

AvoSial

AVOCATS D'ENTREPRISE
EN DROIT SOCIAL

Loi plein emploi 2023 :
AvoSial formule des propositions pour améliorer le droit du travail

Sommaire

Proposition n° 1 : Sécuriser certains aspects du télétravail	3
Proposition n°2 : Simplifier les communications entre salariés et employeurs	5
Proposition n°3 : Sécuriser les conséquences de l'inexécution d'une convention de forfait	6
Proposition n°4 : Réaménager la prescription des heures supplémentaires	7
Proposition n°5 : Fixer la date d'appréciation du motif économique du licenciement (article L 1233-2 du Code du travail).....	8
Proposition n°6 : Simplifier le remplacement d'un élu titulaire absent (article L 2314-37 du Code du travail)	9
Proposition n°7 : Réviser la procédure issue de la loi Hamon (articles L-23-10-1 A 12 du Code de Commerce) .	10
Proposition n°8 : Sécuriser les demandes d'heures supplémentaires des cadres dirigeants.....	11
Proposition n°9 : Réaménager les règles applicables à la clause de non-concurrence	13
Proposition n°10 : interdire le cumul du mandat social et du contrat de travail.....	14
Proposition n°11 : Élargir l'accès au contrat de travail à durée indéterminée intermittent (CDII ou CD2I)	15
Contact.....	16

Proposition n° 1 : Sécuriser certains aspects du télétravail

CONSTAT :

Lorsque le télétravail est intégré au contrat de travail, la modification emporte modification du contrat, le télétravail étant généralement considéré comme une modalité substantielle de la relation de travail. La faculté de prévoir des avenants à durée déterminée n'est pas clairement autorisée par le Code du travail. De fait le droit à la réversibilité est peut effectif lorsque l'employeur supprime l'espace de travail ou que le salarié déménage à plusieurs centaines de km.

PROPOSITIONS :

Le texte de l'article L. 1222-9 du Code du travail pourrait être complété comme suit :

Article L1222-9

I.- Sans préjudice de l'application, s'il y a lieu, des dispositions du présent code protégeant les travailleurs à domicile, le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication.

Est qualifié de télétravailleur au sens de la présente section tout salarié de l'entreprise qui effectue, soit dès l'embauche, soit ultérieurement, du télétravail tel que défini au premier alinéa du présent I.

Le télétravail est mis en place dans le cadre d'un accord collectif ou, à défaut, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique, s'il existe.

En l'absence d'accord collectif ou de charte, lorsque le salarié et l'employeur conviennent de recourir au télétravail, ils formalisent leur accord par tout moyen. **Si le télétravail est formalisé par un avenant au contrat de travail, celui-ci peut être à durée déterminée ou indéterminée.** Lorsque la demande de recours au télétravail est formulée par un travailleur handicapé mentionné à l'article L. 5212-13 du présent code ou un proche aidant mentionné à l'article L. 113-1-3 du code de l'action sociale et des familles, l'employeur motive, le cas échéant, sa décision de refus.

II.- L'accord collectif applicable ou, à défaut, la charte élaborée par l'employeur précise :

1° Les conditions de passage en télétravail, en particulier en cas d'épisode de pollution mentionné à l'article L. 223-1 du code de l'environnement, et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail ;

2° Les modalités d'acceptation par le salarié des conditions de mise en œuvre du télétravail ;

3° Les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail ;

4° La détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail ;

5° Les modalités d'accès des travailleurs handicapés à une organisation en télétravail, en application des mesures prévues à l'article L. 5213-6 ;

6° Les modalités d'accès des salariées enceintes à une organisation en télétravail.

III.- Le télétravailleur a les mêmes droits que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise. **Le salarié en situation de télétravail doit solliciter l'accord exprès de son employeur pour exercer des heures supplémentaires. Il peut organiser son activité dans le cadre d'un horaire collectif contenant des plages individuelles variables.**

L'employeur qui refuse d'accorder le bénéfice du télétravail à un salarié qui occupe un poste éligible à un mode d'organisation en télétravail dans les conditions prévues par accord collectif ou, à défaut, par la charte, motive sa réponse.

