



actance

— société d'avocats —

ACTUTENDANCE

N° 559 — 13 novembre 2020



11 min

- Licenciement économique – Faute de l'employeur à l'origine de la menace sur la compétitivité – Licenciement injustifié (OUI)
- Etat d'urgence – Projet de loi – Adoption définitive par l'Assemblée nationale le 7 novembre 2020
- Activité partielle – Salariés vulnérables – Décret n° 2020-1365 du 10 novembre 2020, JO du 11 novembre 2020
- Télétravail – Questions-réponses – Mise à jour le 10 novembre 2020
- Protocole sanitaire – Contrôle de l'inspection – Instruction de la DGT du 3 novembre 2020
- AT-MP – Notification dématérialisée – Obligation pour les entreprises d'au moins 10 salariés – Décret n° 2020-1232 du 8 octobre 2020, JO 9 octobre et Arrêté du 8 octobre 2020, JO 9 octobre 2020
- Obligation d'emploi des travailleurs handicapés – Décret n° 2020-1350 du 5 novembre 2020, JO du 6 novembre 2020

Jurisprudence

Relations collectives

■ Licenciement économique – Faute de l'employeur à l'origine de la menace sur la compétitivité – Licenciement injustifié (OUI)

Rappel : Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité (art. L. 1233-3 du Code du travail).

Pour apprécier le bien-fondé du motif économique du licenciement consécutif à une réorganisation de l'entreprise, il revient au juge de vérifier la réalité d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe dont elle relève (Cass. Soc., 15 janvier 2014, n° 12-23.869).

Il n'appartient pas au juge de se prononcer sur la cause du motif économique (Cass. Soc., 1 mars 2000, n° 98-40.340) et en particulier de porter une appréciation sur les choix de gestion de l'employeur et leurs conséquences sur l'entreprise (Cass. Soc., Ass. plén. 8 décembre 2000, n° 97-44.219).

Toutefois, l'employeur ne peut se prévaloir d'une situation économique résultant d'une « attitude intentionnelle et frauduleuse » de sa part ou « d'une situation artificiellement créée résultant d'une attitude frauduleuse » (Cass. Soc., 12 janvier 1994 n° 92-43.191).

Ainsi, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse lorsque les difficultés économiques, même établies, sont imputables à la légèreté blâmable de l'employeur (Cass. Soc., 22 septembre 2015, n°14-15.520), allant au-delà des seules erreurs de gestion (Cass. Soc. 24 mai 2018, n°17-12560).

Cette règle est transposable dans le domaine de la cessation d'activité, lorsque la faute de l'employeur en est à l'origine (Cass. Soc., 16 janvier 2001, n° 98-44.647).

Ce principe s'applique-t-il également au motif économique lié à la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ?

Cass. Soc., 4 novembre 2020, n° 18-23.029

Après avoir refusé la modification de leur contrat de travail proposée dans le cadre de la réorganisation de l'entreprise ayant donné lieu à un PSE, plusieurs salariés ont été licenciés pour motif économique pour sauvegarde de la compétitivité en 2014.

Contestant le bien fondé du motif économique de leur licenciement, les salariés ont saisi la juridiction prud'homale. Ils reprochaient à leur entreprise d'être à l'origine de la menace sur la compétitivité.

La Cour d'appel a fait droit à leur demande et a jugé les licenciements sans cause réelle et sérieuse.

Les juges ont relevé que l'entreprise avait mis :

- ✓ à disposition ses liquidités pour le groupe, dont elle était filiale à 100 %, en 2006 ;
- ✓ en place un versement continu des dividendes jusqu'en 2011.

Pour les juges d'appel, ces décisions ont empêché la filiale de financer les évolutions nécessaires pour s'adapter à un marché évoluant et de faire des investissements depuis 2008.

Ainsi, la menace sur la compétitivité de l'entreprise, au moment de la mise en œuvre de la procédure de licenciement, n'était « *pas dissociable de la faute* » de l'entreprise qui était caractérisée par « *des décisions de mise à disposition de liquidités empêchant ou limitant les investissements nécessaires, ces décisions pouvant être qualifiées de préjudiciables comme prises dans le seul intérêt de l'actionnaire, et ne se confondant pas avec une simple erreur de gestion* ».

Saisie du pourvoi, la Cour de cassation censure partiellement l'arrêt de la Cour d'appel en rappelant que « *si la faute de l'employeur à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise rendant nécessaire sa réorganisation est de nature à priver de cause réelle et sérieuse les licenciements consécutifs à cette réorganisation, l'erreur éventuellement commise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule une telle faute* ».

