

Lettre Sociale Paris

mai 2018

Chers Clients,

Avec la parution des décrets d'application tout au long du mois de décembre 2017, la publication de la loi de ratification (loi n° 2018-217 du 29 mars 2018) et sa validation par le Conseil constitutionnel, les ordonnances Travail prennent valeur de loi et entrent pleinement en vigueur.

Nous vous proposons de poursuivre l'étude entamée dans notre précédente lettre sociale en axant nos développements sur les points suivants :

- La sécurisation des ruptures du contrat de travail
- La gestion sécurisée des emplois et des compétences
- La simplification du recours aux formes particulières du travail
- Les aménagements du C3P qui devient le C2P

dont les textes de référence figurent ci-après.

Nous reviendrons également sur quelques décisions de **jurisprudence** marquantes.

Bonne lecture !



Dernière minute : CSE - Elections dans les entreprises de moins de 20 salariés en l'absence de candidature syndicale

Un doute subsistait s'agissant des suites à donner au processus électoral en cas d'absence de candidature syndicale dans les 30 jours de l'information de l'organisation de l'élection : « Dans cette hypothèse, l'employeur n'a pas à inviter les organisations syndicales à négocier le protocole d'accord préélectoral ».

Se posait la question des conséquences : (i) fin du processus électoral avec la rédaction d'un PV de carence ou (ii) fixation unilatérale par l'employeur des modalités de l'élection ?

L'administration répond dans un questions – réponses édité en avril 2018 : « **dans cette hypothèse, le processus électoral s'achève, les élections professionnelles n'ont pas à être organisées, l'employeur établit, à cette date, un PV de carence** » (100 questions -réponses - point n°39)

TEXTES

- **Ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (ord. n° 2017-1987 du 22 septembre 2017)**
- o *Décret n°2017-1723 du 20 décembre 2017 relatif l'autorité administrative compétente pour valider l'accord collectif portant rupture conventionnelle collective*
- o *Décret n° 20417-1724 du 20 décembre 2017 relatif à la mise en œuvre des ruptures d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif*
- o *Décret n° 2017-1725 du 21 décembre 2017 relatif à la procédure de reclassement interne sur le territoire national en cas de licenciements pour motif économique*
- o *Décret n° 2017- 1879 du 29 décembre 2017 relatif aux mises à disposition de travailleurs réalisées sur le fondement de l'article L 8241-3 du Code du travail*
- o *Décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 établissant des modèles types de lettres de notification de licenciement*
- o *Questions- réponses sur la rupture conventionnelle collective (Avril 2018)*
- **Ordonnance relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention (ord. n° 2017-1389 du 22 septembre 2017)**
- o *Décrets n° 2017-1768 et n°1769 du 27 décembre 2017 relatifs à la prévention et la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention*
- **Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social**

La sécurisation des ruptures du contrat de travail

(i) Consécration d'un droit à l'erreur de l'employeur dans la rédaction de la lettre de licenciement

- Possibilité, pour l'employeur, de **préciser ou compléter les motifs** énoncés dans la lettre de licenciement **dans les 15 jours suivant la notification** du licenciement (à son initiative ou à la demande du salarié).

A noter : aucune sanction n'est prévue en cas d'absence de réponse de l'employeur.

- **L'insuffisance de motivation** ne rend plus le licenciement automatiquement sans cause réelle et sérieuse (voir les sanctions en cas d'irrégularité de procédure)

(ii) Assouplissement des règles entourant le licenciement pour motif économique

- Le **périmètre d'appréciation** du motif économique **est limité** aux entreprises du groupe appartenant au **même secteur d'activité** et situées **sur le territoire national**. En cas de fraude, le périmètre peut cependant être étendu au-delà des frontières nationales.

