8 nov. 1995, précit.

¹⁰⁵⁵ CA Poitiers, 25 juillet 1996, Léonarduzzi c. Turpaux, CERIT : le juge stigmatise la faible diligence de l'employeur s'étant contenté de remplacer le salarié retiré. Il fallait agir autrement.

¹⁰⁵⁶ Il n'y a là que l'application de l'art. L. 4131-1 al. 3, précit. ; CA Paris, 30 sept. 1987, Sté Séjourné-Cellula-Staff c. Pose-Rey et Oliati, Dr. ouvr. 1988, p. 246, obs. Michèle BONNECHERE ; Soc., 1^{er} mars 1995, n° 91-43406.

¹⁰⁵⁷ CA Dijon, 8 sept. 1999, SA TSA industries c. Marchand, CERIT : « [la salariée] ne démontre pas qu'informé de l'abaissement de la température dans les ateliers, le responsable de l'entreprise s'est abstenu de faire diligence pour remédier à la situation » ; v. aussi CA Nancy, 10 sept. 2010, SAS Transcom c. Elkhannous, n° 09/03110, CERIT : « suite aux malaises du 25 janvier 2008, la société Transcom a pris les mesures nécessaires pour garantir la sécurité de ses salariés (...) ».

¹⁰⁵⁸ Alexia GARDIN, art. précit., p. 601 ; avec les exemples cités, not. CA Nancy, 2 février 2007, n° NCY/2007/4, CERIT (« de nouvelles mesures ont été prises pour rendre le sol moins glissant »).

¹⁰⁵⁹ « Cette présomption de faute inexcusable vient contraindre l'employeur à l'action (...) puisque son inaction peut se révéler extrêmement coûteuse » (Pierre-Yves VERKINDT, note sous Civ. 2^{ème}, 2 oct. 2008, RDSS 2008, p. 1140).

¹⁰⁶⁰ CA Nancy, 15 juill. 2009, JurisData n° 2009-379925, Revue de droit des transports 2010 65, obs. Stéphane CARRÉ.

Trois types de difficultés peuvent être soulignées. D'abord, en refusant que le salarié soit obligé d'expliquer les motifs de son retrait, le juge dénie à l'employeur la possibilité d'organiser « une procédure interne permettant de faire remonter jusqu'à lui (...) toutes les informations nécessaires pour identifier exactement le risque signalé et pour intervenir efficacement »¹⁰⁶¹. C'est là un effet pervers d'une jurisprudence qui se veut protectrice du salarié. Ensuite, du moyen de pression que constitue le droit de retrait à la revendication professionnelle qui caractérise le droit de grève, il n'y a qu'un pas. La possibilité d'un exercice successif des deux droits¹⁰⁶² montre qu'il peut y avoir des recoupements. La question n'est pourtant pas sans enjeu : le droit de grève entraîne une retenue sur salaire, laquelle n'est pas permise dans le cas du droit de retrait. L'invocation d'un « droit de retrait-solidarité » constitue une sorte de dévoiement de ce droit qui, individuel, implique d'être personnellement concerné¹⁰⁶³. Il reste que reposant sur une appréciation subjective (quoique raisonnable), l'émotion suscitée par une agression justifiera parfois le retrait des collègues de la victime, à condition qu'ils puissent établir se trouver dans une situation proche sinon similaire de celle de la personne agressée¹⁰⁶⁴. Enfin, et non sans lien avec la difficulté précédente, il n'est pas rare que le danger allégué ne soit pas directement imputable à l'employeur. « La sécurité publique ne relève pas des entreprises »¹⁰⁶⁵. Si la nécessité de protéger la santé de l'employé, fondement de ce droit, justifie le retrait immédiat (dimension défensive), l'employeur apparaîtra souvent démuné quant aux suites à apporter (dimension positive). Aussi est-il possible de se demander si l'engagement de la responsabilité de l'Etat par l'employeur – après acceptation par le juge de l'exercice du droit de retrait des salariés suite à une agression – est envisageable dans une telle hypothèse¹⁰⁶⁶.

