

Alain SUTRA
Michèle CORRE
Romain SUTRA

Avocats Associés

Halima ABBAS TOUAZI
Sophie BAILLY
Murièle DEFAINS-LACOMBE
Elsa GAILLARD-DIAZOU
Clémentine DEBECQUE
Fanny LE MAGADURE

Avocats

QUELQUES POINTS D'ACTUALITE

JUIN – JUILLET – AOUT 2018

I. TEXTES

1. Loi pour un Etat au service d'une société de confiance dite loi sur le « droit à l'erreur » adoptée le 31 juillet 2018 par l'Assemblée Nationale

Principales mesures de la loi :

- Reconnaissance d'un droit à régularisation en cas d'erreur de bonne foi,
- Droit à un contrôle reconnu à toute personne désirant s'assurer de la conformité de ses pratiques,
- Généralisation de la médiation entre cotisants et organismes de recouvrement,
- Possibilité pour la DIRECCTE d'adresser à un employeur un avertissement plutôt qu'une amende administrative en cas de manquement à la réglementation du travail en matière, notamment, de durée maximale du travail et de salaire minimum.

2. Loi avenir professionnel adoptée le 1^{er} août 2018

Les principales modifications apportées par la loi concernent :

a) La formation professionnelle, dont notamment :

- Le compte personnel formation (CPF) est alimenté en euros à compter du 1^{er} janvier 2019.
- Un compte « transition professionnelle » est instauré en remplacement du CIF qui est supprimé ; cette mesure est subordonnée à la parution d'un décret.
- Le plan de formation devient le plan de développement des compétences à compter du 1^{er} janvier 2019.
- Les URSSAF sont chargées de la collecte des contributions de la formation professionnelle en lieu et place des OPCA et des OCTA à compter du 1^{er} janvier 2019.

- Les OPCA et les OTCA deviennent des « opérateurs de compétences » (OPCO) à compter du 1^{er} janvier 2019.
- L'entretien professionnel fait l'objet de quelques aménagements, applicables dès le lendemain de la publication de la loi au JO : parmi les sujets à aborder lors de l'entretien ont été ajoutés : informations relatives à l'activation par le salarié du CPF, aux abondements au CPF que l'employeur est susceptible de financer et au Conseil en évolution professionnelle.
- Inscription dans la BDES des « informations relatives à l'évolution professionnelle », cette disposition est applicable dès le lendemain de la parution de la loi au JO.

b) L'apprentissage et le contrat de professionnalisation

- Possibilité de conclure un contrat d'apprentissage jusqu'à 29 ans, lequel n'a plus à être enregistré mais simplement déposé.
- Au-delà des 45 premiers jours, le contrat d'apprentissage peut être rompu en cas de force majeure, de faute grave ou d'inaptitude physique. La rupture prend la forme d'un licenciement. La loi met fin à la résiliation judiciaire obligatoire. De plus, il est prévu que lorsque le CFA prononce une exclusion définitive de l'apprenti, l'employeur peut engager une procédure de licenciement.
- La durée du contrat de professionnalisation est portée à 36 mois. Le contrat peut comporter une période de mobilité à l'étranger.

Ces dispositions entrent en vigueur dès le lendemain de la publication au JO.

c) Egalité salariale femme/homme

Il est fait obligation aux employeurs d'au moins 50 salariés de mesurer les écarts de rémunération et de négocier ou d'établir des mesures de rattrapage dans un délai de 3 ans, sous peine de sanction.

Cette mesure entre en vigueur à une date fixée par un décret d'application et au plus tard le 1^{er} janvier 2019 pour les entreprises de plus de 250 salariés et au plus tard le 1^{er} janvier 2020 pour celles de 50 à 250 salariés.

d) Harcèlement sexuel

- Les entreprises employant au moins 250 salariés devront désigner un référent harcèlement sexuel.
- Le comité social et économique doit désigner un référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes.
- L'employeur devra afficher les voies de recours civiles et pénales ouvertes en matière de harcèlement sexuel et les coordonnées des autorités et services compétents.

Ces dispositions, à l'exception de la dernière subordonnée à la parution d'un décret, sont applicables dès la parution de la loi au JO.

II. JURISPRUDENCE

1. Accord collectif

Cass. Soc. 06/06/2018 n°17/21068

Dans un arrêt de principe (PBR) la Cour de Cassation énonce que l'annulation d'un accord collectif ayant pour objet la mise en place des instances représentatives du personnel n'a pas d'effet rétroactif.

