



Sélection des « Questions-Réponses » au secteur fédéral LDAJ Janvier-Février 2019

Vous trouverez ci-dessous une sélection des questions qui sont parvenues récemment au secteur fédéral LDAJ et les réponses apportées par les membres du secteur.

Les questions-réponses sont classées en deux parties : **secteur privé** (Code du travail, CCN66, CCN 51,...) et **fonction publique hospitalière**.

Pour rappel, le secteur LDAJ ne répond pas aux questions individuelles des salariés qui doivent solliciter en amont leur syndicat local, UL, USD ou UD.

Pour rappel, tous les anciens numéros « Questions-Réponses au secteur LDAJ », les numéros de la lettre d'information juridique fédérale ainsi que les veilles juridiques mensuelles de notre champ fédéral sont disponibles sur le site fédéral www.sante.cgt.fr dans la rubrique « vos droits ».

De même, des recueils et des fiches juridiques sont consultables sur le site fédéral :

- Recueil des textes : <http://www.sante.cgt.fr/Les-recueils-de-textes>
- Page juridique santé et action sociale privées : <http://www.sante.cgt.fr/Page-juridique-Sante-privee>
- Sélection des textes dans la fonction publique hospitalière : <http://www.sante.cgt.fr/Recueil-des-textes-juridiques-dans-la-fonction-publique-hospitaliere>

Le secteur LDAJ de la Fédération CGT Santé Action Sociale

Droit privé

1) Le fait d'avouer des faits enregistrés sur une vidéosurveillance éclipse-t-il le fait de ne pas avoir été informé de sa présence ?

NON. Quand bien même un salarié aurait avoué de tels faits, il ne peut être sanctionné si l'employeur ne l'a pas informé de l'existence du dispositif.

Telle a d'ailleurs été la décision rendue par la Cour de cassation dans une affaire où la direction avait licencié un salarié pour faute grave suite à des preuves obtenues par un système de vidéosurveillance et la reconnaissance des faits constatés devant des officiers de police.

Or, « l'employeur avait déposé plainte pour des faits de vols en se fondant sur les images de la vidéosurveillance et [...] l'audition de la salariée par les services de gendarmerie était consécutive à cette exploitation des images de vidéosurveillance, illicite en raison de l'absence d'information de la salariée de l'existence du système de surveillance » ; en ce sens, « la cour d'appel, qui a fait ressortir le lien existant entre ces deux éléments de preuve, a légalement justifié sa décision [de dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse notamment] ». (cf Ccass Soc 20 septembre 2018 n°16-26482)

▲ Il faut donc faire attention et s'assurer qu'il y a bien une corrélation entre les aveux et les preuves recueillies par le système. En l'espèce, le premier était la conséquence du second.

Une note sur l'utilisation des vidéos de surveillance sur le lieu de travail est disponible sur le site fédéral : <http://www.sante.cgt.fr/L-utilisation-des-videos-de-surveillance-sur-le-lieu-de-travail>

2) Un syndicat non représentatif a-t-il un intérêt à agir en justice pour contester des élections professionnelles ?

OUI. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé ce principe dans un arrêt récent : Ainsi, « a nécessairement intérêt à agir en contestation de la régularité des élections, une organisation syndicale qui a vocation à participer au processus électoral » (cf Ccass Soc 20 septembre 2018 n°17-26226), ce qui, en référence à l'ancien article L.2324-4 du Code du travail (actuel article L.2314-5 CT) mentionné dans le visa de l'arrêt, correspond notamment aux organisations « qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés ».

Nul besoin, comme l'avait décidé à tort la cour d'appel, qu'il soit fait la preuve de l'implantation de l'organisation syndicale dans l'entreprise pour justifier de l'intérêt à agir.

3) La mention dans une convention ou un accord collectif de la possibilité de changer de grade permet-elle de se passer de la signature d'un avenant ?

NON. Selon la doctrine, le contrat de travail et la convention collective sont des sources autonomes du droit du travail. Il en résulte qu'un accord collectif ne peut pas modifier un contrat de travail.

Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que « la référence dans le contrat de travail aux dispositions d'un accord collectif de travail n'implique pas que ces dispositions ont été contractualisées » (cf Ccass Soc 26 septembre 2012 n°11-10220) et qu'« appréciant, hors toute dénaturation, la valeur et la portée des éléments de preuve, la cour d'appel, sans se fonder sur la seule référence dans les contrats de travail aux dispositions de l'accord du 26 avril 1978, a estimé qu'était établie la volonté claire et non équivoque de l'employeur de conférer au mode de rémunération prévu par cet accord une valeur contractuelle ; que le moyen n'est pas fondé » (cf Ccass Soc 5 octobre 2017 n°16-13581).

