

A RETENIR

Pour mémoire, tous les 2 ans, et à l'issue de divers congés ou absences, le salarié doit bénéficier d'un entretien professionnel. Cet entretien a pour objet d'étudier les perspectives d'évolution professionnelle du salarié, notamment en termes de qualifications et d'emploi. Tous les 6 ans de présence continue dans l'entreprise, l'entretien a un objectif spécifique : faire un état des lieux récapitulatif du parcours professionnel du salarié.

Dans les entreprises de 50 salariés et plus, un abondement correctif de 3 000 € est inscrit sur le CPF du salarié s'il apparaît, lors de l'entretien professionnel organisé tous les 6 ans que le salarié n'a pas bénéficié, au cours des 6 ans écoulés, des entretiens prévus par le dispositif (entretiens tous les 2 ans, au retour de certaines absences, etc.) et qu'il n'a pas bénéficié d'une formation non obligatoire.

NB : jusqu'au 31 décembre 2020, l'employeur peut soit appliquer la règle ci-dessus, soit prendre en compte les règles antérieures à la loi « Avenir professionnel » pour éviter cet abondement correctif. Il lui faut alors avoir réalisé sur les 6 dernières années les entretiens professionnels obligatoires mais aussi avoir fait bénéficier le salarié de 2 actions parmi les 3 suivantes : le suivi d'au moins une action de formation (obligatoire ou non obligatoire, sans distinction) ; l'acquisition des éléments de certification par la formation ou par une validation des acquis de son expérience ; une progression salariale ou professionnelle.

Du fait de la crise sanitaire, la date limite de tenue de l'entretien d'état des lieux de l'année 2020 a été décalée au 31 décembre 2020. Les dispositions prévoyant l'abondement correctif se trouvent ainsi suspendues du 12 mars au 31 décembre 2020.

NB : le Ministère du Travail envisagerait d'accorder un nouveau délai de 6 mois aux employeurs, afin de prendre en compte les contraintes liées à la 2^e vague de l'épidémie de Covid-19. Les employeurs auraient alors jusqu'au 30 juin 2021 pour réaliser les entretiens « état des lieux » qui devaient intervenir en 2020. Corrélativement, les premiers abondements correctifs du CPF liés à ces entretiens devraient également être décalés.

A LIRE AUSSI

1. TEXTES -----	2
Télétravail : les nouvelles réponses du ministère sur la prise en charge des frais et les titres-restaurant	2
Dématérialisation de la notification des décisions relatives au taux de la cotisation AT/MP : échéancier confirmé	3
2. JURISPRUDENCE -----	5
Qui dit transfert partiel d'activité, dit exercice du contrat à due proportion dans l'entreprise d'origine et dans la nouvelle	5
Non-respect du principe de parité : l'annulation de l'élection du membre du CSE n'a pas d'effet rétroactif	5
Les absences pour maladie sont exclues du calcul de l'ancienneté sauf si la convention collective le prévoit expressément	6
Quand un échange de courriels constitue une offre de contrat de travail acceptée	6
Litige sur des heures de délégation prises les dimanches et jours fériés : à qui incombe la preuve ?	7
Dans une entreprise de moins de 50 salariés, le délégué syndical n'est protégé que pendant 6 mois après la fin de son mandat	7
Refuser de promouvoir un salarié qui ne donne pas satisfaction n'est pas discriminatoire	8
La dispense de préavis de l'employeur l'oblige à régler au salarié les RTT qui auraient été acquis durant cette période	8
Portabilité de la complémentaire santé et prévoyance et liquidation judiciaire de l'entreprise : revirement jurisprudentiel	9
Le juge peut rechercher si la menace sur la compétitivité de l'entreprise a son origine dans une faute de l'employeur	9
3. CONVENTIONS COLLECTIVES -----	11
CHIFFRES CLÉS 2020	12

❖ **Télétravail : les nouvelles réponses du ministère sur la prise en charge des frais et les titres-restaurant (Ministère du travail, document questions/réponses mis à jour le 9 novembre 2020)**

Le ministère a mis à jour le 9 novembre 2020 ses questions/réponses sur le télétravail en période de covid-19. Il apporte des précisions (prise en charge des frais de transports publics) ou au contraire laisse la porte ouverte aux interprétations en revenant sur des précisions antérieures concernant les titres-restaurant et les frais engendrés par le télétravail.

• **Valeur des nouvelles précisions**

A titre liminaire, il convient de rappeler que le document questions/réponses, dont certains éclaircissements ou questionnements sont détaillés ci-après, n'a pas la valeur d'une loi, d'un décret ni même celle d'une circulaire. Ses précisions constituent des aides pratiques pour les employeurs et les salariés, qui doivent néanmoins garder à l'esprit que les juges pourront toujours adopter une autre interprétation à l'occasion d'un contentieux.

En outre, les professionnels se souviendront que ces questions/réponses évoluent au gré des mises à jour, de sorte que ce qui est « vrai » un jour peut disparaître ou être modifié un autre.

• **Télétravail et titres-restaurant**

Comme dans la précédente version, le ministère souligne que « le télétravailleur a les mêmes droits que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise ».

En revanche, le nouveau document se montre par la suite beaucoup plus laconique, en revenant à une version plus allégée, indiquant uniquement que « dès lors que les salariés exerçant leur activité dans les locaux de l'entreprise bénéficient des titres-restaurant, les télétravailleurs doivent aussi en recevoir si leurs conditions de travail sont équivalentes ».

Ce faisant, le ministère a supprimé les développements issus d'une mise à jour du 5 octobre 2020 prévoyant une modulation possible selon des critères objectifs, et notamment en fonction de l'éloignement du travail par rapport au domicile.