En l'espèce, la Cour d'appel a caractérisé la faute de l'employeur par « *des décisions de mise à disposition de liquidités empêchant ou limitant les investissements nécessaires* ».

Or, pour la Haute juridiction, ces décisions étaient insuffisantes pour caractériser la faute de l'employeur à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise.

Note : Dans sa note explicative, la Cour de cassation indique que quel que soit le motif économique du licenciement et, a fortiori, lorsqu'il réside dans une réorganisation de l'entreprise rendue nécessaire par la sauvegarde de la compétitivité, elle reste vigilante à ce que, sous couvert d'un contrôle de la faute, les juges du fond n'exercent pas un contrôle sur les choix de gestion de l'employeur (Cass. Soc., 14 décembre 2005, n° 03-44.380).

Législation et réglementation

Etat d'urgence – Projet de loi – Adoption définitive par l'Assemblée nationale le 7 novembre 2020

L'Assemblée nationale a définitivement adopté, le 7 novembre 2020, le projet de loi autorisant la prolongation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

Le projet de loi prévoit notamment :

- ✓ de prolonger l'état d'urgence jusqu'au 16 février 2021 inclus. Pour le moment, l'état d'urgence a été déclaré le 17 octobre 2020 pour une durée d'un mois par le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 ;
- ✓ de prolonger le dispositif transitoire prévu par l'article 1^{er} de la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 1^{er} avril 2021. Ce régime transitoire a permis au Premier ministre et aux Préfets de prendre certaines mesures dont notamment la limitation des rassemblements ou le port du masque à la fin de l'état d'urgence ;
- ✓ une série d'habilitations du Gouvernement à procéder par voie d'ordonnances pour rétablir ou prolonger des dispositions prises par ordonnances lors de la première vague de l'épidémie. Ces ordonnances pourraient notamment concerner l'activité partielle, les modalités d'information et de consultation du CSE, les modalités de prise des congés payés, etc.

L'ensemble du projet de loi est actuellement soumis à un contrôle de constitutionnalité. Le texte pourrait donc évoluer si le Conseil constitutionnel invalide certains articles.

Activité partielle – Salariés vulnérables – Décret n° 2020-1365 du 10 novembre 2020, JO du 11 novembre 2020

La loi du 25 avril 2020 de finances rectificatives de 2020 a prévu le placement en activité partielle des personnes vulnérables qui présentent un risque de développer une forme grave d'infection au virus Covid-19.

Un premier décret n° 2020-521 du 5 mai 2020 a fixé les critères permettant de définir les personnes vulnérables. Compte tenu de l'amélioration de la situation sanitaire en août dernier, un deuxième décret n° 2020-1098 du 29 août 2020 a restreint la liste des pathologies permettant d'être considérée comme personne vulnérable.

Le 15 octobre dernier, le Conseil d'État a suspendu ces nouveaux critères, estimant que « le choix des pathologies qui ont été conservées comme éligibles par rapport au décret de mai dernier n'est pas cohérent ni suffisamment justifié par le gouvernement » (CE., 15 octobre 2020, n° 444425).

Dans l'attente d'un nouveau texte réglementaire, le décret du 5 mai 2020 continuait à s'appliquer.

Un décret n° 2020-1365 du 10 novembre 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 a fixé la liste des nouveaux critères permettant de définir les personnes vulnérables.

Ce décret abroge le décret du 5 mai et les articles 2 à 4 du décret du 29 août à compter du 12 novembre 2020.

- **Deux conditions cumulatives**

Pour être placé en activité partielle, le salarié doit remplir **2 conditions cumulatives** :

– **Être dans l'une des situations suivantes :**

1. Être âgé de 65 ans et plus ;
2. Avoir des antécédents (ATCD) cardio-vasculaires : hypertension artérielle compliquée (avec complications cardiaques, rénales et vasculo-cérébrales), ATCD d'accident vasculaire cérébral ou de coronaropathie, de chirurgie cardiaque, insuffisance cardiaque stade NYHA III ou IV ;
3. Avoir un diabète non équilibré ou présentant des complications ;
4. Présenter une pathologie chronique respiratoire susceptible de décompenser lors d'une infection virale : (broncho-pneumopathie obstructive, asthme sévère, fibrose pulmonaire, syndrome d'apnées du sommeil, mucoviscidose notamment) ;
5. Présenter une insuffisance rénale chronique dialysée ;
6. Être atteint de cancer évolutif sous traitement (hors hormonothérapie) ;
7. Présenter une obésité (indice de masse corporelle (IMC) > 30 kg/m²) ;
8. Être atteint d'une immunodépression congénitale ou acquise :
 - a. médicamenteuse : chimiothérapie anticancéreuse, traitement immunosuppresseur, biothérapie et/ou corticothérapie à dose immunosuppressive ;
 - b. infection à VIH non contrôlée ou avec des CD4 < 200/mm³ ;
 - c. consécutive à une greffe d'organe solide ou de cellules souches hématopoïétiques ;
 - d. liée à une hémopathie maligne en cours de traitement ;
9. Être atteint de cirrhose au stade B du score de Child Pugh au moins ;
10. Présenter un syndrome drépanocytaire majeur ou ayant un antécédent de splénectomie ;
11. Être au troisième trimestre de la grossesse ;
12. Être atteint d'une maladie du motoneurone, d'une myasthénie grave, de sclérose en plaques, de la maladie de Parkinson, de paralysie cérébrale, de quadriplégie ou hémiplégié, d'une tumeur maligne primitive cérébrale, d'une maladie cérébelleuse progressive ou d'une maladie rare.

