

Covid-19 : les mesures exceptionnelles que le CSE doit retenir



François Barbé
Juriste droit social
Cabinet Calix
Avocats

Le coronavirus ou Covid-19 a forcé l'Etat à confiner tout le pays et à adopter au pas de course de nombreuses dispositions pour maintenir les entreprises françaises et l'économie du pays. Le gouvernement a été autorisé à légiférer par voie d'ordonnances sur les mesures sociales à mettre en œuvre pendant la crise sanitaire, que nous vous présentons ici pour que le CSE puisse faire le point sur ce que l'employeur a le droit ou non d'imposer aux salariés.

Télétravail

Le télétravail devient le principe

Lorsque l'entreprise ne fait pas partie des activités interdites (magasins de vente, centres commerciaux, restaurants et débits de boissons etc. ; arrêté du 15 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19), le principe fixé par le gouvernement est le suivant : le télétravail est la règle pour toutes les entreprises autorisées et tous les postes qui le permettent.

En principe, lorsque le télétravail est mis en place par l'employeur, ce dernier doit recueillir au préalable l'avis du CSE (*C. trav., art. L. 1222-9*). Cependant, suite au passage au stade 3 de l'épidémie, le télétravail devenant la norme à respecter, à notre sens, **la consultation du CSE ne s'impose pas**. Néanmoins, une information du CSE même postérieure à la mise en œuvre du télétravail est nécessaire, ne serait-ce que pour faire le point sur la situation des salariés en

télétravail (matérielle, psychologique, évaluation de la charge de travail, assurances, etc.), recueillir les observations du CSE et les points sur lesquels l'employeur doit être vigilant, notamment sur les mesures destinées à préserver la santé des salariés devenus télétravailleurs en raison de la pandémie et sur les mesures prises pour sécuriser les données personnelles.

L'article précité nous indique que « *les télétravailleurs ont les mêmes droits que les salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise* ». Il n'est donc pas possible pour l'employeur de les priver de certains droits à l'occasion du passage en télétravail. Ainsi, les télétravailleurs bénéficient, en principe, des titres restaurant comme s'ils étaient sur leur poste de travail. En effet, le site des Urssaf précise que le télétravailleur est un salarié à part entière et qu'il bénéficie des mêmes droits individuels et collectifs que ses collègues travaillant au sein de l'entreprise. Pour l'attribution des titres restaurant, les conditions de travail du télétravailleur doivent être équivalentes à celles des salariés exerçant leur activité dans les

locaux de l'entreprise : une journée organisée en deux vacations entrecoupées d'une pause réservée à la prise d'un repas.

À défaut de télétravail, il faut garantir la sécurité des salariés

Si l'activité est autorisée et le télétravail impossible, l'employeur peut poursuivre son activité mais il doit garantir la sécurité de ses salariés.

En effet, l'employeur est tenu à une obligation de sécurité et de protection de la santé envers ses salariés. Il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer leur sécurité et protéger leur santé : actions de prévention, d'information et de formation, mise en place d'une organisation et de moyens adaptés (C. trav., art. L. 4121-1). Certes, cette obligation de sécurité n'est plus considérée comme étant de résultat (Cass. ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442). L'employeur a donc la possibilité de démontrer qu'il n'a pas manqué à son obligation de sécurité en prouvant avoir pris les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de ses salariés, notamment en combattant les risques à la source (C. trav., art. L. 4121-2, 3° ; Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-24.979). Si toutefois, le manquement à cette obligation était reconnu, celui-ci pourrait avoir le caractère d'une faute inexcusable. Celle-ci est reconnue lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

Par ailleurs, à notre sens, les clauses de décharge de responsabilité que des employeurs feraient signer aux salariés sont nulles.

Remarque : il convient de porter une attention particulière aux salariés dits à risque (femmes enceintes, personnes atteintes d'insuffisance respiratoire, etc.) qui seront placés en activité partielle à compter du 1^{er} mai 2020.

Rappelons que l'employeur doit respecter des mesures minimales de prévention dont voici une liste non limitative :

- les règles de distanciation (un mètre entre les salariés) et les gestes barrières doivent impérativement être respectés ;
- limiter les regroupements de salariés dans des espaces réduits ;
- les déplacements non indispensables doivent être annulés ou reportés et les réunions évitées ;
- l'organisation du travail doit être au maximum adaptée, par exemple, mettre en place la rotation des équipes.

