FEVRIER 2023 Bulletin N°66

BULLETIN DES ETUDIANTS EN MASTER 2

DROIT DE L'ENTREPRISE - PARCOURS DROIT SOCIAL





SOMMAIRE

Article 1

Article 2

Article 3

COVID 19 – Le délai de carence supprimé – l'impact sur le contrat de travail Page 6

Article 4

Actualités Master II Droit de l'Entreprise – parcours Droit Social

2023 promet d'être une année exceptionnellement chargée d'actualités sociales.

Avec l'annonce gouvernementale de la réforme des retraites, l'année a commencé sur les « chapeaux de roues »!

Face au gouvernement qui se veut intransigeant, les oppositions font rage et les manifestations se multiplient avec la volonté de faire obstruction à ce nouvel âge légal de départ à la retraite qui devrait atteindre 64 ans à l'horizon 2030, engendrant ainsi une durée de cotisation égale à 43 ans afin d'obtenir une pension à taux plein!

Également, il est à préciser que depuis le début du mois, de nouvelles règles d'indemnisation s'appliquent pour les nouveaux demandeurs d'emploi. En effet, la durée d'indemnisation des chômeurs sera désormais en fonction de la « conjoncture économique ». Si le marché du travail est favorable (un taux de chômage inférieur à 9%), la durée d'indemnisation sera écourtée de 25%, a contrario, si la situation se dégrade, la durée d'indemnisation actuelle sera maintenue.

Cette année réformiste ne va certainement pas cesser de nous surprendre.

Dans le cadre de ce bulletin, différents thèmes relatifs au domaine de « *l'exécution du contrat de travail* » seront abordés, nous vous laissons le loisir de les découvrir.

Bonne lecture!



Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master Droit de l'entreprise parcours Droit Social, l'UFR ou l'UPIV.

Le temps de trajet du salarié itinérant : une évolution jurisprudentielle affirmée

Dans un arrêt en date du 23 novembre 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la qualification du temps de trajet d'un salarié itinérant et a ainsi rompu avec la jurisprudence antérieure.

En l'espèce, un attaché commercial a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail. À cette occasion, le salarié sollicitait le rappel d'heures supplémentaires et des congés payés afférents au titre du temps de déplacement effectué entre son domicile et les lieux d'exécution de son contrat de travail.

La Cour d'appel a accueilli les demandes du salarié en prononçant la résiliation judiciaire aux torts exclusifs de l'employeur et condamné ce dernier au versement des sommes réclamées. Les juges du fond retiennent alors que ce temps de trajet est constitutif d'un temps de travail effectif.

L'employeur mécontent, s'est pourvu en cassation invoquant une violation de l'article L.3121-4 du Code du travail. Cette disposition énonce en effet expressément : « le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif ». L'article dispose toutefois que ces trajets peuvent faire l'objet d'une contrepartie sous forme financière ou de repos lorsqu'ils dépassent le temps de trajet normal entre le domicile du salarié et son lieu de travail habituel.

La jurisprudence était jusqu'alors ferme, la Cour de cassation se refusait à qualifier de temps de travail effectif le temps de trajet effectué entre le domicile et le lieu d'exécution du travail. Les salariés itinérants n'avaient pas vocation à faire figure d'exception, même si ces derniers, par définition, n'ont pas de lieu de travail habituel ou fixe. Ainsi, les juges appliquaient de manière stricte l'article L.3121-4, comme en témoigne l'arrêt de la chambre sociale du 30 mai 2018 dans lequel un technicien itinérant invoquant que ses temps de trajet devaient être considérés comme du temps de travail effectif, s'est vu débouté de sa demande en paiement d'heures supplémentaires effectuées au-delà de la durée maximale de travail. Les juges avaient relevé qu'en contrepartie de ses déplacements, le salarié bénéficiait d'un forfait de 16 heures hebdomadaires.

La question posée à la Cour de cassation n'avait donc pas de caractère nouveau. Pourtant dans sa décision du 23 novembre 2022, la Haute juridiction approuve le raisonnement des juges du fond et rejette le pourvoi de l'employeur.

