

A LA UNE : LE DEVOIR DE VIGILANCE DES SOCIÉTÉS MÈRES ET DES ENTREPRISES DONNEUSES D'ORDRE

Le Parlement a définitivement adopté le 21 février 2017 une proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

Saisi de la régularité de ce texte, le Conseil constitutionnel l'a toutefois partiellement censuré par une décision retentissante du 23 mars 2017.

Malgré la censure par le Conseil constitutionnel de certaines des sanctions qui étaient prévues, les nouvelles obligations légalement instaurées demeurent applicables.

Les sociétés comprises dans le champ d'application de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 sont donc soumises à ce nouveau dispositif.

Les entreprises visées : multinationales françaises et étrangères

Le texte vise toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont **le siège social est fixé sur le territoire français**, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français **ou à l'étranger** (C. com., art. L. 225-102-4- I).

Ces entités seront concernées par la mise en œuvre **d'un plan de vigilance dès 2019**.

Ce plan portera sur l'activité de la société et des sociétés qu'elle contrôle, **au sens de l'article L. 223-16 du code de commerce**, siège de l'obligation d'établir des comptes consolidés.

Les obligations créées : établissement et mise en œuvre d'un plan de vigilance

La loi du 27 mars 2017 met à la charge des entreprises visées l'obligation d'établir et de mettre en œuvre de manière effective **un plan de vigilance**.

Le plan doit comporter **les mesures de « vigilance raisonnable »** propres à identifier **les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement**, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle.

Aucune de ces notions, au potentiel contraignant exponentiel, n'a été définie par le législateur.

Pour l'heure, ce plan devra comporter quatre mesures :

- une **cartographie des risques** destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
- des **procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales**, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation

commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;

- des **actions adaptées** d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
- un **mécanisme d'alerte** et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société.

En outre, les sociétés visées ont l'obligation d'observer un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

Les sanctions censurées : les effets de l'inconstitutionnalité partielle de la loi

La proposition de loi adoptée le 21 février 2017 avait édicté trois sanctions en cas de non-respect des nouvelles dispositions du code de commerce.

Il était d'abord prévu que le juge pouvait condamner la société au paiement d'une **amende civile** d'un montant qui ne pouvait être supérieur à **10 millions d'euros**.

La première version du texte prévoyait également que les entreprises contrevenant aux nouvelles obligations légales pouvaient voir leur responsabilité civile engagée sur le fondement des articles 1240 et 1241 du code civil (anciens articles 1382 et 1383). Dans cette hypothèse, l'amende mentionnée pouvait être majorée jusqu'à trois fois, en fonction de la gravité et des circonstances du manquement et du dommage.

Enfin, avait été octroyé au juge le pouvoir d'ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision.

Ces sanctions ont toutefois été censurées par la décision du Conseil constitutionnel du 23 mars 2017 (n° 2017-750 DC).

Ce dernier a ainsi retenu que, compte tenu de l'imprécision des termes employés par le législateur pour définir les obligations qu'il créait, la constitutionnalité des dispositions instituant une amende ne pouvait être admise.

Les sanctions validées : un effet contraignant amoindri mais persistant

Malgré la large publicité de la censure partielle du texte prononcée par le Conseil constitutionnel, **la loi du 27 mars 2017 n'a pas été dépossédée de tout caractère contraignant.**

Ont ainsi été validées les mesures suivantes, opposables aux sociétés méconnaissant les nouvelles obligations évoquées :

- **la mise en demeure de la société concernée.** L'entité disposera d'un délai de 3 mois pour déférer aux obligations légales (C. com., art. L. 225-102-4, II) ;
- **l'injonction à la société**, le cas échéant sous astreinte, lorsque la mise en demeure n'a pas produit d'effet (C. com., art. L. 225-102-4, II) ;
- engagement de la **responsabilité contractuelle sur le fondement des articles 1240 et 1241 du code civil** (C. com., art. L. 225-102-5).

