

A LA UNE : LA NOUVELLE CONVENTION D'ASSURANCE CHÔMAGE

Les partenaires sociaux ont conclu le 28 mars 2017 un accord visant à définir et adapter les règles d'indemnisation du chômage en France. Dans le prolongement de cet accord, ils ont signé une nouvelle convention d'assurance chômage le 14 avril 2017 pour trois ans.

Le ministère du travail a donné son agrément à cette convention le 4 mai 2017. Celle-ci, ainsi que les textes associés, applicables à tous les salariés du secteur privé ainsi qu'à leurs employeurs, entreront **en vigueur progressivement à compter du 1^{er} octobre 2017.**

Le nouveau Président de la République a toutefois l'intention de réformer les règles qui régissent l'assurance chômage. Il n'est donc pas exclu que les principaux changements énoncés ci-après soient de nouveau modifiés à brève échéance.

Les nouvelles mesures relatives aux prestations d'assurance chômage

Le **différé d'indemnisation spécifique**, qui s'applique avant le premier versement d'allocations en cas d'indemnités de rupture supra-légales, a été raccourci à **150 jours maximum** (au lieu de 180 jusqu'à présent). Il reste fixé à 75 jours maximum pour les salariés qui sont licenciés pour motif économique.

Cette mesure est applicable à compter du **1^{er} novembre 2017.**

Pour pouvoir bénéficier de l'allocation d'assurance chômage, **les salariés devront désormais avoir travaillé 610 heures ou 88 jours travaillés** (soit 4 mois de travail) - au lieu de 122 jours calendaires antérieurement - au cours des 28 derniers mois qui précèdent la fin de leur contrat de travail.

S'agissant des salariés âgés de plus de 53 ans - au lieu de 50 ans précédemment - la durée d'affiliation s'apprécie au cours des 36 mois qui précèdent la fin du contrat de travail.

En outre, **la durée maximale d'indemnisation diminue entre 50 et 55 ans.** Jusqu'à présent, la durée maximale d'indemnisation était de 36 mois à compter de 50 ans. A compter du 1^{er} novembre 2017 : 1) pour les personnes âgées de 50 à 52 ans au moment de la perte de leur emploi, la durée maximale sera de 24 mois (alignement sur le régime de droit commun, 2) pour les personnes de 53 à 54 ans, la durée maximale sera de 30 mois, 3) à compter de 55 ans, la durée maximale sera de 36 mois.

Le **salaires journalier de référence**, qui permet de déterminer le montant de l'allocation de retour à l'emploi, est **désormais calculé en divisant le salaire de référence par le nombre de jours travaillés durant la période de référence** (dans la limite de 261 jours), puis multiplié par 1,4 (7 jours divisés par 5) afin de convertir ce nombre sur une base calendaire. Jusqu'à présent, le salaire de référence était divisé par 365 (étaient ensuite retranchés au résultat les jours qui n'avaient pas donné lieu à une rémunération normale).

Enfin, les modalités de **cumul des allocations de retour à l'emploi avec des revenus d'activité non salariés** changent à compter du 1^{er} janvier 2018.

Les nouvelles mesures relatives aux cotisations d'assurance chômage

Une contribution exceptionnelle temporaire de 0,05% est mise en place. Elle est à la charge exclusive des employeurs et devra être versée pour tous les salariés.

Les majorations de contributions, qui étaient applicables aux contrats de travail à durée déterminée d'une durée inférieure ou égale à 3 mois, sont **supprimées.** Seule la taxation de +0,5% sur les contrats de travail à durée déterminée d'usage d'une durée inférieure à 3 mois est maintenue pendant 18 mois.

L'exonération de contributions qui était applicable pour l'**embauche en contrat de travail à durée indéterminée d'un salarié de moins de 26 ans** est quant à elle supprimée.

Ces mesures sont applicables à partir du **1^{er} octobre 2017**.

ACTUALITES JURISPRUDENTIELLES

Cass. soc., 11 mai 2017, n° 15-19.731 et 15-27.554

En l'espèce, un salarié avait obtenu sa requalification en CDI, le juge ayant requalifié la rupture des relations contractuelles en licenciement nul dans la mesure où le salarié bénéficiait de la protection des accidentés du travail (l'arrêt de travail du salarié qui avait été victime d'un accident du travail s'opposait à tout licenciement, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident du travail) au moment où l'employeur lui avait notifié la rupture automatique de son contrat de travail au terme prévu de celui-ci et alors qu'il était en arrêt.

Le salarié a reproché à la Cour d'appel de le débouter de sa demande tendant à bénéficier de la totalité des jours de congés payés (sous forme de report) qui n'ont pas été utilisés du fait de son exclusion de l'entreprise.