Une décision rendue à la lumière de la jurisprudence européenne

Le présent arrêt révèle la volonté du juge français de se conformer au droit de l'Union européenne (UE). Il se réfère précisément à la jurisprudence de la Cour de justice (CJUE) rendue en mars 2021. Celle-ci souligne que le « temps de travail » et de « période de repos » constituent des notions de droit de l'Union. En conséquence, leur portée ne saurait être déterminée unilatéralement par les États membres sans risquer de méconnaitre la finalité de la directive 2003/88/CE, à savoir assurer sa pleine efficacité et l'application uniforme des notions.

Pour rappel, en 2015, la CJUE avait déjà interprété l'article 2 de la directive définissant le temps de travail et reconnu que le temps de déplacement quotidien consacré par le travailleur itinérant, entre son domicile et les sites du premier et du dernier client, constitue du « temps de travail ». Dès lors, la CJUE avait observé les circonstances de fait et tenu compte des contraintes auxquelles le salarié était soumis. Cette solution n'avait cependant pas été reprise par les juges français privilégiant la stricte lecture du droit national.



Ainsi, la rupture avec la jurisprudence classique française s'explique par la position claire et précise de la CJUE qui impose d'interpréter les dispositions nationales au regard du droit de l'UE et de ce fait, prendre en considération la définition du temps de travail dégagée par le droit communautaire.

L'article L.3121-1 au cœur du revirement jurisprudentiel

L'arrêt de la Cour d'appel de Rennes en date du 17 septembre 2020 était profondément motivé. Pour qualifier le temps de trajet entre le domicile et le premier client ou dernier client du salarié, la Cour s'appuie sur l'article L.3121-1 qui définit le temps de travail effectif. Il s'agit du temps pendant lequel le salarié ne peut vaquer librement à ses occupations personnelles, mais est tenu de rester à la disposition de l'employeur et de se conformer à ses directives.

Dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, les juges du fond ont constaté que le salarié pendant qu'il conduisait, devait être en mesure d'appeler et de répondre à ses interlocuteurs notamment les clients et son supérieur hiérarchique. Ces échanges s'effectuaient à l'aide de son téléphone professionnel et du kit main libre intégré au véhicule mis à sa disposition par l'employeur. De plus, l'attaché commercial intervenait sur un large périmètre géographique et il lui arrivait de réserver des chambres d'hôtel afin de reprendre, le lendemain, le cours de ses visites programmées. Indéniablement, le salarié accomplissait ses fonctions de commercial en dehors de son temps de travail.

Confirmant la décision d'appel, la Cour de cassation soutient dorénavant que lorsque le temps de déplacement du salarié itinérant répond à la définition du temps de travail effectif posée par le Code du travail, l'article L.3121-4 voit son champ d'application exclu. L'analyse juridique devra se faire en deux étapes comme l'explique la Haute juridiction dans un communiqué de presse. En cas de contentieux, le juge vérifiera dans un premier temps, si durant le trajet domicile/premier client et dernier client, le salarié devait se tenir à la disposition de l'employeur et se conformer à ses directives. Auquel cas, ce temps de déplacement devra être qualifié de temps de travail effectif. Dans le cas contraire, le salarié ne pourra prétendre qu'à la contrepartie prévue à l'alinéa 2 de l'article L.3121-4 du Code du travail.

Les conséquences d'une telle qualification sont importantes puisque ces temps de trajet intégrés au temps de travail effectif doivent assurément être rémunérés comme tel.

En conclusion, La solution de l'arrêt n'est pas une surprise. En effet, elle fait suite à une décision de la Cour de cassation d'octobre concernant les astreintes, qui adoptait déjà ce raisonnement en mentionnant la jurisprudence de l'Union. Le juge français peut se féliciter de cette évolution jurisprudentielle qui permet de pallier l'insuffisance de l'article L.3121-4 du Code du travail s'agissant des travailleurs itinérants et d'apprécier in concreto leur temps de trajet. Afin de se prémunir de tout litige, il est nécessaire pour les entreprises de prendre en considération avec sérieux ce revirement opéré par la Cour et de revoir, au besoin, les pratiques internes. Les employeurs auront tout intérêt à clarifier auprès des salariés la définition de « temps de trajet ».

Sarah PRÉVOST

Sources:

- CJUE, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras c. Tyco, 10 septembre 2015 C-266/14
- CJUE, D.J c. Radiotelevizija Slovenija, 9 mars 2021,C-344/19
- Cass. soc, 23 novembre 2022, 20-21.924, Publié au bulletin
- Cass. soc, 26 octobre 2022, 21-14.178, Publié au bulletin
- Cass. soc, 30 mai 2018, 16-20.634, Publié au bulletin
- Communiqué relatif à la décision rendue par la chambre sociale le 23 novembre 2022 Pourvoi n° 20-21.924.
- Art.2, Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail
- C.trav, art. L.3121-1
- C.trav, art. L.3121-4



Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master Droit de l'entreprise parcours Droit Social, l'UFP ou l'UPIV.

