

Note sur les mesures d'aménagement de l'exécution des contrats de travail et de l'organisation du dialogue social dans les entreprises dont l'activité est impactée par le Coronavirus-Covid-19

Note à jour au 17 mars 2020 à 19h

Dans un souci de clarté, nous avons identifié les ajouts et actualisations par rapport à la note établie le 16 mars 2020 à 12h00, en bleu directement dans le texte.

Ces précisions résultent notamment des textes suivants :

- Décret n°2020-260 du 16 mars 2020
- Questions réponses du ministère du travail du 17 mars 2020 et annonces du Président de la République et du ministre de l'intérieur du 16 mars 2020
- Projet de décret relatif à l'élargissement des conditions de recours à l'activité partielle

SOMMAIRE

I- INTRODUCTION ET AXES GENERAUX PRESENTES PAR LE GOUVERNEMENT.....	3
II- RAPPEL SUR LE DEVOIR GENERAL DE VIGILANCE DE L'EMPLOYEUR ET L'EVALUATION DES RISQUES AU TITRE DE SON OBLIGATION DE SECURITE.....	3
III- LES MESURES ENVISAGEABLES	4
<i>A- L'activité partielle.....</i>	<i>4</i>
<i>B- Le télétravail.....</i>	<i>10</i>
<i>C- L'arrêt de travail et son indemnisation.....</i>	<i>12</i>
<i>D- Le bénéfice du FNE-Formation.....</i>	<i>13</i>
<i>E- Autres mesures.....</i>	<i>13</i>
IV- LA SITUATION DES SALAIRES ET DE LEURS REPRESENTANTS	14
<i>A- Le droit de retrait individuel face à l'employeur ne respectant pas ses obligations</i> <i>14</i>	
<i>B- Les représentants du personnel et le CSE</i>	<i>15</i>
1- <i>Sur le rôle du CSE dans la prévention des risques et la mise en place d'une organisation du travail dérogatoire.....</i>	<i>15</i>
2- <i>Sur les conséquences du Covid-19 sur les attributions du CSE, des organisations syndicales, et l'organisation du Dialogue social.....</i>	<i>16</i>
3- <i>Le représentant du personnel peut-il s'opposer à sa propre mise en activité partielle?.....</i>	<i>17</i>
4- <i>Les représentants du personnel peuvent-ils s'opposer à la mise en activité partielle de l'ensemble des salariés ou d'une partie des salariés ?</i>	<i>19</i>
5- <i>Le représentant du personnel peut-il exercer son mandat ?.....</i>	<i>20</i>

I- INTRODUCTION ET AXES GENERAUX PRESENTES PAR LE GOUVERNEMENT

Le Gouvernement a pris un ensemble de mesures de **renforcement et de simplification des dispositifs proposés aux salariés et aux entreprises dont l'activité est impactée par le coronavirus - Covid 19** : télétravail, activité partielle et bénéfice du FNE-Formation notamment.

Plusieurs points sont donc essentiels pour permettre aux représentants du personnel, aux organisations syndicales et aux salariés, d'être informés sur leurs droits, leurs devoirs, et des modalités dans lesquelles le travail au sein de l'entreprise et le dialogue social peut ou doit être maintenu.

L'objet de la note n'est pas de rappeler les gestes à adopter par l'employeur ou le salarié pour limiter la contamination, tous deux astreints au respect de leur obligation de sécurité en la matière, mais davantage de rappeler les possibilités d'aménagement du poste de travail en période de risque épidémiologique ainsi que leurs conséquences sur la situation du salarié et des représentants du personnel.

Néanmoins, il est, à titre liminaire, rappelé le contenu de la dernière publication du Ministère du Travail, qui a enjoint aux entreprises de respecter un certain nombre de mesures sanitaires :

- éviter les déplacements professionnels dans les zones à risques ;
- limiter la présence des salariés en contact avec le public ;
- obliger la présence des salariés que si elle est nécessaire au fonctionnement de l'entreprise et si la possibilité et garantie de pouvoir les assurer d'être correctement protégés contre les risques liés au virus ;
- aménager les postes de travail en cas de retour d'un salarié de zone à risque ou de contact avec une personne infectée (mesures barrières disponibles sur le site du gouvernement, l'installation de zone de courtoisie, nettoyage adapté des surfaces etc...).

II- RAPPEL SUR LE DEVOIR GENERAL DE VIGILANCE DE L'EMPLOYEUR ET L'EVALUATION DES RISQUES AU TITRE DE SON OBLIGATION DE SECURITE

Le Code du travail impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la protection de la santé de son personnel (L. 4121-1 du Code du travail).

A ce titre, il doit procéder régulièrement à une évaluation du risque professionnel, qui doit donc être renouvelée en raison de l'épidémie du Coronavirus afin de réduire au maximum les risques de contagion sur le lieu de travail ou à l'occasion du travail.

L'employeur doit à ce titre prendre des mesures telles que des actions de prévention, d'information et de formation, et assurer la mise en place de moyens adaptés.

L'employeur doit constamment veiller à adapter ces actions au regard des instructions des pouvoirs publics régulièrement mises à jour.

Le Ministère du Travail a pour l'heure surtout insisté sur le fait que l'évaluation des risques doit tenir compte de la notion de **contact étroit avec le public**, mais des instructions plus contraignantes encore peuvent être données dans les jours ou les semaines qui suivent.

Cette nouvelle évaluation doit en tout état de cause être retranscrite dans le **document unique d'évaluation des risques** qui doit être actualisé pour tenir compte des changements de circonstances (R. 4121-2 du Code du travail).