Le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail.

A défaut de disposition spécifique dans un accord collectif ou, à défaut, dans une charte élaborée par l'employeur, le salarié en situation de télétravail est tenu d'informer son employeur et de solliciter son accord préalable pour télétravailler de manière temporaire ou permanente à partir d'un pays étranger ou depuis un lieu qui ne lui permettrait pas d'exercer son travail dans les locaux de l'entreprise sans créer un risque pour sa santé, sa sécurité ou de désorganiser son travail. A défaut, le salarié s'expose à des sanctions et l'employeur ne peut être tenu pour responsable des conséquences.

L'accident survenu sur le lieu où est exercé le télétravail pendant l'exercice de l'activité professionnelle du télétravailleur **n'est pas** présumé être un accident de travail au sens de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale, **le salarié devant apporter la preuve que cet accident a un lien avec son travail.**

Proposition n°2 : Simplifier les communications entre salariés et employeurs

CONSTAT :

Le Code du travail prévoit la notification par LRAR dans un certain nombre de cas, tant pour les relations individuelles (et notamment la notification du licenciement - article L. 1232-6 du Code du travail) que pour les relations collectives.

Pour le licenciement, la jurisprudence a déjà admis qu'il s'agissait d'une formalité non substantielle dont le non-respect ne rend pas le licenciement irrégulier. L'envoi par LRAR génère des difficultés pratiques (envoi postal, conservation des preuves d'envoi, de réception, etc.) et un décalage entre la date de la décision de l'employeur et la date d'effet pour le salarié.

PROPOSITION :

Ajouter un article autorisant les communications par tout moyen donnant date certaine entre le salarié et l'employeur, notamment pour la lettre de licenciement.

Par exemple, l'article L. 1232-6 pourrait être modifié comme suit :

Article L1232-6

Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par écrit-lettre recommandée avec avis de réception.

Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur.

Elle ne peut être notifiée ~~expédiée~~ moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable au licenciement auquel le salarié a été convoqué.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent article. Un arrêté du ministre chargé du travail fixe les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement.

Proposition n°3 : Sécuriser les conséquences de l'inexécution d'une convention de forfait

CONSTAT :

Actuellement, le contentieux des forfaits jours s'ordonne autour de deux questions, celle de la validité du dispositif et celle de son exécution.

Si la jurisprudence a resserré les conditions d'utilisation des forfaits jours, le législateur, à l'inverse, l'a assoupli sans parvenir à tarir un contentieux constant.

C'est ce contentieux qui pose aujourd'hui le plus de difficultés.

Il porte sur la manière dont le forfait est exécuté. Les griefs sont nombreux. Tantôt il est reproché à l'employeur de ne pas avoir respecté les modalités de décompte et de contrôle du forfait jours, tantôt le salarié se plaint de la méconnaissance de ses temps de repos. Les juges du fond sont régulièrement saisis de demandes fondées sur l'absence d'un système de décompte des jours de travail et des jours de repos, ou sur l'absence d'organisation du suivi de l'amplitude de la journée d'activité et de la charge de travail. La sanction la plus répandue est celle qui consiste à priver d'effets la convention individuelle de forfait dès lors que l'employeur n'a pas respecté les modalités de décompte et de contrôle du temps de travail prévues par l'accord qui s'impose logiquement. Il en va de même s'agissant de la conduite des entretiens individuels.

Le forfait jours mettant à la charge de l'employeur un certain nombre d'obligations, ce dernier ne peut pas se prévaloir de ce dispositif vis-à-vis du salarié s'il ne les exécute pas, ou les exécute mal. La convention individuelle de forfait devenant inefficace, c'est le droit commun du temps de travail qui fait alors son retour.