Ainsi, la Cour de Cassation fait prévaloir en la matière un objectif de sécurité juridique sur l'effet rétroactif du principe de la nullité des accords.

2. Epargne salariale

Cass. Soc. 06/06/2018 n°17/14372

Selon la Cour de Cassation, les salariés détachés à l'étranger, dans une succursale, doivent pouvoir bénéficier des accords de participation ou d'intéressement.

3. Contrat de sécurisation professionnelle (CSP)

Cass. Soc. 13/06/2018 n°16/17865

Selon la jurisprudence, le salarié doit être informé du motif économique du projet de licenciement par un document écrit et, ce, au plus tard lors de l'acceptation du CSP.

Dans cet arrêt du 13 juin 2018, la Cour considère qu'un employeur, ayant adressé par courrier électronique à l'ensemble de ses salariés le compte rendu de la réunion d'information des délégués du personnel au cours de laquelle étaient évoquées les difficultés économiques, a satisfait à cette obligation.

4. Rupture conventionnelle

Cass. Soc. 13/06/2018 n°16830

La Cour de Cassation précise que, lorsqu'une 1^{ère} convention de rupture a fait l'objet d'un refus d'homologation, il y a lieu de signer une 2^{ème} convention, laquelle ouvre droit à un nouveau délai de rétractation.

5. Cumul d'emplois

Cass. Soc 20/06/2018 n°16/21811

L'employeur a la possibilité, pour s'assurer qu'un de ses salariés ayant une autre activité salariale respecte les durées maximales de travail, de lui demander de justifier de ses horaires par la production du contrat de travail et des fiches de paie.

Si le salarié ne répond pas à cette demande, il est fautif et peut faire l'objet d'une mesure disciplinaire allant jusqu'au licenciement.

6. Régime fiscal et social des indemnités transactionnelles de rupture

Cass. 2^{ème} Civ. 21/06/2018 n°17/19773, 17/19432 et 17/19671

Jusqu'au 15 mars 2018, il était admis que seules les indemnités non imposables (c'est dire énoncées à l'article 80 duodecies du Code Général Des Impôts) étaient susceptibles de bénéficier d'une exonération des cotisations de sécurité sociale, dans la limite de 2 PASS.

Le 15 mars 2018, la Cour de Cassation, dans deux arrêts, jugeait que si des indemnités non énoncées à l'article 80 duodecies du CGI devaient, en principe, être incluses dans l'assiette des cotisations, elles pouvaient néanmoins en être exclues si l'employeur rapportait la preuve qu'elles concourent à l'indemnisation d'un préjudice.

Ces deux arrêts constituaient un véritable revirement de jurisprudence sur le plan des principes.

En effet, ils allaient à l'encontre de l'harmonisation des assiettes fiscales et sociales voulue par la législation depuis l'an 2 000 en ouvrant la voie à un assouplissement de la jurisprudence.

Cependant, les contours et la portée de ce revirement de jurisprudence étaient pour le moins incertains.

Trois arrêts du 21 juin 2018 viennent confirmer cette jurisprudence de mars 2018.

L'un des 3 arrêts innove en appliquant la solution jurisprudentielle à des indemnités transactionnelles accordées en supplément des indemnités de licenciement versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

Dans cette espèce, l'employeur avait accordé des indemnités transactionnelles à des salariés licenciés dans le cadre d'un PSE : ces indemnités n'étaient pas prévues par le PSE et seuls en étaient bénéficiaires les salariés ayant signé une transaction après la notification de leur licenciement.

La Cour de Cassation a considéré que les indemnités transactionnelles devaient être assujetties aux cotisations sociales faute pour l'employeur de rapporter la preuve que lesdites indemnités transactionnelles concourraient à l'indemnisation d'un préjudice.

Il convient de noter que dans le cadre du protocole d'accord transactionnel, le salarié renonçait à poursuivre une demande d'annulation du licenciement.

Dans cet arrêt la Cour de Cassation semble consacrer une autonomie au régime social des indemnités transactionnelles, ce qui suscite de nombreuses questions.

1^{ère} question : la Cour de Cassation entend-elle remettre en cause le régime social des indemnités transactionnelles ?

Avant cette jurisprudence de juin 2018, il était considéré, tant par la Direction de la Sécurité Sociale que par la Direction des Finances Publiques, que les limites d'exonérations des indemnités de rupture étaient applicables aux indemnités transactionnelles.