Ce document doit être porté à la connaissance des salariés afin de permettre sa pleine application.

La place importance du CSE dans la conduite de cette procédure est abordée ci-dessous.

Ainsi, tout manquement par l'employeur à son obligation de sécurité en la matière, ou à son obligation d'associer étroitement les instances représentatives aux démarches prises, doit faire l'objet des contestations qui s'imposent : déclaration du Comité, résolution du Comité, Courriers des organisations syndicales, voire saisine des juridictions compétentes etc..

Au-delà de cette obligation pesant sur l'employeur et des implications qu'elle engendre, le gouvernement et l'administration du travail ont pris des mesures afin d'adapter la situation de l'ensemble des acteurs au regard du caractère exceptionnel et sans pareil de la situation.

III- LES MESURES ENVISAGEABLES

A- L'activité partielle

Le dispositif d'activité partielle peut être sollicité par les entreprises dans le cadre de circonstances à caractère exceptionnel en application de l'article R. 5122-1 du Code du travail.

Les salariés concernés restent liés à leur employeur par leur contrat de travail mais subissent une perte de salaire imputable soit à la fermeture temporaire de l'établissement, soit à la réduction de l'horaire de travail en dessous de la durée légale du travail, bénéficient d'une allocation spécifique qui est à la charge de l'état.

L'article R. 5122-2 du Code du travail prévoit en principe que l'employeur doit adresser, avec l'avis préalable du CSE, au préfet du département où est implanté l'établissement concerné une demande préalable d'autorisation d'activité partielle, par voie dématérialisée, qui précise :

- 1° Les motifs justifiant le recours à l'activité partielle ;
- 2° La période prévisible de sous-activité ;
- 3° Le nombre de salariés concernés.

S'agissant de l'éligibilité des salariés à l'activité partielle, il s'agit d'une mesure en principe collective qui peut impliquer un ajustement de son périmètre d'application en fonction de sa cause et du nombre de salariés concernés.

Il résulte des conditions de mise en place de l'activité partielle qu'il est possible d'y recourir même si l'ensemble de l'entreprise n'a pas vocation à être fermée mais que **ce dispositif ne concerne qu'une collectivité de salariés identifiée (service, département, catégorie de salariés non éligibles au télétravail...)**. Toutefois, encore faut-il que l'employeur respecte l'égalité de traitement entre les salariés et soit donc en mesure de justifier sa sélection.

Différents cas de figure peuvent se manifester :

- fermeture totale d'un établissement décidée par l'administration,
- absence massive de salariés indispensables à l'activité de l'entreprise ; dans une telle hypothèse, si les salariés indispensables à la continuité de l'entreprise sont contaminés par le coronavirus ou font l'objet d'une mesure de confinement dans un degré telle que la continuité de l'activité est rendue impossible, les autres salariés peuvent être placés en activité partielle ;
- interruption temporaire des activités non essentielles : si sur un périmètre donné les pouvoirs publics décident de limiter les déplacements pour ne pas aggraver l'épidémie, les salariés peuvent être placés en activité partielle ;
- suspension des transports en commun par décision administrative : les salariés ne pouvant pas se rendre sur le lieu de travail en raison de l'absence de transport peuvent être placés en activité partielle ;
- baisse d'activité liée à l'épidémie : en cas de difficultés d'approvisionnement, la dégradation des services sensibles, l'annulation des commandes etc sont autant de motifs permettant de recourir au dispositif d'activité partielle.

Pendant la durée d'activité partielle, le contrat de travail des salariés est suspendu.

Les salariés reçoivent en principe une indemnité compensatrice d'un montant minimum de 70% de leur rémunération brute.

En outre, le gouvernement a également annoncé la prise en charge à 100% du coût de cette mesure pour les entreprises.

Le Ministère du Travail a confirmé, dans un communiqué du 16 mars 2020, que toutes les entreprises dont l'activité est réduite du fait du coronavirus et notamment qui font l'objet d'une obligation de fermeture en application de l'arrêté du 15 mars 2020 sont éligibles au dispositif d'activité partielle.

Ce dispositif est demandé de manière dématérialisée au lien suivant : www.activitepartielle.emploi.gouv.fr

Selon nos informations, le décret facilitant les conditions de recours à ce dispositif prévoit un allongement de la durée d'autorisation de recours à l'activité partielle de 6 à **12 mois**.

Par ailleurs, il a été précisé que les entreprises disposent d'un **délai de trente jours pour déposer leur demande**, cette demande bénéficiant d'un effet rétroactif.

Le Président de la République a également confirmé que le dispositif d'activité partielle allait être "*massivement élargi*", et a annoncé qu'en principe, **le dispositif d'activité partielle extraordinaire mis en place aura pour conséquence de couvrir 100% des indemnités versées aux salariés par les entreprises, dans la limite de 4,5 SMIC. !!attention !!** cela ne doit pas être confondu avec un maintien de rémunération à 100% qui, à date n'est prévu par aucun texte mais qui reste une possibilité pour l'employeur

Pour rappel, les salariés reçoivent une **indemnité horaire, versée par leur employeur, égale à 70% de leur salaire brut horaire** (environ 84% du salaire net horaire).

Les salariés placés en activité partielle peuvent bénéficier d'actions de formation. Dans ce cas, l'indemnité versée au salarié est majorée. Elle est alors égale à 100% de son salaire net horaire. Il est possible de s'interroger sur la faculté à mettre en place ce type de dispositif au regard des circonstances tout à fait exceptionnelles rencontrées.