Cette demande, qui peut éventuellement se cumuler avec un rappel concernant le calcul du salaire en cas d'heures supplémentaires, présente évidemment l'avantage, pour le salarié, d'être moins contraignante, du fait du caractère automatique de la responsabilité de l'employeur, et plus avantageuse, car le régime fiscal et social des indemnités n'est pas celui des salaires.

Cette sanction est excessive.

En effet, s'il existe incontestablement une faute contractuelle, il ne paraît pas possible que la sanction soit l'absence d'effets de la convention de forfait, alors en outre que, compte tenu du forfait, l'employeur se trouve le plus souvent dans une situation où il va échouer dans la charge de la preuve qui lui incombe.

PROPOSITION :

Il pourrait alors être envisagé, en ce qui concerne le contentieux de l'exécution des conventions de forfait, d'introduire une disposition dans le Code de travail prévoyant que les fautes contractuelles commises par l'employeur dans l'exécution de la convention sont sanctionnées par la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle et non par l'absence d'effets de la clause.

La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de l'employeur pourrait ainsi conduire à une indemnisation du préjudice réellement subi par le salarié, dont la preuve lui incomberait entièrement et qui ne saurait être évidemment égale aux rappels de salaire qu'il aurait pu demander si la clause avait été privée d'effets.

Proposition n°4 : Réaménager la prescription des heures supplémentaires

CONSTAT :

Les demande de rappels d'heures supplémentaires sont, comme toutes les demandes salariales, soumises à une prescription triennale (art. L. 3245-1 du Code du travail).

Les demandes d'heures supplémentaires sur trois ans, notamment à l'occasion des litiges portant sur la rupture du contrat, génèrent des contentieux abondants, onéreux, complexes et longs (du fait de l'examen des demandes et des preuves apportées par les parties).

PROPOSITION :

Le délai de prescription pour les heures supplémentaires pourrait être réduit à un an à compter de la fin de la période de référence sur laquelle elles s'apprécient.

L'article L. 3245-1 du Code du travail pourrait être modifié comme suit :

Article L3245-1

L'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat.

L'action en paiement ou en répétition des salaires liée aux heures supplémentaires se prescrit par un an à compter de la fin de la période de référence de la durée du travail au cours de laquelle elles auraient été accomplies.

Proposition n°5 : Fixer la date d'appréciation du motif économique du licenciement (article L 1233-2 du Code du travail)

CONSTAT :

Certains plans de réorganisation prévoient des départs décalés dans le temps. Ceci permet à la fois un maintien dans l'emploi plus long et donc pour certain un reclassement plus facile et pour l'entreprise un moyen de sauvegarde notamment dans les cas de fermeture pour permettre le désengagement de l'entreprise.

Pour autant cela ne doit pas remettre en cause le motif du licenciement dont la jurisprudence actuelle nous dit que le motif s'apprécie au jour de la notification du licenciement. Cette jurisprudence est donc inadaptée à la réalité des réorganisations.

PROPOSITIONS :

« Tout licenciement pour motif économique est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre.

Il est justifié par une cause réelle et sérieuse.

[Ajout] Le motif économique s'apprécie au jour de l'engagement de la procédure de licenciement pour les entreprises ou établissements employant habituellement moins de cinquante salariés.

Pour les entreprises ou établissements employant habituellement cinquante salariés et plus, le motif économique s'apprécie au jour de l'avis du comité social et économique sur ledit licenciement. »

Proposition n°6 : Simplifier le remplacement d'un élu titulaire absent (article L 2314-37 du Code du travail)

Le texte : Art. L. 2314-37 (Ord. n° 2017-1386 du 22 sept. 2017, art. 1er) : « Lorsqu'un délégué titulaire cesse ses fonctions pour l'une des causes indiquées à la présente section ou est momentanément absent pour une cause quelconque, il est remplacé par un suppléant élu sur une liste présentée par la même organisation syndicale que celle de ce titulaire. La priorité est donnée au suppléant élu de la même catégorie.

S'il n'existe pas de suppléant élu sur une liste présentée par l'organisation syndicale qui a présenté le titulaire, le remplacement est assuré par un candidat non élu présenté par la même organisation.