Les balbutiements d'un congé exceptionnel pour fausse-couche

Dans un contexte où de plus en plus d'entreprises mettent en place une politique RSE (Responsabilité Sociétale des Entreprises), la fédération Syntec et la fédération Cinov (professions des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils, des sociétés de conseils) ont signé avec les organisations syndicales, le 13 décembre 2022, quatre accords innovants en matière d'organisation du travail. Parmi ces accords, l'un d'entre eux porte sur l'interruption spontanée de grossesse, appelée également fausse-couche. Les dispositions de cet accord prévoient que les salariées subissant une interruption spontanée de grossesse pourront désormais bénéficier d'une autorisation d'absence exceptionnelle de deux jours. Ce congé est non déductible des congés payés et n'entraîne pas de réduction de salaire. Plus encore, l'accord prévoit que le conjoint ou la conjointe de la salariée ayant subi une interruption spontanée de grossesse est aussi concerné(e) avec la possibilité de prendre également ce congé.

Selon un rapport publié le 26 avril 2021 dans la revue médicale britannique « The Lancet », 20 % des grossesses s'achèvent par un arrêt spontané de grossesse. En France, le ministère de la Santé estime que cela concerne environ 200 000 femmes chaque année. Pour autant, les interruptions spontanées de grossesses sont toujours aussi taboues dans le monde du travail.

Pour l'heure, la France ne permet pas de congé exceptionnel pour interruption de grossesse. Ainsi, seules les femmes qui perdent leur fœtus après 22 semaines de grossesse peuvent obtenir un congé maternité. La création d'un congé après une fausse-couche permettrait de reconnaître le deuil des parents quel que soit le stade de la grossesse au moment de la perte.

Un congé (presque) inédit

L'idée d'un congé pour interruption spontanée de grossesse commence doucement à émerger en France depuis quelques mois. La députée Europe Ecologie Les Verts, Paula Forteza, s'est emparée du sujet en 2021. A la tête d'un collectif rassemblant des personnes touchées par des fausses-couches et des professionnels, elle milite pour une série de 17 mesures pour mieux prendre en charge les trois premiers mois de grossesse et notamment pour l'instauration du congé pour interruption spontanée de grossesse. En mars 2022, elle présente une proposition de loi visant la mise en place d'actions de sensibilisation et de communication sur le sujet et la mise en place d'un congé de 3 jours suite à un arrêt spontané de grossesse. L'objectif de ce projet de loi était de « reconnaître officiellement et symboliquement l'existence de ce moment, et du deuil qu'il induit ». Toutefois, cette proposition de loi n'a pas été examinée.

Jusqu'à présent, d'un point de vue conventionnel, aucune convention collective ou accord de branche ne prévoit encore ce congé spécifique. Quelques rares entreprises l'ont récemment adopté en France par le biais d'accords d'entreprise. L'entreprise Critizr a été la première à instaurer un congé pour interruption spontanée de grossesse en mai 2022. Dans cette entreprise, la salariée faisant une fausse-couche peut prendre un congé de 5 jours et le ou la salarié(e) dont la conjointe est dans cette situation peut prendre un congé de 2 jours. Sur le modèle de Critizr, d'autres entreprises ont également mis en place ce congé. C'est le cas de L'Oréal en juin 2022 et de Kellogg's en octobre 2022.

Dans le monde, les pays ayant intégré dans leur législation un congé pour arrêt spontané de grossesse se comptent sur les doigts d'une main. Le premier pays à s'être emparé du sujet est l'Inde. En effet, dès 1961, la législation indienne a prévu 6 semaines de congé pour les femmes ayant vécu un arrêt naturel de grossesse. Toutefois, dans les faits, peu de femmes peuvent réellement en bénéficier puisqu'un très grand nombre de travailleurs ne sont pas déclarés, et, par conséquent, ne peuvent se prévaloir de cette loi. Le Canada, quant à lui, prévoit la possibilité de prendre un congé en cas d'interruption de grossesse, qu'elle soit volontaire ou naturelle, de 3 semaines.



