



Les visios-syndicales du CEFI

Fiche Formation Syndicale n°5
(Note accompagnant la visioconférence)

SUR LES CONGES, REPOS ET TEMPS DE TRAVAIL SOUS L'ETAT D'URGENCE SANITAIRE

Cette note ne concerne que le secteur des entreprises privées.

L'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos fait partie de la batterie d'ordonnances prises dans le contexte de l'épidémie. Elle comme les autres modifie considérablement le droit du travail au détriment de sa nature protectrice pour les salariés.

Cette ordonnance permet aussi de sacrifier les droits qui entourent les congés, la durée du travail et les repos pour faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de l'épidémie. C'est rappelé dès son article 1^{er}.

Analysons cette ordonnance dans le détail mais avant il est important de bien garder à l'esprit la distinction nécessaire à faire entre congés annuels, JRTT issus d'un accord collectif, jours de congés et/ou repos issus d'une disposition conventionnelle, jours de repos prévus dans une convention de forfait, usage... tous ces jours de « congés » sont de natures juridiques différentes et font l'objet de traitements différents dans l'ordonnance du 25 mars 2020.

1. Partie repos et congés :

Art. 1^{er} : Cet article traite des droits à congés payés et plus particulièrement de la durée du congé traitée à partir de l'article L.3141-3 CT et suivants et des modalités de prise des congés traitées à partir de l'art. L.3141-12 CT jusqu'à l'art. L.3141-23.

L'article 1^{er} de l'ordonnance étudiée permet à l'employeur de déroger aux maigres garanties prévues par le code du travail en matière d'organisation et de prise de congés payés.

Important : Cette possibilité qu'est donnée à l'employeur de déroger aux droits à congés des salariés ne vaut que pour 6 jours de congés soit une semaine. Il faudra donc veiller à ce que l'employeur n'outrepasse pas son droit.

Pour y parvenir, l'employeur devra obtenir un accord d'entreprise ou à défaut un accord de branche pour déterminer les conditions dans lesquelles il sera autorisé à déroger à ces garanties.

Attention, il ne faut pas perdre de vue que depuis les ordonnances Macron de septembre 2017, un accord d'entreprise peut être un accord approuvé majoritairement par les salariés à défaut de délégué syndical.

Par ces dispositions, l'employeur pourra :

- Faire prendre, en respectant 1 jour franc au moins, jusqu'à 6 jours de congés, y compris avant l'ouverture de la période au cours de laquelle ils ont normalement vocation à être pris,
- Modifier unilatéralement les dates de prise de congés payés,
- Fractionner ces jours de congés sans accord du salarié,
- Ne pas accorder un congé simultané aux conjoints dans la même entreprise.

Cette dérogation est autorisée jusqu'au 31 décembre 2020.

Art. 2 : « *Lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie* » annonce l'article 2 dès son ouverture, il convient là d'apprécier la généralité de la formulation qui laisse quasiment champ libre à l'employeur mais plus intéressant « *eu égard aux difficultés économiques liées à la propagation du covid* » la rédaction est ainsi suffisamment précise pour pouvoir exiger un lien évident entre l'intérêt de l'entreprise mis à mal et la propagation du covid créant ainsi des difficultés économiques. Il faudra donc toujours analyser les décisions de l'employeur par rapport à cette exigence.

L'employeur (et là sans accord collectif) pourra déroger :

- A un accord ou convention collective instituant un dispositif de RTT en application de la loi du 20.08.08
- A un dispositif de jours de repos conventionnels institués par les articles L.3121-41 à L.3121-47 CT, ceux relatifs à l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine.

Il pourra donc, sous respect d'un jour franc entre sa décision et sa mise à exécution :

- Imposer unilatéralement des jours de repos déjà acquis que le salarié aurait pu prendre selon son choix si l'accord l'avait prévu
- Modifier unilatéralement les dates de prise de jours de repos.

Des limites quand même (en plus de celles énoncées plus haut) :

- Appliquer ce régime à 10 jours de congés ainsi concernés
- Jusqu'au 31.12.2020

Art. 3 : Il s'agit maintenant des conventions de forfait prévues de l'art. L.3121-53 à L.3121-66 CT que ce soit les conventions de forfaits en heures et forfaits en jours.