Dans ce cas, le candidat retenu est celui qui vient sur la liste immédiatement après le dernier élu titulaire ou, à défaut, le dernier élu suppléant.

A défaut, le remplacement est assuré par le suppléant élu n'appartenant pas à l'organisation du titulaire à remplacer, mais appartenant à la même catégorie et ayant obtenu le plus grand nombre de voix.

Le suppléant devient titulaire jusqu'au retour de celui qu'il remplace ou jusqu'au renouvellement de l'institution. »

CONSTAT :

- Texte difficile voire impossible à mettre en œuvre en cas d'absence ponctuelle notamment quand il s'agit de faire appel à un candidat non élu ;
- Texte source d'erreur, un choix erroné de suppléant pouvant rendre une consultation irrégulière, les élections partielles pouvant être déclenchées à tort (Cass. soc., 18 mai 2022, n° 21-11.347, n° 610 F – B) ;
- Texte exclusivement réservé aux élus présentés par des organisations syndicales, la loi comme la jurisprudence étant muettes quant aux règles de remplacement des élus titulaires présentés par des listes non syndicales...

PROPOSITIONS :

- Réécrire un texte applicable aussi bien aux élus présentés par des listes syndicales qu'aux élus présentés par des listes non syndicales, quitte à traiter les deux hypothèses dans deux textes différents.
- Dissocier les règles en fonction d'un remplacement ponctuel (sans faire appel à un candidat non élu) ou d'un remplacement définitif (résultant de la fin de mandat anticipée d'un élu titulaire).
- Prévoir, in fine, qu'à défaut de remplacement par un suppléant élu n'appartenant pas à l'organisation du titulaire dans la même catégorie, l'élu titulaire sera remplacé par un suppléant élu n'appartenant pas à l'organisation du titulaire mais appartenant au même collège et ayant obtenu le plus grand nombre de voix.

Proposition n°7 : Réviser la procédure issue de la loi Hamon (articles L-23-10-1 A 12 du Code de Commerce)

CONSTAT :

Le chapitre X du Titre III du Livre II du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi dite « Hamon » du 31 juillet 2014 prévoit une procédure obligatoire d'information des salariés en cas de vente de leur société ou du fonds de commerce au sein duquel ils travaillent.

Dans l'étude d'impact qui a instauré cette procédure, il n'était fait référence qu'au fait de faire face aux situations dans lesquelles les entreprises étaient contraintes de fermer faute de repreneur¹.

Or la procédure mise en place concerne toutes les situations y compris lorsqu'un repreneur est déjà pressenti, voire alors que la vente de l'entreprise ou du fonds de commerce ne génère pas de cession de contrôle, l'actionnaire ultime restant le même.

De nombreux acteurs économiques s'étaient à l'époque émus de cette disposition pernicieuse dans une lettre commune adressée à Mme Carole Delga, secrétaire d'Etat chargée du Commerce. Un amendement a été déposé par un groupe de sénateurs le 15 mai 2015 visant à circonscrire le périmètre de cette obligation aux seules hypothèses de cessation de l'entreprise².

Fort de près de 10 ans d'application de ces dispositions, notre syndicat ne peut que confirmer les critiques faites à l'époque de son inefficacité par rapport à l'objectif affiché, d'où les propositions ci-dessous.

En tout état de cause, les textes font toujours référence aux « *comités d'entreprise* » alors que ces instances n'existent plus depuis le 1^{er} janvier 2020.

PROPOSITION PRINCIPALE :

Ces dispositions ayant prouvé leur inefficacité depuis leur mise en place, il est proposé de supprimer le chapitre X du Titre III du Livre II du Code de commerce.

PROPOSITION SUBSIDIAIRE :

L'article 1 de l'Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 ayant supprimé les comités d'entreprise, il est proposé de substituer, dans le chapitre X du Titre III du Livre II du code de commerce, au terme « *comité d'entreprise* » celui de « *comité social et économique disposant des prérogatives des articles L.2312-8 et suivants du Code du travail* ».

