

Epidémie de Covid-19 et relations de travail : l'urgence est aussi de mise

Par

Paul-Henri ANTONMATTEI
Professeur à l'Université de Montpellier
Doyen honoraire

Face à l'épidémie de Covid-19, l'urgence se décline. C'est une urgence sanitaire pour soigner et sauver des vies au quotidien. Dans des conditions très compliquées, la mobilisation des « soignants », nos combattants du front, est exemplaire et impose un immense respect et une éternelle reconnaissance.

L'urgence est aussi économique et sociale car l'ampleur et la rapidité de la baisse voire de l'arrêt des activités, conséquences d'un confinement inévitable pour vaincre le virus, sont inédites. Le soutien important de la puissance publique est indispensable. La mobilisation des acteurs l'est tout autant et les initiatives sont là avec un dévouement humain remarquable pour maintenir les activités essentielles.

L'urgence juridique est évidente. A situation exceptionnelle, règles exceptionnelles. La voie des ordonnances ouverte par loi d'urgence du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de covid-19 permet, dans de nombreux domaines, une intervention rapide pour temporairement adapter, écarter ou innover. Cette réglementation de crise difficile à établir n'offrira pas toujours une sécurité. Il faut l'admettre et surtout ne pas chercher à chicaner.

L'urgence déstabilise et renforce alors l'exigence d'une riposte organisée. Le juriste en droit social est, avec d'autres, mobilisé pour, prioritairement, gérer le maintien et les variations d'activité.

I.- Maintien de l'activité

Certaines activités peuvent être économiquement maintenues et d'autres doivent l'être car elles sont nécessaires à la continuité de la vie économique de la Nation. La priorité est alors de protéger les travailleurs en mobilisant un arsenal juridique connu mais dans le contexte inédit d'une épidémie. Le maintien de l'activité en période d'épidémie ne permet pas un fonctionnement habituel des relations de travail : des aménagements temporaires s'imposent.

A.- Protéger

Côté patronal, c'est la fameuse obligation de sécurité qui impose de prendre toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Quel contenu donner aux principes généraux de prévention portés par ces textes face au Covid-19 ? Pour éviter l'hésitation et la controverse, le ministère du travail a vite répondu et peu importe si, demain, dans un éventuel litige sur l'exécution de l'obligation de sécurité, le juge ne sera pas lié par les recommandations ministérielles. Leur autorité tient, à leur contenu substantiel fondé sur la connaissance scientifique relative au Covid-19. Des recommandations générales sont complétés par des fiches conseils pour certains postes plus exposés (chauffeur livreur, travail en caisse, travail en boulangerie...). Le chemin est donc bien balisé.

Dans la liste des recommandations communes qui comporte les mesures barrières, le télétravail occupe du place de choix car dans le contexte d'une épidémie, il n'est pas une modalité d'exécution du contrat de travail : *« en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés »* (C. trav. art. L. 1222-11). Nous y sommes et la recommandation ministérielle est ferme : *« suite au passage au stade 3 de l'épidémie, le télétravail devienne la norme pour tous les postes qui le permettent »*. Si le télétravail n'est pas possible (le ministère estime que 40% des emplois salariés sont éligibles au télétravail), s'appliquent alors les mesures spécifiques de prévention listées par le ministère (V. Coronavirus : Questions/réponses pour les entreprises et les salariés, www.travail.gouv.fr).

Quid si l'employeur n'opte pas pour le passage en télétravail ? Réponse du ministère : le salarié peut demander à bénéficier du télétravail jusqu'à nouvel ordre. Si l'employeur donne son accord, cela peut se faire par tout moyen. Son refus doit être motivé. Une épidémie ne conduit pas, en effet, à un passage automatique en télétravail pour les postes éligibles. La légitimité du refus patronal est toutefois plus restreinte qu'en période normale d'activité. Ce refus ne justifie pas pour autant l'exercice par le salarié du droit de retrait. On veut bien admettre avec le ministère du travail, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux selon la formule consacrée, que *« dans la mesure où l'employeur a mis en œuvre les dispositions prévues par le Code du travail et les recommandations nationales (<https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus>) visant à protéger la santé et à assurer la sécurité de son personnel, qu'il a informé et préparé son personnel, notamment dans le cadre des institutions représentatives du personnel, le droit individuel de retrait ne peut en principe trouver à s'exercer »*. L'analyse vaut aussi dans la situation d'un refus de l'employeur d'autoriser le passage en télétravail.

