

Pages 217 à 252

AU SOMMAIRE :

→ **L'ACTUALITÉ  
JURIDIQUE**Sommaires  
de jurisprudence  
(n° 069 à 073)

PAGE 221

→ **ÉTUDE**La retraite  
complémentaire  
des salariés

PAGE 239

**DOSSIER****CONTRAT DE TRAVAIL  
QU'EST-CE QU'UN  
SALARIÉ ?**

PAGE 223

Prix : 7,50€

**ÉDITORIAL** ■ La chasse est ouverte

Par Laurent Milet – PAGE 219

## 219

### ÉDITORIAL

#### La chasse est ouverte !

Par Laurent Milet

## 220

### RÉTROSPECTIVE

#### Articles et commentaires parus depuis un an

Du numéro 879 (juillet 2018)  
au numéro 890 (juin 2019)

## 221

### L'ACTUALITÉ JURIDIQUE

#### Sommaires de jurisprudence

##### DROIT DU TRAVAIL

• <b>Maladie, accident et inaptitude médicale</b>	221
Absences pour maladie ou accident (n°069)	221
• <b>Durée du travail</b>	221
Convention de forfait (n°070 et 071)	221
Travail à temps partiel (n°072)	222
• <b>Santé et sécurité au travail</b>	222
Information et formation des travailleurs (n°073)	222

## 223

### DOSSIER

#### CONTRAT DE TRAVAIL

#### Qu'est-ce qu'un salarié ?

Par Aude Le Mire

1 Absence de définition légale du contrat de travail	224
<b>A – Définition jurisprudentielle en trois critères</b>	224
<b>B – L'indisponibilité de la qualification du contrat de travail</b>	224
2 Les critères distinctifs du contrat de travail	225
<b>A – Le travail</b>	225
a) Activité s'inscrivant dans un processus de formation/insertion	225
b) Travail et religion	226
c) Télé réalité	226
d) Plateformes numériques et travail accessoire	227

### Principales abréviations utilisées dans la revue

#### Tribunaux et institutions

• **Cass. soc.** : Arrêt rendu par la Cour de cassation, chambre sociale.

• **Cass. crim.** : Arrêt rendu par la Cour de cassation, chambre criminelle.

• **Cass. civ. 2<sup>e</sup>** : Arrêt rendu par la Cour de cassation, 2<sup>e</sup> chambre civile. Le numéro de pourvoi qui suit cette référence vous permet de retrouver le texte intégral de l'arrêt cité sur le site [\[www.legifrance.fr\]](http://www.legifrance.fr), rubrique jurisprudence judiciaire.

• **Cons. Ét.** : Arrêt rendu par le Conseil d'État. Le numéro de requête qui suit cette référence vous permet de retrouver le texte intégral de l'arrêt cité sur le site

[\[www.legifrance.fr\]](http://www.legifrance.fr), rubrique jurisprudence administrative.

• **Appel** : Arrêt rendu par une cour d'appel.

• **CPH** : Jugement rendu par un conseil de prud'hommes.

• **TGI** : Jugement rendu par un tribunal de grande instance.

• **TI** : Jugement rendu par un tribunal d'instance.

• **DGT** : Direction générale du travail.

• **DIRECCTE ou Direccte** : Direction ou directeur régional(e) des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

#### Publications et revues

• **JO** : Journal officiel, (disponible sur [\[www.legifrance.fr\]](http://www.legifrance.fr)).

• **Bull.** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.

• **BJT** : Bulletin Joly Travail.

• **Cah. soc.** : Les Cahiers sociaux.

• **D** : Recueil Dalloz.

• **Dr ouv.** : Droit ouvrier.

• **Dr soc.** : Droit social.

• **JCP** : La semaine juridique, (éd. «G» pour Générale, «E» pour Entreprise, «S» pour Sociale).

• **LS** : Liaisons sociales.

• **RDT** : Revue de droit du travail.

• **RJS** : Revue de jurisprudence sociale Francis Lefebvre.

• **RPDS** : Revue pratique de droit social.

• **SSL** : Semaine sociale Lamy.

<b>B – La rémunération</b>	227
a) Frontière avec le bénévolat	227
b) Précisions	227
<b>C – Le lien de subordination</b>	228
a) Notion de subordination	228
b) Les indices de subordination	229
3 Travailleurs salariés ou indépendants par détermination de la loi	231
<b>A – Salariés par détermination de la loi</b>	231
a) Salariés concernés	231
b) Application partielle du Code du travail	232
<b>B – « Indépendants » par détermination de la loi</b>	232
a) Présomption de non-salariat	232
b) Dispositions relatives à certains travailleurs indépendants	234
4 Requalification de la relation en contrat de travail	235
<b>A – Les demandes en requalification</b>	235
a) Le rôle du juge	235
b) La charge de la preuve	237
<b>B – Les effets de la requalification</b>	237

## 239

### ÉTUDE

#### La retraite complémentaire des salariés

Par Marie Mouille

1 Régime de retraite complémentaire	240
<b>A – Champ d'application</b>	240
<b>B – Pilotage</b>	240
2 Financement	241
<b>A – Tranches de rémunérations</b>	241
<b>B – Assiette des cotisations</b>	241
<b>C – Taux des cotisations</b>	242
<b>D – Répartition des cotisations</b>	242
<b>E – Recouvrement des cotisations</b>	243
3 Pensions	243
<b>A – Constitution des droits</b>	243
<b>B – Liquidation des droits</b>	245
<b>C – Calcul de la retraite</b>	247
<b>D – Prélèvements sociaux</b>	248
<b>E – Retenue à la source</b>	248
<b>F – Information sur la retraite et demande</b>	249
<b>G – Date d'effet et paiement</b>	249
4 Réversion de la retraite complémentaire	250
<b>A – Conjoint survivant</b>	250
<b>B – Orphelins</b>	250

## RPDS

## Revue Pratique de Droit Social

Revue mensuelle – 74<sup>e</sup> année  
263, rue de Paris, case 600,  
93516 Montreuil CEDEX.

**Directeur :** Maurice Cohen (†),  
*docteur en droit, lauréat de la  
faculté de droit et des sciences  
économiques de Paris.*

**Rédacteur en chef :**  
Laurent Milet, *docteur en  
droit, professeur associé à  
l'université de Paris Sud.*

**Comité de rédaction :**  
Tél. : 01 49 88 68 82  
Fax : 01 49 88 68 67  
Carmen Ahumada,  
Marie Alaman, Mélanie Carles,  
Aude Le Mire, Estelle Suire.