Si ces sanctions demeurent moins lourdes que celles qui ont été censurées, les entreprises demeurent potentiellement soumises à un risque contentieux important.

Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-18.560

Dans le cadre d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée, la Cour de cassation a admis pour la première fois que **le juge des référés pouvait ordonner la poursuite d'un contrat de travail à durée déterminée au-delà de son terme afin que le fond de la demande puisse être examiné.**

En application de l'article L. 1245-2 du code du travail, l'action en requalification d'un contrat de travail à durée déterminée est en principe directement portée devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue sur le fond du litige. Il en était déduit que le juge des référés n'avait pas vocation à trancher, même au provisoire, de tels litiges.

Or, dans cet arrêt, la Cour de cassation fait prévaloir sur la disposition évoquée l'article R. 1455-6 du code du travail relatif au référé. Il en résulte que la perte de l'emploi du salarié à la survenance du terme de son contrat de travail constitue un « dommage imminent » justifiant la compétence du juge des référés.

Cass. soc., 23 mars 2017, n°15-24.005

Dans un contexte d'UES, les dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du code du travail ne s'opposent pas, sous certaines conditions, à ce qu'un accord collectif organise la gestion des salariés protégés.

En l'espèce, un accord collectif imposait qu'en cas de cession d'une des sociétés appartenant à l'UES, l'entreprise cédante propose aux salariés protégés concernés par le transfert de poursuivre leurs contrats de travail dans une autre entité de l'UES.

Le Cour de cassation a énoncé que ce type d'accord est licite et ne s'oppose pas aux dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail, **à la condition que la**

proposition de transfert des salariés protégés soit antérieure à l'opération de cession.

A contrario, ce type de schéma conventionnel serait voué à la censure s'il devait intervenir après l'une des opérations visées à l'article L. 1224-1, en ce qu'il en constituerait un détournement.

Cass. soc., 29 mars 2017, n° 15-25.992

La Cour de cassation confirme sa ligne jurisprudentielle relative au formalisme de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail.

Elle a ainsi précisé que si la prise d'acte n'est soumise à aucun formalisme, le salarié est tenu de communiquer sa décision à l'employeur avant de saisir le Conseil de prud'hommes.

En l'espèce, l'employeur avait pris connaissance de la prise d'acte de la rupture de l'un de ses salariés par l'intermédiaire de la saisine de la juridiction prud'homale.

Ainsi, sans information directe et préalable de l'employeur - même par l'intermédiaire d'un conseil - la prise d'acte de la rupture du salarié ne saurait produire d'effet.

Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-23.090 mars 2017

Une sanction autre que le licenciement ne peut être prise, dans une entreprise employant habituellement au moins vingt salariés, lorsque qu'elle n'est pas prévue dans le règlement intérieur.

C'est sur ce fondement que la Cour de cassation a validé le bienfondé d'une action en référé visant à suspendre la sanction disciplinaire infligée à un salarié.

Cet arrêt de la cour d'appel d'Orléans démontre que les juges du fond peuvent apprécier largement l'existence d'un harcèlement sexuel prohibé par l'article L. 1153-1 du code du travail.

La Cour d'appel a ainsi sanctionné l'employeur au titre d'un harcèlement sexuel « *environnemental* ou *d'ambiance* ».

Selon la Cour d'appel des atteintes prohibées constitutives d'un harcèlement sexuel peuvent donc être constituées même lorsqu'elles ne visent pas directement le salarié victime mais **que celui-ci subit les provocations et/ou blagues obscènes ou vulgaires qui lui deviennent insupportables.**

Il convient donc que l'employeur veille à ce que l'atmosphère collective de travail n'ait pas pour conséquence de mettre en péril la santé psychologique des salariés.

EN BREF

Une **nouvelle convention relative à l'assurance chômage** a été signée par les partenaires sociaux le 14 avril 2017. Elle a été transmise au ministre du travail, de l'emploi, de la formation et du dialogue social afin que soit pris un arrêté d'agrément tendant à la rendre obligatoire pour tous les employeurs et salariés.

