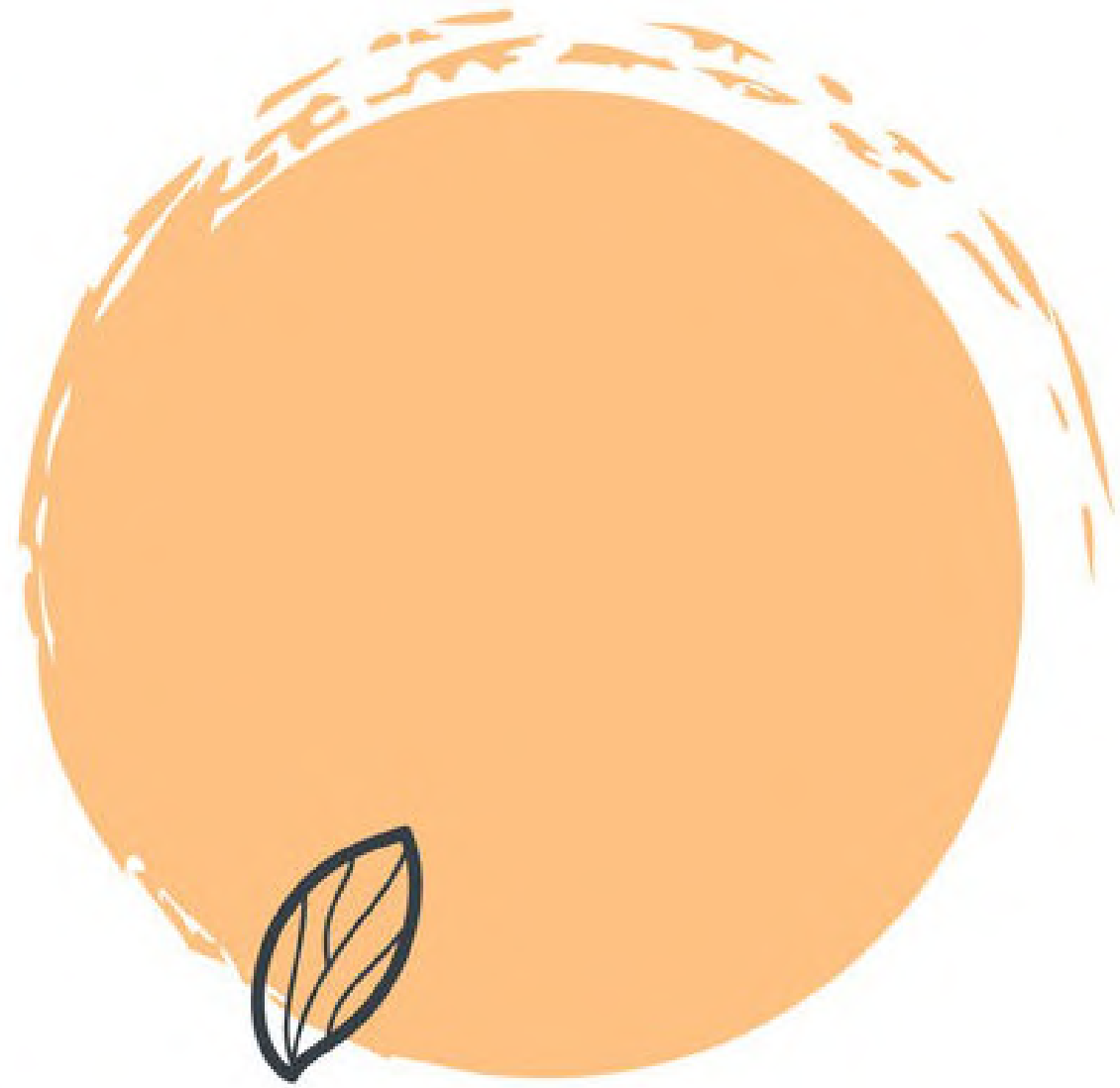


03



20

L'ESSentiel

Newsletter mensuelle dédiée au droit du travail

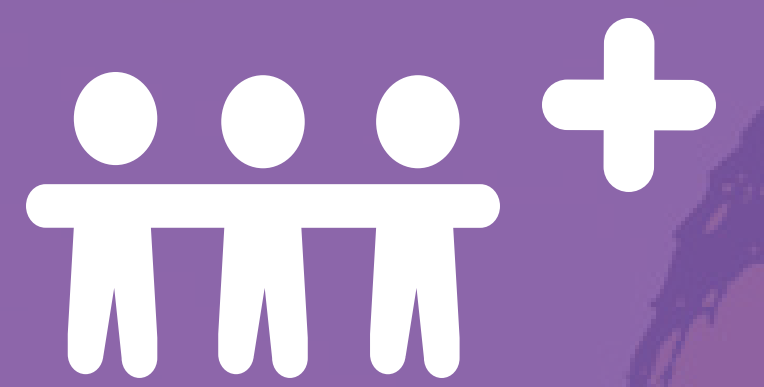


L'ESSentiel est un outil opérationnel de veille juridique en droit du travail, spécialement pensé pour les acteurs du secteur !



Picard
avocats

Le droit du travail
au service de l'économie
sociale et solidaire



Faire face au besoin de renfort en personnel pendant la période de crise sanitaire

Après avoir recensé les besoins en personnel (salariés malades, arrêtés car considérés comme « personne fragile » ou pour absence de mode de garde d'enfant, etc.), plusieurs options peuvent être mises en oeuvre afin de renforcer les équipes poursuivant l'activité.

Solutions internes

- **L'augmentation de la durée du travail :**
 - Recours aux **heures supplémentaires** : dans des situations d'urgence, il existe déjà des **dérogations légales aux durées maximales de travail**, synthétisées par le « questions-réponses » sur le Covid-19. Un décret à paraître devrait ouvrir aux structures du secteur de nouvelles dérogations sur le fondement de la loi d'urgence.
 - Pour les salariés à **temps partiel** : recours aux **heures complémentaires**, en veillant aux conditions de modification des horaires prévues au contrat, ou recours à l'**avenant complément d'heures**.
- **La mobilité fonctionnelle temporaire** : modification temporaire des tâches du salarié dès lors qu'elles relèvent de sa **qualification** (N.B. : l'art. 31 de la CCN 66 rappelle cette possibilité). Si le salarié est protégé, son accord est nécessaire.