On ne sait pas ce qui a motivé le retrait de cette précision. Mais d'aucuns pouvaient trouver qu'elle était en contradiction avec le principe d'égalité posé par le Code du travail entre télétravailleurs et salariés travaillant dans les locaux.

Quid maintenant des éventuelles règles particulières mises en place par les entreprises, qui se sont senties confortées ou appuyées par la précédente version des questions/réponses ? Aucune indication n'est donnée sur ce point.

• **Abonnements aux transports publics de personne**

La mise à jour du 9 novembre aborde une question qui s'était déjà posée lors du confinement du printemps 2020 : celles de la prise en charge des abonnements à des transports publics de personnes souscrits par les salariés pour se rendre de leur domicile au lieu de travail.

Pour mémoire, le Code du travail oblige l'employeur à prendre en charge 50 % du prix de ces titres d'abonnements. Mais se pose la question du sort de cette obligation en cas de télétravail au domicile, éventuellement sur un mois complet.

Le ministère aborde d'abord la question des abonnements mensuels ou hebdomadaires.

L'obligation de prise en charge s'applique dans les conditions habituelles lorsque le télétravail s'effectue par alternance (ex. : 1 ou 2 jours par semaine ou une semaine sur deux). L'employeur rembourse alors le salarié dans les conditions habituelles pour les titres d'abonnement qui ont été utilisés au moins une fois pour le trajet entre la résidence habituelle et le lieu de travail du salarié, sans abattement des jours en télétravail (le montant de l'abonnement n'est pas modifié).

Néanmoins, lorsque le salarié est placé en situation de télétravail à domicile « en continu » sur le mois ou la semaine, le ministère considère que l'employeur n'est pas tenu à cette obligation de prise en charge, dès lors que le salarié n'a eu aucun trajet à effectuer entre son domicile et son lieu de travail au moyen de son abonnement de transports durant la période considérée.

Pour les abonnements annuels, le ministère précise que les employeurs sont invités à maintenir la prise en charge des abonnements de transport des salariés qui n'ont pu procéder à la suspension de leur contrat d'abonnement pour le(s) mois non utilisé(s) (et ont donc supporté son coût). Le ministère ne le précise pas, mais si le salarié utilise son titre de transport ne serait-ce qu'une fois dans le mois pour venir au travail, il n'y a pas sujet (la prise en charge doit évidemment être maintenue sans prorata).

• **Frais liés au télétravail**

La question relative à la prise en charge des frais du salarié en télétravail, qui figurait dans la précédente version du document, a été tout simplement supprimée dans la version du 9 novembre 2020.

Pour mémoire, il était indiqué que l'employeur n'est pas tenu de verser à son salarié une indemnité de télétravail destinée à lui rembourser les frais découlant du télétravail, sauf si l'entreprise est dotée d'un accord ou d'une charte qui le prévoit.

Cette affirmation était, à notre sens, en contradiction avec la jurisprudence qui pose un principe de prise en charge des frais qu'un salarié expose pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur.

Reste à savoir si l'administration restera muette sur le sujet ou si une nouvelle question/réponse sera diffusée prochainement.

Précisons que cette évolution n'a aucune incidence sur les conditions dans lesquelles les employeurs peuvent prendre en charge les frais de télétravail en exonération au titre des frais professionnels de deux manières :

- le remboursement sur justificatifs de la réalité des dépenses, prévu par la réglementation depuis 2003 ;
- par tolérance du réseau des URSSAF dénuée de valeur juridique opposable, depuis le 18 décembre 2019, remboursement sous la forme d'allocations forfaitaires, en franchise de cotisations sans justificatif dans la limite globale de 10 € par mois pour une journée de télétravail par semaine (20 € par mois pour deux jours par semaine, 30 € par mois pour 3 jours par semaine, etc.)

❖ **Dématérialisation de la notification des décisions relatives au taux de la cotisation AT/MP : échéancier confirmé (Décret n° 2020-1232 du 8 octobre 2020, JO du 9 ; Arrêté du 8 octobre 2020, JO du 9)**

La notification dématérialisée de la décision de taux de cotisation d'accidents du travail et maladies professionnelles (AT/MP) est obligatoire depuis le 1er janvier 2020 pour les entreprises d'au moins 150 salariés. **Un décret du 8 octobre fixe les dates auxquelles cette obligation s'appliquera aux entreprises de moins de 150 salariés, confirmant les échéances déjà diffusées par l'assurance maladie. Il est complété par un arrêté du même jour qui précise les modalités de cette notification.**

- **Notification obligatoire du taux AT/MP par voie électronique**

Pour les entreprises de 150 salariés et plus, la notification à l'employeur du taux de la cotisation AT/MP par la CARSAT (CGSS en outre-mer, CRAMIF en Ile-de-France) est obligatoirement effectuée de façon électronique depuis le 1^{er} janvier 2020.

Cette notification dématérialisée s'effectue via le **téléservice « compte AT/MP »** accessible à partir de la plateforme www.net-entreprises.fr.

L'adhésion à ce compte est donc aussi obligatoire depuis cette date pour ces entreprises, sauf si elles ont demandé à ne pas en bénéficier en 2020.

S'agissant des autres entreprises, il est prévu que l'obligation de notification du taux AT/MP par voie dématérialisée entre en vigueur à des dates fixées par

décret. Ce texte est paru au JO du 9 octobre, complété par un arrêté précisant les modalités de la notification.

- **Entreprises de moins de 150 salariés : deux échéances différentes, selon l'effectif**

Le décret du 8 octobre 2020 prévoit que la notification dématérialisée des taux de cotisation AT/MP deviendra obligatoire :

- **à compter du 1^{er} janvier 2021 pour les entreprises de 10 à 149 salariés ;**

- **à compter du 1^{er} janvier 2022 pour les entreprises de moins de 10 salariés.**

L'ensemble des entreprises seront donc concernées par cette obligation à partir du 1^{er} janvier 2022.

