

Point de vue d'experts

LETTRE SOCIALE

N°18 – AVRIL 2011



BAKER TILLY
FRANCE

Membre indépendant de Baker Tilly International

Voici notre lettre sociale n° 18. Vous trouverez dans ce numéro l'actualité relative aux thèmes suivants :

- Travail dissimulé et sous-traitance : la protection est renforcée
- Point sur les nouveautés en matière de DIF
- Reconstitution des différentes exonérations de charges en matière de seuil d'effectif : aspect pratique
- Baisse des limites d'exonération des indemnités de rupture : incidences pratiques
- Point sur les dernières jurisprudences : Impact sur le contrat de travail d'une mise en invalidité par la sécurité sociale
- La clause de non concurrence

Nous vous souhaitons un excellent deuxième trimestre 2011 au cours duquel nous continuerons à surveiller pour vous les nouveautés sociales.

Le Groupe Social

Travail dissimulé et sous-traitance : la protection est renforcée

Lors de la signature d'un contrat de sous-traitance, le donneur d'ordre doit s'assurer tous les 6 mois que le sous-traitant satisfait à ses obligations légales.

Le sous-traitant doit en matière sociale :

- accomplir ses obligations sociales et fiscales ;
- remplir correctement ses déclarations uniques d'embauche ;
- délivrer des bulletins de paie en règles à chaque salarié ;
- la loi ajoute une nouvelle obligation à la charge des donneurs d'ordre. Ces derniers doivent désormais vérifier que leurs sous-traitants sont à jour de leurs obligations de déclarations et de paiement des cotisations auprès des organismes de recouvrement (URSSAF, CGSS, CAF, MSA).

Si le sous-traitant méconnaît les règles relatives au droit du travail et que le donneur d'ordre n'est pas vigilant à ce sujet, les deux peuvent être condamnés à diverses sanctions pour travail dissimulé.

Le donneur d'ordre doit impérativement vérifier tous les 6 mois que le sous-traitant ne méconnaît pas les règles relatives au travail dissimulé. A ce titre, il doit demander une attestation de fourniture de déclaration sociale provenant de l'organisme de recouvrement, dite attestation de vigilance.

Si l'employeur s'acquitte des cotisations et contributions à leur date d'exigibilité et/ou s'il respecte un plan d'apurement des cotisations valablement appliqué entre les parties, les organismes de recouvrement pourront fournir cette attestation.

Il est important de prévoir dès aujourd'hui cette obligation dans les contrats de sous-traitance.

A noter que la notion de travail dissimulé consistait jusqu'à présent, pour tout employeur et de manière intentionnelle à :

- ne pas effectuer la déclaration préalable à l'embauche ;
- ne pas délivrer le bulletin de paie à un salarié ;
- mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur au nombre d'heures de travail effectif.

Elle est aujourd'hui complétée par :

- le fait de ne pas accomplir, auprès des organismes de recouvrement, les déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales, notamment le bordereau récapitulatif des cotisations et la déclaration annuelle des données sociales.

En conclusion :

Cette mesure vient renforcer la législation en vigueur, de façon à dissuader un certain nombre d'employeurs peu enclins à verser aux organismes sociaux tout ou partie des cotisations sociales normalement dues, alors même qu'ils ont déclaré à l'embauche un salarié et lui ont remis un bulletin de paie en règle.

Nb : Face à une répression accrue du travail dissimulé et la mise sous surveillance de certains secteurs d'activités notamment en matière de sous-traitance, les employeurs doivent être vigilants dans la mesure où ils s'exposent à d'importantes sanctions si eux-mêmes ou leurs cocontractants sont à l'origine d'une infraction de travail dissimulé

Point sur les nouveautés en matière de DIF

DIF ET RUPTURE CONVENTIONNELLE

(CA ROUEN 27 avril 2010 – n°09-4140)

Les droits au DIF doivent être mentionnés dans la convention de rupture : le salarié peut les utiliser entre la signature de la convention et la fin du contrat

A défaut, l'employeur peut être condamné à verser des dommages intérêts pour perte du bénéfice des heures de formation

