

# Pandémie grippale : un risque certain, à terme incertain

## 2<sup>e</sup> partie : élaborer le Plan de continuité

Après avoir expliqué, le mois dernier, comment et pourquoi anticiper la perspective d'une pandémie grippale, *Eric Pouliquen* indique, ce mois-ci, quelle attitude adopter quand elle se déclenche et comment notamment assurer la poursuite de l'exploitation de l'entreprise.

Compte tenu des difficultés économiques qu'entraînera une pandémie grippale, la seule prise en compte de ce risque, dans le document unique et à travers un programme annuel de prévention adapté, ne sera le plus souvent pas suffisante pour assurer la continuité de l'exploitation de l'entreprise lorsque surviendra l'épisode pandémique.

C'est la raison pour laquelle, le Ministère du travail entend inciter le plus grand nombre d'entreprises à élaborer un Plan de continuité.

En dehors du secteur des entreprises d'importance stratégique, où l'existence de ce plan est rendue obligatoire par des injonctions spécifiques, pour la grande majorité des entreprises, aucune obligation de ce type n'est imposée.

La circulaire DRT du 18 décembre 2007 détaille dans ses annexes les questions de gestion des ressources humaines et de droit du travail que soulève la pandémie grippale pour l'entreprise. Leur lecture met en évidence que le droit du travail contemporain, déjà complexe pour les entreprises françaises en période ordinaire,

constituera un frein important à l'adaptation rapide des entreprises à un environnement fortement dégradé, dans le contexte d'une crise sanitaire d'une telle ampleur.

Or, et on l'aura deviné, il est de l'intérêt bien compris des entreprises et de l'Etat de se préparer du mieux possible à la perspective de la pandémie grippale afin d'éviter une crise économique majeure.

En outre, dans une économie par essence mondialisée, il est probable qu'un nombre important d'Etats n'aura pas les mêmes questionnements lorsqu'il s'agira d'imposer aux salariés de travailler malgré la pandémie, afin de sauvegarder les économies nationales.

Il existe sans doute un point d'inflexion propre à notre culture française et à notre économie qui permettrait d'adapter temporairement la législation du travail à une situation de crise d'ampleur exceptionnelle comme une pandémie grippale. Cette réflexion ressort à tout le moins de la compétence des partenaires sociaux, qui pourraient négocier un accord national interprofessionnel sur le sujet, ainsi bien entendu que de celle du législateur. Tel n'est pas aujourd'hui le cas de notre droit positif. ■ ■ ■

Créé en 2008, le cabinet d'avocats *Willway&Associés* est issu du regroupement des cabinets *Willway* et *Axelroude*. *Willway&Associés* exerce les activités de conseil et de contentieux en droit social. Le cabinet développe le concept de « *service RH complet aux entreprises* » grâce à un travail en réseau et à l'appui de prestataires extérieurs qui lui sont complémentaires.

9, boulevard Saint-Michel  
75005 Paris  
Tél. : 01 53 30 26 62  
Fax : 01 53 30 26 63

[epouliquen@willway-associes.com](mailto:epouliquen@willway-associes.com)



Par Maître Eric Pouliquen  
Avocat associé  
*Willway&Associés*

## Nature du Plan de continuité

L'établissement d'un Plan de continuité présente des caractéristiques notoires :

- il s'agit d'un « *Plan de restructuration à durée limitée* » ;
- son élaboration va devoir faire face à l'incrédulité des acteurs ;
- l'entreprise doit prendre en compte son environnement extérieur.

### « Plan de restructuration à durée limitée »

Contrairement à ce que pourrait laisser penser la lecture rapide de la circulaire, le Plan de continuité des activités n'est pas un plan d'hygiène et de sécurité renforcé et adapté à une situation pandémique.

A cet égard, la plupart des plans de crise existant actuellement dans les entreprises sont des plans « classiques », anticipant des « crises courtes », après la survenance d'un accident technologique (explosion, incendie...) ou bien encore un risque environnemental (tempête, canicule...), nécessitant essentiellement des actions de sécurité renforcées, à l'instar des plans élaborés par les services de la Sécurité civile.

Si ce volet reste bien entendu indispensable dans un Plan de sécurité anticipant la survenance de la pandémie grippale <sup>(1)</sup>, il s'agira dans cette hypothèse d'une « crise longue », dans laquelle il faudra également prévoir la continuité de l'activité économique de l'entreprise le plus longtemps possible, afin d'éviter que celle-ci ne disparaisse purement et simplement, et cela est d'une toute autre nature. Le Plan de continuité devra donc impliquer directement la Direction des ressources humaines et non plus seulement la Direction de la sécurité.

En effet, et ainsi que nous l'avons indiqué, l'entreprise doit s'attendre à vivre, au-delà des deux mois et demi de durée possible de la pandémie, une période de turbulences qui pourrait être d'au moins six mois, à la fois en amont et en aval de l'épisode pandémique proprement dit, se manifestant lui-même par plusieurs pics d'activité. Il est donc demandé aux entreprises de préparer un plan de restructuration, de la même façon qu'elles sont amenées périodiquement à se réorganiser pour s'adapter à la pression de leur environnement économique.