Toutefois, durant ce congé, la salariée ne perçoit ni rémunération de son employeur, ni de « prestation de maternité », ce qui décourage généralement les femmes d'user de leur droit. Depuis le 24 mars 2021, c'est la Nouvelle-Zélande qui a adopté un congé de 3 jours rémunéré par l'employeur pour les parents en cas d'interruption naturelle de grossesse.

Quel avenir pour cette avancée ?

Si on peut se réjouir de la création d'un congé pour interruption spontanée de grossesse dans le secteur des professions des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils, des sociétés de conseils, il convient de patienter pour la mise en œuvre de cette avancée sociale. En effet, l'accord signé par les fédérations Syntec et Cinov n'a pas encore fait l'objet d'un arrêté d'extension. L'avis relatif à l'extension publié au JO du 17 janvier 2023, qui permet aux organisations professionnelles d'employeurs de s'opposer à l'ajout de ce congé dans leur convention collective, n'a pas encore été suivi par la signature et la publication d'un accord d'extension. Cela signifie que, pour l'heure, seules entreprises affiliées aux organisations patronales signataires doivent obligatoirement appliquer cet accord collectif du 13 décembre. Pour le moment, il semble qu'aucune autre branche professionnelle ne travaille sur le sujet.

L'avancée sociale est également limitée dans les entreprises ayant adopté ce congé. En effet, Critizr et Kellogg's sont relativement modestes en matière d'effectifs (respectivement 92 et 180 salariés). S'agissant de L'Oréal, qui compte environ 2500 salariés, l'accord ne permet l'octroi d'un congé pour interruption spontanée de grossesse qu'aux salariées qui en sont la victime. Cela signifie que, contrairement à Critizr et Kellogg's, l'accord d'entreprise signé par L'Oréal n'offre pas de congé pour interruption spontanée de grossesse au conjoint ou à la conjointe de la femme ayant perdu le fœtus. Toutefois, on peut espérer que d'autres accords d'entreprise seront signés dans les mois à venir pour mettre en place un tel congé. En effet, la mise en place d'une politique RSE, avec des mesures comme le congé pour interruption de grossesse, devient un enjeu important pour les entreprises, notamment pour garantir leur image et leur marque.

L'avancée sociale ne pourra être considérée comme telle que lorsque le législateur l'instituera. Et en la matière, on peut considérer qu'il y a de l'espoir puisqu'un projet de loi visant à favoriser l'accompagnement psychologique des femmes victimes de fausse-couche est actuellement examiné à l'Assemblée nationale. Et ce projet de loi fait écho à la création d'un projet de mise en place d'un congé pour fausse-couche par le biais de plusieurs amendements déposés par plusieurs groupes politiques. Affaire à suivre!

Et vous, plutôt pour ou contre la création d'un congé spécial pour fausse-couche rémunéré par l'employeur?

Charlotte SAMSON

Sources

- Convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987 IDCC 1486
- Accord de branche des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseil Accord du 13 décembre 2022 relatif à l'interruption spontanée de grossesse
- « Miscarriage Maters » The Lancet, 26 Avril 2021
- « Un congé spécial pour fausse couche créé pour les femmes qui travaillent dans le secteur de la technologie » Philippe Duport, France Info, 3 février 2023
- « Trois premiers mois de grossesse : une députée veut « une meilleure prise en charge » » Laure Besnier, Ouest France, 3 nov. 2011
- Proposition de loi visant à une meilleure prise en charge de la fausse couche présentée par Mme Paula FORTEZA, députée des Français de l'étranger de 2017 à 2022 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 février 2022
- « Bientôt un « congé fausse couche » pour les salariés du numérique et du conseil » Samuel Chalom, Les Echos, 31 janvier 2023
- Avis du ministre du travail publié le 17 janvier 2023 relatif à l'extension d'avenants et d'accords conclus dans le cadre de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils, sociétés de conseils
- Proposition de loi n°747 visant à favoriser l'accompagnement psychologique des femmes victimes de fausse couche présentée par un collectif de députés enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2023
- Amendements à la proposition de loi n°747 : AS38, AS14, AS7 et AS23 déposés au plus tard le 24 février 2023



Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master Droit de l'entreprise parcours Droit Social, l'UFR ou l'IPIV

COVID 19 – Le délai de carence supprimé – L'impact sur le contrat de travail

Alors même que la question de la COVID-19 commençait à disparaitre de notre quotidien, et voilà que de nouveaux rebondissements surgissent en la matière et notamment alliant la maladie à l'exécution du contrat de travail, impactant ainsi la rémunération des salariés.

