

A LA UNE : LE PROGRAMME DE REFORMES SOCIALES D'EMMANUEL MACRON

Elu le 7 mai dernier, Emmanuel Macron, 25^{ème} président de la République française, souhaite mettre en œuvre rapidement les nombreuses mesures sociales annoncées dans son programme, notamment en **réformant dès cet été par ordonnances certaines dispositions du code du travail.**

Prévu à l'article 38 de la Constitution, **le recours aux ordonnances nécessite l'adoption d'une loi d'habilitation qui précisera sur quels sujets et pendant quelle période le Gouvernement pourra prendre des ordonnances.** Celles-ci seront adoptées en Conseil des ministres, après avis consultatif du Conseil d'Etat, et signées par le président de la République. Ce dernier a également précisé que les partenaires sociaux seraient consultés.

Ces mesures seront portées par **Muriel Pénicaud, nommée Ministre du Travail** le 17 mai 2017.

Egalité hommes/femmes

Le nouveau président souhaite permettre aux femmes de mieux concilier leur vie familiale et leur vie professionnelle.

Pour que les femmes soient à égalité face au congé maternité, il souhaite créer un **congé de maternité unique garanti pour toutes les femmes quel que soit leur statut** (salariée, entrepreneuse, intermittente, non-salariée, statut multiple, etc.), aligné sur le régime le plus avantageux.

A titre d'exemple, la durée du congé maternité des indépendantes serait aligné sur celle des salariées, et pourrait donc passer de 44 jours (jusqu'à 74 jours) à 56 jours (jusqu'à 112 jours).

Le Défenseur des Droits se verrait par ailleurs confier la mission de procéder à des **opérations de contrôle aléatoires et imprévus à grande échelle sur les politiques salariales** et de ressources humaines, et de rendre publics les résultats.

Négociation collective

Poursuivant les réformes récemment entreprises sur le sujet :

- **le nombre de branches professionnelles devrait être réduit d'environ 700 à un nombre compris « entre 50 et 100 » ;**
- la primauté des accords d'entreprise sur les accords de branche sera renforcée.

Représentation du personnel

La mise en place d'une instance unique de représentation du personnel (CHSCT, comité d'entreprise, DP) deviendrait la règle pour toutes les entreprises, sauf accord d'entreprise prévoyant le contraire.

Serait favorisé **l'engagement syndical** en reconnaissant les parcours syndicaux, en renforçant la formation des représentants des salariés, en luttant contre la discrimination syndicale et en mettant en place un **chèque syndical permettant aux salariés d'apporter des ressources financées par l'employeur à l'organisation syndicale de leur choix.**

Plafonnement des indemnités prud'homales

La réforme du code du travail pourrait inclure un volet sur le **plafonnement des indemnités prud'homales en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse**.

Il n'existe actuellement qu'un barème indicatif, issu du décret du 23 novembre 2016, permettant d'établir le montant des indemnités à octroyer au salarié en fonction de son ancienneté en cas de licenciement abusif.

Durée du travail et charges sociales

Si la durée légale hebdomadaire devrait être maintenue à 35h, le président de la République a annoncé souhaiter rétablir les **exonérations de cotisations sociales sur les heures supplémentaires**.

Il s'est également engagé dans son programme à réduire les **cotisations sociales patronales** de 6 points en remplacement du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE), et jusqu'à 10 points au niveau du SMIC.

Autre mesure importante: le président a indiqué vouloir **supprimer les cotisations chômage et maladie payées par les salariés**, en contrepartie d'une hausse de 1,7 point de la CSG.

Assurance chômage

Le nouveau président a indiqué vouloir mettre en place une **assurance chômage universelle pour tous les actifs (artisans, indépendants, salariés, etc.)**.

L'Etat gérerait l'Unédic en association avec l'ensemble des parties prenantes, notamment les partenaires sociaux.

Le droit aux allocations chômage serait ouvert tous les cinq ans en cas de démission.

Formation et alternance

Le système de formation devrait être simplifié. L'Etat reprendrait le contrôle de la formation professionnelle, et **la totalité de la**

contribution unique des entreprises (soit 1% de la masse salariale) basculerait sur le compte personnel de formation.

La liste des formations éligibles serait élargie au-delà des seules formations certifiantes.

En outre, le compte personnel de formation ne serait plus crédité en heures mais en points.