**Assistante de la rédaction :**  
Patricia Bounnah.

**Maquette et mise en page :**  
Bénédicte Leconte.

**Secrétariat de rédaction :**  
Cécile Bondeelle.

**Éditeur :** SA « La Vie Ouvrière »,  
263, rue de Paris, case 600,  
93516 Montreuil CEDEX.

**Directeur de la publication :**  
Simon Gévaudan.

**Prix au numéro :** 7,50 €  
(numéro double : 15 €)

**Pour toute commande  
et abonnement :**  
NSA La Vie Ouvrière,  
263, rue de Paris, case 600  
93516 Montreuil CEDEX.

et sur [www.nvo.fr](http://www.nvo.fr)  
Envoi après réception  
du règlement  
Tél. : 01 49 88 68 50

**Tarif d'abonnement  
incluant l'accès Internet :**  
9 € par mois ou 108 € par an  
(Étranger et Drom-Com :  
139 €).

**Copyright :**  
Reproduction totale ou partielle  
soumise à autorisation.

**Imprimé par :**  
RIVET Presse Édition  
87 000 Limoges.

ISSN : 0399-1148



IMPRIM'VERT\*

# La chasse est ouverte !

Cette année la date d'ouverture de la chasse a été quelque peu avancée. Il est vrai que prolifère dans nos contrées, selon le gouvernement, un gibier d'un nouveau genre : le chômeur nonchalant et trop indemnisé. Cette race particulière a été déclarée comme devant être mise en voie d'extinction.

Pour ce faire, le gouvernement désigne à la vindicte populaire certains chômeurs qui gagneraient plus au chômage qu'en travaillant. Ce serait même 1 sur 5 selon la ministre du travail. Cette affirmation est pourtant démentie par les analyses de l'Unédic. La situation invoquée par la ministre existe bien mais elle est ultra-minoritaire et concerne des salariés très précaires. En prenant en compte les indemnités des chômeurs étalées sur 12 mois, seulement 4 % d'entre eux ont perçu une indemnité supérieure à leur salaire, soit 290 euros pour un salaire mensuel de 220 euros. Quelle opulence !

Qu'à cela ne tienne, selon la tactique bien connue qui consiste à pointer du doigt une minorité, le gouvernement a annoncé le 18 juin une réforme de l'assurance chômage qui va raboter les droits de l'ensemble des allocataires. Ces mesures, censées « inciter au retour à l'emploi » sont surtout guidées par des considérations financières : 3,4 milliards d'euros d'économies devraient être réalisés d'ici à la fin de l'année 2021.

Florilège non exhaustif :

- modification des règles afin de calculer l'allocation chômage sur le salaire mensuel et non plus sur le salaire journalier de référence (SJR)\*, avec un mode de calcul à préciser ;
- pour bénéficier des allocations, les demandeurs d'emploi devront avoir travaillé 6 mois au cours des 24 mois précédents (contre 4 sur les 28 mois précédents actuellement) ; cela devrait concerner entre 250 et 300 000 personnes, les plus fragiles (11 % des allocataires environ) ; 35 % des chômeurs seraient indemnisés contre 43 % aujourd'hui ;
- si le chômeur reprend une activité en cours d'indemnisation avant d'être en fin de droits, le seuil minimal pour bénéficier d'un rechargement des droits serait porté de 150 heures à 6 mois ; ce minimum de 150 heures avait justement pour but d'inciter à la reprise d'emploi, même pour une courte période, en permettant au chômeur de prolonger sa prise en charge pour la même durée travaillée ; cette mesure impactera plus fortement les femmes de moins de 30 ans, qui sont les principales à être concernées par le cumul chômage-emploi lorsqu'elles enchaînent des contrats de moins d'un mois ;
- les allocataires de moins de 57 ans, dont le salaire brut mensuel antérieur était de plus de 4 500 euros, verront leur allocation réduite de 30 % à partir du 7<sup>e</sup> mois d'indemnisation (avec un plancher de 2 261 euros nets par mois). L'instauration de cette dégressivité fera baisser le niveau d'allocation des salariés les mieux rémunérés, alors que les cadres contribuent à hauteur de 42 % au budget du régime et que seulement 15 % leur sont « reversés », ce qui signifie que les 2/3 de leur contribution reviennent aux autres catégories, en application du principe de solidarité. Un déplaçonnement des cotisations serait bien plus simple et lisible sans amputer les droits des intéressés.

Et les contreparties dans tout ça ? Un bonus/malus sur les cotisations pour recours excessif aux contrats courts est prévu mais il ne concernera que 7 secteurs d'activité sur 38 avec des taux de cotisations insuffisamment réhaussés pour être dissuasifs (+ 1 % pour les mauvais élèves, – 1 % pour les bons). De plus, le système est ambigu car de deux choses l'une : ou bien une entreprise abuse du recours aux contrats courts ou les imposent à ses sous-traitants et elle doit alors contribuer davantage au régime quel que soit le secteur d'activité ; ou bien elle n'en abuse pas et elle n'a pas à être récompensée parce qu'elle respecte la loi.

On nous promet un renforcement de l'accompagnement des demandeurs d'emploi avec notamment une augmentation des effectifs des conseillers (plus 1 000 d'ici 2022), un recours aux formations « sur mesure », etc. Mais rien sur les moyens financiers concernant la mise en oeuvre de ces annonces. En revanche, on sait depuis le 30 décembre 2018 que les sanctions concernant l'insuffisance de recherche d'emploi et notamment le refus de deux offres raisonnables d'emploi ont été durcies.

L'ouverture de la chasse était annoncée ; elle est désormais ouverte !

Laurent Milet



Bepoushoo

\* Ce SJR correspond au salaire moyen perçu les jours effectivement travaillés. Il est exact que ce mode de calcul induit des iniquités mais seulement entre les salariés embauchés sur des contrats à temps partiel et ceux embauchés sur une succession de contrats courts.

## Articles et commentaires parus depuis un an

Du numéro 879 (juillet 2018) au numéro 890 (juin 2019)

### COMITÉ D'ENTREPRISE

• L'insuffisance des réponses de l'employeur peut justifier le déclenchement du droit d'alerte

2019, p. 139 (n° 888)

• Activités sociales ou droit de tirage ?