« *Lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie* » annonce l'article 3 dès son ouverture, il convient là d'apprécier la généralité de la formulation qui laisse quasiment champ libre à l'employeur mais plus intéressant « *eu égard aux difficultés économiques liées à la propagation du covid* » la rédaction est ainsi suffisamment précise pour pouvoir exiger un lien évident entre l'intérêt de l'entreprise mis à mal et la propagation du covid créant ainsi des difficultés économiques. Il faudra donc toujours analyser les décisions de l'employeur par rapport à cette exigence.

L'employeur peut déroger aux conventions de forfait qui le lie à ses salariés. Et plus particulièrement déroger à l'article L.3121-64 CT (« *notamment* ») surabondance de précision puisque cet article est inclus dans les dispositions législatives référencées plus haut, c'est dire comme l'exécutif a voulu régler son compte à cet article qui ne précise pas moins les garanties individuelles au bénéfice du salarié lié par une convention de forfait (évaluation et suivi de la charge de travail par l'employeur, articulation travail/vie personnelle, droit à la déconnexion, garanties aux repos quotidiens et hebdomadaires, aux congés par ailleurs malmenés comme on l'a vu et comme on continuera à le voir)

Les garanties laissées aux salariés :

- Application de ce régime à 10 jours de congés
- Délai de prévenance généreux d'1 jour franc
- Jusqu'au 31.12.2020

Art. 4 : le compte épargne temps

Toujours dans l'intérêt de l'entreprise *eu égard* à la propagation de l'épidémie...
L'employeur peut déroger à des dispositions d'ordre public et conventionnelles (accords collectifs d'établissement, d'entreprise, de branche) relatives au dispositif du CET (L.3151-1 s. CT) pour utiliser unilatéralement le CET du salarié afin de le mettre en congés.

Les garanties laissées aux salariés :

- Application de ce régime à 10 jours de congés
- Délai de prévenance généreux d'1 jour franc
- Jusqu'au 31.12.2020

2- Partie durées du travail et repos dominical

La même ordonnance prévoit la possibilité de **DEROGATIONS A LA DUREE DU TRAVAIL avec une limite fixée au 31 décembre 2020, date à laquelle l'état d'urgence peut être repoussé.**

- La durée quotidienne maximale de travail de 10 heures (L. 3121-18 du CT) peut être portée jusqu'à 12 heures ;

- La durée hebdomadaire maximale de 48 heures (L. 3121-20 du CT) peut être portée jusqu'à 60 heures ;
- La durée hebdomadaire de travail moyenne maximale de 44 heures sur 12 semaines (L. 3121-22 du CT) [ou 12 mois pour les exploitations et entreprises agricoles (L. 722-1 et 20 du CRPM)] peut être portée jusqu'à 48 heures (*hors crise sanitaire, la limite était de 46h*) ;
- La durée minimale du repos quotidien de 11 heures (L. 3131-1 du CT) peut être réduite jusqu'à 9 heures consécutives, (sous réserve de l'attribution d'un repos compensateur égal à la durée du repos) ;
- Concernant le travail de nuit :
 - . La durée quotidienne maximale de travail des travailleurs de nuit fixée à 8 heures (L. 3122-6 du CT) peut être portée jusqu'à 12 heures, sous réserve de l'attribution d'un repos compensateur égal au dépassement ;
 - . La durée hebdomadaire de travail du travailleur de nuit calculée sur 12 semaines consécutives (L. 3122-7 du CT) peut être portée jusqu'à 44 heures ;
- Le repos dominical peut être remplacé par l'octroi du repos hebdomadaire par roulement, (Y compris dans les départements soumis au droit local Alsace-Moselle). *Les secteurs concernés par cette dérogation seront déterminés par décret*. Cette dérogation s'applique également aux entreprises qui assurent des prestations aux entreprises des secteurs précités et qui sont nécessaires à l'accomplissement de l'activité principale de ces entreprises.*

Qui peut mettre en œuvre ces dérogations ?