– **Ne pouvoir ni recourir totalement au télétravail, ni bénéficier des mesures de protection renforcées**

Pour pouvoir être placé en activité partielle, le salarié concerné par l'une des situations décrites ci-dessus ne doit ni pouvoir recourir totalement au télétravail, ni bénéficier des mesures de protection renforcées suivantes :

- ✓ L'isolement du poste de travail, notamment par la mise à disposition d'un bureau individuel ou, à défaut, son aménagement, pour limiter au maximum le risque d'exposition, en particulier par l'adaptation des horaires ou la mise en place de protections matérielles ;
- ✓ Le respect, sur le lieu de travail et en tout lieu fréquenté par la personne à l'occasion de son activité professionnelle, de gestes barrières renforcés : hygiène des mains renforcée, port systématique d'un masque de type chirurgical lorsque la distanciation physique ne peut être respectée ou en milieu clos, avec changement de ce masque au moins toutes les 4 heures et avant ce délai s'il est mouillé ou humide ;
- ✓ L'absence ou la limitation du partage du poste de travail ;
- ✓ Le nettoyage et la désinfection du poste de travail et des surfaces touchées par la personne au moins en début et en fin de poste, en particulier lorsque ce poste est partagé ;
- ✓ Une adaptation des horaires d'arrivée et de départ et des éventuels autres déplacements professionnels, compte tenu des moyens de transport utilisés par la personne, afin d'y éviter les heures d'affluence ;
- ✓ La mise à disposition par l'employeur de masques de type chirurgical en nombre suffisant pour couvrir les trajets entre le domicile et le lieu de travail lorsque la personne recourt à des moyens de transports collectifs.

Lorsque le salarié est en désaccord avec son employeur sur l'appréciation portée par celui-ci sur la mise en œuvre des mesures de protection renforcées, il peut saisir le médecin du travail qui se prononce en recourant, le cas échéant, à l'équipe pluridisciplinaire de santé au travail. Le salarié est placé en position d'activité partielle dans l'attente de l'avis du médecin du travail.

- **Certificat médical toujours nécessaire**

Le placement en position d'activité partielle est effectué à la demande du salarié et sur présentation à l'employeur d'un certificat établi par un médecin.

Note : Le Questions-Réponses « *Activité partielle – chômage partiel* » a été mis à jour le 9 novembre dernier sur le site du Ministère du travail.

Télétravail – Questions-réponses – Mise à jour le 10 novembre 2020

Le Ministère du travail a mis à jour le 10 novembre sur son site internet son Questions-Réponses sur le Télétravail.

- **Télétravail : une obligation pour les activités qui le permettent**

Conformément aux annonces du Gouvernement, le Ministère rappelle que le télétravail est **une obligation pour l'entreprise dès lors que les activités du salarié le permettent**.

Ainsi, pour les salariés qui peuvent effectuer l'ensemble de leurs tâches à distance, le télétravail est porté à 100%. Dès lors, un employeur qui, alors que son activité s'y prête, refuserait de mettre en place le télétravail pourrait, au vu des conditions d'exercice du travail et des mesures de prévention mises en place dans l'entreprise, engager sa responsabilité au titre de son obligation de sécurité.

L'employeur peut imposer le télétravail à son salarié sur le fondement de l'article L. 1222-11 du Code du travail.

- Identifier les activités réalisables en télétravail

Le Code du travail n'exclut aucun salarié du bénéfice du télétravail. Le télétravail est donc en principe ouvert à tous les salariés.

Toutefois, toutes les activités professionnelles ne peuvent pas être exercées à distance.

