

À LA UNE : L'ORDONNANCE 2019-116 DU 20 FEVRIER 2019 SUR LE DETACHEMENT

Le nombre de détachements en France étant en constante augmentation (230.000 salariés détachés en 2014, 354.151 en 2016 et 516.101 salariés en 2017), l'inspection du travail veille de plus en plus fermement à l'application de la réglementation (le nombre d'amendes administratives infligées aux entreprises est ainsi passé de 453 à 1.034 entre 2016 et 2017, pour un montant global passant lui de 2,4 à 5,9 millions d'euros).

Le législateur français intervient donc très régulièrement pour encadrer ces opérations de détachement. **La loi n° 2018-1088 du 5 septembre 2018 dite « Avenir professionnel » a, en dernier lieu, musclé la réglementation applicable**, renforçant encore la lutte contre le détachement illégal.

S'agissant du cadre européen du détachement, **une nouvelle directive UE/857/2018 du 28 juin 2018 a révisé l'ancienne directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.**

Cette nouvelle directive vient d'être transposée en droit français, par une ordonnance n° 2019-116 signée le 20 février 2019, qui entrera en vigueur le 30 juillet 2020.

Nous vous proposons un rapide aperçu des principaux changements opérés par ce texte.

Le « noyau dur » des dispositions françaises applicables aux salariés détachés

Le code du travail prévoit qu'un « noyau dur » de dispositions (législatives, réglementaires, administratives et conventionnelles) du droit du travail français doit nécessairement être appliqué aux salariés détachés, de la même manière qu'elles le sont aux salariés français (articles L. 1264-2 et R. 1261-1 à R. 1262-19).

Ce « noyau dur » comprend notamment des dispositions relatives à la rémunération, à la durée du travail et aux congés payés, ou encore à la santé et à la sécurité

A compter du 30 juillet 2020, le noyau dur applicable aux salariés détachés sera étendu et complété comme suit :

- les salariés détachés bénéficieront des **dispositions en matière de rémunération au sens de l'article L. 3221-3 du code du travail**, c'est-à-dire « *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi* », outre les majorations pour heures supplémentaires ;
- les salariés détachés bénéficieront également du **remboursement des frais professionnels engagés dans le cadre de leur mission, en matière de transport, de repas et d'hébergement** ;

- enfin, il est prévu que les salariés détachés devront bénéficier d'une « **égalité de traitement avec les salariés employés par les entreprises de la même branche d'activité établies sur le territoire national** ».

Les détachements de longue durée

Pour les détachements de longue durée, toutes les dispositions du code du travail devront désormais être appliquées aux salariés détachés, à l'exception « des dispositions du chapitre I, des sections 1,2 et 5 du chapitre II, des chapitres III et IV du titre II, des titres III, IV et VII du livre II de la première partie du code du travail » (article L. 1262-4 II).

Il s'agit des dispositions sur la formation et l'exécution du contrat de travail, la modification du contrat de travail pour motif économique, la mobilité volontaire sécurisée, le transfert et la rupture du contrat de travail, CDD, contrat de chantier, etc.

Un détachement de longue durée s'entend d'un détachement d'une durée de plus de 12 mois (soit, à compter du 13^{ème} mois).

Néanmoins, « *lorsque l'exécution de la prestation* » le justifiera, **il sera possible de demander la prolongation de l'application du seul « noyau dur », sur déclaration motivée préalable de l'employeur à l'Administration** (dans des conditions qui seront fixées par décret), et pour une durée maximale de 6 mois supplémentaires, soit **18 mois au total**.

En l'absence de déclaration de prolongation du détachement avant l'expiration du délai de 12 mois, une **amende administrative de 4.000 euros par salarié détaché** (8.000 euros en cas de récidive) pourra être appliquée (plafond de 500.000 euros), étant précisé que le recours contre une décision prononçant une amende n'a pas d'effet suspensif.

En cas de remplacement d'un salarié détaché par un autre salarié détaché sur le même poste, il convient de tenir compte de la durée cumulée des détachements de l'ensemble des salariés qui se succèdent.

