



actance

—— société d'avocats ——

ACTUTENDANCE

N° 558 — 6 novembre 2020



10 min

- Naissance d'un enfant – Période de protection du père – Pas de protection contre les actes préparatoires au licenciement
- Licenciement – Préavis – Calcul de l'ancienneté – Non prise en compte des périodes de suspension du contrat de travail pour maladie sauf disposition conventionnelle plus favorable
- Activité partielle – Décret n° 2020-1316 et décret n° 2020-1319 du 30 octobre 2020, JO 31 octobre
- Coronavirus – Protocole sanitaire mis à jour le 29 octobre
- Coronavirus – Prêt de main d'œuvre – Aménagement des règles – Décret n° 2020-1317 du 30 octobre 2020
- Etat d'urgence – Projet de loi – Calendrier

Jurisprudence

Relations individuelles

■ Naissance d'un enfant – Période de protection du père – Pas de protection contre les actes préparatoires au licenciement

Rappel : Depuis août 2016, le père bénéficie d'une protection contre le licenciement pendant les 10 semaines suivant la naissance de son enfant, contre 4 semaines auparavant.

L'employeur ne peut rompre le contrat de travail pendant cette période que s'il justifie d'une faute grave du salarié ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'arrivée de l'enfant (art. L. 1225-4-1 du Code du travail).

Pendant la période de protection, les actes préparatoires à un licenciement fondés sur un autre motif sont-ils autorisés ?

Cass. Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.036

A la suite de la naissance de son enfant intervenue le 20 novembre 2015, un salarié a bénéficié d'une période de protection de 4 semaines allant jusqu'au 18 décembre 2015.

Il a été licencié pour inaptitude professionnelle le 23 décembre suivant, soit à l'issue de la période de protection. Mais, la convocation à l'entretien et l'entretien préalable ont eu lieu au cours de la période de protection.

Contestant son licenciement, le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour solliciter son annulation. Il reprochait à son employeur d'avoir réalisé des actes préparatoires à son licenciement pendant sa période de protection, ce qui était formellement prohibé.

Cette interdiction était posée par la directive 92/85/ CEE du 19 octobre 1992. Selon lui, cette directive devait s'appliquer pendant sa période de protection dans la mesure où elle n'impose pas seulement aux États membres de garantir les travailleurs contre les licenciements pouvant intervenir pendant la période de protection liée à la maternité, mais plus généralement lors de la naissance d'un enfant.

La Cour d'appel a fait droit à sa demande et a déclaré le licenciement nul après avoir constaté que des actes préparatoires au licenciement étaient bien intervenus durant la période de protection.

Saisie du pourvoi, la Cour de cassation censure cette décision considérant que l'article L. 1225-4-1 du Code du travail concernant la protection du père après la naissance « ne met pas en œuvre l'article 10 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992 », cette directive

visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des salariées enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

Il en résulte en l'espèce que le licenciement ne pouvait être déclaré nul.

En d'autres termes, les actes préparatoires au licenciement d'un jeune père pendant sa période de protection ne sont pas prohibés.

Note : A la différence du père, la mère bénéficie d'une protection contre le licenciement dite :

- ✓ « absolue » pendant son congé de maternité et pendant les congés payés pris immédiatement après ce congé ;
- ✓ « relative » durant la période qui précède le début du congé de maternité ainsi que durant les 10 semaines suivant l'expiration de ce congé ou des congés payés immédiatement accolés au congé.

Comme pour le père, pour licencier une salariée pendant la période de protection dite relative, l'employeur doit justifier de l'un des 2 motifs : faute grave ou impossibilité de maintenir son contrat pour un motif non lié à la maternité (art. L. 1225-4 du Code du travail).

La Cour de cassation a jugé que la salariée bénéficie d'une protection contre les actes préparatoires au licenciement pendant la période de congé de maternité (Cass. soc., 1^{er} février 2017, n° 15-26.250).