Enfin, une précision supplémentaire s'impose quant au montant minimal devant être garanti en cas de mise en place de l'activité partielle.

Si après versement de l'indemnité d'activité partielle la rémunération d'un salarié est inférieure à la rémunération mensuelle minimale (RMM garantie = SMIC net), l'employeur est dans l'obligation de lui verser **une allocation complémentaire qui est égale à la différence entre la rémunération mensuelle minimale (ou SMIC net) et la somme initialement perçue par le salarié.**

Là encore, il semblerait que l'engagement du Président de la République de **prise en charge à 100% du coût pour l'entreprise** concerne également cette règle spéciale.

✓ **Précisions concernant l'assiette de rémunération de l'indemnisation versée**

L'assiette de calcul de l'indemnité d'activité partielle est constituée des mêmes éléments de salaire que ceux pris en compte pour la fixation du montant des indemnités légales de congés payés.

Article R. 5122-18, al. 1 du Code du travail

C'est à dire : toutes les primes rémunérant le travail personnel du salarié, ainsi que les indemnités de congés payés (pris) et les majorations pour heures supplémentaires perçues par le salarié au cours de la période de référence d'acquisition des congés payés.

Il convient ensuite de **ramener la rémunération considérée à un montant horaire** calculé sur la base de la durée légale du travail applicable dans l'entreprise ou, si elle est inférieure, la durée collective du travail ou celle stipulée au contrat de travail.

En pratique, il convient de diviser la rémunération annuelle brute par la durée annuelle de travail, dans la limite de la durée légale (35 heures). Cette durée doit tenir compte des temps travaillés, mais également des congés payés et des jours fériés chômés, puisque ceux-ci sont rémunérés.

C'est sur la base du montant horaire obtenu que sera appliqué le pourcentage d'indemnisation évoqué.

A titre d'exemple : dans une entreprise pratiquant un horaire de 35 heures, le diviseur est donc de $35 \text{ h} \times 52 = 1\,820$ heures et non pas 1 607 heures.

✓ **Comment calculer l'indemnisation pour des salariés bénéficiant d'un forfait (heures ou jours) ?**

Les salariés, en forfait jours ou heures, bénéficient de l'allocation d'activité partielle **en cas de fermeture totale de l'établissement ou d'une partie de l'établissement** dont ils relèvent.

Article R.5122-8 du Code du travail

Selon nos informations, cette condition, qui exclurait ces salariés des cas de réductions de l'horaire habituellement pratiqué dans l'entreprise, devrait être supprimée par le décret élargissant le recours à l'activité partielle.

Dans ce cas, la durée prise en compte pour calculer l'indemnisation due au salarié est la durée légale.

Article R. 5122-19, al 2 du Code du travail

Il faut donc retenir, selon l'administration du travail, **le nombre de journées, ou demi-journées chômées**, lequel est multiplié forfaitairement par 7 heures pour une journée chômée, ou 3,5 heures pour une demi-journée chômée.

A titre d'exemples :

- 1) Un salarié bénéficie d'une **convention de forfait annuel de 218 jours**. Au cours d'un mois, son établissement ferme pendant 5 jours.
→ Dans ce cas, l'entreprise sera indemnisée de 35 heures (5 jours x 7 h).
- 2) Un salarié bénéficie d'une **convention de forfait annuel de 1 607 heures**. Au cours d'un mois, son établissement ferme pendant 8,5 jours.
→ Dans ce cas, l'entreprise sera indemnisée de 59,5 heures ((8 jours x 7 h) + 3,5 h).

A toutes fins utiles, il est précisé que, si la loi prévoit un **délai de 15 jours** pour rendre une décision concernant la mise en place du dispositif (délai au-delà duquel le silence de l'administration vaut acceptation), le gouvernement a enjoint à l'administration du travail de **traiter prioritairement les demandes relatives au Covid-19 et de répondre dans les 48 heures**. Selon nos informations, ce traitement de la demande dans un délai de 2 jours devrait être formalisé dans un décret à venir.

✓ *Qu'en est-il du choix de l'employeur de placer ou non un salarié en activité partielle ?*

La jurisprudence n'a jamais vraiment tranché directement la question du choix auquel procéderait l'employeur quant aux salariés concernés par la mise en place du dispositif d'activité partielle. Toutefois, les juges ont pu mettre en lumière le fait que le recours au chômage partiel doit être collectif et ne peut, dès lors, concerner qu'un salarié.

Cass. soc. 19 juillet 1995 n° 91-45.676

En cas de réduction collective de l'horaire de travail, les salariés peuvent être placés en position d'activité partielle individuellement et alternativement, afin de pouvoir autoriser la mise en place d'un système de « roulement » par unité de production, atelier, services, etc (*Documentation technique DGEFP août 2013 fiche n° 2.5*).

A ce sujet, la question pendante est celle l'égalité de traitement entre les salariés et par conséquent de la nécessité, pour l'employeur, d'apporter des éléments qui établissent les critères objectifs justifiant le placement de certains salariés et non pas d'autres.

✓ Qu'en est-il des droits des salariés pendant ou à l'issue de la période d'activité partielle ?

→ Sur les congés payés

En vertu de l'alinéa 2 de l'article R.5122-11 du Code du travail, **la totalité des heures chômées au titre de l'activité partielle est prise en compte** pour le calcul de l'acquisition des droits à congés payés.

Toutefois et logiquement, les indemnités versées à l'occasion de l'activité partielle n'entrent pas dans le calcul de l'indemnité de congés payés.

Il faut, pour l'employeur, soit procéder selon la règle du maintien du salaire soit celle du dixième (voir notamment CJUE, 13 décembre 2018, aff. C-385/17).

