



RAPPORT DE Mme LACQUEMANT, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 509 du 22 mai 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-19.849

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 19 mai 2022

**le syndicat Union Syndicale d'Air France UNSA
SMAF
C/
la société Air France**

1 - Rappel des faits et de la procédure

A la suite de divers événements survenus dans des pays d'Afrique entre 2014 et 2016, plusieurs avis de danger grave et imminent ont été consignés par les représentants du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail du personnel navigant commercial (CHSCT-PNC) de la société Air France.

Au cours de l'année 2016, des salariés, personnel navigant commercial (PNC), ont informé la société Air France de l'exercice de leur droit de retrait. Cette dernière a procédé à une retenue sur leur salaire d'1/30e, correspondant à l'absence d'activité lors de l'exercice du droit de retrait.

Plusieurs de ces salariés ont saisi le conseil de prud'hommes de Bobigny de demandes relatives à la retenue ainsi opérée.

Par ailleurs, l'union syndicale d'Air France UNSA-SMAF et le syndicat national du personnel navigant commercial (SNPNC) ont saisi le tribunal judiciaire de Bobigny qui, par jugement du 15 avril 2021, a :

- fait interdiction à la société Air France, sous astreinte de 10 000 euros par infraction constatée, de pratiquer à l'encontre de tout personnel navigant commercial exerçant son droit de retrait une retenue salariale en l'absence de décision judiciaire déclarant abusif ou non fondé le retrait litigieux,
- rejeté la demande tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Air France de fournir au PNC exerçant son droit de retrait un vol de substitution,
- condamné la société Air France à payer à chacun des syndicats la somme de 1 500 euros à titre de dommages-intérêts et celle de 2 500 euros au titre des frais irrépétibles.

Par arrêt du 19 mai 2022, la cour d'appel de Paris a infirmé ce jugement sauf en ce qu'il a rejeté la demande tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Air France de fournir au PNC exerçant son droit de retrait un vol de substitution, et, statuant à nouveau, a débouté les syndicats de toutes leurs demandes et les a condamnés à payer, chacun, la somme de 3 000 euros à la société Air France sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Pourvoi des syndicats

Déclaration de pourvoi le 04/08/2022

Mémoire ampliatif déposé le 05/12/2022 (*demande article 700 du cpc : 4 000 euros à chacun*)

Mémoire en défense déposé le 07/02/2023 (*demande article 700 du cpc : 4 000 euros*)

2 - Analyse succincte du moyen

Les syndicats UNSA-SMAF et SNPNC font grief à l'arrêt d'infirmier le jugement qui a fait interdiction à la société Air France sous astreinte de 10 000 euros par infraction constatée, de pratiquer à l'encontre de tout personnel navigant exerçant son droit de retrait, une retenue salariale en l'absence de décision judiciaire déclarant abusif ou non le retrait litigieux et de les débouter de leurs demandes tendant d'une part à voir ordonner à la société Air France de fournir aux salariés personnel navigant commercial (PNC) exerçant leur droit de retrait un vol de substitution sous astreinte de 10 000 euros par infraction constatée, d'autre part à sa condamnation au paiement à chaque syndicat d'une somme de 5 000 euros à titre de dommages-intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession outre 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

1°/ qu'aux termes de l'article L 4131-3 du code du travail, aucune retenue sur salaire ne peut être opérée par l'employeur à l'encontre du salarié qui s'est retiré 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 ; que la loi donne ainsi au salarié le droit d'apprécier lui-même l'existence d'un danger grave et imminent justifiant qu'il se retire ; **qu'il s'ensuit que l'employeur ne peut effectuer d'office une retenue sur le salaire du personnel qui a exercé son droit de retrait tant que le droit de retrait n'a pas été reconnu illégitime par le juge** ; qu'en jugeant

le contraire et **en considérant que la société Air France était en droit de pratiquer à l'encontre de tout le personnel navigant commercial exerçant son droit de retrait une retenue salariale en l'absence de décision judiciaire déclarant abusif ou non fondé le retrait litigieux pour débouter les syndicats UNSA-SMAF et SNPNC de leurs demandes, la cour d'appel a violé l'article L.4131-3 du code du travail ;**

2°/ que les syndicats UNSA-SMAF et SNPNC ont exposé que la société Air France procède de manière systématique et immédiate à une retenue sur salaire d'un trentième de la rémunération mensuelle du salarié PNC qui exerce son droit de retrait ; que la mise en place de ce système abusif et dissuasif qui porte atteinte à l'exercice du droit de retrait du salarié PNC a été dénoncé tant par les institutions représentatives du personnel que par l'inspection du travail ; **qu'en se bornant à dire que l'expression « débarquement » utilisé par la société Air France pour justifier la retenue sur salaire ne présente pas de caractère abusif, sans rechercher si la pratique mise en place par la société Air France ne présente pas de caractère abusif et ne justifie pas l'intervention préalable du juge pour se prononcer sur la légitimité du droit de retrait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.4131-3 du code du travail.**

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Possibilité pour l'employeur de procéder à une retenue de salaire avant que le juge ne statue sur la légitimité de l'exercice par le salarié de son droit de retrait.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4- 1 Quelques éléments sur le droit de retrait

4-1-1 Les textes

Le droit de retrait est reconnu par le droit international et le droit communautaire.

La Convention de l'OIT n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs affirme le droit pour un travailleur de se retirer d'une situation dangereuse :

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

Article 19 : «Des dispositions pourront être prises au niveau de l'entreprise aux termes desquelles : [...] (f) le travailleur signalera immédiatement à son supérieur hiérarchique direct toute situation dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un péril imminent et grave pour sa vie ou sa santé et, jusqu'à ce que l'employeur ait pris des mesures pour y remédier, en cas de besoin, celui-ci ne pourra demander aux travailleurs de reprendre le travail dans une situation où persiste un péril imminent et grave pour la vie ou la santé».

La directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail prévoit en son article 8-4 :

« Un travailleur qui, en cas de danger grave, immédiat et qui ne peut être évité, s'éloigne de son poste de travail et/ou zone dangereuse ne peut en subir aucun préjudice et doit être protégé contre toutes conséquences dommageables et injustifiées, conformément aux législations et/ou pratiques nationales ».