A côté de cela, il convient de préciser que « en énonçant que "Conventionnellement, les 24 heures travaillées doivent être payées 39 heures", les notes de la direction des 9 janvier et 13 décembre 2001 ne font que reprendre les dispositions de l'accord national du 18 mai 1982 qui garantit une rémunération minimale calculée sur la durée légale alors en vigueur, qu'elles ne sauraient donc valoir engagement de l'employeur de continuer à calculer la rémunération des équipes de suppléance sur la base de 169 heures, et alors, d'autre part, que la contractualisation d'un mode de calcul de rémunération prévu par une convention collective ne peut résulter de la seule persistance de ce calcul durant plusieurs mois » (cf Ccass Soc 30 juin 2010 n°08-43733), de sorte que la contractualisation d'un mode de calcul de rémunération prévu par une convention collective ne peut résulter de la seule persistance de ce calcul durant plusieurs mois. Il a même été explicitement expliqué que « l'application volontaire par un employeur d'une convention collective résultant de la mention dans un contrat de travail n'implique pas à elle seule l'engagement d'appliquer à l'avenir les dispositions [des] avenants [de la convention], même lorsque cette mention est reproduite sur les bulletins de salaire ultérieurs » (cf Ccass Soc 2 avril 2003 n°00-43601).

La référence dans le contrat de travail aux dispositions d'un accord collectif n'implique pas que ces dispositions ont été contractualisées. Le juge ne peut donc se fonder sur la seule référence dans les contrats de travail aux dispositions de l'accord collectif.

Il convient donc de signer l'avenant au contrat de travail.

4) Un syndicat peut-il envoyer des tracts aux salariés sur leur boîte mail professionnelle ?

OUI mais avec l'accord préalable de son employeur. L'article L.2142-6 du Code du travail dispose qu'un accord d'entreprise peut définir les conditions et les modalités de diffusion des informations syndicales au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise.

A défaut d'accord, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise et satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe.

L'utilisation par les organisations syndicales des outils numériques mis à leur disposition doit satisfaire l'ensemble des conditions suivantes :

- 1° Être compatible avec les exigences de bon fonctionnement et de sécurité du réseau informatique de l'entreprise ;
- 2° Ne pas avoir des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise ;
- 3° Préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message ».

Les juges vont dans ce sens et clarifient davantage la situation : « la diffusion de tracts et de publications syndicaux sur la messagerie électronique que l'entreprise met à la disposition des salariés n'est possible qu'à la condition, soit d'être autorisée par l'employeur, soit d'être organisée par voie d'accord d'entreprise » (cf Ccass Soc 25 janvier 2005 n°02-30946). D'ailleurs, un tel accord peut interdire « les envois particuliers ou en masse de messages ou de documents (dit "spam") au personnel de l'entreprise, quels qu'ils soient, quelle que soit la forme de l'envoi (internet messagerie interne), et de quelque ordinateur que ce soit » (cf Ccass Soc 12 juillet 2017 n°15-27742), auquel cas, une sanction disciplinaire peut être prononcée à l'encontre de la personne n'ayant pas respecté l'accord (dans ce cas, le DS à l'origine de l'envoi de ces mails avait été interdit par l'employeur d'accès à la messagerie du syndicat pour une durée de trente jours).

Un accord peut déterminer les conditions dans lesquelles les syndicats peuvent envoyer des tracts syndicaux aux salariés notamment par mail.

MAIS ceci doit être réalisé conformément aux stipulations mentionnées dans ledit accord auquel cas l'acte litigieux pourra notamment justifier la prononciation d'une sanction disciplinaire à l'encontre de la personne à l'origine de l'envoi litigieux.

5) Le salarié protégé s'étant vu licencié sans autorisation administrative préalable a-t-il un délai pour demander sa réintégration ?

NON aucun délai n'est imparti au salarié protégé pour demander sa réintégration lorsque la rupture de son contrat de travail a été prononcée en violation du statut protecteur (cf Ccass Soc 11 décembre 2001 n°99-42476).

MAIS il convient de faire attention.

En effet, « lorsque le salarié demande sa réintégration pendant la période de protection, il a droit, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, à une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de son éviction jusqu'à sa réintégration ; que cette indemnité lui est également due lorsque la demande de réintégration est formulée après l'expiration de la période de protection en cours pour des raisons qui ne sont pas imputables au salarié ; que, toutefois, dans cette dernière hypothèse, le salarié qui présente de façon abusive sa demande de réintégration tardivement, n'a droit, au titre de la violation du statut protecteur, qu'à la rémunération qu'il aurait perçue du jour de la demande de réintégration à celui de sa réintégration effective » (cf Ccass Soc 7 novembre 2018 n°17-14716)

Dans cette affaire, le RP avait demandé sa réintégration seulement 4 ans après la fin de sa protection ; il a dit avoir envoyé à l'époque une lettre simple à son employeur soulevant la nullité de son licenciement et demandant sa réintégration mais n'en apporte pas la preuve.