C'est l'accord collectif ou la charte, s'ils existent, qui fixe les critères à remplir pour être éligible au télétravail dans l'entreprise. A défaut, il faut identifier les activités qui peuvent faire l'objet de télétravail et non réfléchir à partir des « métiers ».

Des salariés qui exercent des métiers qui paraissent a priori non « télé-travaillables » peuvent néanmoins travailler à distance pour réaliser une partie de leurs activités.

Le Ministère du travail donne une méthode en 3 étapes pour identifier ces activités :

- ✓ **1^{ère} étape** : Lister les activités pour chaque fonction ou métier. Ne pas hésiter à identifier des activités qui ne sont pas jugées prioritaires habituellement mais qui pourraient avoir une valeur ajoutée à la sortie de la crise : mise à jour de procédures et de supports de travail, veille, etc. ;
- ✓ **2^{ème} étape** : Evaluer les freins ou difficultés éventuelles au télétravail pour chacune de ces activités pour l'entreprise, le client, le télétravailleur (ex : accès au serveur à distance, qualité du réseau internet, confidentialité des données, relations à préserver avec le client, etc.) ;
- ✓ **3^{ème} étape** : Identifier si des moyens et conditions peuvent être réunis pour lever ces difficultés (matériel de travail, installation de connexion sécurisée, ouverture de salles de visioconférence, définition de modalités et de plages de disponibilité pour les clients, les collègues et les managers, formation à distance à l'usage de nouveaux outils numériques, etc.).

Si aucune solution ne permet au salarié d'exercer son activité en télétravail, son activité peut se poursuivre sur le lieu de travail, conformément aux recommandations figurant dans le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés.

- Consultation du CSE dès que possible

En principe, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE doit être consulté sur la mise en place du télétravail (art. L. 2312-8 du Code du travail).

Les délais à l'issue desquels l'avis du CSE est réputé avoir été consulté et rendu un avis négatif sont fixés par l'article R.2312-6 du Code du travail. Les délais réduits du CSE ne sont pas, à ce stade, réactivés.

Toutefois, par exception et face à l'urgence de la situation et pour répondre rapidement à la mesure de confinement décidée par le Gouvernement, l'employeur doit :

- ✓ **1^{ère} étape** : mettre en place le télétravail sans attendre, en s'appuyant sur le fondement de l'article L. 1222-11 du Code du travail, pour permettre la continuité de l'activité et assurer la sécurité des salariés ;

- ✓ **2^{ème} étape** : informer le CSE de sa décision, sans délai ;
- ✓ **3^{ème} étape** : consulter le CSE dès que possible.

Note : La négociation nationale interprofessionnelle sur le télétravail est ouverte. La prochaine réunion aura lieu le 17 novembre prochain.

■ Protocole sanitaire – Contrôle de l’inspection – Instruction de la DGT du 3 novembre 2020

La Direction générale du travail (DGT) a adressé, le 3 novembre 2020, aux Directe et plus particulièrement aux services de l’inspection du travail, une instruction fixant les orientations quant à la poursuite de l’ensemble de leurs missions et la gestion de la crise sanitaire sur les lieux de travail, durant cette nouvelle période de confinement.

Les inspecteurs du travail ont notamment pour mission d’accompagner les entreprises, dans la mise en œuvre des mesures de prévention, résultant du protocole national pour la santé et la sécurité des salariés en entreprise (*mis à jour le 13 novembre pour tenir compte du décret n° 2020-1365 du 10 novembre 2020 sur les salariés vulnérables*).

L’instruction rappelle les mesures issues du protocole national, comme notamment la généralisation du télétravail et l’autorisation d’effectuer des tests de dépistage rapides en entreprise, et apporte des précisions supplémentaires.

- **Accompagner les entreprises dans la mise en œuvre du protocole**

En ce qui concerne l’organisation du travail, l’instruction rappelle que le temps de travail effectué en télétravail est porté à 100 % pour les salariés qui peuvent réaliser l’ensemble de leurs tâches à distance.

Dans les autres cas, l’organisation du travail doit permettre de réduire les déplacements domicile-travail et d’aménager le temps de présence en entreprise pour l’exécution des tâches qui ne peuvent être réalisées en télétravail, et réduire les interactions sociales.

C’est par exemple le cas de fonctions managériales nécessitant une présence minimale sur site pour encadrer des équipes dont les activités ne sont pas réalisables à distance ou d’activités pour lesquelles le salarié a besoin d’accéder à certains outils, notamment informatiques, non accessibles à distance, illustre l’instruction.

Toutefois, le seul fait de vouloir organiser des réunions, même managériales, ne saurait justifier de ne pas télétravailler, dès lors que ces réunions peuvent facilement être organisées en audio ou visioconférence.

