



Actualités législatives et réglementaires

► Covid-19

Le décret n°2021-1295 du 5 octobre 2021, instituant une aide exceptionnelle en faveur des personnes physiques et morales de droit privé encadrant des activités sportives, et particulièrement affectées par la fermeture des remontées mécaniques dans le contexte de l'épidémie de Covid-19, est paru au JO du 6.

► Entreprises adaptées - Travail temporaire

L'arrêté du 23 septembre 2021, fixant la liste des organismes habilités à créer une entreprise adaptée de travail temporaire, est paru au JO du 6 octobre.

► Entreprises adaptées - CDD

L'arrêté du 23 septembre 2021, fixant la liste des entreprises adaptées retenues pour mener l'expérimentation d'un accompagnement des transitions professionnelles en recourant au contrat à durée déterminée conclu en application de l'article L 1242-3 du code du travail, est paru au JO du 6 octobre.

► Contrats de projet - Etablissements de recherche

Le décret n°2021-1299 du 5 octobre 2021, relatif au contrat de projet ou d'opération de recherche prévu par l'article L 431-4 du code de la recherche, est paru au JO du 7.

Jurisprudence

► Indemnités de télétravail

Un employeur ne peut, sans opérer une différence de traitement injustifiée, verser une indemnité de télétravail à une partie seulement des salariés, et la refuser à une autre partie, alors même que l'ensemble de la communauté des travailleurs avait été placée en télétravail en raison de la crise sanitaire.

Le fait que les salariés bénéficiant de l'indemnité de télétravail aient été signataires d'un avenant de télétravail en application d'un accord collectif, est inopérant et ne peut justifier une différence de traitement, dès lors que l'employeur a refusé, à une partie des salariés de pouvoir y prétendre en faisant une application déloyale de l'accord collectif (TJ Paris, 28-9-21, N°21/06097).

► Intérêt à agir - Organisation syndicale Elections

Il résulte des articles L 2132-3 du code du travail et 31 du code de procédure civile que, a nécessairement intérêt à agir en contestation de la régularité des élections, une organisation syndicale qui a vocation à participer au processus électoral (Cass. soc., 29-9-21, n°20-60247).

► Désignation d'un délégué syndical

Ni un accord collectif de droit commun, ni l'accord d'entreprise prévu par l'article L 2313-2 du code du travail concernant la mise en place du comité social et économique et des comités sociaux et économiques d'établissements, ne peuvent priver un syndicat du droit de désigner un délégué syndical au niveau d'un établissement au sens de l'article L 2143-3 du code du travail (Cass. soc., 29-9-21, n°20-15870).

► Salarié protégé

Le fait pour un employeur, de ne pas rétablir dans ses fonctions un salarié protégé mis à pied à titre conservatoire, et dont l'autorisation de licenciement a été refusée, constitue une violation du statut protecteur et une inexécution des obligations contractuelles.

Dès lors, la prise d'acte de la rupture est justifiée. Elle produit les effets d'un licenciement nul (Cass. soc., 29-9-21, n°19-16889).

► Harcèlement moral - Licenciement

Il résulte de l'article L 1152-2 du code du travail qu'aucun salarié ne peut être licencié pour avoir relaté des agissements répétés de harcèlement moral (Cass. soc., 29-9-21, n°20-14179).

► **Ouverture à cassation**

Une contradiction entre les motifs et le dispositif des arrêts peut résulter d'une erreur matérielle.

Dans ce cas, elle peut être réparée par la Cour de cassation à laquelle sont déférés ces arrêts (Cass. soc., 29-9-21, n°19-25470).

► **Licenciement nul - Réintégration**

Est nul, car portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite, ou susceptible d'être introduite, par le salarié à l'encontre de son employeur.

Dès lors, le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont il a pu bénéficier pendant cette période (Cass. soc., 29-9-21, n°19-24956).

► **Transfert d'entreprise**

Dans le cadre d'un transfert d'entreprise et d'un changement d'employeur qui en découle pour les salariés, le fait que l'entreprise sortante manque à son obligation de communiquer à l'entreprise entrante les documents prévus par l'accord n'empêche pas de caractériser le changement d'employeur ; il en va autrement si l'entreprise entrante est dans l'impossibilité d'organiser la reprise effective du marché (Cass. soc., 29-9-21, n°19-18562).

► **Coemploi**

Aucune immixtion permanente dans la gestion économique et sociale de la société, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de la société, ne peut être caractérisée lorsqu'elle dispose de ses propres dirigeants, développe une activité autre que celle de simple revente des produits issue d'une société (dans le cadre d'un contrat de distribution), et gère son propre personnel (Cass. soc., 29-9-21, n°20-18802).

► **Non bis in idem - Droit disciplinaire**

Un mail adressé par l'employeur à un salarié, à la suite d'agissements du salarié considéré comme fautifs, ne constitue pas une sanction, en dépit des reproches qu'il contient, dès lors qu'il ne traduit pas la volonté de l'employeur de sanctionner par lui-même les faits. L'employeur est donc fondé à licencier le salarié sans que puisse lui être opposé le principe de *non bis in idem*, en vertu duquel, aucun agissement ne peut être sanctionné sur le plan disciplinaire, plus d'une fois (Cass. soc., 29-9-21, n°20-13384).

► **Procédure - Modification du contrat pour motif économique**

L'employeur qui n'a pas respecté les formalités de l'article L 1222-6 (relatif à la procédure en cas de modification du contrat pour une cause économique), ne peut se prévaloir, ni d'une acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié, ni d'un refus, ni d'un licenciement consécutif au refus, le cas échéant (Cass. soc., 29-9-21, n°19-25016).