En revanche, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée, à notre connaissance, sur le fait de savoir si l'employeur pouvait réaliser des actes préparatoires au licenciement pendant la période de 10 semaines suivant le congé de maternité.

Licenciement – Préavis – Calcul de l'ancienneté – Non prise en compte des périodes de suspension du contrat de travail pour maladie sauf disposition conventionnelle plus favorable

Rappel : Lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié a droit (art. L. 1234-1 du Code du travail) :

1° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à 6 mois, à un préavis dont la durée est déterminée par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession ;

2° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus comprise entre 6 mois et moins de 2 ans, à un préavis d'un mois ;

3° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus d'au moins 2 ans, à un préavis de 2 mois.

Les périodes de suspension du contrat de travail n'entrent pas en compte pour la détermination de la durée d'ancienneté exigée pour calculer les droits à préavis (art. L. 1234-8 du Code du travail ; Cass. Soc., 16 septembre. 2009, n° 08-41.999).

Une convention ou un accord collectif peut prévoir un préavis ou une condition d'ancienneté plus favorable pour le salarié (art. L. 1234-1 du Code du travail).

Cass. Soc., 5 octobre 2020, n° 18-18.265

Dans cette affaire, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail d'un salarié a été requalifiée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur a alors été condamné à verser au salarié une indemnité compensatrice de préavis de 2 mois.

Il contestait le versement de cette indemnité, estimant que le salarié n'avait pas atteint les 2 ans d'ancienneté dans la mesure où les absences pour maladie ne devaient pas être prises en compte dans le calcul de l'ancienneté.

Selon lui, la convention collective applicable ne comportant aucune disposition relative au calcul de l'ancienneté, il revenait d'appliquer l'article L. 1234-8 du Code du travail qui exclut expressément les périodes de suspension du contrat de travail pour le calcul de l'ancienneté.

La Cour d'appel n'a pas suivi ce raisonnement et a rejeté la demande de l'employeur. Selon les juges, la convention collective n'excluant pas les périodes de suspension du contrat de travail pour le calcul de l'ancienneté, il fallait au contraire en tenir compte.

Saisie du pourvoi, la Cour de cassation n'est pas de cet avis et censure cette décision en rappelant qu'« *en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, la période de suspension du contrat de travail pour maladie n'entre pas en compte pour la détermination de la durée d'ancienneté* ».

Il s'agit d'une application stricte de l'article L. 1234-8 du Code du travail.

Législation et réglementation

■ **Activité partielle – Décret n° 2020-1316 et décret n° 2020-1319 du 30 octobre 2020, JO 31 octobre**

Compte tenu du contexte sanitaire actuel et des mesures prises par le Gouvernement pour lutter contre la propagation de la Covid-19, le dispositif d'activité partielle lié à l'épidémie sera réformé à compter du 1^{er} janvier 2021 et non plus du 1^{er} novembre 2020. C'est ce que confirme le décret n° 2020-1319 du 30 octobre dernier.

Un second décret n° 2020-1316 du 30 octobre apporte des précisions sur le dispositif d'activité partielle lié à l'épidémie de la Covid-19 et le dispositif d'activité partielle de longue durée (APLD).

A l'exception de la date d'entrée en vigueur, les dispositions issues des 2 décrets sont pour l'essentiel conformes aux projets de décret diffusés le 16 octobre dernier (*Cf. actu-tendance n° 556*).

- **Dispositif d'activité partielle lié à l'épidémie de Covid-19**

Les décrets apportent des modifications au dispositif d'activité partielle lié à l'épidémie de la Covid-19.

Certaines mesures sont d'application immédiate et d'autres seront applicables à partir du 1^{er} janvier 2021.