• Les critères d'ordre

Licenciement collectif d'au moins 10 salariés sur une période de 30 jours	Possibilité de fixer par accord d'entreprise, un périmètre géographique inférieur à la zone d'emploi (quelle que soit la taille de l'entreprise)
Licenciement collectif de moins de 10 salariés sur une période de 30 jours	Possibilité de restreindre le périmètre d'application des critères sans pouvoir être inférieur à la zone d'emploi

• L'obligation de reclassement est simplifiée :

- Disparition de l'obligation **d'individualiser** les offres
- Possibilité de **diffusion** des offres **par tous moyens**
- Disparition de l'obligation de proposer **des postes à l'étranger**
- Si l'entreprise appartient à un groupe : proposition de poste **au sein de groupe** si l'organisation, les activités et le lieu d'exploitation assurent la permutabilité du personnel

• Reprise d'entités économiques autonomes

La possibilité de licencier avant le transfert d'une activité est désormais applicable à toutes les entreprises de plus de 50 salariés tenues d'établir un PSE (et non plus aux seules entreprises de plus de 1000 salariés).

• Aménagement des conséquences du transfert conventionnel du contrat de travail

En cas de perte de marché, les salariés du prestataire entrant ne peuvent invoquer les différences de rémunération résultant d'avantages obtenus par les salariés dont le contrat est transféré.

(iii) Des sanctions pour irrégularités de procédure allégées

- **Toute irrégularité de forme** est sanctionnée d'une indemnité **d'un mois de salaire, quel que soit l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise**.

Sont visées notamment :

- ✓ Le non-respect des **règles de convocation et tenue de l'entretien préalable**
- ✓ **L'insuffisance de motivation** de la lettre de licenciement
- ✓ Le non-respect d'une **procédure conventionnelle ou statutaire**
- ✓ Le non-respect de la **priorité de réembauchage** (contre 2 mois précédemment)
- ✓ Le **défaut de transmission du CDD** ou du contrat de mission dans les deux jours suivant l'embauche (antérieurement possibilité d'une requalification en CDI)
- ✓ Les irrégularités de formes commises au cours d'un licenciement individuel pour motif économique ou d'un petit licenciement pour motif économique

- **Exception : violation de la procédure de licenciement collective pour motif économique** entraînant la nullité du licenciement (annulation pour insuffisance de PSE, notification du licenciement en l'absence de décision d'homologation ou validation) : en l'absence de réintégration; indemnité fixée à **6 mois** (contre 12 mois précédemment)

A noter : **terme du CDD du salarié protégé** : disparition de l'obligation de saisir l'inspecteur du travail avant le terme (maintien de l'obligation pour les CDD saisonniers)

(v) Un référentiel obligatoire en cas de procédure prud'homale

Barème dans les entreprises de plus de 11 salariés :

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (mois de salaire brut)	Indemnité maximale (mois de salaire brut)	Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années)	Indemnité minimale (mois de salaire brut)	Indemnité maximale (mois de salaire brut)
0	Sans objet	1	17	3	14
1	1	2	18	3	14,5
2	3	3	19	3	15
3	3	4	20	3	15,5
4	3	5	21	3	16
5	3	6	22	3	16,5
6	3	7	23	3	17
7	3	8	24	3	17,5
8	3	8	25	3	18
9	3	9	26	3	18,5
10	3	10	27	3	19
11	3	10,5	28	3	19,5
12	3	11	29	3	20
13	3	11,5	30 et +	3	20
14	3	12			
15	3	13			
16	3	13,5			

Barème dans les entreprises de moins de 11 salariés :

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années)	Indemnité minimale (mois de salaire brut)	Indemnité maximale (mois de salaire brut)	Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (mois de salaire brut)	Indemnité maximale (mois de salaire brut)
0	Sans objet	1	15	3	13
1	0,5	2	16	3	13,5
2	0,5	3,5	17	3	14
3	1	4	18	3	14,5
4	1	5	19	3	15
5	1,5	6	20	3	15,5
6	1,5	7	21	3	16
7	2	8	22	3	16,5
8	2	8	23	3	17
9	2,5	9	24	3	17,5
10	2,5	10	25	3	18
11	3	10,5	26	3	18,5
12	3	11	27	3	19
13	3	11,5	28	3	19,5
14	3	12	29 et +	3	20

Possibilité de modulation par le juge : en tenant compte des indemnités de licenciement déjà versées (à l'exclusion des indemnités légales)

