

11

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



Le prêt de main d'œuvre facilité dans le secteur sanitaire, social et médico-social

Jusqu'au 31 décembre 2020, la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 facilite le recours au prêt de main d'œuvre en raison de la crise sanitaire. Outre un **formalisme simplifié** (voir l'ESSentiel n° 21 de juin 2020), la loi prévoit que dans certains secteurs d'activités particulièrement nécessaires à la sécurité de la Nation et à la continuité de la vie économique et sociale et lorsque l'intérêt économique de l'entreprise utilisatrice le justifie eu égard aux difficultés économiques liées à la Covid-19, **les opérations de prêt de main d'œuvre n'ont pas de but lucratif**. Et ce, **même lorsque le montant facturé par l'entreprise prêteuse à l'entreprise utilisatrice serait inférieur ou égale à zéro** au salaire versé au salarié, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition temporaire. En application du décret n° 2020-1317 du 30 octobre 2020, **le secteur sanitaire, social et médico-social est concerné**.

Rappelons que l'article 6 de l'ordonnance 2020-323 du 25 mars 2020 autorisait les entreprises relevant de « *secteurs d'activité particulièrement nécessaires à la sécurité de la Nation et à la continuité de la vie économique et sociale* » à déroger aux durées maximales de travail légales et, le cas échéant, aux stipulations conventionnelles applicables. Alors que la mesure doit cesser le 31 décembre 2020, elle n'est jamais entrée en vigueur puisque la liste des secteurs concernés et des dérogations applicables à chacun n'a jamais été fixée (le décret du 30 octobre se limitant au prêt de main d'œuvre).

Reste à savoir si ces mesures exceptionnelles seront prorogées après le 31 décembre...

Derniers agréments - Arrêté du 2 octobre 2020, J.O. du 29 octobre 2020

- **CCN 51** : avenant n° 2020-01 du 12 mars 2020 relatif au toilettage de la convention collective, qui actualise les dispositions conventionnelles aux évolutions légales ;
- **CCN 66** : avenants n° 354 du 23 juin 2020 relatif à la majoration de l'indemnité de sujétion spéciale (concerne les salariés non-cadres rétroactivement au **1er février 2020**) et n° 356 du 23 juin 2020 relatif à la mise en place d'un fonds de solidarité mutualisé de prévoyance au 1er novembre 2020 ;
- **Aide à domicile** : avenant n° 44 du 30 avril 2020 portant la valeur du point à 5,50 € à compter du 1er janvier **2020**, contre 5,38 € auparavant.

Concrétisation de « l'indemnité Ségur de la Santé » au sein de la CCN 51 ?

Par deux décisions unilatérales du 16 octobre 2020, l'une pour les établissements de santé et l'autre pour les EHPAD, **la FEHAP a transposé l'indemnité Ségur de 328 euros bruts (183 euros nets) par mois, son versement étant conditionné à son financement**. Mentionnée distinctement sur le bulletin de salaire, l'indemnité devrait être exclue de l'assiette de calcul de toutes les primes et indemnités prévues par la CCN, proratisée selon l'ETP et le temps accompli dans un EHPAD ou un établissement de santé (pour les salariés exerçant dans plusieurs structures), prise en compte dans le salaire annuel moyen servant au calcul du montant de l'indemnité de départ à la retraite, est incluse dans le calcul du maintien de salaire, de l'indemnité de congés payés, et ne serait pas revalorisée lors des augmentations de la valeur du point. Les crédits complémentaires n'étant versés aux établissements qu'entre janvier et mars 2021, chaque structure peut soit effectuer le versement de la première tranche (90 euros nets) aux salariés avec effet au rétroactif au 1er septembre, soit attendre la réception des crédits et verser l'indemnité rétroactivement. Il est toutefois **préconisé d'attendre l'agrément des textes, actuellement en cours**.



Télétravail durant l'épidémie de Covid-19 : rôle de l'inspection du travail

En parallèle de l'actualisation du protocole sanitaire (nouveautés et points de vigilance à retrouver dans notre [flash info du 30 octobre](#)), une [instruction DGT du 3 novembre](#) adressée aux DIRECCTE précise qu'en cas de **non-respect des principes généraux de prévention et de risque avéré**, « l'agent de contrôle utilisera l'outil juridique le plus approprié, et le cas échéant une mise en demeure du DIRECCTE pourra être notifié à l'employeur. » La DGT ajoute qu'il **appartient à l'employeur de déterminer les tâches pouvant être réalisées en télétravail** et de définir leur organisation en intégrant le télétravail dès que cela est possible. Il s'agit là d'une déclinaison du « [questions-réponses](#) » du Ministère, lui aussi actualisé, qui propose une méthode en trois étapes pour identifier les postes qui peuvent être « télétravaillés ».