S'agissant des salariés en contact avec le public, le Gouvernement rappelle que si les contacts sont brefs, les mesures

barrières, notamment celles ayant trait à la limitation des contacts et au lavage très régulier des mains, suffisent. Si les contacts sont prolongés et proches, le maintien d'une zone de distance d'un mètre entre le salarié et la clientèle doit être complété par le nettoyage des surfaces avec un produit détergent, ainsi que par le lavage régulier et savonné des mains. Ces mesures sont minimales et diffèrent en fonction de la profession (voir, ci-dessous). Des mesures plus strictes et contraignantes seront certainement précisées ultérieurement. Les mesures de prévention doivent être portées à la connaissance de tous les salariés.

L'actualisation du document unique d'évaluation des risques (C. trav. art. R. 4121-2) s'impose obligatoirement. Rappelons que toute entreprise doit élaborer et actualiser un document présentant les résultats de l'évaluation des risques professionnels à laquelle a procédé l'employeur. Il comprend un inventaire des dangers, c'est-à-dire des situations pouvant potentiellement être dangereuses, et un inventaire des risques, c'est-à-dire une analyse des conditions d'exposition des salariés aux dangers. Toute entreprise doit transcrire et mettre à jour dans un document unique les résultats de l'évaluation des risques à laquelle il a procédé (C. trav., art. R. 4121-1). Ce document doit être actualisé au moins une fois par an et chaque fois que les conditions de travail ou les informations, dont dispose l'entreprise sur les risques professionnels concernant les salariés, l'exigent (C. trav., art. R. 4121-2).

L'actualisation permet de prévoir toutes les mesures de prévention et de protection adéquates. Cette actualisation nécessite de consulter le CSE en y associant le service de santé au travail (sur les premières décisions de justice rendues concernant l'impact de l'absence de mise à jour ou d'élaboration du DUERP lors de l'épidémie de covid-19, voir p. 16).

Remarque : les services de santé au travail sont particulièrement mobilisés pour assurer le suivi de la santé des salariés (DGT, instructions relatives au fonctionnement des services de santé au travail pendant l'épidémie du 17 mars 2020, arrêté du 19 mars 2020). Ainsi, des mesures particulières ont été prises concernant les visites de santé (Ord. n° 2020-386, 1^{er} avr. 2020, JO 2 avr. ; D. n° 2020-410, 8 avr. 2020, JO 9 avr.). Signalons qu'à titre tout à fait exceptionnel, les médecins du travail peuvent prescrire des arrêts de travail et procéder à des tests de dépistage du Covid-19.

Afin de pouvoir mettre en place des actions de prévention, l'employeur doit avant tout se tenir informé de l'épidémie et des consignes diffusées par le gouvernement (<https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus>). La situation et les informations évoluent chaque jour. Il y a, pour de nombreuses professions, des obligations particulières qui s'imposent. Le ministère du travail sur son site indique que si l'urgence l'exige, **l'employeur peut prendre des mesures conservatoires, pour éviter les contacts physiques, avant d'avoir procédé à la consultation de son CSE.** De plus, les branches professionnelles indiquent

quels sont les impératifs obligatoires à respecter au regard de la profession considérée. Il convient de s'y référer régulièrement car il y a des modifications fréquentes.

Notre point de vue : les représentants du personnel peuvent interpeller l'employeur sur ces questions afin de le sensibiliser, voire exercer les droits du CSE en la matière (voir ci-après).

Suspension des élections du CSE

Une ordonnance n° 2020-389 du 1^{er} avril 2020 suspend le processus électoral en cours pour la désignation des instances représentatives du personnel (IRP), proroge les mandats en cours, et autorise le recours à la visioconférence, aux réunions téléphoniques voire par messagerie instantanée pour l'ensemble des réunions des IRP pendant la période d'urgence sanitaire (Ord. n° 2020-389, 1^{er} avr. 2020, JO 14 avr.).