La fusion des contrats d'apprentissage et de professionnalisation en un contrat unique, souple et sans limite supérieure d'âge, est également envisagée.

Les aides et subventions seraient également fusionnées en une aide unique en fonction de la taille de l'entreprise et du niveau de qualification de l'intéressé.

Retraites

Le nouveau président souhaite instaurer progressivement un **système de retraite universel avec des règles communes de calcul des pensions**, sans considération de la date de cotisation ni du statut du cotisant.

La pénibilité serait prise en compte dans ce système de retraite universel. Le compte pénibilité devrait être suspendu, et une concertation et une négociation par branche devrait avoir lieu à ce sujet.

Travailleurs étrangers

Emmanuel Macron a indiqué souhaiter **redéfinir les règles du détachement de travailleurs au niveau européen**.

En droit interne, il entend :

- **limiter à un an la durée autorisée de séjour d'un travailleur détaché en France** ;
- alléger les procédures et réduire les délais d'obtention des « *visas talents* » ;
- développer les visas de circulation pour les professionnels ;
- simplifier les modalités d'accès au travail pour tous les étudiants étrangers titulaires d'un master en France.

Cass. soc., 15 mars 2017 n° 15-24.028

L'article L. 1243-1 du code du travail énonce qu'un contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure.

La Cour de cassation précise que **cette disposition ne s'oppose pas à la stipulation de conditions suspensives dans le contrat.**

En l'espèce, il s'agissait d'une joueuse professionnelle de basket-ball embauchée en contrat de travail à durée déterminée, et dont le contrat stipulait qu'il ne deviendrait définitif qu'une fois remplies les conditions d'enregistrement par la fédération française de basket-ball et de passage d'un examen médical au plus tard trois jours après sa prise de fonction.

La salariée, victime d'un accident du travail, avait cru pouvoir prendre acte de la rupture de son contrat. La Cour de cassation a toutefois estimé que **les conditions suspensives n'ayant pu être remplies, le contrat n'avait jamais pris effet**, de sorte que la prise d'acte de la salariée était sans objet.

Cass. soc., 26 avril 2016 n° 15-25.204

A la suite d'un arrêt de travail, un salarié est déclaré apte avec réserve à son poste de chargé de clientèle, à savoir, curieusement « *sans relation avec les populations des aires du voyage* ».

Après avis favorable du médecin du travail et dès lors que son contrat de travail **contenait une clause de mobilité, l'employeur lui avait proposé un poste de reclassement situé à 200 kilomètres de son poste de travail précédent.** Le salarié ayant refusé ce poste, l'employeur lui a notifié son licenciement.

Estimant cette mesure discriminatoire car fondée sur son état de santé, le salarié a contesté son licenciement. La Cour de

cassation a toutefois énoncé que **la proposition de mutation du salarié par la mise en œuvre de la clause de mobilité figurant dans son contrat de travail sur un poste compatible avec l'avis d'aptitude ne constituait pas un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé.**

Ainsi, l'employeur pouvait utiliser toutes les possibilités que lui offre le contrat de travail du salarié afin de tenter de trouver un poste de reclassement à lui proposer.

Cass. soc., 20 avril 2017 n°15-27.927

Le CHSCT d'un centre hospitalier avait décidé de recourir à un expert agréé pour risque grave, comme le permet le code du travail (C. trav., art. L. 4614-12).

Alors que l'expert aurait dû pouvoir accéder aux locaux et disposer des informations nécessaires à l'exercice de sa mission, l'employeur lui avait refusé l'accès aux blocs opératoires pendant les interventions, ainsi qu'aux réunions quotidiennes des équipes médicales.

Le CHSCT avait alors saisi le Tribunal de grande instance afin que l'expert puisse intervenir dans l'ensemble des locaux du centre hospitalier. Toutefois, tant les juges d'appel que la Cour de cassation ont approuvé la décision de l'employeur, rappelant que **si l'expert est titulaire d'une obligation de secret et de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par l'employeur (C. trav., art., L. 4614-13), il n'est en revanche pas soumis au secret médical.**

L'exercice de sa mission au sein du centre hospitalier ne pouvait donc se faire que dans le respect de la vie privée des patients et des informations les concernant (C. santé publ., art. L. 1110-4).

