

L'Odyssée sociale vous présente sa revue
mensuelle n°1





L'Olympe Social

Sommaire

EDITO

	p.3
Semaine Sociale Lamy n°1830	p.4
Revue de Droit du Travail - Clauses d'interdiction de témoigner : quelle portée ?	p.6
Liaisons sociales Quotidien, le dossier juridique n°181/2018 - L'ANI du 17 novembre 2017 relatif à la fusion Agirc-Arrco	p.11
Droit Social - Les effets de l'annulation d'une rupture conventionnelle	p.18
Editions Francis Lefebvre - Le Défenseur des droits publie son baromètre annuel sur les discriminations dans l'emploi	p.23
Petites affiches - Le corps humain en droit du travail	p.24
Editions Francis Lefebvre - Une semaine de jurisprudence sociale à la Cour de Cassation	p.28
Editions Francis Lefebvre - Les grandes lignes du PLFSS 2019	p.31



Edito

L'Olympe social est heureux de vous accueillir pour une nouvelle année afin de vous faire découvrir l'actualité en droit social qui s'annonce une nouvelle fois fructueuse ! Tous les débats, toutes les nouveautés, tous les revirements jurisprudentiels, toutes les idées doctrinales vous seront partagés ici afin de vous faire parvenir au sommet du mont social.

Commençons par le commencement. La légalité d'un système biométrique sera tout d'abord étudiée au travers de la Semaine sociale Lamy. La revue de droit du travail s'interrogera également sur la portée de la clause d'interdiction de témoigner. Seront également évoqués, les principaux changements induits par la réunion des deux régimes de retraites complémentaire ainsi que les effets de l'annulation d'une rupture conventionnelle qui produisent les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Les Dieux de l'Olympe poursuivront leur ascension sur divers autres sujets tels que les discriminations dans l'emploi, l'embauche d'un salarié, la rupture du contrat de travail, les congés payés, le projet de loi de financement de la Sécurité sociale.

L'Odyssée sociale vous souhaite une très bonne lecture !



Publié le 1er octobre 2018

La CNIL a prononcé une sanction de 10 000 euros à l'encontre de la société Assistance centre d'appels, spécialisée dans la télésurveillance d'ascenseurs et de parkings, notamment pour avoir mis en œuvre illégalement un système biométrique afin de contrôler les horaires des salariés.

Regroupant l'ensemble des techniques informatiques permettant l'identification d'un individu à partir de ses caractéristiques biologiques, physiques, ou encore comportementales, la biométrie est à la mode. On la retrouve dans le milieu médical, judiciaire, mais aussi professionnel puisqu'elle peut servir à contrôler l'accès aux locaux ou aux outils informatiques de l'entreprise.

Présentées comme une alternative plus fiable et plus ergonomique que le port de badges par exemple, les données biométriques représentent toutefois un risque.

À la différence d'un badge, une caractéristique biométrique n'est ni modifiable, ni supprimable. Elle repose sur une réalité permanente attachée à la personne. Le recours à ces données peut donc avoir de lourdes conséquences pour les droits et libertés.

C'est pourquoi les dispositifs biométriques sont strictement encadrés par la loi Informatique et Libertés (L. no 78-17, 6 janv. 1978) et le Règlement général sur la protection des données (RGPD). Il résulte en outre de deux autorisations uniques de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) datées du 30 juin 2016 (AU-052 et AU-053) que le contrôle d'accès biométrique ne doit pas se substituer à d'autres dispositifs moins intrusifs pour les personnes, du moins « sans véritable justification » précise la CNIL.

Dans une décision du 6 septembre dernier, rendue publique le 20 septembre, c'est ce que rappelle notamment la commission : l'utilisation de tout dispositif biométrique à des fins de gestion des horaires des salariés est exclue, à moins de « démontrer qu'il existe des circonstances exceptionnelles fondées sur un impératif spécifique de sécurité ».

DES MANQUEMENTS PERSISTANTS

L'affaire remonte à 2015. Le 21 juin, la CNIL a été saisie d'une plainte relative à la mise en place d'un dispositif de vidéosurveillance dans les locaux de la société. Au cours du contrôle qui s'en est suivi le 3 novembre 2016, la Commission a constaté une série de manquements de la société à la loi Informatique et Libertés. Parmi eux, l'existence d'un dispositif de pointage biométrique à des fins de contrôle des horaires des salariés sans autorisation de la CNIL. Le 26 juillet 2017, la présidente de la Commission a mis en demeure la société, entre autres, de « ne collecter et traiter que des données adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs, en particulier cesser d'utiliser le dispositif biométrique de reconnaissance de l'empreinte digitale pour contrôler les horaires des salariés et supprimer toutes les données qui ont été collectées par un tel dispositif ». En réponse, la société a



indiqué à plusieurs reprises et dans différents courriers que le dispositif n'était plus opérationnel et que les données enregistrées étaient régulièrement effacées. Afin de s'en assurer, la CNIL a procédé à un nouveau contrôle le 29 mars 2018... et a découvert non seulement que le dispositif était toujours installé, mais encore que les traces de pointage par empreinte digitale enregistrées entre le 30 août 2011 et le 28 mars 2018 figuraient encore sur le logiciel. Une procédure de sanction a été engagée.

UNE SANCTION PUBLIQUE

La formation restreinte de la CNIL, chargée d'adopter les mesures répressives, a ainsi rappelé que les données biométriques bénéficiaient d'un régime particulièrement protecteur. L'utilisation d'un dispositif biométrique afin de contrôler les horaires des salariés est en principe exclue, mais peut exceptionnellement être autorisée par la CNIL si le responsable du traitement démontre qu'il existe des circonstances exceptionnelles fondées sur un impératif de sécurité (L. no 78-17, 6 janv. 1978, art. 25, I, 8o). En l'espèce, la société n'apportait aucun élément en ce sens. La formation restreinte a donc, pour ce motif notamment, prononcé une sanction pécuniaire d'un montant de 10 000 euros à l'encontre de la société, soit 40 000 euros de moins que ce que sollicitait le rapporteur à l'issue de son instruction. Mais la CNIL indique avoir tenu compte de la mise en conformité partielle de la société et de sa situation financière. La formation restreinte a en revanche suivi les préconisations du rapport en rendant publique la décision, qui plus est non anonymisée durant deux années, ce qui constitue une véritable sanction pour la société Assistance centre d'appels dont les retombées en termes d'image et de réputation risquent de se faire sentir.

La CNIL précise qu'« en rendant publique sa décision, elle a souhaité rappeler aux employés leurs droits et aux employeurs leurs obligations notamment s'agissant de la biométrie sur les lieux de travail. Elle a également voulu insister sur l'importance de répondre aux mises en demeure de la CNIL et de mettre effectivement en œuvre les mesures requises ».

Semaine Sociale Lamy, N° 1830



Clauses d'interdiction de témoigner : quelle portée ?

« Aux termes de l'article 10 du Code civil, chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité et celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice des dommages et intérêts. [...]

L'existence de la clause contenue dans la transaction signée avec la société X, aux termes de laquelle Madame K. s'engageait à ne pas établir de témoignages à son encontre, ne constitue pas un motif légitime de refus de témoigner sur des faits argués de manquements à l'obligation de sécurité et de discrimination.

La protection de la sécurité et de la santé au travail, ainsi que l'interdiction de comportements discriminatoires, présentent, en effet un caractère de nécessité d'une valeur supérieure à la protection des intérêts privés de l'entreprise. »

La protection de la confidentialité des activités des entreprises est devenue une question très discutée, ainsi qu'en ont attesté les débats qui ont entouré l'adoption de la loi sur le secret des affaires. Selon la Directive du 8 juin 2016, l'information et le savoir-faire constituent « la monnaie de l'économie de la connaissance », et leur maîtrise est un facteur déterminant de la compétitivité. Cette valeur octroyée à l'information et à l'image de l'entreprise qu'elle véhicule conduit les entreprises à se montrer des plus sourcilieuses à l'égard de toute divulgation d'information par leurs employés. Certains articles de presse ont révélé notamment les fortes restrictions imposées par les entreprises nord-américaines à leurs salariés dans leur cadre de leurs « politiques de confidentialité » : ils se voient interdire de divulguer en dehors de l'entreprise toute information qui ne soit déjà connue du public, ou de mener toute action devant les juridictions au profit de formes d'arbitrages garanties de la confidentialité. De telles pratiques sont aujourd'hui dénoncées en ce qu'elles empêchent la dénonciation des faits de harcèlement ou des discriminations, qui semblent répandues dans les entreprises de la Silicon Valley.

La détermination du point d'équilibre entre la protection des secrets de la vie des entreprises et la liberté d'expression des salariés constitue dès lors un point nodal de l'équilibre entre les intérêts économiques privés et les libertés des citoyens. Le caractère très brutal de la manière dont certaines entreprises utilisent les procédures judiciaires pour s'opposer à l'usage de la liberté d'expression lorsque celle-ci est susceptible de porter atteinte à leur image est apparu récemment dans une affaire dans laquelle une entreprise n'a pas hésité à poursuivre pour diffamation un universitaire pour un simple commentaire d'une décision de justice la condamnant pour dommage écologique. La doctrine juridique s'émue alors de l'utilisation de « procédures bâillons » attentatoires à la liberté d'expression des chercheurs. Tout autant qu'aux universitaires, il faut s'inquiéter aujourd'hui des atteintes que la quête immodérée du secret fait porter à la liberté d'expression des salariés, notamment dans les procédures judiciaires.



L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 5 juillet 2018 fournit l'occasion d'une réflexion sur cette rencontre entre le secret et les droits procéduraux, bien que l'affaire ne concerne pas directement les politiques de confidentialité des grandes entreprises, mais une clause de confidentialité conclue à l'occasion d'une transaction.

