



## Actualités législatives et réglementaires

### ► *CDD dans la recherche et l'enseignement*

Un arrêté du 11 octobre 2021, modifiant l'arrêté du 29 août 2016 fixant le montant de la rémunération du doctorant contractuel, est paru au *JO* du 17.

### ► *Covid-19 - Sortie de crise*

Deux décrets sont parus au *JO* du 17 :

- le décret n°2021-1354 du 16 octobre 2021 relatif à la procédure de traitement de sortie de crise ;
- et le décret n°2021-1355 du 16 octobre 2021 portant diverses mesures d'application de l'article 13 de la loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire et fixant notamment les seuils prévus par le A du I de cet article.

### ► *Titres-restaurant*

Le décret n°2021-1368 du 20 octobre 2021, portant dérogations temporaires aux conditions d'utilisation des titres-restaurant, est paru au *JO* du 21.

## Jurisprudence

### ► *(Affaire FO) Rupture conventionnelle Fermeture de site*

Dès lors qu'un employeur a d'ores et déjà décidé de la fermeture d'un site, les salariés faisant l'objet d'une rupture conventionnelle collective, ne sont en réalité pas en mesure de faire un réel choix entre le départ volontaire et le maintien dans l'emploi. L'accord collectif déterminant le contenu de la RCC ne satisfait pas aux exigences légales (art. L 1237-19 et suivants du code du travail) (CAA Versailles 20-10-21, n°21VE0220).

Autrement dit, il n'est pas possible de mettre en place une RCC en cas de fermeture de site.

### ► *Temps de travail effectif - Astreintes*

Le fait pour un salarié, de devoir être présent 24/24h, pendant une semaine, dans un studio privatif mis à sa disposition au sein de l'entreprise, afin d'être en mesure de répondre au téléphone et d'intervenir pour assurer la continuité du fonctionnement de l'établissement dans le cadre de l'urgence, ne l'empêche pas de vaquer librement à des obligations personnelles. En conséquence, les périodes de garde du salarié, qu'il effectue dans les conditions précitées, ne constituent pas du travail effectif (Cass. soc., 13-10-21, n°20-16048).

### ► *Prime - Congés payés*

L'exclusion d'une prime de l'assiette des congés payés, au titre de l'article L3141-24 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, nécessite de vérifier si celle-ci est ou non assise, même partiellement, sur des résultats produits par le travail personnel du salarié, et si elle était ou non affectée par la prise des congés (Cass. soc., 13-10-21, n°20-15645).

### ► *Accord collectif - CDD*

S'il peut résulter de dispositions conventionnelles combinées avec des dispositions légales que des emplois peuvent être pourvus par des contrats à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, la détermination par accord collectif de la liste précise de ces emplois ne dispense pas le juge, en cas de litige, de vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné (Cass. soc., 13-10-21, n°19-14067 et n°20-13727).

### ► *Accord collectif - CDD*

La détermination par accord collectif des emplois pour lesquels le recours au contrat saisonnier est prévu ne dispense pas le juge, en cas de litige, de vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné et de contrôler que le contrat n'a pas pour objet de pourvoir un emploi permanent. Il en résulte qu'une femme de chambre qui a effectué pendant trente-sept années consécutives, des CDD successifs pendant des périodes récurrentes, occupe un emploi correspondant à l'activité normale et permanente de l'entreprise (Cass. soc., 13-10-21, n°20-14586).

### ► *Préjudice d'anxiété*

Le préjudice d'anxiété, ne résulte pas de la seule exposition au risque créée par une substance nocive ou toxique. Il est aussi constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance de ce risque élevé de développer une pathologie

grave par les salariés. Tel est le cas pour le salarié qui a subi des examens médicaux qui ont révélé, un problème de santé et qui justifie d'une inquiétude permanente générée par le risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante (Cass. soc., 13-10-21, n°20-16617 et n°20-16583).

