



# ADVANT Altana NEWSLETTER DROIT SOCIAL

NOVEMBRE 2022

## EDITO



Le projet de loi portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi a été déposé à l'Assemblée nationale le 7 septembre 2022. Après l'Assemblée nationale, le Sénat l'a adopté en première lecture le 25 octobre 2022. Une commission mixte paritaire réunie le 9 novembre 2022 a été conclusive pour parvenir à un texte commun. Dans notre « Une », nous vous proposons un décryptage de ce texte qui revêt de nombreux aspects. L'actualité sociale récente a été marquée par plusieurs mouvements de grève, la rubrique le « coin du praticien » vise à vous fournir des éléments pour appréhender au mieux cette situation. Vous retrouverez également l'ensemble des dernières actualités législatives et jurisprudentielles en matière de Droit social ainsi que l'agenda de notre équipe. Nous espérons avoir la joie de vous revoir à l'occasion de petit-déjeuner, bien « réel » sur le thème du Metavers, que nous organisons le 7 décembre prochain à notre cabinet.



Bonne lecture !

L'équipe Droit social d'Advant Altana

## À LA UNE

### ADOPTION PAR LE PARLEMENT DU PROJET DE LOI PORTANT MESURES D'URGENCE RELATIVES AU FONCTIONNEMENT DU MARCHÉ DU TRAVAIL EN VUE DU PLEIN EMPLOI



Définitivement adoptée par le Parlement le 17 novembre 2022, certaines dispositions de ce texte sont actuellement examinées par le Conseil constitutionnel. Il devrait entrer en vigueur prochainement.

Il prévoit notamment (i) la modulation de la durée d'indemnisation du demandeur d'emploi en fonction de la situation du marché du travail, (ii) la suppression de l'indemnisation en cas de refus par le salarié de deux propositions de contrats à durée indéterminée dans des cas spécifiques et (iii) l'assimilation de l'abandon de poste à une démission.

#### Modulation de la durée d'indemnisation en fonction du marché de l'emploi

Un **nouvel article L. 5422-2-2 du code du travail** serait créé, prévoyant le principe selon lequel les « conditions d'activité antérieure pour l'ouverture ou le rechargement

des droits et la durée des droits à l'allocation d'assurance peuvent être modulées en tenant compte d'indicateurs conjoncturels sur l'emploi et le fonctionnement du marché du travail ».

#### Les conditions d'accès à l'assurance chômage seraient ainsi rendus plus strictes quand la situation de l'emploi est favorable et plus souples quand la conjoncture l'est moins.

Cette modulation distinguera deux états : « vert » ou « rouge » en fonction de la situation du marché du travail appréciée par rapport au taux de chômage établi par le BIT (Bureau international du travail) et communiqué par l'Insee chaque trimestre :

- ainsi, si le taux de chômage est inférieur à 9% ou s'il baisse pendant trois trimestres consécutifs et ne connaît pas de progression supérieure



à 0,8 point : le contexte sera dit « vert » et la durée d'indemnisation sera réduite de 25% avec un plancher minimal de six mois ;

- en revanche, si le taux de chômage passe au-dessus des 9% ou progresse de 0,8 point sur un trimestre : le contexte sera dit « rouge » et la durée d'indemnisation retrouvera son niveau actuel.

Les modalités d'application de cette évolution des règles d'indemnisation seront fixées par un décret à paraître.

Enfin, les personnes concernées sont **celles qui seront éligibles à l'assurance chômage à l'issue d'un contrat rompu après le 1<sup>er</sup> février 2023**. Celles dont le contrat de travail serait rompu avant cette date pourront continuer à bénéficier du système actuellement en vigueur jusqu'à épuisement de leurs droits.

En application de ce nouveau dispositif, le gouvernement a pour objectif d'atteindre un taux de chômage égal à 5% en 2027 contre 7,4% actuellement.