Les faits à l'origine de cette affaire concernent une salariée exerçant des fonctions directoriales dans une entreprise du secteur de la métallurgie. Licenciée pour inaptitude médicale - un litige portant sur la résiliation judiciaire du contrat de travail étant préalablement en cours -, elle est déboutée par le conseil de prud'hommes de sa demande d'indemnités de rupture du contrat de travail. Dans le cadre de la procédure d'appel, souhaitant établir des faits de harcèlement moral, elle a fait citer par acte d'huissier l'une de ses anciennes collègues. La procédure de citation de témoin n'est prévue que devant les juridictions répressives (C. pr. pén., art. 551). Rien de tel n'existe dans la procédure civile : l'audition des témoins peut être demandée par les parties, mais elle dépend de la décision du juge (C. pr. civ., art. 143). Les raisons de l'utilisation de cette procédure par la demandeuse ne sont pas connues mais c'est elle qui permet ici à la cour d'appel de se prononcer sur la portée de la signature d'une clause de confidentialité. À la suite de cette prétendue « citation », la salariée en question fit en effet savoir par écrit qu'elle avait signé un protocole transactionnel au terme duquel, indique l'arrêt, les parties s'étaient engagées à ne pas établir de témoignages l'une contre l'autre. La rédaction est équivoque, mais la suite de l'arrêt montre plutôt que cette transaction lie cette deuxième salariée et son employeur et non les salariées entre elles.

Toujours est-il que le débat devant la cour d'appel est mené sur la question de la portée de cet engagement à ne pas témoigner. La demandeuse sollicite en effet que la Cour de cassation soit saisie pour avis sur la valeur d'un tel engagement. Par un jugement d'avant dire droit, la cour d'appel juge la demande d'avis irrecevable, la salariée n'ayant ni prouvé ni même allégué que la question de droit soit nouvelle, se pose dans de nombreux litiges ou présente une difficulté sérieuse. L'argument est très discutable. La saisine pour avis est uniquement à la disposition des juges (C. pr. civ., art. L. 441-1), et les parties ont en la matière pour seul pouvoir de « suggérer » au juge cette saisine. Celles-ci ne sauraient donc être renvoyées à des charges procédurales alors qu'elles n'ont aucun pouvoir en la matière. Sans doute la cour d'appel de Paris a-t-elle souhaité elle-même trancher cette question sans attendre une prise de position de la Cour de cassation. Ainsi qu'elle le note, il ne pouvait être question de se prononcer directement sur le fond de la validité de la clause de confidentialité, le témoin n'étant pas partie au litige. Le débat est donc porté sur le pouvoir du juge de solliciter un témoignage nonobstant l'existence d'une clause de confidentialité (I), débat qui doit poser de manière plus large la question de la valeur de ces clauses qui limitent la liberté de témoigner des salariés (II).

I. - Les clauses de confidentialité ne sauraient priver le juge du pouvoir d'auditionner un témoin

Les textes du Code de procédure civile tels qu'ils ont été conçus depuis la réforme de 1971 sont sans équivoque quant au renforcement du pouvoir inquisitorial du juge, qui dispose d'un pouvoir très étendu en matière d'enquête (témoignage fait par oral). Celui-ci est encadré d'abord par les règles relatives à la prescription des mesures d'instruction : le juge peut, à la demande des parties (ce qui est le cas ici) ou d'office recourir à toute mesure d'instruction légalement admissible (C. pr. civ., art. 143), dès lors qu'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer (art. 144). L'usage de ces mesures est restreint par deux considérations. La première tient à



l'attitude des parties : elles ne doivent pas disposer de moyens suffisants pour prouver un fait allégué, et ne doivent pas avoir montré de carence dans l'administration de la preuve (art. 146). La seconde tient à des considérations d'efficacité économique : le juge doit retenir la mesure la plus simple et la moins onéreuse (art. 147).

Pour ce qui est des règles qui tiennent proprement à l'enquête, le Code de procédure civile précise que « chacun » peut être entendu comme témoin, sauf incapacité de témoigner (art. 205). Les personnes légalement requises sont alors tenues de témoigner (art. 206), sous peine de sanction pénale (art. 207). La seule exception concerne les personnes qui disposent d'un motif légitime pour être dispensées de témoigner ou refuser de témoigner (art. 206 et 207).

Les textes sont ainsi clairs sur le pouvoir discrétionnaire reconnu au juge de procéder à l'audition des témoins au cours de l'instruction ou de l'audience. Ce large pouvoir inquisitorial est fondé sur la protection du droit à la preuve contenue dans l'article 10 du Code civil, dont la teneur est rappelée ici par la cour d'appel de Paris : chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité, et peut y être contraint, sauf motif légitime.

Le pouvoir reconnu au juge de citer la collègue en question afin de venir témoigner d'éventuels agissements de harcèlement ou de discrimination ne faisait guère de doute.

Le défendeur faisait toutefois valoir qu'une telle citation était impossible en raison de la clause de confidentialité signée : l'engagement contractuel de ne pas témoigner ne pouvait-il pas constituer une cause légitime pour qu'il soit dispensé d'une telle audition ? La question méritait d'autant plus d'être posée que l'engagement n'était pas - semble-t-il - un engagement très général de confidentialité dont la détermination et la licéité auraient pu être discutées, mais un engagement précis concernant spécifiquement deux salariées, engagées dans le cadre d'une transaction.

Que faut-il entendre comme un empêchement légitime de témoigner ? La valeur légale de la transaction mérite-t-elle une telle qualification ? La jurisprudence en la matière n'a pas véritablement éclairci la notion, mais les auteurs paraissent s'accorder à considérer que cela désigne les personnes tenues à un secret professionnel, que ce soit par la loi ou par une règle professionnelle ou d'usage.

Un accord de confidentialité conclu à titre privé ne saurait en conséquence être considéré comme un motif légitime s'opposant à l'audition d'un témoin. Aussi la cour d'appel de Paris retient-elle à juste titre que l'article 10 du Code civil comme l'article 205 du Code de procédure civile permettent de convoquer le témoin en question, nonobstant un engagement de confidentialité.

Cette interprétation, qui paraît compatible avec les règles légales et jurisprudentielles, doit être bien comprise dans sa portée. La cour d'appel se prononce ici essentiellement sur la dimension procédurale des clauses de



confidentialité ou de secret. Au regard des règles sur l'enquête, elles ne sauraient faire obstacle à la convocation des témoins que le juge estime indispensable de convoquer.

Toutefois, la cour d'appel de Paris va plus loin en évoquant également la question de fond qui sous-tend la question procédurale : celle de la valeur des clauses limitant la liberté de témoigner.

II. - La valeur des clauses limitant la liberté de témoigner

Sans directement aborder de façon frontale la question de la valeur des clauses de discrétion ou de confidentialité - dont la validité paraît aujourd'hui consacrée par le Code civil -, l'arrêt de la cour d'appel livre quelques indications sur la valeur de clauses plus particulières que l'on peut désigner comme des clauses limitatives de la liberté de témoigner. Cette forme particulière de clause de discrétion est en effet le plus souvent méconnue. L'essentiel des décisions de la Cour de cassation concerne en effet strictement les relations entre le salarié et l'entreprise concernant des procédés industriels, des informations économiques ou des données commerciales.

Mais les clauses que nous évoquons ici n'ont-elles pas une tout autre nature ? En limitant la liberté de témoigner, elles ont nécessairement des conséquences à l'égard des tiers, qui risquent d'être privés de la possibilité de prouver des faits litigieux, donc de connaître un frein dans leur accès à la justice. N'ont-elles pas en outre pour principale conséquence d'être utilisées essentiellement pour couvrir des délits civils voir pénaux ? Ce type de clause a en effet été décrié aux États-Unis en ce qu'elles ont pour conséquence de permettre de couvrir des faits de harcèlement ou de discrimination pratiqués à grande échelle dans certaines entreprises. Ne faudrait-il pas alors considérer que la plupart d'entre elles ont un objet illicite ?

La question n'est pas posée comme telle à la cour d'appel qui, comme nous l'avons vu, se prononce sur la seule portée de ces clauses au regard des pouvoirs du juge. Les seules règles du Code de procédure civile permettaient de justifier la solution retenue. Afin de conforter sa décision, la cour d'appel de Paris prend cependant le soin de préciser que la clause en question n'était pas un motif légitime de refus de témoigner sur des manquements à l'obligation de sécurité ou de discrimination : selon elle, « La protection de la sécurité et de la santé au travail, ainsi que l'interdiction de comportements discriminatoires, présentent [...] un caractère de nécessité d'une valeur supérieure à la protection des intérêts privés de l'entreprise ». La cour d'appel avait ainsi ajouté (ce qui n'était à notre sens pas indispensable) la nécessité d'analyser la teneur de la clause pour savoir si elle porte atteinte à des valeurs qui pourraient être vues comme supérieures aux intérêts de l'entreprise. Cette perspective paraît d'abord relever de l'évidence : une clause dont la finalité ou les effets seraient de couvrir des pratiques discriminatoires ou des atteintes à la santé des salariés a un objet illicite et devrait être frappée de nullité. La protection du droit à la preuve en la matière a d'ailleurs déjà été affirmée avec force par la Cour de cassation qui estime que le secret des affaires ne saurait faire obstacle à ce que soient ordonnées des mesures d'instruction in futurum destinées à établir une pratique discriminatoire .

Une telle perspective s'impose indiscutablement dans le temps présent, attentif à la lutte contre les discriminations sexistes et contre les formes de harcèlement. Il faut sans doute aller plus loin : la protection du droit à la preuve ne peut se limiter faits de harcèlement ou de discrimination. Ce n'est d'ailleurs pas, comme le souligne la



cour d'appel, parce que ces intérêts-là sont supérieurs à ceux de l'entreprise, mais bien parce qu'il s'agit de ne pas entraver le jeu de règles d'ordre public. Un arrêt inédit avait en ce sens écarté les effets d'une clause de confidentialité qui faisait obstacle à la contestation de l'application des règles de l'article L. 1224-1 du Code du travail en se fondant le caractère d'ordre public de celles-ci.

Il nous semblerait dès lors utile de préciser que les clauses restreignant la liberté de témoigner ont un objet illicite lorsqu'elles font obstacle à la mise en oeuvre de règles d'ordre public. La garantie des règles d'ordre public portant sur la rémunération, le temps de travail, ou celles encore relatives à la représentation du personnel dans l'entreprise ne sont pas moins importantes que celles qui garantissent la santé et la sécurité dans l'entreprise : elles mériteraient donc un traitement similaire.