Le considérant 13 indique que *« l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique »*. **La primauté de la protection de la santé des travailleurs sur des considérations économiques est ainsi affirmée.**

Le considérant 8 indique que *« la prise de mesures concernant la sécurité et la santé des travailleurs au travail contribue dans certains cas à préserver la santé et, éventuellement, la sécurité des personnes vivant dans leur foyer »*.

En droit interne, la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative au CHSCT (dite 4^e loi Auroux) est venue reconnaître le droit de retrait.

Aux termes de l'article L. 4131-1 du code du travail (ancien article L. 231-8 issu de la loi précitée) :

Le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection.

Il peut se retirer d'une telle situation.

L'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection.

Aux termes de l'article L. 4131-3 du même code :

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 pour la santé de chacun d'eux.

L'article L. 4132-1 précise que *« le droit de retrait est exercé de telle manière qu'elle ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent »*.

Les dispositions relatives au droit de retrait ne sont pas sans lien avec l'obligation de sécurité et de protection de la santé physique et mentale des travailleurs par l'employeur prévue à l'article L. 4121-1 du code du travail mais elles révèlent une conception nouvelle de l'impératif de sécurité en permettant aux travailleurs de se protéger en se retirant d'une situation de travail alors que l'employeur n'aurait pas pris les mesures nécessaires.

Enfin, l'article L. 4741-1 du code du travail dispose :

Est puni d'une amende de 10 000 euros, le fait pour l'employeur ou son délégataire de méconnaître par sa faute personnelle les dispositions suivantes et celles des décrets en Conseil d'Etat pris pour leur application :

- 1° Titres Ier, III et IV ainsi que section 2 du chapitre IV du titre V du livre Ier ;
- 2° Titre II du livre II ;
- 3° Livre III ;
- 4° Livre IV ;
- 5° Titre Ier, chapitres II et IV à VI du titre II, chapitre IV du titre III et titre IV du livre V ;
- 6° Chapitre II du titre II du présent livre.

La récidive est punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 30 000 euros.

L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de travailleurs de l'entreprise concernés indépendamment du nombre d'infractions relevées dans le procès-verbal prévu à l'article L. 8113-7.

4-1-2 La jurisprudence

► Notre chambre contrôle que le juge du fond a recherché si le salarié avait un motif raisonnable de penser que la situation de travail présentait un danger grave et imminent pour sa sécurité et pour sa santé justifiant l'exercice de son droit de retrait. Et c'est au salarié de justifier de l'existence d'un motif raisonnable de penser que la situation présente un danger grave et imminent pour sa vie et sa santé.

→ Soc. 9 mai 2000, pourvoi n° 97-44.234, Bull. 2000, n° 175 :

Vu les articles L. 231-8-1 du Code du travail et 5 du décret n° 65-48 du 8 janvier 1965 ;

Attendu qu'aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un salarié qui s'est retiré d'une situation de travail dont il avait un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [X] a été engagé le 23 octobre 1986 par la société Egtab ; qu'au cours du chantier qui a débuté le 11 septembre 1992, il a refusé de procéder sans sécurité et sans protection à la remise en jeu de croisées en bois d'appartements situés au 1er et 3e étages d'un immeuble ; qu'il a été licencié pour faute grave par lettre du 7 octobre 1992 aux motifs suivants : refus d'exécuter un ordre, refus de se soumettre aux instructions, refus d'exécuter un travail ;

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes, la cour d'appel a relevé que "l'exécution des travaux ne nécessitait la mise en place d'aucune protection particulière des salariés" ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si le salarié justifiait d'un motif raisonnable de penser que la situation de travail présentait un danger grave et imminent pour sa vie et sa santé et nécessitait une mesure de protection collective destinée à empêcher les chutes de personnes par application de l'article 5 du décret n° 65-48 du 8 janvier 1965, la cour d'appel a privé sa décision de base légale

→ Soc., 29 janvier 2013, pourvoi n° 11-20.351 :

Attendu, enfin, que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a estimé que le salarié ne démontre pas s'être trouvé dans une situation de travail

dont il avait un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave ou imminent pour sa vie ou sa santé ;

→ Soc., 20 novembre 2014, pourvoi n° 13-22.421 :

Attendu que pour rejeter la demande d'annulation de cette sanction, l'arrêt retient que l'existence d'un risque ne suffit pas à démontrer qu'existait, au moment des faits, un danger grave et imminent pour la vie ou la santé des agents qui sont intervenus sur place, que le salarié ne verse aux débats aucune pièce établissant la réalité du danger grave et imminent qu'il allègue pour justifier l'exercice prétendu de son droit de retrait, que ce danger ne saurait résulter du défaut de fourniture d'un gilet pare-balles par l'employeur ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, sans rechercher si le salarié avait un motif raisonnable de penser que la situation de travail présentait un danger grave et imminent pour sa sécurité et pour sa santé justifiant l'exercice de son droit de retrait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

► Selon une jurisprudence ancienne et constante, dès lors que cette recherche est effectuée, l'appréciation de l'existence d'un danger grave et imminent de nature à justifier l'exercice du droit de retrait relève du pouvoir souverain des juges du fond :

→ Soc., 11 décembre 1986, pourvoi n° 84-42.209, Bulletin 1986 V n° 597

Mais attendu que, par une appréciation souveraine des éléments de la cause, la cour d'appel, qui ne s'est pas contredite, a estimé que la salariée avait un motif raisonnable de penser que le maintien à son poste de travail présentait un danger grave et imminent pour sa santé ; qu'ainsi le moyen ne peut être accueilli ;

→ Soc., 20 janvier 1993, pourvoi n° 91-42.028, Bulletin 1993 V n° 22

Attendu que les salariés font grief à l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 18 décembre 1990) de les avoir déboutés de leur demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alors que, selon le pourvoi, d'une part, l'appréciation du danger doit être subjective, la croyance, même erronée, du salarié qu'il court un danger, pourvu qu'elle soit raisonnable et sincère, suffisant pour lui permettre de quitter son poste de travail ; qu'en mettant la preuve du danger à la charge des salariés, sans démontrer en quoi ils n'avaient aucun motif raisonnable de penser qu'il y avait danger, la cour d'appel a violé l'article L. 231-8-1 du Code du travail ; alors que, d'autre part, ni le fait que d'autres chantiers ont maintenu leur activité, ni la circonstance que d'autres salariés ont accepté de travailler, ni la nécessité de terminer le chantier en cours ne sauraient priver les salariés d'exercer le droit de retrait, qui est une prérogative individuelle, dès l'instant qu'ils avaient un motif raisonnable de penser qu'ils couraient un danger grave et imminent ;

Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine des éléments de la cause que la cour d'appel a fait ressortir que les deux salariés n'avaient pas un motif raisonnable de penser que la situation de travail, dans laquelle ils se trouvaient, présentait un danger grave et imminent pour leur vie ou leur santé ; qu'ainsi, abstraction faite de motifs surabondants, voire erronés, elle a légalement justifié sa décision ;

→ Soc., 23 avril 2003, pourvoi n° 01-44.808, 01-44.809, 01-44.915, 01-44.916, 01-44.917, 01-44.918, 01-44.919, 01-44.920, 01-44.806, 01-44.921, 01-44.807, Bull 2003, V, n° 136 :

Attendu qu'il est fait grief aux arrêts attaqués (Versailles, 29 mai 2001) d'avoir débouté les salariés de leur demande en paiement de leur salaire pour la journée du 20 janvier 1998 et

de les avoir en conséquence condamnés à rembourser à la société STAC, leur employeur, des sommes versées en exécution des jugements de première instance, alors, selon le moyen, que l'article L. 231-8-1 du Code du travail qui définit le droit de retrait ne requiert non pas une situation objective de danger grave et imminent mais le fait que le salarié concerné ait un motif raisonnable de penser qu'une telle situation existe ; que les demandeurs rappellent qu'ils faisaient valoir dans leurs conclusions que d'autres agressions avaient eu lieu au cours des précédentes années à l'encontre des chauffeurs et que ceux-ci exercent leurs fonctions dans des conditions identiques de travail, et étaient fondés à se sentir en insécurité ; qu'en décidant que l'arrêt de travail des salariés ne pouvait s'analyser comme l'exercice du droit de retrait sans rechercher si les salariés avaient des raisons de penser qu'ils étaient exposés à un danger dans le cadre du contexte précité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte précité ;

Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel a estimé qu'à l'exception de la sécurité du quartier du vieux port de Lucé, il n'y avait pas de motif raisonnable de penser qu'il existait un danger grave et imminent de nature à justifier l'exercice du droit de retrait sur les autres lignes du réseau ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et pour des arrêts postérieurs : Soc. 20 mars 2013, pourvoi n° 11-26.116 ; Soc., 20 novembre 2014, pourvoi n° 13-17.889 ; Soc., 27 septembre 2017, pourvoi n° 16-22.224, 16-23.585 ; Soc., 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-22.578 ;

et récemment : Soc., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-17.503 :

3. La cour d'appel a retenu, par une appréciation souveraine, que le salarié n'avait pas de motif raisonnable de penser que l'essai, qui avait été préconisé, après déplacement dans l'atelier et étude du poste proposé par l'employeur, par le médecin du travail, dont l'avis n'avait pas été contesté, présentait un danger grave et imminent pour sa santé.

► Notre chambre est venue préciser que le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger était nul.

→ Soc., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-44.556, Bull. 2009, V, n° 24 :

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui rejette une demande de nullité du licenciement et dit celui-ci sans cause réelle et sérieuse après avoir retenu que le salarié avait exercé régulièrement le droit de retrait prévu par l'article L. 4131-3 du code du travail et que les griefs formulés dans la lettre de licenciement tenaient aux circonstances de son exercice contesté par l'employeur.

Cet arrêt a fait l'objet du commentaire suivant à la RJS 04/09 n° 361 :

«1° Si l'on excepte un arrêt ayant admis la réintégration, ordonnée en référé, d'un salarié licencié à raison de l'exercice régulier de son droit de retrait, mais sans que le principe même de cette réintégration ait été contesté (Cass. soc. 10 mai 2001 : RJS 7/01 n° 872), la jurisprudence n'avait eu à connaître que de contentieux dans lesquels était seulement invoqué le défaut de cause réelle et sérieuse. L'arrêt du 28 janvier 2009 ci-dessus pose pour la première fois la question de la nullité du licenciement. Elle est tranchée positivement.

On sait depuis l'emblématique affaire [X] (Cass. soc. 28 avril 1988 n° 87-41.804 : Bull. civ V n° 257) que l'absence de texte n'est pas un obstacle au prononcé de la nullité d'un licenciement dès lors que ce dernier est attentatoire à l'exercice d'un droit fondamental (également en ce sens, Cass. soc. 13 mars 2001 : RJS 5/01 n° 590, Bull. civ. V n° 87 ; Cass. soc. 30 octobre 2002 : RJS 1/03 n° 24, Bull. civ. V n° 331 ; Cass. soc. 31 mars 2004 : RJS 6/04 n° 680, Bull. civ. V n° 101).

Avec le présent arrêt, il semble que la protection de la santé et de la sécurité au travail accède à la catégorie des droits fondamentaux. S'achèverait ainsi une construction jurisprudentielle (voir notamment les arrêts « amiante » du 28 février 2002 : RJS 5/02 n° 618, Bull. civ. V n° 81) renforcée par des normes supranationales. Ainsi, la référence à la directive CE 89/391 du 12 juin 1989 qui impose de protéger le travailleur exerçant régulièrement son droit de retrait contre toutes les conséquences dommageables et injustifiées conformément aux législations ou pratiques nationales, doit être comprise non pas comme postulant directement la nullité du licenciement, mais le caractère fondamental du droit qu'il s'agit de protéger.»

Dans un commentaire à la Revue de droit du travail¹, le professeur Michel Miné relève que cet arrêt «vient opportunément achever la construction du régime du « droit de retrait » concernant un point essentiel : la sanction de sa violation. La solution retenue est de nature à favoriser l'exercice de ce droit subjectif et s'inscrit dans la démarche de prévention des risques professionnels, prévue par le droit communautaire transposé en droit interne, dans un contexte d'augmentation des accidents mortels du travail».