« Les droits sociaux sont de la fausse monnaie ». Ce jugement de Gérard Lyon-Caen, énoncé il y a plus de vingt ans¹⁰⁶⁷, est trop catégorique pour rendre compte de la situation actuelle relative au droit de retrait et, par extension, au droit à la protection de la santé. La comparaison avec le droit au respect de la vie personnelle aboutit à des résultats inverses à ceux qui auraient pu être déduits des débats doctrinaux faisant valoir une réticence – pour la légitimer, la dénoncer ou simplement la remarquer – à la justiciabilité des droits sociaux. En

¹⁰⁶¹ Odile GODARD, obs. sous TA Bordeaux, 7 mai 1985, Sté Ford-France c. Min. du trav. JCP E 1985, 14542.

¹⁰⁶² Jean DEPREZ, « Droit de retrait, droit de grève et réintégration du salarié illégalement licencié », RJS 12/90, p. 619.

¹⁰⁶³ Soc., 23 avr. 2003, n° 01-44806, précit. (limitation, pour des chauffeurs de bus, de la possibilité de s'en prévaloir à la condition de travailler sur la ligne où ont été commises les agressions).

¹⁰⁶⁴ La chambre sociale n'a par exemple pas souhaité discuter l'appréciation souveraine de juges du fond admettant un exercice du droit de retrait par cent vingt-six agents (Soc., 22 oct. 2008, SNCF, n° 07-43740).

¹⁰⁶⁵ Jean SAVATIER, note précit., p. 806.

¹⁰⁶⁶ Thibault LAHALLE, *JurisClasseur Travail* (2009), Fasc. 18-1 : « Droits et obligations des parties ».

¹⁰⁶⁷ « Divagations sur un adjectif qualificatif », *Ecrits en l'honneur de Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p. 347.

effet, il faut constater que le droit de retrait, droit dit social, fait plus plier le lien de subordination caractéristique de la relation de travail que le droit au respect de la vie personnelle, droit dit civil. Mieux encore, il entraîne des obligations positives et celles-ci ne sont pas un obstacle à sa justiciabilité. Il faut cependant nuancer ces affirmations. D'un point de vue concret d'abord, quand le mot « social » est utilisé à bon escient¹⁰⁶⁸, il n'y a rien de très original à démontrer qu'un droit social se trouve bien protégé¹⁰⁶⁹ par le droit du même nom. Il n'est guère surprenant non plus que le droit au respect de la vie personnelle puisse connaître des restrictions. En s'engageant par un contrat de travail, le salarié renonce nécessairement à une part de sa liberté, part qui réduit d'autant la sphère de sa vie personnelle. D'un point de vue plus théorique ensuite, il convient de douter du caractère généralisable de ces conclusions. Le droit de retrait résulte en effet d'une médiation législative¹⁰⁷⁰, laquelle n'est pas réalisée pour tous les droits sociaux. Enfin, une étude de contentieux est impuissante à rendre compte avec précision de l'effectivité des droits étudiés dans la pratique. En ce qui concerne le droit de retrait, si certaines professions semblent rompues à s'en prévaloir, d'autres, pourtant fortement exposées à des situations de danger, n'en ont pas forcément la connaissance ou sont dans des situations trop précaires pour prendre le risque de mobiliser ce dispositif. Cela permettrait pourtant d'éviter de nombreux accidents du travail.

Pour citer cet article

Thomas 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*, juin 2012
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/comparaison-du-contentieux-des-droits-de-retrait.pdf>

¹⁰⁶⁸ Ce qui est le cas pour désigner le caractère protecteur du droit du travail en matière de protection de la santé et de la sécurité (v. Gérard LYON-CAEN, art. précit., p. 348).

¹⁰⁶⁹ Le salarié dispose d'ailleurs d'un fondement méconnu pour poursuivre l'employeur en cas de sanction abusive de ce droit (Agnès CERF-HOLLENDER, note sous Crim., 8 oct. 2002, n° 01-85550, *Revue de science criminelle* 2003, p. 354 : « les poursuites pénales en ce sens sont inexistantes »).

¹⁰⁷⁰ Jean RIVERO envisageait déjà cette hypothèse il y a quarante ans (« La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », in *Mélanges René CASSIN*, t. 3, 1971, p. 313).