

DUMITRU Ioana, Stabilirea sferei salariațiilor transferați în cazul transferului unei părți de întreprindere

Revistă: Revista Romana de Drept al Afacerilor 2 din 2018

Autor:

DUMITRU Ioana

Tip:

Doctrina

Stabilirea sferei salariațiilor transferați în cazul transferului unei părți de întreprindere

Ioana DUMITRU

avocat coordonator, Popovici Nițu Stoica & Asociații

Operațiunile de achiziții au adesea ca obiect preluări parțiale de business (o singură linie de business a unui furnizor de servicii, mai multe secții sau linii de producție dintr-o fabrică, o parte din magazinele operate de un retailer național etc.).

Situații de fapt dintre cele mai diverse, de tipul celor enumerate mai sus, pot reprezenta din perspectiva legislației muncii transfer al unei părți de întreprindere - cu toate consecințele legale ce derivă din această calificare pentru companiile implicate (vânzător și cumpărător) și pentru salariații vizați de transfer.

Pentru avocații de dreptul muncii care asistă o astfel de operațiune, stabilirea sferei salariațiilor transferați poate fi o provocare atunci când, pe lângă salariații care își desfășoară integral activitatea în cadrul părții de întreprindere transferate, personalul cedentului include și salariați care deserveșc doar parțial activitatea preluată - cum este cazul salariaților cu roluri suport (din departamentul administrativ, financiar, IT, vânzări, servicii clienți etc.) alocați simultan pe mai multe proiecte sau operațiuni ale angajatorului.

Întrebările concrete care se pun în astfel de situații sunt: Cum determinăm sfera salariațiilor vizați de transferul unei părți de întreprindere? Ce se întâmplă cu salariații alocați parțial activității din cadrul părții de întreprindere transferate?

Răspunsul corect la aceste întrebări poate evita urmări practice nefavorabile pentru angajatori - salariații nepreluați care se consideră vizați de transfer pot solicita în instanță constatarea intervenirii transferului de întreprindere, cu consecința continuării relației de muncă în cadrul cesionarului și plății retroactive a drepturilor salariale datorate în perioada cuprinsă între data transferului și data hotărârii judecătorești.

Având în vedere că subiectul nu este reglementat nici în legislația europeană, nici în cea națională, ne propunem să sumarizăm în cele ce urmează câteva modalități practice prin care se pot formula răspunsuri la aceste întrebări.

Cu titlu preliminar, precizăm că, potrivit Directivei nr. 2001/23/CE privind apropierea legislațiilor statelor membre relative la menținerea drepturilor salariaților în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora ("Directiva"), transferul unei părți din activitatea unei companii va reprezenta transfer al unei părți de întreprindere doar dacă această parte de întreprindere, înțeleasă ca ansamblu organizat de mijloace care are obiectivul de a desfășura o activitate economică, indiferent dacă este centrală sau auxiliară,

își menține identitatea după preluarea de către cesionar.

Potrivit practicii constante a Curții de Justiție a Uniunii Europene ("CJUE")¹, concluzia cu privire la menținerea sau nu a identității după preluare va fi întotdeauna rezultatul unei analize de fapt, efectuate de la caz la caz, pentru care legislația în vigoare nu stabilește însă criterii sau condiții concrete aplicabile.

Consecvenți acestei abordări de ordin practic, apreciem că o analiză a jurisprudenței relevante a Curții de Justiție a Uniunii Europene ("CJUE") și a Curții de Casație franceze, precum și a unei decizii de dată recentă pronunțată de instanțele din România, poate permite degajarea de repere pentru astfel de analize factice cu privire la existența unui transfer al unei părți de întreprindere și, subsecvent, cu privire la sfera salariaților vizați de acest tip de operațiune legală.

1. Repere jurisprudențiale relevante

Dacă abordarea jurisprudențială de la nivelul anilor '80 (evidentă în cazul deciziei CJUE referite mai jos) pune accent pe apartenența salariatului la departamentul transferat, tendința mai recentă (identificată în practica Curții de Casație franceze și, de dată recentă, și în România) pare a fi ca transferul să fie pronunțat/confirmat dacă o parte importantă a activității salariatului este desfășurată în cadrul părții de întreprindere transferate.

În decizia C-186/83² având ca obiect transferul unei părți de întreprindere, CJUE a stabilit că nu se includ în sfera transferului salariații:

- care, deși nu sunt angajați în cadrul părții de întreprindere transferate, îndeplinesc anumite atribuții care implică utilizarea activelor alocate părții transferate sau
- care, pe durata angajării într-un departament administrativ al întreprinderii ce nu a făcut obiectul transferului, au îndeplinit anumite activități în beneficiul părții de întreprindere transferate.