Le professeur Christophe Radé² approuve également le revirement de jurisprudence ainsi opéré : « le droit de retrait se rattache, évidemment, à la catégorie des droits fondamentaux dont il convient de garantir l'exercice, car il vise à protéger le droit à la santé et à la sécurité, dont on sait que l'employeur est désormais garant, et dont le caractère essentiel n'a plus à être démontré. La solution issue de cet arrêt du 28 janvier 2009 apporte donc une nouvelle contribution à la mise en place d'un régime véritablement protecteur des droits fondamentaux des salariés dans l'entreprise en offrant une nouvelle hypothèse de nullité sans texte d'une mesure de licenciement».

Cette solution a ultérieurement été confirmée :

→ Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-21.272, Bull. 2015, V, n° 241

Mais attendu qu'ayant constaté que le salarié avait légitimement exercé son droit de retrait, peu important qu'il ait obtenu l'accord de son employeur pour quitter son poste de travail, et que l'un des reproches formulés par l'employeur dans la lettre de licenciement reposait sur l'exercice de ce droit de retrait, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à examiner les autres griefs invoqués, que le licenciement était nul ; que le moyen n'est pas fondé ;

► Notre chambre a par ailleurs jugé que la formation de référé avait le pouvoir de statuer sur une demande de provision à la suite d'une retenue sur salaire consécutive à l'exercice du droit de retrait d'un salarié :

→ Soc., 31 mars 2016, pourvoi n° 14-25.241 et a., Bull. 2016, V, n° 63³

¹ RDT 2009 n° 3 du 18 mars 2009, p. 167

² Lexbase 7 octobre 2010 n° 4913bis

³ Arrêt commenté à la RJS 6/16 n° 425

Mais attendu qu'en l'absence de dispositions excluant l'exercice de ses pouvoirs, prévus par les articles R. 1455-5 à R. 1455-8 du code du travail, la formation de référé du conseil de prud'hommes ne peut se voir interdire de statuer ;

Et attendu que la formation de référé, qui, sans modifier l'objet du litige, a relevé que le Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) de l'établissement avait constaté un danger grave et imminent d'exposition des travailleurs de Pleyel à l'amiante et qu'un recours de l'employeur sur la validité de la procédure initiée par ce comité n'avait toujours pas abouti, n'a pas excédé ses pouvoirs tirés de l'article R. 1455-7 du code du travail en allouant aux salariés une provision sur le salaire qui leur avait été retenu par l'employeur ;

Dans un arrêt antérieur, non publié, la chambre avait approuvé une cour d'appel qui avait dit n'y avoir lieu à référé sur la demande de paiement du salaire retenu suite à l'exercice du droit de retrait (le trouble manifestement illicite était invoqué) au motif que seul le juge du fond était compétent pour se prononcer sur l'existence du motif raisonnable : Soc., 30 mai 2012, pourvoi n° 10-15.992 :

Mais attendu que le salarié qui se retire d'une situation de travail au motif qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé peut faire l'objet d'une retenue sur salaire s'il n'avait pas un motif raisonnable de penser que la situation présentait un tel danger ; que le juge du fond apprécie souverainement l'existence de ce motif raisonnable ;

Et attendu qu'ayant relevé que, si l'inspecteur du travail avait bien estimé que la salariée avait un motif raisonnable de penser que sa situation de travail présentait un danger grave et imminent pour sa santé, cette décision avait été déférée devant le juge administratif, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu à référé, le juge du fond étant seul compétent pour se prononcer sur l'existence d'un motif raisonnable ; que le moyen n'est pas fondé ;

Commentant l'arrêt du 31 mars 2016, le professeur A. Bugada⁴, s'interrogeant sur le fondement justifiant le pouvoir du juge des référés, retenu par la Cour, observait que sur les trois fondements possibles celui de l'obligation non sérieusement contestable *« semble le plus probable en l'espèce ou, du moins, paraît prédominer. C'est qu'en effet, la formation de référé semble ordonner le paiement d'une provision sur les salaires correspondant au temps de la retenue déduite de l'exercice du droit de retrait pour chacun des salariés concernés. Si l'on admet cette hypothèse, c'est donc que la formation de référé émet une première opinion sur le droit substantiel (obligation non contestable), quand bien même ne serait-elle pas définitive. Elle juge, à titre provisoire, l'évidence de l'imminence d'un danger grave, ce qui pourtant faisait débat en l'espèce, et du caractère raisonnable de la crainte du personnel à cet égard. L'employeur aura du mal à faire valoir sa cause au principal face à l'abaissement de l'exigence de l'analyse effectuée au stade du référé. La voie de l'appel est exclue en l'espèce compte tenu du faible montant de chaque demande individuelle, la jonction des instances important peu pour la détermination du ressort. Il est alors remarquable que la Cour de cassation ne discrimine aucun des textes cités (hypothèses 1, 2 et 3), si bien que faute d'identifier le fondement légal exact des ordonnances attaquées, on en déduit l'expression d'un politique jurisprudentielle plus vaste. En recourant au « pack » des pouvoirs de juge des référés, la Cour de cassation fait du « tout en un » pour*

⁴ La Semaine Juridique - Social n° 23 du 14 juin 2016 - Contentieux du travail - La promotion du référé « droit de retrait » du salarié

faciliter son intervention. Serait-ce l'avènement d'un référé d'un type nouveau : un référé « droit de retrait » ? Dans ce cadre, le problème est moins de savoir si la formation de référé porte une première appréciation sur les conditions de fond de l'usage de ce droit que d'apprécier les moyens, les arguments et les fondements dont elle se contente pour cela. C'est alors que la promotion de la procédure de référé pourrait contribuer au remodelage de droit de retrait sans faire référence ni à l'effectivité de l'obligation de sécurité (Cf. Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-44.556, préc.) ni à celle de l'obligation de prévention qui semble lui succéder avec autant d'efficacité (Cass. soc., 25 nov. 2015 n° 14-24.444 : JurisData n° 2015-026268 ; JCP S 2016, 1011, étude M. Babin. – P.-H. Antonmattéi, Obligation de sécurité de résultat : virage jurisprudentiel sur l'aile ! : Dr. soc. 2016, p. 457).»