EN BREF

Une **ordonnance n° 2017-647** du 27 avril 2017 insère deux nouveaux textes dans le code du travail relatifs aux contrats saisonniers (C. trav., art. L. 1244-2-1 et L. 1244-2-2).

Publication d'un **décret n° 2017-663** du 27 avril 2017 relatif aux modalités de mise en place et de fonctionnement des commissions paritaires régionales interprofessionnelles pour les salariés et les employeurs des TPE.

Publication d'un **décret n° 2017-684** du 28 avril 2017 relatif à la formation initiale et continue des conseillers prud'hommes.

Publication d'un **décret n° 2017-692** du 2 mai 2017 relatif à la durée minimale d'indemnisation des demandeurs d'emploi par le régime d'assurance chômage.

Publication d'un **décret n° 2017-752** du 3 mai 2017 relatif à la publicité des accords collectifs.

Publication d'un **décret n° 2017-751** du 3 mai 2017 relatif à la contribution destinée à compenser les coûts de mise en place du système dématérialisé de déclaration et de contrôle des détachements de travailleurs.

Publication d'un **décret n° 2017-825** du 5 mai 2017 relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales.

Publication d'un **décret n° 2017-1008** du 10 mai 2017 relatif à la contestation des avis du médecin du travail devant le Conseil de prud'hommes.

LE COIN DU PRATICIEN : LES CONDITIONS DU CUMUL D'UN MANDAT SOCIAL ET D'UN CONTRAT DE TRAVAIL

Pratique courante, le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail doit faire l'objet d'une attention particulière sur le plan juridique.

En effet, les dirigeants de société, n'ont pas, en tant que mandataires sociaux, la qualité de salarié au regard du droit du travail. Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail leur permet de bénéficier de la protection prévue à l'égard des salariés par le code du travail et les conventions collectives, notamment en matière de salaires, de licenciement ou de chômage.

Pour que le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social soit valable, il est nécessaire que le contrat de travail corresponde à **un emploi effectif**.

En pratique, le contrat de travail exécuté parallèlement au mandat doit être caractérisé par quatre critères cumulatifs :

- l'exercice de **fonctions techniques distinctes** de celles exercées dans le cadre du mandat ;
- l'existence d'un **lien de subordination** vis-à-vis de la société ;

- la perception d'une **rémunération distincte** ;
- **l'absence de fraude à la loi**.

Fonctions techniques spécifiques et distinctes de celles découlant du mandat social

La jurisprudence admet plus facilement l'existence de fonctions techniques distinctes dans les sociétés de grande ou de moyenne taille, ou lorsque ces fonctions ne sont pas directement comprises dans l'objet social de la société.

A titre d'exemple, la dualité de fonctions a pu être reconnue concernant :

- un directeur administratif et financier devenu président-directeur général (Cass. soc., 3 déc. 1992, n° 89-41.280) ;
- un comptable devenu président du conseil d'administration d'une petite entreprise et ayant conservé ses anciennes fonctions (Cass. soc., 16 oct. 1991, n° 88-40.188).

Lorsque le contrat de travail est antérieur à la nomination en qualité de mandataire social, le

retour du dirigeant dans ses anciennes fonctions techniques peut éventuellement constituer un indice de nature à faire présumer l'absence de poursuite du contrat de travail durant l'exécution de son mandat social.

Lien de subordination

Le lien de subordination juridique, critère essentiel du contrat de travail, se caractérise par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des directives et d'en contrôler l'exécution (Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187).

L'existence d'un tel lien de subordination justifiant la régularité du cumul entre mandat social et contrat de travail a pu être caractérisée dans les cas suivants :

- un président-directeur général et un directeur général adjoint « ayant conservé des fonctions techniques pour l'exercice desquelles ils étaient tenus de suivre les directives de la société» (Cass. soc., 16 nov. 1995, n° 93-18.454) ;
- un mandataire qui travaillait dans un secteur géographique déterminé, d'après un mode opératoire précis et impératif et selon les directives de la société, qui percevait une rémunération forfaitaire à l'acte selon un barème imposé, qui rendait compte des affaires traitées et auquel des délais lui étaient imposés, et ce en dépit de la marge de liberté inhérente à la nature de ses fonctions (Cass. soc., 20 avr. 2000, n° 98-18.060).