Principalul argument reținut în considerentele acestei decizii este de tip formal, anume faptul că salariații care, în cauza dedusă judecării instanței naționale, solicitaseră constatarea intervenirii transferului de întreprindere, nu făceau parte din departamentele preluate de cesionar.

Având în vedere că această hotărâre a fost pronunțată în urmă cu mai bine de 30 de ani, este discutabil dacă argumentul principal reținut de instanță mai poate fi considerat la fel de relevant astăzi, dat fiind faptul că modul de organizare a întreprinderilor s-a schimbat în mod semnificativ, tinzându-se la ștergerea liniilor de demarcație dintre departamentele companiei tradiționale a sfârșitului de secol XX.

Transferând planul de analiză către zona instanțelor naționale, vom nota două situații în care Curtea de Casație franceză a fost chemată să analizeze soluțiile pronunțate de curți de apel în dosare vizând transferuri de părți de întreprindere.

Astfel, în anul 2001, instanța supremă franceză a stabilit prin Decizia nr. 99-41960 că³ "în cadrul unei cesiuni care a generat transferul unei entități economice autonome care își menține identitatea și a cărei activitate este continuată de cesionar, contractul salariatei care consacră 40% din activitatea sa activității preluate a fost transferat în parte societății cesionare".

³ Decizia nr. 99-41960 din 2 mai 2001 a Curții de Casație din Franța poate fi consultată aici: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046147&fastReqId=1672162617&fastPos=1>

În absența unor clarificări în textul deciziei, pare că instanța a creat aici cadrul pentru coexistența a două contracte de muncă cu timp parțial, corespunzător - probabil - alocării procentuale a timpului efectiv de lucru al salariatului transferat.

În anul 2016, Curtea de Casație franceză a revenit asupra practicii anterioare, stabilind prin Decizia nr. 14-30056⁴: "contractul de muncă al salariatului nu se transferă la noul angajator decât dacă acesta își exercită atribuțiile esențiale ale funcției în cadrul întreprinderii transferate".

Viziunea instanței se modifică, deci, de la o abordare care permitea transferul pro-parte al relației de muncă, la o abordare unitară, în care este posibilă doar transferarea integrală a contractului de muncă de la cedent la cesionar.

Decizia din anul 2016 nu detaliază sensul noțiunii de "atribuții esențiale ale funcției" și nu furnizează niciun criteriu de analiză, lăsând la aprecierea instanțelor de fond și implicit a angajatorilor și a salariaților selectarea instrumentelor adecvate unei astfel de determinări de ordin faptic.

La nivelul practicii instanțelor din România, semnalăm că, în anul 2017, Curtea de Apel București⁵ a validat un transfer parțial de întreprindere care a presupus, între altele, externalizarea unei mari părți a activității financiare a cedentului, ce a antrenat transferul la cesionar a 65% din atribuțiile postului reclamantei.

În speță, salariața reclamantă a refuzat continuarea raporturilor de muncă la cesionar, ca efect al transferului parțial de întreprindere, cedentul hotărând desființarea postului ocupat de aceasta și alocarea celor 35% din atribuțiile restante, neexternalizate, către alți salariați.

În opinia instanței, "faptul că s-a menținut 35% din activitatea curentă aferentă postului apelantei reclamate nu poate justifica menținerea locului de muncă cu normă întreagă, parte din activitate fiind preluată de salariații [...], nefiind așadar transferată către un alt post care nu s-ar justifica în organigramă").

Curtea de Apel București a menținut sentința pronunțată de prima instanță, care validase decizia de concediere a reclamantei pentru motive care nu țin de persoana salariatului⁶ urmare a externalizării majorității atribuțiilor sale către o altă societate și refuzului salariatei de a continua relația de muncă la angajatorul cesionar.

2. Metode practice de determinarea sferei salariaților vizați de transferul parțial de întreprindere

Potrivit practicii CJUE, determinarea îndeplinirii condițiilor transferului de întreprindere se face cu luarea în considerare a ansamblului circumstanțelor de fapt care ale operațiunii în cauză.

A fortiori rationae, suntem de părere că determinarea sferei salariaților transferați în cazul unui transfer parțial de întreprindere va fi, de asemenea, o chestiune de fapt, analizabilă de la caz la caz, prin referire la particularitățile organizatorice ale întreprinderii cedentului.