DIF ET FAUTE GRAVE

(REP.MIN.JOAN 1ER FEVR.2011)

Le ministre du travail estime que le salarié licencié pour faute grave peut demander à utiliser son reliquat d'heures de DIF pendant la période égale à celle du préavis qui lui aurait été applicable s'il n'avait pas été licencié pour faute grave. Selon l'article L 6323-17 du code du travail, le salarié licencié (hors faute lourde) conserve ses heures de DIF non utilisées et peut demander à en bénéficier avant la fin du préavis. Mais en cas de faute grave, l'absence de préavis posait problème. C'est une précision qu'il conviendra de porter à la connaissance du salarié dans la lettre de licenciement pour faute grave

DIF : CONGES PAYES / RTT

(REP.MIN JOAN 3-FEVRIER-2011)

Un employeur peut-il imposer à un salarié de suivre une action de formation dans le cadre de son DIF pendant ses congés payés ou ses jours de RTT ? Le ministre du travail répond par l'affirmative. En effet, en vertu de l'article L 6323 – 11 du code du travail, le DIF se déroule en dehors du temps de travail. Il peut également s'exercer en partie pendant le temps de travail lorsqu'une convention collective ou un accord collectif de branche ou d'entreprise le prévoit. **Ainsi l'employeur est en droit d'imposer à un salarié de suivre une formation DIF pendant ses congés payés ou pendant des jours de RTT, sauf si la convention collective ou l'accord collectif prévoit le contraire.**

FINANCEMENT DU DIF DURANT LE PREAVIS

(CASS SOC. 14 SEPTEMBRE 2010 N°09-641.697)

Dans un arrêt, la cour de cassation énonce le principe selon lequel **l'employeur n'est pas tenu de financer une formation au titre du DIF**, sollicitée pendant son préavis par un salarié licencié, **dont le coût dépasse le montant correspondant aux heures acquises au titre du DIF**. Ainsi le coût de la formation prise en charge par l'employeur ne pourra pas dépasser une somme forfaitaire correspondant aux heures de DIF acquises et non utilisées multipliées par 9.15 € en application de l'article L 6323-17 du code du travail.

Reconduction des différentes exonérations de charges en matière de seuil d'effectif : aspect pratique

NEUTRALISATION DES EFFETS DU FRANCHISSEMENT DES SEUILS D'EFFECTIFS : PROROGATION EN 2011

La **Loi de Finance de 2011** a **prolongé le dispositif de neutralisation** de l'impact financier du franchissement des seuils d'effectifs pour **l'année 2011**.

Cette mesure, instituée par la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 Août 2008 (Loi LME), visait à assouplir les conséquences du franchissement des seuils d'effectifs en 2008, 2009 et 2010 et à atténuer les répercussions financières de l'augmentation des effectifs de l'entreprise.

Les dispositifs concernés par cette mesure sont : la réduction Fillon, la déduction forfaitaire de cotisations patronales pour heures supplémentaires, la prise en charge par l'Etat des exonérations de cotisations sociales des apprentis, la cotisation au FNAL supplémentaire et la participation à la formation professionnelle continue.

Précisons pour chaque dispositif, les conséquences pratiques de cette prolongation en 2011 :

- Réduction Fillon : si l'entreprise dépasse pour la 1^{ère} fois le seuil de 19 salariés en 2008, 2009, 2010 ou 2011, elle continue à bénéficier du coefficient appliqué aux entreprises ne dépassant pas 19 salariés (0.281) pendant 3 ans.
- Déduction forfaitaire de cotisations patronales pour heures supplémentaires : l'entreprise qui dépasse pour la 1^{ère} fois en 2008, 2009, 2010 ou 2011 le seuil des 20 salariés, se voit appliquer pendant encore 3 ans la déduction majorée (1.50€ par heure) applicable aux entreprises ne dépassant pas 20 salariés. Elle se verra appliquer par la suite la déduction de 0.50€ par heure.
- Contrats d'apprentissage : l'atteinte pour la 1^{ère} fois par une entreprise du seuil de 11 salariés en 2008, 2009, 2010 ou 2011, lui permet de continuer à bénéficier pendant 3 ans de l'exonération de charges sociales (à l'exception des cotisations AT/MP).