Ce faisant, il s'agit pour les entreprises d'envisager une réorganisation d'un type nouveau : « *la restructuration à durée limitée* ».

La mise en place de ce Plan de continuité dans les entreprises va toutefois se heurter à deux freins majeurs :

- d'une part, il va être difficile pour les Directions des ressources humaines, comme d'ailleurs pour l'ensemble des fonctions de l'entreprise, d'appréhender un risque sanitaire. Autant la perception d'un risque économique est l'objet d'une culture commune à l'ensemble des cadres de l'entreprise, quelles que soient leur formation d'origine et leur activité, autant les problématiques sanitaires liées à la survenance d'une pandémie sont étrangères à la culture de la plupart des entreprises, à l'exception du secteur de la santé. Un travail important de mise à niveau technique de l'ensemble des acteurs sera donc nécessaire qui retardera d'autant l'élaboration de ce Plan ;
- d'autre part, la réalisation d'un Plan de continuité risque de ne pas être la « priorité » des entreprises et, à cet égard, les Directions des ressources humaines sont d'ores et déjà occupées, au-delà de leur quotidien, à de nombreux « chantiers » qui résultent des évolutions législatives et jurisprudentielles de ces dernières années (GPEC, renégociation des accords

(1) « Risques et catastrophes : comment éviter et prévenir les crises ? », Gilbert Boutté, Editions du Papyrus, Sept. 2006.

35 heures, égalité salariale, non-discrimination, emploi des seniors, renégociation des rémunérations et de leurs périphériques, nouveau Code du travail...).

Le temps disponible dans une entreprise n'étant pas infini et les tâches étant multiples, il pourrait être utile que soient mutualisées les connaissances et surtout les retours d'expérience, non seulement comme c'est actuellement le cas sur les aspects sanitaires de la pandémie grippale, mais également sur l'approche méthodologique d'élaboration des Plans de continuité par les différents acteurs, et les questions que cette élaboration soulève.

Cette mutualisation des savoirs et des expériences pourrait permettre aux entreprises de disposer d'outils pratiques, de nature à faciliter leur travail et à leur faire gagner un temps précieux, à l'image du site internet créé par le Gouvernement du Québec qui propose aux entreprises une approche méthodologique pour la mise en œuvre de la loi sur l'Équité salariale, entrée en vigueur au Québec en 2000, et qui établit un point actualisé des difficultés rencontrées dans sa mise en œuvre <sup>(2)</sup>.

### Prise de conscience

La seconde particularité de ce plan, et partant, la seconde difficulté dans l'établissement de celui-ci, tient dans notre incrédulité collective à réaliser que l'inimaginable (la survenue d'une catastrophe sanitaire majeure) peut se produire, et de comprendre que ce risque sanitaire, lorsqu'il surviendra, va effectivement perturber gravement l'activité économique des entreprises, s'il est de l'importance annoncée.

En effet, lorsqu'une entreprise se réorganise sous la pression de son environnement concurrentiel, l'ensemble des acteurs participant à la réorganisation prend rapidement conscience que celle-ci, même s'ils ne la souhaitent pas, a un caractère fortement inéluctable.

Il en va tout autrement pour l'établissement du Plan de continuité visant la survenue d'une pandémie grippale : le frein majeur, tant pour la réalisation de ce plan, que pour la validation de son réalisme, tient dans notre difficulté à concevoir l'impensable et à nous convaincre que l'improbable va bientôt survenir. Cette incrédulité pourra d'ailleurs longtemps subsister, dans la mesure où la pandémie grippale risque de se déployer de façon progressive et disparate sur le territoire et non pas nécessairement de façon cataclysmique, rendant les prises de conscience et partant les actions de prévention, plus difficiles et plus lentes.

Dans un tel contexte, l'impulsion destinée à établir un Plan de continuité doit nécessairement être donnée par la direction générale de l'entreprise, après qu'une sensibilisation forte, d'ores et déjà en cours, soit faite en ce sens par les Pouvoirs publics, afin de faire prendre conscience aux acteurs privés de l'existence et de la réalité de la menace.

Si la Direction des ressources humaines et la Direction de la sécurité sont impliquées en premier lieu dans l'élaboration de ce plan, à ce « noyau dur » doivent s'adjoindre les autres directions de l'entreprise qui doivent imaginer les conséquences probables de la pandémie dans le fonctionnement de leurs départements respectifs et dans l'activité économique de l'entreprise. La Direction administrative et financière de l'entreprise doit, pour sa part, procéder au chiffrage du coût de préparation et de fonctionnement du Plan, et à l'évaluation des conséquences probables de la pandémie sur les équilibres financiers de l'entreprise.

### Environnement extérieur à l'entreprise

La troisième difficulté, dans l'établissement du Plan, tient dans l'évaluation des capaci- ■ ■ ■

(2) Commission de l'Équité salariale, Québec ([www.ces.gouv.qc.ca](http://www.ces.gouv.qc.ca)).

tés d'adaptation à la pandémie des opérateurs avec lesquels l'entreprise interagit quotidiennement, qu'il s'agisse des fournisseurs, des sous-traitants, des prestataires de services, ou des clients. Ces derniers vont être également affectés par la pandémie grippale, et ils vont plus ou moins bien s'y préparer. Dans ce contexte particulier, les prévisions économiques établies dans le Plan, par les services financiers de l'entreprise, sont nécessairement soumises à un aléa renforcé.