Sauf justification, la demande de réintégration tardivement abusive d'un salarié dont le statut protecteur avait été violé, aura pour effet de faire courir la perception de la rémunération qui lui est due à ce titre du jour de la demande de réintégration à celui de sa réintégration effective et non du jour de son éviction à sa réintégration.

6) Le règlement intérieur s'applique-t-il en cas de transfert d'entreprise ?

NON.

En cas de transfert des contrats de travail des salariés dans le cadre d'un transfert d'entreprise survenu suite à la modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par la succession, la vente, la fusion, la transformation du fonds, ou encore la mise en société de l'entreprise – comme prévu par l'article L.1224-1 du Code du travail : « *le règlement intérieur s'imposant aux salariés avant le transfert de plein droit de leurs contrats de travail, aux termes de l'article L. 1224-1 du code du travail, vers une société nouvellement créée [n'est] pas transféré avec ces contrats de travail* » (cf Ccass Soc 17 octobre 2018 n°17-16465).

Dès lors, le règlement intérieur ne peut être utilisé par le nouvel employeur et à plus forte raison en matière disciplinaire.

Fonction publique hospitalière

1) Est-ce que les heures mutualisées départementales qui n'ont pas été utilisées en 2018 peuvent se reporter sur l'année 2019 ?

Non. Cela n'est pas prévu par le Décret 86-660 relatif au droit syndical dans la fonction publique hospitalière.

Les crédits d'heures syndicales, de l'article 16, qui n'ont pu être utilisés durant l'année civile dans les établissements de moins de 800 agents sont additionnés au niveau départemental au profit de chaque organisation syndicale bénéficiaire et sont comptabilisés à l'issue de chaque année civile, reportés et utilisés l'année suivante par chaque organisation syndicale.

Donnent lieu à ce report les crédits d'heures non utilisés par les organisations syndicales déclarées dans l'établissement ainsi que les crédits d'heures non utilisés du fait que l'organisation syndicale concernée ne s'est pas déclarée dans l'établissement dans les conditions prévues.

Toutefois, ces heures mutualisées départementales, prévues par l'article 29-1 du Décret 86-660, non utilisées sur l'année N ne peuvent pas se reporter sur l'année N+1.

Donc, si elles n'ont pas été utilisées par l'USD au 31 décembre, elles sont perdues...sauf accord de l'administration.

Depuis 2016, cela ne concerne que les heures syndicales de l'article 16 dans tous les établissements de moins de 800 agents et non plus 500 agents.

2) Les suppléants CTE dans un établissement public de santé peuvent-ils siéger en réunion et bénéficier d'une ASA au titre de ce mandat ? De plus, est-ce que le temps de réunion de CHSCT doit s'imputer sur les heures de délégation mensuelles ?

- a) Pour le CTE, il est recommandé de faire une lecture attentive des articles R. 6144-68 à D. 6144-81 sur le fonctionnement du CTE dans les établissements publics de santé.

Il est prévu que lorsqu'ils ne siègent pas avec voix délibérative, **les membres suppléants peuvent assister aux séances du CTE dans la limite d'un représentant par organisation syndicale sans pouvoir prendre part aux débats ni aux votes.**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006196736&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20180912>

De plus, l'article 15 du Décret 86-660 prévoit que sur simple présentation de leur convocation, les représentants syndicaux se voient accorder une autorisation d'absence lorsqu'ils sont appelés à siéger dans les instances, dont le CTE.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=9BDA9EE3A5C208604888CC57374F3941.tplgfr27s_3?idArticle=LEGIARTI000032886036&cidTexte=LEGITEXT000006065634&dateTexte=20190124

Donc, il est possible de négocier et de prévoir dans le règlement intérieur que, même s'il n'est prévu la présence physique que d'un seul suppléant en réunion, tous les représentants suppléants puissent être destinataires des convocations, ODJ et documents s'y rapportant.

Cela permettrait à n'importe le(la)quel(le) des suppléant(e)s de participer aux réunions avec les mêmes droits que les titulaires, à savoir une ASA avec, outre les délais de route, une durée de temps égale au double de la durée prévisible de la réunion, destinée à permettre aux intéressé-e-s d'assurer la préparation et le compte rendu des travaux.