→ Sur les accessoires du salaire (primes, 13^e mois...)

La jurisprudence a déjà tranché la question de l'assiette de calcul des accessoires de salaire, et notamment des primes de 13^e mois et d'ancienneté (Cass. soc., 26 nov. 1996, n°94-40.266 ; Cass. soc., 16 janv. 1992, n°88-43.631) en décidant que les indemnités versées à l'occasion de l'activité partielle devaient entrer notamment dans l'assiette des rémunérations servant au calcul de la prime de treizième mois.

De plus, sauf dispositions plus favorables, il semblerait que le montant des primes versées aux salariés peut être affecté par leur mise en activité partielle notamment lorsque celles-ci sont calculées en fonction du nombre d'heures de travail réellement effectuées ou du salaire réellement perçu.

→ Sur les indemnités de rupture et ses suites

S'agissant de l'indemnité de licenciement, l'article R.1234-4 du Code du travail dispose que le salaire à prendre en compte pour le calcul de cette indemnité est, selon le plus favorable au salarié, le salaire moyen des 3 ou 12 derniers mois de travail précédant le licenciement.

La Cour de cassation a déjà pu juger à ce sujet que la rémunération servant de base de calcul à l'indemnité de licenciement devait être celle que le salarié **aurait perçue s'il n'avait pas été mis en activité partielle** (Cass. soc., 27 févr. 1991, n°88-42.705 ; Cass. soc., 9 mars 1999, n°96-44.439).

L'employeur doit donc neutraliser la période d'activité partielle, pour ce qui est des indemnités éventuellement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail.

De même, en ce qui concerne les allocations chômage, les indemnités versées à l'occasion de l'activité partielle ne sont pas, en principe, prises en compte dans le salaire de référence et le

montant des allocations chômage servies n'est pas alors impacté par les périodes d'activité partielle (*Accord d'application n° 5 du 14 avril 2017 pris pour l'application des articles 11 et 12 du règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage*).

→ *Sur les cotisations retraite*

Les indemnités d'activité partielle n'étant pas soumises à cotisations sociales, elles ne donnent pas lieu à cotisations aux régimes Arrco et Agirc.

Pour remédier à cette difficulté, les organismes référents en la matière ont mis en place un système de validation des périodes d'activité partielle (Circ. N°2013-27-DRJ, 26 déc. 2013).

Les périodes d'activité partielle ouvrant droit à ce dispositif sont celles qui dépassent 60 heures dans l'année civile.

→ *Sur la participation et l'intéressement*

Afin, une nouvelle fois, de neutraliser les impacts de l'activité partielle sur la répartition de la participation et de l'intéressement, la loi prévoit expressément que l'activité partielle est prise en compte pour la répartition de la participation et de l'intéressement lorsque cette répartition est proportionnelle à la durée de présence du salarié. Lorsque cette répartition est proportionnelle au salaire, les salaires à prendre en compte sont ceux qu'aurait perçus le salarié s'il n'avait pas été placé en activité partielle.

Article R.5122-11 alinéa 2 du Code du travail

B- Le télétravail

L'impératif de télétravail prend encore plus de sens lorsqu'il est rendu nécessaire pour la garde d'enfant. S'il s'avère impossible, le salarié pourra recourir à un arrêt de travail spécial.

De manière générale, les précautions à prendre dans le cadre de la limitation de la propagation de l'épidémie en cours impliquent presque nécessairement de se poser la question du recours au télétravail.

L'article L.1222-11 du Code du travail prévoit d'ailleurs que, notamment en cas de risque d'épidémie, le télétravail doit être considéré comme un aménagement du poste de travail nécessaire à la fois à la continuité de l'activité de l'entreprise mais également et surtout à la protection des salariés.

Ainsi, le télétravail doit être perçu par l'employeur comme une mesure préventive qu'il doit mettre en place même en l'absence de salarié ayant été infecté, en contact avec une personne infectée ou revenant d'une "zone de circulation du virus".

En outre et notamment en présence d'impératifs tels que l'éloignement nécessaire d'un salarié ou la nécessité pour un salarié d'assurer la garde de ses enfants, en cas de confinement de ce dernier ou de fermeture de son établissement scolaire notamment, une mesure de télétravail prend encore plus de sens et doit être facilitée par l'employeur.

Ainsi, il ressort des particularités de la crise sanitaire actuelle qu'un employeur pourra difficilement refuser un passage en télétravail lorsque les fonctions peuvent être exercées selon ces modalités, sauf à manquer à son obligation de sécurité à l'égard du salarié concerné.

Plus encore, il semble même que l'article L. 1222-11 du code du travail mentionne le risque épidémique comme pouvant justifier le recours au télétravail sans l'accord du salarié.

En tout état de cause, et selon les dernières annonces du gouvernement, la fermeture des établissements et le recours au télétravail pour les entreprises et les salariés qui en ont la possibilité semble désormais être obligatoire pour tous.

Les annonces du Président de la République et du gouvernement ont confirmé et insisté sur le fait que **le télétravail devait constituer la règle quant à l'exécution du contrat de travail** et notamment en raison des impératifs de confinement imposés le 16 mars 2020.

Ainsi, le ministère du travail rappelle notamment sur son site internet qu'il est impératif que tous les salariés qui peuvent télétravailler recourent au télétravail **jusqu'à nouvel ordre**.