A cet égard, le Plan de continuité concerne toutes les entreprises, sans distinction de taille, ni d'activité, tant il est vrai que dans un système économique complexe, caractérisé par la grande interdépendance de ses différents opérateurs et par le grand nombre des activités externalisées ou sous-traitées, la défaillance d'un opérateur, sous-traitant ou prestataire, quelle que soit sa taille, est de nature à compromettre l'activité du donneur d'ordre, et partant, de compromettre des pans entiers de l'économie nationale.

Dans ce contexte, les branches professionnelles sont invitées à accompagner les très petites entreprises (TPE) dans cette démarche, lesquelles peuvent également se rapprocher de l'ANACT<sup>(3)</sup>.

Cette problématique n'est pas la moindre, lorsque l'on sait par exemple que les entreprises ou les groupes d'importance nationale ou internationale installés en France peuvent compter plus de 10 000 fournisseurs ou prestataires différents, dont un certain nombre établis à l'étranger.

### **Orientations générales du Plan de continuité**

Le Plan de continuité se doit :

- de formaliser, le plus en amont possible, l'ensemble des mesures internes qui doivent être prises par l'entreprise lors de la pandémie grippale ;

- d'associer les représentants du personnel ou, à défaut, une représentation des salariés, à son élaboration ;
- d'actualiser régulièrement le Plan, en fonction de l'évolution de la situation qui sera indiquée par les autorités publiques ;
- d'utiliser, nécessairement mais pas exclusivement, les relais que sont les institutions représentatives du personnel, avant et pendant la période de pandémie.

### **Contenu du Plan de continuité**

Si la circulaire renvoie très généralement au Plan grippe aviaire, disponible sur internet<sup>(4)</sup>, elle revient toutefois sur les éléments qui ressortent du domaine du droit du travail et plus largement sur des problématiques de gestion du personnel qui y sont associées, à savoir :

- **définir l'organisation du travail en fonction des conséquences sur les effectifs du risque pandémique.**

Cette organisation implique d'établir plusieurs scénarii d'activité réalistes (absentéisme, pertes de commandes, surcroît d'activité...). Si l'une des hypothèses retenues est celle d'un tiers des salariés encore au travail, il faut bien constater que la tâche n'est pas simple ;

- **préparer la liste des postes et des fonctions indispensables au fonctionnement de l'entreprise, des polyvalences possibles et des solutions de travail à distance qui seront envisageables.**

La circulaire précise à cet égard qu'en cas de pandémie grippale, les mesures prises par les autorités publiques et l'application des recommandations de la circulaire seront susceptibles d'imposer aux employeurs et aux salariés des « contraintes particulières ».

Reste que si les pouvoirs publics envisagent de prendre des mesures d'exception telles que la réquisition lors de la survenue de la pan-

(3) [www.anact.fr](http://www.anact.fr). (4) [www.grippeaviaire.gouv.fr](http://www.grippeaviaire.gouv.fr).

démie grippale, il serait souhaitable que les entreprises et leurs salariés en soient préalablement informés, afin que ces mesures puissent être directement intégrées dans le Plan de continuité ;

– **anticiper les dispositions d'aménagement du temps de travail.**

L'entreprise se doit d'identifier par anticipation, afin de les préparer, l'ensemble des modalités d'aménagement du temps de travail envisageables dans une telle situation (recours au contingent d'heures supplémentaires, horaires décalés, dérogation à la durée maximale du travail) ;

– **identifier les perturbations liées aux relations clients / fournisseurs.**

Les entreprises sont invitées à anticiper les mesures qui permettront de préserver au mieux les relations clients / fournisseurs et notamment les capacités d'approvisionnement, au besoin par la collaboration interentreprises ;

– **prévoir des mesures de prévention sanitaire et d'accompagnement social.**

Les entreprises se doivent de prendre les mesures de prévention sanitaire, individuelles et collectives, appropriées et notamment de procéder à l'acquisition préventive de masques de protection. Il s'agit également de réfléchir aux mesures susceptibles de limiter l'absentéisme, et en particulier l'absentéisme contraint, d'envisager des modalités alternatives pour pallier les perturbations des transports en commun, de restauration collective, de déterminer les conditions d'accueil, de protection et de circulation des personnes, qui sont amenées à accéder à l'entreprise.

Il s'agit également d'envisager la situation des salariés expatriés ou celles des salariés qui voyagent fréquemment à l'étranger ;

**Procéder à des exercices de simulation, afin de vérifier la pertinence du Plan.**

Il doit s'agir de valider l'applicabilité des mesures envisagées par des exercices de simulation de crise afin de renforcer l'assimilation des consignes par les salariés et d'adapter, si nécessaire, le Plan de continuité.

## Principales questions soulevées en droit du travail

### Exercice du droit de retrait par les salariés

En cas de pandémie grippale, les salariés pourront-ils faire valoir leur droit de retrait, considérant que leur santé n'est plus protégée sur leur lieu de travail ?

Le Ministère du travail considère que l'exercice du droit de retrait par un salarié ne pourra être exercé que de manière exceptionnelle, dès lors que l'employeur aura mis en œuvre les mesures de prévention et de protection adéquates.