Inapplicabilité du référentiel en cas de licenciement nul, de démission ou de résiliation judiciaire produisant les effets d'un licenciement nul liés :

- ✓ à la violation d'une **liberté fondamentale**
- ✓ à des faits de **harcèlement** moral ou sexuel
- ✓ à un licenciement **discriminatoire**
- ✓ à un licenciement **consécutif à une action en justice** en matière d'égalité professionnelle ou à une action tendant à faire constater l'existence d'une discrimination
- ✓ à la violation de la protection accordée aux **lanceurs d'alerte**
- ✓ à l'exercice d'un mandat par un **salarié protégé**
- ✓ au non-respect des protections spécifiques attachées à la **grossesse, à la maternité, paternité, adoption, AT/MP**

⇒ Dans ces hypothèses et en l'absence de demande ou impossibilité de réintégration: **une indemnité minimale de 6 mois de salaire est due. De plus, l'indemnité échappe au plafonnement.**

(vi) Des délais de contestation clarifiés et unifiés

- **contestations portant sur la rupture du contrat : 12 mois:**

Pour les licenciements économiques, le délai court à compter de :

- la notification du licenciement individuel
- la dernière réunion du CSE

A noter : pour que le délai court, il n'y a plus d'obligation d'en faire mention dans la lettre de licenciement.

- **contestations portant sur l'exécution du contrat de travail : 2 ans**

Exceptions :

- action en matière de **discrimination ou harcèlement : 5 ans**
- action en **rappel de salaires : 3 ans**
- demande en réparation du **préjudice corporel : 10 ans**
- contestation **des décisions de validation ou d'homologation: 2 mois**
- contestation des sommes inscrites **sur le solde de tout compte : 6 mois**

Des contreparties pour les salariés

En contrepartie de ces règles visant à sécuriser les ruptures du contrat de travail, le salarié bénéficie de l'indemnité légale de licenciement **dès 8 mois d'ancienneté ininterrompue ainsi que d'une revalorisation de cette indemnité :**

- 1/4 de mois de salaire pour les 10 premières
- 1/3 de mois de salaire au-delà de 10 ans

(vii) L'adaptation des règles en matière d'inaptitude

• Restriction du périmètre de recherche de reclassement

- ✓ Au territoire national
- ✓ Aux entreprises du groupe dont l'organisation, les activités, ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel (art. L. 1226-2 et L.1226-10 du Code du travail)

La notion de groupe est celle qui prévaut pour la mise en place du comité de groupe.

• Modification du contentieux de l'inaptitude

La contestation des éléments de nature médicale (avis, propositions, conclusions écrites) en lien avec l'inaptitude est portée devant le CPH en la forme des référés, dans les 15 jours de la notification de la décision (inchangé).

Les juges pourront désormais confier toute mesure d'instruction pour l'éclairer **au médecin inspecteur du travail** qui pourra s'adjoindre le concours d'un tiers.

L'employeur peut mandater un médecin auquel le médecin inspecteur communiquera les éléments médicaux retenus par le médecin du travail.

La décision de la formation des référés **se substitue directement** aux avis, propositions ou conclusions écrites contestées.

La gestion sécurisée des emplois et des parcours professionnels

• Introduction d'un nouveau mode de rupture : la rupture conventionnelle collective (RCC)

- Mise en place par un accord majoritaire ou par référendum, **en dehors de tout PSE, quel que soit l'effectif de l'entreprise et même en l'absence de CSE**
- Validation de l'accord par l'administration (qui doit notamment vérifier l'absence de discrimination ainsi que la présence de mesures d'accompagnement)
- Information du CSE sur le projet de mise en place de la RCC (aucune obligation légale de le consulter en théorie) puis suivi sur la mise en œuvre de l'accord
- Nécessité de conclure une **convention individuelle de rupture** avec le salarié volontaire
- Il s'agit d'une **rupture d'un commun accord** qui ne peut être contestée qu'en cas de vice du consentement

➤ Possibilité pour l'entreprise de **réembaucher** sur les mêmes postes immédiatement après le départ du salarié.