4-2 Contrôle a priori ou a posteriori par le juge de la légitimité de l'exercice du droit de retrait

Le pourvoi formé par deux syndicats pose la question de savoir si l'employeur qui estime illégitime le droit de retrait exercé par son salarié, peut procéder à une retenue sur salaire ou s'il doit au préalable saisir le juge pour voir trancher la question du caractère justifié ou non de l'exercice de ce droit.

⇒ A la connaissance du rapporteur, la chambre sociale ne s'est pas expressément prononcée sur cette question. Il n'a pas non plus été identifié d'arrêts du Conseil d'Etat se prononçant sur la question pour les salariés de droit public.

Mais, dans un arrêt ancien, notre chambre a admis que les salariés qui se retirent d'une situation de travail, au motif qu'elle présente un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux, peuvent faire l'objet, indépendamment de toute sanction, d'une retenue pour absence de service fait dans la mesure où il est établi qu'ils n'avaient pas un motif raisonnable de penser que la situation présentait un tel danger.

Soc., 11 juillet 1989, pourvoi n° 86-43.497, Bulletin 1989 V N° 516 :

Attendu qu'après avoir relevé que l'arrêt de travail ne constituait pas un mouvement de grève, le conseil de prud'hommes a estimé que les ouvriers n'avaient pas rapporté la preuve qu'il existait un danger imminent, tel que l'entend la loi du 13 décembre 1982 pour leur vie ou leur santé et qu'en réalité la retenue sur salaire effectuée constituait une sanction disciplinaire illégale ;

Attendu cependant que s'il est exact que les salariés qui se retirent d'une situation de travail, au motif qu'elle présente un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux, n'exercent pas le droit de grève, **ils peuvent néanmoins faire l'objet, indépendamment de toute sanction, d'une retenue sur salaire, s'ils n'avaient pas un motif raisonnable de penser que la situation présentait un tel danger** ; qu'ayant constaté que MM [X] et [Y] s'étaient absentés de leur poste de travail en prétendant que les conditions de sécurité n'étaient pas remplies, **le conseil de prud'hommes qui a qualifié la mesure dont ces salariés avaient fait l'objet de sanction, quand il s'agissait d'une retenue de salaire pour absence de service fait**, et qui n'a pas recherché si les salariés avaient un motif raisonnable de croire à l'existence d'un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux, a faussement appliqué l'article L 122-40 du Code du travail et violé l'article L 231-8-1 du même Code ;

L'arrêt distingue ainsi la sanction pécuniaire, prohibée, de la retenue de salaire, contrepartie du service non fait.

Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire à la RJS 8-9/89 n° 687 :

«[...]»

1. 1. *La Cour de cassation censure un conseil de prud'hommes pour ne pas avoir recherché si les salariés avaient un motif raisonnable de croire à l'existence d'un tel danger. Elle confirme ainsi que le caractère raisonnable du motif justifiant le retrait du salarié de son poste de travail relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass. soc. 12 décembre 1986, Bull. civ., p. 452, n° 597, JCP 1987, 20807 note Godard). Selon MM. Camerlynck, Lyon-Caen et Pélissier (Précis Dalloz, Droit du travail 12e éd., n° 432), ce critère signifie que l'appréciation du danger que fait le salarié ne doit pas être extravagante, insensée, absurde, excessive. Elle doit être menée in concreto.*

Par conséquent, si la Cour de cassation n'exerce pas son contrôle sur le caractère raisonnable de l'idée de danger, elle exige néanmoins que le juge en constate l'existence (voir également, dans Doc. Lefebvre, P-II-536-a s., fv, les observations sous l'arrêt du 11 décembre précité et sous C. app. Paris 27 mars et 30 septembre 1987).

2. 2. *Sans se prononcer directement puisqu'un doute subsiste sur le caractère justifié ou non du retrait, la Cour de cassation envisage les conséquences pécuniaires dans ce deuxième cas : il semble résulter de sa décision qu'en l'absence de motif justifiant le retrait, le salarié peut faire l'objet d'une retenue sur salaire n'ayant pas le caractère d'une sanction pécuniaire prohibée mais représentant la contrepartie de l'inexécution temporaire du contrat de travail⁵. Indépendamment de cette retenue sur salaire, l'intéressé peut se voir infliger une sanction disciplinaire, par exemple un avertissement (C. prud. Mulhouse, 6 janvier 1988 : voir Doc. F. Lefebvre, P-II-536-d, fv).*»

⇒ Et la chambre criminelle a explicitement jugé que l'employeur n'était pas préalablement tenu de saisir le juge sur l'appréciation du bien-fondé du droit de retrait avant d'opérer une retenue sur salaire :

Crim., 25 novembre 2008, pourvoi n° 07-87.650, Bull. crim. 2008, n° 239

Attendu que, sur l'appel de toutes les parties et du ministère public, pour relaxer le prévenu et débouter les parties civiles de leurs demandes, l'arrêt retient qu'au moment de l'exercice du droit de retrait individuel par les chauffeurs il n'existait pas de motif raisonnable permettant à ceux-ci de penser qu'en dépit de la levée de la procédure d'alerte leur situation de travail présentait un danger grave et imminent pour leur vie et leur santé ; que les juges ajoutent que l'employeur était fondé à opérer une retenue sur leur salaire, celle-ci s'analysant en une contrepartie de l'absence de fourniture de travail, et aucune disposition n'imposant préalablement à l'employeur de saisir le juge ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ;

Qu'en effet, d'une part, lorsque les conditions du droit de retrait individuel ne sont pas réunies, le salarié s'expose à une retenue sur salaire, peu important qu'il reste à la

⁵ Souligné par le rapporteur

disposition de l'employeur, que, d'autre part, l'employeur n'est pas tenu de saisir préalablement le juge sur l'appréciation du bien-fondé de l'exercice du droit de retrait par le salarié ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être admis ;

→ Cet arrêt a été commenté à la RJS 2/09 n° 180 :

« L'article L 4131-1 du Code du travail permet au salarié 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. L'article L 4131-3 du même Code précise que dans un tel cas aucune retenue de salaire ne peut être effectuée.