Pour leur part, les entreprises prennent très au sérieux le risque de voir leurs salariés exercer massivement leur droit de retrait. Nous ne partageons pas non plus l'optimisme du Ministère du travail sur cette question compte tenu de la rédaction de l'article L. 4131-1 du Code du travail et de l'appréciation extensive qu'en font les tribunaux.

En matière de droit de retrait, l'article L. 4131-1 du Code du travail précise en effet que :

« *Le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection.* »

Par ailleurs, l'article L. 4132-1 du même Code précise que :



(5) Cass. soc., 9 déc. 2003, n° 02-47.579.

« Le droit de retrait est exercé de telle manière qu'il ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de risque grave et imminent ».

La jurisprudence a précisé que le droit de retrait est facultatif et qu'il ne constitue pas pour le salarié une obligation<sup>(5)</sup>. L'exercice de ce droit de retrait peut être individuel ou collectif.

La cause du danger n'est pas nécessairement extérieure au salarié et son état de santé peut justifier l'exercice de son droit de retrait, si celui-ci fait courir au salarié un danger à son poste de travail<sup>(6)</sup>.

Par ailleurs, la réalité du danger n'a pas à être démontrée, il suffit que le salarié prouve qu'il avait un « motif raisonnable » de penser que celui-ci existait, une erreur d'appréciation du salarié en la matière n'étant pas nécessairement fautive. L'appréciation du « motif raisonnable » est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>(7)</sup>.

A cet égard, le danger doit se situer au-delà du risque attaché à l'exercice normal d'un travail qui peut impliquer, en soi, certaines servitudes<sup>(8)</sup>.

En revanche, le salarié ne peut pas exercer son droit de retrait si celui-ci crée pour autrui une situation de risque grave et imminent<sup>(9)</sup>. S'il le fait néanmoins, le salarié peut engager sa responsabilité professionnelle (non-respect des principes déontologiques pour les professionnels de la santé, par exemple) ou bien encore sa responsabilité pénale (délit de non-assistance à personne en danger)<sup>(10)</sup>.

La question du droit de retrait est donc un sujet particulièrement délicat qui devra avoir été débattu avant la survenance du risque pandémique dans les entreprises. Des indications utiles sont fournies sur cette question dans la charte du Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels.

Si les conditions d'exercice du droit de retrait sont remplies, l'employeur ne peut pas demander au salarié de reprendre son travail, il ne peut pas non plus le sanctionner et il doit lui maintenir son salaire<sup>(11)</sup>.

Le virus de la pandémie grippale étant par nature mortel, les juges vont-ils considérer qu'un salarié sera, en tout état de cause, fondé à considérer que sa vie est en danger par le simple fait d'aller au travail et de côtoyer son environnement professionnel ? Et que dire si l'un des collègues du salarié est atteint par la maladie, ou bien encore si une campagne de presse affirme que les masques de protection sont inefficaces ?

La bonne volonté de l'employeur ne suffira donc pas, en cas de survenue d'un épisode pandémique, à pallier le risque d'une paralysie de l'économie. Encore faudra-t-il que les salariés acceptent de se mobiliser<sup>(12)</sup>, malgré le risque encouru de contracter la maladie, sachant qu'il n'est pas certain que ce risque soit nécessairement moins élevé s'ils restent à leur domicile.

Ces questions renvoient à d'autres interrogations à caractère plus général et plus fondamental. Quelles vont être les réactions individuelles et collectives de nos sociétés occidentales face au retour des grandes épidémies<sup>(13)</sup> ?

Au-delà de la problématique juridique, restent les aspects humains qui se doivent d'être anticipés. Il y aura de toute façon un certain nombre de salariés qui ne pourront pas se rendre à leur travail. Non pas qu'ils ne le voudront pas, mais ils ne le pourront pas, soit qu'ils devront rester soigner des proches, soit qu'ils seront eux-mêmes malades, soit qu'ils n'auront aucun moyen de transport pour se rendre sur leur lieu de travail.

(6) Cass. soc., 20 mars 1996, n° 93-40.111. (7) Cass. soc., 23 avr. 2003, n° 01-44.806. (8) « Retrait d'une situation de travail », Yves Chauvy, RJS mai 1996, n° 554, p. 319. (9) C. trav., art. L. 4132-1. (10) C. pén., art. 223-6. (11) C. trav., art. L. 4131-3. (12) Fiche technique G2 du Plan national de prévention et de lutte « Pandémie Grippale », [www.grippeaviaire.gouv.fr](http://www.grippeaviaire.gouv.fr). (13) « Les crises sanitaires de grande ampleur : un nouveau défi ? », op. cit.

La circulaire DGT du 18 décembre 2007 invite les employeurs à organiser leur entreprise en tenant compte d'un effectif réduit, voire fortement réduit, et à aménager les conditions d'accueil et d'hébergement des salariés sur leur lieu de travail, lorsque cela est possible. A supposer la question du droit de retrait résolue par un texte législatif, il reste en tout état de cause à l'entreprise à fixer dans le Plan de continuité, les règles de nature à permettre, sans discrimination, à certains salariés de ne pas travailler, à discuter de la question tout aussi délicate du paiement de tout ou partie de la rémunération des salariés absents et de la rémunération, éventuellement majorée pour cause d'heures supplémentaires ou de contraintes supplémentaires, des salariés présents.

