

# Du nouveau en Droit Social ?

## ■ I. LA DISSIMULATION DE TRAVAIL SALARIÉ

### 1/ La violation de dispositions conventionnelles relatives à l'application du forfait en jours peut caractériser à elle seule l'intention de dissimulation de travail salarié.

Il convient de rappeler, à titre liminaire, que la caractérisation de l'élément moral de la dissimulation de travail salarié, évoquée à l'article L. 8221-5 du Code du travail, fait l'objet d'approches jurisprudentielles distinctes par le juge pénal et le juge civil. Si la chambre criminelle de la Cour de cassation admet « une présomption d'intention à partir de l'accomplissement des actes matériels du délit », la chambre sociale retient que « l'élément intentionnel (...) ne se déduit pas de la seule réalisation de l'élément matériel ». Rompant avec la position de la chambre sociale, la Cour d'appel de Reims estime que l'élément moral du travail dissimulé se déduit de la seule présence de l'élément matériel, en l'espèce, le non-respect des termes de l'accord collectif relatif au forfait en jours. [\(CA, Reims, ch. soc., 10 janvier 2018, n°16/03095\)](#).

2/ La Cour de cassation est récemment venue rappeler la nécessité d'établir le caractère intentionnel du délit de travail dissimulé, celui-ci relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

La Haute juridiction a estimé que le l'élément intentionnel de la dissimulation de travail salarié ne pouvait se déduire :

o De la seule application d'une convention de forfait illicite [\(Cass. soc., 28 février, n°16-19.060\)](#) ;

o De l'absence de production par l'employeur d'éléments de nature à prouver les heures effectuées par le salarié [\(Cass. soc., 14 mars 2018, n°16-13.541\)](#) ;

o Du seul relevé de badgeage enregistrant les heures d'entrée et de sortie du site, produit par un salarié non soumis au pointage [\(Cass. soc., 14 mars](#)

[2018, n°16-12.171\)](#).

En revanche, l'élément intentionnel du délit de travail dissimulé est établi lorsque :

o L'employeur ne pouvait ignorer la quantité d'heures de travail effectuées par un salarié soumis au forfait jours, et ce, bien qu'il soit inéligible à un tel dispositif au regard de l'objet de son activité, de la taille de l'entreprise et de l'envoi de message par l'employeur le soir et le week-end [\(Cass. soc., 5 avril 2018, n°16-22.599\)](#) ;

o L'employeur connaissait, du fait de la petite taille de l'entreprise, le nombre d'heures de travail qu'il faisait effectuer à un salarié, ce dernier effectuant un temps complet ainsi que des heures supplémentaires alors même qu'il était titulaire d'un contrat de travail à temps partiel [\(Cass. soc., 5 avril 2018, n°16-16.573\)](#) ;

o L'employeur se soustrait de manière intentionnelle à l'accomplissement de la déclaration préalable à l'embauche [\(Cass. soc., 27 mars 2018, n°17-83.355\)](#).

## ■ II. LA SUCCESSION DE CONTRATS À DURÉE DÉTERMINÉE

**Le seul fait pour un employeur de recourir à des CDD de remplacement de manière récurrente, voire permanente, en raison des effectifs de l'entreprise, ne saurait suffire à caractériser un recours systématique à ce type de contrat en vue de faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre et pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.**

Ces recours successifs aux CDD de remplacement ne sauraient entraîner la requalification des contrats en CDI [\(Cass. soc., 14 février 2018, n°16-17.966\)](#). Dans cet arrêt, la Cour de cassation assouplit sa jurisprudence en matière de recours au CDD en se fondant sur l'arrêt Küçük de la CJUE du 26 janvier 2012 concernant la directive 1999/70/CE sur le travail à durée déterminée [\(CJUE, 26 janvier 2012, Bianca Küçük c/ Land Nordrhein-Westfalen,](#)

[C-586/10\)](#).