- FNAL supplémentaire : l'entreprise qui atteint le seuil de 20 salariés pour la 1^{ère} fois en 2008, 2009, 2010 ou 2011, continue de se voir appliquer le taux de cotisation de 0.10% pendant 3 ans au lieu de payer la contribution au FNAL supplémentaire. Puis, pendant les 3 années qui suivent la dispense de paiement de la contribution supplémentaire au FNAL, elle sera assujettie progressivement à celle-ci. Le taux de droit commun (0.50%) ne sera donc atteint que la 7^{ème} année. Nous rappelons que la Loi de Financement de la Sécurité Sociale pour 2011 a harmonisé le taux de contribution au FNAL supplémentaire conduisant les entreprises de 20 salariés et plus à cotiser à hauteur de 0.50% sur la totalité du salaire.
- Participation à la formation professionnelle continue : il est nécessaire de distinguer deux seuils, celui de 10 salariés et celui de 20 salariés.
 - Si l'entreprise atteint pour la 1^{ère} fois le seuil de 10 salariés en 2008, 2009, 2010 ou 2011, le régime transitoire, progressif sur 5 ans normalement, (0.55% de l'année N à N+2, 0.75% en N+3, 0.95% en N+4 et 1.05% en N+5) est rendu plus favorable en atténuant l'effet de seuil sur 6 ans (0.55% de N à N+2, 0.70% en N+3, 0.85% en N+4, 0.95% en N+5 et 1.05% en N+6).
 - D'autre part, pour les entreprises qui parviennent à 20 salariés pour la 1^{ère} fois en 2008, 2009, 2010 ou 2011, le régime transitoire, progressif sur 2 ans normalement, est rendu plus favorable en atténuant l'effet de seuil sur 6 ans (1.05% de N à N+2, 1.15% en N+3, 1.30% en N+4, 1.45% en N+5 et 1.60% en N+6).
- Versement transport : les entreprises qui emploient plus de 9 salariés dans la région Ile-de-France ou dans le périmètre des transports urbains d'une autorité organisatrice de transports (OAT) sont assujetties à cette taxe. Pour calculer l'effectif, les entreprises doivent se référer aux nouvelles règles en vigueur depuis 2009 (calcul de l'effectif au 31/12/N). Les entreprises qui dépassent l'effectif de 9 salariés bénéficient, depuis le 1^{er} Mai 1996, d'une dispense totale de versement pendant 3 ans puis d'un abattement dégressif de leur taux de versement pendant les 3 années suivantes. Les taux de réduction sont respectivement de 75% la 4^{ème} année, de 50% la 5^{ème} année et de 25% la 6^{ème} année. Une précision mérite en outre d'être apportée. Que se passerait-il en 2011 pour une entreprise dont l'effectif au 31/12/2010 serait tombé au-dessous de 9 salariés ? Cette entreprise ne paierait plus de taxe transport dès le 1^{er} Janvier 2011 et pour toute l'année 2011, qu'elle soit ou non taxée en 2010 à 100% ou dans une phase d'exonération de 75%, 50% ou 25%.

NB : La reconduction du dispositif de neutralisation du franchissement des seuils d'effectifs constitue une intéressante opportunité pour les entreprises !

La baisse des limites d'exonération des indemnités de rupture : incidences pratiques

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 réduit pour moitié le plafond maximal d'exonération de charges sociales jusqu'alors applicable aux indemnités de rupture versées aux salariés et aux mandataires sociaux.

Ce plafond maximal est abaissé de 6 plafonds annuels de la sécurité sociale (PASS), soit 212112 euros, à 3 PASS, soit 106056 euros, à compter du 1er janvier 2011.

Attention le régime fiscal des indemnités de rupture n'est, quant à lui, pas modifié. Une indemnité de rupture reste exonérée d'impôt dans la limite de 212112€ soit 6 PASS.