Il reste par ailleurs aux pouvoirs publics à définir, dans ces circonstances par nature exceptionnelles, à quelles conditions les entreprises pourront être éligibles aux dispositions relatives au chômage partiel <sup>(14)</sup>.

Enfin, nous ne pensons pas que les entreprises seront, dans la grande majorité des cas, fondées à invoquer le cas de force majeure en cas de pandémie grippale pour rompre sans indemnisation les contrats de travail des salariés <sup>(15)</sup>.

En effet, en matière de force majeure, la jurisprudence est particulièrement restrictive, puisqu'elle impose la survenue d'un fait irrésistible, c'est-à-dire inévitable, insurmontable dans ses conséquences et imprévisible <sup>(16)</sup>. La

pandémie grippale ne devrait donc pas pouvoir être qualifiée, dans la plupart des situations, de « *cas de force majeure* », puisqu'elle présente un certain degré de prévisibilité et qu'il est d'ores et déjà demandé aux entreprises de s'y préparer.

La question de la force majeure, comme cause exonératoire de responsabilité, se trouvera également posée lorsque sera engagée la responsabilité pénale de l'employeur ou de ses délégués, notamment en matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle <sup>(17)</sup>.

## Modifications apportées au travail des salariés

En cas de survenue d'une pandémie grippale, et compte tenu de la pénurie de main-d'œuvre qui existera dans l'entreprise, une partie des salariés pourra être amenée à voir ses conditions de travail ou son contrat de travail modifiés.

### Modification des conditions de travail

A l'exception des représentants du personnel, les salariés « *non protégés* » ne peuvent pas refuser la modification de leurs conditions de travail <sup>(18)</sup>.

A l'inverse, et en application d'une jurisprudence constante, aucune modification de ses conditions de travail, dès lors selon nous qu'elle affecte l'exercice de son mandat ne peut être imposée à un salarié protégé et il appartient à l'employeur d'engager la procédure de licenciement en cas de refus ■ ■ ■

<sup>(14)</sup> C. trav., art. L. 5122-1. <sup>(15)</sup> « La crise du Golfe était contemporaine de la signature du contrat de travail, ce dont il résultait que son incidence sur l'exécution de celui-ci n'était pas imprévisible, d'autre part, que l'événement avait pu être surmonté par l'employeur, fut-ce au prix d'une fermeture temporaire de l'établissement puis d'un ralentissement de l'activité, ce dont il se déduisait qu'il n'était pas irrésistible », Cass. soc., 10 déc. 1996, n° 93-44.887.

<sup>(16)</sup> Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 04-18.902. <sup>(17)</sup> A titre d'illustration : « Encourt la cassation l'arrêt de la Cour d'appel qui, pour relaxer le directeur des travaux d'une entreprise, titulaire d'une délégation de pouvoirs, du chef d'homicide et blessures involontaires, retient que le facteur déterminant de la chute de la grue appartenant à cette entreprise a été la force exceptionnelle du vent... sans rechercher si la tempête présentait pour le prévenu le caractère de la force majeure, et si, en l'absence d'une telle cause d'exonération, une faute d'imprudence ne résultait pas de l'omission d'avertir du danger les autres intervenants sur le chantier, indépendamment du pouvoir d'en ordonner l'évacuation », (Cass. crim. 8 oct. 1996, n° 95-81.302). <sup>(18)</sup> « Une cour d'appel ayant relevé que les tâches supplémentaires ponctuelles demandées au salarié pour pallier la compression des effectifs correspondaient à sa qualification et constituaient une simple modification de ses conditions de travail que l'employeur pouvait imposer dans le cadre de son pouvoir de direction, en déduit exactement que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié devait s'analyser en une démission », (Cass. soc., 7 févr. 2007, n° 05-43.680).

par le salarié protégé de cette modification de ses conditions de travail <sup>(19)</sup>. Il nous semble cependant qu'en cas de survenue d'un épisode pandémique, les salariés protégés seront mal venus à refuser la modification de leurs conditions de travail.

### *Modification du contrat de travail*

En cas de pandémie grippale, la circulaire DGT du 18 décembre 2007 considère que les modifications apportées aux contrats de travail seront directement liées aux difficultés économiques que rencontrera l'entreprise, et qu'elles entreront dans le champ de l'application de l'article L. 1222-6 du Code du travail. Ce texte n'établit pas, en l'état actuel de sa rédaction, de distinction entre une modification définitive du contrat de travail et une situation de modification temporaire (celle-ci pouvant tout de même durer six mois, voire plus, dans le cas d'une pandémie grippale).

L'employeur qui entend modifier le contrat de travail d'un salarié pour raisons économiques, doit le lui proposer par courrier recommandé AR. Le salarié dispose alors d'un délai d'un mois, pour indiquer s'il entend ou non accepter les modifications proposées. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté les modifications proposées. En cas de refus de la part du salarié, l'employeur ne peut pas lui imposer ces modifications.