Les juges du fond puis la Cour de cassation l'ont débouté au motif que **la période d'éviction ouvre droit à une indemnité, mais « non à une acquisition de jours de congés »** de sorte qu'à son retour dans l'entreprise, le salarié se situera, sur ce point, dans la même situation qu'un salarié nouvellement embauché.

Cass. soc., 17 mai 2017, n° 15-19.300

La Cour de cassation rappelle qu'un fait unique peut suffire à caractériser le harcèlement sexuel et que par conséquent, la salariée avait établi *« un fait qui permettait de présumer l'existence d'un harcèlement sexuel »*.

En 2004, date à laquelle avait été commis le fait reproché, la définition du harcèlement sexuel ne faisait pas expressément référence à des *« agissements répétés »*. Aujourd'hui, le harcèlement sexuel peut prendre deux formes (C. trav., art. L. 1153-1 modifié par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012) :

- **des propos ou comportements** à connotation sexuelle **répétés** qui soit portent atteinte à la dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent une situation intimidante, hostile ou offensante ;
- des faits consistant en toute forme de **pression grave, même non répétée**, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

Sous l'empire du nouveau texte, **seul un acte isolé présentant un certain degré de gravité** pourra donc être assimilé à un harcèlement sexuel.

La Cour de cassation rappelle également que les obligations résultant des articles L. 1153-1 (interdiction du harcèlement sexuel) et L. 1153-5 (obligation pour l'employeur de prévenir ledit harcèlement) du code du travail sont distinctes de sorte que la méconnaissance de chacune d'elles, lorsqu'elle entraîne des préjudices distincts, peut ouvrir droit à des réparations spécifiques (à condition d'en rapporter la preuve).

Cass. soc., 23 mai 2017, n° 14-11.929

L'article L. 1132-1 du code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, entraînant la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif.

S'il est de jurisprudence constante que **la perturbation doit concerner le fonctionnement de l'entreprise dans son ensemble, et non pas seulement le fonctionnement du service dans lequel le salarié est affecté** (Cass. soc., 2 décembre 2009, n° 08-43.486 ; 1^{er} février 2017, n° 15-17.101), la Cour de cassation semble **assouplir cette jurisprudence lorsque le service**

concerné présente un caractère essentiel dans l'entreprise.

En l'espèce, il a été reproché à la Cour d'appel de s'être fondée sur « *une perturbation du seul service de prospection et de fidélisation de la clientèle, sans constater le caractère essentiel de ce service dans l'entreprise* ». **Il s'en déduit que la perturbation d'un service essentiel à l'entreprise peut justifier le licenciement.**

Cass. soc., 23 mai 2017, n° 15-24.507

La mise en place d'un système d'astreintes suppose soit un accord collectif, soit une décision unilatérale de l'employeur prise après consultation des représentants du personnel et information de l'inspecteur du travail (C. trav., art. L. 3121-11 et L. 3121-12).

La Cour de cassation précise que **l'accord des parties ne saurait se substituer aux formalités substantielles.**

En l'espèce, un salarié avait signé un avenant à son contrat de travail fixant sa nouvelle rémunération – à la suite d'une promotion – et incluant l'accomplissement de différentes astreintes.

Un an après, et alors qu'il refusait d'accomplir lesdites astreintes, son employeur l'a licencié pour faute grave. La Cour d'appel a donné raison à l'employeur en estimant que le salarié ne pouvait remettre en cause unilatéralement un engagement contractuel.

La Cour de cassation a censuré ce raisonnement, rappelant qu'**un salarié peut légitimement refuser d'accomplir des astreintes dont la mise en place résulte uniquement d'une clause du contrat de travail**, sans que le préalable de l'accord collectif ou de la consultation des représentants du personnel ait été observé.

Cass. soc., 23 mai 2017, n° 15-22.223

Dans cette décision, rendue notamment en vertu du principe de non-discrimination (C. trav., art. L. 1132-1), la Cour de cassation rappelle que « **le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celui des douze ou des trois derniers mois précédant l'arrêt de travail pour**

maladie » et ce, nonobstant l'existence d'une disposition conventionnelle le prévoyant.

Cass. soc., 23 mai 2017, n° 16-11.296

Certaines dispositions conventionnelles permettent à une commission de discipline, saisie par un salarié avant que la sanction envisagée par l'employeur à son encontre ne devienne définitive, **d'émettre un avis qui sera soit consultatif soit impératif.**

Si l'employeur ne suit pas un avis impératif, il risque de voir le licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse.