➤ **Régime social et fiscal** aligné sur l'indemnité versée dans le cadre d'un PSE

• Généralisation du congé de mobilité

➤ Dispositif **ouvert à toutes entreprises** ayant conclu un accord de GPEC, quel que soit son effectif

➤ Mise en place **hors toute procédure de licenciement pour motif économique**

➤ Le congé mobilité pourra être intégré dans un accord de RCC

➤ Le contrat de travail du salarié qui accepte le congé est **rompu d'un commun accord**

• Unification des « accords emploi » : les « accords de performance collective »

➤ **Fusion des régimes** des accords de maintien dans l'emploi, de préservation et de développement de l'emploi de réduction de temps de travail, de mobilité interne

➤ Nécessité d'un **accord majoritaire**

➤ Objectif de l'accord : **préserver et développer l'emploi ou répondre aux nécessités liées au bon fonctionnement de l'entreprise**

➤ **Liberté** donnée aux négociateurs sur le contenu de l'accord (possibilité d'aménagement de la durée et l'organisation du travail, de la rémunération, de la mobilité professionnelle)

➤ **Substitution de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail**

➤ Le licenciement du salarié qui refuse la modification –notifié dans les deux mois du refus- **revêt une cause réelle et sérieuse sui generis**

➤ Le salarié licencié bénéficie d'un **abondement**, par l'employeur de son CPF, de 100 heures minimum

Le recours aux formes particulières de travail simplifié

(i) Le télétravail

✓ Le télétravail peut être mis en place qu'il soit **régulier ou occasionnel**

✓ Il peut être mis en place par **accord collectif**, par une **charte** élaborée par l'employeur après avis du CSE ou par **tout moyen** formalisé entre l'employeur et le salarié

✓ Le refus de l'employeur doit être motivé si le salarié occupe un poste éligible au télétravail

- ✓ L'accident survenu pendant les plages horaires du télétravail est présumé d'origine professionnelle
- ✓ Disparition de l'obligation de prise en charge, par l'employeur, des coûts afférents au télétravail
- ✓ Des dispositions spécifiques au passage en télétravail en cas d'épisode de pollution doivent figurer dans la charte ou l'accord.

(ii) Le contrat de chantier (ou d'opération)

Consécration légale du contrat de chantier jusque-là réservé à certaines branches/secteurs.

Nécessité d'un accord de branche étendu le prévoyant (maintien dans les secteurs où il était déjà d'usage d'y recourir)

Bénéfice d'une **priorité de réembauchage en CDI** pour le salarié licencié à la fin d'un contrat de chantier

(iii) Le prêt de main d'œuvre à but non lucratif

Possibilité d'organiser une opération de prêt de main d'œuvre à but non lucratif au bénéfice **d'une jeune entreprise** (ayant moins de 8 ans d'existence au moment de la mise à disposition) **ou d'une PME** (250 salariés maximum) « afin de lui permettre d'améliorer la qualification de sa main d'œuvre de favoriser les transitions professionnelles ou de constituer un partenariat d'affaires ou d'intérêt commun » (art.L.8241-3 nouveau du Code du travail).

Le prêt, d'une **durée maximale de deux ans**, ne peut être consenti que par un groupe ou une entreprise comptant **au moins 5.000 salariés**.

Le compte professionnel de prévention

(i) Simplification du C3P qui devient le C2P

- **Réduction de 6 à 10 du nombre de facteurs de pénibilité** qui doivent être déclarés annuellement ((i) travail de nuit, (ii) travail répétitif, (iii) travail en équipes successives alternantes, (iv) travail en milieu hyperbare, (v) bruit, (vi) température extrême)
- Suppression des cotisations patronales pénibilité (financement transféré à la branche AT/MP)
- Transfert sur le C2P des points acquis au titre du C3P non utilisés

(ii) Possibilité de départ en retraite anticipé pour pénibilité, hors C2P

Bénéficiaire : assuré âgé de 60 ans et plus

Conditions :

- S'il a été exposé aux 4 facteurs de risques exclus du C2P (manutention manuelle de charges, postures pénibles, vibrations mécaniques, agents chimiques)
- S'il justifie d'un taux d'IPP entre 10% et 20% reconnu d'origine (art.L.351-1-4 CSS)

L'assuré est dispensé de prouver une durée d'exposition et un lien de causalité entre l'incapacité et l'exposition.