Ce texte est d'application particulièrement lourde et ne nous semble pas adapté à une telle situation de crise. Comment imaginer qu'une entreprise puisse attendre un mois dans de telles circonstances, avant de mettre en place des modifications contractuelles rendues nécessaires par l'urgence de la situation ?

Sur ce point, il faut souhaiter que la jurisprudence de la Cour de cassation, relative à la mise

en chômage partiel des salariés en cas de difficultés économiques de l'employeur, trouve un nouveau champ d'application. En effet, selon cette jurisprudence, la procédure de mise en chômage partiel, se présentant comme une mesure provisoire, liée à la conjoncture du moment, et susceptible de révision, ne peut pas être refusée par le salarié et ne constitue pas une modification de son contrat <sup>(20)</sup>.

Il serait souhaitable que cette question soit clarifiée, dans la perspective de la survenue d'une pandémie grippale.

En tout état de cause, les modifications envisagées au contrat de travail, et partant l'organisation de la polyvalence des salariés, vont devoir chaque fois que cela sera possible, être anticipées et discutées en amont, lors de l'établissement du Plan de continuité.

### **Organisation du travail à distance**

En cas de pandémie grippale, l'organisation du travail à distance, de tout ou partie des salariés, selon les activités de l'entreprise, est une piste qui mérite d'être explorée ainsi que l'y invite le Ministère du travail. Elle suppose néanmoins que l'employeur recueille l'accord individuel de chaque salarié concerné.

Cela étant, la mise en place d'une solution de télétravail risque, dans nombre de cas, de nécessiter la réorganisation logistique de l'entreprise dont la difficulté technique et le coût financier ne doivent pas être sous-estimés. Elle suppose souvent le développement de nouveaux moyens informatiques ou l'adaptation des moyens existants. Elle entraîne, par ailleurs, le risque pour l'entreprise de dissémination d'informations économiques et/ou technologiques, en dehors du périmètre sécurisé de l'entreprise, dans des lieux par hypothèse

<sup>(19)</sup> Cass. soc., 26 oct. 2005, n° 03-46.728. <sup>(20)</sup> Cass. soc., 10 oct. 1995, n° 91-45.433 ; Cass. soc., 18 juin 1996, n° 94-44.654 ; Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 96-42.831.

non protégés que sont les domiciles des salariés.

### Question du temps de travail

Dans le contexte d'une pandémie grippale, l'entreprise sera amenée à repenser l'organisation du temps de travail de ses salariés afin de s'adapter à la situation de crise. Il pourra s'agir soit d'un allongement exceptionnel de la durée du travail, soit d'une modification des horaires de travail, soit des deux.

S'il est un domaine particulièrement réglementé, c'est bien celui de la durée du travail. Ce sujet fait d'ailleurs l'objet de longs développements à l'annexe 7 de la circulaire DGT du 18 décembre 2007.

#### *Allongement exceptionnel de la durée du travail*

En cas de circonstances exceptionnelles, en application de l'article L. 3121-35 du Code du travail, certaines entreprises peuvent être autorisées à dépasser, pendant une période limitée, la durée maximale hebdomadaire du travail (48 heures) et à la porter à 60 heures au plus. Il en va de même, pour le dépassement de la durée quotidienne maximale du travail (10 heures) qui peut être autorisé dans des hypothèses très spécifiques. Ces dérogations supposent toutefois la consultation préalable des institutions représentatives du personnel et l'autorisation préalable de l'Inspection du travail.

L'employeur peut par ailleurs, de sa seule initiative, déroger à la règle du repos quotidien de 11 heures consécutives, suspendre le repos hebdomadaire qui est de 24 heures consécuti-

ves au minimum auxquelles s'ajoutent les 11 heures de repos quotidien, ou bien d'augmenter la durée du travail de nuit, qui est en principe limitée à 8 heures, en cas de travaux urgents rendus nécessaires pour organiser des mesures de sauvetage ou pour prévenir des accidents imminents. L'employeur doit en aviser aussitôt l'inspecteur du travail.

Reste à savoir dans quelles situations la pandémie grippale pourra permettre de telles dérogations.

Par ailleurs, il faut bien être conscient que de telles mesures exceptionnelles ne peuvent pas se prolonger trop longtemps, sans altérer la résistance physique ou psychique des salariés, et que, de plus, elles risquent de représenter une charge financière supplémentaire trop importante pour beaucoup d'entreprises qui seront déjà fragilisées par cette situation de crise.

#### *Modification des horaires de travail*

Selon la Cour de cassation, la modification des horaires de travail relève en principe du pouvoir de direction de l'employeur et constitue une simple modification des conditions de travail <sup>(21)</sup>.

Le réaménagement des horaires de travail ne doit toutefois pas être discriminatoire ou abusif.