En outre, **pour les détachements qui seront en cours au jour de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, soit le 30 juillet 2020, la limite de 12 mois est appréciée en tentant compte des périodes de détachement déjà accomplies à cette date.**

En synthèse :

- pour les salariés détachés pour une durée de 12 mois maximum (ou 18 mois sur déclaration motivée), application du « noyau dur » classique (et étendu tel qu'indiqué précédemment à compter du 30 juillet 2020) ;
- pour les salariés détachés au-delà de cette durée, application de l'ensemble du code du travail à l'exception des dispositions visées à l'article L. 1262-4 II.

Le détachement de travailleurs temporaires

De nouvelles obligations sont créées s'agissant du recours à des travailleurs détachés intérimaires.

A compter du 30 juillet 2020, une entreprise utilisatrice établie ou exerçant en France et faisant appel à une entreprise de travail temporaire établie hors de France qui détache des salariés, devra, préalablement aux détachements :

- **si l'entreprise utilisatrice est établie en France : informer l'entreprise de travail temporaire étrangère des règles applicables aux salariés détachés en matière de rémunération ;**
- **si l'entreprise utilisatrice exerce temporairement une activité en France mais n'y est pas établie : informer l'entreprise de travail temporaire sur le détachement et les règles applicables.** Une liste des informations qui devront être fournies sera fixée par arrêté.

A défaut, l'entreprise utilisatrice pourra se voir appliquer une **amende administrative de 4.000 euros par salarié concerné** (plafond de 500.000 euros). Pour l'entreprise utilisatrice établie en France, cette sanction sera applicable pour le cas où les dispositions relatives à la rémunération ne sont pas respectées.

Conclusion

Les entreprises françaises ont désormais un peu plus d'un an pour « digérer » cette nouvelle réforme. Il faudra faire preuve de la plus grande vigilance, dès lors que des contrôles rigoureux ne manqueront pas d'intervenir sur la base d'une interprétation sans doute très stricte de ces nouveaux textes.

ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

Cass. soc., 13 février 2019, n° 16-25.764

Le salarié protégé licencié sans autorisation administrative peut agir en nullité de son licenciement et exiger sa réintégration, en saisissant le juge judiciaire.

La Cour de cassation est toutefois venue préciser que, **pour le cas particulier où le salarié fait valoir ses droits à la retraite au cours de cette instance prud'homale, la réintégration est rendue impossible de ce fait**. Il s'agit d'une exception au principe selon lequel la nullité du licenciement ouvre un droit à réintégration au profit de tout salarié.

La même solution avait déjà été adoptée récemment s'agissant d'un salarié non protégé (Cass. Soc., 14 novembre 2018, n° 17-14.932).

La Cour de cassation rappelle également que **la date de liquidation de la retraite marque la fin de la période d'indemnisation** : le salarié ayant fait valoir ses droits à la retraite a droit, au titre de la violation du statut protecteur, à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de son éviction jusqu'à celle de son départ à la retraite.

Cass. soc., 20 février 2019, n° 17-19.676

La Cour de cassation est venue rappeler le plein effet d'une transaction rédigée en termes généraux.

Elle a jugé qu'en signant une transaction comportant une formule générale de renonciation à toute action ayant pour origine l'exécution ou la rupture du contrat de travail, le salarié licencié pour motif économique s'interdit de réclamer ultérieurement une indemnisation au titre d'un manquement à l'obligation de reclassement, à l'obligation de

réembauche ou encore aux obligations découlant du PSE.

En présence d'une clause générale excluant tout recours, la portée de la transaction ne se limite donc pas au litige à l'origine de sa conclusion.

Une transaction rédigée en termes généraux peut toutefois prévoir d'exclure de son objet certaines questions ou litiges précisément identifiés.

Cass. soc., 20 février 2019, n° 17-27.600

Confirmant une jurisprudence de 1998 (Cass. soc., 10 février 1998, n° 95-40.271), la Cour de cassation affirme que **le reçu pour solde de tout compte doit comporter la date de sa signature pour faire courir le délai de dénonciation au-delà duquel il devient libératoire** – étant rappelé que le solde de tout compte dont le salarié donne reçu peut être dénoncé dans les 6 mois suivant sa signature, délai au-delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées (C. trav., art. L. 1234-20).