Suspension du processus électoral (art. 1 et art. 2)

Lorsque l'employeur a engagé le processus électoral en informant le personnel de l'organisation des élections avant le 3 avril 2020 (C. trav., art. L. 2314-4) ce processus est suspendu rétroactivement à compter **du 12 mars 2020** (ou à compter de la date la plus tardive à laquelle l'une des formalités suivantes a été réalisée : saisine de l'administration pour fixer le nombre et le périmètre des établissements distincts, information des salariés sur l'organisation des élections professionnelles, invitation des syndicats à négocier le PAP) **et jusqu'à une date fixée à trois mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire (soit le 25 août 2020)**.

Les différents délais, et notamment ceux de saisine de l'administration ou du tribunal judiciaire en cas de contestation des élections sont concernés par cette suspension. Ainsi, si l'autorité administrative a été saisie après le 12 mars 2020 (par exemple d'une contestation de la décision unilatérale fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts), le délai dont elle dispose pour se prononcer commence à courir à la date de fin de la suspension du processus électoral pour raison d'état d'urgence sanitaire (soit le 25 août 2020). De même, si l'autorité administrative saisie s'est prononcée après le 12 mars 2020, le délai de recours contre cette décision commence à courir à la date de fin de la suspension du processus électoral pour raison d'état d'urgence sanitaire (soit le 25 août 2020).

Si la suspension du processus électoral intervient entre le premier et le second tour de l'élection, les résultats du premier tour ne sont pas affectés par la suspension. Cette suspension n'a également pas d'effet sur les résultats du premier ou du second tour lorsqu'ils ont eu lieu entre le 12 mars 2020 et le 3 avril 2020, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1^{er} avril 2020.

L'ordonnance précise que les conditions d'électorat et d'éligibilité s'apprécient à la date d'organisation de chacun des tours du scrutin. Donc, en cas de report du scrutin c'est à la date à laquelle le scrutin aura effectivement lieu que s'apprécieront l'électorat et l'éligibilité.

Lorsqu'entre le 3 avril 2020 et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire (aujourd'hui fixée au 25 mai 2020 puisqu'il a été établi pour une durée de deux mois à compter du 25 mars 2020) l'employeur avait obligation de mettre en œuvre le processus électoral soit en raison d'atteinte du seuil d'effectif (C. trav., art. L. 2311-2), d'une demande d'un salarié ou d'une organisation syndicale (C. trav., art. L. 2314-8), ou d'élections partielles (C. trav. art. L. 2314-10), il doit mettre en œuvre ce processus électoral dans le délai de 3 mois suivant la date de fin de l'état d'urgence sanitaire (soit avant le 25 août 2020). Il en est de même lorsqu'avant le 3 avril 2020 il devait engager le processus électoral et qu'il ne l'a pas fait.

Par dérogation à l'article L. 2314-10 du Code du travail relatif aux **élections partielles**, lorsque le mandat des membres du CSE expire moins de six mois après la date de fin de la suspension du processus électoral, il n'y a pas lieu à l'organisation d'élections partielles, que le processus électoral ait été engagé ou non avant ladite suspension.

Prorogation des mandats et de la protection (art. 3)

Lorsqu'en raison de la suspension ou du report du processus électoral, dans le cadre des mesures d'urgence sanitaire, les mandats en cours au 12 mars 2020 n'ont pas été renouvelés, ils sont prorogés jusqu'à la proclamation des résultats du premier ou, le cas échéant, du second tour des élections. Les salariés dont le mandat est prorogé bénéficient de la protection liée à ce mandat pendant toute la durée de la prorogation.

La protection de 6 mois accordée aux candidats aux élections est prorogée jusqu'à la proclamation des résultats du premier ou, le cas échéant, du second tour des élections lorsque ce délai de 6 mois a expiré avant la date du premier tour.

Modification des modalités de consultation du CSE

Lorsque l'entreprise réorganise son activité, modifie des process ou modifie la durée du travail, le CSE doit être informé et consulté. En effet, ce dernier est informé et consulté obligatoirement sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail, ainsi que sur tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (C. trav., art. L. 2312-8).