Le salarié qui poursuit son activité professionnelle participe aussi à la protection de sa santé et de celle des ses collègues via l'exécution de sa propre obligation de sécurité rappelée et précisée par le ministère (V. C. trav. art. L. 4122-1). Il est ainsi tenu de respecter les instructions données par l'employeur en fonction de l'entreprise et, en cas de présence sur son lieu de travail, les mesures « barrières ». Sont aussi mobilisés le comité social et économique et les services de santé au travail ; le médecin du travail peut même prescrire et renouveler un arrêt de travail en cas d'infection ou de suspicion d'infection au covid-19 et procéder à des tests de dépistage du covid-19 (V. Ord. n. 2020-386 du 1^{er} avril 2020).

B.- Aménager

Il faut bien tenir compte exceptionnellement des conséquences sur la vie personnelle et familiale du salarié de la fermeture des établissements scolaires et universitaires. Place alors à l'innovation avec un arrêt de travail spécifique pour la garde d'un enfant de moins de 16 ans accompagné de droits à indemnisation plus substantiels (décrets n. 2020-73 du 31 janv. 2020 et 2020-193 du 4 mars 2020).

C'est aussi l'indispensable qui doit temporairement primer. Sont concernés les déplacements professionnels (c'est la case 1 de l'attestation de déplacement dérogatoire bien connue maintenant de nos concitoyens). Gare au laxisme patronal car *« un salarié serait donc fondé à exercer son droit de retrait pour la seule situation où, en violation des recommandations du*

gouvernement, son employeur lui demanderait de se déplacer en l'absence d'impératif ». Même tonalité pour le suivi de l'état de santé des salariés : les visites peuvent être reportées sauf si le médecin du travail estime qu'elles sont indispensables, la règle étant adaptée pour les travailleurs soumis à un suivi individuel renforcé ou adapté. Le report et l'aménagement des autres catégories d'interventions des services de santé au travail sans lien avec l'épidémie sont permis sauf si l'urgence ou la gravité des risques pour la santé des travailleurs justifie une intervention sans délai (Ord. n. 2020-386 du 1^{er} avril 2020).

Le dialogue social n'échappe pas aux perturbations et à la paralysie si les règles ne sont pas aménagées. Le Gouvernement l'a compris. Dispense est accordée à l'employeur pour l'organisation des élections partielles lorsque la fin de la suspension du processus électoral intervient peu de temps avant le terme des mandats en cours. Est élargie la possibilité de recourir à la visioconférence pour tenir les réunions des comités sociaux et économiques et devient permise, l'organisation de réunions par conférence téléphonique et, à titre subsidiaire, par messagerie instantanée. Méritaient aussi d'être adaptées les règles applicables en matière d'information et de consultation du comité social et économique aux mesures prises en urgence par l'employeur pour adapter à la hausse ou à la baisse la durée du travail applicable dans l'entreprise (Ord. n. 2020-389 du 1^{er} avril 2020. V. infra).

Impossible de faire l'impasse aussi sur les règles de conclusion des conventions et accords collectifs de travail surtout quand l'accord collectif est requis pour accéder à des dispositions dérogatoires et temporaires (congrés payés. V. infra). On se contentera d'une analyse ministérielle de règles et de dispositifs existants.

Dès lors que le sacro-saint principe de loyauté des négociations est respecté, les réunions de négociation collective peuvent se tenir en visioconférence ou en audioconférence pendant l'épidémie de COVID-19 et ce ne sont pas les solutions techniques qui manquent pour réunir de nombreux participants. Pour les négociateurs qui le souhaitent, c'est l'occasion de recourir à la signature électronique en respectant les exigences du règlement européen n° 910-2014 et de l'article 1367 du code civil. Une formule moins numérisée est toujours possible : le projet soumis à signature est envoyé à l'ensemble des parties à la négociation afin que chacune le signe manuellement. Les signataires impriment le projet, le paraphent et le signent manuellement puis le numérisent (ou prennent en photo chaque page avec leur téléphone en s'assurant que le document soit lisible) et renvoient le document signé ainsi numérisé par voie électronique. Et si un signataire ne dispose pas de moyens d'impression, il peut l'envoyer par courrier ou par porteur. Mieux vaut que toutes les signatures figurent sur le même exemplaire. Si tel n'est pas le cas, l'accord ainsi signé sera constitué de l'ensemble des exemplaires signés par chaque partie. Le ministère évoque même la possibilité pour une organisation de donner mandat (par écrit, un mail pouvant suffire pour autant que l'on puisse en identifier l'auteur) à une autre pour signer un accord collectif. Les accords d'entreprise ainsi signés pourront être déposés via la téléprocédure (à condition de regrouper l'ensemble des exemplaires signés en un seul fichier pdf). Pour les accords de branche, le dépôt s'opère en priorité par voie électronique à l'adresse depot.accord@travail.gouv.fr en ajoutant aux pièces habituellement requises (version word anonymisée et justificatifs de notification de l'accord aux organisations syndicales représentatives) une version PDF de l'accord signé (ou une version de l'ensemble des exemplaires signés par chacune des parties s'il n'a pas été possible de faire figurer l'ensemble des signatures sur le même exemplaire). Lors du dépôt électronique d'un accord conclu en application des ordonnances du 25 mars 2020, il est conseillé à la branche de préciser dans l'objet de son mail « accord ordonnances Covid-19 » afin que l'accord soit enregistré en priorité. Il convient de préciser également si l'extension de l'accord est demandée.