Après la chambre sociale (Cass. soc. 11 juillet 1989 : RJS 8-9/89 n° 687, Bull. civ. V n° 516), la chambre criminelle de la Cour de cassation décide que l'employeur est fondé, en revanche, à opérer une telle retenue lorsque les conditions d'exercice du droit de retrait ne sont pas réunies.

Les demandeurs au pourvoi soutenaient qu'une telle retenue est une sanction prohibée par l'article L 1331-1 du Code précité. Mais la cour d'appel, non contredite par la chambre criminelle, avait précisé que cette retenue doit s'analyser en une contrepartie de l'absence de fourniture de travail⁶. Le fait que le salarié soit resté à la disposition de l'employeur importe peu.»

→ Egalement à la Jurisprudence sociale Lamy n° 248, 28 janvier 2009 :

«(...) La compétence du juge prud'homal pour apprécier le bien-fondé du recours au droit de retrait n'a évidemment jamais été contestée, cet examen se faisant traditionnellement lorsque le salarié qui conteste une retenue ou une sanction saisit les prud'hommes. En revanche, l'invocation de la nécessité d'un contrôle judiciaire a priori, et non plus a posteriori, était plus original et n'avait fait l'objet à notre connaissance d'aucune décision de la Cour de cassation.

La réponse des Hauts Magistrats est très claire et reprend la position adoptée en l'espèce par la Cour d'appel de Nancy. Ni l'article L. 4131-3 du Code du travail ni un quelconque autre texte législatif ou réglementaire ne prévoit l'obligation d'une saisine du juge.

L'exercice du droit de retrait comporte donc un risque pour le salarié, celui de se voir imposer une sanction disciplinaire ou une retenue sur salaire (Cass. soc., 23 avr. 2003, n° 01-44.806), sanction ou retenue validée par la juridiction prud'homale si les conditions d'application de ce droit ne sont pas jugées a posteriori réunies. De son côté, en opérant une retenue, l'employeur prend aussi un risque si le juge estime, toujours a posteriori, que le salarié avait un motif raisonnable d'avoir peur pour sa santé ou sa vie : un risque indemnitaire, mais également un risque de condamnation pénale⁷.»

⁶ Souligné par le rapporteur

⁷ Souligné par le rapporteur

→ Et au *Dalloz Actualités*, 11 décembre 2008 :

« S'il a un motif raisonnable de penser que la situation de travail présente pour sa vie ou sa santé un danger grave et imminent, le salarié dispose d'un droit de retrait, lui permettant de cesser l'accomplissement de ses tâches (art. L. 4131-1 c. trav.). En corollaire, aucune sanction, ni retenue sur salaire, ne peut être prise à son encontre par l'employeur (art. L. 4131-3 c. trav.). Ce dernier peut-il, malgré tout, décider d'opérer une retenue sur salaire lorsque les conditions du droit de retrait ne sont pas réunies ? Le fait pour le salarié d'être resté à la disposition de son employeur est-il, au contraire, un obstacle à cette sanction ? Celle-ci requiert-elle que le juge apprécie au préalable la réunion des conditions du droit de retrait ?

Par le présent arrêt, la chambre criminelle de la Cour de cassation se prononce sur l'ensemble de ces questions. Elle considère que, lorsque les conditions du droit de retrait individuel ne sont pas réunies, le salarié s'expose à une retenue sur salaire, peu important qu'il reste à la disposition de l'employeur. Elle poursuit en affirmant que l'employeur n'est pas tenu de saisir préalablement le juge sur l'appréciation du bien-fondé de l'exercice du droit de retrait par le salarié.

La chambre criminelle suit ici logiquement la jurisprudence adoptée par la chambre sociale. Cette dernière décide, en effet, que, si le motif raisonnable exigé par l'article L. 4131-1 du code du travail n'est pas avéré, l'employeur est autorisé à retenir certaines sommes sur le salaire pour « absence de service fait », sans que cette retenue constitue une sanction disciplinaire prohibée par l'article L. 1331-2 du même code (Soc. 11 juill. 1989, Bull. civ. V, n° 516 ; D. 1989. IR. 235). Cette solution paraît, en outre, conforme aux dispositions de l'article L. 4131-3. Si le retrait est justifié par un motif raisonnable permettant au salarié de penser qu'il existait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, aucune retenue sur salaire n'est possible. Interprétées a contrario, ces dispositions admettraient la retenue sur salaire dès lors que les critères du droit de retrait ne seraient pas réunis.

Cette interprétation ne s'articule toutefois pas parfaitement avec le principe inscrit à l'article L. 1331-2 du code du travail qui prohibe toute sanction pécuniaire prononcée à l'encontre d'un salarié. Il signifie, entre autre, qu'un employeur ne peut diminuer le montant du salaire versé au salarié en raison de l'inexécution ou de l'exécution défailante de ses obligations (Soc. 17 avr. 1991, Bull. civ. V, n° 198 ; Dr. soc. 1991. 469, note Mazeaud ; 2 déc. 1992, Bull. civ. V, n° 577). Or, la faculté offerte à l'employeur de retenir une partie du salaire, dans l'hypothèse où les conditions de l'article L. 4131-1 ne seraient pas remplies, trouve sa raison d'être dans l'inexécution du contrat de travail par le salarié. Une telle mesure devrait donc logiquement tomber sous le coup de la prohibition des sanctions pécuniaires. La Cour semble toutefois considérer qu'il ne s'agit là que de la conséquence de l'inexécution d'une obligation dont la contrepartie réside dans le paiement d'un salaire (comp. Soc. 11 juill. 1989, préc.). Or, l'exception d'inexécution n'est admise qu'en présence d'une des hypothèses de suspension du contrat de travail, généralement légalement envisagées. Il en va ainsi de l'exercice du droit de grève. Dans les autres cas (comme la maladie, la maternité, etc.), un maintien du salaire est organisé et pèse en partie sur l'employeur. Ce maintien n'étant pas prévu pour la grève, il est logiquement fait référence à la possibilité de faire jouer l'exception

d'inexécution ; l'article L. 1221-1 du code du travail renvoie expressément au droit commun des contrats. Toutefois, quand bien même serait-il admis que l'exercice du droit de retrait opère suspension du contrat de travail, encore faut-il que ce droit existe. En effet, il ne naît au profit du salarié qu'en présence d'un motif raisonnable (art. L. 4131-1 c. trav.). À défaut, le salarié ne dispose d'aucun droit de retrait. Le contrat n'est pas à proprement parler suspendu, mais il est seulement inexécuté. L'article L. 1331-2 devrait retrouver son empire. Il reviendrait alors à l'employeur de sanctionner le salarié du fait d'une exécution défailante de ses obligations sur le terrain disciplinaire, notamment au moyen d'un licenciement. Il conviendra alors d'observer que, la faute ainsi commise par le salarié ne pouvant en soi constituer une faute grave (Soc. 6 déc. 1990, Gaz. Pal. 1991. Pan. 199), l'employeur serait tenu d'apporter la preuve de cette gravité. Serait en revanche exclue toute sanction pécuniaire.