Il nous semble donc nécessaire d'affiner la distinction entre les différentes clauses protégeant la confidentialité, dans le contexte d'une protection renforcée du secret des affaires. La loi du 30 juillet 2018 présente un risque d'atteinte à la liberté d'expression des salariés en ne définissant pas les caractères que doivent présenter les informations protégées mais en indiquant que le principal critère à prendre en considération est la « valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret » (C. comm., art. L. 151-1). L'information protégée est ainsi essentiellement celle qui peut recevoir une valeur économique. La condition est que celui qui la détient ait pris des « mesures de protection raisonnables ». Il semble désormais indispensable de préciser qu'un tel secret ne saurait limiter le droit à la preuve des salariés en cas d'infraction à des règles d'ordre public. Ainsi que le note Patrick Henriot, le secret des affaires ne saurait rendre radicalement inaccessibles dans le contentieux les informations relatives à l'entreprise sans déséquilibrer très significativement l'égalité des armes dans le procès.

Frédéric Guiomard





L'ANI du 17 novembre 2017 relatif à la fusion Agirc-Arrco

Publié le 5 octobre 2018

Comment fonctionnera le régime unifié Agirc-Arrco à compter du 1er janvier 2019 ? C'est pour répondre à cette question que les partenaires sociaux ont signé, le 17 novembre 2017, un accord instituant ce nouveau régime, dans le cadre fixé par l'ANI du 30 octobre 2015 prévoyant la fusion. Modification des assiettes et des taux de cotisations, modalité de conversion des droits acquis vers le nouveau régime, droits familiaux, etc. Nous présentons dans ce dossier les principaux changements induits par la réunion des deux régimes de retraites complémentaire.

Initiée par l'accord du 30 octobre 2015 prévoyant la réunion des régimes de retraite complémentaire des cadres (Agirc) et non-cadres (Arrco), la fusion sera effective au 1er janvier 2019. L'ANI du 17 novembre 2017, signé par la CFDT, la CFE-CGE, la CFTC côté salariés, et par le Medef, la CPME et l'U2P côté patronal, détaille les règles du futur régime unifié et représente le point culminant d'un processus de convergence entrepris depuis 1996, année du premier accord commun entre les deux régimes. Dès lors, les deux régimes partageaient déjà de nombreuses règles, reprises dans l'ANI. Néanmoins, plusieurs évolutions notables caractérisent l'accord du 17 novembre 2017, notamment en ce qui concerne les assiettes et taux de cotisations et la conversion des droits vers le futur régime. En parallèle, l'accord institue un nouveau système de pilotage du régime unifié par les partenaires sociaux.

Précisons que l'accord a été étendu et élargi par un arrêté du 24 avril 2018 tandis que deux autres arrêtés de la même date ont approuvé le modèle de statuts des institutions de retraite complémentaire, adhérentes de la fédération Agirc-Arrco, ainsi que les statuts et le règlement de l'Agirc-Arrco.

1. Refonte des assiettes et des taux de cotisations

Le régime des cadres et celui des non-cadres se distinguent par des taux de cotisations différents et une organisation en plusieurs tranches de rémunération spécifique à chacun. Si les modalités de calcul des taux de cotisations ne changent pas, l'assiette et les taux des cotisations évoluent dans le cadre de la fusion des régimes.

DEUX TRANCHES DE RÉMUNÉRATION

L'assiette des cotisations ne comportera dans le futur régime Agirc-Arrco que deux tranches (ANI, art. 32) :

– la tranche 1 des rémunérations (T1) sera constituée de toutes les sommes



versées en contrepartie ou à l'occasion du travail entrant dans l'assiette des cotisations de la sécurité sociale dans la limite d'une fois le plafond annuel de la sécurité sociale (Pass, 39 732 € en 2018) ;

– la tranche 2 des rémunérations (T2) sera constituée de la même manière, mais pour un montant compris entre une et huit fois le Pass (317 856 € en 2018).

Une dérogation est prévue pour les entreprises ou les secteurs professionnels appliquant, au 31 décembre 2018, des assiettes de cotisations supérieures à celles définies ci-dessus en application d'une obligation (adhésion, accord collectif, convention collective, reprise d'entreprise, etc.) née antérieurement au 2 janvier 1993, qui continueront les appliquer, sauf à opter pour l'une des solutions suivantes :

– revenir aux assiettes prévues par l'ANI (T1 et T2), sous réserve du versement d'une contribution de maintien de droits calculée de façon actuarielle ou en leur appliquant un taux de cotisation d'équivalence déterminé de façon actuarielle ;

– revenir aux assiettes prévues par l'ANI en application d'une décision de démission soit par accord collectif, soit par accord entre l'employeur et les 2/3 des votants au sein de l'entreprise. Cette solution implique la suppression de droits calculés sur la fraction d'assiette non maintenue et le versement d'une indemnité de démission.

TAUX DES COTISATIONS

Les modalités de calcul des taux de cotisations applicables ne sont pas modifiées par l'ANI. La détermination du taux des cotisations effectivement dues est réalisée à partir de la multiplication du taux de cotisation et du pourcentage d'appel (v. ci-dessous). Il en va de même pour la répartition des cotisations entre employeur et salarié (60 % pour la part patronale et 40 % pour la part salariale), étant précisé que les employeurs peuvent appliquer une répartition plus favorable aux salariés (ANI, art. 38).

À NOTER

La répartition 60/40 ne s'applique pas à certaines entreprises. Il s'agit de celles visées par une convention ou un accord collectif de branche antérieur au 25 avril 1996 prévoyant une répartition des cotisations différentes de celles qui conservent la répartition qu'elles appliquaient au 31 décembre 1998 et des entreprises, issues de la transformation de plusieurs entreprises appliquant une répartition différente, et celles qui peuvent, par dérogation aux dispositions ci-dessus, et en accord avec leur personnel, conserver la répartition qui était appliquée dans l'entreprise, partie à l'opération, dont l'effectif de cotisants est le plus important (ANI, art. 39).

Taux de calcul des points

Sur chacune des deux tranches de cotisations définies ci-dessus s'appliquera un taux de calcul des points, qui seront, au 1er janvier 2019, de (ANI, art. 35, 1) :

– 6,20 % sur la tranche 1 ;

– 17 % sur la tranche 2.

La dérogation explicitée ci-avant permettant aux entreprises ou aux secteurs professionnels, appliquant des assiettes de cotisations supérieures au 31 décembre 2018, de continuer à le faire vaut également pour la mise en œuvre de taux de cotisations supérieurs. Dans ce cas également, les entreprises peuvent revenir aux taux de cotisations fixés par l'ANI, en optant pour l'une des solutions prévues par l'accord et détaillées ci-avant (ANI, art. 35, 2).

Pourcentage d'appel

Le pourcentage d'appel sera égal à 127 % (contre 125 % actuellement) et s'appliquera aux taux de calcul des points (ANI, art. 36). Les taux ainsi appelés seront arrondis au centième.



Taux appelés

Pour obtenir les taux de cotisations effectivement dues, le taux de calcul des points est multiplié par le pourcentage d'appel. Ainsi, à compter du 1er janvier 2019, les taux appelés seront les suivants (v. le tableau récapitulatif ci-dessous) :

- 7,87 % sur la tranche 1 ($6,20 \times 1,27$), soit 4,72 % pour la part patronale et 3,15 % pour la part salariale ;
- 21,59 % sur la tranche 2 ($17 \times 1,27$), soit 12,95 % pour la part patronale et 8,64 % pour la part salariale.

CONTRIBUTION D'ÉQUILIBRE

En plus de ces taux de cotisations, deux contributions sont prévues par l'article 37 de l'ANI, notamment pour le financement du coefficient d'anticipation en cas de départ à la retraite antérieur à l'âge légal :

- une contribution d'équilibre générale (CEG) résultant de la fusion des cotisations AGFF et GMP (garantie minimale de point) au taux de 2,15 % sur la tranche 1 (soit 1,29 % pour la part patronale et 0,86 % pour la part salariale) et de 2,70 % sur la tranche 2 (soit 1,62 % pour la part patronale et 1,08 % pour la part salariale) ;
- une contribution d'équilibre technique (CET, ex-contribution exceptionnelle et temporaire) qui restera au taux de 0,35 % (soit 0,21 % pour la part patronale et 0,14 % pour la part salariale), et s'appliquera pour les salariés dont la rémunération excède le Pass (39732 € en 2018), sur les tranches 1 et 2.

2. Modalités de conversion des droits acquis

La fusion des régimes implique l'harmonisation de la valeur des points Agirc et Arrco. Cette modification ne vaudra que pour les pensions qui n'ont pas été liquidées à effet du 1er janvier 2019. Sachant que 80 % des salariés ne cotisent qu'à l'Arrco, la fusion n'entraînera aucune conversion de droits pour ce qui les concerne.

C'est l'article 52 de l'ANI qui prévoit les modalités de conversion des droits. La conversion des points Agirc et Arrco vers le futur régime unifié s'effectuera de la façon suivante :

- un point Arrco = un point Agirc-Arrco ;
- les points Agirc sont convertis en points du nouveau régime par application du quotient entre la valeur de service de l'Agirc au 31 décembre 2018 et la valeur de service de l'Arrco à cette même date, selon la formule suivante : valeur du point Agirc (0,4352)/valeur du point Arrco (1,2513) = 0,347798289*. Le nombre de point Agirc est ensuite multiplié par ce coefficient de conversion pour obtenir le nombre de point du futur régime.

* Ce coefficient a été calculé avec la valeur des points Arrco et Agirc 2017. Il devrait évoluer avec la fixation des valeurs des points Arrco et Agirc 2018 au 1er novembre prochain.

À NOTER

Pour les personnes ayant liquidé leur retraite avant le 1er janvier 2019, les fractions de pension correspondant à une majoration pour enfant né ou élevé ou à une majoration pour enfant à charge, déterminées par un montant en euros, ne donnent pas lieu à conversion en points de retraite du régime complémentaire. Leur service est néanmoins maintenu dans les mêmes conditions (art. 52).



3. Un seul compte et une seule valeur de point au 1er janvier 2019

Les modalités d'acquisition des droits de retraite complémentaires à compter du 1er janvier 2019 seront simplifiées.