2018, p. 379 (n° 884)

### COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE

• BDES, ambitions et réalités

2019, p. 183 (n° 890)

• Les formations des élus au comité social et économique

2019, p. 207 (n° 890)

• Les ordonnances (VI) : Le comité social et économique (2<sup>e</sup> partie)

2018, p. 305 (n° 882)

• Les ordonnances (V) : Le comité social et économique (1<sup>re</sup> partie)

2018, p. 253 (n° 880-881)

### CONTRAT DE TRAVAIL

• Les contrats saisonniers

2019, p. 173 (n° 889)

• La rupture conventionnelle collective

2018, p. 245 (n° 879)

### CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS

• Les ordonnances (IV) : Les accords de performance collective

2018, p. 227 (n° 879)

### NUMÉROS OU DOSSIERS SPÉCIAUX

• La désignation des délégués syndicaux 2019, p. 47 (n° 886)

• Jurisprudence de droit social 2017-2018 2019, p. 5 (n° 885)

• Les plans de sauvegarde de l'emploi 2018, p. 389 (n° 884)

• Les ordonnances (V) : Le comité social et économique (1<sup>re</sup> partie) 2018, p. 253 (n° 880-881)

• Les ordonnances (VI) : Le comité social et économique (2<sup>e</sup> partie) 2018, p. 305 (n° 882)

• La rupture conventionnelle collective

2018, p. 245 (n° 879)

### DROIT SYNDICAL

• La désignation des délégués syndicaux

2019, p. 47 (n° 886)

### DURÉE DU TRAVAIL

• Modulation du temps de travail : des cycles d'une durée raisonnable

2019, p. 205 (n° 890)

• Les conventions de forfait

2019, p. 83 (n° 887)

### ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES

• L'art délicat de la représentation équilibrée

2019, p. 75 (n° 887)

### HARCÈLEMENT

• Le harcèlement moral dans l'entreprise

2019, p. 155 (n° 889)

### JUSTICE ET TRIBUNAUX

• Jurisprudence de droit social 2017-2018

2019, p. 5 (n° 885)

### LICENCIEMENT

• Le plafonnement des indemnités de licenciement contraire aux engagements internationaux de la France

2019, p. 67 (n° 886)

• L'incapacité médicale du salarié

2018, p. 351 (n° 883)

• Le régime social et fiscal des indemnités de rupture

2018, p. 237 (n° 879)

### LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

• Les plans de sauvegarde de l'emploi

2018, p. 389 (n° 884)

• Le régime social et fiscal des indemnités de rupture

2018, p. 237 (n° 879)

### PROTECTION SOCIALE

• Le contentieux de la Sécurité sociale

2019, p. 191 (n° 890)

### PRUD'HOMMES

• Comparaitre en bonne et due forme

2019, p. 169 (n° 889)

• L'exécution des décisions prud'homales

2019, p. 135 (n° 888)

• Juges, ne jugez pas !

2019, p. 111 (n° 888)

• Le plafonnement des indemnités de licenciement contraire aux engagements internationaux de la France

2019, p. 67 (n° 886)

### REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL

• La désignation des délégués syndicaux

2019, p. 47 (n° 886)

### SANTÉ AU TRAVAIL

• L'incapacité médicale du salarié

2018, p. 351 (n° 883)

### SALAIRE ET AVANTAGES

• La rémunération du travail

2019, p. 119 (n° 888)

• Les conventions de forfait

2019, p. 83 (n° 887)

• Saisie des rémunérations, quelles limites ? (barème 2019)

2019, p. 103 (n° 887)

# Sommaires de jurisprudence

Rubrique réalisée par Marie Alaman, Mélanie Carles et Estelle Suire.

## DROIT DU TRAVAIL

### Maladie, accident et inaptitude médicale

#### Absences pour maladie ou accident

#### 069 Suspension du contrat de travail en cas de maladie – Licenciement pour abandon de poste – Rupture du contrat de travail en cas de suspension

Aucun abandon de poste ne peut être reproché au salarié pendant la suspension du contrat de travail notamment pour maladie (*Cass. soc. 13 mars 2019, n° 17-27015*).

**Commentaire :** Dans cette affaire, un salarié a été engagé le 4 juin 2007, en qualité de technicien informatique administrateur-réseau à Mulhouse. Son contrat de travail comportait une clause de mobilité. Le 30 juin 2014, il a été affecté sur une mission à Grasse. Rapidement, le salarié se plaint de mauvaises conditions d'hébergement et du contenu de sa mission qu'il estime ne pas être en adéquation avec ses compétences et son statut.

Le 4 juillet 2014, quelques jours après le début de sa mission, le salarié est placé en arrêt-maladie. Il évoque auprès de l'employeur un sérieux problème de santé et quittera précipitamment son logement de Grasse en emportant l'intégralité de ses effets personnels pour regagner son domicile. L'arrêt de travail va se prolonger jusqu'au 28 septembre 2014. Le contrat de travail est donc suspendu durant toute la durée de l'arrêt-maladie.

Dans une lettre du 11 juillet 2014, le salarié indique à son employeur sa décision de ne plus retourner à Grasse. Dans une seconde lettre du 3 septembre 2014, il demande à pouvoir bénéficier, à la fin de son arrêt de travail, d'une mission conforme à ses compétences, et dans un lieu respectant la clause de mobilité.

L'employeur convoque alors le salarié à un entretien préalable au licenciement le 12 septembre 2014. Lors de cet entretien, le salarié affirme oralement son refus de reprendre le poste à Grasse. L'employeur licencie le salarié pour faute grave le 19 septembre 2014, lui reprochant un abandon de poste et donc une insubordination.

Ce dernier conteste alors son licenciement devant la juridiction prud'homale. Puis la cour d'appel donne raison à l'employeur, confirmant l'abandon de poste et l'insubordination.

Mais cette décision est cassée par la Cour de cassation. En effet, l'arrêt-maladie du salarié suspend le contrat de travail. C'est à dire que même si pendant cette période de suspension, certaines obligations telles que l'obligation de loyauté demeurent, l'abandon de poste ne peut être un motif de licenciement. En ce sens, un licenciement pour abandon de poste durant un arrêt-maladie a déjà été jugé abusif, et même discriminatoire (*Cass. soc. 24 sept. 2013, n° 12-13537*). **M.A.**

### Durée du travail

#### Convention de forfait

#### 070 Forfait en jours dont le nombre de jours est inférieur à 218 – Incompatibilité avec le statut de salarié à temps partiel – Demande de requalification en temps plein

Les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année dont le nombre est inférieur à 218 jours, ne peuvent pas être considérés comme salariés à temps partiel (*Cass. soc. 27 mars 2019, n° 16-23800*).

**Commentaire :** Le salarié avait été embauché en tant que consultant pour un contrat à durée déterminée à temps partiel. La relation de travail s'étant poursuivie au-delà du terme du premier contrat, les parties avaient signé un contrat de travail à durée indéterminée prévoyant un forfait annuel de 131 jours (soit l'équivalent de 3/5<sup>e</sup> d'un forfait-jours annuel de 218 jours).

Licencié pour faute grave quelques années plus tard, le salarié demande la requalification de son contrat à durée indéterminée en temps plein.