Quant aux modalités substitutives de négociation d'un accord d'entreprise qui requièrent une consultation des salariés, c'est la consultation à distance qui est préconisée, le dispositif utilisée devant garantir la confidentialité du vote et l'émargement des personnes consultées.

Toujours dans le registre du dialogue social, on comprend le report du scrutin organisé pour mesurer l'audience des organisations syndicales auprès des salariés des entreprises de moins de 11 salariés qui devait initialement avoir lieu du 23 novembre au 6 décembre 2020 : rendez-vous au premier semestre 2021 mais 2019 reste l'année de référence pour la détermination de la liste électorale (Ord. n. 2020-388 du 1^{er} avril 2020).

Sont aussi décalées la date du prochain renouvellement général des conseillers prud'hommes (au plus tard le 31 décembre 2022) et celle du prochain renouvellement des membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles (au plus tard le 31 décembre 2021), les mandats étant prorogés en conséquence.

II.- Variations de l'activité

C'est le paradoxe en temps de crise : des entreprises sont au ralenti ou à l'arrêt et d'autres doivent augmenter leur activité. Dans les deux cas, des adaptations normatives sont intervenues.

A.- Baisse

Baisse voire arrêt de l'activité : c'est le quotidien désormais de centaines de milliers d'entreprises. Priorité gouvernementale aisément compréhensible : zéro licenciement pour motif économique sans toutefois une interdiction légale temporaire. Pour des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) présentés dans la période d'urgence sanitaire, le feu devrait passer au rouge. Pour éviter d'autres ruptures à l'initiative de l'employeur, c'est plutôt la menace et l'incitation. La menace, c'est celle du contentieux dont la crédibilité tient toutefois au risque financier. Des ruptures en période d'essai ont été très tôt constatées en nombre anormalement élevé. Rappel : «*si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus*» (Cass. soc. 20 fév. 2007, n. 05-44.553). Est abusive la rupture qui intervient pour un motif non inhérent à la personne de salarié (Cass. soc. 20 nov. 2007, n. 06-41.212) ou lorsqu'il est établi que le motif est sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelles du salarié (Cass. soc. 10 déc. 2008, n. 07-42.445). La concomitance entre la crise et ces ruptures en période d'essai ne trompe pas.

Quid du motif économique de licenciement ? La durée de la crise est, pour l'heure, trop courte soit pour mobiliser la quantification légale de la baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires soit pour se rabattre sur les autres situations permettant de caractériser les difficultés économiques (C. trav. art. L. 1233-3). Quid de la force majeure pour une rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de mission ? Si les affres de la qualification sont connues même avec une définition légale depuis la réforme du droit des obligations (C. civ. art. 1218), on pronostiquera quand même une propension judiciaire à retenir la force majeure (V. dans un autre domaine, Colmar, 6^e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098 et l'article de L. Grynbaum). Mais la qualification ne suffit pas pour rompre légitimement car lorsque l'empêchement est temporaire, l'exécution du contrat est suspendue. Certes l'appréciation du caractère temporaire de l'empêchement peut se discuter mais, pour l'heure, la durée paraît trop brève pour échapper à la suspension.

Risqué, le chemin de la rupture sera d'autant moins emprunté que celui du maintien du contrat sera aidé. Un dispositif existe depuis des années : l'activité partielle plus connue sous son ancienne dénomination de chômage partiel. Il s'agit d'une aide relevant de la catégorie des aides destinées à maintenir ou sauvegarder l'emploi. Les salariés sont placés en position d'activité partielle après autorisation expresse ou implicite de la Direccte, s'ils subissent une perte de rémunération imputable soit à la fermeture temporaire soit à la réduction de l'horaire de travail en deçà de la durée légale de travail. L'employeur verse aux salariés en position d'activité partielle une indemnité horaire égale à 70% de leur salaire brute horaire (en moyenne 84% du net) et reçoit une allocation cofinancée par l'Etat et l'Unédic dans la limite d'un contingent annuel d'heures indemnisables.