La Cour de cassation rappelle également qu'il n'est toutefois **pas indispensable que cette date soit écrite de la main du salarié, dès lors qu'elle est certaine**.

CE, 29 février 2019, n° 413556

Lorsqu'un salarié protégé est mis à pied à titre conservatoire, la demande d'autorisation de licenciement doit être présentée dans des délais spécifiques : dans les 48 heures suivant la délibération du CSE ou, si cet avis n'est pas requis, dans les 8 jours à compter de la date de la mise à pied.

L'inobservation de ces délais n'entraîne pas nécessairement la nullité de la procédure de licenciement. Il suffit que l'employeur ait respecté un délai aussi court que possible pour présenter sa demande.

Le Conseil d'Etat est venu rappeler que **si le délai est jugé excessif, l'autorisation de licenciement éventuellement délivrée devra être annulée**. S'agissant d'un moyen de légalité interne, l'autorisation doit être annulée de ce seul fait – peu important l'absence d'incidence concrète de ce délai pour le salarié.

CPH Paris, 1^{er} mars 2019, n° 18/00964

Le Conseil de prud'hommes de Paris a **écarté le plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle**, au visa de l'article 24 de la Charte sociale européenne et des articles 4 et 10 de la convention n° 158 de l'OIT.

Cette décision s'ajoute à la liste de celles ayant conclu à l'inconventionnalité du barème fixé à l'article L. 1235-3 du code du travail (*v. notre newsletter de janvier 2019 et décembre 2018*). Le ministère de la justice avait réagi à ces précédents jugements dans une circulaire par laquelle il été demandé aux présidents des cours d'appel et des TGI de l'informer des décisions rendues dans leur ressort ayant écarté ou retenu le moyen d'inconventionnalité, ainsi que de **communiquer les décisions ayant fait l'objet d'un appel, afin de pouvoir intervenir en qualité de partie jointe pour faire connaître l'avis du parquet général sur cette question d'application de la loi** en application de l'article 426 du code de procédure civile (circ. min. Justice C3/201910006358, 26 février 2019).

La cour d'appel de Paris a récemment décidé de solliciter l'avis du parquet général avant de se prononcer dans une affaire qui a été renvoyée au 23 mai prochain.

Cass. soc., 6 mars 2019, n° 18-15.238

La Cour de cassation est venue préciser qu'en cas de **désaffiliation de l'organisation syndicale représentative** ayant procédé à la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise, **la confédération, la fédération ou l'union est habilitée à procéder à une nouvelle désignation, laquelle met fin automatiquement au mandat de représentant syndical préexistant**.

Cette solution est transposable au représentant syndical au CSE.

Cass. soc., 6 mars 2019, n° 17-28.478

En cas de transfert d'entreprise, le procès-verbal de carence aux élections est transmissible au nouvel employeur.

Si l'entreprise cédée a conservé son autonomie, le nouvel employeur pourra se prévaloir du procès-verbal de carence d'IRP établi avant la cession, et ce **pendant une période de quatre ans à compter de son établissement**.

Cette décision inédite a été rendue dans une affaire où un salarié avait été licencié pour inaptitude professionnelle sans qu'ait pu être diligentée la procédure de consultation préalable des délégués du personnel sur les propositions de reclassement.

Cass. soc., 6 mars 2019, n° 18-10.615

La Cour de cassation a rappelé que **la seule référence à un accord collectif dans le contrat de travail ne lui confère pas une valeur contractuelle**.

Ainsi, une clause du contrat de travail reprenant les modalités de calcul d'une prime d'intéressement instituée par accord collectif n'emporte pas contractualisation de ce mode de calcul.

La modification de l'accord collectif n'implique donc aucune modification du contrat de travail. Les stipulations du nouvel accord d'intéressement se substituent à l'ancien accord dénoncé et s'imposent aux salariés, sans qu'ils aient à donner leur accord.