L'ordonnance n° 2020-389 du 1^{er} avril 2020 portant mesures d'urgence relatives aux instances représentatives du personnel prévoit en son article 6 les modalités de consultation du CSE pendant la période d'urgence sanitaire afin de permettre son fonctionnement à distance. En plus de la réunion en visioconférence, les réunions du CSE en téléconférence et par messagerie instantanée sont autorisées. Un décret du 10 avril 2020 en a précisé les contours (*Ord. n° 2020-389, 1^{er} avr. 2020, JO 14 avr. ; D. n° 2020-419, 10 avr. 2020, JO 11 avr.*)

La réunion du CSE peut se faire par le biais de la visioconférence pour l'ensemble des réunions du CSE après que l'employeur en ait informé leurs membres. L'ordonnance précise que la limite de trois réunions par année civile prévue par l'article L. 2315-4 du Code du travail à défaut d'accord ne s'applique qu'aux réunions organisées en dehors de la période de l'état d'urgence sanitaire et n'est donc plus applicable pour le moment.

Le recours à la conférence téléphonique est également autorisé pour l'ensemble des réunions des institutions représentatives du personnel après que l'employeur en ait informé leurs membres et donc pour le CSE. Lorsqu'il est fait utilisation de la conférence téléphonique pour tenir les réunions du CSE, le président du comité doit informer les membres de l'utilisation de ce système. Cette information suit les règles applicables à la convocation des réunions de l'instance. Le dispositif technique mis en œuvre doit garantir l'identification des membres de l'institution, ainsi que leur participation effective en assurant la retransmission continue et simultanée du son des délibérations. Le fait que la réunion se tienne par conférence téléphonique ne doit pas faire obstacle à la tenue de suspensions de séance. La réunion par conférence téléphonique se déroule conformément aux étapes que la visioconférence (*C. trav., art. D. 2315-2*) :

- l'engagement des délibérations est subordonné à la vérification que l'ensemble des membres a accès à des moyens techniques satisfaisants ;
- le vote a lieu de manière simultanée ; à cette fin, les participants disposent d'une durée identique pour voter à compter de l'ouverture des opérations de vote indiquée par le président de l'instance.

Lorsqu'un vote à bulletin secret est nécessaire, le dispositif mis en œuvre doit répondre aux dispositions du 3^{ème} alinéa de l'article D. 2315-1 du Code du travail, applicables en cas de vote à bulletin secret lors d'une réunion en visioconférence : le dispositif de vote doit ainsi garantir que l'identité de l'électeur ne peut à aucun moment être mise en relation avec l'expression de son vote et le système retenu doit assurer la confidentialité des données transmises ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes.

Lorsqu'il n'est pas possible de recourir à la visioconférence ou à la conférence téléphonique ou lorsqu'un accord d'entreprise le prévoit, **le recours à la messagerie instantanée est autorisé pour les réunions de l'ensemble des IRP** et donc pour le CSE. Le président du CSE doit informer les membres du comité de l'utilisation de ce système pour la tenue de la réunion, en précisant la date et l'heure du début ainsi que la date et l'heure à laquelle interviendra au plus tôt sa clôture. Cette information suit les règles applicables à la convocation des réunions du CSE. Comme pour les réunions en conférence téléphonique, le dispositif technique mis en œuvre doit garantir l'identification des membres de l'instance, ainsi que leur participation effective en assurant la communication instantanée des messages écrits au cours des délibérations. Le système ne doit pas faire obstacle à la tenue de suspensions de séance.

Le décret du 10 avril fixe les quatre étapes du déroulement de la réunion :

- l'engagement des délibérations est subordonné à la vérification que l'ensemble des membres a accès à des moyens techniques satisfaisants ;
- les débats sont clos par un message du président de l'instance, qui ne peut intervenir avant l'heure limite fixée pour la clôture de la délibération ;
- le vote a lieu de manière simultanée : les participants disposent donc d'une durée identique pour voter à compter de l'ouverture des opérations de vote indiquée par le président de l'instance ;
- au terme du délai fixé pour l'expression des votes, le président de l'instance en adresse les résultats à l'ensemble de ses membres.

Lorsqu'un vote à bulletin secret est nécessaire, le dispositif mis en œuvre doit répondre aux dispositions du 3^{ème} alinéa de l'article D. 2315-1 du Code du travail, applicables en cas de visioconférence (voir supra).

Ces mesures ne sont applicables qu'aux réunions convoquées pendant la période de l'état d'urgence sanitaire (*D. n° 2020-419, 10 avr. 2020, JO 11 avr., art. 3*).

Mesures d'urgence en matière de congés payés

Les mesures d'urgence en matière de congés payés ont été adoptées par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 (JO 26 mars).