Les périodes d'activités dans les entreprises ou organismes relevant du champ du régime unifié ayant donné lieu au versement de cotisations et les périodes validées sans contrepartie de cotisations donneront lieu à l'acquisition de points de retraite complémentaire sur la base d'une seule valeur de point. Ces points acquis seront inscrits dans un « compte de points », qui sera dorénavant unique pour chaque assuré (ANI, art. 51).

4. Modulation de la pension en fonction de l'âge de départ

Prévu par l'accord du 30 octobre 2015, le coefficient de solidarité est précisé par l'ANI du 17 novembre 2017. Son corollaire, le dispositif des coefficients majorants, est également détaillé dans l'accord.

MODALITÉ D'APPLICATION DU COEFFICIENT DE SOLIDARITÉ...

Pour les assurés concernés, le coefficient de solidarité réduira, à compter du 1er janvier 2019, le montant de leur pension de retraite complémentaire de 10 % pour une durée de trois ans, dans la limite de leurs 67 ans.

Précisément, le coefficient de solidarité de 0,90 s'appliquera sur le montant de la retraite complémentaire des participants nés à partir du 1er janvier 1957 qui décideront de liquider leur pension une fois l'âge légal de 62 ans atteint, même si les conditions du taux plein (validation de trimestres) dans un régime de base sont réunies par ailleurs. Pour s'exonérer de l'application de ce coefficient, l'article 98 de l'ANI prévoit la possibilité de reporter d'un an (quatre trimestres calendaires) au-delà de la date à laquelle les conditions d'obtention du taux plein sont remplies le départ à la retraite, ce qui permet de percevoir le montant normal de la retraite, sans minoration ni majoration.

À NOTER

Les personnes nées à partir du 1er janvier 1957 qui remplissent les conditions pour bénéficier du taux plein avant le 1er janvier 2019, mais qui liquident leur pension après le 31 décembre 2018, ne sont pas non plus concernées par le coefficient de solidarité, minorant le niveau de pension (ANI, art. 100).

... ET DES COEFFICIENTS MAJORANTS

En contrepartie de ce malus de 10 % sur le montant de la pension de retraite complémentaire, et au-delà de la possibilité de bénéficier du montant normal de sa retraite présentée ci-dessus, l'article 99 de l'accord détaille également le dispositif des coefficients majorants, prévu par l'ANI du 30 octobre 2015, qui permet d'améliorer le montant de la pension.

Les coefficients majorants bénéficieront aux participants nés à compter du 1er janvier 1957 qui liquident leurs pensions de retraite complémentaire au moins deux ans (huit trimestres calendaires) au-delà de la date à laquelle ils ont rempli les conditions d'obtention du taux plein dans les régimes de base se verront appliquer, pendant une année suivant la liquidation de leur pension de retraite, un coefficient majorant de la pension de retraite complémentaire. Ils s'appliqueront de la façon suivante :

– 1,10 (+ 10 %) pour les participants ayant décalé la liquidation de leurs droits à la retraite complémentaire d'au moins deux ans ;



– 1,20 (+ 20 %) pour les participants ayant décalé la liquidation de leurs droits à la retraite complémentaire d'au moins trois ans ;

– 1,30 (+ 30 %) pour les participants ayant décalé la liquidation de leurs droits à la retraite complémentaire d'au moins quatre ans.

À NOTER

En cas de retraite progressive, l'application des deux coefficients, minorants et majorants, est appréciée à la date de la liquidation définitive de la retraite de base (ANI, art. 100).

5. Droits de réversion

Malgré un rapprochement des règles applicables aux deux régimes de retraite complémentaire depuis plusieurs années, préalablement aux ANI du 30 octobre 2015 et du 17 novembre 2017, des différences existaient toujours en matière de droits de réversion. Dans le cadre de l'ANI du 17 novembre 2017 et de la création d'un régime unique, les partenaires se sont accordés pour retenir les règles du régime le plus favorable, c'est-à-dire celles de l'Arrco.

DROIT DE PENSION DES CONJOINTS SURVIVANTS

Le conjoint survivant d'un participant décédé à compter du 1er janvier 2019, bénéficie, à partir de 55 ans (règle déjà applicable au sein du régime Arrco, contre 60 ans à l'Agirc), à condition de ne pas être remarié, d'une allocation de réversion calculée sur la base de 60 % (sans changement) des droits du participant décédé. À noter que les majorations pour enfants nés ou élevés applicables aux droits du participant décédé demeureront réversibles au taux de 100 % (ANI, art. 109).

DROITS DE RÉVERSION DES ORPHELINS DES DEUX PARENTS

La même logique d'alignement des règles du futur régime sur celles du régime le plus favorable a été retenue ici. Un orphelin de ses deux parents à compter du 1er janvier 2019, aura droit à une allocation calculée sur la base de 50 % (taux déjà applicable à l'Arrco mais fixé à 30 % à l'Agirc) des droits du participant décédé, sans qu'il soit tenu compte des abattements dont ses droits ont pu être affectés. Les conditions à remplir pour bénéficier de ce droit demeurent inchangées (ANI, art. 114).

6. Gouvernance du régime unifié

PILOTAGE STRATÉGIQUE QUADRIENNAL

Tous les quatre ans, les partenaires sociaux définiront, par accord, les orientations stratégiques du pilotage. Ils fixeront à cette occasion les objectifs en termes de trajectoire d'équilibre du régime de retraite complémentaire en fonction du scénario économique qu'ils ont retenu pour le moyen/long terme. Une fois ce cadre posé, les partenaires sociaux pourront déterminer les principales règles de gestion du régime (ANI, art. 25).

Détermination du critère de soutenabilité du régime...

Les partenaires sociaux pourront notamment déterminer deux critères de soutenabilité, qui seront appréciés sur une durée de 15 ans (ANI, art. 25) :

– le niveau des réserves de financement, étant précisé que le régime doit disposer, à tout moment, d'un niveau de réserve équivalent à six mois de prestation ;

– l'évolution du rapport de charges.



... et de ses différents paramètres

Les partenaires sociaux pourront également agir, en fonction des résultats financiers du régime et des objectifs pour les quatre années à venir notamment, sur l'ensemble des paramètres du régime, tels que (ANI, art. 25) :

- le taux de calcul des points ;
- le taux d'appel des cotisations ;
- le taux de la contribution d'équilibre général ;
- le taux de la contribution d'équilibre technique ;
- les coefficients de solidarité et les coefficients majorants ;
- le nombre de trimestres à partir duquel les coefficients de solidarité ne s'appliquent plus ;
- le nombre de trimestres à partir duquel les coefficients majorants s'appliquent ;
- la valeur d'achat du point définie à l'article 28 ;
- la valeur de service du point définie à l'article 27 ;
- la cotisation spécifique pour les charges d'anticipation.

Le cas échéant, pour certains de ces paramètres, les partenaires sociaux pourront fixer les limites inférieures et supérieures de leur variation, auxquelles devra se référer le conseil d'administration dans le cadre du pilotage tactique.

Ils pourront également définir les adaptations conventionnelles du régime rendues nécessaires par l'évolution des textes législatifs et réglementaires s'appliquant au régime de base.

PILOTAGE TACTIQUE

À côté du pilotage stratégique déterminé tous les quatre ans, le pilotage tactique repose sur des décisions arrêtées annuellement par le conseil d'administration de la fédération dans le respect des orientations stratégiques présentées ci-dessus. Il peut ajuster dans ce cadre les paramètres de fonctionnement (ANI, art. 26).

VALEUR DE SERVICE ET D'ACHAT DU POINT

Les valeurs de service et d'achat du point seront déterminées de la même manière qu'auparavant, c'est-à-dire qu'elles seront fixées par le conseil d'administration chaque année, et prendront effet les 1er novembre et 1er janvier respectivement. Le conseil d'administration devra toutefois tenir compte du facteur de soutenabilité fixé dans le cadre du pilotage stratégique (v. ci-avant), ainsi que de la situation économique, de l'évolution démographique et du marché du travail (ANI, art. 27).

UN PREMIER ACCORD DE PILOTAGE DU RÉGIME AGIRC-ARRCO EN 2018

Les partenaires sociaux doivent négocier au second semestre 2018, un accord de pilotage fixant les orientations stratégiques pour la période 2019-2022. Pour ce faire, ils s'appuieront notamment sur la situation financière des régimes, sur le bilan de l'accord du 30 octobre 2015, et des prévisions macroéconomiques actualisées (ANI, art. 154).

PAS DE MODIFICATIONS DU CHAMP D'APPLICATION PROFESSIONNEL DU RÉGIME La fusion des régimes Agirc et Arrco n'empêche aucune modification du champ d'application professionnelle au regard de celui des anciens régimes. Ainsi, toutes les entreprises entrant dans le champ de l'accord (entreprises membres d'une organisation adhérente au Medef, à la CPME ou à l'U2P, entreprises auxquelles l'accord a été rendu applicable en vertu d'arrêtés d'extension ou d'élargissement, organismes miniers, etc.) sont tenues d'adhérer à une institution de retraite complémentaire.



Concernant le champ d'application territoriale, celui-ci est plus étendu que précédemment et intègre désormais Saint-Martin et Saint-Barthélemy (ANI, art. 8).

MODALITÉ DE LA FUSION Le choix a été fait d'opter pour une fusion-absorption. En pratique, l'institution de retraite complémentaire dont l'effectif de membres adhérents et participants est le moins important – l'Agirc – apporte l'ensemble des biens, droits et obligations, actifs et passifs à la date du 31 décembre 2018, sans exception ni réserve, à l'institution de retraite complémentaire déjà agréée dont l'effectif de membres adhérents et participants est le plus important – l'Arrco – (ANI, art. 153).

NÉGOCIATION EN COURS SUR L'ENCADREMENT ET MESURES TRANSITOIRES Compte tenu de la disparition de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 induite par la fusion des régimes, une négociation sur la définition de l'encadrement est actuellement en cours. Néanmoins, un accord spécifique a été trouvé, le 17 novembre 2017, qui permet, dans l'attente d'un accord, de continuer à se référer à définition de l'encadrement prévu aux articles 4 et 4 bis de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 concernant l'obligation de cotiser à 1,50 % sur la première tranche pour financer un régime de prévoyance complémentaire (cotisation affectée en priorité sur une garantie décès).