En ce qui concerne les emplois non éligibles au télétravail, les pouvoirs publics rappellent que **doivent impérativement être respectées les "gestes barrière" et les règles de distanciation**. Ainsi et par exemple, lorsque l'employeur ne peut avoir recours au télétravail, il doit : limiter les réunions physiques et regroupements de salariés, annuler ou reporter les déplacements non indispensables...etc

Ces règles sont également applicables pour ce qui est des restaurants d'entreprise qui resteraient ouverts durant cette période exceptionnelle.

La règle relative à la mise en place du télétravail est tellement impérative que, face aux règles de confinement imposées par le gouvernement, il n'est possible de sortir de chez soi que notamment pour, des « *déplacements entre le domicile et le lieu d'exercice de l'activité professionnelle, lorsqu'ils sont indispensables à l'exercice d'activités ne pouvant être organisés sous forme de télétravail (sur justificatif permanent) ou de déplacements professionnels ne pouvant être différés* » (voir attestation de déplacement dérogatoire).

C- L'arrêt de travail et son indemnisation

Si le poste de travail ne peut faire l'objet d'une mise en place d'un télétravail, un salarié peut dans certaines situations bénéficier d'un arrêt de travail.

Il existe pour l'heure deux situations particulières qui peuvent donner lieu à un arrêt de travail, prévues par décrets et découlant directement du risque sanitaire relatif à la propagation du coronavirus.

Les conditions du bénéfice des prestations en espèce d'assurance maladie pour les personnes exposées au covid-19, ou les personnes dont les enfants le sont, ont en effet fait l'objet de deux décrets : **le décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020 et le décret n°2020-227 du 9 mars 2020.**

1) Si un salarié est soumis à une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile, et qu'il ne peut faire l'objet d'une mesure de télétravail, ce salarié peut bénéficier d'un arrêt de travail pour la durée d'isolement préconisée.

L'indemnisation liée à cet arrêt de travail est cependant plafonnée à 20 jours.

Le droit aux indemnités journalières pourra ainsi être ouvert sans que soient remplies les conditions de durée d'activité ou de contributivité minimales. Les délais de carence ne sont pas non plus appliqués dans ce cas, afin de permettre le versement des indemnités journalières dès le premier jour d'arrêt.

S'agissant de la procédure à observer, un contact doit être établi avec l'Agence Régionale de Santé (ARS) concernée, qui doit informer le salarié de la procédure à suivre, notamment auprès de l'Assurance-maladie, laquelle doit lui communiquer un arrêt de travail établi selon une procédure dérogatoire et spécifique à la gestion de la crise du virus Covid-19.

Il est en effet rappelé que la délivrance d'arrêts de travail pour maintien à domicile de personnes non diagnostiquées dans le cadre de la gestion de l'épidémie relève d'une procédure dérogatoire exceptionnelle et que les médecins généralistes n'ont pas, à ce jour, compétence pour les délivrer. Les assurés dans cette situation ne peuvent pas se rendre dans les cabinets de ville ni aux urgences hospitalières pour obtenir un arrêt de travail pour ce motif.

2) De la même manière, si l'enfant d'un salarié fait l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile, ou si l'enfant de moins de 16 ans d'un salarié est concerné par une mesure de fermeture de son établissement scolaire, le salarié parent, qui ne peut faire voir son aménager son poste en télétravail, peut également être placé en arrêt de travail et être indemnisé.

Le Ministère du Travail précise que l'arrêt de travail doit être déclaré en ligne par l'employeur, après que le salarié ait versé une attestation aux termes de laquelle il doit déclarer sur l'honneur être le seul parent qui demande le bénéfice d'un arrêt de travail pour garder l'enfant à domicile dont il indique le nom, l'âge, l'établissement scolaire, la commune et la période prévue de fermeture.

Le formulaire type d'attestation est disponible sur le lien suivant : <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/covid-19-attestation-garde-enfant.pdf>

Une fois la déclaration effectuée, l'entreprise doit envoyer les éléments nécessaires à la liquidation de l'indemnité journalière selon la procédure de droit commun applicable aux arrêts maladie classiques.

Dans ces deux situations, le droit aux indemnités journalières est ouvert sans que soient remplies les conditions de durée d'activité ou de contributivité minimales.

De même, les délais de carence ne sont pas non plus appliqués dans ces cas, afin de permettre le versement des indemnités journalières dès le premier jour d'arrêt.

Ainsi, les entreprises sont donc tenues de verser une indemnité complémentaire à ces salariés (s'ils justifient d'une ancienneté d'au moins un an), dès le 1er jour d'absence.

De plus, l'administration du travail a précisé que ces règles s'appliquaient **tant à l'indemnité complémentaire légale qu'à l'indemnité complémentaire conventionnelle** (*Questions-Réponses pour les entreprises et les salariés du 17 mars 2020*).

Il convient de noter qu'aucune mesure n'a été prévue pour les salariés qui auraient déjà épuisé leur « droit » à indemnisation complémentaire au titre de précédents arrêts de travail, et pour lesquels on peut supposer que l'indemnité ne serait pas ou plus due.

D- Le bénéfice du FNE-Formation

En cas de sous-activité prolongée ou d'arrêt total de l'activité, l'employeur peut bénéficier du FNE-Formation au lieu de l'activité partielle, afin d'investir dans les compétences des salariés (Articles R. 5111-2 et R. 5123-5).

Une convention est formalisée entre la DIRECCTE et l'entreprise et prévoit la mise en œuvre d'actions de formation, afin de favoriser la continuité de l'activité des salariés face aux transformations consécutives à des mutations économiques et technologiques.