Par dérogation au Code du travail et aux dispositions conventionnelles applicables, il est possible de conclure un accord d'entreprise permettant à l'employeur d'imposer la prise de congés payés. Le **nombre de jours ouvrables de congés payés est limité à 6** (c'est-à-dire une semaine). Un **délai de prévenance au minimum d'un jour**

franc doit être respecté. Les jours de congés payés concernés sont ceux acquis par un salarié : peu importe que la période au cours de laquelle ils ont vocation à être pris soit ouverte ou non. Cet accord collectif peut également permettre à l'employeur de **modifier unilatéralement** les dates de prise de CP en respectant le délai précité et dans la limite des 6 jours. Il s'agit des congés déjà posés par les salariés (y compris ceux posés pour juillet et août).

Le même accord peut également autoriser l'employeur à **imposer le fractionnement** des jours de CP sans avoir à recueillir l'accord du salarié. Enfin, lorsque des conjoints ou des partenaires liés par un Pacs travaillent dans la même entreprise, l'accord peut autoriser l'employeur à ne pas être contraint d'accorder un congé simultané.

En principe, **c'est par accord d'entreprise que cette négociation aura lieu**. À défaut, cela pourra être prévu par un accord de branche. En l'absence d'accord de branche et, lorsqu'il n'y a pas de DS dans l'entreprise, l'accord pourra être conclu avec les titulaires du CSE. Cependant, dans ce cas de figure, il y a des règles précises à respecter. Ainsi, prenons l'exemple d'une entreprise de 50 salariés et plus, sans DS ; l'employeur a l'obligation dans un premier temps de lancer un appel au « mandatement syndical », c'est-à-dire de donner la possibilité aux organisations syndicales représentatives sur le plan national de donner à un élu les mêmes attributions qu'un délégué syndical pour négocier un accord. Ce mandatement est limité à une négociation précisément définie. Pour cela, l'employeur doit informer :

- les organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise (*C. trav., art. L. 2232-24, al.2*) ;
- les élus du CSE (*C. trav., art. L. 2232-25-1*).

Cette information est, en effet, très importante car c'est elle qui marque le point de départ du délai dont disposent les représentants du personnel pour faire part de leur décision de s'engager ou non dans le processus de négociation, qu'ils soient mandatés ou non, à compter de l'information donnée par le chef d'entreprise (*C. trav., art. L. 2232-25-1*). En principe, le délai est d'un mois : il est ramené à 8 jours pour ces négociations (*Ord. n°2020-428, 15 avr. 2020, JO 16 avr.*).

Mesures d'urgence en matière de jours de repos

Les mesures d'urgence en matière de jours de repos ont été adoptées par l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 (JO 26 mars).

Jours de repos (communément appelés RTT, art. 2)

Lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie eu égard aux difficultés économiques liées à la pandémie, l'employeur peut, à condition de respecter un délai de prévenance d'un jour franc, **imposer la prise de jours de repos à des dates déterminées par lui**. Il importe peu que la faculté de prendre ces jours de repos relève, en principe, de la seule initiative du salarié. L'employeur peut également décider seul de modifier les dates de prise de jours de repos déjà posés par le salarié en respectant le délai de prévenance minimal d'un jour. **Le nombre de jours de réduction de temps de travail concernés est limité à 10.**

Forfait jours (art. 3)

L'employeur peut décider de la prise des jours de repos prévus par la convention de forfait à des dates déterminées par lui lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie eu égard aux difficultés économiques liées à la pandémie. Il peut également modifier unilatéralement les dates de prise de jours de repos prévus par une convention de forfait. Il convient de respecter un délai de prévenance d'un jour franc. **L'employeur peut imposer la prise de jours non travaillés dans la limite de 10.**

Compte épargne temps (art. 4)

Lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie, l'employeur peut imposer que les droits affectés sur le CET du salarié soient utilisés par la prise de jours de repos (10 maximum) dont il détermine les dates en respectant un délai de prévenance d'au moins un jour franc.

Remarque : dans une entreprise, un employeur peut donc avoir le droit d'imposer 6 jours de CP, et 10 jours au titre des RTT/JNT et du CET (en effet pas de cumul possible : voir l'article 4 de l'ordonnance) et éventuellement de solder les CP avant la fin de l'exercice.