LE PLAFOND MAXIMAL EST MODIFIÉ MAIS LE MODE DE CALCUL DU PLAFOND THEORIQUE APPLICABLE LUI EST INCHANGÉ :

Pour rappel, le montant exonéré est égal:

- Soit à deux fois le montant de la rémunération brute perçue au cours des 12 derniers mois précédant la rupture
- Soit à 50% du montant de l'indemnité de rupture versée

Pour calculer ce plafond il faut tenir compte des l'ensemble des indemnités perçues (indemnité légale ou conventionnelle, indemnité contractuelle supplémentaire et transaction...)

C'est ce plafond théorique propre à chaque calcul qui est limité désormais à 3 PASS contre 6 PASS auparavant.

Ainsi en vertu du plafond théorique, une indemnité de rupture bien qu'inférieure à la limite absolue de 3 PASS peut être soumise pour partie à charges sociales.

Exemple : une indemnité de rupture de 74 000 € versée à un salarié dont la rémunération brute perçue lors des 12 derniers mois est égale à 25 000 €. Bien qu'inférieure à 106 056 €, l'indemnité sera ici assujettie à charges sociales à hauteur de 24 000 €, soit sur la partie excédant deux fois le montant de la rémunération brute annuelle.

POUR 2011, LA LOI PREVOIT UN REGIME TRANSITOIRE

La baisse de l'exonération sera pleinement applicable en 2012. D'ici là, certaines indemnités de licenciement dont le montant n'excède pas 6 plafonds annuels de sécurité sociale (212 112€ en 2011) resteront exonérées de cotisations, il s'agit :

- Des indemnités versées en 2011 au titre d'une rupture ayant pris effet le 31 décembre 2010 ou intervenant dans le cadre d'un PSE (Plan de Sauvegarde pour l'Emploi) notifié à l'administration le 31/12/10 au plus tard,
- Des indemnités versées en 2011 au titre d'une rupture prenant effet en 2011 dans la limite du montant prévu par la convention ou l'accord collectif en vigueur au 31 décembre 2010.

NB : Il est à noter qu'en l'absence de convention ou d'accord collectif, c'est le montant de l'indemnité prévu par la loi qui est retenu comme référence.

L'urgence pour les entreprises est donc de connaître le régime social pour 2011 des indemnités versées cette année au titre d'une rupture prenant effet en 2011.

Pour mieux comprendre le régime applicable cette année, voici trois exemples pratiques :

Exemple pratique n° 1 : un salarié licencié dont la rémunération brute annuelle est de 100 000€, perçoit en 2011 une indemnité de rupture de 180 000 €, équivalente au montant de licenciement conventionnelle.

Le plafond théorique d'exonération de charges sociales est de 200 000€ (=2*100 000€)

Bien qu'inférieure à ce plafond, l'indemnité de licenciement est supérieure au 3 PASS (106 056€), mais l'indemnité versée se limitant au montant prévu par la convention collective et celle-ci étant inférieure à 6 PASS, elle sera intégralement exonérée de charge au titre du régime dérogatoire pour 2011.

Exemple pratique n° 2 : le calcul serait tout autre si l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective était non plus de 180 000€ mais de 160 000€ et que l'indemnité totale de rupture versée par l'entreprise à ce même salarié restait de manière plus avantageuse à 180 000€.

L'indemnité de rupture dépassant l'indemnité prévue par la convention collective applicable, la fraction excédentaire sera soumise à charges sociales, soit 20 000€ (180 000€ - 160 000€).

Exemple pratique n° 3 : un salarié licencié dont la rémunération annuelle brute est de 40 000€, perçoit en 2011 une indemnité de rupture de 80 000€ supérieure à l'indemnité conventionnelle de 65 000€ :

Le plafond théorique d'exonération de charges sociales est de 80 000€ (=2*40 000€)

Dans le cas où l'indemnité conventionnelle est inférieure à 3PASS, une application stricte du régime transitoire pour 2011 serait pénalisante pour l'entreprise. Selon le ministère, il s'agit alors d'appliquer de manière plus avantageuse la limite de 3 PASS.

L'indemnité sera donc intégralement exonérée de charges sociales.

En résumé : Pour 2011, dans la limite de 6 PASS, l'exclusion d'assiette des cotisations sociales des indemnités de rupture, y compris celles allant au-delà du montant conventionnel, est égale au montant le plus avantageux entre l'indemnité conventionnelle et la limite de 3 PASS.