Le décret confirme ainsi les dates déjà diffusées par l'assurance maladie fin juillet 2020 dans une information consacrée au compte AT/MP.

- **Modalités pratiques de la notification du taux AT/MP via le compte AT/MP**

Comme c'est déjà le cas pour les entreprises d'au moins 150 salariés, la notification électronique du taux de cotisation AT/MP aux entreprises de moins de 150 salariés s'effectuera via le compte AT/MP.

Sous réserve que l'employeur ait adhéré au téléservice « compte AT/MP », la CARSAT enverra à l'adresse électronique de l'employeur, que ce dernier devra maintenir à jour, un avis de dépôt l'informant qu'une décision est mise à sa disposition et qu'il a la possibilité d'en prendre connaissance.

Cet avis mentionnera la date de mise à disposition de la décision ainsi que les coordonnées de l'organisme auteur de la décision. Il informera également l'employeur qu'à défaut de consultation de la décision dans un délai de 15 jours à compter de sa mise à disposition, cette dernière sera réputée notifiée à la date de sa mise à disposition.

- **Sanction de l'absence d'adhésion au compte AT/MP**

L'absence d'adhésion au compte AT/MP entraînera l'application d'une pénalité.

La pénalité sera égale à un pourcentage du plafond mensuel de sécurité sociale (PMSS) en vigueur, arrondi à l'euro supérieur, par salarié ou assimilé compris dans les effectifs des établissements de l'entreprise pour lesquels l'absence d'adhésion est constatée.

Son montant variera selon l'effectif de l'entreprise. Il sera de :

- 0,5 % du PMSS pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à 20 salariés ou assimilés ;

- 1 % du PMSS pour les entreprises dont l'effectif est au moins égal à 20 et inférieur à 150 salariés ou assimilés ;

- 1,5 % du PMSS pour les entreprises dont l'effectif est au moins égal à 150 salariés ou assimilés.

Cette pénalité sera due au titre de chaque année ou, à défaut, au titre de chaque fraction d'année durant laquelle l'absence d'adhésion au "Compte AT/MP" est constatée.

- ***Notification du taux de la cotisation AT/MP en l'absence d'adhésion au compte AT/MP***

En l'absence d'adhésion au téléservice, la notification du taux de cotisation AT/MP interviendra :

- par lettre simple, en ce qui concerne les décisions notifiées aux établissements des entreprises soumise à une tarification collective, sauf lorsqu'elles sont relatives à un premier classement dans une catégorie de risque ou à une modification de ce classement ;
- par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, en ce qui concerne les autres décisions.

- ***Notification des décisions autres que le taux de cotisation AT/MP***

Toute décision de la CARSAT relative à la tarification des risques AT/MP, autre que celle relative au taux de cotisation AT/MP proprement dit, sera notifiée à l'employeur par lettre simple.

Toutefois, dans les cas suivants, la décision donnera lieu à l'envoi d'une notification par tout moyen permettant de lui conférer une date certaine :

- imposition de cotisations supplémentaires ou complémentaires ;
- décision de rejet relative à l'attribution de ristournes ;
- décision de rejet de la caisse sur recours gracieux.

2. JURISPRUDENCE

❖ Qui dit transfert partiel d'activité, dit exercice du contrat à due proportion dans l'entreprise d'origine et dans la nouvelle (Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 18-24881)

Lorsqu'un salarié n'est affecté que pour partie à une entité transférée, son contrat doit être effectué pour partie dans l'entreprise cessionnaire et dans l'entreprise cédante, sauf impossibilité

Dans cette affaire, à la suite de la cession par un cabinet d'avocats de l'activité qu'il exerçait dans un établissement secondaire, le contrat de travail de la secrétaire de ce cabinet avait été affecté à hauteur de 50 % de son temps de travail dans l'entité transférée. Concrètement, la salariée, qui travaillait jusqu'alors exclusivement à Nice, se trouvait tenue de travailler également pour partie à Menton.

Or, celle-ci estimant que son activité devait se poursuivre avec l'entreprise cédante (c'est-à-dire son entreprise d'origine) avait 7 mois plus tard pris acte de la rupture de son contrat de travail et saisi la juridiction prud'homale pour obtenir une rupture aux torts de l'entreprise cessionnaire (le nouvel employeur) et les indemnités afférentes.

La Cour de cassation rappelle qu'en cas de cession partielle d'une entreprise emportant transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité avait été poursuivie, **lorsqu'un salarié était employé en partie au sein de cette entité, son contrat de travail doit être transféré au cessionnaire pour la partie de l'activité qu'il y consacrait.**

Il s'agit d'un principe clairement établi.

Dans certaines hypothèses, si le salarié est amené à exercer l'essentiel de ses fonctions dans le secteur d'activité repris par la nouvelle société, la Cour de cassation considère que l'ensemble de son contrat de travail doit être transféré à cette société ou, dans le cas inverse, que son contrat de travail doit se poursuivre avec la société sortante.

Quid dans cette affaire ? La Cour de cassation considère que lorsqu'un salarié n'est affecté que pour partie à une entité transférée, **son contrat doit être exécuté à due proportion dans l'entreprise cessionnaire mais aussi dans l'entreprise cédante sauf impossibilité pour détérioration des conditions de travail ou atteinte au maintien de ses droits.**

La position de la Cour de cassation est conforme à la ligne de la CJUE qui considère qu'en présence d'un transfert d'entreprise impliquant plusieurs cessionnaires, il faut éviter que la scission du contrat de travail, au prorata des fonctions exercées par le salarié, entraîne une détérioration des conditions de travail et porte atteinte au maintien des droits des travailleurs garanti par la directive européenne (*direct. 2001/23/CE du 12 mars 2001*). Si tel devait être le cas, l'éventuelle

résiliation de la relation de travail qui s'ensuivrait devrait être considérée comme intervenue du fait du ou des cessionnaires, quand bien même cette résiliation serait intervenue à l'initiative du travailleur (CJUE, arrêt du 26 mars 2020, aff. C-344/18).