Sans tarder, la ministre du travail a annoncé un changement significatif de voilure : l'indemnité ne peut être inférieure à 8,03 euros de l'heure (sauf apprentis et salariés en contrat de professionnalisation dont la rémunération antérieure était inférieure au SMIC) mais surtout l'allocation versée à l'employeur devient proportionnelle à la rémunération du salarié dans la limite de 4,5 SMIC. C'est donc l'Etat qui prend à sa charge 100% du coût de l'activité partielle (de fait, dans 90% des cas) pour une durée allongée (jusqu'à 12 mois), avec un contingent annuel d'heures fixé à 1 607 heures par salarié jusqu'au 31 décembre 2020, et en élargissant la liste des bénéficiaires. Avec, au 1^{er} avril, près de 4 millions de salariés en activité partielle pour 425000 demandes et 1,6 milliards d'heures chômés, l'effort public, qui se chiffrera en milliards d'euros, est évidemment sans précédent.

La couture juridique a été plus compliquée car avant les retouches, il était nécessaire de recenser les nombreuses questions techniques qu'une application sporadique de l'activité partielle n'avait pas mise en lumière dans le passé. Conséquent (Ordonnance n.2020-346 du 27 mars 2020, Décret n. 2020-325 du 25 mars 2020, un autre décret attendu et un « Question-réponses » bien utile et mise à jour régulièrement), le nouveau corpus juridique n'évitera pas les interrogations, les hésitations et les controverses mais devrait permettre de passer l'obstacle surtout si les employeurs qui le peuvent prennent en charge en tout ou partie le complément d'indemnisation. Reste que l'épidémie n'ouvre pas en elle-même le bénéfice de l'activité partielle même si l'employeur décide de fermer pour renforcer l'efficacité du confinement comme certains employeurs l'ont cru à la suite d'annonces gouvernementales un peu générales. Les motifs de recours n'ont pourtant pas changé. L'employeur doit être contraint de réduire ou de suspendre son activité pour l'un des 5 motifs prévues à l'article R. 5122-1. L'épidémie relève du cinquième (« toute autre circonstance de caractère exceptionnel ») ce qui permet, urgence oblige, de disposer exceptionnellement, de 30 jours après la mise en place de l'activité partielle pour déposer la demande et bénéficier ainsi d'une indemnisation rétroactive.

Le ministère opère une distinction liée à la réglementation des activités. L'éligibilité est évidente pour une entreprise concernée par un arrêté de fermeture. Si tel n'est pas le cas, l'entreprise doit expliquer objectivement la contrainte qui impose la fermeture temporaire ou la réduction de l'horaire sachant que l'éligibilité est admise si l'employeur est dans l'impossibilité de mettre en place les mesures de prévention nécessaires pour la protection de la santé des salariés (télétravail, gestes barrière, etc.). L'assouplissement des procédures n'empêchera pas des contrôles déjà annoncés pour sanctionner les fraudes.

L'activité partielle, qui peut se conjuguer avec le FNE-Formation afin d'investir dans les compétences des salariés, n'est pas le seul dispositif permettant de passer la crise sanitaire sans licenciement pour motif économique. La gravité de la crise qui renforce naturellement l'exigence de fraternité et de solidarité conduit à partager les efforts au sein des entreprises.

Aussi, un accord d'entreprise, ou, à défaut, un accord de branche peut permettre à l'employeur d'imposer la prise de congés payés ou de modifier les dates d'un congé déjà posé, dans la limite de 6 jours ouvrable (Ord. n. 2020-323 du 25 mars 2020). Imposer une négociation collective avec un plafond n'était pas nécessaire. Ce plafond se comprend pour une décision unilatérale de l'employeur. Mais faire légitimement confiance aux acteurs de la négociation collective implique de respecter leur autonomie normative en leur offrant plus de liberté car les difficultés des entreprises ne sont pas de même intensité. Peu importe. Ce n'est pas le temps de la ratiocination. En revanche, l'employeur peut, sans un accord collectif préalable, imposer, lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie eu égard aux difficultés économiques liées à la propagation du covid-19, la prise, à des dates qu'il détermine, des jours de réduction du temps de travail, des jours de repos prévus par une convention de forfait. Il peut aussi modifier les dates de prises de ces jours de repos et imposer que les droits affectés sur le compte épargne-temps du salarié soient utilisés par la prise de jours de repos, dont il détermine les dates. La période de prise des jours de repos imposée ou modifiée ne peut s'étendre au-delà du 31 décembre 2020 et ce sont 10 jours au total qui sont entre les mains de l'employeur (Ord. n. 2020-323 du 25 mars 2020).