En outre, il est proposé de revenir à la philosophie du chapitre X du Titre III du Livre II du Code de commerce telle qu'elle ressort de l'étude d'impact de la loi du 31 Juillet 2014.

¹ Etude d'impact page 49 : « *Actuellement, le nombre d'entreprises saines qui disparaissent est important. En effet, si 17 000 petites et moyennes entreprises (PME) employant de 5 à 100 salariés font l'objet d'une transmission, 8 000 PME disparaissent en raison du décès du chef d'entreprise (cf. annexe du titre II, journée des experts comptables et notaires sur la transmission de juin 2013). [...] Plusieurs milliers d'entreprises saines ne sont pas reprises alors qu'une information préalable des salariés aurait pu faciliter leur transmission à ces derniers. Alors même que l'entreprise est en bonne santé, chaque année plusieurs dizaines de milliers d'emplois sont détruits faute de repreneurs ou parce que les repreneurs procèdent à leur démembrement ou à leur liquidation.* »

² JORF du 6 mai 2015 page 4345

A cet effet, il est proposé de rajouter, dans les articles L.21-10-1 et L21-10-6 du Code de commerce, à la suite de « *et veut les vendre* » le terme « *et ne trouve pas de repreneur* ».

Il est par ailleurs proposé de rajouter un 4^{ème} cas d'exonération aux articles L.23-10-6 et L.23-10-12 rédigé comme suit :

« *4° en cas de vente envisagée n'entraînant pas de changement de contrôle au sens de l'article L.233-3 du code de commerce.* »

Proposition n°8 : Sécuriser les demandes d'heures supplémentaires des cadres dirigeants

CONSTAT :

De nombreux cadres dirigeants, qui ont bénéficié de ce statut durant des années, sans le remettre en cause et surtout en en faisant un élément fondamental de leur contrat de travail dès lors que ce statut leur conférait une certaine importance au sein de la société, contestent avoir cette qualité au moment où la relation de travail se dégrade.

L'objectif est simple : remettre en cause le statut pour être à nouveau soumis à la législation sur le temps de travail et solliciter des rappels de salaire, souvent exorbitants – et d'autant plus exorbitants que ces cadres ont, par nature, des salaires très élevés.

S'applique dès lors le régime probatoire propre au temps de travail.

L'article L. 3171-4 du Code du travail prévoit qu'en « *cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

Suivant une jurisprudence bien établie, résultant en dernier de l'arrêt Galtier (Soc. 8 mars 2020, n° 18-10.919, Publié) il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme ensuite sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments produits et, après les avoir examinés, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, le juge évalue alors souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

Bien entendu, au stade où il s'agit pour le juge de décider si le salarié présente ou non des éléments suffisamment précis quant aux heures supplémentaires effectuées, celui-ci est souverain, cette appréciation n'étant rien d'autre qu'une appréciation de la valeur et de la portée des éléments produits mais cela, sans qu'il soit nécessaire que le salarié apporte au juge la preuve, pleine et entière, des heures de travail qu'il prétend avoir réalisées. De même, c'est souverainement qu'il apprécie si l'employeur est ou non en mesure de justifier des horaires réellement accomplis par le salarié.

De même, l'évaluation des heures supplémentaires accomplies est souveraine.

Dans le cadre de la jurisprudence Galtier, il suffit désormais que le cadre dirigeant, qui est parvenu à remettre en cause son statut, présente un simple décompte d'heures supplémentaires suffisamment précis pour permettre à l'employeur d'y répondre. Ce motif, souverain, ne peut pas être remis en cause.

Or, de son côté, l'employeur est bien évidemment dans l'incapacité de justifier des horaires du salarié puisque celui-ci ayant la qualité de cadre dirigeant, il était censé ne pas être soumis à la réglementation relative à la durée du travail et ne faisait donc évidemment l'objet d'aucun contrôle de son temps de travail.