La Cour ne suit toutefois pas ce raisonnement. Elle semble bien considérer que le contrat de travail est suspendu puisqu'elle ne tient pas compte de la disponibilité du salarié. Mais, en octroyant à l'employeur le droit d'opérer des retenues sur salaire, la suspension produit ses effets lorsque l'exercice du droit de retrait n'est pas fondé. Cela rappelle la distinction, à laquelle avait recours la chambre sociale, entre la grève licite et la grève illicite, avant qu'elle ne distingue la grève et les mouvements illicites. S'agissant du droit de retrait, les articles L. 4131-1 et suivants du code du travail ne distinguent pas selon que l'exercice de ce droit est valable ou non : soit ce droit existe et une protection particulière est conférée au salarié, soit il n'existe pas et l'employeur peut exercer son pouvoir disciplinaire dans les limites notamment fixées par l'article L. 1331-2 du code du travail.

Concernant, enfin, la nécessité de saisir le juge préalablement à une retenue sur salaire, la solution avancée par la chambre criminelle doit être pleinement approuvée. Mise à part la procédure de licenciement des représentants élus et désignés du personnel, il n'existe pas de contrôle préalable à l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire. Aucun texte du code du travail n'introduisant une telle procédure, le contrôle opéré par le juge reste un contrôle a posteriori, c'est-à-dire intervenant après l'exercice du droit.»

Pour une grande partie de la doctrine, le principe du contrôle a posteriori par le juge de la légitimité de l'exercice du droit de retrait par le salarié semble acquis en jurisprudence. Des auteurs en soulignent néanmoins les inconvénients.

➔ Le professeur Xavier Aumeran relève dans un article paru⁸ à l'occasion des nombreuses questions soulevées par l'exercice du droit de retrait lors de la pandémie de covid-19 :

« Des divergences d'analyses quant à la légitimité ou non de chaque salarié à mettre en œuvre son droit de retrait surviennent et surviendront. Seul le juge sera en mesure a posteriori de statuer sur la gravité et l'imminence du risque, ainsi que sur la pertinence des mesures de protection mises en œuvre par l'employeur. Il en sera ainsi lorsque ce dernier sera passé outre l'interdiction de l'article L. 4131-3 du Code du travail et aura sanctionné son salarié ou réduit son salaire.»

⁸ La lettre juridique avril 2020 n° 819 du 2 avril 2020

→ Le professeur Pierre-Yves Verkindt mentionne, dans le même contexte⁹ :

*«(...) L'expression du droit de retrait peut être contemporaine de l'alerte et ne requiert ni formalisme ni procédure (7) , tout au plus le salarié doit-il informer son employeur, la Cour de cassation ayant même admis que le droit de retrait pouvait résulter des circonstances de fait (8) . Comme le salarié ne peut supporter ni réduction de salaire ni sanction en cas d'exercice légitime du droit de retrait, le contrôle de cette légitimité ne se fera qu'a posteriori par le juge qui serait saisi soit d'une demande de nullité de la sanction proposée, soit d'une demande de paiement d'une rémunération que l'employeur aurait réduite abusivement. C'est une limite importante du droit de retrait car si le salarié peut en quelque sorte « imposer » à son employeur sa décision de se retirer du poste, à l'inverse il lui faudra saisir le juge dans le cas où son employeur décidera unilatéralement de réduire la rémunération ou de prononcer une sanction*¹⁰.

En tout état de cause, l'exercice par le salarié de son droit crée une obligation d'agir pour l'employeur et la sortie du poste est légitime tant que l'action n'est pas réalisée (C. trav., art. L. 4131-1, al. 3). Il me semble que le salarié reste quand même à disposition de l'employeur qui peut proposer un autre poste sécurisé ou le télétravail qui d'ailleurs peut être imposé par application de l'article L. 1222-11 du Code du travail (...)»

Dans un autre article, il indique encore ¹¹:

« Reste néanmoins que, s'il distend quelque peu le pouvoir de direction, l'exercice du droit de retrait par le travailleur ne supprime pas la subordination dans laquelle il se trouve. D'une part, le salarié qui s'est retiré de son poste de travail demeure à la disposition de l'employeur qui peut, selon moi, l'affecter temporairement à un autre poste sans toucher d'aucune manière aux autres éléments du contrat de travail (rémunération incluant les primes et autres satellites de la rémunération, temps de travail, etc.). D'autre part, même si le salarié ne peut supporter ni réduction de salaire ni sanction en cas d'exercice légitime du droit de retrait, le premier contrôle de cette légitimité est opéré par l'employeur qui peut, en forme de résistance, décider d'une sanction ou de réduire la rémunération à proportion des jours non travaillés. Le juge n'interviendra qu'ensuite, à la condition que le salarié le saisisse soit d'une demande de nullité de la sanction, soit d'une demande de paiement d'une rémunération abusivement réduite. C'est là une limite importante du droit de retrait car, si le salarié peut en quelque sorte « imposer » à son employeur sa décision de se retirer du poste, à l'inverse, il est seul à supporter le risque et l'obligation de saisir le juge si l'employeur le sanctionne ou réduit sa rémunération.»

Dans leur ouvrage Droit du travail¹², Elsa Peskine et Cyril Wolmark voient dans la décision de la chambre criminelle du 28 novembre 2008 un frein à l'exercice du

⁹ Semaine sociale Lamy, 1901; 20/03/2020, Du bon usage du droit de retrait

¹⁰ Souligné par le rapporteur

¹¹ Revue de droit du travail 2020 p.721 Controverse : Quels usages du droit de retrait ?

