

NEWSLETTER / SOCIAL

L'actualité en droit social

Abus de droit : attention au départ à la retraite déguisé en licenciement

Dans un arrêt en date du 10 septembre 2020 ([CAA Nantes, 10 septembre 2020, 18NT04344](#)), la Cour administrative d'appel de Nantes a confirmé le redressement par l'Administration fiscale d'une indemnité transactionnelle en la requalifiant, selon la procédure d'abus de droit, en une indemnité de départ volontaire à la retraite soumise à impôt sur le revenu.

Dans cette affaire, un cadre dirigeant ayant une ancienneté de 39 ans au sein d'un même groupe a été licencié le 22 octobre 2012, pour motif personnel en raison d'une « divergence de stratégie », avec dispense de préavis.

La société reprochait au salarié d'avoir volontairement entravé le bon fonctionnement de la région dont il avait la responsabilité et d'avoir eu une attitude de résistance inacceptable et préjudiciable à l'image de la communauté managériale du groupe en ayant manifesté de façon publique et répétée son désaccord relatif au projet de réorganisation, considéré que son périmètre de responsabilité était réduit et refusé d'obtempérer et de signer les lettres de délégations qui lui étaient destinées.

Il apparaît que le salarié pouvait déjà bénéficier d'une retraite pleine et entière qu'il a liquidée à la suite de son licenciement.

Après une contestation du bien-fondé de son licenciement, le salarié a obtenu dans le cadre d'une transaction, signée un mois plus tard, le versement d'une indemnité transactionnelle en réparation de ses préjudices économique, personnel et de carrière.

Considérant que l'indemnité transactionnelle n'était pas soumise à impôt sur le revenu en application des dispositions de l'article 80 duodecies du Code Général des impôts, l'intéressé n'a pas déclaré cette indemnité au titre de ses revenus.

Sur le fondement de l'abus de droit, l'administration a remis en cause l'exonération de l'indemnité transactionnelle en la requalifiant en indemnité de départ volontaire à la retraite, indemnité intégralement imposable.

Pour valider ce redressement, la Cour administrative d'appel se fonde sur la fictivité du licenciement résultant de plusieurs éléments factuels :

- cinq jours à peine après la signature de la transaction, l'ancien salarié est recruté, dans le cadre d'un cumul emploi-retraite, par une filiale du même groupe, afin d'assurer la fonction de conseiller auprès du PDG ;
- l'ancien salarié a assuré des fonctions de représentation alors qu'il était dispensé d'effectuer son préavis.
- l'ancien salarié n'a pas démissionné de l'ensemble des mandats qu'il détenait dans les sociétés et les filiales du groupe, contrairement à ce qui était mentionné dans le protocole transactionnel.

Sur la base de ces éléments, la Cour administrative d'appel en a déduit que le licenciement pour motif personnel était contredit par la persistance des liens unissant l'ancien salarié au groupe et en a déduit qu'il s'agissait en réalité d'un départ à la retraite déguisé en licenciement.



Chantal Giraud-van Gaver
Associée / Partner

van-gaver@coblence-avocats.com



Justine Moreau
Collaboratrice / Associate

moreau@coblence-avocats.com



coblence
avocats

Compte tenu du contexte du licenciement et du maintien, a posteriori, à des fonctions de représentation du groupe d'un cadre dirigeant licencié justement pour divergences de stratégie, la décision de la Cour administrative d'appel n'est pas surprenante.

Il convient toutefois d'y apporter une attention particulière et d'être particulièrement vigilant, tant du côté du salarié que de l'employeur, puisque l'administration fiscale pourrait aller plus loin en réclamant le paiement de la pénalité (pouvant aller jusqu' à 80%) à la société, bien qu'elle n'en soit pas bénéficiaire, sur le fondement de la solidarité des parties à l'acte dans l'abus de droit.

ACTUALITÉ LÉGISLATIVE

➤ [Décret n° 2020-1188 du 29 septembre 2020 relatif à l'activité partielle et au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable](#)

Le décret n°2020-1188 du 29 septembre 2020 précise et adapte certaines mesures concernant l'activité partielle « classique » et le dispositif spécifique de l'activité partielle de longue durée (APLD).

Il procède au maintien du taux horaire de l'allocation versée à l'employeur, dans le cadre de l'activité partielle de longue durée, à 60% de la rémunération horaire brute, dans la limite de 4,5 fois le taux horaire du salaire minimum interprofessionnel de croissance et ce, quelle que soit la date de transmission de l'accord ou du document.