Liaisons sociales Quotidien - Le dossier juridique, N° 181/2018



DROIT SOCIAL

Les effets de l'annulation d'une rupture conventionnelle

Publié le 14 septembre 2018

L'essentiel

Lorsque le contrat de travail est rompu en exécution d'une convention de rupture ensuite annulée, la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La nullité de la convention de rupture emporte obligation à restitution des sommes perçues en exécution de cette convention.

Cour de cassation

(Chambre sociale)

30 mai 2018

Mme X. c/ Société NCS Pyrotechnie et technologies et Pôle emploi

[Arrêt n° 842 FS-P+B, pourvoi n° 16-15.273, publié au Bulletin, D. 2018. 1211](#)

La rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée a suscité un abondant contentieux qui permet aujourd'hui de mieux connaître le régime juridique applicable à ce nouveau mode de rupture inauguré par la loi du 25 juin 2008. L'arrêt du 30 mai 2018 ici commenté apporte une nouvelle pierre à l'édifice pour l'hypothèse de nullité de la convention, notamment en ce qui concerne les éventuelles restitutions et la qualification de la rupture. Il n'est pas sûr que les solutions retenues par la Cour soient sur ce point en parfaite cohérence. Quoi qu'il en soit, comme un auteur l'a déjà souligné (G. Couturier, Les ruptures conventionnelles, ruptures paisibles ? RDT 2009. 205), il est piquant de remarquer que, s'agissant d'un mode de rupture précisément destiné à éviter le recours au juge, seule la saisine de celui-ci puisse permettre de déterminer le régime qui lui est applicable.

L'espèce commentée était très classique. Une salariée, engagée en 2002, comme opératrice de production, avait signé en 2009 une convention de rupture qui avait été homologuée par l'administration. Elle devait par la suite saisir le juge afin de faire constater que l'employeur avait utilisé ce mode de rupture pour contourner les mesures contenues dans un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Elle avait obtenu gain de cause devant la cour d'appel. Toutefois, celle-ci l'avait condamnée à rembourser à l'employeur les sommes qu'elle avait perçues en exécution de la rupture conventionnelle annulée, en même temps qu'elle avait limité le montant de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse qu'elle lui avait octroyée. La salariée soutenait au contraire qu'elle devait pouvoir conserver les sommes perçues à titre d'indemnités, d'autant que la nullité n'entraînerait pas, en l'occurrence, une remise des parties dans l'état antérieur puisque le travailleur ne peut prétendre qu'à une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et non à la poursuite de son contrat de travail.



La Cour de cassation ne s'est pas laissé convaincre. Elle affirme d'abord que « lorsque le contrat de travail est rompu en exécution d'une convention de rupture ensuite annulée, la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse » ; puis elle ajoute que « la nullité de la convention de rupture emporte obligation à restitution des sommes perçues en exécution de cette convention ». Elle en conclut qu'« ayant retenu que la rupture conventionnelle était nulle, la cour d'appel, qui a condamné la société au paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dont elle a évalué le montant, en a exactement déduit [...] que la salariée devait restituer à l'employeur les sommes versées dans le cadre de cette convention ». À la vérité, on ne sera pas surpris par la solution retenue par la Cour. Elle paraît de bon sens en ce qui concerne la restitution des sommes reçues en exécution d'une convention nulle. Quant à la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse, elle était largement prévisible compte tenu des précédents. Il y avait néanmoins matière à discussion.

En réalité, le fond du débat est de savoir si la nullité de la convention de rupture entraîne une remise en l'état. En cas de réponse positive, il est évidemment normal que le salarié doive restituer les sommes reçues, mais, en contrepartie, il devrait pouvoir aussi, s'il le souhaite, obtenir en justice la poursuite de son contrat et sa réintégration. Dans le cas contraire, il ne pourrait certes que demander la requalification de la rupture en licenciement injustifié, mais il ne devrait pas avoir alors à restituer les sommes perçues. Or, la Cour de cassation n'a pas clairement choisi entre ces deux possibilités puisque sa solution emprunte au contraire à chacune d'elles. Elle considère, en effet, que la cessation du contrat en exécution d'une convention de rupture nulle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse tout en admettant que la salariée doit restituer les sommes reçues. En réalité, on peut sans doute aisément admettre cette restitution afin d'éviter un cumul d'indemnités, mais la question de la poursuite du contrat a toujours fait difficulté. La doctrine est, en effet, partagée sur ce point.

Certains considèrent que le salarié doit pouvoir obtenir la poursuite de son contrat. En effet, « à partir du moment où la convention de rupture est annulée par le juge, l'acte juridique litigieux se trouve rétroactivement effacé. Le salarié doit dès lors pouvoir retrouver son emploi ou un emploi équivalent » (G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, Droit du travail, 31^e éd., Dalloz, n° 431). Au contraire, pour d'autres, toute exécution forcée du contrat serait exclue. En effet, « la convention de rupture invalidée [devrait se muer] en licenciement qui, faute de texte le prévoyant, ne [serait] pas frappé de nullité. La rupture [serait] donc nécessairement requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse » (A. Mazeaud et F. Favennec Héry, La rupture conventionnelle : premier bilan, JCP S 2009. 1314). Selon un troisième courant, enfin, il conviendrait de se livrer à une application distributive de ces solutions (G. Loiseau, La rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail, Dr. soc. 2010. 297). Lorsque la convention de rupture serait nulle en raison d'un vice du consentement, il y aurait bien lieu, effectivement, d'admettre la nullité de cette rupture et le « retour au statu quo ante » avec, au besoin, le « rétablissement » du contrat de travail. Lorsque, au contraire, l'employeur se serait contenté d'utiliser la rupture conventionnelle là où elle n'est pas autorisée ou à des fins détournées, cette manoeuvre devrait seulement être sanctionnée par la sanction habituelle de la fraude, l'inopposabilité, en l'occurrence celle de la convention au salarié. On ne sera pas convaincu par ces solutions excluant en tout ou partie la possibilité de poursuite du contrat de travail.



D'abord, on ne voit pas pourquoi la convention « invalidée » devrait nécessairement dégénérer en licenciement, les effets habituels de la nullité étant de plein droit écartés. Aucune justification n'est avancée par les partisans de cette thèse, si ce n'est que la nullité du licenciement n'étant prévue par aucun texte, elle ne saurait en l'occurrence prévaloir. C'est cependant confondre ici la nullité de la convention de rupture et la nullité du licenciement. Or, en ce qui concerne la convention de rupture, on ne saurait, en cas d'illicéité, douter de sa nullité, en particulier lorsqu'elle est affectée d'un vice du consentement ; cette nullité est d'ailleurs déjà admise par la Cour de cassation elle-même (Soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865, Bull. civ. V, n° 128, D. 2013. 1355, obs. B. Ines ; ibid. 1768, chron. P. Flores, S. Mariette, F. Ducloz, E. Wurtz, C. Sommé et A. Contamine ; ibid. 2014. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2013. 480, obs. G. Auzero). Dès lors, le salarié doit pouvoir en tirer toutes les conséquences, y compris en demandant, s'il le souhaite, la poursuite de son contrat, l'exécution forcée en nature étant aujourd'hui admise, même par le droit commun (C. civ., art. 1221).

Quant à la distinction selon les catégories d'illicéités affectant la convention proposée par certains, elle ne paraît pas davantage pertinente. Le fait de recourir à la rupture conventionnelle dans des cas où elle est exclue par la loi constitue en réalité une violation de celle-ci, non une fraude véritable (sur celle-ci, v. F. Dournaux, La notion de fraude en droit privé, th. Paris I, 2008). De toute façon, la sanction de la fraude consiste en l'application de la loi évincée, laquelle permet en l'occurrence l'annulation de la convention de rupture qui n'a pas à subsister là où elle n'est pas légalement autorisée. En réalité, si l'on retient souvent l'inopposabilité comme sanction de la fraude, c'est que cette dernière rend possible l'application directe de la loi évincée sans qu'ait besoin d'être anéantie la manoeuvre frauduleuse ; mais tel n'est pas toujours le cas, notamment dans l'hypothèse envisagée. La sanction de l'inopposabilité n'a pas à recevoir ici application, d'autant que si la convention de rupture était seulement inopposable au salarié, on ne voit pas très bien l'intérêt qu'il y aurait à la maintenir à l'encontre du seul employeur (sauf à lui interdire de réclamer la restitution des sommes versées au titre de la convention et à permettre au salarié le cumul des avantages des deux modes de rupture... ?). Il faut donc bien admettre que, dès lors que l'on se trouve en présence d'une convention de rupture nulle, il n'y a aucune raison sérieuse d'interdire au salarié de se prévaloir de cette nullité pour demander le rétablissement de la situation antérieure et, en conséquence, la poursuite de son contrat de travail (v. J.-P. Tricoit, J.-Cl. Trav., fasc. 30-5, Rupture conventionnelle). Pourtant, c'est cette solution que paraît rejeter l'arrêt du 30 mai 2018.

Il est vrai que la Cour de cassation a déjà admis qu'une rupture conventionnelle nulle puisse dégénérer en licenciement sans cause réelle et sérieuse. À cet égard, on cite souvent un arrêt du 30 janvier 2013 (Soc., 30 janv. 2013, n° 11-22.332, Bull. civ. V, n° 24, D. 2013. 368 ; ibid. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2013. 258, obs. F. Taquet ; RDC 2013. 879, note E. Savaux), relatif à une situation de harcèlement moral ; mais, dans cette affaire, n'était discutée que la qualification de violence entraînant la nullité de la convention, non la requalification de la rupture en licenciement injustifié consécutive à cette requalification. De ce point de vue, la portée de l'arrêt du 30 mai 2018 paraît beaucoup plus générale. En indiquant que, en cas d'annulation de la rupture conventionnelle, « la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse », la Cour de cassation ne semble pas laisser de place à une autre solution, quelle qu'elle soit. Apparemment donc, exit toute forme de réintégration. Le salarié ne pourrait demander la poursuite de son contrat ; il devrait se contenter d'une réparation par équivalent, sous forme d'une



requalification de la rupture en licenciement injustifié. C'est en tout cas l'interprétation soutenue par les premiers commentateurs (v. D. Corrignan-Carsin, JCP 2018. 711). On sera, pour notre part, plus réservé sur la portée de l'arrêt.

