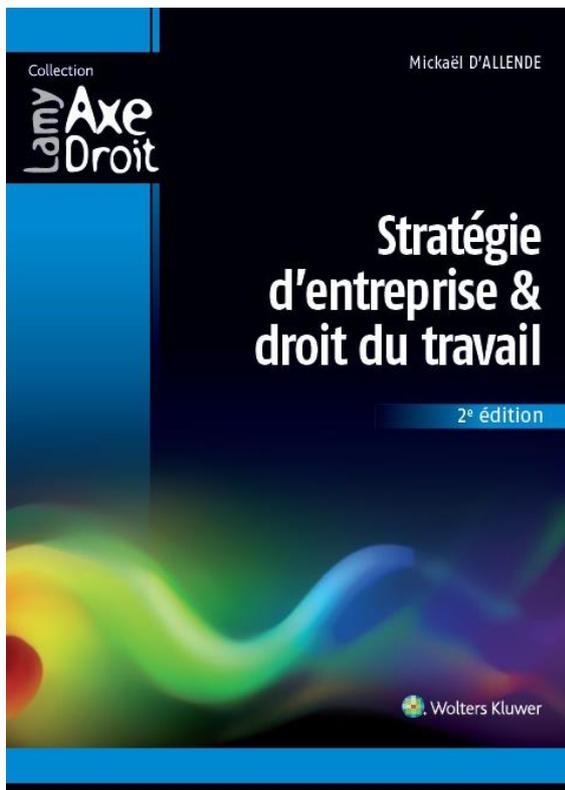


A LA UNE : STRATEGIE D'ENTREPRISE & DROIT DU TRAVAIL

Nous avons le plaisir de vous informer que la 2^{ème} édition de l'ouvrage de Mickaël d'Allende intitulé « *Stratégie d'entreprise & droit du travail* » sera publiée le 3 octobre 2019.



Les interactions entre la stratégie d'entreprise et le droit ont été largement mises en lumière ces dernières années, conséquence du décloisonnement de deux domaines un temps réputés hermétiques.

Le droit du travail demeure le grand oublié de ce rapprochement, ayant souvent été

exclusivement perçu comme une source de contraintes.

Or, nier sa dimension stratégique, c'est oublier que la stratégie dédaignant les normes régissant le travail s'y heurtera bien vite.

C'est précisément la raison pour laquelle, de discipline exclue puis périphérique du droit des affaires, le droit du travail en est non seulement devenu une composante autonome, mais en constitue désormais sinon le centre, du moins le cœur.

Les questions croisant stratégie d'entreprise et droit du travail, deux disciplines fondamentalement dépendantes des individus et des collectifs composés par ceux-ci, sont considérables. Dans quelle mesure le droit du travail permet-il à une entreprise de devenir unique sur son marché ? Comment peut-il participer à ce que les décisions prises par la direction soient efficacement déployées sur le terrain ? Quelle peut être sa contribution aux phénomènes de rupture et d'innovation stratégiques ? Comment en faire un relais efficace au niveau international ? Permet-il de favoriser la mise en place d'une culture d'entreprise performante ? Quel rôle est-il susceptible de jouer dans une sphère professionnelle gouvernée par les technologies et bousculée tant par les formes d'organisation du travail contemporaines que par les nouvelles générations de travailleurs ? De quelle manière peut-il être mobilisé pour gérer le changement ou l'échec ?

Si la pensée stratégique et le droit du travail sont en perpétuel mouvement, si leurs destins

sont entremêlés, c'est qu'ils sont inexorablement liés aux incessantes mutations économiques, sociales et technologiques.

A jour de la loi « Pacte » du 22 mai 2019 et des dernières évolutions jurisprudentielles, le présent ouvrage démontre – dans cette nouvelle édition totalement refondue – que le droit du travail constitue un actif stratégique de premier plan.

Il propose également, empruntant parfois au management, à la sociologie et à la psychologie du travail, un modèle d'analyse permettant d'aligner le droit du travail et la stratégie d'entreprise afin d'offrir des perspectives inédites aux entreprises.