En outre, le décret crée un autre cas dispensant l'employeur d'avoir à rembourser les allocations perçues, toujours dans le cadre de l'APLD, dans le cas où les perspectives d'activité se sont dégradées par rapport à celles prévues dans l'accord collectif ou le document unilatéral de l'employeur.

Enfin, il prévoit qu'à compter du 1er octobre 2020, le délai de 15 jours dont dispose la DIRECCTE pour répondre aux demandes d'autorisations préalables d'activité partielle « classique » est réinstauré alors que le délai de 2 jours prévu depuis le 1er mars 2020 devait continuer à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2020.

➤ [Décret n° 2020-1170 du 25 septembre 2020 portant modification du décret n° 2020-810 du 29 juin 2020 portant modulation temporaire du taux horaire de l'allocation d'activité partielle](#)

Le décret n°2020-1170 du 25 septembre 2020 proroge jusqu'au 31 octobre 2020 la durée d'application des dispositions du décret n° 2020-810 du 29 juin 2020 qui prévoyait, pour la période du 1er juin au 30 septembre 2020, que le taux horaire de l'allocation d'activité partielle était égal à 60% de la rémunération horaire brut et, par dérogation, à 70% de cette même rémunération pour les entreprises particulièrement touchées par les conséquences de la Covid.

➤ [Décret n° 2020-1123 du 10 septembre 2020 modifiant le décret n° 2020-810 du 29 juin 2020 portant modulation temporaire du taux horaire de l'allocation d'activité partielle](#)

Le décret n° 2020-1123 du 10 septembre 2020 étend la liste des secteurs d'activité qui bénéficient du taux majoré d'allocation d'activité partielle (de 70%) en y intégrant notamment celui de la distribution de films cinématographiques et de galeries d'art.

➤ [Décret n° 2020-1131 du 14 septembre 2020 relatif à la reconnaissance en maladies professionnelles des pathologies liées à une infection au SARS-CoV2](#)

Le décret n°2020-1131 du 14 septembre 2020 prévoit que les « affections respiratoires aiguës causées par une infection au SARS-CoV2 » sont prises en charge comme maladie professionnelle.

A ce titre, il crée deux nouveaux tableaux de maladie professionnelle « affections respiratoires aiguës liées à une infection au SARS-CoV2 » et permet également pour les affections qui ne seraient pas désignées dans ces tableaux et non contractées dans les conditions prévues par ceux-ci, la possibilité de demander la reconnaissance en tant que maladie professionnelle après instruction de cette demande par le comité de reconnaissance des maladies professionnelles unique.



➤ Protocole sanitaire

Un nouveau [protocole sanitaire](#) applicable à compter du 1^{er} septembre 2020 a été diffusé et mis à jour le 17 septembre dernier. S'il reprend en grande partie des mesures déjà présentes dans l'ancien protocole, il prévoit, tout de même, quelques nouveautés.

La mesure phare est celle du port du masque obligatoire au sein des entreprises dans les lieux collectifs clos. Cependant, certaines adaptations sont prévues notamment afin de répondre aux spécificités de certaines activités ou secteurs professionnels.

Le télétravail est également évoqué. Il doit être privilégié pour les travailleurs à risques de formes graves de Covid-19 lorsque cela est possible et en tout état de cause, « *reste une pratique recommandée en ce qu'il participe à la démarche de prévention du risque d'infection au SARS-CoV-2 et permet de limiter l'affluence dans les transports en commun* ».

Afin d'accompagner les entreprises et les salariés dans la mise en place du protocole sanitaire, plusieurs [questions-réponses](#) ont été mises en ligne. Ils concernent notamment les masques, le protocole sanitaire au travail et le télétravail.

➤ APLD : régime social

Dans une [note datée du 9 septembre 2020](#), l'URSSAF précise le régime social de l'indemnité versée au salarié dans le cadre de l'APLD.

Qualifiée de revenu de remplacement, l'indemnité est exclue de l'assiette des cotisations et contributions sociales mais soumise à la CSG et CRDS au taux de 6,70%.

Dans l'hypothèse où l'employeur verse une indemnité complémentaire, et si la rémunération est inférieure à 4,5 Smic, et que l'indemnité globale excède 3,15 Smic, l'URSSAF précise que « la part de l'indemnité complémentaire excédant cette limite est assujettie aux cotisations et contributions de droit commun ». Si la rémunération est supérieure ou égale à 4,5 Smic, « la part de l'indemnité globale excédant 3,15 Smic est soumise aux cotisations et contributions de droit commun ».