E- Autres mesures

Enfin, toutes les mesures internes peuvent être adoptées afin de prévenir les risques de contamination et assurer la santé des salariés : notes internes de recommandations, mise en place de commission spécialisées d'accompagnement des salariés, collaboration étroite avec la Médecine du Travail...

Par ailleurs, il convient de noter que le gouvernement a mis en place plusieurs mesures de soutien aux entreprises, ayant notamment pour objet le report des échéances fiscales et des échéances sociales, ainsi que l'obtention ou le maintien d'un crédit bancaire via Bpifrance.

Des cellules de continuité économique sont également mise en place au niveau des DIRECCTE.

Le Ministère du Travail a précisé qu'un tel dispositif pouvait être utilisé en cas de difficultés économiques importantes ayant des répercussions telles sur l'activité de l'entreprise qu'elles impliquent la nécessité de mettre des salariés en activité partielle.

IV- LA SITUATION DES SALARIÉS ET DE LEURS REPRESENTANTS

A- Le droit de retrait individuel face à l'employeur ne respectant pas ses obligations

En application des articles L.4131-1 du Code du travail, les salariés peuvent user de leur droit de retrait pour se retirer d'une situation au travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé.

C'est un droit individuel et subjectif qui appartient à chaque salarié, qui est tenu d'alerter l'employeur de cette situation.

Deux situations peuvent donc se présenter.

Si l'employeur a mis en œuvre l'ensemble des mesures prévues par le code du travail, ainsi que les recommandations nationales visant à protéger la santé et la sécurité de son personnel face au risque de contamination du Covid-19, et qu'il a aménagé les conditions d'exercice de son activité, notamment dans les conditions visées dans la présente note, les salariés ne sauraient en principe invoquer leur droit de retrait.

Si à l'inverse, aucune mesure n'est prise par l'employeur pour assurer la protection des salariés dans des conditions telles qu'il y a un risque grave et imminent de contamination ou que les mesures prises s'avèrent insuffisantes, un salarié soumis à un risque grave de contamination pourrait, selon nous, légitimement invoquer son droit de retrait.

Il est à ce titre rappelé qu'aucune sanction ne peut être prononcée en raison de l'exercice légitime du droit de retrait par le salarié, mais que l'exercice illégitime de ce droit peut engendrer une retenue sur salaire pour l'absence engendrée et éventuellement justifier un licenciement non disciplinaire. Le juge exerce le cas échéant un contrôle sur le caractère raisonnable du motif invoqué par le salarié pour justifier du danger grave et imminent.

B- Les représentants du personnel et le CSE

Plusieurs questions se posent sur la situation des représentants du personnel :

1- Sur le rôle du CSE dans la prévention des risques et la mise en place d'une organisation du travail dérogatoire

Dans les entreprises d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés, la délégation du personnel au CSE contribue notamment à **promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail** dans l'entreprise (Article L2312-5).

De même, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE procède à l'**analyse des risques professionnels** auxquels peuvent être exposés les travailleurs, notamment les femmes enceintes, ainsi que des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnel (Article L2312-9).

Ainsi, s'agissant de l'analyse des risques professionnels, si la rédaction du document unique d'évaluation des risques incombe à l'employeur, le CSE doit, au regard de sa mission générale de promotion de la santé et de l'analyse de ces risques dans l'entreprise, être étroitement associé à la démarche d'actualisation des risques et la mise à jour de ce document.

Par ailleurs, le CSE est informé et consulté 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 et de formation professionnelle ainsi que sur tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail.

Il est donc impératif de consulter le CSE en cas d'impact important du virus Covid-19 dans l'entreprise, notamment s'il implique des modifications importantes dans l'organisation du travail ou le recours à l'activité partielle.

Ce sont en effet des matières dans lesquelles l'avis préalable du CSE est obligatoire.

A ce sujet toutefois, selon nos informations, il est probable qu'au regard de l'urgence de certaines demandes et du caractère exceptionnel de la situation, l'employeur soit autorisé, par un décret à venir, **à envoyer l'avis du comité social et économique (CSE) dans un délai de deux mois à compter de la demande d'autorisation préalable formulée.**

Par ailleurs, les membres du CSE peuvent de leur propre initiative user de leur droit d'alerte prévu à l'article L. 2312-61 en cas de danger grave et imminent, notamment s'il est constaté un manque de précautions prises par l'employeur et une situation ne répondant pas aux conditions posées par la présente note.

Il convient également de noter qu'il est probable que plusieurs entreprises arrêtent des "*plans de continuité*" ayant pour objet de formaliser l'ensemble des mesures internes à l'entreprise qui auront été arrêtées.

Le CSE peut dans cette hypothèse demander à être consulté de manière générale sur ce plan, dès lors qu'il contiendra des mesures relevant nécessairement de sa compétence.

Concernant les modalités d'organisation des réunions de l'instance, l'employeur doit assurer la sauvegarde de la santé de ses membres comme pour tous les salariés. Ainsi, **le recours à la visioconférence pour la tenue de la réunion nous semble envisageable, même au-delà de la limite légale fixée en la matière.**

Le recours à cette technologie est même encouragé par l'administration du travail, durant cette période exceptionnelle (*Questions-Réponses pour les entreprises et les salariés du 17 mars 2020*).

2- Sur les conséquences du Covid-19 sur les attributions du CSE, des organisations syndicales, et l'organisation du Dialogue social

Nous conseillons aux membres du CSE et aux organisations syndicales d'alerter la Direction sur les impératifs directement ou indirectement liés à la situation de risque sanitaire grave que traverse toute l'Europe actuellement, et aux difficultés particulières liées au risque épidémiologique relatif au Coronavirus.