- b) Pour les heures de délégation au CHSCT, ce sont les articles L. 4614-3 et suivants du Code du travail, abrogés dans le secteur privé mais toujours applicables dans la FPH, qui en déterminent le fonctionnement.

Il est prévu que le temps passé en heures de délégation est de plein droit considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale.

Est également payé comme temps de travail effectif et n'est pas déduit des heures de délégation, le temps passé :

1° Aux réunions ;

2° Aux enquêtes menées après un accident du travail grave ou des incidents répétés ayant révélé un risque grave ou une maladie professionnelle ou à caractère professionnel grave ;

3° A la recherche de mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité, notamment lors de la mise en œuvre de la procédure de danger grave et imminent.

Donc, le temps de réunions et d'enquêtes du CHSCT n'est pas déduit des heures mensuelles de délégation.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006189747&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20090119>

3) Que se passe-t-il s'il y a une égalité des voix lors de l'élection pour la désignation du Secrétaire du CTE ou du CHSCT ?

En cas d'égalité des voix lors d'un vote pour la désignation du poste de Secrétaire au CTE ou au CHSCT, la jurisprudence constante prévoit qu'en cas de partage des voix et dans le silence du règlement intérieur, **cette désignation doit se faire, conformément aux règles habituelles du droit électoral et sans qu'il soit porté atteinte au principe de non-discrimination en raison de l'âge, au profit du candidat le plus âgé.**

C'est ce qu'a indiqué, entre autres, un arrêt de la Cour de cassation au sujet de la désignation des membres du bureau du comité d'entreprise dans le secteur privé.

Cette jurisprudence est transposable à l'ensemble des instances représentatives du personnel quand rien n'est prévu à ce sujet dans le règlement intérieur de l'instance.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00024915979&fastReqId=2000073262&fastPos=1>

4) Suite à l'annonce du gouvernement de défiscalisation des heures supplémentaires, est-ce que cette mesure va s'appliquer pour les agents de la fonction publique hospitalière ?

Oui. Cette mesure de défiscalisation des heures supplémentaires et complémentaires est prévue à compter du 1^{er} janvier 2019 par l'article 2 de la LOI n° 2018-1213 du 24 décembre 2018 portant mesures d'urgence économiques et sociales et l'article 7 de la LOI n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019.

Il est prévu que ces dispositions sont également applicables, selon des modalités prévues par décret, aux éléments de rémunération versés aux agents publics titulaires et non titulaires au titre des heures supplémentaires qu'ils réalisent ou du temps de travail additionnel effectif.

Le Décret n° 2019-40 du 24 janvier 2019 relatif à l'exonération de cotisations salariales des heures supplémentaires et complémentaires pour les salariés du secteur privé a été publié pour les salariés du secteur privé.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038052425&dateTexte=&categorieLien=id>

Pour les agents de la fonction publique, c'est le Décret n° 2019-133 du 25 février 2019 qui va concerner l'application aux agents publics de la réduction de cotisations salariales et de l'exonération d'impôt sur le revenu au titre des rémunérations des heures supplémentaires ou du temps de travail additionnel effectif.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038168767&categorieLien=id>

5) Est-ce qu'une aide-soignante travaillant à temps partiel à 80 % pour convenance personnelle peut cumuler de droit son emploi avec une activité privée ?

Non.

L'article 25 septies de la Loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, y compris dans la fonction publique hospitalière, indique que :

" Le fonctionnaire consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. "

Donc, sauf dérogations et autorisation de l'employeur public, **le cumul d'emploi est interdit aux agents publics qui encourent, pour ce fait, une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à la révocation et au reversement des sommes perçues au titre des activités interdites, par voie de retenue sur le traitement.**

D'autre part, les agents sont tenus d'une obligation de loyauté envers leur employeur public et doivent impérativement informer leur administration de tous les changements intervenants dans leur vie professionnelle.

Donc, l'agent doit envoyer sa demande auprès de l'administration en détaillant toutes les informations nécessaires sur cette activité privée.

Dans certains cas, l'administration peut saisir la commission de déontologie de la fonction publique d'une demande d'avis ou de recommandation.

Il existe des dérogations pour les fonctionnaires, les agents non titulaires de droit public qui peuvent être autorisés à cumuler une activité accessoire à leur activité principale, sous réserve que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service.

Un article détaillé du site fédéral est disponible sur ce sujet :

<http://www.sante.cgt.fr/Le-cumul-d-emploi-des-agents-dans-la-fonction-publique-hospitaliere>

Février 2019 - Secteur LDAJ de la Fédération CGT Santé Action sociale