Les entreprises relevant de « secteurs d'activités particulièrement nécessaires à la sécurité de la Nation et à la continuité de la vie économique et sociale », déterminés par **décret** * (à paraître).

Selon le ministère du Travail, il pourra s'agir, notamment de l'énergie, des télécommunications, de la logistique, des transports, de l'agriculture et de l'agroalimentaire.

*Un autre décret *annoncé précisera, pour chaque secteur, les dérogations effectivement admises parmi celles prévues par ordonnance.*

Comment ?

L'application de ces dérogations ne nécessite ni la conclusion d'un accord collectif ni une autorisation de l'inspection du travail. Elles peuvent donc être appliquées unilatéralement par la direction. Elles se substituent automatiquement aux durées maximales imposées par des dispositions conventionnelles existantes. Avec information sans délai, par tout moyen, aux représentants du personnel au CSE ainsi qu'à la DIRECCTE.

Remarques :

1. *Les entreprises ne relevant pas des secteurs d'activités auxquels s'appliquent ces mesures exceptionnelles peuvent, pour leur part, solliciter les dérogations habituelles prévues par les articles L. 3121-18, L. 3121-21 et s. , L. 3122-6, L. 3131-1, L. 3132-20 du CT (durée maximale hebdomadaire ; durée maximale journalière ; travail de nuit ; repos quotidien ; repos dominical).*
2. *Concernant les heures supplémentaires : L'augmentation des durées de travail et la réduction du repos journalier s'accompagneront inévitablement d'un plus grand nombre d'heures de travail effectuées au-delà de 35 heures par les salariés « mobilisés ». Ces dernières restent des heures supplémentaires avec toutes les conséquences de droit qui en découlent ! (Majorations, RC)*

Si leur nombre dépasse le contingent annuel, elles devront donner lieu non seulement à une majoration de salaire, mais également à un repos compensateur obligatoire. SAUF si le contingent annule était augmenté par accord d'entreprise ou de branche.

Le contingent réglementaire, applicable à défaut de disposition conventionnelle, n'a pas été augmenté à ce jour (Il est fixé à 220 heures par an - [D.3121-24 CT](#)) : les heures supplémentaires sont donc forcément limitées dans le temps dans ces conditions...

Quelques réflexions :

L'ordonnance est muette quant aux jours de congés supplémentaires d'origine conventionnelle. On en déduit donc que l'employeur doit toujours respecter les dispositions conventionnelles.

L'ordonnance est muette quant aux jours institués par les usages d'entreprise mais on connaît la fragilité juridique d'un usage...

On peut retenir que l'ordonnance maintient les droits à congés du salarié mais que l'employeur peut les utiliser à sa convenance, les poser, les modifier quasi sans délai (1 jour franc) y compris pour les droits épargnés sur un CET.

Le salarié ne conserve plus d'autres garanties, ses congés deviennent un outil de gestion du personnel au profit de l'employeur et au profit de l'Etat qui entend économiser d'autant sur le dispositif d'activité partielle.

Pourvu que cela ne dure pas... (31.12.20) que les jours à disposition de l'employeur n'augmentent pas (6 et 10 jours)

Comment empêcher les abus quand la désorganisation de l'administration du travail rend l'inspection du travail impuissante ? Que les tribunaux ne fonctionnent plus ou presque ? Sauf par la voie du Référé.

Comment empêcher les abus quand une autre ordonnance sur les IRP limite les droits à consultation des CSE et nous allons aborder ici l'ordonnance n° 2020-389 du 1^{er} avril 2020 portant mesures d'urgence relatives aux IRP qui modifie substantiellement les conditions de consultation du CSE/CSEC.

En préalable, il sera utile d'attirer votre attention sur le rapport de présentation de l'ordonnance n° 2020-389 du 1^{er} avril 2020 par la ministre du travail au président de la république qui insiste sur les points suivants :

1. Il est nécessaire d'assurer la continuité du fonctionnement des instances *notamment* la consultation sur les décisions de l'employeur induites par la crise sanitaire.
2. Ces dispositions dérogatoires et temporaires n'auront d'existence légale que jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire.