Il convient, en effet, pour en dégager l'exacte signification, de revenir à la formule utilisée par les juges. Celle-ci ne prévoit pas que, en toute hypothèse, la nullité de la convention de rupture doive se résoudre en l'octroi de dommages-intérêts pour licenciement injustifié, mais seulement que, « lorsque le contrat est rompu en exécution d'une convention de rupture ensuite annulée, la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse » (c'est nous qui soulignons). La requalification d'une convention de rupture « ensuite annulée » ne produit donc les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse que si le salarié « victime » a d'ores et déjà acté la rupture découlant de cette nullité. En revanche, cet arrêt laisse entière, selon nous, la question de savoir ce qui doit être décidé lorsque le salarié entend au contraire, en raison de sa nullité, revenir sur la rupture. En tout cas, il n'exclut nullement la possibilité d'une remise en état et d'une poursuite du contrat de travail. Il serait donc, à notre sens, prématuré de considérer que l'arrêt du 30 mai 2018 écarte, en toute hypothèse, la faculté pour le salarié de demander le rétablissement de la situation antérieure et, par voie de conséquence, sa réintégration dans l'entreprise. La nullité de la convention de rupture devrait en réalité lui laisser l'option entre l'exécution forcée du contrat rétroactivement rétabli ou la réparation par équivalent. Vainement opposerait-on un arrêt, d'ailleurs non publié, du 16 mai 2018 (Soc., 16 mai 2018, n° 16-25.852, NP) où l'employeur, pour échapper à une condamnation à dommages-intérêts, avait invoqué, sans succès, la nullité de la convention de rupture et la possibilité de réintégration qui devait en résulter. Dans cette affaire, le salarié ayant déjà opté pour une réparation par équivalent, la Cour n'avait pas eu à se prononcer sur la question de la réintégration. Il demeure que cette faculté de réparation par équivalent risque, elle aussi, de susciter des difficultés (v. G. Couturier, art. préc.).

On a pu, tout d'abord, s'étonner de cette requalification en rupture produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse alors que l'employeur n'a jamais eu l'intention de rompre le contrat de manière unilatérale (D. Corrignan-Carsin, obs. préc.). En réalité, il n'y a pas de requalification proprement dite de la rupture consécutive à l'invalidation de la convention en licenciement, mais assimilation de celle-ci à une rupture produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il s'agit d'une technique courante de la Cour de cassation lorsque la rupture est prononcée aux torts de l'employeur ; elle a pour fonction essentielle de donner la mesure de l'indemnisation que doit recevoir le salarié en raison de la faute de l'employeur responsable de la rupture, même s'il ne l'a pas prononcée. L'employeur étant responsable de cette rupture ou de son illicéité, le salarié victime ne doit pas être moins bien traité qu'un salarié licencié. On retrouve ici le phénomène classique d'attraction du licenciement en tant que droit commun de la rupture par l'employeur. Il n'est d'ailleurs pas interdit de considérer que le salarié qui ne souhaite pas demander sa réintégration malgré la nullité de la convention de rupture « prend acte » de cette rupture en l'imputant à l'employeur fautif. Il est alors logique qu'il soit traité comme un salarié licencié sans juste motif, même si la question de la gravité de la faute semble curieusement passée sous silence par les juges (v. Soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634, Bull. civ. V, n° 85, D. 2014. 830 ; *ibid.*



1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2014. 397, tribune J.-E. Ray ; ibid. 821, étude J. Mouly ; F. Géa, *Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence ?*, Sem. soc. Lamy 2014, n° 1625, p. 10). Cette façon de raisonner permet d'ailleurs de résoudre d'autres difficultés.

Même si l'hypothèse est rare, il peut arriver que la convention de rupture soit nulle en raison d'un vice du consentement de l'employeur, à la suite par exemple d'un dol du salarié (Metz, 6 mai 2013, Dr. soc. 2013. 759, obs. J. Mouly). La même analyse conduirait alors à considérer que la rupture, dont se prévaudrait alors inévitablement l'employeur, produit les effets d'une démission (v. pour des actes de concurrence déloyale, Reims, 9 janv. 2013, JCP 2013. 248, obs. F. Grégoire). On peut, il est vrai, être plus hésitant pour certaines hypothèses de nullité, telle celle résultant du non-respect de la formalité du double exemplaire. Dans l'espèce tranchée en 2013 (Soc., 6 févr. 2013, n° 11-27.000, Bull. civ. V, n° 29, D. 2013. 440 ; ibid. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; ibid. 2014. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2013. 258, obs. F. Taquet), les juges ont néanmoins admis que la rupture devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Sans doute ont-ils considéré que la rédaction de l'acte et le respect des textes devaient se réaliser sous le contrôle de l'employeur, sans s'interroger d'ailleurs sur la question de savoir laquelle des deux parties avait été à l'initiative de la rupture. La situation de l'employeur, « partie forte » au contrat, explique sans doute la solution. De façon plus générale, il conviendrait pourtant de statuer sur les effets de la rupture en déterminant la partie à laquelle doit être imputée la responsabilité de l'illicéité et, partant, de la rupture de la convention.

Enfin, la convention de rupture invalidée produisant, à la demande du salarié, les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, il va de soi que le barème instauré par l'ordonnance du 22 septembre 2017 doit s'appliquer. Il faut pourtant tenir compte ici des exceptions apportées au barème par l'article L. 1235-3-1 du code du travail. Dans ces hypothèses, la rupture devrait produire les effets d'un licenciement nul et permettre au salarié de toucher une indemnité d'au moins six mois de salaire sans que puisse être appliqué un quelconque plafond d'indemnisation. Il devrait en particulier en être ainsi lorsque, par exemple, la nullité de la convention de rupture est due à un vice de violence consécutif à un harcèlement moral. Il est clair en tout cas qu'à l'avenir, le montant de l'indemnisation pourra dépendre du fondement de la nullité de la convention de rupture.

Jean Mouly, Professeur émérite de l'université de Limoges



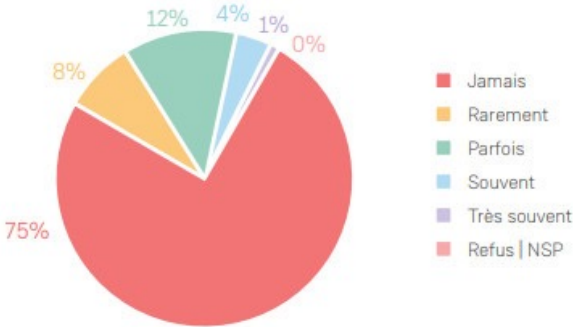
Le Défenseur des droits publie son baromètre annuel sur les discriminations dans l'emploi

Publié le 1er octobre 2018

Pour le Défenseur des droits, le monde professionnel est toujours un milieu particulièrement discriminant : 1 personne sur 4 déclare avoir déjà fait l'objet, dans le cadre professionnel, de propos sexistes, racistes, homophobes ou handiphobes.

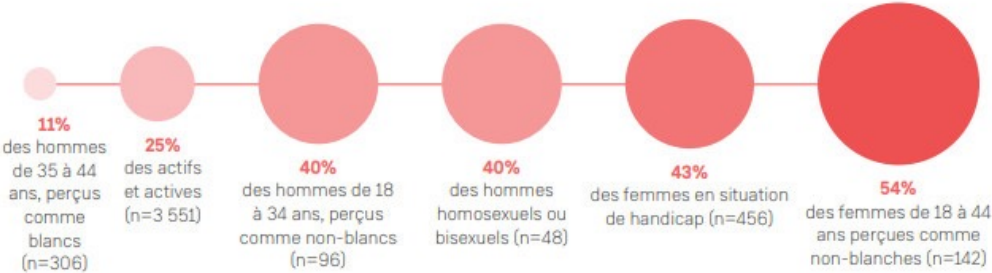
Le rapport conjoint du Défenseur des droits et de l'Organisation internationale du travail, publié le 27 septembre 2018, met en évidence la fréquence des propos discriminants dont sont victimes les salariés.

Expérience de propos et comportements sexistes, homophobes, racistes, liés à la religion, handiphobes ou liés à l'état de santé au cours des 3 dernières années



Sans surprise, comme chaque année, les femmes perçues comme étant d'origine étrangère sont surreprésentées parmi les victimes de discriminations.

Répartition des expériences de propos et comportements sexistes, racistes, homophobes, liés à la religion, handiphobes ou liés à l'état de santé au travail, pour certains groupes sociaux



Lecture : Sur les 48 hommes qui se déclarent homosexuels ou bisexuels interrogés dans l'enquête, 40% rapportent avoir été confrontés au moins une fois à un propos ou comportement sexiste, homophobe, raciste, lié à la religion, handiphobe ou lié à l'état de santé.



Le corps humain en droit du travail – extraits --

Publié le 19 septembre 2018

Le corps et le droit à l'emploi

Équilibre. L'employeur choisit ses collaborateurs. À cette liberté d'entreprendre, le législateur pose des limites basées sur le droit à l'emploi. Les pouvoirs publics tentent de trouver un équilibre qui s'exprime lors de l'accès au travail (**A**), son maintien (**B**) et sa perte (**C**).

A – Le corps et l'accès à l'emploi

1 – Le corps valorisé

Corps « acteur ». « À la différence de l'employeur, le travailleur ne risque pas son patrimoine ; il risque sa peau ». Célèbre, la formule témoigne de la place du corps dans l'exécution de la prestation. Malgré la désindustrialisation, le corps reste une « force de travail » une et indivisible même si, pour certaines activités, un organe spécifique est déterminant : la voix du professeur ou les yeux du chirurgien. « Aliénation de l'énergie musculaire », « le contrat de travail constituerait une exception à la prohibition de principe des conventions relatives à la personne : l'atteinte causée à l'intégrité physique du sujet est justifiée par la nécessité (...) de pouvoir, par l'engagement de sa force de travail, à ses besoins essentiels et vitaux ». De ce constat, la doctrine conclut que la force de travail est une sorte de bien que l'employeur louerait au propriétaire salarié. Ainsi, est travailleur celui qui participe à une émission de télévision visant à élire « Mister France ». Si le salarié engage l'ensemble de sa force physique, cet engagement est plus ou moins important selon la nature de l'activité. Ainsi, des métiers de mannequin ou de sportif professionnel pour lesquels le corps est l'essence même du travail au point de pousser parfois l'intéressé à prendre des substances interdites pour dépasser ses limites physiques. Tenant compte de la particularité de ces métiers, dont la frontière est parfois floue, le législateur autorise le recours aux CDD d'usage pour les sportifs professionnels.