Au-delà des impératifs évidents de sauvegarde de la santé des salariés pesant sur l'employeur, il apparaît inévitable de prendre d'autres décisions nécessaires au regard de l'aménagement de l'activité induit par ces circonstances exceptionnelles.

Il est donc selon nous primordial que la Direction, par elle-même ou sur demande des instances et des organisations syndicales, procèdent à la suspension de toutes les procédures de licenciement individuel ayant été enclenchées, et ce notamment afin de garantir à tous les salariés concernés un véritable droit à la défense, notamment dans le cadre d'entretiens préalables permettant entre autres, l'assistance par un représentant du personnel.

De la même manière, il est selon nous impératif d'interrompre tout système d'évaluation des compétences ou de la situation des salariés, ou de les adapter le cas échéant à la situation connue par chacun de ces salariés.

Enfin, il est encore impératif de faire procéder à la suspension de toutes les procédures collectives d'information et de consultation des instances représentatives du personnel, de la même manière qu'il est impératif de suspendre toute procédure de négociation collective, et a fortiori de projet de licenciement collectif, qu'il intervienne par la voie négociée ou par la voie unilatérale.

Ainsi, s'il était constaté que la Direction ne procédait pas par elle-même à ces impératifs minimaux, nous nous tenons à la disposition des organisations et des instances concernées pour proposer des projets de résolution ou de courrier rappelant à ladite Direction la nécessité absolue d'y procéder.

3- *Le représentant du personnel peut-il s'opposer à sa propre mise en activité partielle ?*

De jurisprudence constante, la mise en activité partielle ne constitue pas une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié.

Aucune procédure particulière envers les salariés n'est donc requise et le refus, par un salarié, de se soumettre à des nouveaux horaires imposés à la suite d'une mise en activité partielle de l'entreprise peut constituer une faute grave

Cass. soc. 9 juin 1999, n° 96-43933
Cass soc., 18 juin 1996, n°94-44.654
Cass. soc., 2 févr. 1999, n°96-42.831

Néanmoins, il en va différemment s'agissant des salariés protégés, dans la mesure où aucun changement des conditions de travail ne peut être imposé à un représentant du personnel sans son accord.

La Cour de cassation a eu l'occasion d'appliquer cette règle en matière de chômage partiel, en affirmant que l'accord d'un représentant du personnel était nécessaire, tirant même toutes les conséquences de sa décision en jugeant que l'employeur est tenu de lui verser la partie du salaire perdue du fait de la mesure de chômage partiel.

Cass. soc., 19 janvier 2011, n°09-43194

En conséquence, si le salarié protégé n'accepte pas cette modification, l'employeur devra licencier ce salarié en respectant la procédure spécifique d'autorisation devant l'Inspection du travail, à défaut, le licenciement est nul.

Cass. soc., 29 janvier 1992, n°88-44.603

Encore faut-il toutefois que cette mesure modifie effectivement les conditions de travail de l'intéressé, ce qui n'est pas le cas s'il prend des JRTT ou des congés payés pendant cette période pour ne pas subir de perte de revenu.

Cass. soc., 28 juin 2018, n° 17-11.714

Le non-respect de l'employeur de cette obligation pourrait ainsi conduire le salarié concerné à en tirer toutes les conséquences :

- soit en sollicitant un rappel de salaire correspondant ;
- soit en décidant de rompre son contrat aux torts exclusifs de l'employeur.

Enfin, au-delà de la période légale d'indemnisation d'activité partielle, l'employeur est tenu, soit de donner du travail au salarié, soit de mettre en œuvre la procédure de licenciement. À défaut, la Cour de cassation a jugé que le maintien du salarié dans la situation de chômage au-delà de cette période équivalait à un licenciement justifiant le versement d'indemnités de rupture au salarié

Cass. soc., 27 nov. 1991, n°87-45.464

Ceci étant précisé, il convient de rapporter ce cadre légal et jurisprudentiel aux circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie du Covid-19.

En effet, les mesures de mise en activité partielle sont pour de nombreuses entreprises imposées par le gouvernement, et le gouvernement a en outre annoncé la prise en charge en totalité des indemnités versées par l'employeur.

Néanmoins, les élus placés en activité partielle vont *a priori* effectivement subir une baisse de leur rémunération, puisque si l'engagement du gouvernement porte bien sur la prise en charge de 100% de l'indemnisation versée (ce qui revient à prendre en charge le versement de 70% du salaire brut à la place de l'employeur et cela dans la limite de 4,5 SMIC), l'engagement ne porte pas sur un maintien de la totalité de la rémunération.

L'accord d'un salarié protégé à un placement en activité partielle reste donc requis dans la mesure où il entraînera effectivement une baisse de sa rémunération.

Néanmoins, dans les circonstances actuelles, il nous semble difficile d'opposer un refus à sa direction au regard des injonctions du gouvernement.

Il est donc selon nous préférable de privilégier un accord, en formulant une réserve expresse exprimant la volonté de conserver l'intégralité de la rémunération perçue, ce qui impliquerait le versement par la direction du différentiel entre le salaire réel et l'indemnisation prise en charge par l'Etat. Cette demande est évidemment motivée et justifiée par le fait que l'employeur doit rémunérer les heures de délégation et que les sollicitations, en tant que représentant du personnel, sont très nombreuses en cette période exceptionnelle.

4- Les représentants du personnel peuvent-ils s'opposer à la mise en activité partielle de l'ensemble des salariés ou d'une partie des salariés ?