Mise en place des mesures de JRTT, JNT et CET

Ces mesures que l'employeur peut mettre en œuvre sans accord collectif (JRTT, Forfait jours et CET) nécessite **l'information du CSE sans délai et par tout moyen**. L'avis du CSE est rendu dans le délai d'un mois à compter de cette information mais il peut intervenir après que l'employeur ait fait usage de cette faculté (*D. n°2020-389 du 1^{er} avr. 2020, art. 7, 1°*).

L'ensemble de ces dispositions n'a vocation à s'appliquer que jusqu'au 31 décembre 2020.

Durée du travail

Des mesures d'urgence en matière de durée du travail ont été adoptées pour permettre aux entreprises de s'organiser dans le contexte de la pandémie par l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 (JO 26 mars).

Dérogations possibles (art. 6)

La **durée quotidienne maximale** de travail peut être portée à **12 heures**. En principe, celle-ci est de 10 heures (C. trav., art. L. 3121-18)

La durée quotidienne maximale de travail accomplie par un **travailleur de nuit**, fixée à 8 heures (C. trav., art. L. 3122-6), peut être portée jusqu'à **12 heures**, à condition qu'un repos compensateur égal au dépassement de la durée 8 heures lui soit attribué.

La **durée du repos quotidien**, normalement de 11 heures (C. trav., art. L. 3131-1), peut être réduite à **9 heures** consécutives, sous réserve de l'attribution d'un repos compensateur égal à la durée du repos dont le salarié n'a pu bénéficier.

La **durée hebdomadaire maximale** fixée à 48 heures, en principe, (C. trav., art. L. 3121-20) peut être portée jusqu'à **60 heures**.

La durée hebdomadaire de travail calculée sur une période quelconque de 12 semaines consécutives (C. trav., art. L. 3121-22) peut être portée jusqu'à 48 heures (44 heures en principe).

La **durée hebdomadaire de travail du travailleur de nuit** calculée sur une période de 12 semaines consécutives (C. trav., art. L. 3122-7) peut être portée jusqu'à 44 heures (40 heures en principe).

Remarque : pour les entreprises relevant des secteurs d'activité particulièrement nécessaires à la sécurité de la nation et à la continuité de la vie économique et sociale, il est possible de déroger à la règle du repos dominical en attribuant le repos hebdomadaire par roulement (art. 7). Ces dérogations s'appliquent également aux entreprises qui assurent des prestations aux entreprises des secteurs précités et qui sont nécessaires à l'accomplissement de l'activité principale de celles-ci.

Entreprises et salariés concernés

Des dérogations aux règles légales et conventionnelles sont possibles uniquement pour les entreprises relevant de secteurs d'activité particulièrement nécessaires à la sécurité de la nation et à la continuité de la vie économique et sociale. Ces secteurs d'activité sont déterminés par décret (décret à paraître).

De plus, pour chacun de ces secteurs d'activité, un décret détermine (décret à paraître), dans le respect de l'objectif de protection de la santé des salariés, les catégories de dé-

rogations admises parmi celles mentionnées précédemment, la durée maximale de travail où la durée minimale de repos qui peut être fixée par l'employeur (dans le respect des limites précisées précédemment).

Mise en place

L'employeur qui veut mettre en place ces dérogations peut procéder de manière unilatérale. C'est-à-dire qu'un accord collectif n'est pas nécessaire. **Il doit cependant informer sans délai et par tout moyen le CSE.** Il s'agit d'une procédure d'information/consultation allégée. Une réunion n'est pas exigée, cette information pouvant être effectuée « par tout moyen » ; cela peut donc se faire par écrit, mail (ou encore sur un intranet dédié et sécurisé). L'avis du CSE est rendu dans le délai d'un mois à compter de cette information et il peut intervenir après que l'employeur ait fait usage de cette faculté (D. n°2020-389 du 1^{er} avr. 2020, art. 7, 2°). Il s'agit donc d'une exception à la règle qui veut que, dans son domaine de compétences, le CSE soit informé et consulté préalablement à la mise en œuvre d'une décision patronale, celles-ci nécessitant obligatoirement, en principe, la tenue d'une réunion.

L'employeur doit également informer sans délai le Direccte.