➤ Activité partielle : monétisation des jours de repos

Dans une [note datée du 21 septembre 2020](#), l'URSSAF a revu sa position concernant le régime social de la monétisation des jours de repos.

La loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 prévoit de monétiser des jours de repos conventionnels ou une partie des congés annuels excédant 24 jours ouvrables, dans la limite de 5 jours pour les salariés en activité partielle, afin qu'ils bénéficient d'une meilleure indemnisation. Cette monétisation est prévue selon deux types d'accords :

- un accord d'entreprise ou de branche peut autoriser l'employeur à imposer aux salariés placés en activité partielle bénéficiant du maintien intégral de leur rémunération, sur le fondement de stipulations conventionnelles, d'affecter des jours de repos conventionnels ou une partie de leur congé annuel excédant vingt-quatre jours ouvrables à un fonds de solidarité pour être monétisés en vue de compenser tout ou partie la diminution de rémunération subie, le cas échéant, par les autres salariés placés en activité partielle ;
- un accord d'entreprise ou de branche peut autoriser la monétisation des jours de repos conventionnels ou d'une partie des congés annuels excédant vingt-quatre jours ouvrables, sur demande d'un salarié placé en activité partielle en vue de compenser tout ou partie de la diminution de rémunération qu'il a subie, le cas échéant.

Désormais, l'URSSAF estime que lorsque la somme globale, c'est-à-dire l'indemnité d'activité partielle et la somme monétisée, n'excède pas 3,15 Smic, celle-ci n'est pas soumise à cotisations et contributions sociales car elle est assimilée à un revenu de remplacement. La solution contraire s'applique en cas de dépassement du seuil de 3,15 Smic, la somme étant assimilée à un revenu d'activité.

➤ RGPD

La CNIL a publié un communiqué le 27 août 2020 concernant les badgeuses photos.

Après avoir rappelé les textes applicables en la matière à savoir notamment l'article 5 du RGPD dont l'esprit est repris par l'article L. 1121-1 du Code du travail, la CNIL a constaté que les dispositifs des badgeuses photos étaient contraires au principe de minimisation selon lequel les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées.

En effet, elle considère que la collecte obligatoire et systématique jusqu'à 4 fois par jour, de la photo du salarié, est excessive et que les badgeuses à badge classiques permettent d'assurer un contrôle satisfaisant des horaires de travail des agents.

ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE

❑ Exécution du contrat

- [Les heures supplémentaires enregistrées dans un logiciel de pointage informatiques mis à disposition par l'employeur sont réputées être implicitement autorisées par celui-ci \(Cass. soc., 8 juillet 2020, n°18-23.366\).](#)

Un salarié, représentant technique, est embauché par une société d'aéronautique moyennant une rémunération mensuelle de base horaire de 38 heures et une indemnité de fonction forfaitaire « heures supplémentaires incluses déterminées sur une moyenne hebdomadaire de 41 heures 50 ».

Il décide d'agir en justice afin d'obtenir le paiement d'heures supplémentaires au-delà de celles prévues à son contrat.

La Cour d'appel ayant fait droit à la demande du salarié, l'employeur se pourvoit en cassation considérant notamment qu'à défaut d'autorisation expresse de sa part, dans les formes et selon les modalités prévues, le salarié ne saurait se prévaloir de l'accord implicite de ce dernier pour réaliser des heures supplémentaires.

La Cour de cassation confirme l'arrêt rendu qui a pu déduire l'existence d'un accord implicite de l'employeur dans la réalisation des heures supplémentaires, celles-ci étant comptabilisées par pointage informatique de sorte que l'employeur était nécessairement informé des heures réalisées.

- [L'obligation d'adaptation des salariés par l'employeur \(Cass. soc., 8 juillet 2020, n°19-12.105\)](#)

Un salarié, employé d'immeuble, est licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Il décide de saisir la juridiction prud'homale notamment d'une demande de dommages et intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de formation.

La Cour d'appel n'a pas fait droit à sa demande aux motifs que le salarié ne produisait aucun élément démontrant qu'il ne disposait pas des capacités nécessaires pour exercer ses fonctions ni que des évolutions auraient rendu nécessaire une formation. Elle a également constaté que le salarié n'a pas indiqué avoir demandé à son employeur de bénéficier d'une quelconque formation ni s'être renseigné de manière générale sur les formations proposées.