Le salarié se réfère à l'article L. 3123-14 du Code du travail, dans sa version alors en vigueur (aujourd'hui L. 3123-6 du Code du travail), selon lequel tout contrat à temps partiel doit impérativement mentionner la répartition du temps de travail sur la semaine ou l'année.

Il explique que pendant l'exécution de sa convention de forfait, il se trouvait dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il se tenait constamment à la disposition de son employeur.

Il avance également que le plafond de 218 jours d'un forfait-jours annuel correspond à la durée légale du travail, à laquelle fait référence l'article L. 3123-1 du Code du travail, rapportée en jours. Travaillant donc uniquement pendant 131 jours, il était de ce fait à temps partiel.

Or, c'est le principe même du forfait-jours de supposer que la durée du temps de travail ne puisse être prédéterminée du fait notamment du degré d'autonomie dont le salarié bénéficie dans l'organisation de son emploi du temps.

Pour la Cour de cassation, dès lors qu'il existe une convention de forfait-jours et quel que soit le nombre de jours travaillés, le régime du contrat à temps partiel doit être écarté.

Elle confirme donc l'arrêt de la cour d'appel en affirmant que « les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année, dont le nombre est inférieur à 218 jours, ne peuvent être considérés comme salariés à temps partiel ».

N'étant pas à temps partiel, le salarié ne pouvait donc prétendre à la requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein. **M.A.**

## 071 Convention de forfait en jours – Conditions – Déficit d'autonomie réelle dans l'organisation du travail

Le salarié qui ne dispose pas d'une autonomie réelle dans l'organisation de son travail, qui était en fait totalement organisée et imposée par l'employeur, ne remplit pas les conditions pour être soumis à une convention de forfait en jours (*Cass. soc. 27 mars 2019 n° 17-31715*).

**Commentaire :** Dans cette affaire, un salarié au statut de cadre avait conclu une convention de forfait annuel en jours avec son employeur. Après son licenciement, il conteste la validité de cette convention et demande un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires accomplies.

Selon le Code du travail, peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés (Art. L. 3121-58 C. trav.). Pour prouver son manque d'autonomie, le salarié va démontrer que son poste impliquait une coopération constante avec les autres corps de métiers de l'entreprise, qu'il avait un responsable sur place et que la durée de son travail était prédéterminée. En effet, ses fonctions s'appliquaient à des événements dont les modalités étaient connues au préalable et il était soumis à des plannings précis, comportant notamment des jours et des tranches horaires à respecter impérativement.

La cour d'appel et la Cour de cassation répondent favorablement à la demande du salarié en considérant que la convention de forfait lui est opposable.

Son travail était en tout point organisé et imposé par l'employeur, il ne disposait pas d'une autonomie réelle dans l'organisation de son travail, de sorte que l'intéressé ne remplissait pas les conditions pour être soumis à une convention de forfait en jours. **M.A.**

**En savoir plus :** « Les conventions de forfait », *RPDS* 2019, n° 887, p. 83.

## Travail à temps partiel

### 072 Modification des horaires de travail – Non-respect du délai de prévenance – Absence de requalification en contrat à temps plein

L'absence de respect du délai de prévenance, prévu par l'article L. 3123-21 du Code du travail dans sa rédaction applicable au litige, entraîne la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, lorsque le salarié est empêché de prévoir le rythme auquel il devait travailler et se trouve dans l'obligation de se tenir à la disposition constante de l'employeur. Ainsi, la salariée qui avait été exposée à un unique changement d'horaire, n'avait pas été empêchée de prévoir le rythme auquel elle devait travailler et n'avait pas à se tenir à la disposition constante de l'employeur, c'est pourquoi sa demande de requalification devait être rejetée (*Cass. Soc. 27 mars 2019, n° 17-21543*).

**Commentaire :** En principe, les horaires de travail et leur répartition dans la semaine sont des mentions obligatoires inscrites au contrat lorsque ce dernier est à temps partiel. Il est cependant possible de les modifier si le contrat le prévoit et, dans ce cas, l'employeur est « obligé » de respecter un délai de prévenance que lui impose la loi (Art. L. 3123-11 C. trav.). En l'occurrence, l'employeur devait prévenir le salarié au moins sept jours

ouvrés avant la date effective des nouveaux horaires. Les circonstances de l'affaire paraissent simples. Si l'employeur était obligé de prévenir le salarié, mais qu'il ne le fait pas, il doit être sanctionné. Or, ce n'est pas le chemin pris par la Cour de cassation. Cette dernière est plus indulgente vis-à-vis de l'employeur. En effet, si, en plus du non-respect du délai de prévenance par l'employeur, le salarié n'a été exposé qu'à une seule modification d'horaires, l'employeur ne risque rien. Par contre, si l'employeur méconnaît le délai de prévenance et si le salarié subit des changements d'horaires à répétition le mettant dans une situation inconfortable vis-à-vis de son organisation personnelle et du travail, l'empêchant de prévoir le rythme de son travail, l'obligeant à se tenir en permanence à la disposition de celui-ci, l'employeur encourt une sanction plus conséquente, celle de la requalification à temps complet du contrat de travail. **E.S.**

## Santé et sécurité au travail

### Information et formation des travailleurs

### 073 Absence de formation à la sécurité – Responsabilité pénale de l'employeur

Est passible d'une condamnation pénale la société personne morale au titre de deux infractions différentes, relatives au défaut de formation des travailleurs en matière de santé et de sécurité au travail, dès lors que la victime n'a bénéficié ni de la formation pratique et appropriée en matière de sécurité prévue pour les travailleurs en contrat à durée déterminée, ni de celle prévue en cas de modification de poste ou de techniques l'exposant à des risques nouveaux (*Cass. crim. 19 fév. 2019, n° 18-80942*).

**Commentaire :** Dans cette affaire, le salarié d'une société coopérative agricole enchaîne deux CDD sur deux postes différents. Au cours d'une intervention sur un silo avec vis racleuse de déchargement, il est grièvement blessé ; son bras est happé lors de la remise en mouvement intempestive du mécanisme. Estimant ne pas avoir reçu la formation nécessaire, le salarié assigne la société devant le tribunal correctionnel.

Les juges constatent deux infractions relatives à la réglementation afférente à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs :

- d'une part, celle de l'emploi d'un travailleur sans dispense de formation pratique et appropriée en matière de sécurité (Art. R. 4141-13 C. trav.) ;
- d'autre part, celle de changement de poste de travail ou de technique d'un travailleur, notamment en cas d'utilisation de machines ou d'opérations de manutention, sans dispense de formation appropriée en matière de sécurité (Art. R. 4141-15 C. trav.).

