OD *Plus*

Actualités sociales

DANS CE NUMÉRO

PG. 1

L'arrêt du mois

- Un accord collectif excluant les salariés inaptes de l'indemnité de licenciement conventionnelle est discriminatoire

PG. 2

Les arrêts en bref

PG. 3

A ne pas manquer

PG. 4

Actus du cabinet

A NE PAS MANQUER

Infographie

Le dépistage de la Covid-19 en entreprise à l'aide des tests antigéniques

PG. 3

Ogletree Deakins

L'ARRÊT DU MOIS

UN ACCORD COLLECTIF EXCLUANT LES SALARIÉS INAPTES DE L'INDEMNITÉ DE LICENCIEMENT CONVENTIONNELLE EST DISCRIMINATOIRE

Par un arrêt rendu le 9 décembre 2020, la Cour de Cassation confirme sa jurisprudence selon laquelle une différence de traitement, résultant d'une convention ou d'un accord collectif, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, n'est pas présumée justifiée lorsqu'elle est fondée sur un motif discriminatoire.

Une salariée, engagée en qualité d'agent commercial par la société *Air Inter* aux droits de laquelle vient la société *Air France*, a été placée en arrêt maladie puis licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement. Elle saisit la juridiction prud'homale afin d'obtenir un rappel d'indemnité de licenciement. Elle considère, à ce titre, que la convention collective d'entreprise du personnel au sol de la société *Air France* intègre des dispositions discriminatoires fondées sur l'état de santé.

Cette convention prévoyait, en effet, des modalités différentes de calcul de l'indemnité pour les salariés licenciés pour inaptitude et pour les salariés licenciés pour un autre motif, à l'exception du motif disciplinaire. Les premiers, par renvoi à la convention nationale du personnel au sol des entreprises du transport aérien, ne pouvaient prétendre qu'à une indemnité maximale de 18 mois de salaire ; tandis que les seconds pouvaient prétendre à une indemnité maximale de 24 mois.

La Société *Air France* a fait valoir qu'un accord collectif négocié et signé par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, pouvait prévoir des modalités différentes de calcul de l'indemnité de licenciement selon les causes de licenciement. Elle a également contesté le caractère discriminatoire des dispositions conventionnelles concernées car la différence de traitement ne reposait pas, selon elle, sur l'état de santé du salarié mais sur l'inactivité de ce dernier objectivement engendrée par l'inaptitude.

La Cour d'appel de Poitiers, approuvée par la Cour de Cassation, retient la discrimination fondée sur l'état de santé, déclare la clause inopposable à la salariée licenciée en raison de son inaptitude et condamne la société à payer une somme au titre du solde de l'indemnité de licenciement.

La Cour de Cassation rappelle, en outre, qu'une différence de traitement, fondée sur des motifs prohibés par l'article L.1132-1 du Code du travail et résultant des stipulations d'une convention ou d'un accord collectif, négocié et signé par des organisations syndicales représentatives, ne peut être présumée justifiée au regard du principe de non-discrimination.

Dès lors, en l'absence d'élément objectif et pertinent la justifiant, est nulle en raison de son caractère discriminatoire fondé sur l'état de santé du salarié la disposition d'une convention collective excluant les salariés licenciés pour inaptitude de l'indemnité de licenciement qu'elle institue.

La Cour de Cassation confirme, ainsi, sa jurisprudence en la matière (*Cass. Soc., 9 octobre 2019, n°17-16.642*).

Cass. Soc., 9 décembre 2020, n°19-17.092

LES ARRÊTS EN BREF

L'exigence d'une signature de l'employeur sur les contrats à durée déterminée

Les contrats à durée déterminée doivent être revêtus de la signature de l'employeur. A défaut, ces contrats ne peuvent pas être considérés comme ayant été établis par écrit et sont, en conséquence, réputés conclus pour une durée indéterminée (Cass. Soc., 9 décembre 2020, n°19-16.138).

L'absence de prise en compte du nombre de documents demandés au juge

Un salarié qui s'estime victime de discrimination demande en référé la communication d'éléments détenus par l'employeur et permettant d'établir la différence de traitement. Sa demande ne peut être écartée au seul motif du grand nombre des documents demandés. Le juge doit, ainsi, après avoir estimé que les salariés justifiaient d'un motif légitime, vérifier quelles mesures étaient indispensables à la protection de leur droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitée (Cass. Soc., 16 décembre 2020, n° 19-17.637).