- ❖ **Demande unique**

Le décret intègre à l'article R. 5122-2 du Code du travail la règle selon laquelle lorsque la demande d'autorisation préalable d'activité partielle et, le cas échéant, la demande de renouvellement d'autorisation portent, **pour le même motif et la même période, sur au moins 50 établissements implantés dans plusieurs départements**, l'employeur peut adresser une demande unique au titre de l'ensemble des établissements au préfet du département où est implanté l'un quelconque des établissements concernés.

Dans ce cas, le contrôle de la régularité des conditions de placement en activité partielle des salariés est confié au représentant de l'Etat dans le département où est implanté chacun des établissements concernés.

Note : cette règle est prévue à l'article 4 du décret n°2020-794 du 26 juin 2020 et doit prendre fin le 31 décembre 2020. Du fait de son intégration dans le Code du travail, cet article 4 est abrogé à compter du 1^{er} janvier 2021.

- ❖ **Information du CSE**

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE **est informé à l'échéance de chaque autorisation** des conditions dans lesquelles l'activité partielle a été mise en œuvre.

Cette mesure est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2020.

Note : La version définitive du décret est différente de celle du projet de décret, diffusé le 16 octobre, qui prévoyait que le CSE devait être informé au moins tous les 3 mois.

- ❖ **Durée d'autorisation**

Actuellement, l'autorisation d'activité partielle est accordée pour une durée maximum de 12 mois.

A compter du 1^{er} janvier 2021, les demandes d'autorisation ne pourront être accordées que pour une durée maximum de 3 mois, renouvelable dans la limite de 6 mois, consécutifs ou non, sur une période de 12 mois consécutifs.

Note : Le décret précise que les périodes d'activité partielle antérieures au 1^{er} janvier 2021 ne seront pas prises en compte.

Le décret prévoit que par dérogation, lorsque l'activité partielle est mise en place en raison d'un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel, l'autorisation pourrait être accordée pour une durée maximum de 6 mois, renouvelable.

❖ **Acquisition et prise des congés payés**

La totalité des heures chômées reste prise en compte pour le calcul de l'acquisition des droits à congés payés.

Le décret précise que lorsque les droits à congés acquis pendant une période d'activité partielle sont dus sous la forme d'une indemnité compensatrice, l'employeur est tenu de la verser au salarié en sus de l'indemnité d'activité partielle.

Cette mesure est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2020.

❖ **Taux de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle**

Conformément aux annonces du Gouvernement, le dispositif d'activité partielle actuel est prorogé **jusqu'au 31 décembre 2020**.

– Dispositif actuel maintenu jusqu'au 31 décembre 2020

Activité partielle liée au Covid-19	Actuellement et jusqu'au 31 décembre 2020
Indemnité versée par l'employeur aux salariés	70% de la rémunération brute
Allocation perçue par l'employeur	• 60% de la rémunération brute (limite 4.5 Smic) • 70% dans les entreprises relevant des secteurs protégés et celles fermées administrativement (limite 4.5 Smic)

Sont concernés par le taux majoré à 70%, les employeurs :

- ✓ relevant des secteurs dits « protégés » suivants :
 - Annexe 1 : Les employeurs qui exercent leur activité principale dans les secteurs fortement touchés par la crise,
 - Annexe 2 : Les employeurs qui dépendent des secteurs de l'annexe 1 et qui ont subi une diminution de chiffre d'affaires d'au moins 80% durant la période comprise entre le 15 mars et le 15 mai 2020,
- ✓ dont l'activité principale relève d'autres secteurs que ceux visés ci-dessus, qui implique l'accueil du public et qui est interrompue, partiellement ou totalement, du fait de la propagation de l'épidémie de covid-19, à l'exclusion des fermetures volontaires.

Les Annexes 1 et 2 ont été modifiées et complétées par le décret n° 2020-1319 précité. Ces modifications sont d'application immédiate.