B.- Hausse

Une crise sanitaire aussi forte et rapide provoque une hausse d'activité des entreprises de secteurs particulièrement nécessaires à la sécurité de la Nation ou à la continuité de la vie économique et sociale. Pour faire face, dans l'urgence, à un tel surcroît d'activité, peut conduire la conclusion d'une convention de mise à disposition temporaire de salariés volontaires avec une entreprise à l'arrêt ou en baisse d'activité est encouragée par le ministère du travail qui propose même un modèle de convention de prêt de main d'oeuvre et un modèle d'avenant au contrat de travail (www.travail.gouv.fr).

Répondre efficacement à une hausse d'activité dans l'urgence conduit surtout à déroger aux règles d'ordre public et aux stipulations conventionnelles relatives à la durée du travail, au repos hebdomadaire et au repos dominical. Plutôt que de contraindre chacune des entreprises concernées à utiliser des dérogations existantes mais dont les procédures ne sont pas nécessairement adaptées à l'urgence, le Gouvernement a fait légitimement le choix d'une réglementation dérogatoire et temporaire immédiatement accessible (V. Ordonnance n. 2020-323 du 25 mars 2020) et il n'a pas lésiné : la durée quotidienne maximale de travail peut être portée à 12 heures même pour un travailleur de nuit (sous réserve pour ce dernier de l'attribution d'un repos compensateur). La durée du repos quotidien peut être réduite jusqu'à 9 heures, sous réserve de l'attribution d'un repos compensateur égal à la durée du repos dont le salarié n'a pu bénéficier. La durée maximale hebdomadaire peut monter jusqu'à 60 heures et cette durée maximale calculée sur 12 semaines consécutives peut être portée jusqu'à 48 heures (44 heures pour le travailleur de nuit).

Le courroux de certaines confédérations syndicales est déplacé. L'objectif n'est évidemment pas de casser des règles protectrices du droit du travail mais de prendre en charge, en temps utile, un surcroît exceptionnel d'activité. Ces dérogations sont temporaires (jusqu'au 31 décembre 2020) et réservées à certains secteurs déterminés par un décret. Les dispositions réglementaires doivent préciser, pour chacun des secteurs, dans le respect de l'objectif de protection de la santé des travailleurs, les catégories de dérogations admises et, dans le respect des limites prévues, la durée maximale de travail ou la durée minimale de repos qui peut être fixée par l'employeur. Obligation est faite à l'entreprise qui usera d'au moins une de ces dérogations d'en informer sans délai et par tout moyen le comité social et économique ainsi

que le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Voilà qui devrait rassurer et éviter tout détournement des dérogations. Ces entreprises peuvent aussi attribuer le repos dominical par roulement.

A l'employeur placé dans cette situation de hausse d'activité de récompenser aussi un engagement humain exceptionnel. L'incitation à verser la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat est renforcée par des règles assouplies, la possibilité de moduler la prime pour récompenser plus spécifiquement les salariés ayant travaillé pendant l'épidémie et un plafond d'exonération augmenté pour certains (Ord. n. 2020-3885 du 1^{er} avril). Mais cela ne suffira pas toujours. Constat est fait que sont en première et deuxième ligne de front, plus exposés que d'autres, des salariés dont les rémunérations sont parmi les plus faibles. Il ne faudra pas faire l'impasse sur la revalorisation salariale de ces soldats de l'économie réelle.

Au final, quelle que soit la situation de l'entreprise, le passage de cette crise sans précédent et la contribution à l'effort national peuvent trouver une organisation plus solidaire encore avec la conclusion d'accords collectifs spécifiques. La voie a été ouverte par le groupe Thalès avec un accord groupe sur les mesures mises en œuvre pour faire face à l'épidémie de Covid-19 signé par toutes les organisations syndicales représentatives à ce niveau de négociation. D'autres vont suivre et illustrer aussi la maturité du dialogue social.

L'urgence s'arrêtera car la mobilisation humaine vaincra. Ce sera le temps d'après qui ne sera plus celui d'avant. Un temps ouvert à l'évaluation pour expliquer des pénuries, des retards, des hésitations, des contradictions, des controverses, des dysfonctionnements... C'est une exigence démocratique qui ne consiste pas à clouer au piloris mais à comprendre pour progresser et demain mieux prévenir pour mieux combattre.

On pressent que le jour d'après sera aussi celui de profondes transformations économiques, sociales, sociétales, environnementales, politiques... A chacune et à chacun d'y prendre sa part dans une démarche de dialogue et de concorde.