

Fiche info RH

Droit de retrait, abandon de poste et assignation

Il est probable que des professionnels de vos établissements invoquent le droit de retrait face à la gestion de la crise d'épidémie de COVID 19 ou abandonnent leur poste.

Dans ces deux situations, il conviendra d'être très précautionneux et rigoureux dans leurs gestion en veillant notamment à la bonne réalisation et maîtrise des outils RH afférents.

Egalement, il faut prendre en considération les statuts des établissements employeurs : publics et privés.

La spécificité du secteur public, par définition, est qu'il répond à des obligations et exigences de service public, auquel le secteur privé EHPAD n'est pas astreint. Ainsi, les notions de continuité de service public et/ou d'activité d'intérêt général permettent d'actionner des leviers juridiques précis et contraignants dans la gestion du personnel pour le secteur public, sans équivalent pour le secteur privé (sauf accords locaux et conventions cadres le prévoyant).

L'abandon de poste

L'abandon de poste se distingue du droit de retrait. Il se matérialise par une absence irrégulière sans prévenance et/ou sans justificatifs. Elle est donc constatée de fait par l'employeur. Suite à ce constat d'absence irrégulière, une mise en demeure doit être envoyée à l'agent. Dans le cas présent, nous vous conseillons d'assortir cette mise en demeure d'une assignation. L'assignation est spécifique au secteur public.

En cas de refus de l'agent de revenir et/ou de silence gardé, il convient de procéder à la radiation des cadres et aux retenues sur salaires pour la période constatée en abandon.

Le secteur privé peut avoir créé via des accords locaux et/ou des conventions cadres des procédures équivalentes à l'assignation en secteur public.

Si pas, il peut mettre en demeure le professionnel de revenir travailler et tirer les conclusions qu'il considère opportunes en cas de non-retour de l'agent (retenues sur salaire, licenciement, etc.), selon le code du travail et les accords et conventions-cadres existantes.

Le droit de retrait

Le droit de retrait est quant à lui caractérisé par une manifestation explicite de ne pas vouloir travailler dans des conditions présentant un « danger grave et immédiat pour la vie et la santé » des professionnels. La crise épidémique COVID19 correspond vraisemblablement à ces conditions.

Pour les deux secteurs (public et privé), il vous est toutefois conseillé d'avoir recherché en amont toutes les autres alternatives possibles pour éviter de recourir par assignation aux

agents invoquant le droit de retrait et de pouvoir le prouver (ex : même une société d'intérim n'arrivait pas à répondre à votre demande).

Pour le secteur public

Pour le secteur public, le droit de retrait se télescope avec le principe de continuité du service public (une des lois Rolland et c'est un Principe Général du Droit) et le devoir d'obéissance des agents publics. En ce cas, il vous est conseillé de prendre une décision d'assignation.

Pour le secteur public, le principe de continuité du service public étant de valeur supérieure, il supprime le droit de retrait.

En parallèle, vous devrez pouvoir prouver que sans le recours à ces agents invoquant le droit de retrait, la continuité du service public n'était plus assurée (ex : il n'y avait pas le nombre d'agents suffisants pour assurer même un service minimum ou dégradé, dûment identifié c'est-à-dire avoir des tableaux de service minimaux élaborés).

L'assignation doit concerner des personnels dont les fonctions, le métier et le statut étaient effectivement indispensables (ex : *a priori*, les agents en contrat aidé sur des fonctions d'animation pourraient valablement prétendre à en être exemptés. Ceci n'est pas envisageable pour un agent soignant ou un médecin, sauf contre-indications ou fragilités médicales).

En droit administratif, les assignations sont considérées comme des Mesures d'Ordre Intérieur, insusceptibles de recours.

Pour le secteur privé

En secteur privé, à défaut d'avoir prévu dans les accords locaux et/conventions-cadres un système équivalent aux décisions d'assignation issues du secteur public, l'employeur privé peut demander aux professionnels de revenir travailler par tout moyen (courrier, demande orale, etc.) mais ne peut l'imposer (les EHPAD privés ne participant pas à un service public).

En cas de refus, même valablement et juridiquement justifié, l'employeur ne pourra donc imposer au professionnel de venir travailler et aucune sanction ni retenue sur salaire ne pourra être prise, notamment si l'agent invoque son droit d'alerte et de retrait ou s'il obtient un arrêt maladie.

L'employeur pourra utilement et sur le moyen et long termes tirer les conclusions de ces refus en usant des possibilités que lui ouvre le droit du travail.

Précisions pour les deux secteurs

Le droit de retrait est potentiellement justifiable si l'agent argue et est en capacité de prouver par exemples que d'autres solutions sont possibles, que le service minimum est assuré, etc.

Le droit de retrait est injustifié notamment dans les cas de « retrait préventif », pour garder ses enfants et si l'employeur a bel et bien mis en œuvre toutes les mesures possibles pour

encadrer/réduire le risque et qu'il en a informé et préparé son personnel. le droit individuel de retrait ne peut en principe trouver à s'exercer. Dans ce cadre, la retenue sur salaire, voire la radiation des cadres pour le secteur public sont applicables.

Nous vous invitons toutefois à éviter les décisions extrêmes (licenciements, sanctions, etc.), toujours potentiellement contestables en justice, et ce d'autant qu'une situation épidémique appelle aussi à une certaine bienveillance et compréhension face à des professionnels qui sont inquiets pour leur santé et celle de leurs proches. Le dialogue apaisé doit être recherché.

Enfin, si le maintien du retrait ou de l'abandon de poste de certains professionnels vous place en difficultés (notamment si ceux-ci sont ensuite couverts/régularisés par des arrêts maladie), nous vous invitons à vous reporter sur les paragraphes relatifs à la gestion de l'absentéisme ou à votre plan de continuité d'activité, volet RH.

Si les difficultés pour assurer le service persistent, nous vous invitons à prendre contact avec les établissements de santé voisins ayant supprimé certaines activités (chirurgie, plateaux techniques) afin de connaître les éventuels professionnels disponibles.

Ultimement, si ces difficultés persistent et si vous vous interrogez sur le caractère justifiable de certains retraits ou autres arrêts maladies de régularisation post-abandon de poste, nous vous invitons à le faire remonter à l'ARS et aux services d'Assurance Maladie.