## ■ III. ASSIETTE DE CALCUL DU BUDGET DES ACTIVITÉS SOCIALES ET CULTURELLES DU CE

**Sauf engagement plus favorable, l'assiette de calcul du budget des activités sociales et culturelles du CE correspond à la masse salariale brute constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale, en application de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale** [\(Cass. soc., 7 février 2018, n°16-16.086, n°16-24.231\)](#).

Jusqu'alors il était de jurisprudence constante d'entendre par « masse salariale brute », la masse salariale comptable versée au compte 641, à l'exception des sommes correspondant à la rémunération des dirigeants [\(Cass. soc., 9 juillet 2014, n°13-17.470\)](#).

Dans son arrêt du 7 février 2018, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence et abandonne le recours au compte 641 pour se référer à la notion de « gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale, en application de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale ». La Haute juridiction met sa jurisprudence en conformité avec les nouvelles règles issues de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017.

La Haute juridiction précise que les sommes attribuées en application de l'accord d'intéressement n'ont pas le caractère de rémunération au sens de l'article susvisé et sont dès lors exclues de l'assiette de calcul [\(Cass. soc., 7 février 2018, n°16-16.086\)](#). Sont également exclues de l'assiette de contribution aux activités sociales et culturelles, les rémunérations versées aux salariés mis à disposition [\(Cass. soc., 7 février 2018, n°16-24.231\)](#).

#### ■ IV. LA NÉGOCIATION DU PROTOCOLE D'ACCORD PRÉÉLECTORAL

**Le refus de l'employeur de négocier un protocole d'accord préélectoral avec un syndicat intéressé, justifie l'annulation de plein droit des élections professionnelles.** Ce refus constitue, à lui seul, une cause d'annulation des élections. Partant, l'organisation syndicale concernée ne sera pas tenue d'établir l'influence exercée par cette irrégularité sur les résultats ou sur la qualité de syndicat représentatif ([Cass. soc., 28 février 2018, n°17-60.112](#)).

#### ■ V. LA DÉNONCIATION DU REÇU POUR SOLDE DE TOUT COMPTE

**La convocation de l'employeur devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes emporte dénonciation du reçu pour solde de tout compte, dès lors que l'employeur reçoit cette convocation dans le délai de 6 mois suivant la signature du reçu.** A défaut, le reçu pour solde de tout compte deviendra libératoire pour l'employeur et le salarié ne sera plus admis à formuler de réclamation portant sur les sommes visées dans ledit reçu ([Cass. soc., 7 mars 2018, n°16-13.194](#)).

#### ■ VI. SYNDICAT INTERCATÉGORIEL

La modification du caractère catégoriel ou intercatégoriel d'une organisation syndicale ou de son objet statutaire, n'entraîne pas la perte de sa personnalité juridique. Partant, **un syndicat intercatégoriel peut devenir catégoriel tout en conservant son ancienneté acquise.** ([Cass. soc., 14 mars 2018, n°17-21.434](#)).

#### ■ VII. INDEMNITÉ TRANSACTIONNELLE

**Dès lors que l'indemnité transactionnelle compense un préjudice subi par le salarié, elle n'est pas soumise à cotisations sociales.** Au regard de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale,

les sommes versées par l'employeur à un salarié, en contrepartie ou à l'occasion du travail, sont considérées comme des éléments de rémunération soumis à cotisations sociales. Certaines indemnités de rupture du contrat de travail bénéficient cependant d'un régime de faveur et sont exonérées de cotisations de sécurité sociale.

Par deux arrêts en date du 15 mars 2018, la Cour de cassation est venue clarifier sa jurisprudence relative au régime social des indemnités transactionnelles versées à la suite d'un licenciement pour faute grave.

**Selon la Haute juridiction, les indemnités transactionnelles peuvent être intégralement exonérées de cotisations sociales, y compris après un licenciement pour faute grave.**

Pour cela, il revient à l'employeur de rapporter la preuve que l'indemnité transactionnelle correspond à la réparation d'un préjudice subi par le salarié.