FOCUS

Salaire minimum hiérarchique : FO obtient une définition précise de cette notion

Traditionnellement, les conventions de branche pouvaient déterminer, d'une part, le montant du salaire minimum conventionnel, et, d'autre part, les éléments de rémunération à prendre en compte pour s'assurer que la rémunération effective des salariés atteigne au moins le niveau du salaire minimum conventionnel correspondant à leur niveau hiérarchique. A défaut de stipulations conventionnelles expresses sur les éléments de rémunération des salariés à prendre en compte pour procéder à cette comparaison, il convenait de retenir, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le salaire de base et les compléments de salaire constituant une contrepartie directe à l'exécution de la prestation de travail par les salariés. Le salaire minimum conventionnel fixé par la branche, par voie d'accord collectif, s'imposait à tout accord d'entreprise.

Depuis la dernière réforme du droit du travail datant des ordonnances de 2017, une nouvelle notion est apparue : le salaire minimum hiérarchique (SMH). Dorénavant, la convention de branche peut définir les garanties applicables en matière de salaires minima hiérarchiques, auxquelles un accord d'entreprise ne peut déroger que s'il prévoit des garanties au moins équivalentes. Autrement dit, depuis 2017, si les compléments de salaire peuvent être modifiés ou supprimés par accord d'entreprise, les salariés doivent obligatoirement bénéficier d'une rémunération effective au moins égale au montant des SMH défini dans l'accord de branche.

Qu'est-ce qu'un SMH ?

Cette notion, non définie par la loi, a fait l'objet de moult débats entre le ministère du Travail et les interlocuteurs sociaux. Le premier prônait une interprétation très restrictive du SMH en l'entendant du seul salaire de base.

Quant aux organisations syndicales, celles-ci considéraient que le SMH comprenait le salaire de base mais également les primes que les négociateurs souhaitaient y inclure. Pour les organisations syndicales, retenir une notion large du SMH s'imposait dans la mesure où il était nécessaire de respecter les équilibres résultant de la négociation collective.

Depuis plus de deux ans, le ministère du Travail procédait à des réserves systématiques - voire des exclusions - au moment de l'extension des accords de branche, dès lors que l'accord donnait une définition du salaire minimum plus large que le seul salaire de base, au risque de remettre en cause l'équilibre trouvé par les parties mais aussi de favoriser le dumping social au sein d'une même branche d'activité.

Par un arrêt en date du 7 octobre 2021, le Conseil d'Etat vient de mettre un terme à ce débat en donnant raison aux organisations syndicales, dont FO : faute de définition légale du SMH et dans la mesure où les travaux préparatoires de l'ordonnance du 22 septembre 2017 ne donnent pas plus d'éclaircissements, « *il est loisible à la convention de branche, d'une part, de définir les salaires minima hiérarchiques et, le cas échéant à ce titre de prévoir qu'ils valent soit pour les seuls salaires de base des salariés, soit pour leurs rémunérations effectives résultant de leurs salaires de base et de certains compléments de salaire, d'autre part, d'en fixer le montant par niveau hiérarchique* » (CE, 7-10-21, n°433053).

Si la convention de branche stipule que les SMH s'appliquent aux rémunérations effectives des salariés résultant de leurs salaires de base et de compléments de salaire qu'elle identifie, elle ne fait pas obstacle à ce que le montant de ces minima soit atteint dans une entreprise par des modalités de rémunération différentes de celles qu'elle mentionne, un accord d'entreprise pouvant réduire ou supprimer les compléments de salaire qu'elle mentionne au titre de ces minima, dès lors toutefois que sont prévus d'autres éléments de rémunération permettant aux salariés de l'entreprise de percevoir une rémunération effective au moins égale au montant des salaires minima hiérarchiques fixé par la convention.

Ainsi, les branches sont libres de déterminer, comme elles le souhaitent, le montant et la structure du SMH, celui-ci pouvant correspondre au salaire de base, mais également inclure certains compléments de salaire, comme des primes.

Dans l'affaire du 7 octobre 2021, les négociateurs de la branche du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire avaient fixé, par avenant, des SMH comprenant un salaire de base, mais aussi la prime de fin d'année et la rémunération du temps de pause. Par un arrêté du 5 juin 2019, la ministre du travail a étendu l'application de cet avenant à l'ensemble des entreprises de la branche, y compris à celles qui ne sont pas adhérentes à l'une des organisations ayant signé l'avenant. Elle avait néanmoins exclu du champ de cette extension certaines stipulations de l'avenant, au motif que les SMH devaient uniquement se rapporter à un salaire de base, sans les compléments de salaire.

Le Conseil d'Etat, par son arrêt du 7 octobre 2021, annule cet arrêté du Ministre en tant qu'il limite le champ de l'extension de l'avenant.

Dorénavant, il est clairement affirmé que la branche peut librement négocier le SMH, leurs accords seront applicables au niveau des entreprises puisqu'elles ne pourront plus y déroger dans un sens moins favorable.

Désormais, FO plaide, conformément aux vœux d'un rapport parlementaire (rapport du Sénat n°722, voir pp.101-103) sur le bilan des réformes en matière de dialogue social et de négociation collective, pour que soit précisé clairement et explicitement au niveau législatif la primauté des accords de branche en ce qui concerne la rémunération. Selon ce rapport, qui s'inscrit dans la continuité de l'arrêt du Conseil d'Etat, il est évident que le rôle de régulateur de la concurrence confié de manière explicite aux branches professionnelles en 2016 doit se traduire par la possibilité de conférer un caractère obligatoire à certaines primes pour leur permettre de fixer une rémunération minimale (tout en laissant aux entreprises une certaine marge de liberté quant à la composition de cette rémunération).