C'est un problème récurrent en matière de requalification du statut de cadre dirigeant. Par essence, l'employeur ne peut pas justifier des horaires réellement accomplis par le salarié dès lors que son statut impliquait précisément de ne pas contrôler son temps de travail.

Il en résulte que, dans la plupart des dossiers, dès lors en tous les cas que le salarié produit un décompte précis des heures accomplies, il est cru sur parole par le juge, l'employeur ne disposant d'aucun moyen de contester efficacement ce décompte.

Il a été soutenu dans un pourvoi en cassation que ce système constituait méconnaissance du droit à un procès équitable et de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

De fait, le système actuel conduit en réalité à décharger le cadre dirigeant dont le statut a été requalifié du fardeau de la preuve des heures supplémentaires sans que l'employeur dispose de son côté d'une possibilité effective et concrète de les contester.

C'est, en termes d'égalité des armes, dont on sait qu'elle fait partie des exigences découlant du droit au procès équitable, une véritable difficulté.

Cependant, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi aux motifs, d'une part, que la Cour d'appel ayant estimé que la qualité de cadre dirigeant ne pouvait être reconnue au salarié, c'est à bon droit qu'elle a fait application des dispositions légales relatives à la charge de la preuve de l'existence d'heures supplémentaires et aux motifs, d'autre part, que la violation de l'article 6 § 1 n'ayant pas été invoquée en appel, elle ne pouvait pas l'être pour la première fois devant la Cour de cassation (Soc.12 mai 2017, n°15-27.962, Inédit). En d'autres termes, elle a refusé de statuer sur le moyen.

PROPOSITION :

Ajouter un alinéa à l'article L. 3171-4 du Code du travail prévoyant que le régime probatoire applicable en matière d'heures supplémentaires ne s'applique pas en cas de requalification d'un cadre dirigeant, celui-ci devant apporter la preuve des heures supplémentaires qu'il prétend avoir réalisées.

Proposition n°9 : Réaménager les règles applicables à la clause de non-concurrence

CONSTAT :

Les clauses de non-concurrence génèrent des contentieux récurrents dans leur mise en œuvre et les indemnités à verser au salarié. Dans certains cas, les salariés sont prisonniers de la décision de l'employeur. Dans d'autres cas, les salariés bénéficient d'indemnités supérieures au préjudice subi (par exemple en cas de levée tardive par l'employeur).

PROPOSITION :

Un texte pourrait être ajouté au Code du travail (TITRE TROISIEME RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE INDETERMINEE ?)

L'employeur et le salarié peuvent convenir d'une clause de non-concurrence dès lors que cette clause est nécessaire et proportionnée. L'engagement doit être limité dans le temps, dans l'espace (cette notion étant comprise de manière géographique et matérielle en fonction de la clientèle de l'employeur). Il doit donner lieu au versement d'une contrepartie financière proportionnée à l'engagement en ne pouvant être inférieure à 25 % de la moyenne de la rémunération du salarié appréciée sur les 12 derniers mois précédant la rupture du contrat.

En cas de rupture du contrat de travail, la partie à l'origine de la rupture doit rappeler à l'autre partie l'existence de l'engagement de non-concurrence. L'employeur dispose d'un délai de trente jours calendaires à compter de la notification de la rupture pour notifier au salarié sa décision de maintenir ou de lever la clause.

Proposition n°10 : interdire le cumul du mandat social et du contrat de travail

CONSTAT :

Les situations de cumul et/ou de suspension de contrats de travail avec des mandats sociaux au sein de la même société génèrent des difficultés juridiques et un contentieux abondant. La reprise d'un contrat de travail après suspension lorsqu'il est mis fin au mandat est, dans la réalité illusoire, en particulier lorsqu'elle est subie, et la plupart du temps conflictuelle en ce qu'elle induit la rupture du contrat reprenant vie. Le retour aux fonctions antérieures est souvent inapproprié et la rupture peut difficilement être motivée par des faits se rattachant ou rendant impossible la poursuite du contrat.