- Dispositif applicable à partir du 1^{er} janvier 2021

➤ Nouveaux taux

Activité partielle liée au Covid-19	A partir du 1 ^{er} janvier 2021
Indemnité versée par l'employeur aux salariés	60 % de la rémunération brute (limite 4.5 SMIC)
Allocation perçue par l'employeur	36% de la rémunération brute (limite 4.5 SMIC). Plancher : 7.23€

En outre, l'indemnité nette versée par l'employeur ne pourra excéder la rémunération nette horaire habituelle du salarié. L'indemnité et la rémunération nettes s'entendent après déduction des cotisations et contributions obligatoires retenues par l'employeur.

Les nouveaux décrets ne prévoient pas de taux majoré à 70% pour les secteurs protégés à partir du 1^{er} janvier 2021.

➤ Rémunération de référence plafonnée à 4.5 SMIC

A compter du 1^{er} janvier 2021, la rémunération maximale prise en compte pour le calcul de l'indemnité horaire sera égale à 4,5 fois le taux horaire du SMIC.

➤ Mode de calcul pour les rémunérations variables

Le décret intègre à l'article R. 5122-18 du Code du travail les modalités de calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle pour les rémunérations variables.

Pour les salariés qui bénéficient d'éléments de rémunérations variables ou versés selon une périodicité non mensuelle, le salaire de référence servant au calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle tient compte de la moyenne de ces éléments de rémunération perçus au cours des 12 mois civils, ou sur la totalité des mois travaillés si le salarié a travaillé moins de 12 mois civils, précédant le premier jour de placement en activité partielle de l'entreprise.

Note : cette règle est prévue à l'article 2 du décret n°2020-435 du 16 avril 2020 et doit prendre fin le 31 décembre 2020. Du fait de son intégration dans le Code du travail, cet article 2 est abrogé à compter du 1^{er} janvier 2021.

- Dispositif d'APLD

Le décret n° 2020-1316 apporte également des précisions au dispositif d'APLD.

❖ **Allocation d'activité partielle**

Le taux horaire de l'allocation versée à l'employeur par l'Etat reste fixé à 60% de la rémunération brute dans la limite de 4.5 SMIC.

A titre dérogatoire, le décret prévoit que le taux horaire de l'allocation d'APLD est égal au taux horaire de l'allocation de l'activité partielle qui serait applicable à l'employeur lorsque ce taux est supérieur.

Cela concerne les entreprises dites « protégées » ou celles fermées administrativement qui bénéficient d'un taux majoré à 70% dans le cadre du dispositif d'activité partielle. Si elles sont couvertes par un accord APLD, elles bénéficieraient donc d'un taux à 70%.

Cette disposition s'applique depuis le 1^{er} novembre 2020 et jusqu'au 31 décembre 2020 dans la mesure où le taux de l'allocation passe à 36% à partir du 1^{er} janvier 2021, sans distinction entre les entreprises.

❖ **Information du CSE**

L'article 2 al. 4 et 5 du décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 prévoit que l'employeur n'est pas tenu de rembourser les allocations d'activité partielle en cas de non-respect de ses engagements lorsque la situation économique de l'entreprise ne le permet pas ou lorsque les perspectives d'activité se sont dégradées.

Le décret impose à l'employeur d'informer les institutions représentatives du personnel et, le cas échéant, les organisations syndicales signataires de l'accord collectif :

- ✓ Lorsqu'il saisit l'autorité administrative d'une demande tendant au bénéfice des dispositions précitées ;
- ✓ lorsque l'autorité administrative indique à l'employeur qu'en application de ces dispositions elle ne lui demandera pas le remboursement de tout ou partie des sommes qu'il doit.

Cette disposition s'applique depuis le 1^{er} novembre 2020.

 Coronavirus – Protocole sanitaire mis à jour le 29 octobre

Depuis le vendredi 30 octobre, la France est de nouveau confinée. Le Gouvernement a annoncé également le renforcement des mesures en entreprise.