Un **décret n° 2017-382** relatif aux parcours de **formation**, aux forfaits de prise en charge des actions de professionnalisation et aux justificatifs d'assiduité d'une personne en formation a été publié le 22 mars 2017.

LE COIN DU PRATICIEN : LA MISE A LA RETRAITE

Les *clauses dites « couperet »*, qui prévoient une mise à la retraite automatique à un âge fixe sont prohibées (C. trav., art. L. 1237-4).

Pour autant, et à condition de respecter la procédure exigée, **l'employeur a la possibilité de mettre un salarié à la retraite sous certaines conditions sans motiver sa décision.**

Pour rappel, la « mise à la retraite » est la faculté laissée à l'employeur de **rompre le contrat d'un salarié qui peut bénéficier d'une pension vieillesse à taux plein, et à compter d'un certain âge, actuellement fixé à 70 ans.**

Lorsque ces conditions sont réunies, l'employeur n'a pas à justifier d'un motif pour « mettre à la retraite » un salarié (Cass. soc., 26 novembre 2013, n°12-21.758 et n°12-22.200).

La mise à la retraite avant 70 ans

Avant 70 ans, l'employeur ne peut mettre un salarié à la retraite sans l'avoir interrogé au préalable sur sa volonté de quitter volontairement l'entreprise.

Cette demande est adressée au salarié 3 mois avant la date à partir de laquelle il remplit la condition d'âge lui permettant de bénéficier automatiquement d'une retraite à taux plein.

Le salarié dispose ensuite d'un délai d'un mois pour répondre (C. trav., art. D. 1237-2-1).

En cas de réponse négative, l'employeur ne peut le mettre à la retraite ; il doit réitérer sa demande chaque année, jusqu'au 69ème anniversaire du salarié (C. trav., art. L. 1237-5).

Les modalités de mise à la retraite « d'office » après 70 ans

À partir de 70 ans, l'employeur peut mettre à la retraite « d'office » le salarié : l'accord de ce dernier n'est plus nécessaire.

Sauf dispositions conventionnelles contraires, aucune procédure n'est imposée à l'employeur pour notifier la mise à la retraite.

En effet, la mise à la retraite n'est pas un licenciement mais un mode autonome de rupture du contrat de travail.

Si la procédure de licenciement ne doit pas être respectée, il n'en demeure pas moins **qu'il faut appliquer le régime des licenciements s'agissant du préavis et de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.**

En application des dispositions du code du travail (C. trav., art. L. 1234-1 et L. 1237-6), le préavis est le suivant :

- 1 mois maximum pour une ancienneté de services continus chez le même employeur comprise entre 6 mois et moins de 2 ans ;
- 2 mois maximum pour une ancienneté de services continus chez le même employeur d'au moins 2 ans.

Attention : la mise à la retraite qui ne respecte pas les conditions précitées sera requalifiée en licenciement, susceptible d'être frappé de nullité, dans la mesure où il constitue une discrimination à raison de l'âge du salarié (C. trav., art. L. 1237-8).

La charge de la preuve de la réunion de l'ensemble des conditions de validité de la mise à la retraite incombe à l'employeur (Cass. soc., 13 mai 2009, n°08-41.826 ; 17 septembre 2014, n°13-14.944).

En outre, **l'employeur doit s'assurer que la mise à la retraite ne soit ni**

brutale ni vexatoire. À défaut, et quand bien même l'employeur aurait suivi la procédure légale, le salarié serait recevable à demander des dommages-intérêts.

A cet égard, la Cour de cassation a rappelé que « le bien-fondé d'une demande de dommages-intérêts à raison des conditions vexatoires de la rupture du contrat de travail est indépendant du bien-fondé » de la mise à la retraite (Cass. soc., 10 juillet 2013, n°12-19.740).