Stratégie d'entreprise & droit du travail – 2^{ème} édition – Mickaël d'Allende – Collection Lamy Axe Droit – Wolters Kluwer (642 pages)

ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

Cass. soc., 11 septembre 2019, n° 18-12.606

La faute grave commise par un salarié pendant le préavis permet de mettre fin à la poursuite de ce préavis. Elle ne peut cependant entraîner la perte du droit à l'indemnité de licenciement qui naît à la date de notification du licenciement (Cass. soc., 8 juill. 1992, n° 89-40.619).

La chambre sociale précise qu' « ayant constaté que la faute grave commise au cours de l'exécution de son préavis par la salariée, qui n'en était pas dispensée, avait eu pour effet d'interrompre le préavis, la cour d'appel a décidé à bon droit de prendre en compte cette interruption pour déterminer le montant de l'indemnité de licenciement ».

En d'autres termes, la Cour de cassation admet qu'il est **possible, en cas de faute grave durant l'exécution du préavis, de réduire le montant de l'indemnité de licenciement**, en ne prenant en compte que l'ancienneté acquise à la date d'interruption du préavis, et non la totalité du préavis initialement prévu.

Cass. soc., 11 septembre 2019, n° 18-23.764

Dès les années 90, la Cour de cassation a énoncé qu'un même salarié ne peut pas siéger simultanément au comité d'entreprise en qualité de membre élu et de représentant syndical (Cass. soc., 17 juill. 1990, n° 89-60.729).

La Cour ne s'était pas prononcée sur la question depuis les ordonnances du 22 septembre 2017

mettant en place le comité social et économique (« CSE »).

Dans un arrêt du 11 septembre, la Cour de cassation confirme que « un salarié ne peut siéger simultanément dans le même comité social et économique en qualité à la fois de membre élu, **titulaire ou suppléant** et de représentant syndical auprès de celui-ci, dès lors qu'il ne peut, au sein d'une même instance et dans le même temps, exercer les fonctions délibératives qui sont les siennes en sa qualité d'élu, et les fonctions consultatives liées à son mandat de représentant syndical lorsqu'il est désigné par une organisation syndicale ».

Ainsi, le salarié devra choisir entre son mandat de membre élu du CSE, ou représentant syndical. A défaut, la Chambre sociale précise que la désignation est nulle.

CA Reims, 25 septembre 2019, n° 19/00003

La Cour d'appel de Reims a rendu le 25 septembre 2019 un arrêt poursuivant ainsi la saga judiciaire visant à l'application du barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, défini à l'article L. 1235-3 du code du travail et dit « barème Macron » (cf. *newsletter de juin 2019*).

Selon la Cour d'appel de Reims, le barème est compatible dans son principe avec l'article n° 158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte sociale européenne. Néanmoins, elle admet la possibilité pour le juge de ne pas l'appliquer, sur demande du salarié, s'il n'assure pas à ce dernier une indemnisation adéquate.

La Cour d'appel de Paris qui devait se prononcer à cette même date sur une affaire portant, entre autres, sur le barème a finalement reporté sa décision au 30 octobre 2019.

Nous vous tiendrons naturellement informés de cette décision.

CA Paris, 17 mai 2019, n° 16/08787

Le salarié envoyé en mission pour le compte de l'employeur bénéficie de la protection prévue par la législation professionnelle relative aux accidents du travail pendant tout le temps de sa mission, peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante.

La preuve que le salarié avait interrompu sa mission pour un motif personnel peut s'avérer délicate à rapporter pour l'employeur comme en

témoigne certains arrêts pittoresques, conduisant notamment à qualifier d'accident du travail une blessure faite en « boîte de nuit » en Chine (Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 2017, n° 16-22.481).

Dans l'arrêt du 17 mai 2019, la Cour d'appel de Paris en fait l'illustration en considérant que l'arrêt cardiaque d'un salarié après une relation sexuelle et le requalifie en accident du travail.

Elle considère qu'un acte sexuel est un acte de la vie courante et que l'employeur ne rapporte pas la preuve que le salarié a interrompu sa mission pour accomplir un acte totalement étranger à l'objet de celle-ci.

Afin de limiter ces écueils, il est conseillé aux employeurs de déterminer avec précision les conditions d'exécution de la mission en fixant notamment un agenda avec le salarié envoyé en mission.