Le protocole sanitaire a été mis à jour le 29 octobre. Cette nouvelle version prévoit :

- ✓ **La généralisation du télétravail** à 100% pour les activités qui le permettent (Cf. *Actu-tendance n° 557*). Pour les salariés qui ne peuvent télétravailler :
 - Organisation systématique d'un lissage des horaires de départ et d'arrivée du salarié afin de limiter l'affluence aux heures de pointe ;
 - Réduction des déplacements domicile-travail et aménagement du temps de présence en entreprise pour réduire les interactions sociales ;

- ✓ **Le port du masque est systématique dans les lieux de travail collectifs** clos, sans possibilité de dérogation. La possibilité de retirer temporairement son masque dans les lieux de travail clos et partagés, sous réserve du respect d'autres mesures sanitaires, est supprimée ;
- ✓ **Les réunions en audio ou visioconférence doivent constituer la règle** et les réunions en présentiel l'exception ;
- ✓ L'obligation pour l'employeur :
 - De **rappeler régulièrement le respect systématique des règles d'hygiène et de distanciation** ;
 - **D'informer les salariés de l'existence de l'application « TousAntiCovid »** et de l'intérêt de son activation pendant les horaires de travail ;
- ✓ **La suspension des moments de convivialité** au travail réunissant les salariés en présentiel ;
- ✓ La possibilité pour l'employeur de proposer aux salariés qui sont volontaires, des **actions de dépistage du Covid-19**, au-delà des campagnes de dépistage organisées par les autorités sanitaires. Alors que l'ancienne version du protocole mentionnait qu'il n'appartenait pas aux entreprises d'organiser des campagnes de dépistage, la position du Gouvernement a évolué.

Coronavirus – Prêt de main d'œuvre – Aménagement des règles – Décret n° 2020-1317 du 30 octobre 2020

L'article 52 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne prévoit, jusqu'au 31 décembre 2020, certains assouplissements aux conditions de mise en place du prêt de main-d'œuvre entre entreprises.

Lorsque l'intérêt le justifie eu égard aux difficultés économiques liées à la propagation de la Covid-19 et qu'elle relève de secteurs d'activités particulièrement nécessaires à la sécurité de la Nation et à la continuité de la vie économique et sociale, une entreprise utilisatrice peut bénéficier de prêts de main d'œuvre même lorsque le montant facturé par l'entreprise prêteuse est nul ou inférieur aux salaires versés au salarié, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de sa mise à disposition temporaire.

Le décret du 30 octobre dernier détermine les secteurs d'activité concernés. Il s'agit des secteurs suivants : sanitaire, social et médico-social, construction aéronautique, industrie agroalimentaire et transport maritime.

Il précise pour chaque secteur les conventions collectives concernées ou les code NAF.

Etat d'urgence – Projet de loi – Calendrier

Le projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire est actuellement en cours d'examen.

Il prévoit notamment de prolonger l'état d'urgence jusqu'au 16 février 2021 et de rétablir voire prolonger, par ordonnance, des mesures prises précédemment dans le domaine du droit du travail (*Cf Actu-tendance n° 557*).

Le projet de loi :

- ✓ a été adopté par l'Assemblée nationale, le 24 octobre, en première lecture ;
- ✓ a été adopté par le Sénat en première lecture le 30 octobre après l'avoir modifié ;

La commission mixte paritaire, qui s'est réunie le 30 octobre, n'est pas parvenue à un accord entre les 2 chambres.

Le projet de loi a été adopté en 2^{ème} lecture par l'Assemblée nationale le 4 novembre.
Le 5 novembre, les sénateurs ont rétabli la version qu'ils avaient adoptée en première lecture.

Les 2 chambres demeurent en désaccord. Mais le projet de loi retourne à l'Assemblée nationale le 7 novembre lors de la lecture définitive.

CONTACTS

152 bis, rue de Longchamp - 75116 Paris

Tél. : +33 (0)1 44 94 96 00

societe@actanceavocats.com



actance
—— société d'avocats ——

actance
société d'avocats