Cass. soc., 23 mai 2017, n° 15-25.250

Lorsqu'un élu utilise des **heures de délégation sur le temps libre dont il bénéficie au titre de la contrepartie obligatoire en repos due au titre des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel**, ses heures ne doivent **pas faire l'objet d'une rémunération supplémentaire.**

En effet, la Cour de cassation précise que dans ce cas, **le temps de repos acquis au titre du dépassement du contingent d'heures doit simplement faire l'objet d'un report.**

L'arrêt rappelle que « *ce n'est que lorsque le contrat de travail prend fin avant que le salarié ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il a droit ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos qu'il reçoit une indemnité en espèces dont le montant correspond à ses droits acquis* » (C. trav., art. D. 3121-14 devenu D. 3121-23).

Cass. soc., 1^{er} juin 2017, n° 15-23.522

Pour justifier les erreurs et négligences l'ayant conduit à licencier un salarié pour insuffisance professionnelle, un employeur avait produit différentes pièces devant le Conseil de prud'hommes et notamment, des courriels échangés entre le salarié et sa direction *via* la messagerie professionnelle mise à sa disposition.

En l'espèce et pour la première fois, la Cour de cassation précise que l'absence de déclaration simplifiée à la Commission nationale de l'informatique

et des libertés (Cnil) ne rend pas illicite la production en justice des courriels adressés par l'employeur ou par le salarié via la messagerie professionnelle.

Pour rappel, un système de messagerie électronique professionnelle, permettant l'enregistrement et la conservation des courriels dans le système informatique de l'entreprise et la surveillance globale des données entrantes et sortantes, doit faire l'objet d'une déclaration à la Cnil (en l'absence de désignation d'un correspondant informatique et libertés). Tant qu'il ne s'accompagne pas d'un dispositif de contrôle individuel de l'activité des salariés, une déclaration simplifiée suffit ; il s'agit d'un simple engagement de conformité à la norme simplifiée n° 46 de la Cnil.

En l'espèce, et alors que la Cour d'appel avait estimé que ces preuves étaient illicites, la haute juridiction pose le principe selon lequel

« l'absence de déclaration simplifiée d'un système de messagerie électronique professionnelle non pourvu d'un contrôle individuel de l'activité des salariés, qui n'est dès lors pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés au sens de l'article 24 de la loi "informatique et libertés", ne rend pas illicite la production en justice des courriels adressés par l'employeur ou par le salarié dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés et conservés par le système informatique ».

A ce sujet, il convient de rappeler que la **Cour européenne des droits de l'homme a récemment reconnu à l'employeur le droit de consulter la messagerie professionnelle d'un salarié dès lors que le règlement intérieur interdit l'usage à titre privé des instruments mis à sa disposition pour exercer son activité professionnelle** (CEDH, 12 janvier 2016, n° 61496/08).

EN BREF

Publication d'un **décret n° 2017-888 du 6 mai 2017** relatif aux règles procédurales applicables aux actions de groupe régies par la loi « J21 ». Il comporte notamment des dispositions spécifiques à l'action de groupe relative à une discrimination imputable à un employeur.

Publication d'un **décret n° 2017-999 du 10 mai 2017** relatif aux droits à retraite des personnes handicapées.

Publication d'un **décret n° 2017-1020 du 10 mai 2017** relatif à la prise en charge financière

des défenseurs syndicaux intervenant en matière prud'homale.

Publication d'un **arrêté du 10 mai 2017** qui fixe, en application de l'article 146 de la loi de finances pour 2016, la liste des maladies professionnelles provoquées par l'amiante susceptible d'ouvrir droit à l'allocation de cessation anticipée d'activité.

LE COIN DU PRATICIEN : LE STATUT DE CADRE DIRIGEANT

Le salarié cadre dirigeant n'est pas soumis aux règles légales relatives à la durée du travail, offrant la souplesse nécessaire à l'exercice des plus hautes fonctions de l'entreprise.

Il convient cependant de porter une attention particulière aux textes et à la jurisprudence applicable en la matière.

Une triple condition légale

Aux termes de l'article L. 3111-2 du code du travail, sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les salariés :

- auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique **une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps** ;
- qui sont habilités à prendre des décisions de façon **largement autonome** ;
- qui perçoivent **une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés** des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement.

En dehors des critères légaux et jurisprudentiels, le statut de cadre dirigeant ne nécessite ni accord préalable entre l'employeur et le salarié ni classification conventionnelle particulière (Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 09-67.798).

La participation à la direction de l'entreprise

La Cour de cassation exige que le salarié cadre dirigeant participe à la direction de l'entreprise (Cass. soc., 4 février 2016, n° 14-23.663).

Les juges du fond ont l'obligation, afin de caractériser le statut de cadre dirigeant d'un salarié, de rechercher s'il avait effectivement participé à la direction de l'entreprise. Une telle condition a pu faire défaut concernant les salariés exerçant les fonctions de :

- responsable de la collection homme d'une société d'habillement (Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-24.412) ;

- directeur technique (Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-20.817) ;
- responsable d'agence (Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 12-19.759).