EN BREF

La mise en œuvre de la réforme de l'épargne retraite prévue par la loi Pacte du 22 mai 2019 (*cf. newsletter juillet/août 2019*) s'est poursuivie au cours de l'été avec la parution au Journal officiel d'un **arrêté du 7 août 2019** portant application de la réforme de l'épargne

retraite, concernant notamment les modalités relatives à une demande de transfert de droits individuels en cours de constitution sur un plan d'épargne retraite vers un nouveau gestionnaire.

Les entreprises de 251 à 999 salariés ont du publier un index d'égalité hommes-femmes le **1er septembre 2019**, conformément au **décret n° 2019-15 du 8 janvier 2019**. Selon le ministère du travail, au 17 septembre 2019, 68% des entreprises ont satisfait à cette obligation.

Le décret n° 2019-965, du 18 septembre 2019 porte substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance dans les textes réglementaires en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

LE COIN DU PRATICIEN :

Les risques de requalification du contrat de prestation de services en contrat de travail

Un contrat de prestation de services se caractérise en principe par l'indépendance du prestataire. **Ainsi, à l'inverse du salarié qui est subordonné à son employeur, le prestataire doit agir en toute indépendance vis-à-vis du donneur d'ordre** (Cass. soc., 20 février 2013, n° 11-26.982).

Il est toutefois fréquent que les prestataires saisissent le Conseil de prud'hommes pour tenter de se voir reconnaître la qualité de salarié et ainsi obtenir la requalification de leur contrat de prestation de service en contrat de travail.

Dans la plupart des cas **ces contentieux se nouent concomitamment à la fin des relations contractuelles décidée par l'entreprise**, en particulier si le prestataire

travaillait quasi exclusivement pour cette dernière et/ou si la rupture a lieu sans préavis jugé suffisant.

Nous vous proposons donc un rappel des grands principes applicables ainsi que quelques recommandations pratiques pour limiter les risques liés à ces situations.

La présomption de non-salariat

Aux termes de l'article L. 8221-6 du code du travail, **sont présumées ne pas être liées avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des Urssaf pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ;**

Ce même texte prévoit toutefois que cette présomption de non-salariat ne peut être renversée que lorsque les personnes fournissent « *des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci* ».

L'existence d'un lien de subordination

De manière constante, le lien de subordination se caractérise par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements le cas échéant (Cass. soc., 13 novembre 1996, n°94-13.187).

Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, constituent des indices de l'existence d'un lien de subordination le fait de :

- **consacrer toute son activité** professionnelle à la même société ;
- **disposer d'une signature électronique** et/ou d'une carte de visite à en-tête de la société et/ou d'un téléphone ;
- **figurer dans l'organigramme** de la société ;

- **travailler dans les locaux** de la société ;
- **recevoir des consignes précises** et/ou de devoir procéder à un **reporting** très régulier ;
- **ne pas être libre de ses horaires** et de l'organisation de son emploi du temps ;
- **ne pas utiliser son matériel propre** ;
- **rémunérer le prestataire au temps passé** ;
- disposer de **salariés au sein de la société accomplissant les mêmes missions** que celles réalisées par le prestataire.

Il s'agit d'un « **faisceau d'indices** » utilisé par le juge en cas de contentieux.

Le risque est ainsi très élevé si tous ces critères sont remplis. Mais à l'inverse, le simple fait qu'un seul d'entre eux soit relevé ne caractérise pas nécessairement l'existence d'un contrat de travail.

Le travail au sein d'un service organisé constituera par exemple un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail, mais **il n'est pas en lui-même un critère déterminant de la qualité de salarié** (Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187 ; 21 juin 2006, n° 04-30.711).

De la même manière, **la seule utilisation d'un matériel commun ne caractérise pas de lien de subordination** si l'employé travaille en totale indépendance (Cass. soc., 14 septembre 2006, n° 04-30.647).

Le contentieux

Selon l'article L. 1411-1 du code du travail « *le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti.* »

Ainsi, si le Conseil de prud'hommes constate l'existence d'un lien de subordination juridique permanente et qu'il considère donc que les relations entre le prestataire et l'entreprise peuvent s'analyser en un contrat de travail, il s'estimera compétent pour examiner les demandes indemnitaires du prestataire.