La loi de financement de la Sécurité sociale avait précisé que pour 2023, elle prolongerait le régime dérogatoire des arrêts maladie qui s'appliquera jusqu'à une date fixée par décret et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2023.

C'est ainsi qu'un décret paru le 28 janvier 2023 au Journal officiel supprime les arrêts de travail sans délai de carence, du fait de la COVID-19, à partir du 1^{er} février.

En effet, cette décision intervient dans un contexte d'amélioration de la situation sanitaire en France depuis le début de l'année 2023 et c'est pourquoi les règles face à l'épidémie évoluent, permettant à l'Assurance Maladie de réaliser des économies.

Depuis le début de cette épidémie de COVID-19, il a fallu mettre en place de nombreuses règles adaptant travail et COVID-19. C'est pourquoi il y a eu la mise en place des arrêts de travail dérogatoires, sans jour de carence, donc indemnisés dès le premier jour et sans conditions particulières d'éligibilité, qui sont désormais supprimés, et ce quel que soit le salarié.

De plus, Olivier Véran, porte-parole du gouvernement, a annoncé qu'il n'était plus nécessaire de recourir à l'isolement systématique des personnes positives à la COVID-19 et que les tests des cas contacts à partir du 2^{ème} jour ne sont plus requis.

Depuis le 1er février 2023, les arrêts de travail pour cause de contamination à la Covid-19 sont traités comme les autres arrêts maladies. Ce qui veut dire que les salariés devant cesser leur activité professionnelle pour guérison ne bénéficieront plus des dérogations aux jours de carence (trois premiers jours d'un arrêt maladie durant lesquels le salarié malade ne reçoit pas d'indemnité de l'Assurance maladie).

Désormais dès qu'un salarié est positif à la COVID-19 et qu'il est dans l'impossibilité d'aller travailler, y compris en télétravail, il devra demander à son médecin de lui prescrire un arrêt de travail qui sera donc un arrêt ordinaire avec un délai de carence classique.

Si le salarié ne peut obtenir un arrêt de travail par son médecin, il pourra malgré tout aller travailler car avec cette suppression du délai de carence, il n'y a également plus la période d'éviction obligatoire.

Comme tout arrêt de travail, le salarié aura alors 48 heures pour transmettre le certificat médical à sa caisse d'Assurance maladie et à son employeur.



Concrètement, les salariés qui se trouvent dans cette situation ne seront plus indemnisés automatiquement dès le premier jour de leur arrêt maladie, comme c'était le cas jusqu'à présent.

Le Haut conseil de la santé publique (HCSP) indique qu'à partir du 1^{er} février 2023, les personnes testées positives à la COVID-19 ne sont plus obligées de s'isoler mais également que les personnes sans symptômes qui ont été en contact avec des personnes positives à la COVID-19 ne doivent plus obligatoirement réaliser un test de dépistage deux jours après en avoir été informées, quand bien même le HCSP recommande aux personnes positives à la COVID-19 et aux personnes ayant été en contact avec une personne contagieuse de respecter les gestes barrières, de réaliser un test de dépistage ou encore d'éviter le contact avec les personnes fragiles.

Se pose ainsi un problème majeur pour les entreprises, notamment sur l'exécution du contrat de travail des salariés et la baisse de rémunération que cette suppression peut engendrer.

En effet, de nombreux salariés ont témoigné et n'approuvent pas le choix du gouvernement sur cette suppression, estimant qu'il met encore plus en danger les salariés de son pays car ces derniers, même positifs, iront travailler afin de ne pas engendrer une baisse de rémunération des trois premiers jours qui ne leur seront pas indemnisés par l'Assurance maladie.

Si certains salariés positifs à la COVID-19 viennent travailler, cela peut provoquer une potentielle nouvelle vague de contamination et l'employeur risque de voir son entreprise freiner du fait de l'absence de plusieurs salariés se contaminant entre eux.

Cela devient ainsi un cercle vicieux, et la maladie ne sera donc jamais évincée de l'entreprise, qui connaitra à cause de cette mise en place du gouvernement d'énormes difficultés, notamment économiques.