Salariés « cas contact » : incertitudes autour du délai de carence

L'Assurance maladie indique sur son [site internet](#) que « les arrêts délivrés aux personnes contact sont indemnisés sans application du délai de carence. » **Qu'en est-il pour l'employeur ?** En l'absence de décret depuis le 10 octobre 2020, le salarié ne devrait plus bénéficier de l'indemnisation complémentaire légale sans application du délai de carence de 7 jours et sans condition d'ancienneté. Si un décret venait à paraître avec une entrée en vigueur rétroactive, le versement du complément **légal** devra être régularisé. Rappelons toutefois que cet arrêt dérogatoire, alloué à un salarié **non malade**, n'entre pas automatiquement dans le champ d'application du complément **conventionnel**. Une attention particulière doit être portée aux termes employés par la convention collective applicable. Enfin, rappelons que la demande d'arrêt de travail dérogatoire en ligne **ne s'applique pas aux soignants salariés des établissements de santé et des établissements médico-sociaux** en contact direct avec les personnes accueillies ou hébergées pour leur apporter des soins ou une aide à l'accomplissement des actes de la vie quotidienne. La situation de ces personnels doit être évaluée au cas par cas, en lien avec la médecine du travail de l'établissement.

Nouveautés en matières d'Obligation d'Emploi des Travailleurs Handicapés (OETH)

Pour rappel, l'OETH impose aux **entreprises** d'au moins 20 salariés d'atteindre **6 %** de salariés en situation de handicap au sein de leur effectif. Pour répondre partiellement à son obligation, un établissement peut aussi recourir à l'emploi « indirect » de travailleurs handicapés (passation de contrats de fourniture, de sous-traitance ou de prestations de service avec une entreprise adaptée ou un ESAT notamment).

Plusieurs dispositions relatives à l'OETH ont été modifiées par [décret n° 2020-1350 du 5 novembre 2020](#). Notamment, **jusqu'au 31 décembre 2024, sont déductibles de la contribution annuelle à l'Agefiph, les dépenses exposées par l'employeur** au titre de la participation à des événements promouvant l'accueil, l'embauche directe et le maintien dans l'emploi de travailleurs handicapés dans l'entreprise ; du partenariat, par voie de convention ou d'adhésion, avec des associations ou des organismes œuvrant pour la formation, l'insertion sociale et professionnelle de personnes handicapées que l'employeur accueille ou embauche, à l'exclusion des participations aux opérations de mécénat ; des actions concourant à la professionnalisation des dirigeants ou des travailleurs des entreprises adaptées, des travailleurs des établissements ou services d'aide par le travail ou des travailleurs indépendants handicapés, ainsi qu'au développement des achats auprès de ces acteurs. Une opportunité pour les EA et les ESAT ?



Inaptitude non professionnelle : absence de consultation du CSE et licenciement abusif

Un salarié avait été licencié pour inaptitude professionnelle et impossibilité de reclassement, après avoir été déclaré inapte à son poste à la suite d'un arrêt de travail pour maladie non professionnelle, et ce, sans que l'avis des délégués du personnel n'ait été recueilli sur son reclassement. La Cour de cassation, dans un arrêt voué à une large diffusion, consacre le principe selon lequel « **la méconnaissance des dispositions relatives au reclassement du salarié déclaré inapte consécutivement à un accident non professionnel ou une maladie, dont celle imposant à l'employeur de consulter les délégués du personnel, prive le licenciement de cause réelle et sérieuse** » (Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-11.974).

Cette décision s'aligne avec la jurisprudence applicable en matière d'inaptitude d'origine professionnelle. Reste à la Cour de cassation de trancher d'autres questions, à savoir si les modalités de consultation des anciens délégués du personnel sont transposables au CSE, s'il est possible de régulariser la procédure de consultation du CSE après une première proposition de reclassement (le Conseil d'Etat l'ayant admis pour sa part) et si la consultation du CSE s'impose en cas de dispense de recherche de reclassement par le médecin du travail.

Salarié protégé : tout n'est pas un changement des conditions de travail !

La Cour d'appel de Lyon considère que si l'employeur ne peut imposer au salarié protégé ni une modification de son contrat de travail ni un simple changement de ses conditions de travail, en revanche, **le salarié protégé ne peut pas se soustraire au pouvoir de direction de l'employeur et commet ainsi une faute en refusant d'exécuter une tâche qui relève de ses missions habituelles, d'un simple changement de ses outils de travail ou une tâche accessoire à ses fonctions**. Le changement des conditions de travail n'est pas caractérisé lorsque la demande de l'employeur est **ponctuelle et compatible avec les outils de travail régulièrement utilisés par le salarié protégé** (CA Lyon, 16 septembre 2020, n° 18/01162).

Heures de délégation hors temps de travail : au salarié d'en prouver la nécessité

La Haute Cour rappelle que **c'est au salarié protégé de prouver que la prise d'heures de délégation en dehors de son temps de travail est justifiée par les nécessités de son mandat**. En pratique, ces heures doivent être payées à échéance normale en heures supplémentaires avant d'être contestées devant le juge (Cass. soc., 14 octobre 2020, n° 18-24.049).