### **L'impact du refus de contrats à durée indéterminée (« CDI ») sur l'ouverture des droits à l'assurance chômage**

La loi prévoit également l'ajout des **deux nouveaux articles au code du travail** (C. trav. art. L. 1243-11-1 et L. 1251-11-1) **visant à limiter l'ouverture des droits à chômage des salariés en fin de contrat à durée déterminée (« CDD ») ou de mission d'intérim qui refusent un CDI à plusieurs reprises**.

Plus précisément :

- si l'employeur propose que la relation contractuelle se poursuive après l'échéance du terme du CDD sous la forme d'un CDI pour occuper le **même emploi** ou un **emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente** pour une durée de travail équivalente, relevant de la **même classification** et **sans changement du lieu de travail**, il notifie cette proposition par écrit au salarié ;

- si l'entreprise utilisatrice propose au salarié un CDI pour occuper le **même emploi** ou un **emploi**

**similaire, sans changement de lieu de travail**, elle notifie également cette proposition par écrit au salarié.

S'il est constaté qu'un demandeur d'emploi a refusé 2 CDI, au cours des douze mois précédents sa demande d'ouverture au bénéfice de l'allocation chômage, à l'échéance du terme d'un CDD ou d'un contrat de mission, il sera alors privé du bénéfice de l'allocation d'assurance chômage.

A noter que **cette mesure ne s'appliquera pas dans le cas où le CDI proposé ne correspond pas aux critères prévus par le projet personnalisé d'accès à l'emploi** (i.e. projet défini conjointement entre le demandeur d'emploi et son conseiller Pôle emploi, dit « PPAE »), à condition que celui-ci ait été élaboré avant la date du dernier refus pris en compte.

### **L'assimilation de l'abandon de poste à une démission**

Afin de limiter le recours des salariés à la pratique de l'abandon de poste leur permettant d'être indemnisés par l'assurance chômage lorsqu'ils souhaitent que leur relation de travail cesse, **la loi a créé un article érigeant une présomption de démission dans ce cas de figure**.

Jusqu'à présent, l'abandon de poste ne pouvait valoir démission, il revenait ainsi à l'employeur de prendre l'initiative de la rupture en prononçant un licenciement disciplinaire, le salarié pouvait alors prétendre aux allocations chômage.

Désormais, le salarié ayant abandonné son poste et ne reprenant pas son travail, bien qu'il ait été **mis en demeure de reprendre son poste** par son employeur, **sera présumé démissionnaire**. Dès lors, il ne pourra plus bénéficier de l'assurance chômage.

A noter que le texte ne précise pas le délai que l'employeur pourra impartir au salarié pour justifier de son absence et reprendre le travail. En tout état de cause, celui-ci ne pourra pas être inférieur à un minimum fixé par décret (à paraître).

Le futur article L. 1237-1-1 sera inséré dans la section du code du travail consacrée à la rupture à l'initiative du salarié.



# LE COIN DU PRATICIEN

## FAIRE FACE A UNE GREVE

La grève est un droit **constitutionnellement** reconnu à tout salarié. Il s'agit d'une **cessation collective** et **concertée** du travail par le personnel d'une entreprise visant à appuyer des **revendications professionnelles**.

Dans le secteur privé, les revendications professionnelles des salariés doivent simplement être **connues** de l'employeur au moment de l'arrêt de travail. Il n'est pas exigé qu'elles soient portées à sa connaissance **avant** la cessation collective de travail (Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 13-19.858). Bien que l'information sur les revendications ne soit soumise à aucune formalité (Cass. soc. 22 octobre 2014 n°13-19.858), elle est essentielle et il ne peut y être dérogé. A défaut le mouvement de grève peut être déclaré illicite (Cass. soc. 30 juin 2015 n°14-11.077).

### Incidence de la grève sur le contrat de travail

L'exercice du droit de grève ne peut justifier la **rupture** du contrat de travail, sauf **faute lourde** imputable au salarié. Son exercice normal ne peut donner lieu à aucune mesure **discriminatoire** (C. trav., art. L. 2511-1).

La grève **suspend** le contrat de travail, de sorte que l'employeur est libéré de son obligation de payer le salaire.