- **La mobilité temporaire** : soit dans le même secteur géographique, soit dans la zone géographique d'application d'une clause de mobilité, soit en dehors de ce secteur / zone dès lors que le salarié est informé préalablement, dans un délai raisonnable, du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible.

Solutions externes

- Le recours aux **contrats temporaires** « communs » (remplacement, surcroît d'activité).
- Le **prêt de main d'oeuvre à but non lucratif** entre structures de même secteur ou non (fiche pratique disponible ici : <https://we.tl/t-FkLMkjWk6>).
- **L'appel aux volontaires rémunérés** (étudiants, retraités, etc.) : par exemple, plusieurs ARS et la start-up MedGo ont lancé « enfort-Covid », une interface permettant aux étudiants, professionnels actifs ou retraités de venir en renfort des ESMS.
- L'appel aux **bénévoles**.

Extensions et agréments

Confédération des employeurs du secteur SSMS : **agrément** de l'accord du 29 octobre 2019 relatif à la mise en place d'une **CPPNI** et de l'accord du 29 octobre 2019 relatif à la définition des formations accessibles par le "**dispositif Pro A**" (J.O. du 22 mars 2020).

Aide à domicile : **extension** de l'avenant n° 40 du 9 juillet 2019 relatif à la **complémentaire santé** (J.O. du 31 janvier 2020).

Ateliers et Chantiers d'Insertion : **extension** de l'avenant n° 25 du 21 décembre 2017 relatif au **financement du paritarisme** (J.O. du 7 février 2020).

Animation : **extension** de l'avenant n° 175 du 18 juin 2019 relatif aux **salaires** (J.O. du 12 février 2020)



Activité partielle (AP)

Si le télétravail peut être pratiqué pendant les périodes d'activité, il doit absolument cesser durant les heures d'AP indemnisées, sauf à constituer une fraude pénalement sanctionnée.

Conseil : rappeler par écrit l'interdiction du télétravail pendant leurs heures chômées.