A défaut, le Conseil de prud'hommes se déclarera incompétent et le litige pourra être renvoyé devant le tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance (et, bientôt, le tribunal judiciaire).

Dans le cadre de ces contentieux, le prestataire saisit le Conseil de prud'hommes pour tenter d'obtenir la requalification des relations contractuelles en contrat de travail afin notamment de faire produire à la rupture la nature d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La société cliente peut ainsi être condamnée à verser au salarié des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, outre une indemnité de licenciement, une indemnité compensatrice de préavis et une indemnité compensatrice de congés payés.

Le prestataire réclame également souvent des dommages et intérêts pour travail dissimulé. Néanmoins, l'article L. 8221-7 du code du travail énonce que l'infraction de travail dissimulé suppose l'existence d'un élément intentionnel. La Cour de cassation l'a également rappelé à plusieurs reprises, et vérifie donc que les juges du fond se basent sur des éléments suffisants caractérisant l'intention de l'employeur. (Cass. soc. 22 mars 2011, n°09-70.440)

Par ailleurs, il est important de noter que l'Urssaf peut également caractériser elle-même l'existence de travail dissimulé, en dehors de toute action du prestataire.

En effet, d'une manière générale, en cas de contrôle de la part de l'Urssaf, les contrats de prestation de services font partie des éléments dont l'organisme demande communication.

En cas de caractérisation par l'Urssaf de travail dissimulé, la société peut alors, notamment, être privée des mesures de réduction et d'exonération totale ou partielle de cotisations de sécurité sociale dont elle a pu bénéficier pendant la période concernée par l'infraction (article L. 133-4-2 du code de la sécurité sociale).

Conseils pratiques

Au regard de ce tout ce qui précède, il convient donc en premier lieu de :

- **vérifier que le prestataire auquel l'entreprise souhaite avoir recours est bien enregistré/immatriculé en tant qu'indépendant.** Ainsi en cas de contentieux la présomption de non-salariat s'appliquera et ce sera au prestataire de venir démontrer l'existence d'un lien de subordination ;
- puis de **signer un contrat de prestation de services et d'être attentif s'agissant de sa rédaction.**

Il conviendra par la suite d'être particulièrement **vigilant s'agissant de l'exécution concrète du contrat.**

A titre d'exemples la société cliente peut :

- **s'assurer que le prestataire travaille également pour d'autres clients** (et/ou que s'il existe une quasi exclusivité celle-ci résulte du libre choix du prestataire) ;
- **vérifier que la rémunération du prestataire est forfaitaire** et est fonction des prestations commandées et effectuées ;
- **s'assurer que le prestataire reste indépendant dans l'organisation de son activité** : pas d'horaires de travail imposés, pas non plus de présence imposée dans les locaux (sauf bien entendu si cela est nécessaire au regard des prestations réalisées), libre choix de ses dates de congés, etc ;

- **être attentive, notamment dans les échanges d'emails avec le prestataire, à ne pas le considérer comme un salarié** (pas d'ordres ou de directives). Les échanges doivent s'inscrire dans le cadre de relations normales entre un donneur d'ordre et un prestataire (suivi de la réalisation des prestations, etc.)

VIE DU CABINET

Poursuivant sa dynamique de développement, le cabinet a renforcé son pôle Corporate M&A avec l'arrivée d'un nouvel associé, Bruno Nogueiro, et de deux collaborateurs, Arthur Boutemy et Olivier Carnès. L'équipe Corporate M&A d'Altana renforce ainsi sa capacité d'intervention au service des investisseurs stratégiques.

PETIT-DEJEUNER FORMATION

Droit à la déconnexion, congés illimités, horaires individualisés, sieste au travail, semaines de travail comprimées, job sharing, télétravail, aménagement moderne des bureaux... Ces nouvelles façons de concevoir l'organisation du travail en entreprise vous intéressent ?

Afin d'aborder plus en détails ces nouvelles tendances en matière de temps et d'environnement de travail, un petit-déjeuner formation animé par le pôle social vous est proposé au cabinet :

« Les nouvelles formes d'organisation du travail »

Jeudi 14 novembre 2019

N'hésitez pas à vous inscrire !

ALTANA
VOCATS • PARIS

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