De la faute grave du salarié en situation irrégulière de cumul d'emplois

Un salarié cumulait deux emplois à temps partiel dont la somme des heures de travail dépassait les durées maximales légales. Informé de cette situation, l'un de ses employeurs le mettait en demeure de régulariser la situation soit en acceptant une réduction de ses heures de travail, soit en choisissant l'emploi qu'il souhaitait conserver. La Cour de cassation valide le **licenciement pour faute grave du salarié qui, d'une part, avait refusé de signer un écrit prévoyant une modification de ses horaires de travail correspondant à la proposition qu'il avait lui-même faite à l'employeur - ne pouvant donc ensuite prétendre qu'elle était incompatible avec un autre emploi -, et d'autre part, avait cessé de se présenter au travail** (Cass. soc., 14 octobre 2020, n° 18-11.892).

En pratique, le contrat de travail à temps partiel doit bien prévoir les cas dans lesquels une modification de la répartition de la durée du travail est possible et la nature de cette modification. Il est également préconisé d'ajouter une clause relative au cumul d'emplois, et cela dans les contrats à temps partiel comme à plein temps !



Le traitement des absences maladie en matière d'ancienneté



Pour le calcul des droits liés à l'ancienneté, tels que la progression salariale ou les indemnités de rupture du contrat de travail, la question du traitement des périodes d'absences pour maladie non professionnelle peut avoir un impact très conséquent. Quelques rappels sur ces règles parfois méconnues et inappliquées par les employeurs.

Le principe : déduction de l'ancienneté des absences pour maladie non professionnelle

1. L'aide exceptionnelle à l'embauche d'alternants

Le Code du travail ne prévoit pas d'assimilation de l'absence liée à la maladie à du temps de travail effectif pour le bénéfice des droits liés à l'ancienneté, sauf lorsque la suspension du contrat est la conséquence d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

N.B. : un [tableau disponible sur service-public.fr](https://service-public.fr) synthétise les absences assimilées à du temps de présence effective pour les droits liés à l'ancienneté en matière de licenciement.

Les exceptions : vérifier qu'il n'existe pas de dispositions plus favorables

Par exception, des dispositions conventionnelles, contractuelles, un usage ou un engagement unilatéral peuvent prévoir des mesures plus favorables.

À titre d'exemple, la **convention collective du 31 octobre 1951** prévoit des dispositions plus favorables. En effet, « l'ancienneté prise en compte pour le calcul de la prime d'ancienneté, pour l'accession aux échelons des métiers cadres (...) et pour l'appréciation des droits conventionnels liés à l'ancienneté, s'entend de périodes de travail effectif ou assimilées à des périodes de travail effectif dans les conditions ci-après : **les périodes d'arrêt de travail pendant lesquelles le salaire est maintenu en totalité ou en partie sont assimilées à des périodes de travail effectif** » (article 08.01.6.1).



À noter : ces dispositions visant l'appréciation des droits **conventionnels** liés à l'ancienneté, une application littérale pourrait exclure cette prise en compte des absences pour maladie non professionnelle s'agissant des droits d'origine **légal**. Par exemple, « en matière d'indemnité de licenciement il est fait application des **dispositions légales et réglementaires** » (article 15.02.3). Ainsi, pour cette indemnité mais également en cas de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, les périodes d'arrêt maladie non professionnelle pourraient être retranchées.

Au contraire, la **convention collective du 15 mars 1966** ne prévoit **aucune assimilation des arrêts maladie à du temps de travail effectif pour l'acquisition des droits liés à l'ancienneté**. Précision importante en matière d'accession du salarié au coefficient salarial supérieur : dans un [arrêt du 28 mars 2019](#), la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a considéré que « le compteur d'absences repart à zéro » à chaque changement d'échelon, de sorte qu'il n'est pas permis d'imputer des périodes d'absences antérieures à l'intervalle considéré. Par exemple, si le salarié a changé d'échelon au 1er janvier 2020 et doit accéder à l'échelon supérieur au 1er janvier 2022, il ne sera pas possible de déduire des absences antérieures au 1er janvier 2020. À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est toutefois pas prononcée sur ce point.



En pratique, malgré l'absence d'obligation conventionnelle ou contractuelle, nombre d'employeurs ne pratiquent pas de gel de l'ancienneté en cas d'arrêt maladie non professionnel. Le risque est qu'un usage puisse être constitué, de sorte que l'employeur ne pourrait revenir sur cette pratique qu'après dénonciation régulière... À supposer toutefois que l'usage ait été agréé pour les structures assujettis à l'obligation d'agrément !

..... Webinaire



Le 25 novembre, le Cabinet interviendra aux côtés de Maître Laurent Coquebert auprès des adhérents du Groupement National des Directeurs Généraux d'Associations du secteur éducatif, social et médico-social (GNDA) sur le thème « **Management de transition, administration provisoire et mandat de gestion** ».

..... Formations



En novembre, le Cabinet poursuit ses actions de formation auprès des conseillers prud'homaux UDES / FEHAP. Au programme, le contentieux du harcèlement moral et le licenciement économique durant la crise sanitaire.

..... Publications



À lire dans le magazine *Direction[s]* n° 191 de novembre 2020, un article de François Legras sur la **checklist des obligations sociales avant le 31 décembre 2020** (partie 2).

..... Vie du Cabinet



En novembre, toute l'équipe a le plaisir d'accueillir **Bérénice Hauffray**, avocat en droit social !



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