Si le décret n'a pas repris la possibilité d'une demande unique multi-établissements, le Q/R ministériel précise que « l'application informatique permettant le dépôt des demandes sera paramétrée dans le courant du mois d'avril 2020 pour **permettre le téléchargement de l'ensemble des données requises en une seule fois par un utilisateur**. Pour encore quelques jours, les données devront être importées établissement par établissement. »

Sur son site, l'URSSAF précise que le régime social favorable est applicable au **complément d'indemnité d'AP versé par l'employeur** en application d'un **accord collectif** ou d'une **décision unilatérale**. Cette position, qui résultait déjà d'une documentation technique DGEFP de 2015, n'est toutefois pas opposable et mériterait d'être sécurisée par une circulaire publiée. **Conseil** : dans l'attente, formaliser le complément d'indemnité par DUE (condition reprise par l'ordonnance s'agissant de l'exonération de contributions sociales).

Rupture conventionnelle (RC)

L'ordonnance n° 2020-306 prévoit que sont **prorogées de plein droit** jusqu'à l'expiration d'un délai de 2 mois suivant la fin de la période d'urgence sanitaire les **mesures administratives d'enquête, d'instruction** ainsi que les **autorisations**. Aussi, les délais à l'issue desquels une décision administrative intervient ou est **acquis implicitement** et qui n'ont pas expiré avant le 12 mars 2020 sont **suspendus jusqu'à la fin de la période**. Le **point de départ des délais** qui auraient dû commencer à courir pendant la période est **reporté** jusqu'à l'achèvement de celle-ci.



Conseil : dans l'attente de précisions, il convient d'être **prudent quant à la date fixée pour la rupture du contrat**. Il est aussi conseillé de **solliciter votre DIRECCTE pour connaître sa position (à ce jour, elles se révèlent contradictoires...)**. Les décisions explicites d'homologation gardent leur plein effet.

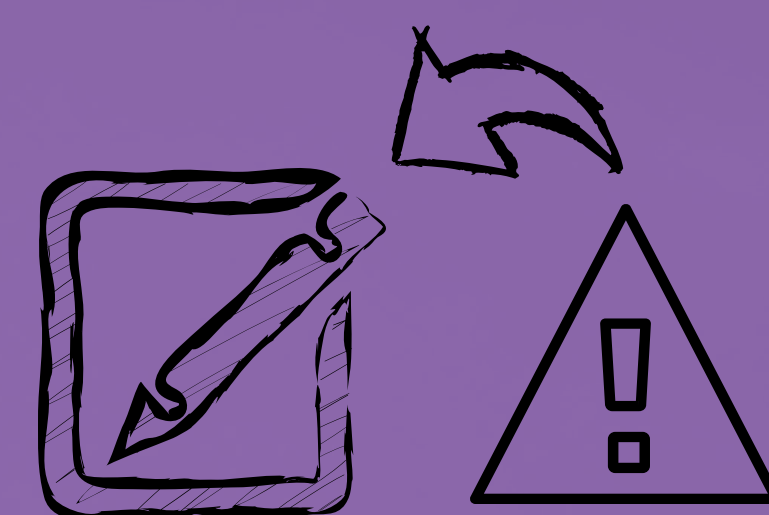
Prime exceptionnelle de pouvoir d'achat

Si le gouvernement a appelé les entreprises à récompenser les salariés mobilisés via le versement de la PEPA, c'est en oubliant qu'en l'état actuel des textes (qui pourraient être modifiés par voie d'ordonnance), il n'est **pas possible de verser la prime ou de moduler son montant en fonction de la présence des salariés sur le terrain** !



Le « Q/R » ministériel à jour au 30 mars apporte des recommandations intéressantes quant aux **modalités de négociation collective pendant le confinement**. Notamment :

- Mener les réunions de négociation à **distance** (visio ou audioconférence) ;
- Signer les accords à distance : soit par le biais d'un **dispositif de signature électronique** (prestataire), soit par l'**envoi du projet à chaque partie pour signature manuscrite** ;
- À défaut, **recourir au mandat** pour signer l'accord en présentiel ;
- Dans les entreprises de moins de 50 salariés dépourvues de DS, mettre en place un **dispositif électronique de recueil de l'approbation des salariés à distance**.