Par ailleurs, selon l'article L. 4154-2 du Code du travail, « les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés temporaires et les stagiaires en entreprise affectés à des postes de travail présentant des risques particuliers pour leur santé ou leur sécurité bénéficient d'une formation renforcée à la sécurité ainsi que d'un accueil et d'une information adaptés dans l'entreprise dans laquelle ils sont employés ».

La victime étant à la fois un salarié en CDD et un travailleur ayant changé de poste, une formation à la sécurité devait lui être dispensée à ces deux titres. Une carence passible de sanctions pénales pour l'employeur (Art. L. 4741-1 C. trav.). **M.C.**

## CONTRAT DE TRAVAIL

# Qu'est-ce qu'un salarié ?

Par Aude Le Mire



### ➔ **Sachez-le vite**

En l'absence d'une définition précise de « salarié », c'est au juge qu'il appartient de fixer les critères distinctifs du contrat de travail. Pour reconnaître l'existence d'un contrat de travail, le juge s'assure que le travailleur perçoit une rémunération en contrepartie du travail subordonné. Si l'existence d'une rémunération et d'un travail est nécessaire à la qualification du contrat de travail, l'exécution de la prestation de travail sous la direction et le contrôle de l'employeur est la condition déterminante.

La définition de « salarié » dépend exclusivement des conditions réelles d'exécution du travail, peu importe la dénomination que les parties ont donnée à leur relation. L'application du droit du travail est d'ordre public, elle s'impose aux parties qui n'ont donc pas liberté totale de choisir le cadre de leur relation.

Une fois opérée par le juge, la requalification de cette dernière en « contrat de travail » permet au salarié de demander l'application des règles protectrices de droit du travail ainsi que celles découlant de l'affiliation au régime général de la Sécurité sociale.

Si le Code du travail ne donne pas de définition générale du contrat de travail, le législateur a pu intervenir, soit pour élargir l'application du droit du travail à des catégories de travailleurs en raison de la forte dépendance économique dans laquelle ils se trouvent, soit au contraire pour exclure certains travailleurs du champ du salariat.

Ainsi, certaines professions sont automatiquement présumées être exercées à titre salarié, tandis que certains travailleurs, qui font l'objet d'une immatriculation par exemple au registre du commerce et des sociétés, sont présumés exercer leur activité en indépendants.

Cette présomption peut être renversée si la personne prouve qu'elle exerce son activité dans des conditions qui la placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard du donneur d'ordre.

Un salarié est un travailleur qui bénéficie d'un statut lui assurant une certaine protection et permettant de compenser partiellement le pouvoir de direction exorbitant dont dispose l'employeur à l'égard des salariés. Le statut du salariat confère aux travailleurs une protection pendant la relation de travail – droit du travail, accès au régime général de la Sécurité sociale, protection en cas d'accident du travail – et en cas de privation d'emploi *via* l'assurance chômage. Les enjeux de la qualification de « contrat de travail » sont donc immenses.

Paradoxalement, le contrat de travail n'a pas de définition légale. Les éléments qui le constituent ont été identifiés par les juges, qui s'emploient prioritairement à mettre en valeur l'état de subordination dans lequel le salarié se trouve. Mais l'examen des décisions de la Cour de cassation montre qu'il n'y a pas de séparation hermétique entre les notions de dépendance et de subordination.

La définition du salarié se trouve aujourd'hui au cœur de l'actualité avec l'essor des plateformes numériques, lesquelles proposent de nouvelles formes d'organisation du travail. Liberté (parfois relative) des travailleurs dans le choix de leur emploi du temps et de leurs horaires, travail sans hiérarchie incarnée et visible, évaluation constante et systématique de la prestation de travail, le tout assuré par des algorithmes... ces éléments justifient-ils le contournement du statut protecteur des salariés et l'exposition de cette nouvelle catégorie de travailleurs du transport de personnes et de la livraison à la précarité ?

C'est le travail des juges que de rétablir la véritable nature du contrat liant ces travailleurs et plus généralement ceux qui sont concernés par une présomption de non-salariat.

## 1 Absence de définition légale du contrat de travail

Définir le salarié, c'est définir le contrat de travail. Or il n'existe pas à proprement parler d'une définition rigide du contrat de travail mais plutôt un certain nombre de situations de fait desquelles on peut déduire l'existence ou non d'un contrat de travail.

Le Code du travail ne donnant pas de définition légale du contrat de travail, le travail de qualification revient donc au juge.

### A – Définition jurisprudentielle en trois critères

Si l'on se tourne vers le Code de la Sécurité sociale, qui constitue à côté du droit du travail l'autre branche du droit social, on constate que l'article L. 311-2 du Code de la Sécurité sociale (voir encadré p. 225) détermine dans des termes très larges les personnes devant faire l'objet d'une affiliation au régime général de Sécurité sociale. L'article suivant (art. L. 311-3 du Code de la Sécurité sociale) énumère en 36 points, mais non limitativement, les travailleurs concernés par l'affiliation au régime général.

#### PLAN

<b>1. Absence de définition légale du contrat de travail</b>	<b>224</b>
A – Définition jurisprudentielle en trois critères	224
B – L'indisponibilité de la qualification du contrat de travail	224
<b>2. Les critères distinctifs du contrat de travail</b>	<b>225</b>
A – Le travail	225
B – La rémunération	227
C – Le lien de subordination	228
<b>3. Travailleurs salariés ou indépendants par détermination de la loi</b>	<b>231</b>
A – Salariés par détermination de la loi	231
B – Indépendants par détermination de loi	232
<b>4. Requalification de la relation en contrat de travail</b>	<b>235</b>
A – Les demandes en requalification	235
B – Les effets de la requalification	237

#### Encadrés

➤ Article L. 311-2 du Code de la Sécurité sociale	225
➤ Le travail en milieu carcéral	226
➤ Plateformes numériques et requalification : l'exemple de Take Eat Easy	230
➤ Comment faire reconnaître une relation contractuelle ?	235

#### Tableau et schéma

➤ Effets de la requalification	236
--------------------------------	-----

Cette définition très générale a vocation à embrasser la quasi-totalité des relations de travail (il ne cite à aucun moment les termes «contrat de travail») si bien qu'on ne peut pas raisonnablement s'en contenter. Il faut noter par ailleurs que certains travailleurs bénéficient du régime général sans être salariés.

Les auteurs définissent quant à eux le contrat de travail comme une convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération. Cette définition est tirée d'une analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la qualification du contrat de travail. Elle met en évidence trois critères distinctifs :

- un travail ;
- une rémunération ;
- un lien de subordination.

L'absence de l'un de ces critères entraîne théoriquement une autre qualification pour le contrat. Elle oblige en tout cas le juge à recueillir un ensemble d'indices, appelé faisceau, pour pouvoir qualifier la relation de contrat de travail.