¹² Edition Dalloz 17^{ème} édition (2024) p. 352

droit de retrait : « On ne peut que regretter cette décision -du reste limitée à l'appréciation pénale du délit d'illicéité des sanctions pécuniaires- qui paralyse doublement l'exercice du droit de retrait. Il faudrait en définitive imposer une obligation de paiement immédiate assortie d'une contestation par l'employeur a posteriori, et ce à l'image des heures de délégation ».

Les auteurs de l'ouvrage *L'état de santé du salarié*¹³, après avoir rappelé que « si le retrait auquel le salarié a procédé ne répond pas aux exigences légales, la retenue sur salaire qui lui est appliquée par l'employeur en raison du service non fait est elle-même légitime et ne présente pas de caractère disciplinaire », soulignent que l'exercice du droit de retrait peut s'avérer risqué pour le salarié s'il l'exerce à mauvais escient et que « tel qu'il est actuellement institué, le droit de retrait est porteur d'une grave incertitude pour l'intéressé, qui ne peut savoir a priori si sa démarche sera jugée légitime, c'est à dire comme procédant d'une estimation raisonnable de l'imminence et de la gravité du danger auquel il prétend vouloir échapper ». Ces mêmes auteurs ajoutent que « la jurisprudence des cours d'appel montre, du reste, qu'il peut souvent s'agir pour lui d'un pari ».

Ainsi que le relève le mémoire en défense, une proposition de loi n° 2950 relative à la sécurisation du droit de retrait pour les salariés a été déposée le 12 mai 2020. Renvoyée devant la commission des affaires sociales, elle n'a jamais été inscrite à l'ordre du jour et n'a donc pas été examinée.

Extrait de l'exposé des motifs de cette proposition et rédaction de l'article proposé :

Aussi, le droit de retrait expose le salarié à un risque important, celui de se voir retirer de son salaire les heures non travaillées, sans possibilité d'arbitrage ou de médiation immédiate, si l'employeur considère comme non justifié l'exercice du droit de retrait. Il appartient ensuite au salarié, au-delà de l'échéance du mois en cours au jour de l'exercice du droit de retrait, de saisir la justice pour en espérer son rétablissement, dans le cas où elle conclut que le salarié avait bien un motif raisonnable de penser qu'il se trouvait dans une situation de danger. Dans le cas contraire, la retenue sur salaire est justifiée. Ainsi, le risque repose exclusivement sur le salarié, pouvant être privé de salaire si l'employeur juge que le droit de retrait n'est pas fondé.

Aussi, la présente proposition de loi garantit le maintien du salaire du salarié en cas de désaccord avec l'employeur, jusqu'à ce que la justice rende sa décision sur le bien-fondé ou non du droit de retrait. De plus, cette proposition de loi prévoit que lorsque qu'il est jugé que l'exercice du droit de retrait par le salarié était injustifié, l'employeur propose au salarié un remboursement échelonné et raisonnable des sommes indûment perçues.

Article unique

Après l'article L. 4131-3 du code du travail, il est inséré un article L. 4131-3-1 ainsi rédigé :

¹³ *L'état de santé du salarié* - M. Blatman, P.Y. Verkindt et S. Bourgeot - 3^e édition, pages 277 et s.

« Art. L. 4131-3-1. — L'employeur qui conteste l'usage fait par l'un de ses salariés de son droit de retrait, peut saisir le juge prud'homal et ne peut, en aucun cas, dans l'attente de la décision du juge, suspendre le paiement du salaire, ni effectuer aucune retenue sur salaire. Son recours doit impérativement être engagé dans le mois qui suit la fin du mois au cours duquel le salarié a exercé son droit de retrait. En cas de désaccord, l'employeur doit également saisir le juge des référés et dans les conditions de délai et de forclusion identique.

« L'employeur qui porte sa contestation devant le juge prud'homal, dans le mois qui suit la fin du mois au cours duquel le salarié a exercé son droit de retrait, présente obligatoirement devant le juge, pour le cas où son recours aboutit, un calendrier de remboursement raisonnable. Le juge saisi peut modifier ce calendrier en fonction des justificatifs de ressources et de charges que peut lui présenter le salarié ».

En l'espèce, la cour d'appel, infirmant la décision des premiers juges, a retenu que le contrôle de la légitimité tant de l'exercice du droit de retrait par le salarié que de la retenue de salaire par l'employeur ne pouvait intervenir qu'après que la décision de l'un ou de l'autre a été prise.

Le mémoire ampliatif soutient que le juge étant seul compétent pour se prononcer sur l'existence d'un « motif raisonnable de penser... », il s'en déduit que l'employeur ne peut, avant que le juge n'ait statué, procéder à une retenue sur salaire. Il fait valoir que permettre à l'employeur d'apprécier unilatéralement la légitimité du motif du retrait du salarié en privant ce dernier d'une partie de sa rémunération a pour effet de déposséder le salarié de son pouvoir de décision, que pour assurer l'effectivité du droit de retrait, le salarié doit pouvoir l'exercer sans s'exposer à une retenue de salaire, le contraignant à saisir le juge pour voir reconnaître le bien fondé de l'exercice de son droit. Enfin (et c'est l'objet de la seconde branche), il ajoute que la société Air France, en procédant systématiquement en cas d'exercice du droit de retrait à une retenue sur salaire d'un trentième de la rémunération mensuelle, commet un abus de droit.

Le mémoire en défense soutient que le contrôle judiciaire de l'existence des conditions permettant d'exercer un droit de retrait est un contrôle a posteriori et ce en raison tant de la lettre que de l'esprit des textes qui ne prévoient aucune obligation pour l'employeur de saisir le juge avant de pouvoir valablement procéder à une retenue sur salaire à l'encontre d'un salarié qui exercerait son droit de retrait sans que les conditions posées par le législateur soient réunies. Il se prévaut en outre de la jurisprudence résultant de l'arrêt rendu le 25 novembre 2008 par la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Au vu des éléments qui précèdent, il reviendra à la chambre de se prononcer sur le mérite du moyen.