2 – Le corps discriminé

Discrimination positive ciblée. L'article L. 5212-2 du Code du travail oblige les entreprises occupant au moins vingt salariés à employer, dans la proportion de 6 % de l'effectif total, des travailleurs handicapés ou mutilés de guerre et assimilés. Les groupements d'employeurs qui mutualisent des emplois précaires ou à temps partiel pour en faire des emplois durables, n'échappent pas à la règle malgré les difficultés de mise en œuvre. Si l'obligation d'emploi n'est pas remplie, l'employeur est redevable d'une contribution annuelle à l'Agefiph.



Discriminations négatives récusées. Nul ne peut être écarté d'un recrutement en raison de l'un des vingt-trois critères légaux parmi lesquels un bon tiers concerne le corps : le sexe, la grossesse, l'apparence physique, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs ou l'orientation sexuelle. Ainsi, est une discrimination basée sur le sexe, la décision d'une association de refuser la candidature d'un homme à un poste de surveillant d'enfants au motif que ce type d'emploi devrait être réservé aux femmes. Est une discrimination fondée sur la race le fait pour un employeur d'écartier du recrutement une personne en raison de ses origines maghrébines. Est une discrimination reposant sur l'orientation sexuelle le fait de refuser à un salarié très diplômé et ayant déclaré son homosexualité, un poste de sous-directeur pour lequel il avait candidaté quatorze fois et alors que de nombreux témoignages attestaient d'une ambiance homophobe en entreprise. En revanche, le juge européen décide qu'une différence de traitement fondée sur l'obésité ne constitue pas une discrimination. Pour débusquer ces comportements, le législateur a récemment ajouté, à l'aménagement de la charge de la preuve, le « testing » et l'action de groupe.

3 – Le corps négligé

Visite médicale. La directive précitée de 1989 prévoit, sans plus de précision, une surveillance « à intervalles réguliers » des salariés. Le législateur s'est emparé de ce flou. Une loi du 8 août 2016 a supprimé la visite médicale d'embauche. Désormais, le législateur se contente d'une visite d'information et de prévention réalisée après le recrutement, dans un délai qui n'excède pas 3 mois à compter de la prise effective du poste. Le manque de médecins du travail explique cette réforme que le Conseil d'État a approuvée. Avec le droit antérieur, le décalage est patent. À l'époque où la visite s'imposait, l'employeur ne pouvait alléguer du comportement dolosif du salarié lorsqu'il avait procédé tardivement à celle-ci.

B – Le corps et le maintien dans l'emploi

Corps « sujet ». L'exécution de la prestation contraint le salarié au respect de règles dont la violation peut conduire à la rupture du contrat. La sécurisation de lieux de travail sensibles pousse les employeurs à utiliser la biométrie : empreinte digitale, reconnaissance faciale, iris, etc. Soucieux de respecter le droit à la vie privée, le juge et la Cnil exigent que l'employeur respecte le principe de proportionnalité entre l'objectif déclaré et les moyens utilisés. Si, pour le salarié, le maintien dans l'emploi passe par le respect des règles de sécurité, pour l'employeur il passe par l'obligation de reclasser (1) ou ré-entraîner (2) le travailleur blessé.

1 – Reclassement du salarié inapte

Reclassement. Alors que l'obligation de sécurité protège la santé, l'obligation de reclassement protège l'emploi. Depuis la loi du 8 août 2016, la déclaration d'inaptitude nécessite, non plus deux visites médicales espacées de 2 semaines, mais un examen médical, une étude de poste et des échanges entre le salarié et l'employeur sur les adaptations envisageables quant au poste occupé : mutations, transformations ou aménagement du temps de travail. L'objectif est de proposer un autre emploi aussi proche que possible du précédent, dans l'entreprise ou le groupe. Sérieuse et loyale, cette recherche n'impose pas à l'employeur de former le salarié à un métier différent. Il s'agit « seulement » de rechercher des postes disponibles, compatibles avec les aptitudes médicales du salarié et conformes à ses compétences professionnelles. Elle relève d'une obligation de moyens renforcée. À défaut, le licenciement est envisageable pour trois raisons: l'impossibilité de proposer un autre emploi ; le refus, par le salarié, de l'emploi proposé ; l'incompatibilité exprimée par le médecin du travail entre le maintien à tout emploi et l'état de santé du travailleur. Illustre la deuxième hypothèse, le fait que l'employeur puisse tenir compte de la position du salarié inapte qui refuse de rejoindre l'un des six postes disponibles et compatibles proposés. Ce revirement de jurisprudence témoigne de l'importance que les pouvoirs publics attachent à la liberté d'entreprendre.



2 – Réentraînement du salarié handicapé

Réentraînement. Lorsque le salarié est à la fois reconnu inapte et handicapé, l'employeur doit tenter de le reclasser et de le réentraîner. Le licenciement ne peut être prononcé qu'en raison de l'échec de l'une et l'autre de ces obligations. Distinctes, celles-ci sont cumulatives. Le chef d'entreprise n'est pas libéré de l'obligation de réentraînement en raison de l'avis d'inaptitude définitive du salarié à son poste de travail. L'objectif est de permettre au salarié qui a dû interrompre son activité professionnelle à la suite d'une maladie ou d'un accident, de retrouver son poste antérieur ou un autre.

C – Le corps et la perte de l'emploi

1 – Perte de l'emploi encadrée

Encadrement du pouvoir de gestion. Si l'employeur ne peut motiver la rupture du contrat d'un salarié malade sans s'exposer au risque d'une nullité du licenciement, il peut en revanche y mettre un terme en raison de la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence du salarié. Ce n'est pas l'état de santé qui fonde la rupture mais ses conséquences. Plusieurs conditions sont toutefois requises. Appréciee *in concreto* selon les caractéristiques de l'entreprise, les particularités du poste et les compétences du salarié, la perturbation doit être prouvée par l'employeur à la date du licenciement. Toutefois, ces perturbations doivent entraîner la nécessité de procéder au remplacement définitif et dans les mêmes conditions, de l'intéressé. Ainsi, engager une seule salariée selon un horaire de 61 heures par mois, soit la moitié du temps de travail de la salariée malade, ne traduit pas son remplacement définitif dans son emploi. Pour autant, l'absence de ces éléments justificatifs ne présume pas de l'existence d'une discrimination à raison de l'état de santé. Il revient au salarié de prouver les éléments propres à faire naître semblable présomption. Le régime du licenciement d'un salarié malade offre donc une triple alternative : il est justifié si l'employeur respecte les conditions évoquées ; injustifié s'il ne les respecte pas ; nul si la rupture est discriminatoire.

Encadrement du pouvoir disciplinaire. Pour des raisons liées à l'état de santé de la salariée enceinte et politiques tenant à la défense de la natalité, le Code du travail institue une protection de l'intéressée. Aux termes de l'article L. 1225-4, l'employeur ne peut licencier une salariée en état de grossesse pendant l'intégralité des périodes de suspension ainsi que, depuis une loi du 8 août 2016, pendant les 10 semaines qui suivent l'expiration de ces périodes. Générale, la règle que le Conseil d'État a classée au rang de « principe général du droit », s'impose quel que soit le type de contrat. Pour bénéficier de la nullité, l'article L. 1225-5, alinéa 1, précise que la travailleuse doit, dans les 15 jours de la notification du licenciement, envoyer à son employeur un certificat médical justifiant de son état. Le législateur réserve toutefois deux hypothèses permettant la rupture du contrat : l'impossibilité de son maintien tenant, par exemple, à des circonstances économiques et la faute grave témoignant d'un encadrement strict du pouvoir disciplinaire tels que des comportements frauduleux ou une faute professionnelle patente. Toutefois, non seulement la faute constitutive d'une cause réelle et sérieuse est insuffisante à justifier la rupture mais, de surcroît, le juge peut déduire de l'état de grossesse, une circonstance atténuante à la faute grave commise.

2 – Perte de l'emploi provoquée

Résiliation judiciaire. Du manquement suffisamment grave au respect de son intégrité, le salarié peut initier un contentieux par le biais d'une résiliation judiciaire. Si la charge de la preuve pèse sur le requérant, certains domaines échappent à la règle. C'est le cas lorsque l'employeur ne respecte pas ses obligations de « surveillance médicale renforcée » à l'égard d'un travailleur handicapé, en cas de harcèlement ou en cas de discrimination. Dans ces situations, la Cour de cassation juge que la survenance de l'événement suffit à caractériser le manquement intolérable de l'employeur à ses obligations.



Si le juge donne gain de cause au salarié, la résiliation produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Tel est le cas d'un salarié agressé par le conjoint de l'employeur sur son lieu de travail ou du chauffeur routier qui déplore être rémunéré par une prime de rendement le poussant à dépasser la durée maximale de travail en violation des règles de sécurité.

Prise d'acte. Plus radicale, la prise d'acte permet au travailleur d'espérer la requalification de la rupture en licenciement injustifié dès lors que la faute de l'employeur est suffisamment grave. Tel est le cas lorsque celui-ci porte atteinte à l'intégrité physique du salarié ou ne réagit pas lorsqu'il apprend l'existence d'un harcèlement. Tenu d'une obligation de sécurité, l'employeur engage également sa responsabilité lorsqu'il ne fait pas respecter la législation anti-tabac.

Victime de tabagisme passif, le travailleur peut prendre acte de la rupture malgré « l'insuffisance du taux de nicotine trouvé dans le sang du salarié exposé aux fumées de cigarettes ». Ce n'est pas la réalité de l'atteinte à l'intégrité physique qui est déterminante mais le respect des règles permettant de rendre effectif le droit à la santé.





