


Retrouvez Actance sur :

- Sa page LinkedIn ;
- Son application mobile : Vous pouvez la télécharger sur l'[AppStore](#) (iOS) ou [PlayStore](#) (Android).
- Son site internet : www.actanceavocats.com



RELATIONS INDIVIDUELLES

PSE – Indemnité supra conventionnelle – Assiette de calcul – Exclusion de la participation et de l'intéressement

Rappel : Les modalités de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement sont identiques à celles de l'indemnité légale de licenciement. Elles sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture de son contrat de travail (L. 1234-9 du Code du travail).

Le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié (article R. 1234-4 du Code du travail) :

- Soit le douzième de la rémunération des 12 derniers mois précédant le licenciement ;
- Soit le tiers des 3 derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion.

Les primes d'intéressement et de participation peuvent entrer dans l'assiette de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement, si les dispositions de la convention collective l'ont prévu (Cass. Soc., 9 novembre 2011, n° 09-72.514).

Cass. Soc., 7 septembre 2017, n° 16-12.473

Dans le cadre d'un PSE, une entreprise s'était engagée à verser aux salariés licenciés pour motif économique une indemnité supra conventionnelle de licenciement. Cette indemnité s'ajoutait à l'indemnité conventionnelle de licenciement.

La convention collective applicable à l'entreprise prévoyait l'intégration de la participation et l'intéressement dans l'assiette de calcul de l'indemnité conventionnelle.

A la suite de son licenciement, un salarié a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement d'un rappel d'indemnité supra conventionnelle de licenciement.

Le salarié estimait que l'assiette de calcul de l'indemnité supra conventionnelle était identique à celle de l'indemnité conventionnelle.

Selon lui, dans la mesure où la convention collective prévoyait l'intégration de la participation et de l'intéressement dans l'assiette de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement, il devait en être de même pour l'indemnité supra conventionnelle prévue par le PSE.

La Cour d'appel et la Cour de cassation ont débouté le salarié de sa demande au motif que le PSE ne prévoyait pas une telle assiette de calcul de l'indemnité supra conventionnelle.

En l'espèce, le PSE prévoyait que « *la rémunération de référence prévue par le PSE est la rémunération moyenne brute des 12 derniers mois précédant le licenciement, incluant l'ensemble des sommes soumise à charges sociales* ».

Or, la participation et l'intéressement n'étant pas expressément visés et soumis à charges sociales, ils n'entraient pas dans l'assiette de l'indemnité supra conventionnelle prévue au PSE.

Ce principe s'applique également pour les autres indemnités prévues par le PSE dont notamment, en l'espèce, « *l'indemnité complémentaire d'aide au projet personnel* ».

Autrement dit, les primes telles que la participation et l'intéressement ne sont prises en compte dans le calcul de l'indemnité supra conventionnelle qu'à condition que le PSE le prévoit expressément.

Note : En pratique, il convient donc d'appliquer 2 modes de calcul :

- L'un pour l'indemnité conventionnelle de licenciement : en vertu de la convention collective applicable, la participation et l'intéressement sont inclus dans l'assiette de calcul ;
- L'un pour l'indemnité supra conventionnelle de licenciement : la participation et l'intéressement ne sont pas pris en compte en l'absence de disposition en ce sens dans le PSE.

Forfait jours – Statut de cadres dirigeants – Revendication par l'employeur (NON)

Rappel : Les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la durée du travail.

Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant, les cadres :

- 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 (article L. 3111-2 du Code du travail).

Ces 3 conditions sont cumulatives.

Cass. Soc., 7 septembre 2017, n° 15-24.725

Dans cette affaire, un cadre a été engagé en qualité de responsable au sein d'une entreprise et soumis à une convention de forfait jours.

Il a sollicité auprès de son employeur le paiement de ses heures supplémentaires car il estimait que sa convention de forfait en jours était nulle, à défaut de prévoir des dispositions relatives au contrôle des heures travaillées et à la charge de travail.

Face au refus de son employeur, le salarié a pris acte de la rupture de son contrat de travail.

Pour sa défense, l'employeur a demandé aux juges d'écarter l'application de la convention de forfait. Il faisait valoir que les conditions réelles de travail du salarié lui conféraient la qualité de cadre dirigeant, de sorte qu'il ne pouvait pas être soumis au forfait jours.

La Cour d'appel a rejeté cet argument et donné raison au salarié.