Bien que la réunion des trois critères soit nécessaire, tous n'ont pas la même importance. En effet ce sont les circonstances particulières dans lesquelles s'exécute la prestation de travail, c'est-à-dire l'exécution d'un travail subordonné, qui caractérisent le contrat de travail.

### B – L'indisponibilité de la qualification du contrat de travail

Ce principe a été rappelé notamment par l'arrêt Labbane <sup>(1)</sup> qui affirme que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs.

Le droit du travail est un droit d'ordre public qui s'impose tant à l'employeur qu'au salarié <sup>(2)</sup>. Ces derniers n'ont pas une liberté absolue pour décider du cadre de leur relation de travail.

Aussi des engagements de tout type – contrat de jeu, contrat de prestation de services, vœux religieux conformes au droit canon etc. – même s'ils ont été librement souscrits, peuvent être requalifiés par le juge si les critères du salariat sont remplis. Et bien sûr si un contentieux permet au juge d'opérer son travail de requalification.

Autrement dit, peu importe que les parties se soient volontairement détournées du contrat de travail et aient donné un autre nom à leur relation : un travailleur

(1) Cass. soc. 19 déc. 2000, n° 98-40572.

(2) Cass. Ass. Plén. 4 mars 1983, n° 81-11647 : la seule volonté des parties est impuissante à soustraire un travailleur au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail.

ne peut pas renoncer aux protections que le contrat de travail lui octroie <sup>(3)</sup>. Et il incombe au juge de mettre en évidence les éléments de faits qui, derrière les apparences, établissent la nature du lien de travail <sup>(4)</sup>.

## **2 Les critères distinctifs du contrat de travail**

Le contrat de travail nécessite la réunion de trois critères distinctifs : la prestation d'un travail, la rémunération et un lien de subordination.

### **A – Le travail**

Le travail est l'objet même du contrat de travail, comme le don est l'objet d'une donation. Se pose alors la question de savoir si toute activité peut être considérée comme un travail.

Pour caractériser un contrat de travail, le travail doit être accompli effectivement et personnellement par le salarié. Il doit être effectif parce que l'absence de travail réel révélerait le détournement du contrat de travail de son objet et donc la volonté de s'octroyer un statut en fraude. Il doit être personnel, le contrat de travail étant un contrat *intuitu personae*, c'est-à-dire que l'employeur conclut le contrat en considération de la personne du salarié.

L'activité peut revêtir plusieurs formes (artistique, manuelle, intellectuelle...) dès lors qu'elle s'exerce de manière professionnelle. Elle doit donc répondre à une logique productive, générer des gains économiques pour l'employeur.

Certaines activités, en raison du cadre ou de l'objectif dans lequel elles sont exercées, ne débouchent pas sur la qualification de contrat de travail. D'autres, en dépit de ce cadre, remplissent le critère du fait de l'état de subordination dans lequel sont placés les intéressés.

#### **a) Activité s'inscrivant dans un processus de formation/insertion**

Une activité qui a pour finalité la formation et/ou l'insertion peut ne pas faire l'objet d'un contrat de travail. C'est l'exemple des formations en milieu professionnel et des stages. Mais si la formation n'est qu'un prétexte et ne sert qu'à détourner le contrat de sa véritable nature, le juge pourra opérer une requalification.

Le statut de stagiaire relève de la loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014, élaborée à partir de la jurisprudence et de textes législatifs antérieurs.

Un stage suppose, entre autres, une durée maximale de 6 mois, donc une mise en situation professionnelle

*(3) Qu'elle soit expresse ou tacite, réelle ou supposée, la volonté des parties ne saurait faire obstacle à la qualification de contrat de travail. E. Dockès, «Notion de contrat de travail», Dr. Soc. 2011, p. 546.*

*(4) Cass. soc. 19 mai 1998, n° 95-45575 :*

*« La qualification exacte d'un contrat, dont la nature juridique est indécise, relève de l'office du juge ».*

temporaire, et la signature d'une convention tripartite entre l'intéressé, l'organisme d'accueil et l'établissement d'enseignement <sup>(5)</sup>.

En outre, la « convention de stage ne peut être conclue pour exécuter une tâche régulière correspondant à un poste de travail permanent, pour faire face à un accroissement temporaire de l'activité [...] » <sup>(6)</sup>. le stagiaire ne doit donc pas être une variable d'ajustement de personnel et remplacer dans les effectifs un salarié manquant <sup>(7)</sup>. Il doit être dans un mode d'acquisition de compétences et l'entreprise qui l'accueille doit être dans une démarche de formation. La relation doit être requalifiée si la personne remplit des tâches relevant d'un emploi normal et ne reçoit pas la formation que l'entreprise s'est engagée à lui fournir <sup>(8)</sup>.

À noter que l'intérêt pédagogique n'exclut pas nécessairement l'existence d'un contrat de travail. En témoigne le cas d'étudiants en médecine assistant à des opérations chirurgicales en qualité d'aides opératoires auxquels le statut de salarié a été reconnu <sup>(9)</sup>.

Sous couvert de formation et/ou d'insertion, certains dispositifs permettant un accès à l'emploi excluent le statut de salarié. Dans certaines situations où tous les critères du salariat sont remplis, cette exclusion divise la doctrine.

#### **EXEMPLES.**

► L'objectif d'insertion sociale et professionnelle exclut la qualification de contrat de travail dans le cas de la communauté d'Emmaüs. En intégrant l'association, le compagnon d'Emmaüs s'inscrit dans un cadre incluant la participation à un travail destiné à l'insertion sociale qui

*(5) Art. L. 124-1 à L. 124-20 du Code de l'éducation.*

*(6) Art. L. 124-7 du Code de l'éducation.*

*(7) Le stagiaire ne peut pas occuper le poste d'une salariée en congé maternité (Cass. soc. 1<sup>er</sup> avril 1992, n° 90-42493) ou des salariés absents ou licenciés.*

*(8) Cass. soc. 19 déc. 2007, n° 06-45139. Le stage doit être requalifié en contrat de travail lorsque le stagiaire, étudiant en hôtellerie, travaillant en tant que veilleur de nuit dans le cadre de son stage obligatoire, exerce une activité professionnelle productive pour l'entreprise sans recevoir de formation distincte : Cass. crim. 3 déc. 2002, n° 02-81453.*

*(9) Cass. soc. 13 janv. 1994, n° 91-18802.*



#### **➔ Article L. 311-2 du Code de la Sécurité sociale**

*« Sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes quelle que soit leur nationalité, de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat. »*

est exclusive de tout lien de subordination <sup>(10)</sup>. Ici donc, l'insertion est synonyme d'exclusion du lien de subordination.