La jurisprudence considère néanmoins que certaines situations sont incompatibles avec l'état de subordination. **Tel est le cas lorsque le salarié dispose, en sa qualité de mandataire, des pouvoirs les plus étendus lui permettant d'exercer ses fonctions techniques en toute indépendance.**

Ainsi, la qualité de salarié d'un mandataire social a été écartée, faute de se trouver dans un lien de subordination, dans les situations suivantes :

- un ancien directeur commercial devenu président-directeur général puis redevenu simplement directeur commercial, à partir du moment où il était démontré qu'il avait reçu du conseil d'administration tous pouvoirs pour assurer la direction générale et notamment pour nommer et révoquer tous directeurs (Cass. soc., 12 déc. 1990, n° 87-40.596) ;
- un directeur général d'une société qui disposait de larges pouvoirs pour agir pour le compte de la société, augmentait sa rémunération de sa propre initiative et dont les notes de frais n'étaient soumises à aucun contrôle, ni justificatif (Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 98-42.455).

En pratique, le maintien d'un lien de subordination se distingue par exemple du simple « reporting » auquel procède un mandataire social auprès de ses actionnaires. La subordination s'entend, pour le salarié, notamment d'une obligation de rendre des comptes dans son domaine de compétences.

Rémunération distincte

Si la jurisprudence exige une dualité de rémunérations, cela ne signifie pas qu'il doive exister obligatoirement deux rémunérations versées, le mandat social pouvant très bien être exercé à titre gratuit.

En cas de rémunération unique, celle-ci doit nécessairement être présentée comme la contrepartie de l'activité salariée du mandataire social.

Absence de fraude à la loi

Sont illicites les contrats de travail visant à détourner la règle de la révocabilité du mandat social.

Pour apprécier le caractère fictif ou non du contrat de travail, **les juges ne sont liés ni par la qualification donnée par les parties à leur convention, ni par une délibération du conseil d'administration mentionnant l'existence d'un contrat de travail.**

Conditions spéciales de cumul

Au-delà de ces conditions communes, des **conditions de cumul spécifiques au type de sociétés au sein duquel il est envisagé** doivent être respectées, en particulier au sein des sociétés anonymes.

Le **code Afep-Medef de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées** émet également un certain nombre de recommandations s'agissant du cumul entre un mandat social et un contrat de travail.

Suspension du contrat de travail en l'absence d'emploi effectif

Au-delà des conditions théoriques du cumul entre mandat social et contrat de travail, **les juges apprécient l'effectivité et la continuité de l'activité salariée du mandataire.**

Ainsi, la Cour de cassation considère que « *en l'absence de convention contraire, le contrat de travail d'un salarié, devenu mandataire*

social, et qui a cessé d'être lié à la société par un lien de subordination, est suspendu pendant la durée du mandat social » (Cass. soc., 22 sept. 2011 n° 09-72.637).

Il en résulte que :

- sauf à démontrer que la personne concernée exerce des fonctions techniques distinctes de son mandat social et que dans le cadre de l'exécution de ces fonctions techniques, elle est placée dans un lien de subordination vis-à-vis de la société, le contrat de travail du salarié qui devient mandataire social est suspendu de plein droit (Cass. soc., 5 déc. 2007, n°04-42.102) ;
- lorsque le contrat de travail n'est que suspendu par l'effet du mandat, le contrat de travail reprend tous ses effets dès que le mandat social cesse (Cass. soc., 14 juin 2000, n°97-45.852).

VIE DU CABINET

Marianne Franjou est membre Référent de la nouvelle permanence ordinale « Zen Barreau », créée au sein du Conseil de prud'hommes de Paris.

Cette permanence, composée d'avocats parisiens, délégués du Bâtonnier, œuvre pour le respect du contradictoire et l'amélioration des délais de traitement des dossiers.

Depuis plusieurs mois, les membres référents de cette permanence physique, (présente tous les jours au Conseil de prud'hommes de Paris) et numérique, ont traité plus de 160 dossiers, ce qui a permis d'alléger notablement les difficultés entre confrères à régler « à la Barre » du Conseil.

Tant les juges que le Président du Conseil de prud'hommes se sont montrés satisfaits de cet apaisement des conflits et ont presque toujours appliqué les recommandations émises par les Référents.

A présent, les instances ordinales travaillent à l'extension de cette permanence aux Conseils de prud'hommes de la périphérie parisienne.

Gageons donc de sa réussite, source d'apaisement pour nos confrères, et de respect des délais pour les justiciables !