Se pose ainsi la question de l'articulation entre les critères légaux définissant le cadre dirigeant et cette exigence jurisprudentielle.

En pratique, la participation à la direction de l'entreprise **ne constitue pas « un critère autonome et distinct » se substituant aux trois critères légaux**. La participation à la direction de l'entreprise **résulte de la combinaison des critères légalement énumérés**. Ainsi, la qualification de cadre dirigeant ne peut être écartée au seul motif « *qu'il n'est pas démontré que le salarié participait réellement à la direction de l'entreprise* » (Cass. soc., 22 juin 2016, n° 14-29.246).

Un statut soumis à l'appréciation par le juge

Le statut de cadre dirigeant est soumis à l'appréciation, par le juge, **des conditions réelles d'exercice du contrat de travail** (Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 15-10.987 ; 11 janvier 2017, n° 14-21.548).

En pratique, la qualité de cadre dirigeant a été **écartée** concernant :

- un directeur d'établissement qui, **en pratique, ne disposait pas d'une large autonomie de décision** (Cass. soc., 11 janvier 2017, n° 14-21.548) ;
- un salarié qui **rendait compte régulièrement** (chaque semaine) des questions traitées à sa direction, ce qui caractérisait son **absence d'autonomie** (Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 12-13.229).

En revanche, la qualité de cadre dirigeant a été **retenue** concernant :

- un salarié **membre du comité de direction**, disposant d'une grande indépendance et d'une large autonomie, percevant une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés pratiqués dans l'entreprise, caractérisant sa

participation à la direction de l'entreprise (Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 15-10.987) ;

- un salarié disposant d'une **large délégation de pouvoir**, investi des pouvoirs de surveillance et de contrôle du respect de la réglementation du travail, présidant le CHSCT et le CE, et disposant d'une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, avec un niveau de rémunération parmi les plus élevés de l'établissement (Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-28.303).

Il a également très récemment été jugé que l'exercice des fonctions d'un salarié à un niveau décentralisé de l'entreprise n'exclut pas la qualification de cadre dirigeant (Cass. soc., 11 mai 2017, n°15-27.118).

Les conséquences de la reconnaissance du statut de cadre dirigeant

Les salariés cadres dirigeants **ne sont pas soumis à la législation relative à la durée du travail** :

- repos quotidien ;
- repos hebdomadaire ;

- durées maximales de travail (quotidienne, hebdomadaire) ;
- contrôle de la durée du travail ;
- heures supplémentaires ;
- jours fériés ;
- travail de nuit.

Ils bénéficient toutefois des règles relatives :

- aux congés annuels payés ;
- aux repos obligatoires des femmes en couches ;
- aux congés non rémunérés ;
- aux congés pour événements familiaux ;
- au compte épargne-temps ;
- à l'hygiène, à la sécurité et aux conditions de travail ;
- à la médecine du travail.

Par ailleurs, la qualité de cadre dirigeant **n'exclut pas le salarié du lien de subordination** l'unissant à l'employeur. En effet, ce dernier conserve son pouvoir de direction et de sanction à l'égard du salarié (Cass. soc., 13 juin 2001, n°99-43.224).

Enfin, le salarié cadre dirigeant est **soumis à un contrôle plus strict s'agissant de son obligation de loyauté et de sa liberté d'expression** (Cass. soc., 6 octobre 2016, n° 15-19.588).

VIE DU CABINET

Quand un salarié attaque son employeur et se retrouve... condamné à lui verser plus de 25.000 euros (!) : le Cabinet a obtenu une décision dans laquelle la Cour d'appel de Paris a débouté un salarié de sa demande tendant à voir juger sa prise d'acte comme produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'a également condamné, à titre reconventionnel, à indemniser son employeur qui sollicitait l'application de la clause de dédit-formation acceptée par le salarié, en sus du paiement du préavis non exécuté par ce dernier.

Le Cabinet a le plaisir de vous informer de l'arrivée de **Laure Mercier**, qui a renforcé le pôle droit social en qualité de collaboratrice.

Mickaël d'Allende et **Marine Buso** ont coécrit un article qui sera publié au sein du prochain numéro de la Semaine Juridique – Social (n°26) du 4 juillet 2017, intitulé : «*Repos hebdomadaire : précisions sur le champ d'application des dérogations*».

Mickaël d'Allende est intervenu le 31 mai 2017 au sein du certificat d'études spécialisées en droit social du Diplôme de juriste conseil d'entreprise (DJCE), sur les politiques salariales et de rémunération.