Pour les entreprises, même si elles doivent revoir la rédaction de leur document unique d'évaluation des risques professionnels, rien n'empêche la propagation de la maladie et l'absence des salariés à leur poste de travail.

Jesline BAGAVATHSINGH

Sources:

- Décret n° 2023-37 du 27 janvier 2023, JO du 28 janvier.
- <u>Fin des arrêts de travail sans jour de carence et de l'isolement des cas positifs : ce qui change au</u>
 <u>1er février 2023</u> https://www.service-public.fr ;
- <u>Décret n° 2023-37 du 27 janvier 2023 relatif aux arrêts de travail dérogatoires délivrés aux personnes</u> contaminées par la Covid-19 ;
- Loi n° 2022-1616 du 23 décembre 2022 de financement de la Sécurité sociale pour 2023, Jo du 24, art.27
- <u>Covid-19 : fin des arrêts dérogatoires au 1er février 2023</u> https://www.netpme.fr/actualite/covid-19-fin-des-arrets-derogatoires-au-1er-fevrier-2023/
- <u>Covid-19: la fin des arrêts de travail sans délai de carence</u> https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/ressources-humaines/19785897-covid-19-la-fin-des-arrets-de-travail-sans-delai-de-carence-350880.php
- Arrêt de travail Covid : comment faire en cas de test positif ? https://www.journaldunet.fr/management/guide-du-management/1496803-arret-de-travail-covid-comment-faire-en-cas-de-test-positif/



Transfert conventionnel du contrat de travail : la preuve de l'accord du salarié et de la continuité du contrat de travail à la charge du repreneur

A l'occasion d'une décision en date du 15 février 2023 (n°21-19.826), la chambre sociale de la Cour de cassation est venue affirmer qu'il est interdit de faire peser sur l'employé(e) la charge de la preuve de l'existence et de la continuité de son contrat de travail, ainsi que son éligibilité à l'application des conditions conventionnelles relatives à la garantie de l'emploi, lors d'un changement de prestataire. Cependant, cette décision comporte certains points obscurs.

En l'espèce, une justiciable avait été engagée par une société de propreté (A) en qualité d'agent de service. Ladite société fut reprise par une autre (B) avant que celle-ci ne soit placée en liquidation judiciaire. La salariée fut convoquée à un entretien en vue de son licenciement pour motif économique le 31 décembre 2014. Le 5 janvier 2015, le mandataire liquidateur l'a informée qu'elle bénéficiait de la possibilité d'adhérer au contrat de sécurisation professionnelle jusqu'au 21 janvier 2015 et qu'à défaut d'acceptation, cette lettre constituerait la notification de son licenciement économique. Il précisa aussi que son contrat de travail pourrait éventuellement être transféré en cas de reprise du marché de nettoyage. Ce qui se produisit, le 30 janvier 2015, où le mandataire liquidateur l'informa que le marché avait été repris par une nouvelle société (C). Deux ruptures conventionnelles conclues entre cette nouvelle société et la salariée furent signées mais refusées par la DIRECCTE (DREETS), à la suite de quoi, la salariée fut donc licenciée pour faute grave. Cette dernière assigna son employeur devant le conseil prud'hommal. La solution de la Cour d'appel étant insatisfaisante pour la salariée, celle-ci forma un pourvoi en cassation reprochant à l'arrêt de l'avoir débouté de l'ensemble de ses demandes tendant à l'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La Cour d'appel se rangea auprès de la société défenderesse qui considérait que pour qu'il y ait valablement transfert du contrat de travail, ledit contrat devait être en cours d'exécution lors du changement de prestataire. Or, en l'espèce il avait été rompu avant la reprise du marché. Selon la société, d'une part, la salariée aurait dû adhérer au contrat de sécurisation professionnelle qui lui avait été proposé par le mandataire judiciaire et d'autre part les débats ne permettaient pas de savoir la date exacte où le transfert du marché entre les sociétés avaient eu lieu. La seule information étant que le transfert avait dû se produire entre le 5 et le 30 janvier 2015. De ce fait, aucun élément ne permettait d'affirmer que le contrat de travail était en cours d'exécution au jour de la reprise du marché.