Cette preuve peut être établie :

o par le contexte entourant le versement de l'indemnité transactionnelle : l'existence d'un litige auquel l'indemnité mettrait fin et l'existence d'un préjudice subi par le salarié qui serait réparé par l'indemnité ;

o par l'analyse du protocole de la transaction qui illustrerait la volonté commune des parties quant à la destination de l'indemnité versée.

Dans le premier arrêt, une indemnité transactionnelle a été versée à un salarié postérieurement à son licenciement pour faute grave. Les juges ont estimé que le protocole transactionnel était rédigé sans la moindre ambiguïté, en des termes clairs, précis et traduisait clairement la volonté des parties sur la nature exclusivement indemnitaire de la somme versée au salarié licencié. En conséquence, la Cour de cassation a estimé que la preuve était rapportée par l'employeur que l'indemnité transactionnelle litigieuse avait un fondement exclusivement indemnitaire et, dès lors, n'entrait pas dans l'assiette de cotisations sociales. ([Cass. civ. 2e., 15 mars 2018, n°17-10.325](#)).

Dans le second arrêt, une indemnité qualifiée de « transactionnelle » par l'employeur a été versée à un salarié à la suite de son départ à la retraite. Les circonstances de l'espèce laissaient entendre que la transaction portait en réalité sur le préavis et ne compensait pas un préjudice subi par le salarié. La somme versée devait dès lors être soumise à cotisations de sécurité sociale ([Cass. civ. 2e., 15 mars 2018, n°17-11.336](#)).

Ces arrêts rompent avec la jurisprudence de 2012 selon laquelle le versement d'une indemnité forfaitaire à un salarié licencié pour faute grave impliquait le renoncement de l'employeur à se prévaloir de la faute grave initialement notifiée, l'indemnité transactionnelle comprenant nécessairement l'indemnité compensatrice de préavis sur le montant de laquelle des cotisations de sécurité sociale étaient dues ([Cass. civ. 2e., 20 septembre 2012, n°11-22.916](#)).

Les décisions de mars 2018 constituent un réel guide à la rédaction du protocole conclu postérieurement à un licenciement pour faute grave.

#### ■ VIII. LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

La méconnaissance du préavis par le salarié n'affecte pas le délai de renonciation à la clause de non-concurrence dont dispose l'employeur. La Cour de cassation rappelle que ce délai court à compter de la cessation effective du contrat de travail du salarié concerné par la clause de non-concurrence, soit à l'expiration du préavis. La non-exécution du préavis par le salarié, sans l'accord de l'employeur, est sans incidence sur le point de départ du délai de renonciation à la clause de non-concurrence. La solution aurait cependant été différente si le salarié avait été dispensé d'effectuer son préavis par l'employeur : dans cette circonstance, la levée de la clause de non-concurrence serait intervenue préalablement au départ effectif du salarié ([Cass. soc., 21 mars 2018, n°16-21.021](#)).

■ IX. HARCÈLEMENT MORAL

**1/ L'immunité disciplinaire de principe protégeant le salarié ayant dénoncé ou relaté des agissements de harcèlement moral s'applique dès lors que les faits ont été qualifiés comme tels par le salarié dans l'acte de dénonciation.** Dans cet arrêt, la Cour de cassation vient rappeler la nouvelle exigence issue d'une jurisprudence de septembre 2017 ([Cass. soc., 13 septembre 2017, n°15-23.045](#)) : la protection accordée au salarié dénonçant des faits de harcèlement moral est subordonnée à une exigence de qualification littérale des faits par ce dernier au moment de la dénonciation (Cass. soc., 21 mars 2018, n°16-24.350).

**2/ Le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité et le harcèlement moral peuvent ouvrir droit à réparation sur chacun des fondements dès lors que les préjudices sont distincts.** Les obligations résultant des articles L. 1152-1 et L. 1152-4 du Code du travail étant distinctes, un salarié victime d'actes de harcèlement moral peut obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'absence de mesures de prévention en matière de harcèlement moral, et ce, bien qu'il ait été indemnisé par le juge pénal pour l'infraction de harcèlement moral retenue à l'encontre de son employeur ([Cass. soc., 12 avril 2018, n°16-29.072](#)).