La protection légale conférée en raison d'un accident du travail face à une absence ininterrompue

Au cours des périodes de suspension du contrat de travail du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, l'employeur ne peut rompre ce contrat que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie. Dès lors, le licenciement motivé par l'absence ininterrompue du salarié à l'origine de graves perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise rendant nécessaire son remplacement définitif est nul (Cass. Soc., 9 décembre 2020, n°19-19.273).

Le rejet d'une action de groupe fondé sur des faits générateurs de discrimination antérieurs

L'action de groupe en matière de discrimination n'est possible que pour les faits postérieurs à la loi du 18 novembre 2016 selon le tribunal judiciaire. Dès lors, seuls les faits générateurs de la discrimination postérieurs à la promulgation de la loi peuvent être pris en compte (Tribunal judiciaire de Paris, 15 décembre 2020, n° 18/04058).

La prise en compte des salariés mis à disposition dans l'effectif peu important leur choix lors des élections professionnelles

Les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des 12 mois précédents, peu important le choix exercé quant au droit de vote pour l'élection des représentants du personnel au sein du comité social et économique (Cass. Soc., 2 décembre 2020, n°19-60.141).

A NE PAS MANQUER

LE DÉPISTAGE DE LA COVID-19 EN ENTREPRISE À L'AIDE DES TESTS ANTIGÉNIQUES

Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 + Circulaire du 14 décembre 2020 relative au déploiement des tests antigéniques au sein des entreprises publiques et privées

Entreprises → Salariés volontaires

peuvent proposer un dépistage de la Covid-19 :

- en cas de doute sur leur statut virologique
- dès l'apparition des symptômes évocateurs

Précisions + Conditions

RECOMMANDATIONS AVANT LE LANCEMENT D'UNE CAMPAGNE DE TEST

Dialogue social et information des salariés : Proposer des actions de dépistage après avoir informé les instances de représentation du personnel et les salariés sur certains éléments (ex : garanties concernant le strict respect du volontariat et du secret médical…etc.).

Prendre contact avec le point de contact unique mis en place pour la réalisation des tests antigéniques par les services de l'Etat (préfecture et ARS) dans chaque département.

Associer le Service de Santé au Travail (SST) à la mise en place de l'action de dépistage s'il est disponible ou, à défaut, à d'autres professionnels de santé.

Rédaction d'un protocole pour identifier la conduite à tenir en cas de résultat positif.

SALARIÉ ÉLIGIBLE À UN TEST ANTIGÉNIQUE

Priorité aux :

Personnes symptomatiques à condition que le test soit réalisé dans un délai < ou = à 4 jours

→ 65+ ou Risque de développer une forme grave de la Covid-19

- En cas de test négatif : Recommander de faire une consultation médicale et une confirmation par test RT-PCR
- En cas de test positif : Aucune confirmation par test RT-PCR nécessaire

→ Autres personnes : Aucune confirmation par test RT-PCR nécessaire

Personnes asymptomatiques lorsqu'elles sont personnes contacts identifiées isolément ou au sein d'un cluster

A titre subsidiaire :

Personnes asymptomatiques, dans le cadre d'un diagnostic, lorsque les professionnels de santé l'estiment nécessaire

Recours non-recommandé :

- Personnes asymptomatiques qui ne sont pas personnes contacts
- Personnes symptomatiques depuis plus de 4 jours

CONDITIONS DE RÉALISATION DES TESTS ANTIGÉNIQUES

Conditions liées au dépistage collectif

- Organisation possible au sein de :

Populations ciblées
(ex : une entreprise)

en cas de :
- cluster (suspect ou avéré) ou
- de circulation particulièrement active du virus dans le département où est située l'entreprise (potentiel de contamination, prévalence…etc.)

- Déclaration préalable aux représentants de l'Etat dans le département et à l'ARS **au moins 2 jours ouvrés avant le lancement de l'opération** sauf en cas de situations de cluster suspecté ou avéré.

https://contacts-demarches.interieur.gouv.fr/covid/dpodc/

- Respect des prescriptions de l'article 26-1 de l'arrêté du 10 juillet 2020 et de son annexe.
- Opérations ponctuelles et ciblées sur des lieux précis.