Pour les victimes d'AT/MP entraînant une IPP de 10% mais ne pouvant pas bénéficier du dispositif de retraite anticipée, un **droit à reconversion** est reconnu, lequel se traduit par **un abondement du CPF à hauteur de 500 heures**.

(iii) Elargissement du périmètre des entreprises visées par l'obligation de négocier un accord de prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ou, à défaut, d'établir un plan d'action

Sont visées :

- Les entreprises de + de 50 salariés ou appartenant à un groupe employant au moins 50 salariés (inchangé)
- Les entreprises qui, après application des mesures de protection individuelles et collectives, ont une proportion de **25% de salariés déclarés exposés aux dix facteurs de pénibilité** retenus pour le C2P (réduit aux 6 facteurs retenus à partir du 1^{er} janvier 2019) **ou** :
- **A compter du 1^{er} janvier 2019**, les entreprises dont la **sinistralité** au titre des AT/MP est **supérieure au seuil de 0.25** (rapport pour les 3 dernières années entre le nombre d'AT et MP imputés à l'employeur - hors accident de trajet- et l'effectif de l'entreprise)

Rappel : les entreprises employant de 50 à 299 salariés, ou appartenant à un groupe employant moins de 300 salariés couvertes par un accord de branche étendu conforme, sont exonérées de l'obligation de conclure un accord ou d'établir un plan d'action.

(iv) Création d'une visite médicale de fin de carrière

Bénéficiaires : les travailleurs ayant bénéficié **du suivi individuel renforcé**, ou ayant bénéficié de ce suivi pendant une période qui sera fixée par décret

Objectif :

- ✓ Etablir un état des lieux des expositions du travailleur à un ou plusieurs facteurs de risques professionnels (visés art. L.4161-1)
- ✓ En cas d'exposition à certains risques dangereux, mettre en place **une surveillance post-professionnelle** en lien avec le médecin traitant

JURISPRUDENCE

Traitement social de l'indemnité transactionnelle versée à la suite d'un licenciement pour faute grave : si l'employeur rapporte la preuve du fondement exclusivement indemnitaire de la transaction, l'indemnité est exclue de l'assiette de cotisations (Cass. Civ. 2^{ème} 15 mars 2018 n°17-10.325)

La société Ricard conclut dix protocoles transactionnels avec dix de ses salariés licenciés pour faute grave. L'URSSAF décide de réintégrer dans l'assiette de cotisations la quote-part de l'indemnité transactionnelle correspondant à l'indemnité théorique de préavis.

Par un arrêt du 18 mars 2018, la deuxième Chambre Civile de la Cour de Cassation, suivant la décision de la Cour d'Appel, décide de donner pleine force à la volonté exprimée par les contractants dans le protocole transactionnel et annule donc le redressement opéré par l'URSSAF.

Ainsi, après avoir constaté que :

- (i) les termes du protocole étaient clairs, précis et sans ambiguïté
- (ii) la volonté des parties était clairement exprimée
- (iii) les parties n'entendaient pas revenir sur la qualification donnée à la rupture
- (iv) les salariés ne demandaient l'exécution d'aucun préavis et s'engageaient à ne demander aucune autre indemnité et à ne poursuivre aucun contentieux

Les juges du fond, usant de leur pouvoir souverain d'appréciation, ont pu considérer que la preuve du caractère **exclusivement indemnitaire** de l'indemnité transactionnelle litigieuse était rapportée, pour en déduire que celle-ci n'entrait pas dans l'assiette des cotisations sociales.

La rédaction du protocole transactionnel est donc essentielle.