Cass. 2^e civ., 14 mars 2019, n° 18-12.380

La Cour de cassation est venue confirmer que **lorsqu'un régime de prévoyance complémentaire a été instauré par décision unilatérale du chef d'entreprise, la contribution patronale entre dans l'assiette des cotisations s'il n'a pas été procédé à la remise, à chacun des salariés, d'un écrit constatant cette décision unilatérale**.

Cette obligation d'information écrite et individuelle doit être renouvelée en cas de modification ultérieure de la répartition du financement du régime entre l'employeur et les salariés.

CEDS, 18 octobre 2018, réclamation n° 154/2017, CGT c. France

Le 15 mars dernier, le Comité européen des droits sociaux, chargé de contrôler le respect des dispositions de la Charte sociale européenne, a **accueilli favorablement la réclamation collective déposée par la CGT après que la loi Travail du 8 août 2016 ait étendu à trois ans la durée de la période de référence sur laquelle il est possible d'aménager le temps de travail par accord collectif.**

Il a été jugé qu'une période de référence supérieure à un an est déraisonnable au regard du droit aux majorations pour heures supplémentaires.

Toutefois, cette décision n'a pas d'effet contraignant en droit interne. Seul l'État français pourra décider de lui conférer ou non une portée pratique.

EN BREF

- Compte tenu des difficultés de mise en œuvre des dispositifs d'exonération de cotisations issus de la loi portant mesures d'urgence économiques et sociales, l'administration de la sécurité sociale a décidé, selon **un communiqué de presse de la Direction de la sécurité sociale du 1^{er} mars 2019**, d'instaurer des mesures de tolérance pour la première partie de l'année 2019.

Il est notamment prévu que les majorations de retard et pénalités ne s'appliqueront pas en cas de dépôt tardif de la DSN, d'erreur sur la déclaration ou de régularisation tardive des cotisations.

- La **Charte du cotisant contrôlé** a été mise à jour.

La Charte du cotisant est un document opposable aux Urssaf et aux Caisses générales de sécurité sociale, qui doit être transmis au cotisant afin de l'informer de ses droits lors du contrôle.

Elle a été largement impactée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 qui a apporté plusieurs nouveautés dont le droit de prolongation de la période contradictoire en cas de contrôle, la dématérialisation de la mise en demeure, ou encore les modulations de majorations en cas de travail dissimulé.

Ces nouveautés ont été intégrées à la Charte par un arrêté du 8 mars 2019 (arr. min. du 8 mars 2019, JO 17 mars).

- Dans son **Guide pratique et juridique contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes au travail**, publié par le ministère du Travail le 8 mars 2019, la Direction Générale du Travail a précisé les droits et obligations des témoins, employeurs et victimes de harcèlement sexuel ou d'agissements sexistes.

- La **loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice** et la **loi organique relative au renforcement de l'organisation des juridictions** ont été promulguées le 23 mars 2019 par le Président de la République après saisine du Conseil constitutionnel pour vérifier leur constitutionnalité (*v. notre newsletter de février 2019*).

- Le Parlement européen et le Conseil sont finalement parvenus à un **accord provisoire sur la révision du règlement européen sur la coordination des systèmes de sécurité sociale** le 19 mars 2019.

Le texte vise « à garantir l'accès des travailleurs mobiles de l'UE à la sécurité sociale tout en répartissant de façon équitable les obligations entre États membres ». Il porte sur les prestations chômage, familiales et pour soins de longue durée, ainsi que sur la lutte contre la fraude. Le texte doit désormais être officiellement adopté par le Conseil et le Parlement – le vote étant prévu le 16 avril prochain.

- La Commission européenne a mis sur pied un groupe d'experts pour l'aider à

élaborer un **guide pratique sur les CE européens**. L'objectif est de stimuler la création de nouveaux CE

européens, de renforcer l'efficacité des comités existants et de diffuser de bonnes pratiques.

LE COIN DU PRATICIEN : LA CLAUSE D'EXCLUSIVITE

Dès lors qu'il s'agit d'un grand classique figurant dans nombre de contrats de travail, il nous a semblé important de revenir sur les principales conditions de validité d'une telle clause.