Une semaine de jurisprudence sociale à la Cour de cassation

Publié le 3 octobre 2018

EMBAUCHE

- La **promesse unilatérale de contrat de travail** est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. Une cour d'appel ne saurait condamner l'employeur au paiement de diverses sommes au titre de la rupture du contrat de travail alors qu'elle constate que les **pourparlers sur la détermination de la partie variable de la rémunération** s'étaient poursuivis entre les parties de sorte que la proposition ne valait pas contrat de travail (Cass. soc. 26-9-2018 n° 17-18.560 F-D).

EXÉCUTION DU CONTRAT

- Quelles que soient les modalités de son versement, une **prime de treizième mois**, qui n'a pas d'objet spécifique étranger au travail accompli ou destiné à compenser une sujétion particulière, participe de la rémunération annuelle versée, au même titre que le salaire de base, en contrepartie du travail à l'égard duquel les salariés cadres et non cadres ne sont pas placés dans une situation identique. Dès lors, une cour d'appel ne saurait condamner l'employeur, au titre du **principe d'égalité de traitement**, à verser aux ouvriers et employés l'avantage correspondant à un treizième mois accordé aux salariés cadres (Cass. soc. 26-9-2018 n° 17-15.101 FS-PB).
- **Faire suivre le salarié par une agence de détective privé** pendant plusieurs heures est attentatoire à la vie privée de l'intéressé et caractérise un comportement déloyal de l'employeur justifiant sa condamnation au versement de dommages et intérêts (Cass. soc. 26-9-2018 n° 17-16.020 F-D).

PAIE

- Ayant constaté que l'octroi du **bonus** était soumis à deux **conditions cumulatives**, la seconde étant liée aux résultats de la société et qu'il était démontré que la société n'avait pas atteint les résultats lui permettant de payer l'éventuel bonus, la cour d'appel a pu en déduire que les conditions contractuelles pour le paiement de cet élément n'étaient pas réunies (Cass. soc. 26-9-2018 n° 16-28.316 F-D).
- Lorsque l'employeur a manqué à son **devoir d'information et de conseil** vis-à-vis du salarié lors de la souscription des **contrats de prévoyance collective**, il est responsable des conséquences qui s'attachent à une information incomplète ayant conduit le salarié à rester dans l'ignorance de l'étendue des garanties souscrites (Cass. soc. 26-9-2018 n° 16-28.110 F-D).
- Si l'employeur peut tenir compte des **absences**, même motivées par la grossesse ou la paternité, pour le **paiement d'une prime**, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de



travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution (Cass. soc. 26-9-2018 n° 17-18.011 FS-D).

DURÉE DU TRAVAIL

- Relève de la catégorie des **cadres dirigeants** le directeur commercial monde (Cass. soc. 27-9-2018 n° 17-12.575 F-D):
 - ayant en charge la responsabilité, sous la seule autorité du président du directoire, de la politique commerciale globale de l'entreprise ;
 - bénéficiant d'une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés du système de rémunération de l'entreprise, d'une indépendance comme d'une autonomie organisationnelle certaines, en raison notamment des déplacements qu'il est amené à faire ;
 - ayant sous sa responsabilité une centaine de salariés et disposant d'une large délégation de signature, sans mention d'une quelconque limitation financière ;
 - dont les responsabilités en matière d'élaboration et de mise en œuvre de la politique commerciale de l'entreprise sont réelles et effectives.

RUPTURE DU CONTRAT

- Si le principe d'égalité entre travailleurs à temps complet et travailleurs à temps partiel impose de calculer l'**indemnité conventionnelle de licenciement** en tenant compte proportionnellement, à défaut de dispositions conventionnelles contraires, des **périodes d'emploi effectuées à temps plein et à temps partiel**, la règle de proportionnalité ne trouve pas à s'appliquer, sauf disposition contraire de la convention collective, au plafond de l'indemnité fixé par la convention qui a un caractère forfaitaire (Cass. soc. 26-9-2018 n° 17-11.102 FS-PB).
- Dès lors qu'aux termes de l'**accord d'entreprise ayant institué une préretraite**, seuls les salaires perçus au cours des 6 derniers mois ou afférents à cette période entrent dans l'assiette de calcul des arrérages de préretraite, l'indemnité compensatrice de jours de repos non pris versée lors de la rupture du contrat de travail, qui n'a pas la nature juridique d'un salaire au sens de l'accord collectif, n'a pas à être incluse dans la **base de calcul de l'allocation** (Cass. soc. 26-9-2018 n° 16-24.473 FS-PB).
- Le juge des référés apprécie souverainement le choix de la mesure propre à faire cesser le trouble qu'il constate. Ayant relevé que la **clause de non-concurrence** portait une **atteinte disproportionnée à la liberté de travail** du salarié en ce que, sans justification, elle lui interdisait de travailler bien au delà des zones géographiques où il exerçait ses fonctions, la cour d'appel a pu décider que l'inopposabilité de ces seules dispositions de la clause constituait une mesure conservatoire propre à faire cesser ce trouble manifestement illicite (Cass. soc. 26-9-2018 n° 17-10.859 F-D).
- Seule la **remise au salarié d'un exemplaire de la convention** de rupture signé des deux parties lui permet de demander l'homologation de la convention et d'exercer son droit de rétractation en toute connaissance de cause. En conséquence, n'est pas valable la **rupture conventionnelle** dès lors que l'employeur n'a adressé au salarié le formulaire de rupture signé qu'après la rupture du contrat de travail (Cass. soc. 26-9-2018 n° 17-19.860 F-D).

CONGÉS

- Un conseil de prud'hommes ne saurait décider que certaines **primes** doivent être prises en compte pour le calcul de l'**indemnité de congés payés** sans rechercher si ces primes étaient payées chaque mois, tout au long de l'année, y compris durant les périodes de congés payés, en sorte que les intégrer dans l'assiette de ladite indemnité reviendrait à les faire payer pour partie une seconde fois (Cass. soc. 26-9-2018 n° 17-22.058 F-D).



SANTÉ ET SÉCURITÉ

- Ne constitue pas une faute grave mais une cause réelle et sérieuse de licenciement l'**absence injustifiée** de 6 semaines du salarié après une visite médicale à l'issue de laquelle il a été **déclaré apte à son poste** par le médecin du travail, dès lors que cette absence de l'intéressé, qui rencontrait de nombreuses difficultés personnelles et de santé et avait plus de 20 ans d'ancienneté, n'avait pas perturbé le service (Cass. soc. 26-9-2018 n° 17-17.563 F-D).

CONTRÔLE - CONTENTIEUX

- La **demande de transmission du jugement** à intervenir **au procureur de la République** sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale n'est pas de nature à rendre le jugement susceptible d'appel (Cass. soc. 26-9-2018 n° 17-17.974 FS-PB).





Les grandes lignes du PLFSS 2019

Publié le 28 septembre 2018

Le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2019 a été présenté à la presse le 25 septembre, avant son passage en conseil des ministres la semaine prochaine. Tour d'horizon des principales mesures intéressant les entreprises et les travailleurs indépendants.

LES HEURES SUPPLÉMENTAIRES EXONÉRÉES DE COTISATIONS SALARIALES

Dans la continuité de la suppression des cotisations salariales d'assurance maladie et d'assurance chômage opérée en 2018, le Gouvernement entend exonérer totalement les heures supplémentaires de la part salariale des cotisations d'assurance vieillesse de base et complémentaire. Cette mesure, qui entrerait en vigueur au 1^{er} septembre 2019, devrait concerner l'ensemble des salariés du secteur privé ainsi que les agents des trois fonctions publiques, qu'ils soient titulaires ou non, soit près de 9 millions de personnes au total d'après le dossier de presse. Elle se traduirait par un gain de pouvoir d'achat moyen de 200 € par an et par salarié. Les heures complémentaires effectuées par les salariés à temps partiel bénéficieraient également de cette exonération.

La déduction forfaitaire de 1,5 € sur les cotisations patronales pour les entreprises de moins de 20 salariés serait maintenue en l'état.

LA MISE EN PLACE DE MESURES D'ALLÈGEMENT DES COTISATIONS SOCIALES PRÉVUES PAR LA LFSS POUR 2018

LE RENFORCEMENT DES ALLÈGEMENTS GÉNÉRAUX DE COTISATIONS...

Lors de la présentation du projet de loi, le Gouvernement a rappelé que, conformément à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2018, le crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE), qui vise à financer l'amélioration de la compétitivité des entreprises, notamment par des efforts en matière d'investissement, de recherche, d'innovation, de formation et de recrutement, sera remplacé au 1^{er} janvier 2019 par une exonération renforcée des cotisations sociales. Pour mémoire, celle-ci comprendra deux volets qui seront mis en place en deux temps :

- dès janvier, une réduction pérenne de 6 points de la cotisation patronale d'assurance maladie (de 13 points à 7 points) pour l'ensemble des salariés relevant du régime général de la sécurité sociale et du régime des salariés agricoles, applicable sur les salaires dans la limite de 2,5 Smic ;



- à partir d'octobre 2019, un élargissement du champ d'application de la réduction générale de cotisations patronales aux contributions d'assurance chômage et de retraite complémentaire. Ainsi, « au niveau du Smic, plus aucune cotisation ou contribution sociale, payée habituellement par toutes les entreprises, ne sera due, à la seule exception de la cotisation au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles pour la part correspondant à la sinistralité des entreprises », explique le gouvernement.

Certains prélèvements spécifiques en dehors du champ de la protection sociale, notamment les contributions dues au titre du versement transport, de l'apprentissage ou de la participation à l'effort de construction, resteront toutefois applicables. À compter du mois d'octobre 2019, la réforme permettra donc à tous les employeurs de bénéficier d'un allègement supplémentaire du coût du travail pour tous les salariés rémunérés en dessous de 1,6 Smic.



La Commission presse vous remercie

BESCOND Camille (Présidente)

BRUGIERE Juliette

CIBOULET Charlène

COLIN Valentine (Vice-Présidente)

JUILLARD Aurélia

LARIVE Estelle

VALADE Clémence

Retrouvez-nous sur horizonsocia