Budget du CE (et du CSE) : revirement de jurisprudence (Cass. Soc. 7 février 2018 n°16-24.231)

Par décision du 7 février 2018, la Cour de Cassation abandonne la référence au compte 641 du plan comptable général pour déterminer la masse salariale servant au calcul des subventions de fonctionnement et des activités sociales et culturelles (ASC) du comité d'entreprise.

La Cour de cassation se réfère désormais **aux gains et rémunérations soumis à cotisations sociales tels que définis à l'article L.242-1 du Code de la sécurité sociale** (sauf accord plus favorable).

Focus : L'utilisation des réseaux sociaux par le salarié

L'employeur peut-il sanctionner, voire licencier un salarié sur la base de propos que ce dernier a tenus sur un réseau social type Facebook? Les principes de respect de la vie privée et de la loyauté de la preuve sont-ils respectés ?

Voici quelques décisions rendues sur l'utilisation de Facebook :

- ✓ Les menaces de mort à l'encontre de collègues, proférées sur le fil Facebook d'une salariée **paramétré pour être limité aux amis** (fussent-ils, pour certains, collègues de travail) sont émis dans une sphère privée et ne peuvent constituer un motif de licenciement (CA Versailles 7 février 2018 n°15/05739)
- ✓ Ne sont pas constitutifs du délit d'injures publiques les propos injurieux tenus à l'égard de sa hiérarchie, dès lors que le salarié avait bien activé les paramètres de confidentialité (Cass.1^{ère} 10 avril 2013 n° 11-19.530)
- ✓ Une session Facebook laissée ouverte sur l'ordinateur de l'entreprise fait perdre aux messages leur caractère privé, de sorte que les messages injurieux proférés à l'égard de sa hiérarchie peuvent fonder un licenciement pour faute grave (CA Toulouse 2 février 2018)
- ✓ La solution contraire a été rendue s'agissant de messages que l'employeur avait obtenus à partir du téléphone portable d'un autre salarié collecté à partir d'un téléphone professionnel, l'employeur estimant que le message avait perdu son caractère privé. La Cour a jugé qu'une telle manœuvre était constitutive d'une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée (Cass. Soc. 20 décembre 2017 n° 16-19.609)

Les praticiens restent dans l'attente d'une décision de principe de la Cour de Cassation qui viendrait unifier un contentieux disparate.

VIE DU CABINET

1978 – 2018 : Dentons célèbre cette année ses 40 ans d'existence ! Nous vous tiendrons bien entendu informés des festivités autour de cet événement, que nous souhaitons fêter avec tous nos clients qui nous font confiance et nous ont permis de nous développer et de progresser.

Comité de rédaction

Julie Caussade

Julie Ragueneau

Clarisse Lister

Julie Caussade
Associé



julie.caussade
@dentons.com

Katell Déniel-Allioux
Associé



katell.deniel-allioux
@dentons.com

Aurélie Fournier
Associé



aurelie.fournier
@dentons.com

Frédérique Meslay-Caloni
Associé



frederique.meslaycaloni
@dentons.com

Christine Sévère
Associé contentieux



christine.severe
@dentons.com

Jean-Louis Magnier
Senior Counsel



jean-louis.magnier
@dentons.com

Nathaly Blin
Of Counsel



nathaly.blin
@dentons.com

Béatrice Brugués-Reix
Of Counsel



beatrice.bruguesreix
@dentons.com

Julie Ragueneau
Of Counsel



julie.ragueneau
@dentons.com

Madeleine Baldet
Collaborateur



madeleine.baldet
@dentons.com

Marine Chabot
Collaborateur



marine.chabot
@dentons.com

Adrien Herbaut Dufour
Collaborateur



adrien.herbautdufour
@dentons.com

Clarisse Lister
Knowledge Management



clarisse.lister
@dentons.com

Cindy Souffrin
Collaborateur



cindy.souffrin
@dentons.com

François Troadec
Collaborateur



francois.troadec
@dentons.com

Karine Weydert
Collaborateur



karine.weydert
@dentons.com

Ashley Pacquetet
Juriste Junior



ashley.pacquetet
@dentons.com

Charlotte Mauran
Stagiaire



charlotte.mauran
@dentons.com