L'employeur peut légitimement exiger de son salarié qu'il lui consacre entièrement son activité professionnelle pendant la durée du contrat en y stipulant une clause d'exclusivité.

La portée de la clause d'exclusivité

La clause d'exclusivité vient limiter la possibilité pour le salarié de se consacrer à une activité concurrente ou toute autre activité professionnelle.

Cette clause ne peut toutefois pas avoir pour objet ou pour effet d'empêcher le salarié d'exercer une activité bénévole, dès lors qu'elle n'est pas préjudiciable à l'employeur.

La distinction avec d'autres clauses

La clause d'exclusivité ne doit pas être confondue avec :

- **la clause de non-concurrence**, qui n'est mise en œuvre qu'à la rupture du contrat de travail, et nécessite une contrepartie financière ;
- **la clause de confidentialité** qui interdit la communication d'informations à des tiers, ou l'utilisation de ces informations à d'autres fins que celles définies dans le cadre des missions.

La validité de la clause d'exclusivité dans les contrats de travail à temps complet

Si cette clause est très courante, sa rédaction doit être minutieuse. En effet, la Cour de cassation s'attache davantage à contrôler **la rédaction de cette clause que ses conditions d'application.**

Ainsi, elle a récemment jugé qu'une clause d'exclusivité **générale et imprécise est illicite** (Cass. soc., 16 mai 2018, n° 16-25.272).

S'agissant d'une atteinte à une liberté fondamentale (celle de travailler), il appartient à l'employeur de pouvoir justifier de **sa nécessité par rapport à la protection des intérêts de l'entreprise et de sa proportionnalité par rapport à la tâche à accomplir et au but recherché.**

Il est par exemple aisé de justifier d'une telle clause dans certains domaines comme les activités commerciales, les secteurs en lien avec les technologies de pointe ou encore les activités de représentation.

La validité de la clause d'exclusivité dans les contrats de travail à temps partiel

En revanche, la Cour de cassation a de longue date affirmé que la clause d'exclusivité **dans un contrat de travail à temps partiel** interdisant toute autre activité professionnelle était une atteinte à la liberté de travailler (Cass. soc., 11 juillet 2000, n° 98-43.240).

Cependant, la clause d'exclusivité peut être considérée comme valide dans les contrats à temps partiel dès lors qu'elle ne mentionne pas une interdiction « totale » mais une interdiction « limitée » aux activités concurrentes de la société (Cass. soc., 22 septembre 2016, n° 15-16.724).

Cas particuliers : VRP et création d'entreprise

Les VRP, de par la nature de leur activité, ne peuvent être soumis à une exclusivité (C. trav., art. L. 7313-6).

S'agissant de **la création d'entreprise**, une clause d'exclusivité ne peut valablement être opposée à un salarié dans deux situations (C. trav., art. L. 1222-5) :

- pendant une durée de 12 mois après son inscription au RCS ou au répertoire des

métiers, ou, après sa déclaration de début d'activité professionnelle indépendante ;

- jusqu'au terme de la prolongation d'un congé pour création ou reprise d'entreprise à temps partiel.

Sanction applicable en cas de non-respect de la clause par le salarié

En cas de non-respect par le salarié de la clause d'exclusivité à laquelle il est valablement

soumis, **l'employeur est fondé à prononcer son licenciement**, le cas échéant pour faute grave (Cass. soc., 23 oct. 2013, n° 12-15.893).

Toutefois, l'employeur peut valablement **renoncer** à l'application d'une clause d'exclusivité.

L'employeur ayant renoncé à l'application d'une clause d'exclusivité ne pourra alors plus s'en prévaloir pour fonder une quelconque sanction disciplinaire à l'encontre du salarié (Cass. soc., 19 mai 2015, n° 13-25.615).

ALTANA
VOCATS • PARIS

45 rue de Tocqueville • 75017 Paris, France
Tél. : +33 (0)1 79 97 93 00
www.altanalaw.com