❖ Non-respect du principe de parité : l'annulation de l'élection du membre du CSE n'a pas d'effet rétroactif (Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-15505)

Le salarié dont l'élection est annulée pour non-respect par sa liste syndicale du principe de représentation équilibrée hommes/femmes ne perd son mandat qu'à compter du prononcé de cette annulation. Sa candidature à l'élection ne peut être annulée.

En application du principe de parité ou de mixité des candidatures à l'élection du CSE, pour chaque collège, les listes syndicales doivent être composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale.

Tout manquement à ce principe entraîne l'annulation par le juge de l'élection du ou des élus du sexe surreprésenté en surnombre.

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, le juge d'instance avait annulé l'élection d'un salarié comme membre titulaire du CSE en raison du non-respect du principe de parité par la liste présentée par son organisation syndicale.

Mais l'employeur soutenait que l'annulation de l'élection du salarié devait également conduire à annuler sa candidature. D'après lui, l'annulation des élections entraînait de plein droit l'annulation de tous les actes préparatoires dont les actes de candidature.

Le juge n'a pas donné droit à l'employeur, au motif **qu'aucune disposition du Code du travail ne prévoit la rétroactivité de l'annulation de l'élection.**

La Cour de cassation valide la décision du juge.

Elle considère que l'annulation de l'élection d'un élu surnuméraire du sexe surreprésenté, seule sanction prévue par l'article L. 2314-32 du Code du travail, ne fait perdre au salarié élu son mandat de membre du CSE **qu'à compter du jour où elle est prononcée et reste sans incidence sur sa candidature aux élections professionnelles.**

De manière générale, la Cour de cassation considère que **l'annulation des élections n'a pas d'effet rétroactif**, de sorte que le salarié dont l'élection est annulée ne perd pas rétroactivement le bénéfice de ses heures de délégation ou de sa protection et que ses actes en tant que représentant du personnel demeurent valables (Cass. soc., 11 mai 2016, n° 15-60171). Plus récemment, elle a ajouté que l'annulation

de l'élection d'un membre du CSE pour non-respect du principe de parité, alors qu'il avait recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour, est sans effet sur son mandat syndical (*Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 18-19379*). En effet, la désignation en qualité de délégué syndical est subordonnée à l'exigence d'un score personnel d'au moins 10 %, mais non à celle d'être élu.

❖ **Les absences pour maladie sont exclues du calcul de l'ancienneté sauf si la convention collective le prévoit expressément (*Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 18-18265*)**

Les textes excluent les périodes d'arrêt maladie du calcul de l'ancienneté du salarié lors de la détermination de la durée du préavis et de l'indemnité compensatrice de préavis. Une convention collective peut prévoir le contraire mais cela doit être expressément indiqué. Le seul fait de ne pas exclure cette période du calcul, ne suffit pas.

Sauf disposition conventionnelle ou contractuelle contraire, les périodes de suspension du contrat, tel que la maladie, doivent être neutralisées lorsqu'il s'agit de calculer la durée du préavis légal. Seules certaines situations particulières dérogent à cette règle (ex. : arrêt pour accident du travail).

Une convention collective peut, à l'inverse, prévoir de prendre en compte ces périodes. C'est ce que soutenait le salarié dans cette affaire pour bénéficier non pas d'un mois mais de deux mois de salaire au titre de son indemnité compensatrice de préavis.

La convention collective applicable dans cette affaire contient la disposition suivante : « *Sauf accord entre les parties prévoyant une durée supérieure, la durée du préavis, dite aussi "délai-congé", est : (...) 2 mois en cas de licenciement pour les salariés ayant une ancienneté égale ou supérieure à 2 ans (...)* ».

Le salarié soutenait que les périodes où il était en arrêt maladie devaient être prises en compte dans le calcul de son ancienneté étant donné que la convention collective ne les excluait pas dudit calcul.

Cet argument n'a pas emporté l'adhésion de la Cour de cassation. Cette dernière a relevé que **la convention ne prévoit pas que les périodes de suspension pour maladie entrent en compte pour le calcul de l'ancienneté. Dans le silence de la convention, c'est donc l'article L. 1234-8 du Code du travail qui s'applique, celui-ci excluant les périodes de suspension du contrat pour le calcul de l'ancienneté.**

Il ressort de cette décision que pour que les périodes de suspension du contrat soient prises en compte dans le calcul de l'ancienneté du salarié et donc dans la détermination de la durée de son préavis, cela doit avoir été « **expressément** » prévu par la convention collective applicable. Le silence de cette dernière sur le sujet ne peut en aucun cas suffire.

❖ **Quand un échange de courriels constitue une offre de contrat de travail acceptée (*Cass. soc., 23 septembre 2020, n° 18-22188*)**

Lorsque l'employeur adresse une offre de contrat de travail et que le candidat l'accepte, ceux-ci deviennent liés par un contrat de travail. C'est ce qui ressortait d'un échange de courriels entre un club sportif et un entraîneur dans une affaire soumise à la Cour de cassation le 23 septembre 2020.

Un club de rugby qui embauchait pour le poste d'entraîneur de l'équipe avait eu un échange de courriels avec un candidat. Au terme de cet échange, le candidat considérait avoir été engagé en tant qu'entraîneur pour un CDD de 24 mois.