Les situations de cumul sont également difficiles à gérer sur le plan de l'affiliation à l'assurance chômage. En tout état de cause, la procédure de « rescrit » auprès de Pôle Emploi n'est valable que pour une photographie prise à un instant donné.

PROPOSITION :

Il est proposé d'interdire purement et simplement le cumul entre un contrat de travail un mandat social au sein de la même société.

Cette proposition figure d'ailleurs dans les propositions du Code de gouvernement des sociétés cotées Afep-Medef (préconisation n°22).

Proposition n°11 : Élargir l'accès au contrat de travail à durée indéterminée intermittent (CDII ou CD2I)

CONSTAT :

En l'état du droit un CDII peut être conclu uniquement lorsqu'une convention ou par un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu le prévoit.

Les entreprises, en particulier les TPE au sein desquelles la négociation d'entreprise n'est, en pratique, pas une réelle solution (souvent par manque de ressources et de compétences), sont tributaires de la négociation de branche. Elles recourent donc aux CDD et s'exposent à des condamnations prud'homales (requalification du CDD en CDI, dans la très grande majorité des cas, postérieurement à l'issue du CDD, et donc, condamnation à verser, outre l'indemnité de requalification, une indemnité de préavis, le cas échéant une indemnité de licenciement, et des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse). Lorsqu'une TPE est condamnée, le montant de la condamnation est susceptible d'impacter la pérennité de l'activité elle-même.

En outre, le recours à des CDD prive les entreprises de la possibilité de stabiliser leurs ressources humaines, et donc leurs activités.

Outre les entreprises, les salariés sont pénalisés car ils interviennent dans le cadre de CDD là où ils pourraient bénéficier d'un CDI.

Le recours à la négociation collective, s'il permet, par nature, une adaptation du mécanisme au plus proche « du terrain », ne garantit pas (toujours) la sécurité juridique du dispositif. A titre d'exemple, en l'état actuel du droit, l'accord collectif doit délimiter les emplois éligibles au CDII. Ces dispositions ont été interprétés de manière stricte par la Cour de cassation, de sorte que les CDII conclus dans une branche (conchyliculture) ont été requalifiés en CDI de droit commun (Cass Soc 11 mai 2016, n°15-11.382). La position de la Cour de cassation a été confortée par une circulaire DRT.

Par ailleurs, l'idée selon laquelle le recours au CDII ne peut être le résultant du choix du salarié nous paraît de nature à être challengée. Ne pourrait-on pas concevoir que le CDII soit la solution au souhait de salariés d'être libres à certains moments de l'année pour d'autres occupations personnelles (vacances scolaires, évènement sportif, associatif) ou professionnelles ?

PROPOSITION :

Prévoir un CDII « légal » [dès lors que l'employeur peut démontrer que la mission confiée au salarié connaît d'importantes fluctuations d'activité sur l'année ou que le CDII est conclu à la demande expresse du salarié].

Nos remerciements aux adhérents contributeurs :

Marie-Hélène BENSADOUN, Pierre BREGOU, Amélie d'HEILLY, Xavier de JERPHANION, Antoine JOUHET,
Claire LE TOUZE, Sarah-Jane MIROU, François PINATEL, Etienne PUJOL

Contact

Bérénice de La Faire - Agence Droit Devant
Tel : 06 68 56 56 97 - lafaire@droitdevant.fr

A propos d'AvoSial

Fondé en 2004, AvoSial est un syndicat d'avocats d'entreprises en droit social qui réunit près de 600 membres à travers la France.

AvoSial met au cœur de ses travaux et de ses priorités la simplification et la sécurisation du droit du travail. Le syndicat se donne pour mission de valoriser le savoir-faire de ses adhérents sur l'évolution du droit social et sur l'élaboration de la doctrine. Réunis en commissions thématiques, les adhérents d'AvoSial travaillent sur des sujets d'actualité afin d'émettre des propositions concrètes, issues de leur pratique professionnelle au service des entreprises. www.avosial.fr

Retrouvez-nous :



[Twitter](#)



[LinkedIn](#)