### ► **Inaptitude - Médecine du travail**

La décision de l'inspecteur du travail, saisi d'une contestation sur les propositions formulées par le médecin du travail concernant l'aptitude d'un salarié à occuper son poste de travail, se substitue à l'avis médical initial, et s'impose au juge judiciaire (Cass. soc., 13-10-21, n°19-24850).

### ► **Clause de non-concurrence**

La contrepartie financière d'une clause de non-concurrence est due en totalité, lorsque le salarié l'a respectée et que l'employeur n'y a pas renoncé au moment du licenciement, et n'a versé aucune somme, le fait qu'un accord entre les parties ait été trouvé lors de l'audience de conciliation devant le conseil des prud'hommes étant inopérant (Cass. soc., 13-10-21, n°20-10718).

### ► **Clause de non-concurrence - Clause pénale**

La contrepartie financière de la clause de non-concurrence a la nature d'une indemnité compensatrice de salaire et ne constitue pas une indemnité forfaitaire prévue en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle. Elle n'est donc pas assimilable à une clause pénale (Cass. soc., 13-10-21, n°20-12059).

### ► **Convention de forfait-jours - Droit au repos**

La convention de forfait conclue sur la base d'un accord collectif n'instituant pas de suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier à une charge de travail, en temps utile, éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, est nulle (Cass. soc., 13-10-21, n°19-20561).

### ► **Question préjudicielle - Compétence de juridiction - Co-emploi**

Les juges français ont renvoyé à la CJUE les questions suivantes :

Les articles 4, § 1, et 20, § 1, du règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 prévoient que les personnes domiciliées dans un Etat membre, et quelle que soit leur nationalité, peuvent être traitées devant une juridiction de cet Etat.

- Ces articles doivent-ils être interprétés en ce sens que, dans le cas où est alléguée, une situation de co-emploi du même travailleur engagé par une autre société, ladite juridiction n'est pas tenue, pour déterminer sa compétence pour statuer sur les demandes formées contre les deux sociétés, d'apprécier préalablement l'existence d'une situation de co-emploi ?

- Les mêmes articles doivent-ils être interprétés en ce sens que, dans un tel cas, l'autonomie des règles spéciales de compétence en matière de contrats individuels de travail ne fait pas obstacle à l'application de la règle générale de compétence des juridictions de l'Etat membre du domicile du défendeur énoncée à l'article 4, § 1, du règlement n°1215/2012 ? (Cass. soc., 13-10-21, n°20-13317).

### ► **Rémunération - Pourboires**

Aux termes de l'article L 3244-1 du code du travail, dans les établissements commerciaux où existe la pratique du pourboire, toutes les perceptions faites « pour le service » par l'employeur, ainsi que toutes les sommes remises volontairement par les clients pour le service entre les mains de l'employeur sont intégralement versées au personnel en contact avec la clientèle. Ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'il soit décidé que les sommes reversées par l'employeur au titre d'une rémunération au pourboire avec un salaire minimum garanti soient calculées sur la base d'une masse à partager, supérieure à celle facturée aux clients au titre du service (Cass. soc., 13-10-21, n°19-24741 et n°19-24739).

### ► **Prise d'acte de la rupture du contrat**

Un formulaire de saisine du conseil de prud'hommes reprenant la mention : « demandes (à parfaire prise d'acte de la rupture aux torts exclusifs de l'employeur)... » adressée à un mandataire judiciaire peut valoir prise d'acte si elle a été adressée préalablement à l'employeur (Cass. soc., 13-10-21, n°20-17550).

### ► **Prise d'acte - Insuffisance de la gravité des manquements**

Ne caractérise pas un manquement suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat et justifier une prise d'acte aux torts de l'employeur, le fait pour celui-ci, de faire une proposition de modification du contrat par écrit, sans renseigner le lieu de la mutation, et de l'envoyer tardivement (Cass. soc., 13-10-21, n°20-17351).