La jurisprudence de la Cour de Cassation était conforme à ces positions de l'administration.

Les arrêts de la Cour de Cassation du 21 juin 2018 semblent désormais exclure que les indemnités transactionnelles puissent bénéficier du régime des indemnités de rupture.

Alors qu'avant cette jurisprudence, l'exonération des indemnités transactionnelles était automatique dans la limite de 2 PASS, selon cette nouvelle jurisprudence pour qu'il puisse y avoir exonération, il conviendra que l'employeur puisse établir que les indemnités transactionnelles compensent un préjudice.

L'exonération des indemnités transactionnelles dont le montant, auquel il convient d'ajouter celui de l'indemnité de licenciement, est inférieur à 2 PASS devient plus incertain.

2^{ème} question : Quelle position adopter en cas de redressement par l'URSSAF ?

Une circulaire interministérielle du 14 avril 2011 a précisé que pour apprécier la limite d'exonération des charges sociales il devrait « être fait masse de l'ensemble des indemnités versées au salarié dans le cadre des dispositions de l'article 80 duodecies du CGI, y compris les indemnités transactionnelles. »

Un employeur peut se prévaloir des dispositions de cette circulaire, lesquelles sont opposables à l'URSSAF, en application de l'article L243-6-2 DU Code de la Sécurité Sociale.

3^{ème} question : Doit-on à l'avenir préciser la nature du préjudice dont l'indemnité transactionnelle assure la réparation ?

Les protocoles transactionnels devront, dans des termes clairs et précis, s'efforcer de caractériser un préjudice autre que matériel ou financier.

Les arrêts des 15 mars et 21 juin 2018 ont, en effet, approuvé les juges du fond qui avaient considéré que, les parties ayant exprimé de façon claire leur volonté dans le protocole transactionnel, la preuve du préjudice était rapportée.

Il convient donc que les termes de la transaction déterminent sans ambiguïté que l'indemnité accordée concourt à l'indemnisation d'un préjudice autre que matériel et financier et qu'elle est, incontestablement, une indemnité de rupture.

4^{ème} question : Qu'en est-il de l'indemnité transactionnelle versée après conclusion d'un accord devant le bureau de conciliation et d'orientation du Conseil de Prud'hommes ?

Le versement d'une telle indemnité prévue par l'article L 1235-1 du code du Travail continuera à bénéficier des exonérations du régime social et fiscal des indemnités de rupture dès lors qu'elle est expressément visée par l'article 80 duodecies du CGI.

Mais il convient de rappeler que le montant de cette indemnité ne doit pas être supérieur à celui prévu par le barème réglementaire.

7. Licenciement et absences pour maladie

Cass. Soc. 26/06/2018 n°15/28868

Dans l'hypothèse d'absences pour maladie prolongée, l'employeur peut envisager de licencier un salarié s'il établit d'une part que les absences perturbent le bon fonctionnement de l'entreprise, d'autre part, que le salarié est remplacé (CDI).

Dans cette affaire, l'employeur avait énoncé dans la lettre de licenciement que les absences perturbaient le bon fonctionnement du service des ressources humaines.

Conclusion de la Cour de Cassation : le licenciement est sans cause réelle et sérieuse car les absences doivent perturber l'ensemble de l'entreprise et non pas un seul de ses services...

8. Congés payés (assiette de calcul)

Cass. Soc. 28/06/2018 n°17/11714

Les primes de panier de nuit n'ont pas à être incluses dans l'assiette de calcul des congés payés dès lors qu'elles ont pour objet de compenser le surcoût du repas résultant de l'affectation à un travail posté.

Dans cette affaire lesdites primes étaient prévues par un accord « mensuels » de la métallurgie du Jura.

Il convient de noter que la Cour de Cassation avait le 18 décembre 2012 adopté une position inverse.

9. Représentativité syndicale

Cass. Soc. 04/07/2018 n°17/20710

Un Syndicat, n'ayant pas participé aux dernières élections professionnelles, ne peut être représentatif dans l'entreprise au cours du cycle électoral et ce même s'il s'affilie à une organisation syndicale ayant atteint plus de 10% au cours du scrutin.

10. Licenciement économique

Cass. Soc. 17/07/2018 n°17/12747

La Cour de Cassation rappelle que le refus par un salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Aussi le licenciement d'un salarié, ayant refusé une modification de son contrat pour un motif qui n'est pas inhérent à sa personne, a une nature économique.