Contractualisation de la convention collective appliquée... Vigilance !

Dans le précédent numéro de L'ESSentiel, nous évoquons une jurisprudence en faveur d'une non-contractualisation systématique des dispositions conventionnelles reprises au contrat de travail (Cass. soc., 5 février 2020, n° 18-17.925), à l'instar de ce que la Cour avait déjà jugé s'agissant du statut cadre conventionnel (Cass. soc., 20 avril 2017, n° 15-28.789) ou d'une prime d'intéressement (Cass. soc., 6 mars 2019 n° 18-10.615). Deux arrêts, rendus le même jour au sujet de la même entreprise, viennent affiner la position de la Cour de cassation sur le sujet sensible de la convention collective...

Dans le premier arrêt, la Cour relève très logiquement que « l'application volontaire de la convention collective nationale de la métallurgie n'emporte pas contractualisation de la convention collective des industries métallurgiques de la région du Havre » (Cass. soc., 4 mars 2020, n° 18-11.585).

Dans le second arrêt en revanche, la Cour précise que « la cour d'appel, qui a relevé que l'application à la relation de travail de la convention collective (...) était prévue par une disposition expresse du contrat de travail du salarié, en a déduit à bon droit que l'application de cette convention collective avait été contractualisée et ne résultait pas d'un engagement unilatéral de la société (...), de sorte que la dénonciation de cet engagement était inopposable au salarié » (Cass. soc., 4 mars 2020, n° 18-11.584).

L'oeil du Cab... Éviter la contractualisation de la convention collective appliquée !



Lorsque la convention collective est appliquée à titre volontaire, c'est-à-dire sans que son application ne soit rendue obligatoire par extension (les CCN 51 & 66 étant **non** étendues) ou par adhésion de l'employeur au syndicat patronal signataire, il est nécessaire de se prémunir de toute contractualisation en **stipulant au contrat de travail que la convention collective est mentionnée à titre purement informatif et sans donner aux dispositions conventionnelles un caractère contractuel.**

Mobilité géographique du salarié

La Cour de cassation rappelle qu'en cas de mise en œuvre d'une clause de mobilité contractuelle, l'employeur doit **respecter le délai de prévenance** fixé par cette clause. En **imposant une affectation immédiate du salarié sur un autre site, sans respecter le délai de prévenance conventionnel d'un mois**, le refus du salarié ne pouvait être analysé comme fautif. Ainsi, est sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour faute grave notifié au salarié (Cass. Soc., 4 mars 2020 n° 18-24.329).

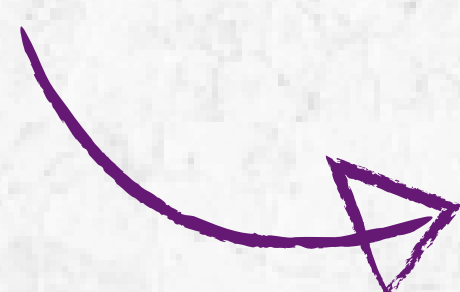
Dans une seconde affaire, le contrat de travail du salarié prévoyait qu'en raison de la nature de ses fonctions impliquant d'exercer des missions auprès de clients, en cas d'arrêt du contrat client, le lieu de travail du salarié serait au siège social de l'entreprise. En l'absence de rupture du contrat client, le salarié ne pouvait donc être muté que dans le même secteur géographique, ce qui n'est pas le cas du siège **distant de 31 kms mais situé dans un bassin d'emploi différent**. Le changement d'affectation constituait donc une **modification du contrat de travail** justifiant sa résiliation judiciaire aux torts de l'employeur (Cass. soc., 4 mars 2020, n° 18-24.473). La Cour d'appel avait relevé que le salarié travaillait au même endroit depuis 7 ans, **n'exerçait pas des fonctions supposant par essence une mobilité, laquelle ne peut de toute façon qu'être temporaire lorsqu'elle a lieu au-delà d'un même secteur géographique**. Or, le salarié n'avait pas été informé du caractère temporaire d'une telle mutation.