NB : il est à noter concernant la CSG et CRDS, que de manière constante c'est la part de l'indemnité qui dépasse l'indemnité conventionnelle qui reste assujettie.

Dès aujourd'hui les indemnités de ruptures des cadres ou cadres supérieurs seront plus facilement soumises à cotisations sociales patronales et salariales et ce, notamment à l'occasion de départs négociés (rupture conventionnelle ou licenciement assorti d'une transaction ...).

A compter de 2012, toute indemnité de rupture dépassant 3 PASS sera soumise à cotisations sociales pour la part excédant ce plafond.

Point sur les dernières jurisprudences

L'IMPACT D'UNE MISE EN INVALIDITE PRONONCEE PAR LA CPAM SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 25 Janvier 2011, précise l'attitude qu'un employeur doit adopter lorsqu'il est informé de la mise en invalidité de l'un de ses salariés. **Dès lors que le salarié ne se manifeste pas, l'employeur doit prendre contact sans délai avec le Médecin du Travail pour organiser la visite médicale de reprise.** L'employeur ne doit pas attendre que le salarié lui demande de prendre un rendez-vous auprès du Médecin du Travail, ni laisser le soin au salarié de prendre lui-même ce rendez-vous.

En l'espèce, l'employeur, informé par son salarié de la mise en invalidité 2^{ème} catégorie par la CPAM, n'avait pas organisé la visite médicale de reprise et avait demandé au salarié de prendre le rendez-vous auprès de la Médecine du Travail, ce qui n'avait pas été fait. La Cour de Cassation a estimé que **le retard dans l'organisation de la visite médicale de reprise**, imputable à l'employeur dès lors que celui-ci avait été informé de la mise en invalidité, **créait nécessairement un préjudice et donnait lieu à dommages et intérêts.**

Pour mémoire, **l'invalidité, prononcée par la CPAM, caractérise la réduction de la capacité de travail d'un assuré, appréciée globalement et non au regard d'un seul emploi**, et ouvre droit au versement d'une pension destinée à compenser la perte de capacité de gain en résultant. En revanche, **l'inaptitude, prononcée par le Médecin du Travail, caractérise l'impossibilité pour le salarié d'occuper son emploi, au regard des fonctions jusqu'alors réellement exercées.**

Il s'agit donc de deux notions juridiques distinctes, **la reconnaissance de l'invalidité ne constituant pas à elle seule un motif de licenciement.** La rupture du contrat de travail pour inaptitude devra obligatoirement être précédée d'une reconnaissance d'inaptitude par le Médecin du Travail et d'une impossibilité de reclassement.

LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

Une clause de non-concurrence nulle ouvre nécessairement droit à des dommages et intérêts, même si le salarié n'a pas respecté cette clause.

Une clause de non-concurrence est licite si les conditions suivantes sont cumulativement respectées :

- elle doit être indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise ;
- elle tient compte des spécificités de l'emploi ;
- elle est limitée dans le temps et dans l'espace ;
- elle comporte une contrepartie financière.

Selon une Jurisprudence jusqu'alors constante, tout salarié respectant une clause de non-concurrence illicite pour défaut de l'une des conditions susmentionnées pouvait prétendre au versement de dommages et intérêts.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 12 Janvier 2011, adopte une position plus favorable pour le salarié. La simple stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice pour le salarié, même si ce dernier n'a pas respecté l'interdiction de concurrence depuis la rupture de son contrat de travail.

Compte tenu de l'état actuel de la Jurisprudence (conditions de validité strictes, délai de dénonciation, formalisme accentué, versement d'une indemnité de congés payés sur la contrepartie financière,...), l'insertion d'une clause de non-concurrence est une pratique à manier avec une extrême précaution et doit être réservée aux emplois justifiant réellement l'existence d'une telle clause.



BAKER TILLY FRANCE

Membre indépendant de Baker Tilly International

76 Avenue des Champs Elysées
75008 Paris

Tél : 01 42 89 44 43

Fax : 01 42 89 44 99

E-mail : contact@bakertillyfrance.com

www.bakertillyfrance.com