Même si l'employeur n'a recours qu'à une seule de ces dérogations, il doit respecter ce formalisme (information du CSE et du Direccte).

Ces dérogations cessent de produire leurs effets au plus tard au 31 décembre 2020.

Notre point de vue : la durée du travail est un sujet pouvant impacter la santé des salariés, surtout lorsqu'il s'agit d'augmenter la durée du temps de travail dans des proportions non négligeables et de diminuer les temps de repos. L'employeur doit donc prendre des dispositions pour protéger la santé des salariés qui voient ainsi leur temps de travail augmenter et leur temps de repos diminuer. Sur cette question, il doit également modifier le document unique d'évaluation des risques professionnels et le soumettre à l'information/consultation du CSE.

Activité partielle

Les modalités de mise en œuvre de l'activité partielle ont été aménagées dans le cadre de la pandémie par une ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 (JO 28 mars) et un décret n° 2020-325 du 25 mars 2020 (JO 26 mars).

Les employeurs contraints de suspendre leur activité en raison de circonstances exceptionnelles telle que la pandémie actuelle de Covid-19, bénéficient d'un délai de 30 jours pour remplir leur demande d'autorisation de mise en activité partielle (C. trav., art. R. 5122-3).

Celle-ci est formulée sur le portail de l'administration du travail. Au regard du grand nombre de demandes d'activité partielle, l'argumentation doit être particulièrement soignée. Les motifs de recours à l'activité partielle demeurent inchangés (C. trav., art. R. 5122-1).

L'administration du travail dispose d'un délai de deux jours, au lieu de 15 jours, à compter de la date de réception de la demande d'activité partielle. L'absence de réponse dans ce délai est considérée comme une acceptation implicite (art. 2 III de l'ordonnance précitée).

La mise en activité partielle peut couvrir une période maximale de 12 mois au lieu de 6 auparavant (C. trav., art. R. 5122-9).

Le CSE doit être préalablement consulté, en principe (sauf pour les entreprises de moins de 50 salariés a précisé la DGT dans ses questions/réponses mais cette solution est surprenante dans la mesure où l'article R. 5122-2 indique que le CSE doit être consulté « s'il existe », or les entreprises de moins de 50 salariés peuvent être dotées d'un CSE). **Cependant, à titre exceptionnel et dérogatoire, l'avis du CSE peut être recueilli après l'envoi de la demande d'autorisation.** La consultation pourra donc s'effectuer après la mise en activité partielle. Mais, l'avis est indispensable et doit être transmis au préfet dans un délai de deux mois maximum à compter de la demande effectuée auprès de l'administration (C. trav., art. R. 5122-2).

Les salariés travaillant sur la base d'un forfait annuel en jours ou en heures ne sont plus exclus du bénéfice de l'activité partielle même si celle-ci se traduit par une réduction d'horaire.

L'activité partielle s'impose au salarié protégé, sans que l'employeur ne soit dans l'obligation de recueillir son accord, dès lors qu'elle affecte tous les salariés de l'entreprise ou de l'établissement auquel est affecté ou rattaché l'intéressé (art. 6).

L'employeur verse au salarié une indemnité équivalente à 70 % de sa rémunération horaire brute. Celle-ci ne peut être inférieure à 8,03 euros. Cela correspond à en moyenne 84 % du salaire net du salarié. L'employeur peut décider d'indemniser ses salariés au-delà ou lorsqu'une convention collective le prévoit (C. trav., art. D. 5122-13).

Remarque : devant les cas d'employeurs demandant à leurs salariés en activité partielle de continuer de travailler, le ministère a précisé les sanctions encourues pour ces pratiques. Celles-ci sont celles prévues en cas de travail illégal : reversement des aides perçues au titre des heures indûment perçues, interdiction de bénéficier pendant 5 ans d'aides publiques et sanctions pénales. Signalons également que si des salariés ont posé des congés payés, ces jours ne peuvent pas être pris en charge par l'activité partielle. Il revient à l'employeur de les rémunérer normalement.

À noter qu'un représentant du personnel peut continuer à exercer son mandat pendant une période d'activité partielle et prétendre au paiement de ces heures de délégation (CE, 13 nov. 1987, n° 68.104 ; Cass. soc., 10 janv. 1989, n° 86-40.350). En effet, la période d'activité partielle suspend temporairement le contrat de travail mais n'entraîne pas la suspension du mandat (sur l'exercice du mandat de membre du CSE pendant cette période de crise sanitaire, voir p. 23).