La retenue opérée sur le salaire doit être **strictement proportionnelle** à la durée de l'arrêt de travail. Au-delà, il s'agit d'une **sanction pécuniaire prohibée**.

L'interdiction de toute discrimination envers les salariés grévistes en matière de rémunération et d'avantages sociaux ne fait pas nécessairement obstacle à la réduction ou suppression, en raison de l'absence pour grève du salarié, d'une **prime subordonnée à une condition de présence** dans l'entreprise (prime d'assiduité ou de fin d'année notamment). En effet, l'employeur peut tenir compte de l'absence motivée par la grève, à condition que toutes les absences, hormis celles légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution (Cass. soc., 7 novembre 2018, n° 17-15.833).

### Sanction ou licenciement

L'exercice du droit de grève ne peut pas justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. A défaut, le licenciement est **nul**.

Cette nullité s'applique à tout licenciement prononcé pour avoir participé à une grève ou pour avoir commis au cours d'une grève un fait ne pouvant pas être qualifié de faute lourde.

Cette protection ne fait pas obstacle à un licenciement pour faute, quel qu'en soit le degré de gravité, antérieure à la grève.

La faute lourde est une faute commise **dans l'intention de nuire** à l'employeur ou de désorganiser l'entreprise, telle que les **violences et voies de fait, coups et blessures, séquestration, destruction ou dégradation du matériel, entraves à la liberté du travail**.

Ces faits peuvent également entraîner la mise en jeu de la responsabilité civile et pénale du salarié.

### Remplacement des grévistes

Il est interdit à **l'employeur d'embaucher** un salarié sous **contrat de travail à durée déterminée** ou de faire appel à un **intérimaire** pour remplacer un salarié gréviste, sous peine de sanctions pénales.

Est en revanche autorisée l'embauche d'un salarié sous contrat à durée déterminée ou le recours à un intérimaire même pendant la grève, pour l'accomplissement d'autres tâches que celles dévolues aux grévistes.

Pour pallier l'absence des grévistes, l'employeur peut également **réorganiser le travail du personnel non-gréviste**. Par ailleurs, il ne lui est pas interdit de faire appel à des bénévoles ou à une entreprise sous-traitante. Celle-ci interviendra soit sur les lieux mêmes de l'entreprise en grève en envoyant ses propres salariés, soit en réalisant la production dans ses propres locaux, **sans que celle-ci ne puisse recruter elle-même du personnel intérimaire pour assurer la tâche des grévistes**.

### Salariés non-grévistes

Pendant la grève, l'employeur reste tenu de **fournir du travail** et de **rémunérer** les salariés non-grévistes,

d'assurer la sécurité de l'entreprise et de permettre le fonctionnement des institutions représentatives du personnel.

### Règlement et suites de la grève

Le plus fréquemment, le conflit est réglé par la **négociation**, aboutissant à un **accord de fin de conflit** (C. trav., art. L. 2521-2).

L'accord de fin de conflit permet de régler la question des revendications à l'origine du mouvement de grève et peut prévoir d'autres mesures. Celui-ci s'analyse soit en **accord collectif d'entreprise** lorsqu'il est signé après négociation avec les délégués syndicaux, soit en un **engagement unilatéral de l'employeur**. Lorsqu'un accord de fin de conflit a été conclu, **l'employeur ne dispose plus d'un intérêt à agir devant le juge**.

### Réquisition des personnels grévistes

Rarement mise en œuvre, la réquisition de grévistes, du secteur public ou privé, peut, dans des cas **d'urgence** tels que **l'atteinte à l'ordre public**, être ordonnée par le Gouvernement (C. défense, art. R. 2212-7) ou par le **préfet** (C. général des coll. Territoriales art 2215-1).

En revanche, ni le juge des référés judiciaires (Cass. soc., 25 février 2033, n° 01-10.812) ni l'employeur ne peuvent ordonner la réquisition des salariés grévistes.