Pornind de la acest principiu, considerăm că sfera metodelor practice de determinare a sferei salariaților alocați, total sau parțial, părții de întreprindere transferate poate include:

Analiza documentelor standard aferente relațiilor de muncă

Nivelul primar de analiză în orice situație de transfer de business va include contractele individuale de muncă și fișele de post, inclusiv orice alte anexe sau acte adiționale la acestea, în scopul identificării clauzelor care descriu funcția, locul de muncă, specificul muncii, atribuțiile salariaților și liniile de raportare.

Organigrama angajatorului și, acolo unde există, regulamentul de organizare și funcționare, trebuie, de asemenea, consultate pentru a identifica segmentarea rolurilor pe departamente și relațiile dintre acestea.

Analiza documentelor și informațiilor interne suplimentare

În cazul în care aceste documente nu clarifică alocarea și gradul de implicare al salariaților care prestează activitate (total sau parțial) pentru partea de întreprindere transferată, următorul nivel de analiză poate viza informații și documente utilizate în activitatea zilnică a salariaților sau în care sunt consemnate rezultatele acestei activități, cum ar fi:

- documente prin care sunt stabilite obiectivele de performanță ale salariaților, inclusiv evaluări periodice privind gradul de îndeplinire a acestor obiective;
- rapoarte de activitate completate de salariați sau de managerii de departament, arhivate intern sau comunicate clienților pentru documentarea serviciilor prestate de cedent;
- comunicări pe e-mail legate de atribuțiile salariaților (e.g. instrucțiuni de lucru transmise de manageri, minute ale întâlnirilor interne, etc.);
- înregistrări din aplicațiile informatice de evidență a timpului de lucru și a activităților prestate de salariați;
- alocarea costurilor salariale pe centre de cost.

Consultarea cu sindicatele sau reprezentanții salariaților

În cazul în care la nivelul cedentului sunt constituite sindicate sau sunt desemnați reprezentanți ai salariaților, consultările cu aceștia pot ajuta, suplimentar⁷, la consemnarea și clarificarea modalităților de alocare internă pe activități a anumitor grupe de salariați - mai ales acolo unde alte metode de tipul celor enumerate mai sus nu pot genera rezultate edificatoare.

În lumina obligației legale a cedentului de a notifica cesionarul anterior datei transferului cu privire la drepturile și obligațiile transferabile⁸, este necesar ca cedentul să folosească perioada prealabilă finalizării achiziției⁹ pentru stabilirea cu precizie a sferei salariaților transferați și clarificarea situației salariaților alocați parțial părții de întreprindere transferate.

O dată delimitate sferile salariaților alocați total și respectiv parțial părții de întreprindere transferate, urmează ca angajatorii implicați în tranzacție să agreeze abordarea față de cea de-a doua categorie de salariați (cei alocați parțial părții de întreprindere transferate).

3. Ce se întâmplă cu salariații alocați doar parțial părții de întreprindere transferate?

În lipsa reperelor de reglementare legală, considerăm că o soluție echitabilă și totodată pragmatică este ca cei 2 angajatori să agreeze că doar salariații alocați în proporție de mai mult de 50% din timpul de lucru părții de întreprindere transferate sunt preluați de cesionar, restul rămânând salariații cedentului.

Miza determinării factuale și obiective a acestui procent de alocare dobândește o importanță majoră pe fondul lipsei de reglementare în materie, dat fiind riscul ca salariații vizați să conteste alocarea și complica, în acest fel, finalizarea tranzacției.

Pentru securizarea juridică a alocării propuse de angajator, este recomandabil ca:

- informarea¹⁰ referitoare la transfer să precizeze alocarea/sfera salariaților vizați de transfer;
- a) data transferului sau data propusă pentru transfer;
- b) motivele transferului;
- c) consecințele juridice, economice și sociale ale transferului pentru salariați;
- d) măsurile preconizate cu privire la salariați;

e) condițiile de muncă și de încadrare în muncă."

- prin intermediul acestei informări, cedentul să solicite salariaților vizați declarații/confirmări individuale privind acceptul la transfer sau refuzul transferului și intenția de a menține relația de muncă.

Aceste declarații se vor putea anexa informării cu privire la transfer pe care cedentul o transmite cesionarului¹¹ și vor deveni parte a documentației referitoare la tranzacție.