Il faudra donc garder à l'esprit ces précisions lorsque nous serons dans des situations d'entrave au CSE même avec les restrictions apportées à la consultation des élus du personnel et il ne faudra pas oublier que ces dérogations, de droit, sont induites par la crise sanitaire lorsque l'employeur tentera par effet d'aubaine d'imposer des décisions qui manifestement sont étrangères avec cette crise.

Analysons maintenant le contenu de cette ordonnance du 1^{er} avril sur les IRP.

Pas d'analyse sur le report des élections ici hors sujet mais une lecture de son article 7 qui modifie déjà l'ordonnance sur les congés/repos/temps de travail.

En effet, cet article modifie substantiellement les conditions de consultation du CSE en cas de dérogations unilatérales portant sur les JRTT, repos et temps de travail.

L'article 1^{er} de l'ordonnance sur les congés (6 jours) n'est pas concerné puisqu'il prévoit un accord d'entreprise, on se situe donc là dans le registre de la négociation avec des délégués syndicaux. Le CSE n'est pas concerné sauf cas exceptionnel d'absence de délégués syndicaux ou remplacement du CSE par un conseil d'entreprise que Solidaires proscrit par ailleurs.

Par contre, le reste des dérogations prévues aux articles 2-3-4-5-6-7 de l'ordonnance n° 2020-323 prévoit une consultation en 2 temps, une information concomitante à la mise en œuvre des mesures « *sans délai et par tout moyen* » suivie dans le mois par un avis du CSE.

Les moyens de consultations du CSE sont également modifiés :

Les échanges doivent se faire par visioconférence ou téléconférence voire messagerie instantanée si impossibilité de faire autrement OU si accord d'entreprise ! On proscrit évidemment ce type d'accord de fonctionnement du CSE. Et ce, pour toutes les réunions au lieu des 3 autorisées avant.

Le code du travail aborde déjà les modalités de la consultation du CSE à distance par ses articles [L.2315-4 CT](#) et [D.2315-1 et suivant](#) sur la visioconférence. [Le décret n° 2020-419 du 10 avril 2020 portant sur la consultation des IRP pendant la période de l'état d'urgence sanitaire](#) (art. 3) apporte des précisions techniques à l'ordonnance du 1^{er} avril sur la consultation du CSE :

- Modalités de consultation du CSE en téléconférence et par messagerie instantanée identiques à celles concernant la consultation en visioconférence y compris pour les « dispositifs » de vote à distance qui devront respecter l'anonymat lorsque le vote à bulletins secrets est requis.
- Convocation de l'instance de droit commun.
- Continuité de la transmission des délibérations doit être garantie.
- Suspensions de séances doivent pouvoir continuer à se faire.

Tout tracer et conserver pour faire reconnaître la situation d'entrave plus tard auprès de l'IT et/ou du tribunal, d'où la mauvaise idée de recourir à un CSE par messagerie instantanée qui rend la conservation des écrits plus difficile.

Les CSE extraordinaires ne sont pas interdits, ils peuvent toujours être exigés par la majorité de ses membres en application de l'article [L.2315-28 CT](#).

Faire travailler les gens 60 h/semaine, c'est les mettre en danger face à des risques d'AT/trajet, ce qui peut justifier un droit d'alerte ([L.2312-60 CT](#)) ou un CSE extraordinaire pour un sujet relevant de la santé au travail suite à la demande motivée de deux de ses membres ([L.2315-27 CT](#))

Toujours réagir et écrire à l'employeur pour lui rappeler les limites de ses droits (lien avec l'épidémie obligatoire, limitation du nombre de jours concernés par l'ordonnance, conséquences de droit qui découlent des heures supplémentaires)

Garder un lien avec l'inspection du travail pour attirer l'attention sur les abus de droit et les illégalités.

Informers les salariés des limites fixées au pouvoir patronal pour leur rappeler leurs droits, les limites au pouvoir patronal, le CdPH qui pourra toujours être sollicité bien après et met l'employeur dans une relative insécurité en cas d'agissements illégaux.

Mettre à l'OdJ des CSE les points relatifs à la durée du travail, à la prise des congés et veiller à consigner les débats dans les procès-verbaux.