Droit d'alerte/ droit de retrait

Un membre du CSE peut alerter l'employeur lorsqu'il constate un danger grave et imminent pour la santé des salariés (C. trav., art. L. 2312-60) ou lorsqu'il y a une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique ou mentale (C. trav. L. 2312-59).

Si un représentant du personnel au CSE constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un salarié qui a lui-même exercé son droit de retrait face à une situation dangereuse (C. trav., art. L. 4131-2), il en avise immédiatement l'employeur et il consigne cet avis sur un registre spécifique.

L'Administration est intervenue dans le cadre du Covid-19 pour préciser la **notion de danger grave et imminent**. Ainsi, elle rappelle que l'employeur est tenu d'adapter les postes de travail, afin de respecter les préconisations émises par les autorités sanitaires (distance entre les personnes, notamment en cas d'accueil du public, nettoyage des locaux et équipements de travail). Elle estime que, dès lors que l'employeur a mis en œuvre les mesures et respecté les recommandations nationales « visant à protéger la santé et à assurer la sécurité de son personnel, qu'il a informé et préparé son personnel, le droit individuel de retrait ne peut pas, en principe, trouver à s'exercer » et le salarié ne peut donc pas refuser d'exécuter son travail.

S'agissant plus particulièrement des salariés en contact avec le public, l'Administration indique que, « dès lors que sont mises en œuvre tant par l'employeur que par les salariés, les recommandations du gouvernement, la seule circonstance que le salarié soit affecté à l'accueil du public et pour des contacts brefs voire prolongés et proches, ne suffit pas, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, à considérer que le salarié justifie d'un motif raisonnable pour exercer son droit de retrait » (Questions-réponses, « Coronavirus -Covid 19 »).

Autres mesures liées au Covid-19

CDD

Les employeurs pourraient être tentés de rompre les CDD en invoquant la force majeure qui permet de rompre

de manière anticipée ce type de contrat. Or, la force majeure s'entend de la survenance d'un événement, extérieur, imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution (Cass., soc., 16 mai 2012, n° 10-17.726). La force majeure n'a pas été retenue lors de l'épidémie de grippe H1N1 de 2009 (CA Besançon, 8 janv. 2014, n°120229), ni pour le virus de la dengue (CA Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003).

Pour le moment, on peut donc légitimement penser que la pandémie actuelle n'est pas un cas de force majeure. Le gouvernement ne l'a pas qualifiée ainsi mais il faut signaler, a contrario, qu'il a considéré qu'il y avait force majeure pour les marchés publics (voir site du ministère de l'économie).

Période d'essai

Concernant la **rupture de la période d'essai**, si l'employeur n'a pas à motiver la rupture, celle-ci ne doit pas être détournée de sa finalité. Or, celle-ci doit permettre d'apprécier les qualités professionnelles du salarié (Cass. soc., 15 mai 2008, n° 07-42.289). C'est pourquoi, la rupture motivée par des considérations « non inhérentes à la personne du salarié » telles que la conjoncture éco-

nomique (Cass. soc., 24 nov. 1999, n° 97-43.054) ou la suppression de son poste (Cass. soc., 20 nov. 2007, n° 06-41.212) est abusive. Aussi, la rupture de la période d'essai en raison de la pandémie et non pour un motif inhérent à la personne doit être considérée comme non régulière, l'employeur pouvant solliciter l'activité partielle pour le salarié concerné. Les membres de CSE peuvent le rappeler à l'employeur même en dehors d'une réunion « officielle ».

Intéressement/participation

La date limite de versement des sommes dues au titre de la participation et de l'intéressement, attribuées en 2020, est reportée au 31 décembre 2020 (Ord. n° 2020-322, 25 mars 2020, JO 26 mars).

Entretien professionnel

Cet entretien faisant un état des lieux récapitulatif du parcours professionnel du salarié intervenant au cours de l'année 2020 peut être reporté à l'initiative de l'employeur jusqu'au 31 décembre 2020 (Ord. n° 2020-387, 1^{er} avr. 2020, art. 1^{er}, JO 2 avr.).