În cazul obținerii acestor validări din partea salariaților, dacă intervalul de timp disponibil până la finalizarea tranzacției permite, cedentul poate implementa modificări organizaționale pentru a delimita cu claritate sfera salariaților supuși transferului, cum ar fi:

a) actualizarea și modificarea organigramei, corelativ cu actualizarea și modificarea fișelor de post ale salariaților pentru evidențierea și alocarea corectă a salariaților pe departamente;

b) inserarea unor clarificări exprese cu privire la locul muncii, alocarea pe activități și departamente pe calea unor acte adiționale sau anexe la contractele individuale de muncă, încheiate anterior finalizării operațiunii de transfer de întreprindere.

În cazul în care salariații vor contesta alocarea propusă de cedent, apreciem că va fi necesară demararea de consultări¹² în vederea ajungerii la un acord.

Indiferent de situație, avantajul unor astfel de demersuri prealabile transferului este că permit cesionarului preluarea unei părți de întreprindere clar conturate și a unui grup de salariați informați corespunzător, care fie au fost de acord cu preluarea, fie au parcurs o etapă de consultări la finalul căreia au putut fi decelate eventualele probleme pe care cedentul și cesionarul le pot apoi adresa în mod distinct/individual. Orice alte plângeri, pretenții sau alte demersuri legale ulterioare din partea salariaților vor fi astfel, în mod normal, excluse.

Trebuie subliniat că o eventuală asumare unilaterală de către cedent a conturului operațiunii de transfer/sferei salariaților alocați, total sau parțial, părții de întreprindere transferate, fără validarea acesteia cu salariații și pe fondul unei reflectări imprecise a acestei alocări la nivelul documentelor, nu va putea produce efecte dat fiind caracterul de ordine publică al normelor legale referitoare la transferul de întreprindere.

Având în vedere că nu se poate deroga pe cale convențională de la prevederile Legii nr. 67/2006, niciun mecanism contractual construit în mod arbitrar nu ar putea împiedica salariații care se consideră alocați activității preluate să solicite în instanță constatarea intervenirii transferului de întreprindere și obligarea cesionarului la executarea obligațiilor ce decurg din contractul de muncă preluat.

Publicat în "REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT AL AFACERILOR" cu numărul 2 din data de 30 aprilie 2018

¹ A se vedea, spre exemplu, Decizia C-24/85 Spijkers.

² Decizia CJUE C-186/83 Arie Botzen și alții c. Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV. Această Decizie a fost emisă în interpretarea Directivei nr. 77/187/CEE privind apropierea legislației statelor membre referitoare la menținerea drepturilor lucrătorilor în cazul transferului de întreprinderi, unități sau părți de întreprinderi sau unități (abrogate de Directiva nr. 2001/23/CE).

⁴ Decizia nr. 14-30056 din 21 septembrie 2016 a Curții de Casație din Franța poate fi consultată aici:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT>

000033145345&fastReqId=55351239&fastPos=1

⁵ Decizia nr. 1224/2017 din 27 februarie 2017, C. Ap. București, secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, publicată pe www.rolii.ro

⁶ A se vedea în acest sens art. 65 din Legea nr. 53/2003 privind Codul muncii, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căruia "Concedierea pentru motive care nu țin de persoana salariatului reprezintă încetarea contractului individual de muncă determinată de desființarea locului de muncă ocupat de salariat, din unul sau mai multe motive fără legătură cu persoana acestuia."

⁷ Consultările sunt obligatorii în ipoteza art. 11 din Legea nr. 67/2006 privind protecția drepturilor salariaților în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora ("Legea nr. 67/2006"), potrivit căruia, "În cazul în care cedentul sau cesionarul preconizează măsuri în privința salariaților proprii, se va consulta cu reprezentanții salariaților, în scopul ajungerii la un acord, cu cel puțin 30 de zile înainte de data transferului."

⁸ Potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 67/2006, "Anterior datei transferului, cedentul are obligația notificării cesionarului cu privire la toate drepturile și obligațiile care urmează a fi transferate acestuia."

⁹ În mod uzual, această perioadă de timp este intervalul cuprins între data semnării documentelor de cesiune și data la care se constată îndeplinirea tuturor condițiilor suspensive pentru finalizarea achiziției.

¹⁰ Potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 67/2006, "Cedentul va informa în scris reprezentanții salariaților proprii sau, în cazul în care aceștia nu sunt constituiți ori desemnați, pe salariații proprii, cu cel puțin 30 de zile înainte de data transferului, cu privire la:

¹¹ A se vedea art. 6 alin. (1) din Legea nr. 67/2006.

¹² A se vedea art. 11 din Legea nr. 67/2006.