Les griefs de la salariée portent sur le fait que conformément à la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011 régissant la relation de travail, « il n'incombe pas au salarié affecté à un marché repris et que l'entreprise entrante refuse de conserver à son service, d'établir qu'il remplit les conditions conventionnelles relatives à la garantie de l'emploi et à la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire ». Qu'ainsi, c'est à l'entreprise entrante qu'il appartient d'établir que le salarié ne remplissait pas les conditions d'application du dispositif conventionnel et donc de prouver en l'espèce, la date précise de la reprise du marché. Qu'a contrario, la Cour d'appel a fait peser la charge de la preuve de l'existence du contrat de travail à la date de la reprise du marché, sur la salariée. De plus, la salariée a fait observer que s'agissant de la question de son appartenance à la société, si l'employeur avait fini par la convoquer trois fois pour mettre fin à son contrat de travail, c'est bien parce que ce dernier la reconnaissait comme étant son employée. Faisant ainsi valoir que la société avait repris le contrat de travail par application volontaire de l'article L.1224-1 du Code du travail ou à tout le moins, qu'un nouveau contrat de travail s'était créé entre les parties.

La Cour de cassation censura dans toutes ses dispositions, l'arrêt de la Cour d'appel au visa de l'article 7.2 de la convention collective susmentionnée, aux motifs « qu'il n'incombe pas au salarié affecté à un marché repris et que l'entreprise entrante refuse de conserver à son service d'établir qu'il remplit les conditions conventionnelles relatives à la garantie de l'emploi et à la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire. »

Rappelons quelques règles en la matière - Dans le cadre d'un « changement de main » de l'entreprise, issu d'une fusion, d'une scission, ou d'une cession, le futur des contrats de travail peut être remis en jeu. Il faut distinguer s'il s'agit d'un transfert de contrat de travail légal ou conventionnel. Concernant le transfert légal, l'article L.1224-1 du Code du travail pose le principe d'ordre public du maintien des contrats avec le nouvel employeur, dans les conditions antérieures. Le transfert est automatique, la seule exigence est que le contrat soit en cours d'exécution. Les parties ne peuvent s'y opposer. Ce transfert légal n'est néanmoins faisable qu'à la condition que trois critères cumulatifs soient réunis : l'activité transférée doit constituer une entité économique autonome ; cette entité a dû conserver son identité et enfin elle doit avoir son propre personnel, sa propre organisation et des moyens spécifiques. L'entité économique est définie comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels (moyens matériels, clientèles) permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre (1) ».

Quid lorsqu'il s'agit d'un marché ? Depuis, 1985, la jurisprudence applique de manière constante une règle : l'article L.1224-1 du Code du travail ne s'applique pas à la seule perte d'un marché et ne peut donc donner lieu au maintien des contrats de travail auprès du repreneur. Néanmoins <u>première exception :</u> la perte d'un marché peut tout de même entrer dans le cadre de l'application obligatoire de l'article L.1224-1 du Code du travail lorsque la reprise du marché inclut la reprise par la société entrante de l'ensemble des éléments matériels ou immatériels constituant une entité économique autonome (2).

<u>Deuxième exception</u>: l'existence d'une convention collective prévoyant des hypothèses de transfert conventionnel. En effet, beaucoup de professions se sont dotées d'accords collectifs organisant le transfert conventionnel total ou partiel des salariés. Généralement, les domaines concernés sont ceux où les prestataires de services peuvent se succéder sur un même marché, tel que celui des entreprises de propreté. En pratique, la Cour exige de démontrer d'abord l'inapplicabilité de l'article du code du travail et l'absence d'application volontaire de celui-ci par le nouvel employeur, avant de décider ensuite que la relation est soumise aux dispositions de la convention collective (3). Cependant, a contrario du transfert légal, l'accord collectif ne peut contraindre l'entreprise entrante à reprendre la totalité des employés qui étaient affectés à l'exécution du marché, mais uniquement ceux qui sont visés dans ledit accord (4). En l'espèce, le contrat d'agent de service de la salariée est concerné par cette reprise dans l'accord collectif des entreprises de propreté.

Il en est de même s'agissant de l'accord du salarié, qui, dans ce contexte, peut refuser le transfert de son contrat de travail car il s'agit d'une modification substantielle de ce dernier (5). A l'inverse, l'accord du salarié doit être exprès et ne peut donc être déduit du fait de la poursuite sans opposition de l'exécution du travail au service du repreneur (6). En pratique, l'accord est formalisé par écrit car à défaut de consentement, le salarié pourrait se prévaloir d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et exiger une indemnisation par le cédant (7). Ce qui en l'espèce s'est produit. En effet, situation plutôt déséquilibrée en faveur du salarié, lui seul peut se prévaloir du fait qu'il n'a pas donné son accord au transfert, le nouvel employeur ne peut pas s'en prévaloir (8). L'employeur n'ayant pas pris de précaution en exigeant un écrit faisant foi que le salarié n'avait pas accepté le transfert se retrouve démuni de preuve.