Le club considérait que le contrat de travail n'avait pas été conclu, estimant qu'il n'y avait pas eu d'offre de contrat et que la conclusion du contrat était subordonnée à sa validation par le conseil de surveillance du club.

Le candidat avait alors saisi le CPH afin d'obtenir réparation pour la rupture anticipée abusive de son CDD. Ce qu'il a obtenu, le club ayant été condamné à lui verser 169 401 € de dommages-intérêts.

Devant la Cour de cassation, le club reprochait aux juges d'avoir caractérisé l'existence d'une offre de contrat de travail.

Rappelons que l'offre de contrat de travail est l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime sa volonté d'être lié en cas d'acceptation.

Or, selon le club, les courriels échangés ne constituaient pas une offre de contrat. D'une part, la proposition envoyée mentionnait certes l'emploi et la rémunération, mais ne précisait pas la date d'entrée en fonction. D'autre part, un précédent courriel avait été envoyé précisant que « *ce mail n'est qu'une proposition et non pas un contrat d'engagement, celui-ci fera l'objet d'un contrat définitif [signé] par le futur entraîneur et le club* ».

Pour décider qu'il s'agissait bien d'une offre de contrat de travail, les juges du fond ont constaté que le courriel précisait la période d'engagement envisagée, ce dont il pouvait se déduire la date d'entrée en fonction.

Par ailleurs, ils ont considéré que la simple circonstance que le précédent mail indique qu'il ne s'agissait que d'une proposition et non d'un contrat d'engagement « ne pouvait être interprétée comme l'absence de volonté d'être lié en cas d'acceptation, étant observé que l'utilisation du temps futur (« fera ») et non du conditionnel et l'absence de quelque condition suspensive à cette offre (notamment de validation par le conseil de surveillance) confortent le caractère ferme de l'offre ».

La Cour de cassation confirme la décision des juges du fond. Elle estime que la proposition qui précisait

l'emploi, la rémunération et la période d'engagement envisagée, et donc la date d'entrée en fonction, constituait bien une offre de contrat de travail. Or, celle-ci avait été acceptée par le candidat. Dès lors, depuis l'acceptation de l'offre, les parties étaient liées par un CDD que le club ne pouvait ultérieurement remettre en cause.

❖ **Litige sur des heures de délégation prises les dimanches et jours fériés : à qui incombe la preuve ? (Cass. soc., 14 octobre 2020, n° 18-24049)**

Les représentants du personnel peuvent utiliser leurs heures de délégation en dehors de leur horaire habituel de travail lorsque les nécessités du mandat le justifient. **Si l'employeur demande en justice le remboursement de ces heures, c'est au salarié concerné d'établir ces nécessités**, ainsi que l'illustre un arrêt d'espèce de la Cour de cassation du 14 octobre 2020.

Dans cette affaire, l'employeur avait saisi les juges d'une demande en remboursement par un élu du CE et du CHSCT d'heures de délégation que celui-ci avait posées les dimanches et jours fériés pendant près de deux ans, ainsi que des primes et indemnités correspondantes.

De son côté, le salarié a profité du litige pour demander le paiement des heures concernées en heures supplémentaires.

La Cour de cassation procède d'abord à un double rappel :

- les heures de délégation doivent être payées comme du temps de travail ;
- ces heures sont à traiter comme des heures supplémentaires lorsqu'elles sont prises en dehors de l'horaire de travail en raison des nécessités du mandat.

Enfin, elle considère que **c'est au salarié de démontrer que la prise d'heures de délégation en dehors de son horaire de travail (ici, les dimanches et jours fériés) est justifiée par les nécessités de son mandat.**

Les juges d'appel ne pouvaient donc pas refuser d'accéder à la demande de remboursement de l'employeur au prétexte qu'il n'avait pas démontré que le salarié aurait pu exercer son mandat sur le temps de travail sans préjudice pour le fonctionnement de l'entreprise.

Dans la mesure où les dispositions légales relatives aux heures de délégation des élus du CSE sont similaires à celles des anciennes institutions représentatives du personnel, **la solution dégagée par la Cour de cassation est, à notre sens, valable pour le CSE.**

A noter : ce n'était pas en litige dans cette affaire, mais pour mémoire, les heures de délégation prises en dehors des horaires habituels de travail doivent être payées à l'échéance normale tant que le salarié reste dans la limite de son crédit d'heures, en vertu de la

présomption de bonne utilisation qui y est attachée. L'employeur peut contester en justice l'utilisation faite de ces heures, mais uniquement après les avoir payées. On comprend de l'affaire jugée le 14 octobre 2020 que c'est au salarié d'établir que les nécessités du mandat justifiaient que les heures de délégation soient prises en dehors de son horaire habituel.

❖ **Dans une entreprise de moins de 50 salariés, le délégué syndical n'est protégé que pendant 6 mois après la fin de son mandat (Cass. soc., 4 novembre 2020, n° 19-12279)**

Dans les entreprises de moins de 50 salariés où seul un délégué du personnel, ou un élu du CSE, peut être désigné délégué syndical, la protection post-mandat est celle de 6 mois attachée à sa qualité d'élu et non celle de 12 mois attachée à la qualité de délégué syndical s'il a exercé plus d'un an.

Dans cette affaire, un salarié employé dans une entreprise de moins de 50 salariés avait été élu en tant que délégué du personnel, et désigné en tant que délégué syndical. Ce salarié avait été licencié le 6 octobre 2014.

Le salarié avait détenu deux mandats de DP et DS. Or, la période de protection post-mandat correspondant à chacun va du simple au double :

- **un ancien délégué du personnel (ou désormais élu du CSE) est protégé pendant 6 mois après son mandat ;**
- **un ancien délégué syndical est protégé pendant 12 mois après son mandat, s'il l'a exercé pendant au moins 12 mois consécutifs.**

Tout le débat se situait donc dans la durée de la protection applicable et la nécessité d'obtenir une autorisation administrative de licenciement.