En principe, dans les entreprises de plus de 50 salariés, l'employeur doit au préalable consulter pour avis les représentants du personnel (comité d'entreprise ou délégués du personnel) concernant :

- les motifs de recours à l'activité partielle ;
- les catégories professionnelles et les activités concernées ;
- le niveau et les critères de mise en œuvre des réductions d'horaire ;
- les actions de formation envisagées ou tout autre engagement pris par l'employeur.

Le non-respect de cette obligation peut, d'une part, conduire l'Administration à refuser d'instruire la demande d'autorisation de recours au chômage partiel, au motif que celle-ci n'est pas complète et, d'autre part, rendre l'employeur coupable d'un délit d'entrave.

Cass. crim., 10 mai 1988, n° 87-90.277
Cass. soc., 8 juin 1999, n° 96-43.933.

Ceci étant précisé, il convient de rappeler qu'un cas de force majeure, c'est à dire un événement imprévisible, insurmontable et extérieur peut également justifier l'absence de consultation préalable.

Cass. crim. 30 octobre 1984, n°83-94.370

S'il a été évoqué, par le Ministre de l'Economie, que l'épidémie du Covid-19 pourrait constituer un cas de force majeure pour les entreprises, notamment pour l'exécution de leurs obligations contractuelles vis-à-vis de leurs partenaires commerciaux, il nous semble que de sérieux arguments peuvent être soutenues en contradiction de cette position s'agissant d'une consultation préalable du CSE.

En effet, au regard des trois critères susvisés comme constitutifs d'une situation de force majeure (l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité), il peut être raisonnablement soutenu que l'épidémie du Covid-19 :

- n'est ni imprévisible : l'épidémie ayant commencé en Chine au mois de décembre et la propagation du virus en France au mois de février ;
- ni irrésistible : l'épidémie du Covid-19 ne justifie pas objectivement une incapacité totale d'exécuter l'obligation de consultation dans la mesure notamment où celle-ci peut être faite avec les précautions nécessaires ou par visio-conférence.

Il existe donc à notre sens de sérieux moyens à faire valoir face à une Direction qui refuserait de consulter le CSE sur cette question.

Cependant, et dans l'hypothèse où un avis du CSE était rendu sur cette question, il convient de rappeler que l'avis du CSE ne lie l'administration, et que ce dernier peut décider d'autoriser le recours à l'activité partielle en dépit d'un avis défavorable du CSE.

Or les textes prévoient que l'employeur peut recourir au dispositif d'activité partielle pour les motifs suivants :

- 1° *La conjoncture économique ;*
- 2° *Des difficultés d'approvisionnement en matières premières ou en énergie ;*
- 3° *Un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel ;*
- 4° *La transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise ;*
- 5° *Toute autre circonstance de caractère exceptionnel.*

Dans la situation actuelle liée à l'épidémie du Covid-19, et aux mesures exigées des entreprises par le gouvernement, il semble donc que les Préfets saisis pourront aisément considérer la mise en activité partielle de l'entreprise comme une nécessité au regard du caractère exceptionnel de cette situation, et de son impact sur la conjoncture économique.

Tout avis défavorable d'un CSE devrait donc, sur ces questions, être suffisamment motivé pour pouvoir tenter de s'opposer à la mise en place de l'activité partielle.

5- Le représentant du personnel peut-il exercer son mandat ?

De jurisprudence constante, l'activité partielle et l'interruption du travail qu'il entraîne n'ont aucune incidence sur le mandat des représentants du personnel.

Dès lors, et à titre d'exemple, l'employeur qui interdit à des élus de pénétrer dans les locaux de l'entreprise et de communiquer avec les salariés qui y assurent un service réduit de permanence, dans un contexte d'activité partielle, peut être à l'origine d'un délit d'entrave et d'une atteinte à l'exercice régulier de leurs fonctions.

Cass. crim., 25 mai 1983, n° 82-91.538

Les salariés qui se trouvent en état d'activité partielle peuvent donc, dans le cadre des prérogatives liées à l'exercice régulier de leurs fonctions représentatives, pénétrer dans l'établissement où travaille une partie, même réduite, des employés avec lesquels leur mission les autorise à communiquer

Il a également été jugé en ce sens que le "chômage partiel total" – c'est-à-dire lorsque l'entreprise a fermé ses portes – ne suspend pas non plus le mandat représentatif et doit en théorie entraîner les mêmes conséquences.

CE, 13 novembre 1987, n°68.104

Ceci étant précisé, ce cadre général d'exercice des mandats doit tenir compte de la situation particulière d'une activité partielle mise en place en raison du Covid-19, et donc avec les mesures de confinement qui ont été instaurées.

Il convient donc à notre sens de privilégier tout exercice des mandats dans le respect de ces mesures, en privilégiant donc les réunions en visioconférence, et l'utilisation des outils informatiques pour communiquer avec les salariés (communications par l'intranet de l'entreprise, push-mails etc..).

Par ailleurs, nous rappelons par la présente qu'il convient à notre sens, dans le cadre de l'exercice des mandats, de faire valoir auprès de la Direction la nécessité :

- de suspendre toute procédure de licenciement individuel ou collective ;
- d'adapter ou de suspendre des dispositifs d'évaluation des salariés ;
- de suspendre toute procédure d'information et de consultation des instances représentatives.

Nous nous tenons naturellement à votre disposition pour toute précision supplémentaire, et continuerons à vous tenir informés de l'actualisation des mesures prises.

Toute l'équipe du Cabinet reste en effet mobilisée pour répondre à vos interrogations et vous assister et vous conseiller dans chacune de vos démarches individuelles ou collectives.

Le Cabinet Brihi-Koskas et Associés