Le contexte épidémique suscite des inquiétudes, notamment chez les salariés amenés à poursuivre leur activité professionnelle. Ces inquiétudes légitiment-elles pour autant l'exercice du droit de retrait ? Quelques rappels et précisions sur un droit... Non absolu.

Définition et conditions d'exercice du retrait

Avant même s'exercer son droit de retrait, le salarié doit **alerter** son 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». En présence d'une telle alerte, l'employeur doit réagir immédiatement. Dans cette même situation et **après avoir alerté son employeur**, le salarié **peut** se retirer en cessant d'exercer son travail, sans autorisation préalable de son employeur et sans formalisme particulier (C. trav., art. L.4131 et s.). Ce droit est ouvert dans les mêmes conditions au **personnel des ESSMS**, aucune dérogation n'étant prévue.



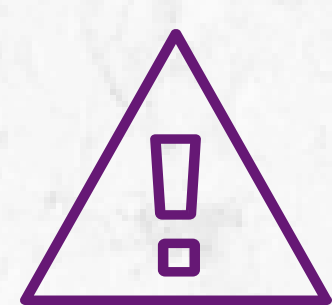
Quelle protection pour le salarié ?

- ✓ Lorsque l'exercice du droit de retrait est **légitime**, le salarié est protégé à plusieurs égards :
 - L'employeur **ne peut exiger que le salarié reprenne son travail tant que le risque persiste**.
 - L'employeur doit **maintenir la rémunération** du salarié ;
 - Le salarié **ne peut être sanctionné**, sous peine de nullité de la mesure;
 - le bénéfice de la **faute inexcusable de l'employeur** est de droit pour le salarié qui serait victime d'un AT/MP alors qu'il avait signalé le risque qui s'est matérialisé.
- ✗ En revanche, l'exercice **illégitime** du droit de retrait emporte la possibilité, pour l'employeur :
 - de **suspendre le paiement** du salaire sans qu'il soit nécessaire de saisir le CPH ;
 - de **sanctionner** le salarié qui s'obstine à ne pas vouloir reprendre son travail, à condition de lui avoir expliqué en quoi la situation n'était pas dangereuse ou quelles mesures ont été pris pour y mettre fin ;
 - qui s'est retiré immédiatement de son travail en **mettant en danger ses collègues et les usagers** (arrêt instantané des soins par exemple).

Le Covid-19 suffit-il à justifier l'exercice du droit de retrait



Une situation générale de pandémie et la probabilité d'une contagion **ne suffisent pas à légitimer l'usage du droit de retrait** : le risque est apprécié individuellement, en fonction de la situation de chaque salarié (notamment s'il présente un état de santé fragile, mais auquel cas il devrait être arrêté), et des mesures de prévention mises en place par l'employeur. À l'inverse, ce droit de retrait pourra être justifié si l'employeur ne met pas en place les mesures nécessaires.



Il sera fondamental que l'employeur puisse **prouver** qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir en matière de prévention et qu'il a communiqué sur le sujet auprès de tous. Cela suppose de **formaliser au maximum** les consignes en matière de mesures barrières et de nettoyage des locaux, les commandes d'équipements de protection réalisés..., en associant les représentants du personnel en cas de difficulté.



Les **préconisations de prévention** sont disponibles dans le Q/R du ministère du travail actualisé au 29 mars 2020. Le Ministère a annoncé que seraient prochainement formulées des « **préconisations concrètes, par secteur ou par métier, pour poursuivre l'activité de l'entreprise tout en préservant la santé des salariés** ».



Publications

À lire dans le magazine *Direction[s]* n° 185 d'avril 2020, un article de Cécile Noël sur la négociation de la clause de conscience.



Interview

À lire sur le site www.directions.fr, une interview en trois parties de Stéphane Picard & Cécile Noël sur la **gestion RH du Covid-19** pour les établissements sociaux et médico-sociaux.



Soutien

Toute l'équipe reste entièrement disponible et mobilisée pendant cette période de confinement. Si vous n'êtes pas déjà destinataire des **communications du Cabinet**, vous pouvez nous transmettre votre adresse a-mail à l'adresse suivante : contact@picard-avocats.com.



PICARD AVOCATS
31, rue du Faubourg Poissonnière
75009 - PARIS
01.84.25.14.70
contact@picard-avocats.com