Exceptions

Le Conseil d'État a jugé que **la procédure spéciale propre aux salariés protégés est applicable même lorsque l'ensemble des conditions relatives à la licéité de la mise à la retraite étaient remplies** (CE, 8 févr. 1995, n°134249, n°134963 et n°254364).

Ainsi, les représentants du personnel conservent le bénéfice de la protection statutaire. L'employeur devra donc, au préalable, convoquer le salarié à un entretien préalable, consulter le comité d'entreprise si le mandat le justifie puis saisir l'inspection du travail d'une demande d'autorisation de la mise à la retraite du salarié protégé.

La Direction Générale du Travail a précisé dans une circulaire du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés (Circ. DGT., 30 juillet. 2012, n°07/2012), les points de contrôle à la charge de l'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation de mise à la retraite d'un salarié protégé.

L'inspecteur du travail doit ainsi procéder au contrôle, entres autres, de la régularité de la procédure et du respect des conditions légales de la mise à la retraite.

Par ailleurs, la mise à la retraite doit s'exercer dans le respect du principe de non-discrimination ; elle ne peut ainsi être

décidée en raison de l'état de santé du salarié.

Lorsque l'employeur envisage de mettre un salarié à la retraite à l'occasion de difficultés économiques, il doit observer les dispositions relatives aux licenciements économiques en ce qu'elles impliquent la consultation des représentants du personnel et la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi lorsque les conditions légales en sont remplies.

La décision de mise à la retraite prise par l'employeur n'entraînera pas pour autant les effets d'un licenciement pour motif économique (Cass. soc., 18 mars 2008, n°07-40.269).

Enfin, **la mise à la retraite d'un salarié déclaré inapte par le médecin du travail est impossible**. Le cas échéant, l'employeur doit suivre la procédure classique de licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement (Cass. soc., 29 janvier 2002, n°99-41.028).

Les conséquences de la mise à la retraite

La mise à la retraite d'un salarié lui ouvre le droit à une indemnité de mise à la retraite au moins égale à l'indemnité de licenciement prévue à

l'article L. 1234-9 du code du travail (C. trav., art. L. 1237-7).

Tout employeur doit adresser à l'Urssaf dont il relève, au plus tard le 31 janvier de chaque année, **une déclaration indiquant le nombre de salariés partis en préretraite ou placés en cessation anticipée d'activité au cours de l'année civile précédente, leur âge et le montant de l'avantage qui leur est alloué**. Cette déclaration indique également le nombre de mises à la retraite à l'initiative de l'employeur et le nombre de salariés âgés de 55 ans et plus licenciés ou ayant bénéficié de la rupture conventionnelle mentionnée à l'article L. 1237-11 au cours de l'année civile précédant la déclaration (C. trav., art. L. 1221-18). **Le défaut de production de cette déclaration dans les délais prescrits entraîne une pénalité dont le montant est égal à 600 fois le taux horaire du Smic**.

Enfin, la mise à la retraite entraîne le paiement par l'employeur, en tout état de cause, **d'une contribution prélevée sur les indemnités allouées en cas de mise à la retraite au taux de 50%** (CSS, art., L. 137-12).

VIE DU CABINET

Le Cabinet a le plaisir de vous informer de l'arrivée de quatre associés : **Gilles Gaillard** (pôle corporate et assurance), **Valérie Lafarge-Sarkozy** (pôle contentieux), **Frédéric Manin** (pôle concurrence), **Frank Valentin** (pôle propriété intellectuelle et numérique et leurs équipes respectives).

Le Cabinet vous informe également de l'arrivée de **Flora Pouliquen**, qui a renforcé le pôle droit social en qualité de collaboratrice.

Marianne Franjou et **Marie Hindré** ont coécrit un article au sein du Monde du Droit du 31 mars 2017, décrivant le nouveau dispositif de lanceur d'alerte introduit par la Commission européenne.

Mickaël d'Allende et **Marine Buso** ont coécrit un article relatif aux clauses de désignation, au sein de la Semaine Juridique – Social n° 17.