En l'espèce, l'employeur avait demandé et obtenu l'autorisation de licencier le salarié. Mais cette autorisation avait été annulée par le ministre du Travail, au motif que l'inspection du travail n'était pas compétente pour statuer sur la demande d'autorisation, considérant que le salarié n'était plus protégé au moment de son licenciement.

Le salarié n'avait pas contesté cette décision administrative. En revanche, il avait saisi le juge judiciaire pour faire juger son licenciement nul, car intervenu en violation du statut protecteur.

Avant d'en venir à la solution, la Cour de cassation rappelle les règles particulières en matière de désignation du délégué syndical dans une entreprise de moins de 50 salariés : seul un élu délégué du personnel, ou désormais un membre élu au CSE, peut être désigné comme délégué syndical. Cette désignation vaut pour la durée du mandat de l'élu restant à courir.

En clair, le mandat de DS est directement lié au mandat de DP.

La Cour de cassation en déduit donc que **le délai de protection applicable au salarié après la cessation de ses mandats est celle de 6 mois attachée à sa qualité de DP et non celle d'un an attachée à la qualité de DS.**

Seule la protection de 6 mois trouvait à s'appliquer.

A noter : la règle étant identique dans le cadre du CSE, cette jurisprudence a, selon nous, vocation à s'appliquer aux entreprises de moins de 50 salariés.

En revanche, dans une entreprise d'au moins 50 salariés où les deux mandats sont dissociés, le salarié aurait pu bénéficier de la protection liée à chaque mandat.

❖ **Refuser de promouvoir un salarié qui ne donne pas satisfaction n'est pas discriminatoire (Cass. soc., 14 octobre 2020, n° 19-17817)**

Le salarié qui se plaint de discrimination apporte des éléments de fait à l'appui de sa demande. L'employeur doit alors démontrer que ces faits sont justifiés et non discriminatoires. C'est le cas lorsque la promotion à un poste d'encadrement a été refusée à un salarié du fait d'éléments objectifs concernant son parcours professionnel.

Dans cette affaire, le salarié se plaignait d'avoir été victime d'une discrimination dans son déroulement de carrière.

Il avait en effet postulé en 2006 à un poste de responsable de service dans l'entreprise, mais sa candidature n'avait pas été retenue, l'employeur ayant préféré promouvoir un autre salarié.

Le salarié estimait que ce choix était lié au fait qu'il avait participé à une grève d'une semaine au mois de juin 2005 alors que son collègue promu n'avait pas été gréviste. Il avait cependant attendu de prendre sa retraite, le 1^{er} janvier 2010, pour assigner son employeur afin d'obtenir des dommages-intérêts.

Aucune personne ne peut faire l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, que ce soit en matière de recrutement, de rémunération, de formation, d'affectation, de classification, etc.

En cas de litige, le salarié qui prétend être victime de discrimination doit apporter des éléments de fait à l'appui de sa demande.

Charge à l'employeur de démontrer que ces faits sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Face aux arguments présentés en défense par l'employeur, la demande du salarié est rejetée par les juges du fond en des termes particulièrement sévères.

Leur décision est approuvée par la Cour de cassation.

Tout d'abord, le choix de ne pas lui confier la responsabilité du service s'expliquait, ainsi que l'avait exprimé l'employeur en réponse aux accusations du

salarié, par l'absence d'exercice antérieur de fonctions de responsabilité, le salarié ayant travaillé en qualité de monteur-électricien ou électricien dans de précédentes sociétés puis pendant près de 20 ans dans la société en qualité de technicien de contrôle.

De plus, le salarié avait été sanctionné par un avertissement en juillet 2004, donc bien avant la grève, pour son défaut d'implication et enfin son comportement méprisant à l'égard de sa hiérarchie et de sa direction était attesté par divers courriers adressés en 2006 par le salarié à son entreprise et stigmatisant l'incompétence de la direction et de deux chefs de services.

L'employeur avait donc apporté suffisamment d'éléments permettant de conclure à l'absence de toute discrimination et de tout lien avec la grève invoquée par le salarié.

❖ **La dispense de préavis de l'employeur l'oblige à régler au salarié les RTT qui auraient été acquis durant cette période (Cass. soc., 14 octobre 2020, n° 19-20399)**

La dispense de préavis de l'employeur a une incidence en paye, dans la mesure où celui-ci doit « faire comme si » le salarié était encore présent dans l'entreprise. **En présence d'un accord de réduction de temps de travail (RTT), l'employeur doit tenir compte des RTT que le salarié aurait pu accumuler pendant le préavis.**

En cas de rupture du contrat de travail, l'employeur peut dispenser, partiellement ou totalement, le salarié d'effectuer un préavis. **Cette dispense de préavis décidée par l'employeur ne doit entraîner aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il l'avait accompli.**

L'indemnité compensatrice de préavis comprend le salaire de base, mais aussi, le cas échéant, la rémunération variable, les primes et indemnités inhérentes à la nature du travail, les heures supplémentaires effectuées de manière habituelle, ou encore la prime d'intéressement. En outre, le salarié doit percevoir l'indemnité compensatrice de congés payés pour la période couvrant l'intégralité du préavis.

Qu'en est-il lorsque dans l'entreprise, se présente le cas d'une dispense de préavis alors qu'un système de réduction du temps de travail (RTT) est existant ?

Selon la Cour de cassation, l'indemnité compensatrice de jours de RTT non pris par le salarié à la date de la rupture de son contrat correspond à l'acquisition d'heures de travail accomplies entre la 35^{ème} et la 39^{ème} heure de chaque semaine. Elle a donc le caractère d'une rémunération habituelle et normale du salarié et doit être prise en compte pour le calcul de l'indemnité de préavis.