Les juges ont procédé à une application stricte de la promesse d'embauche signée par le salarié et l'employeur. Celle-ci précisait que le salarié occupait « *un emploi de la catégorie cadre* », « *régi par un accord d'annualisation du temps de travail sur la base de 218 jours* ».

Saisie du pourvoi, la Cour de cassation a confirmé cette position considérant que lorsque le salarié est soumis à une convention individuelle de forfait en jours, les juges n'ont « *pas à procéder à une*

recherche sur l'éventuelle qualité de cadre dirigeant ».

Les juges se sont ensuite penchés sur la convention de forfait en jours. Celle-ci a été déclarée nulle. Le salarié avait donc droit au paiement de ses heures supplémentaires.

Autrement dit, lorsque les parties ont conclu une convention de forfait en jours dans le cadre du contrat de travail (ou d'une promesse d'embauche), l'employeur ne peut revendiquer postérieurement l'application du statut de cadre dirigeant.

Messagerie électronique – Utilisation par les salariés – Surveillance par l'employeur – Modalités fixées par la CEDH

CEDH., Grande chambre, 5 septembre 2017, n° 61496/08 Barbulescu c. Roumanie

Un ingénieur roumain a créé, à la demande de son employeur, un compte de messagerie instantanée pour répondre aux demandes des clients.

L'employeur a surveillé, pendant une semaine, les communications passées par le salarié via cette messagerie et constaté que celui-ci avait utilisé à plusieurs reprises cette messagerie, pendant ses horaires de travail et depuis l'ordinateur de l'entreprise, à des fins personnelles.

L'employeur a alors décidé de le licencier pour violation des dispositions du règlement intérieur prohibant l'utilisation de l'ordinateur professionnel à des fins personnelles. L'employeur produisait en justice le contenu des conversations personnelles.

Les juridictions roumaines ont validé le licenciement. Le salarié a alors porté l'affaire devant la CEDH en faisant valoir que son licenciement était intervenu en violation de l'article 8 de la CESDH sur le droit au respect de la vie privée et de la correspondance.

Une première fois déjà en 2016, la CEDH a jugé que la surveillance effectuée par l'employeur de ces correspondances était « raisonnable » dans le

contexte d'une procédure disciplinaire (CEDH, 12 janvier 2016, n° 61496/08).

Le salarié a interjeté appel. Après réexamen, la Grande chambre de la CEDH a finalement donné raison au salarié estimant que les tribunaux nationaux n'avaient pas suffisamment protégé le droit du salarié au respect de sa vie privée et de sa correspondance.

Pour les hauts magistrats, l'employeur ne peut, dans le cadre du règlement intérieur, « réduire à néant l'exercice de la vie privée sociale sur le lieu de travail. Le respect de la vie privée et de la confidentialité des communications continue à s'imposer, même si ces dernières peuvent être limitées dans la mesure du nécessaire ».

Autrement dit, un règlement intérieur ne saurait interdire de manière générale et absolue les communications non professionnelles sur le lieu de travail.

Toutefois, la CEDH n'interdit pas à l'employeur de mettre en place des mesures de surveillance des communications électroniques personnelles des salariés à condition qu'elles soient proportionnées et qu'elles s'accompagnent de garanties suffisantes contre les abus de l'employeur.

En pratique, il faut trouver un « juste équilibre » entre le respect de la vie privée des salariés et le droit de l'employeur à prendre des mesures pour assurer le bon fonctionnement de l'entreprise.

La CEDH recommande aux juridictions nationales, placées dans une telle situation, de vérifier que :

- les salariés ont été préalablement informés de la surveillance par l'employeur de leurs communications électroniques ;
- la surveillance est limitée quant à son étendue et son degré d'intrusion dans la vie privée du salarié ;
- l'employeur a avancé des motifs légitimes pour justifier d'une telle surveillance voire de l'accès à leur contenu ;
- les modalités de surveillance sont strictement nécessaires à l'objectif poursuivi ;
- le salarié bénéficie de garanties suffisantes, permettant d'empêcher à l'employeur d'avoir

accès au contenu des communications sans que le salarié en ait été préalablement averti.

Le juge doit prendre en compte également les conséquences de la surveillance pour le salarié ainsi que l'utilisation qui a été faite par l'employeur des résultats de cette surveillance.

La Grande chambre a reproché aux juridictions roumaines de ne pas avoir procédé à l'examen de ces différents éléments.

Note : La France tient déjà compte de la plupart des éléments dégagés par la CEDH, de sorte que la pratique des employeurs ne devrait pas évoluer avec cet arrêt.