■ X. CONSULTATIONS RÉCURRENTES DU CE ET BDES

**Dans le cadre de consultations récurrentes du CE, le délai de consultation n'est opposable au comité qu'à compter de la communication de certaines informations prévue légalement ou conventionnellement.** En conséquence, dès lors que la base de données économiques et sociales (BDES) n'a pas été constituée par l'employeur en vue de la consultation du CE, le délai susvisé n'est pas opposable au comité, faute d'avoir pu commencer à courir. La solution retenue par la Cour de cassation

vaut également pour le comité social et économique (CSE) ([Cass. soc., 28 mars 2018, n°17-13.081](#)).

■ XI. LES EXPERTISES DU CHSCT

**1/ Le délai de contestation du coût prévisionnel des expertises votées par le CHSCT court à compter de la date à laquelle l'employeur a été informé de ce coût** et non pas à la date de délibération du CHSCT ayant décidé le recours à l'expertise tel que prévu à l'article L. 4614-13 du Code du travail. La Cour de cassation revisite les dispositions de l'article susvisé, afin de permettre à l'employeur de contester le coût prévisionnel de l'expertise votée par le CHSCT, et ce, même lorsque ce coût ne lui a pas été communiqué au moment de la délibération du CHSCT.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation met en relation les dispositions des articles L. 4614-13 relatif à la contestation du coût prévisionnel des expertises et L. 4614-13-1 du Code du travail relatif à la contestation du coût final des expertises, interprétés à la lumière de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (droit à un procès équitable). La Haute juridiction applique à l'action en contestation du coût prévisionnel, le point de départ du délai de contestation du coût final des expertises ([Cass. soc., 28 mars 2018, n°16-28-561](#)).

**2/ L'utilisation d'un nouveau logiciel ne constitue pas nécessairement un projet important modifiant les conditions de travail qui justifierait le recours à une expertise par le CHSCT, en application de l'article L. 4614-12 du Code du travail.** En l'espèce, le nouveau programme informatique utilisé dans l'entreprise avait pour objet de faciliter les tâches de certains salariés et n'avait que des conséquences mineures sur leurs conditions de travail directes. En conséquence, la Cour de cassation décide que ce projet ne permettait pas au CHSCT de recourir à une expertise ([Cass. soc., 12 avril 2018, n°16-27.866](#)). Cette jurisprudence est bien évidemment

transposable au CSE.

■ XII. LE FORFAIT SOCIAL ET LES PME

Le 12 avril dernier, le président de la République a annoncé **qu'à compter du 1er janvier 2019, toutes les entreprises employant jusqu'à 250 salariés, soit les PME, pourront distribuer de l'intéressement tout en étant exonérées du forfait social.** Cette mesure paraîtra dans le projet de loi « PACTE » (Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises) qui sera présenté par le ministre de l'Economie dans les semaines à venir.

■ XIII. ACCORD COLLECTIF MAJORITAIRE

**La généralisation de l'accord majoritaire, initialement prévue au 1er septembre 2019, est avancée au 1er mai 2018 par l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017.** Depuis cette date, tous les accords collectifs d'entreprise ou d'établissement sont soumis à la condition majoritaire, quel que soit leur contenu.

■ XIV. LES QUESTIONS-RÉPONSES DU GOUVERNEMENT SUR LE CSE

Le ministère du Travail a produit une série de 100 questions-réponses relatives au CSE - plus particulièrement à sa mise en place, à ses attributions et son fonctionnement, à la gestion de la période transitoire jusqu'au 31 décembre 2019,...- destinée à répondre concrètement aux questions que peuvent se poser les acteurs de la vie de l'entreprise. Cette série est disponible sur le site du ministère du Travail : <http://travail-emploi.gouv.fr/ministere/documentation-et-publications-officielles/guides/QR-CSE>.



Pour toute information complémentaire, merci de contacter :

[social@dsavocats.com](mailto:social@dsavocats.com)

Pour vous désinscrire cliquer [ici](#)