► Les travailleurs en établissements ou services d'aide par le travail constituent un autre exemple. Les ESAT accueillent des personnes handicapées dont les capacités de travail ne leur permettent ni de travailler dans une entreprise ordinaire ou dans une entreprise adaptée comme un atelier protégé, ni pour le compte d'un centre de distribution de travail à domicile. Les intéressés signent un « *contrat de soutien et d'aide par le travail* » et n'ont pas le statut de salariés. Ils dépendent du Code de l'Action sociale et des familles. Ces travailleurs bénéficient du congé de présence parentale, ont certains droits à congé prévus par le Code du travail et ont droit à la validation des acquis de leur expérience. Ils perçoivent une rémunération garantie comprise entre 55,7 % et 110,7 % du SMIC.

(10) Cass. soc. 9 mai 2001, n° 98-46158.

## Travail en milieu carcéral

Concernant l'exercice d'une activité en milieu carcéral, le législateur a fait le choix de l'exclusion du droit du travail. Selon l'article 717-3, al. 3 du Code de procédure pénale, les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail. Règle à laquelle il peut être dérogé pour les activités exercées à l'extérieur des établissements pénitentiaires.

Tous les ingrédients du travail subordonné sont pourtant réunis, et les sociétés « concessionnaires » qui emploient des prisonniers sont souvent comme les autres, dans la recherche de profits <sup>(1)</sup>. Saisi d'une QPC dans le cadre d'une demande de rappel de salaires de deux détenus qui sollicitaient l'application du SMIC, le Conseil constitutionnel a livré une décision peu étayée : les dispositions de l'article 717-3, al. 3 du Code de procédure pénale ne portent, en elles-mêmes, aucune atteinte aux principes énoncés par le Préambule de 1946. Elles ne méconnaissent pas davantage le principe d'égalité ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit [...] <sup>(2)</sup>.

Plusieurs arguments avaient été déployés pour contester le statut des détenus :

- la violation de plusieurs droits fondamentaux (droit à l'emploi, libertés et droits collectifs, droit de la représentation) ;
- la rupture d'égalité entre les détenus travaillant en prison et les détenus ayant une activité extérieure ;
- la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement ou de dégradation. Était entre autres visé le niveau de rémunération des travailleurs incarcérés (de 20 à 45 % du SMIC), qui peut être considéré comme une atteinte à la dignité des personnes au regard du coût de la vie en prison et des nécessités de constituer un pécule en vue de la réinsertion du détenu à la sortie de prison. Il faut noter de ce point de vue l'incohérence de ce niveau de rémunération avec l'article 225-13 du Code pénal qui réprime le fait d'obtenir d'une personne vulnérable la fourniture de services en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli. Des arguments qui n'ont pas été suffisants.

(1) L'un des employeurs principaux des détenus est l'administration pénitentiaire elle-même, qui les emploie à des postes nécessaires à son fonctionnement (cuisine, lingerie...).

(2) Cons. Const. 14 juin 2013, n° 2013-320/321, QPC. Voir C. Wolmark, « Application du droit du travail aux détenus : le droit d'avoir des droits refusés », RDT 2013, p. 565.

## b) Travail et religion

Les communautés religieuses ne sont pas, pour l'État, des lieux de travail comme les autres. Leur est donné droit de s'organiser de manière autonome et de se placer hors législation sociale. Ce n'est toutefois pas systématique.

Par exemple, les pasteurs de l'Église réformée ne sont pas des salariés <sup>(11)</sup>. Le statut de salarié a également été refusé aux membres d'une congrégation assumant des fonctions non religieuses, par exemple des fonctions d'infirmière et d'assistante sociale <sup>(12)</sup>.

À l'inverse, des religieux exerçant un métier dans le cadre de leur activité religieuse ont pu se prévaloir d'un contrat de travail. C'est le cas des prêtres ouvriers ou enseignants <sup>(13)</sup>. L'exercice d'activités (gestion et entretien du patrimoine, secrétariat, lingerie) qui s'inscrivent dans un ordre économique indépendamment de l'ordre spirituel auquel les membres d'une communauté ont adhéré, peut corroborer l'existence d'un contrat de travail <sup>(14)</sup>.

En 2010, la Cour de cassation a posé le principe suivant : le contrat de travail ne peut être écarté que lorsque la communauté religieuse a le statut de congrégation ou association culturelle, c'est-à-dire si elle est constituée sous la forme d'une association loi de 1905. En dehors de ce cas, les personnes travaillant au sein de communautés religieuses, bien qu'hébergées et nourries par cette communauté, doivent avoir un contrat de travail <sup>(15)</sup>.

## c) Télé réalité

Selon les producteurs de télévision, être filmé dans son quotidien ne peut pas être considéré comme un travail. Or, les candidats de jeux télévisés, qui sont liés à une société de production par un contrat de participation et se soumettent à un « règlement participant » ou un « règlement candidat », ont été qualifiés de salariés par les juges. Jouer les célibataires sur une île aux frais de la princesse pendant deux semaines n'est pas incompatible avec un état de subordination. Cet état de subordination induit, selon les juges, une prestation de travail.

Concernant le jeu « l'île de la tentation », l'état de subordination est mis en évidence par plusieurs éléments : une « bible » prévoyant le déroulement des journées et la succession d'activités filmées imposées, des mises en scènes répétées [...], le choix des vêtements par la production, des horaires imposés allant jusqu'à vingt heures par jour, l'obligation de vivre sur le site et l'impossibilité de se livrer à des occupations personnelles, l'instauration

(11) Cass. soc. 20 nov. 1986, n° 84-43643.

(12) Ass. Plén. 8 janv. 1993, n° 87-20036.

(13) Cass. soc. 11 janv. 1989, n° 86-12422.

(14) L'existence d'un contrat de travail était par ailleurs attestée par des bulletins de paie, le paiement de cotisations sociales, et l'existence d'une subordination, Cass. soc. 9 oct. 2008, n° 07-44766.

(15) Cass. soc. 20 janv. 2010, n° 08-42207. Voir J. Mouly, « L'exception religieuse au contrat de travail : un coup d'arrêt aux risques de dérive sectaire ? », Dr. Soc. 2010, p. 1070.

de sanctions, notamment pécuniaires, en cas de départ en cours de tournage, etc. Il ressort par ailleurs que le caractère professionnel de la prestation des participants vient de la nature marchande de l'activité <sup>(16)</sup>.

Dès lors que des candidats répondent aux directives de la production, laquelle a un pouvoir de sanction sur eux, et qu'ils apportent leur concours à la fabrication d'un programme à valeur économique, il y a une prestation professionnelle exécutée sous la subordination du producteur <sup>(17)</sup>.