Récemment, le Tribunal administratif de Rouen a validé l'arrêté de réquisition des personnels grévistes de la société Exxon Mobil, en considérant que la décision de réquisition ne **portait pas une atteinte grave et manifestement illégale au droit de grève**. Il s'est notamment appuyé sur **le risque d'atteinte à l'ordre public, en raison de la pénurie dans les stations-service**. Les mesures de réquisition **ont été jugées proportionnées et nécessaires pour prévenir les risques d'atteinte à l'ordre public** (TA Rouen, ord., 13 octobre 2022 n°2204100).

Dans le même sens, les tribunaux administratifs de Lyon et de Lille ont jugé **proportionnées et nécessaires les réquisitions des personnels** chargés de l'activité d'expédition du site Total Energies de Feyzin pour la première affaire et des personnels chargés de l'activité de distribution du carburant au départ du dépôt pétrolier de la Côte d'Opale pour la seconde (TA Lyon, 19 octobre 2022 n°2207732, n° 2207733, n°2207737 ; TA Lille, 14 octobre 2022 n°2207769).

## JURISPRUDENCES



- Par principe, les sommes versées aux travailleurs sont des rémunérations, sauf si l'employeur rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice. En conséquence, **l'indemnité prévue dans un protocole d'accord transactionnel qui a un fondement exclusivement indemnitaire n'entre pas dans l'assiette des cotisations sociales** (Cass. soc., 13 oct. 2022, n°21-10.175).

- L'appréciation de la question du **respect de la parité pour la liste déposée du syndicat doit s'apprécier à chaque dépôt de liste**, en matière de représentation équilibrée entre les femmes

et les hommes dans le cadre des élections professionnelles partielles (Cass. soc., 9 nov. 2022, n°21-60.183).

- Un engagement unilatéral peut établir une différence de traitement entre des salariés de la même entreprise et exerçant un travail égal ou de valeur égale **que si elle repose sur des raisons objectives**. Sera ainsi considérée comme objective et pertinente la différence de traitement résultant de la volonté de l'employeur de réduire les disparités entre des salariés dont les contrats de travail se sont poursuivis sur un site de nettoyage en application de la garantie d'emploi instituée conventionnellement et ceux recrutés postérieurement sur le

même site et placés dans une situation identique (Cass. soc. 26, oct. 2022, n°21-10.799).

- La seule référence au périmètre de désignation des représentants de proximité est inopérante en matière de preuve du caractère distinct d'un établissement. Le syndicat doit en apporter la preuve afin que le juge puisse caractériser l'existence d'une communauté de travail ayant des intérêts propres, pouvant générer des revendications communes et spécifiques. En conséquence, **le périmètre de désignation des représentants de proximité ne suffit pas à prouver l'existence d'un établissement distinct** (Cass. soc. 9 novembre 2022 n°21-20.525).

# EN BREF

- **Décret n°2022-1374 du 29 octobre 2022** prorogeant temporairement les règles du régime d'assurance chômage.
- **Décret n°2022-1434 du 15 novembre 2022** relatif au dossier médical en santé et au travail.
- **Décret n°2022-1438 du 16 novembre 2022** fixant pour 2022 le montant de l'assiette minimale sur laquelle est calculée la cotisation annuelle d'assurance vieillesse de base des travailleurs indépendants.

## AGENDA

- Mickaël d'Allende est intervenu le 16 novembre auprès des étudiants du Master Droit du Travail et de la Protection Sociale à Nancy sur le thème « Stratégie d'entreprise & Droit du travail ».
- Mickaël d'Allende a animé le 18 novembre 2022 une table ronde intitulée « la protection sociale complémentaire, instrument d'une politique de rémunération », dans le cadre du colloque dédié aux rémunérations non salariales organisé par Planète Social.
- Mickaël d'Allende interviendra à l'occasion du petit déjeuner organisé dans les locaux d'Avant Altana sur le thème du Metaverse le 7 décembre 2022. N'hésitez pas à vous inscrire en cliquant sur **ce lien**.
- Mickaël d'Allende interviendra auprès des étudiants du Master 2 Droit et Pratique des Relations de Travail de l'Université de Paris II Panthéon-Assas sur le thème du repos hebdomadaire.