Concernant les actions de dépistages, l’instruction précise qu’en lien avec les services de santé au travail, les employeurs peuvent proposer à leurs frais des actions de dépistage aux salariés volontaires, conformément à ce que prévoit la nouvelle version du protocole sanitaire (tests rapides).

Ces actions doivent s’effectuer dans le strict respect du secret médical, les résultats du test n’étant transmis qu’aux seuls salariés.

En revanche, des campagnes de tests sérologiques par les entreprises ne peuvent être envisagées.

Enfin, l'instruction rappelle qu'il revient à l'inspecteur du travail **de veiller à la mise en œuvre effective de l'évaluation des risques par l'employeur.**

- Favoriser la mise en œuvre d'un dialogue social de qualité

Dans ce contexte, l'instruction insiste sur la nécessité pour les inspecteurs du travail de rappeler aux entreprises de consulter et associer le CSE et la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) dans le but de renforcer l'efficacité des mesures de prévention mises en place.

Dans les circonstances actuelles, la consultation du CSE peut se faire sous une forme adaptée. En effet, l'instruction précise que la possibilité de recourir à la visioconférence ou l'audioconférence pour réunir le CSE va être réactivée.

Il est aussi demandé aux inspecteurs du travail de s'assurer que les membres du CSE et les représentants syndicaux au comité peuvent circuler librement dans l'entreprise pour prendre tous les contacts nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

- Demande de rupture et de transfert de contrat de salariés protégés

S'agissant des demandes de ruptures et de transfert des contrats de travail des salariés protégés, lorsque la demande concerne une rupture conventionnelle (individuelle ou collective), un transfert de contrat de travail ou un licenciement pour motif économique d'au moins 25 salariés, **les auditions individuelles des salariés ne sont pas obligatoires, sauf si ces derniers la sollicitent.**

Dans les autres cas, l'audition a lieu dans des conditions garantissant la santé et la sécurité de chacun des participants. En accord avec les parties, l'enquête contradictoire peut être organisée en visioconférence ou audioconférence sous réserve de pouvoir s'assurer de l'identité des interlocuteurs.

AT-MP – Notification dématérialisée – Obligation pour les entreprises d'au moins 10 salariés – Décret n° 2020-1232 du 8 octobre 2020, JO 9 octobre 2020 et Arrêté du 8 octobre 2020, JO 9 octobre 2020

Depuis le 1^{er} janvier 2020, la dématérialisation des décisions relatives au taux de la cotisation due au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles (AT-MP) est applicable aux établissements des entreprises d'au moins 150 salariés, à l'exception de ceux ayant demandé, à titre transitoire, à ne pas en bénéficier.

Cette dématérialisation prévue par le décret du 8 octobre sera étendu à partir du :

- ✓ 1^{er} janvier 2021 aux établissements des entreprises d'au moins 10 salariés ;
- ✓ 1^{er} janvier 2022 pour l'ensemble des établissements.

Pour se conformer à cette obligation, les entreprises doivent créer un Compte AT/MP, sur le site www.net-entreprises.fr.

Ce compte doit être ouvert avant le **1^{er} décembre prochain pour les entreprises de 10 à 149 salariés**, précise l'Urssaf sur son site internet le 29 octobre 2020.

Sur ce compte, l'entreprise peut recevoir la notification dématérialisée des décisions de taux de cotisation, mais aussi consulter les taux de cotisation notifiés avec le détail de leur calcul, ou encore accéder à un bilan individuel des risques qui lui permet de se comparer avec les autres entreprises de même taille et secteur.

Si l'employeur ne crée pas de « *Compte AT/MP* », l'arrêté du 8 octobre précise qu'il est redevable d'une pénalité, calculée en fonction de l'effectif de l'entreprise.

 **Obligation d'emploi des travailleurs handicapés – Décret n° 2020-1350 du 5 novembre 2020, JO du 6 novembre 2020**

Les entreprises, quelle que soit leur taille, sont tenues d'effectuer chaque année une déclaration liée à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (OETH) (art. L. 5212-1 du Code du travail).

À compter de 2021, cette déclaration devait se faire, pour la première fois, via la DSN pour la période d'emploi du mois de février 2021 (art. D. 5212-8 du Code du travail).

Un décret du 5 novembre indique que par dérogation, cette déclaration est reportée à la période d'emploi du mois de mai 2021.

CONTACTS

152 bis, rue de Longchamp - 75116 Paris

Tél. : +33 (0)1 44 94 96 00

societe@actanceavocats.com



actance
— société d'avocats —

actance