Après avoir rappelé que l'employeur doit assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, la Cour cassation juge que l'employeur a manqué à son obligation en n'ayant fait bénéficier au salarié d'aucune formation pendant ses 33 ans dans l'entreprise.

- [L'action en requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet est une action en paiement du salaire soumise à la prescription de trois ans \(Cass. soc., 9 septembre 2020, n°18-24.831\)](#)

Un salarié, licencié pour motif économique, sollicite en justice, la requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein.

La Cour d'appel a considéré sa demande prescrite s'agissant d'une action relative à l'exécution du contrat de sorte que « le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée indéterminée à temps partiel en contrat à durée indéterminée à temps complet fondée sur l'absence d'une mention au contrat susceptible d'entraîner sa requalification, court à compter de la conclusion de ce contrat »

Cependant, la Cour de cassation considère qu'une telle demande de requalification est une action en paiement du salaire de sorte que la prescription applicable est de trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

❑ Rupture du contrat

- [La faute ou la légèreté blâmable de l'employeur ayant entraîné une cessation d'activité peut priver un licenciement économique en résultant de cause réelle et sérieuse, à condition de rapporter la preuve d'un lien de causalité \(Cass. soc., 8 juillet 2020, n°18-26.140\)](#)

À la suite d'une liquidation judiciaire impliquant la cessation d'activité de la société dans laquelle elle était employée, une salariée est licenciée pour motif économique.

Estimant que la cessation d'activité était due à des agissements fautifs de son employeur, elle décide de saisir la juridiction prud'homale aux fins de voir son licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse et en conséquence voir fixer sa créance dans la procédure collective.

La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel qui l'avait déboutée de sa demande.

Dans un premier temps, la Cour de cassation rappelle que « le fait que la cessation d'activité de l'entreprise résulte de sa liquidation judiciaire ne prive pas le salarié de la possibilité d'invoquer l'existence d'une faute de l'employeur à l'origine de la cessation d'activité, de nature à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse ».

Puis dans un second temps, elle valide le raisonnement de la Cour d'appel qui avait estimé que les fautes reprochées à l'employeur, à savoir le défaut de déclaration de cessation des paiements et le détournement d'actifs, n'étaient pas à l'origine de la liquidation judiciaire.

Faute pour la salariée de démontrer un lien de causalité entre les fautes et la liquidation judiciaire, le licenciement pour motif économique est validé.

➤ **L'indemnisation du salarié protégé non réintégré à la suite de l'annulation de l'autorisation de licenciement ayant atteint l'âge de la mise à la retraite d'office (Cass. soc., 8 juillet 2020, n°17-31.291)**

Dans le cadre du licenciement pour motif économique d'un salarié protégé, la Société a sollicité l'autorisation de l'inspecteur du travail. Après avoir été refusée par celui-ci, la Société a pu procéder à son licenciement, le 13 octobre 2011, à la suite de l'annulation de la décision initiale par le ministre du travail.

Le 1er février 2012, le salarié a liquidé sa retraite, puis le 9 janvier 2014, le tribunal administratif a annulé la décision du ministre de sorte que le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de réintégration ainsi que de demandes de paiement de diverses sommes.

La Cour de cassation rappelle que le salarié dont l'autorisation de licenciement a été annulée et qui a fait valoir ses droits à la retraite ne peut pas demander la réintégration dans l'entreprise. Cependant, il doit bénéficier d'une indemnité égale aux rémunérations qu'il aurait dû percevoir de son éviction jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la notification de la décision d'annulation, sous déduction des pensions de retraite perçues pendant la même période.

Cependant, lorsque le salarié a atteint l'âge de la retraite d'office, à savoir 70 ans, pendant la période d'indemnisation du préjudice subi, il ne peut prétendre qu'à une indemnité égale aux rémunérations qu'il aurait dû percevoir de son éviction jusqu'à la date de son 70ème anniversaire, ce qui était le cas en l'espèce.

➤ **Le contrôle de l'activité d'un salarié protégé par un service interne de l'entreprise n'est pas en soi un moyen de preuve illicite, et ce même en l'absence d'information préalable du salarié (CE, 13 juillet 2020, n°417972)**

A la suite de facturations abusives d'actes, la CPAM a sollicité l'autorisation de licencier l'un de ses salariés protégés pour faute grave. Celle-ci a été refusée, motifs pris d'une part, que le contrôle de l'activité du salarié était irrégulier, celui-ci n'ayant pas été préalablement informé, et d'autre part, que les manquements n'étaient pas établis.