Conditions liées au volontariat du salarié

Accord libre et éclairé du salarié **+** Après une information claire, loyale et appropriée

Interdiction :
- d'imposer le test antigénique à un salarié ou
- de sanctionner un salarié ayant refusé le test

Condition liée à la réalisation du test par des professionnels

Prélèvement réalisé par ou sous la responsabilité de (avec toutes les précautions nécessaires à la manipulation du virus) :

Médecin · Chirurgien-dentiste · Maïeuticien · Pharmacien · Masseur-kinésithérapeute · Infirmier

Possibilité d'organiser des campagnes de dépistage à partir des autres tests virologiques autorisés (RT-PCR et RT-LAMP) sous la responsabilité d'un laboratoire de biologie médicale.

Condition liée à la prise en charge des frais

Coût du test directement supporté par l'employeur

Ne pas excéder le coût unitaire de 8,05 €

Coût des frais des professionnels de santé libéraux uniquement supporté par l'employeur

Interdiction de demander une participation financière aux salariés

RÉSULTAT DU TEST ET CONTACT TRACING

Délivrance du résultat par les professionnels de santé, qui doivent :

- lire le résultat des tests
- valider le compte rendu écrit remis au salarié
- réaliser la saisie dans l'application déclenchant le contact tracing des cas positifs

Secret médical ⚠

Interdiction à l'employeur :

- d'avoir connaissance du résultat des tests pratiqués ou
- de recenser les salariés testés ou
- d'enregistrer les données personnelles relatives à l'état de santé des salariés ou
- d'accéder à des informations statistiques si elles permettent d'identifier les salariés contaminés

Seul le salarié peut décider :

- de révéler le résultat du test à son employeur ou
- d'autoriser le transfert des données le concernant à un autre médecin

Cas positif +

Professionnel de santé

Oriente le salarié vers son **médecin traitant**

Rappelle au salarié la nécessité de **s'isoler sans délai**, d'appliquer les **consignes sanitaires**

Conseille au salarié **d'informer son employeur du résultat** afin de faciliter le contact tracing

Salarié depisté positif

Informe l'employeur de sa situation médicale afin que celui-ci puisse rapidement prendre les mesures nécessaires pour préserver les autres salariés et rompre la chaîne de contamination

Positif hors de l'entreprise ? **Encouragé à transmettre son résultat au médecin du travail** ou donner son consentement pour que le professionnel de santé le fasse à sa place.

Aide les autorités sanitaires pour le contact tracing en facilitant l'identification des personnes avec qui il a été en contact rapproché sans masque au cours des 7 derniers jours et en communiquant les coordonnées de son employeur et celles de son service de santé au travail

Communique à son employeur le nom des personnes avec qui il a été en contact rapproché au cours des 7 derniers jours précédant le test

Employeur

Interdiction d'imposer un test négatif pour le retour au travail du salarié

S'appuie sur ou **met à jour son évaluation des risques** et les mesures de prévention

Détection d'un cluster → Information immédiate, par l'entreprise et/ou le professionnel de santé, de l'ARS qui procédera à un dépistage via un test RT-PCR

Cas négatif –

Résultat à prendre avec précaution en raison des faux-négatifs. Continuer d'appliquer les gestes barrières (port du masque, distanciation sociale).

ACTUS DU CABINET

7 décembre

Interview et décryptage de Cécile Martin, associée, sur l'arrêt du 25 novembre 2020 sur les données personnelles et le droit à la preuve publié dans le Semaine Sociale Lamy n°1932 du 7 décembre 2020.

10 décembre

Atelier sur le thème du harcèlement et de la discrimination au travail dans le cadre de notre partenariat avec la Clinique Juridique de la Sorbonne. Interventions de Lucille Gressier et Pierre-Alexis Quéré, collaborateurs, et Demet Cacan, juriste.

L'équipe d'Ogletree Deakins vous souhaite
une très belle année 2021 !

QUI CONTACTER ?

Jean-Marc Albiol
Associé, Avocat à la cour
jean-marc.albiol@ogletree.com

Sophie Binder
Associée, Avocate à la cour
sophie.binder@ogletree.com

Cécile Martin
Associée, Avocate à la cour
cecile.martin@ogletree.com

Nicolas Peixoto
Associé, Avocat à la cour
nicolas.peixoto@ogletree.com

Karin Dulac
Counsel, Avocate à la cour
karin.dulac@ogletree.com

Alexandre Abitbol
Counsel, Avocat à la cour
alexandre.abitbol@ogletree.com