En conclusion, les jours de RTT étaient bien acquis au titre de la période de préavis non exécuté et devaient donc être indemnisés.

❖ **Portabilité de la complémentaire santé et prévoyance et liquidation judiciaire de l'entreprise : revirement jurisprudentiel (Cass. 2e civ., 5 nov. 2020, n° 19-17164)**

Les salariés dont la cessation du contrat de travail est prise en charge par le régime d'assurance chômage peuvent bénéficier, à titre gratuit et temporairement, du maintien de la couverture complémentaire santé et prévoyance lourde mise en place par leur ancien employeur. Ce mécanisme est plus communément appelé portabilité des droits des anciens salariés chômeurs indemnisés.

Cette portabilité des droits s'applique-t-elle lorsque l'employeur fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire ? C'est à cette question que la Cour de cassation vient, une nouvelle fois, d'être soumise.

Elle avait eu l'occasion de prendre position dans un avis publié en 2017 (Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17015). Dans cet avis, elle considérait que le maintien des garanties de prévoyance visé à l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale s'appliquait aux anciens salariés licenciés d'un employeur placé en liquidation judiciaire, l'article n'opérant aucune distinction entre les salariés des entreprises in bonis et les salariés dont l'employeur a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire. Elle tempérerait toutefois cette affirmation en précisant que le maintien des droits implique que le contrat ou l'adhésion liant l'employeur à l'organisme assureur ne soit pas résilié.

En 2018, elle confirmait cet avis en ajoutant une précision de taille : la portabilité étant financée par une mutualisation des cotisations des salariés actifs et de l'employeur au sein du régime collectif, le maintien des droits implique que le contrat ou d'adhésion liant l'employeur à l'organisme assureur ne soit pas résilié ou qu'il prévoit un dispositif de financement de la portabilité en cas de liquidation judiciaire. A défaut, pas de maintien des garanties frais de santé et de prévoyance (Cass. 2e civ., 18 janv. 2018, n° 16-27332).

Une position reprise par le Ministre de la santé et des solidarités dans une réponse faite le 14 avril 2020 (Rép. min. n° 504 JOAN Q, 14 avr. 2020).

Mais la Cour de cassation vient de se raviser dans un arrêt du 5 novembre 2020. Elle rappelle que :

- les dispositions relatives au maintien à titre gratuit des droits des anciens salariés chômeurs indemnisés sont d'ordre public ;
- ces dispositions n'opèrent aucune distinction entre les salariés des entreprises ou associations in bonis et les salariés dont l'employeur fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire.

Faisant une stricte application du texte de loi, elle ajoute que **ces dispositions ne prévoient aucune condition relative à l'existence d'un dispositif assurant le financement du maintien des couvertures santé et prévoyance.**

Ainsi, dès lors qu'il existe un contrat de complémentaire santé et prévoyance au jour où le licenciement du salarié est intervenu (seule condition exigée par la loi), ce salarié peut prétendre au maintien à titre gratuit de ces couvertures. Les assureurs ne peuvent lui refuser cette garantie en arguant de la résiliation du contrat ou du défaut de paiement des cotisations.

Le seul cas d'exclusion possible est le licenciement pour faute lourde.

❖ **Le juge peut rechercher si la menace sur la compétitivité de l'entreprise a son origine dans une faute de l'employeur (Cass. soc., 4 novembre 2020, n° 18-23029)**

Le juge n'a pas le pouvoir de porter une appréciation sur les choix de gestion de l'employeur. **En revanche, il peut rechercher si une faute a été commise**, ce qui a pour effet de rendre les licenciements sans cause réelle et sérieuse. Cette analyse, jusqu'alors utilisée dans le cadre de licenciements consécutifs à des difficultés économiques ou à une cessation d'activité, trouve à s'appliquer aux licenciements justifiés par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

En 2014, la société Pages Jaunes a engagé une vaste réorganisation destinée à sauvegarder sa compétitivité. Cinq salariés licenciés pour motif économique dans le cadre de cette opération ont contesté le caractère réel et sérieux de la rupture de leur contrat de travail. Ils soutenaient que la menace qui pesait sur la compétitivité de la société avait pour origine des fautes de l'employeur.

Il faut ici rappeler que, en 2006, la société avait été vendue, avec le groupe Pages Jaunes, à des fonds d'investissement au moyen d'un rachat par endettement (LBO). Et c'était la société elle-même qui finançait le remboursement de cet emprunt.

Les salariés mettaient en avant le fait que ce remboursement avait asséché les ressources financières de l'entreprise, l'empêchant de faire les investissements nécessaires pour assurer sa pérennité. Selon eux, l'employeur avait donc commis une faute de gestion, qui avait conduit à la restructuration à l'origine de leur licenciement.

Comme le rappelle la note explicative de la Cour de cassation, le juge ne peut pas porter d'appréciation sur les choix de gestion de l'employeur.

En revanche, il est en droit de rechercher si de mauvais choix de gestion ne dissimulent pas une faute de l'employeur. Cette faute peut être caractérisée par :

- une légèreté blâmable ;
- une attitude intentionnelle et frauduleuse ;
- ou encore des agissements fautifs allant au-delà d'erreurs de gestion.

Dans toutes ces hypothèses, les licenciements économiques sont dépourvus de cause réelle et sérieuse.

La note explicative jointe à l'arrêt souligne que cette jurisprudence s'est bâtie sur des affaires où l'employeur invoquait comme motif une restructuration dictée par des difficultés économiques ou une cessation d'activité. Or, dans l'affaire Pages Jaunes, l'employeur s'était placé sur le terrain de la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité.