C'est pourquoi, l'employeur a tenté de partir sur l'absence d'acceptation du contrat de sécurisation professionnelle (CSP) qui avait été proposée à la salariée par le mandataire liquidateur dans son courrier du 5 janvier 2015. Or, les CSP sont destinés aux salariés visés par un licenciement économique dans le but de leur permettre une reconversion plus favorable grâce à un suivi personnalisé. Tous les employeurs doivent les proposer lorsqu'ils envisagent des licenciements économiques, à défaut Pôle Emploi le fera et l'employeur sera redevable d'une contribution spécifique envers l'organisme. Lorsqu'est proposé le CSP, le salarié bénéficie d'un délai de réflexion de 21 jours pour donner sa réponse. En cas de refus ou d'absence de réponse, le licenciement pour motif économique se poursuit. Le repreneur souhaitait donc démontrer qu'il n'y avait pas eu de transfert du contrat de travail, car le courrier mentionnait qu'en l'absence de réponse, il constituerait la notification du licenciement pour motif économique. Donc produirait les effets d'un licenciement à partir du 5 janvier. Or, le CSP étant une simple obligation de l'employeur dans le cadre des licenciements économiques afin de faciliter la reconversion, il n'a, par sa nature, rien en commun avec la procédure de transfert qui devait avoir lieu en cas de reprise du marché de nettoyage, c'est d'ailleurs ce que le courrier mentionnait également.

La question était de savoir si le licenciement économique avait bel et bien eu lieu, il semble improbable de faire peser sur le repreneur la charge de la preuve qu'il y avait eu rupture du contrat de travail alors qu'il s'agissait de l'ancienne relation contractuelle dont il ne faisait pas partie. Ensuite, l'on pouvait se poser la question de savoir si le délai de réflexion constituait une période à proprement parlé « d'exécution du contrat de travail » car le délai de réflexion était simplement accordé en vue de l'adhésion ou non à un CSP, donc aucun rapport avec le transfert. De même, prouver le consentement ou non du salarié s'avère difficile. De manière constante, la jurisprudence n'apprécie guère les licenciements économiques ayant lieu juste avant la reprise de marché (9). Cette décision de la Cour de cassation est donc protectrice du salarié et vise à favoriser les transferts afin de maintenir les contrats de travail. Mais d'un point de vue « employeur », il faudra redoubler de vigilance si l'on ne souhaite pas se voir forcé de conserver un salarié à son service. Formaliser avec date exacte la reprise du marché entre les sociétés est le meilleur moyen de s'en prémunir. Il est enfin préférable de faire remplir un document à tous les salariés ou de les relancer afin d'obtenir leur consentement ou non et ainsi éviter d'éventuels poursuites judiciaires.

Alice MATIFAS

Sources:

- Cour de cassation, chambre sociale, 28 juin 2000, n°98-43.692
- Cour de cassation, chambre sociale, 21 novembre 2000, n°98-45.837
- Cour de cassation, chambre sociale, 9 juin 2021, n°19-23250
- Cour de cassation, chambre sociale, 20 décembre 2006, n°04-19.829
- Cour de cassation, chambre sociale, 8 avril 2009, n°08-41.046
- Cour de cassation, chambre sociale, 26 juin 2013, n°12-12.931
- Cour de cassation, chambre sociale, 15 juin 2022, n°19-20.611
- Cour de cassation, chambre sociale, 12 juin 2019, 17-21.013

contrats de travail est légal ou conventionnel? »

- Cour de cassation, chambre sociale, 22 janvier 2002, n°00-40.756
 Jurisprudence Sociale Lamy, № 525, 9 septembre 2021 « Changement de prestataire : comment déterminer si le transfert des
- « Quelles sont les conditions du transfert des contrats de travail ? » Droit du travail au quotidien, LAMY ; 220-20, 01/2023.



Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master Droit de l'entreprise parcours Droit Social, l'UFR ou l'IPIV