Le tribunal administratif a annulé les décisions de l'inspection du travail et celle implicite de rejet du Ministre du travail.

Le Conseil d'Etat a jugé « *que le contrôle de l'activité d'un salarié, au temps et au lieu de travail, par un service interne de l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas, en soi, même en l'absence d'information préalable du salarié en application de l'article L. 1222-4 du code du travail et du comité d'entreprise en application de l'article L. 2323-32 du même code, un mode de preuve illicite* ».

Il en résultait que le contrôle de l'activité du salarié par un service interne était parfaitement régulier quand bien même celui-ci n'en aurait pas été informé préalablement de sorte que l'administration ne pouvait se fonder sur un contrôle irrégulier pour refuser de délivrer l'autorisation de licenciement

Le Conseil d'Etat adopte ici une solution identique à celle de la Cour de cassation en matière de contrôle de l'activité des salariés réalisé par un service interne.

➤ **La prévalence du droit de la preuve sur le droit à la vie privée sous conditions (Cass. soc., 30 septembre 2020, n°19-12.058)**

Une salariée est licenciée pour faute grave notamment pour avoir manqué à son obligation contractuelle de confidentialité en publiant le 22 avril 2014 sur son compte Facebook une photographie de la nouvelle collection printemps/été 2015 présentée exclusivement aux commerciaux de la société.

Elle conteste son licenciement devant la juridiction prud'homale.

Après avoir rappelé le principe de la loyauté de la preuve, la Cour de cassation reprend les constatations des juges du fond qui avaient considéré que l'employeur n'avait pas eu recours à un stratagème pour recueillir la preuve à l'origine du licenciement, la photo ayant été spontanément envoyée par une autre salariée de l'entreprise « amie » qui pouvait accéder au compte Facebook privé.

La Cour de cassation juge, pour la première fois, qu'il est possible de produire en justice des éléments portant atteinte à la vie privée à condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

En l'espèce, elle reconnaît que la production d'une photo extraite du compte privé Facebook d'une salariée auquel l'employeur n'avait pas accès et d'éléments d'identification des « amis » professionnels de la mode destinataires de cette publication constituaient bien une atteinte à la vie privée de la salariée.

Cependant, elle juge cette atteinte indispensable à l'exercice du droit à la preuve, puisque l'employeur ne disposait que de ces éléments, et proportionnée au but poursuivi, qui était celui de la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires.

□ Relations collectives

➤ **Un représentant de la section syndicale peut être désigné une seconde fois en cette qualité lorsque le périmètre est différent (Cass. soc., 9 septembre 2020, n°19-13.926)**

En l'espèce, une salariée a été désignée en qualité de représentant de la section syndicale au sein d'une société le 12 octobre 2018. Quelques jours plus tard, le tribunal d'instance a reconnu l'existence d'une unité économique et sociale (UES) composée notamment de la société au sein de laquelle la salariée avait été désignée. Par conséquent, le 30 novembre 2018, de nouvelles élections sont organisées au niveau de l'UES. A la suite de ces élections, la salariée est désignée représentant de la section syndicale.

La Société décide de saisir le tribunal d'instance aux fins de voir annuler cette désignation. Celui-ci fait droit à cette demande en jugeant que les premières élections avaient en réalité « *pour but de préparer les futures élections dans le périmètre de l'UES et non dans le périmètre de la société* » de sorte que la seconde désignation intervenait dans le même périmètre.

La Cour de cassation juge que la première désignation est intervenue au niveau de l'entreprise et que la seconde, par la reconnaissance judiciaire, avait été réalisée au niveau de l'UES ce dont il résultait que la salariée pouvait être désignée une seconde fois en qualité de représentant de la section syndicale dès lors que les désignations étaient intervenues dans deux périmètres distincts.

ACTUALITÉ DU CABINET

EVENEMENTS

📅 Retrouvez nos avocats (Martine Riou et Catherine Davico-Hoarau) lors de leur prochain webinar **le mardi 3 novembre de 8h30 à 10h** :

Forfait jours : mode d'emploi

➔ Inscriptions sur demande : evenement@oblence-avocats.com

VOS CONTACTS

- Catherine Davico-Hoarau : hoarau@coblence-avocats.com
- Chantal Giraud-van Gaver : van-gaver@coblence-avocats.com
- Laurent Guardelli : guardelli@coblence-avocats.com
- Elisabeth Laherre : laherre@coblence-avocats.com
- Martine Riou : riou@coblence-avocats.com