Mais alors, rechercher une faute de l'employeur dans une telle hypothèse ne conduit-il pas à examiner ses choix de gestion et donc à franchir la ligne jaune ?

Pour la première fois, la Cour de cassation tranche expressément cette question et décide que **le licenciement pour sauvegarde de la compétitivité ne fait pas exception**. Dans une telle hypothèse, le juge est donc en mesure de rechercher si l'employeur n'a pas commis une faute qui serait à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise et qui rendrait les licenciements sans cause réelle et sérieuse.

Mais la Cour de cassation impose naturellement de faire preuve de la même rigueur qu'en cas de difficultés économiques ou de cessation de l'activité : « l'erreur éventuellement commise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule une faute de l'employeur ». **Il faut aller plus loin dans la démonstration de la faute.**

Or, dans cette affaire, la cour d'appel avait seulement pointé du doigt « des décisions de mise à disposition de liquidités [de la société Page jaunes vers la holding pour financer l'opération de LBO] empêchant ou limitant les investissements nécessaires, ces décisions pouvant être qualifiées de préjudiciables comme prises dans le seul intérêt de l'actionnaire ».

Pour la Cour de cassation, ces motifs étaient insuffisants à caractériser la faute de l'employeur à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise. Dans ces conditions, la cour d'appel ne pouvait pas conclure à des licenciements sans cause réelle et sérieuse.

3. CONVENTIONS COLLECTIVES

❖ AIDE A DOMICILE : ACCOMPAGNEMENT, SOINS ET SERVICES

Valeur du point au 1 ^{er} janvier 2020	Avenant n° 44/2020 du 30 avril 2020	Arrêté d'agrément du 2 octobre 2020, JO du 29
---	-------------------------------------	---

❖ AUTOMOBILE

Régime de prévoyance : taux de cotisation 2021	Accord du 20 octobre 2020	
--	---------------------------	--

❖ BATIMENT : OUVRIERS – AUVERGNE-RHONE-ALPES

<u>Loire</u> : indemnités de petits déplacements au 1 ^{er} juillet 2018 et indemnités de repas au 1 ^{er} janvier 2019	Avenant n° 1 du 12 juillet 2018	Arrêtés du 17 septembre 2020, JO du 31 octobre
<u>Drôme et Ardèche</u> : indemnités de petits déplacements au 1 ^{er} janvier 2020	Accord du 16 décembre 2019	

❖ BUREAUX D'ETUDES TECHNIQUES

Dispositif spécifique d'activité partielle : mesures exceptionnelles liées à l'épidémie de coronavirus	Accord du 10 septembre 2020	Arrêté du 2 octobre 2020, JO du 3
Classifications et salaires minima	Avenant n° 1 du 12 juillet	Arrêté du 16 octobre 2020, JO du 31

❖ DENTAIRES : PROTHESISTES ET LABORATOIRES DE PROTHESE DENTAIRE

Licenciement et mise à la retraite : nouvelle indemnité	Accord du 11 septembre 2020	Déposé le 2 octobre 2020
---	-----------------------------	--------------------------

❖ HANDICAPES : ETABLISSEMENTS ET SERVICES, MEDECINS SPECIALISES

Majoration de l'indemnité de sujétion spéciale	Avenant n° 354 du 23 juin 2020	Arrêté d'agrément du 2 octobre 2020, JO du 29
Mise en place d'un fonds de solidarité de prévoyance	Avenant n° 356 du 23 juin 2020	

❖ HOSPITALISATION PRIVEE A BUT NON LUCRATIF

Actualisation de la CCN	Avenant n° 2020-01 du 12 mars 2020	Arrêté d'agrément du 2 octobre 2020, JO du 29
-------------------------	------------------------------------	---

❖ MISSIONS LOCALES ET PAIO

Modification de la classification et de l'indemnité de responsabilité et création d'emplois du médico-social et social	Avenant n° 65 du 20 juin 2019	Arrêté du 5 octobre 2020, JO du 15
--	-------------------------------	------------------------------------

❖ NOTARIAT

Salaires minima au 1 ^{er} octobre 2020	Avenant n° 40 du 17 septembre 2020	
---	------------------------------------	--

❖ TRANSPORT INTERURBAIN DE VOYAGEURS

Nouveau dispositif de garantie d'emploi en cas de changement de prestataire	Accord du 3 juillet 2020	Arrêté du 2 octobre 2020, JO du 27
---	--------------------------	------------------------------------

❖ TRANSPORT ROUTIER DE VOYAGEURS

Indemnités des jours fériés et dimanches travaillés des ouvriers au 1 ^{er} mars 2020	Avenant n° 113 du 3 mars 2020	Arrêtés du 17 septembre 2020, JO du 3 octobre
Indemnités complémentaires pour langues étrangères et salaires minima au 1 ^{er} mars 2020	Avenants n°s 85, 93, 95 et 113 du 3 mars 2020	

❖ TRAVAUX PUBLICS : CADRES

Forfait annuel en jours : catégories de cadres éligibles	Avenant interprétatif n° 41 du 15 septembre 2020
--	--

***NOTA BENE** : Les accords non étendus sont uniquement applicables aux employeurs adhérents à une organisation patronale signataire. Les accords étendus ou élargis deviennent en principe obligatoires pour tous les employeurs de la Branche au lendemain de la publication de l'arrêté au Journal Officiel (JO). Toutefois, certains accords peuvent prévoir une date d'application ultérieure.*

CHIFFRES CLÉS 2020

3 428 € - PMSS

41 136 € - PASS

10.15 € - SMIC HORAIRE

1 539.45 € - SMIC MENSUEL (pour 151,67 h)

Pour toutes informations complémentaires ou tous conseils, nous contacter :
04-77-33-12-06 ou avocats@lex-part.fr