Le changement des horaires de travail peut cependant être constitutif d'une modification du contrat de travail <sup>(22)</sup> :

– lorsqu'il porte sur un élément de l'horaire de travail que les parties ont considéré comme déterminant lors de la conclusion du contrat de travail ; ■ ■ ■

**(21)** S'agissant d'un changement d'horaire consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restaient identiques, (Cass. soc., 22 févr. 2000, n° 97-44.339) ; « A défaut d'une clause contractuelle expresse excluant le travail du samedi, l'employeur, en demandant aux salariés de travailler ce jour ouvrable, fait usage de son pouvoir de direction », (Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.264). **(22)** « La Cour d'appel, qui a constaté que les salariées travaillaient en cycles de deux semaines [...] a pu décider qu'en leur demandant à l'avenir de travailler chaque semaine cinq jours, avec en outre un service à assurer les samedis et dimanches, l'employeur avait décidé une réorganisation complète de la répartition du travail sur la semaine et ainsi modifié les contrats de travail », (Cass. soc., 10 mai 1999, n° 96-45.652) ; « La Cour d'appel, qui a constaté que la modification proposée, non seulement imposait à la salariée, dont l'horaire de travail avait toujours été réparti du lundi au vendredi, de travailler un samedi entier sur deux, mais encore la privait une semaine sur deux du bénéfice du repos hebdomadaire de deux jours consécutifs, a pu décider qu'il s'agissait d'une modification du contrat de travail et que le refus de la salariée n'était pas fautif », (Cass. soc., 22 oct. 2003, n° 01-42.651).

- lorsqu'il s'accompagne d'une modification de la durée du travail ou de la rémunération contractuelle du salarié ;
- lorsqu'il en résulte un bouleversement complet des horaires de travail du salarié.

En cas de pandémie grippale, il est probable que l'urgence commandera. Bon nombre d'employeurs risquent de passer outre les contraintes légales et se trouveront, de fait, en infraction vis-à-vis de la législation relative à la durée du travail. Plus encore, ils risquent de se heurter au refus des représentants du personnel, voire des salariés, d'accepter les modifications demandées.

De même, il est difficile d'imaginer les entreprises, au plus fort du pic pandémique, avoir le temps de consulter les institutions représentatives du personnel ou demander en temps utile les autorisations nécessaires aux services de l'Inspection du travail lesquels travailleront également en situation extrêmement dégradée et risquent de ne pas être en mesure de répondre aux éventuelles demandes qui leurs seront présentées.

Enfin, il convient de ne pas sous-évaluer le coût économique, pour les entreprises, d'un recours aussi massif et brutal aux heures supplémentaires, lequel pourra être dissuasif, alors même qu'il s'agira pour l'employeur de compenser l'absence au travail d'autres salariés qui devront, le cas échéant, être également rémunérés.

### **Prêt de main-d'œuvre interentreprises à but non lucratif**

En cas de pandémie grippale, la circulaire DGT du 18 décembre 2007 incite les entreprises à mutualiser leurs moyens, en recourant notamment au prêt de main-d'œuvre à but non lucratif.

Si cette piste s'avère assez séduisante, elle peut également connaître rapidement ses limites. Il s'agira en effet, le plus souvent, d'organiser des prêts de main-d'œuvre, entre entreprises du

même secteur d'activité, c'est-à-dire entre entreprises habituellement concurrentes, avec les risques importants que cela peut générer de diffusion d'informations essentielles pour la compétitivité des entreprises concernées, au profit de leurs concurrents.

Par ailleurs, le chef d'entreprise devra également s'assurer que l'entreprise d'accueil a le même niveau d'exigences que sa propre entreprise, en terme d'hygiène et de sécurité, pour la protection des salariés mis à disposition, afin d'éviter que ne soit engagée sa responsabilité civile et pénale.

Enfin, les entreprises peuvent craindre qu'en cas d'accroissement de la pénurie de main-d'œuvre lorsqu'arrivera la fin la pandémie grippale, tout ou partie des salariés « prêtés » à des entreprises offrant un statut individuel ou collectif plus favorable, décident de rester travailler dans l'entreprise d'accueil. Cette réflexion liée à la mutualisation des moyens humains dans le cadre des bassins d'emplois met néanmoins en évidence l'une des spécificités du risque pandémique, à savoir que les réponses à un tel risque ne peuvent venir des seules autorités étatiques centralisées et doivent être relayées au niveau local, afin de prendre en compte l'interdépendance et l'interaction des acteurs locaux, qu'ils soient publics ou privés.

Dans cette perspective, le Plan de continuité ne peut envisager l'entreprise comme une sorte de « camp retranché » et doit s'attacher à imaginer les réponses à la crise pandémique en tenant compte de l'environnement extérieur, ce qui n'est pas la moindre des difficultés.

### **Salariés expatriés ou en déplacements internationaux**

La circulaire DGT du 18 décembre 2007 fait le point sur la situation des salariés expatriés en cas de pandémie grippale.

La question est extrêmement complexe compte tenu de la situation d'éloignement dans laquelle se trouvent ces salariés. Il est effectivement difficile d'assurer à distance la sécurité sanitaire des salariés.

Le rapatriement ne sera pas nécessairement envisageable ou possible, pas plus qu'il ne sera nécessairement souhaité ou souhaitable. La situation des salariés expatriés doit donc être traitée spécifiquement dans le Plan de continuité. Il en va d'ailleurs de même des salariés effectuant des déplacements internationaux fréquents.

Sur ce sujet, les entreprises sont invitées à se rapprocher des services du Ministère des affaires étrangères, lesquels ont pris en compte la menace pandémique <sup>(23)</sup>.