### ► **Accord collectif - Prime de vacances**

Un voyage d'agrément vers la métropole peut être considéré comme une prime de vacances au sens de la convention collective qui dispose que « l'ensemble des salariés bénéficie d'une prime de vacances d'un montant au moins égal à 10 % de la masse globale des indemnités de congés payés prévues par la convention collective de l'ensemble des salariés. Toutes primes ou gratifications versées au cours de l'année, à divers titres et quelle qu'en soit la nature, peuvent être considérées comme primes de vacances à condition qu'elles soient au moins égales aux 10 % prévus et qu'une partie soit versée pendant la période située entre le 1<sup>er</sup> mai et le 31 octobre. » En conséquence, le salarié est fondé à en demander son versement (Cass. soc., 13-10-21, n°20-12547).

### ► **Preuve - Office du juge**

Le juge est tenu d'une obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis. Un juge ne peut en conséquence pas dénier de

toute valeur probante une attestation URSSAF de DPAE faisant état de l'embauche du salarié au motif que la signature figurant sur celle-ci n'est pas la même que celle figurant sur le certificat de travail (Cass. soc., 13-10-21, n°20-17838).

### ► CDD - Préjudice

Il résulte des articles L 5134-115 et L 1243-4 du code du travail que lorsque la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée associée à un emploi d'avenir intervient à l'initiative de l'employeur en dehors des cas prévus par la loi, le salarié a droit à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat (Cass. soc., 13-10-21, n°19-24540).

### ► PSE - Périmètre d'appréciation

Les moyens contributifs du groupe au niveau international auquel appartient l'entreprise, doivent être pris en compte dans l'appréciation du caractère suffisant du PSE. (TA Melun, 14-10-21, n°2106963 et n°2106904).

### ► Appel - Défenseur syndical

En application de l'article 690 du code de procédure civile, les notifications entre un avocat et un défenseur syndical, sont régulièrement accomplies, à l'égard d'une société d'avocat, au siège de celle-ci (Cass. soc., 20-10-21, n°19-24483).

### ► Accident du travail - Responsabilité

Il résulte de l'article L 454-1 du code de la sécurité sociale que si la lésion dont est atteint l'assuré social est imputable à une personne autre que l'employeur ou ses préposés, la victime d'un accident du travail ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles de droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14-10-21, n°20-10572).

## FOCUS

### **Contestation du nombre d'établissements distincts : Pas d'action possible pour les salariés !**

Définir le périmètre et le nombre des établissements distincts n'est pas toujours chose aisée.

Quand aucun accord n'est trouvé, les critères posés par le code du travail ne sont pas toujours d'une grande dardté. Il renvoie à l'autonomie de gestion de chaque responsable des établissements, notamment en matière de gestion du personnel (art. L 2313-4 du code du travail).

En 2018, une société organise des élections professionnelles. Lorsqu'arrive le moment de négocier leur périmètre de mise en place, employeur et OS ne parviennent pas à se mettre d'accord.

Selon les textes, il revient alors à l'employeur, par décision unilatérale, de fixer le nombre de CSE d'établissements. Cette décision est confirmée par le direccte (dorénavant dreeets) et le tribunal judiciaire, tous deux saisis par plusieurs OS.

Mais au cours du processus électoral, et alors que des premières élections avaient été annulées par le juge, l'employeur, par une décision unilatérale, décide de la perte de la qualité d'un établissement distinct ainsi que du transfert d'agence de cet établissement vers un autre. Les OS ne contestent pas cette décision. Mais 7 des salariés (dont parmi eux, semble-t-il, des candidats à l'élection professionnelle du CSE d'établissement) ne sont pas satisfaits de cette décision.

Ils saisissent le juge et demandent la suspension des effets de la décision unilatérale et l'organisation d'élections sur le périmètre de l'établissement.