En effet, il est de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que l'employeur :

- peut consulter, en dehors de la présence du salarié, sa messagerie professionnelle (Cass. Soc., 15 décembre 2010, n° 08-42.486) ;
- ne peut pas consulter les messages, émis et reçus sur la messagerie professionnelle,

identifiés comme personnels (Cass. Soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942) ;

- ne peut pas consulter la messagerie personnelle d'un salarié (Cass. Soc., 26 janvier 2016, n° 14-15.360) et ce, même s'ils sont émis et reçus grâce à un outil informatique mis à disposition pour son travail (Cass. Soc., 7 avril 2017, n° 14-27.949).

Si l'employeur souhaite contrôler l'usage de la messagerie électronique de ses salariés, il doit en informer ces derniers préalablement (article L. 1222-4 du Code du travail) et consulter le CE (article L. 2323-47 du Code du travail). De plus, ce contrôle doit être justifié par la tâche à accomplir et proportionné au but recherché (article L. 1121-1 du Code du travail).

En outre, la France oblige l'employeur à déclarer les systèmes de surveillance individuelle des salariés sur la messagerie. A défaut d'une telle déclaration, les courriels ne peuvent être opposés au salarié à l'appui d'une sanction (Cass. Soc., 1^{er} juin 2017, n° 15-23.522).

Législation et réglementation

Réforme du Code du travail – Décision du Conseil constitutionnel validant la Loi d'habilitation

Le 9 août 2017, 60 députés ont saisi le Conseil constitutionnel pour contester la conformité du projet de loi d'habilitation autorisant le gouvernement à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Ils estimaient :

- d'une part, que la procédure d'adoption du projet de loi était irrégulière ;
- d'autre part, que certains articles du projet de loi étaient inconstitutionnelles car ils n'étaient pas suffisamment précis.

Le Conseil constitutionnel a, par décision du 7 septembre 2017, validé la loi d'habilitation. Les Sages ont jugé que les dispositions prévues par la loi étaient conformes à la Constitution.

Les prochaines étapes sont :

- la publication de la loi au Journal officiel ;
- la publication des ordonnances à l'issue de leur examen en Conseil des ministres prévu le 22 septembre.

Arrêté du 1er septembre 2017 fixant le plafond de remboursement des organismes prenant en charges des formations éligibles au titre de l'engagement citoyen

Inclus dans le compte personnel d'activité (CPA), le compte d'engagement citoyen (CEE) permet à son titulaire, depuis le 1^{er} janvier 2017 d'acquérir des heures sur son compte personnel de formation (CPF) à raison d'activités bénévoles ou de volontariat.

Ces heures acquises au titre du CEE permettent de financer des formations éligibles au CPF.

Ces heures sont financées principalement par l'Etat (article L. 5151-11 du Code du travail).

L'Etat rembourse l'organisme ayant pris en charge la formation au titre des heures acquises par le CEE.

Le montant du remboursement est fixé par l'arrêté du 1^{er} septembre 2017.

Le plafond horaire du remboursement est fixé à 12 €, à l'exception des formations destinées à permettre aux bénévoles et aux volontaires en service civique ainsi qu'aux sapeurs-pompiers volontaires d'acquérir les compétences nécessaires à l'exercice de leurs missions pour lesquelles le plafond est fixé à 7 €.

Décret n° 2017-1230 du 3 août 2017 relatif aux provocations, diffamations et injures non publiques présentant un caractère raciste ou discriminatoire

Ce décret participe à lutter contre les manifestations de racisme, de sexisme et d'homophobie pouvant se produire dans des lieux non publics, comme au sein des entreprises.

A ce titre, il renforce la répression des contraventions de provocation, diffamations et injures non publiques à caractère raciste, sexiste, homophobe, ou handiphobe.

Les diffamations et injures non publiques constituent dorénavant, comme les provocations, des contraventions de la 5^{ème} classe, punies d'une amende maximale de 1 500 € (3000 € en cas de récidive) et non plus des contraventions de 4^{ème} classe (750 €).

Des peines complémentaires peuvent également être prononcées.

PARIS

152 bis, rue de Longchamp – 75116 Paris
Tél. : 33 (0)1 44 94 96 00
www.actanceavocats.com

NICE

1, rue Louis Gassin – 06300 Nice
Tél. : +33 (0)4 93 80 79 50
www.actanceavocats.com



Firme entrepreneuriale
de plus de 5 ans

2016



Réorganisation, restructuration
sociale et contentieux associés

2016

Restez connectés avec Actance :