## Relations avec les institutions représentatives du personnel

### *Obligations de consultation et de négociation en préparation de la crise pandémique*

Lorsque l'entreprise dispose d'une représentation du personnel, le Plan de continuité doit être présenté pour avis au CHSCT, puis au comité d'entreprise ou à défaut, aux délégués du personnel en fonction de l'effectif de l'entreprise. La circulaire propose également aux entreprises de favoriser le dialogue direct avec les salariés dans certaines situations.

Sur ce sujet, la crainte essentielle des entreprises est de débattre du Plan de continuité « à froid », et de devoir faire face à une éventuelle surenchère, qui imposerait l'obtention d'importantes contreparties aux employeurs, contre l'engagement des salariés de rester à leur poste de travail en cas d'épisode pandémique.

Par ailleurs, une jurisprudence récente de la Cour de cassation vient jeter un peu plus le trouble <sup>(24)</sup>

La Cour de cassation vient en effet de juger que, si la nouvelle organisation du travail décidée par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction était de nature à compromettre la santé et la sécurité des salariés, le juge pouvait en suspendre la mise en œuvre. Quelle appréciation feront les juges, à la lumière de cette jurisprudence, des Plans de continuité qui pourront leur être soumis ?

A cet égard, il est bien naturellement légitime de se préoccuper d'améliorer sans cesse la santé et la sécurité des salariés au travail.

Cela étant, comment concilier cette exigence aujourd'hui récurrente de tendre vers le « *risque zéro* », avec la survenance d'une pandémie grippale où le « *risque zéro* » n'existera pas ? C'est pourquoi, nous pensons que le sujet de la crise pandémique devrait rapidement faire l'objet d'une négociation nationale interprofessionnelle, afin de favoriser la responsabilisation et la prise de conscience des acteurs de terrain sur un sujet aussi grave, qu'il s'agisse des dirigeants d'entreprise ou des représentants du personnel.

Le Plan de continuité sort en effet du contexte des relations sociales ordinaires. Il prend en compte un risque exceptionnel, par nature inconnu à ce jour, qui dépasse les contingences quotidiennes de l'entreprise, et qui a vocation à concerner l'ensemble de la collectivité nationale et internationale.

### *Obligations de consultation, voire de négociation, durant la crise*

La circulaire DGT du 18 décembre 2007 indique également que les institutions représentatives du personnel devront continuer à fonctionner durant la pandémie grippale.

Il est permis de douter que les instances représentatives du personnel seront en capa- ■ ■ ■

<sup>(23)</sup> [www.diplomatie.gouv.fr/fr/thematiques\\_830/sante\\_913/grippe-aviaire\\_11665/index.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/thematiques_830/sante_913/grippe-aviaire_11665/index.html). <sup>(24)</sup> Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45.888. Voir *Semaine Sociale Lamy*, 25 mars 2008, Dossier « Santé au Travail : De nouveaux outils apparaissent ».

cité de se réunir dans les mêmes conditions qu'en période ordinaire. Il pourrait d'ailleurs être considéré comme choquant par les autres salariés de l'entreprise que de nombreuses réunions de ces instances aient lieu durant l'épisode pandémique, mobilisant un nombre important de participants, alors que dans le même temps l'entreprise fonctionnera à effectifs réduits, créant en cela une surcharge importante de travail pour les salariés encore à leur poste.

Il semblerait donc utile et même souhaitable que le Plan de continuité puisse prévoir une sorte « *d'accord de méthode* » précisant les conditions dans lesquelles les institutions représentatives du personnel pourront être amenées à continuer à fonctionner en environnement fortement dégradé.



Il peut paraître surprenant de rédiger un article traitant de la pandémie grippale, en annonçant comme certaine une catastrophe sanitaire dont on voudrait qu'elle n'arrive jamais.

Pourquoi consacrer tant d'efforts et d'énergie pour un risque qui n'est pas encore survenu ?

En définitive, ne vaut-il pas mieux dormir ignorants des risques futurs, même si nous les devinons déjà aujourd'hui, et nous consacrer pleinement aux défis économiques du quotidien ? Ce sont les questions que se poseront les lecteurs de cet article, qu'ils soient dirigeants d'entreprises, directeurs des ressources humaines, directeurs de la sécurité ou simples citoyens. Toutes ces questions, nous nous les sommes posées.

Et nous y avons répondu en constatant que nos sociétés développées sont arrivées à la fin de « *l'ère du risque zéro* » <sup>(25)</sup>, que de nouvelles menaces apparaissent (risque pandémique, risque terroriste, catastrophe industrielle majeure, bouleversement climatique...), et qu'il convient sans attendre, d'y préparer nos entreprises et au delà nos concitoyens <sup>(26)</sup>.

La capacité des entreprises à continuer à fonctionner en environnement dégradé sera très probablement, dans les prochaines années, une condition de leur pérennité. ♦

<sup>(25)</sup> Xavier Guillou, Patrick Lagadec, « *La fin du risque zéro* », Editions Eyrolles, Les Echos, avr. 2002. <sup>(26)</sup> Rapport Défense Civile 2008, Haut Comité Français pour la Défense Civile : [www.hcfdc.org/vf/publication\\_vf.php](http://www.hcfdc.org/vf/publication_vf.php).