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation (Cass. soc., 20-10-21, n°20-60258) a été saisie de la question suivante :

#### **Les salariés sont-ils recevables à contester la décision unilatérale de l'employeur (DUE) qui constate la perte de la qualité d'un établissement distinct ?**

Les arguments des salariés étaient intéressants d'un point de vue juridique :

- Selon eux, il faudrait distinguer le contenu de la DUE, en l'espèce la suppression d'un établissement distinct, de la DUE elle-même, en tant que norme ou contenant. En conséquence, dès lors que ceux-ci demandent la suspension de la DUE, peu important son contenu, le fait pour les juges, de les déclarer irrecevables à l'action, serait une méconnaissance de leur droit d'agir (art. 31 du CPC).
- Plus encore, les priver de leur droit d'agir porterait atteinte au droit pour chaque travailleur de participer à la détermination de ses conditions de travail, droit constitutionnellement protégé.

Mais la Cour de cassation ne « l'entend pas de cette oreille ».

En effet, pour elle :

- La DUE a pour objet de constater la perte de qualité d'un établissement distinct au sens de l'article L 2313-1 du code du travail.
- Or, ce constat a pour effet de modifier le nombre et le périmètre des établissements au sens de l'article L 2312-2 suivants du code du travail.
- En conséquence, seules les OS ou les OS ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise, peuvent contester, devant la dreeets, la DUE (art. R 2313-1 al 3).

La Cour de cassation en conclut que « *Le tribunal en déduit à bon droit que les salariés n'étaient pas recevables à demander la suspension des effets de cette décision unilatérale et l'organisation d'élections sur un périmètre n'étant plus reconnu comme constituant un établissement distinct* ».

Par conséquent, seules les OSR et les OS ayant constitué une section syndicale, sont recevables à contester la DUE devant l'autorité administrative :

- À l'exclusion des salariés de l'établissement concerné,
- A l'exclusion de la section syndicale elle-même (Cass. soc., 3-3-21, n°19-21086).

Aux termes de l'article R 2313-1 du code du travail, le CSE peut également agir, lorsque la négociation a été menée avec lui dans les conditions de l'article L 2313-3 du code du travail.

La réponse n'était pas forcément évidente. En effet, l'article L 2313-6 du code du travail dispose que : « *La perte de la qualité d'établissement distinct dans les cas prévus aux articles L 2313-2 à L 2313-5 emporte la cessation des fonctions [...]* ».

La formulation pouvait créer un doute, désormais lever avec cette décision : les dispositions des articles L 2313-5 et R 2313-1 du code du travail, relatives à la procédure de contestation de la DUE, s'appliquent en matière de perte de la qualité d'établissement distinct.

Ainsi, lorsque les OS ne contestent pas la décision, comme en l'espèce, les salariés ne pourront pas agir par ce biais.

Quelles seront les suites de cette décision ?

- Pour les salariés titulaires d'un mandat, « *La perte de la qualité d'établissement distinct dans les cas prévus aux articles L. 2313-2 à L. 2313-5 emporte la cessation des fonctions des membres de la délégation du personnel du comité social et économique de cet établissement, sauf si un accord contraire, conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12, ou à défaut d'accord d'entreprise, un accord entre l'employeur et le comité social et économique concerné, permet aux membres de la délégation du personnel du comité d'achever leur mandat.* » (art. L 2313-6 du code du travail).
- Lorsqu'un établissement perd sa qualité d'établissement distinct, le personnel de cet établissement doit être rattaché à un nouvel établissement et des élections sont organisées conformément à la nouvelle configuration de l'entreprise (Cass. soc., 23-11-03, n°04-60446).

S'agissant des critères et des moyens retenus pour constater la perte de la qualité d'un établissement distinct, il semble donc que cela se fasse dans les mêmes conditions que pour la reconnaissance de cette qualité.

Qu'il s'agisse d'ajouter, supprimer, modifier le périmètre, tout se passe selon la même procédure, à **quelques exceptions près**.