#### d) Plateformes numériques et travail accessoire

Toutes les plateformes numériques ne sont pas des plateformes de travail. Il ne peut pas y avoir contrat de travail si la part de travail exigée n'est qu'accessoire. Par exemple, sur Airbnb, le travail consistant, pour le propriétaire, à faire le ménage de l'appartement qu'il met à disposition, n'est qu'un accessoire à la location de ce bien. La plateforme ne peut pas dans ce cas être considérée comme un employeur.

## B – La rémunération

La rémunération est la contrepartie du travail fourni, et constitue au même titre que celui-ci l'objet du contrat de travail. La rémunération est un élément tout aussi important que l'accomplissement du travail. Ce critère permet de tracer une frontière entre bénévolat et salariat.

#### a) Frontière avec le bénévolat

Le bénévolat suppose que le travail soit réalisé sans contrepartie financière. Le bénévole n'est pas dépendant économiquement, car il ne tire pas de revenus de son activité. Il peut être dans un état de subordination, mais moins important que dans un travail subordonné. Il peut aussi cesser librement sa collaboration sans risque d'être juridiquement contraint par l'association.

Le contrat de travail étant un contrat conclu à titre onéreux, l'absence de rétribution exclut théoriquement la qualification de contrat de travail.

Cela n'a pas empêché les juges de requalifier la relation de travail liant un avocat et sa secrétaire non rémunérée, car cette dernière se trouvait dans une forte dépendance économique: elle vivait du minimum légal dans l'attente d'une embauche promise par l'avocat <sup>(18)</sup>.

L'existence d'une rétribution trop modeste peut également exclure la qualification du contrat de travail mais pas toujours. Une petite rétribution ou l'octroi d'avantages peuvent amener le juge à effectuer une requalification.

(16) Cass. civ. 1, 24 avril 2013, n° 11-19091.

(17) Cass. soc. 25 juin 2013, n° 12-13968. *Élection de Mister France. Pour d'autres exemples de contrats de jeu requalifiés en contrats de travail, voir Cass. soc. 4 févr. 2015, n° 13-25621, Pékin Express; Cass. soc. 25 juin 2013, n° 12-17660.*

(18) Cass. soc. 26 mai 2010, n° 05-44939.

#### EXEMPLES.

► Des avantages en nature, de nourriture et de logement, accordés à une assistante sanitaire accompagnant un groupe scolaire lors d'un stage en montagne, sont suffisants pour entraîner la qualification de contrat de travail <sup>(19)</sup>.

► La participation à un jury pour l'attribution d'un brevet d'aptitude, rétribuée à hauteur de 34,36 euros bruts, est une prestation de travail effectuée dans un état de subordination <sup>(20)</sup>.

#### b) Précisions

##### 1. Activités bénévoles dans un cadre associatif

Concernant le travail au sein d'associations, doit être qualifié de salaire et donc entraîne la qualification de contrat de travail, une contrepartie même très faible, même en nature, qui ne serait pas un remboursement de frais.

En effet, la Cour de cassation considère comme bénévoles les membres adhérents, accomplissant sous l'autorité du président de l'association un travail destiné à la réalisation de l'objet social en ne percevant, le cas échéant, que le strict remboursement des frais exposés par eux.

En revanche, s'ils perçoivent une somme forfaitaire dépassant les frais réellement engagés, la relation doit être requalifiée en contrat de travail <sup>(21)</sup>.

L'Urssaf peut réintégrer dans l'assiette des cotisations les indemnités et avantages versés par une association à des volontaires, encadrés par un animateur salarié et travaillant sur des chantiers de rénovation <sup>(22)</sup>.

##### 2. Le volontariat organisé par la loi

La loi a créé, avec le service civique, un statut spécial <sup>(23)</sup>. Bien qu'il s'agisse d'un contrat rémunéré et subordonné, «le contrat de service civique ne relève pas du Code du travail» <sup>(24)</sup>.

Le bénéficiaire du contrat perçoit une indemnité mensuelle dont le montant est encadré par un décret, ainsi qu'un certain nombre d'avantages, lesquels devraient normalement l'exclure du bénévolat.

Mais le concours à une mission d'intérêt général, le fait que le service civique donne aux 16-25 ans une expérience de plusieurs mois dans un milieu professionnel et qu'il soit réalisé auprès d'une personne morale sans but lucratif, expliquent (à défaut de le justifier) l'absence du statut de salariat. Au final, il s'agit toutefois d'un travail à moindre coût.

(19) Cass. soc. 17 avril 1985, n° 83-15445.

(20) Cass. civ. 2, 11 mars 2010, n° 09-11560.

(21) Cass. soc. 29 janv. 2002, n° 99-42697.

(22) Cass. civ. 2, 20 sept. 2005, n° 03-30592.

(23) Loi n° 2010-241 du 10 mars 2010.

Elle succède à d'autres lois, dont celle n° 2006-586 du 23 mai 2006 créant le contrat de volontariat associatif, aujourd'hui abrogée.

(24) Art. 8 de la loi.

## C – Le lien de subordination

Plus encore que la rémunération ou la tâche accomplie, c'est le comportement des parties lors de l'exécution du contrat qui révèle réellement le contrat de travail.

Analysés au travers de cette idée, les critères de rémunération et de prestation de travail prennent une autre signification. En effet, c'est bien le pouvoir qu'a l'employeur au jour le jour sur la détermination et la rémunération du travail qui fait toute la particularité du contrat de travail. Inversement, le fait que le travailleur intervienne dans la fixation du montant de sa prestation est un indice de son indépendance.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, une activité peut être considérée comme du travail dès lors qu'elle est effectuée dans un état de subordination. Et l'absence de salaire ne suffit pas toujours à fixer la frontière entre travail et bénévolat. C'est donc réellement la subordination qui est essentielle.

### a) Notion de subordination

La subordination est l'expression du pouvoir de direction de l'employeur. À la différence d'un travailleur indépendant qui offre un service ou un produit fini qu'il exécute ou réalise en autonomie, le salarié est tenu de se soumettre aux ordres de son employeur et d'exécuter son travail en fonction des directives de son employeur.

La définition du lien de subordination provient de l'arrêt Société Générale<sup>(25)</sup>. Selon la Cour de cassation, le lien de subordination est «*caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné*».

Ce lien se manifeste donc à travers :

- le pouvoir de donner des directives et des ordres ;
- le contrôle de l'exécution du travail ;
- le pouvoir de sanction.

Selon certains juristes, il serait plus exact de parler d'état de subordination. Le lien juridique de subordination résulte du contrat de travail. L'employeur détient un pouvoir juridique sur le salarié, et ce pouvoir trouve sa source dans le contrat de travail.

En revanche, pour parvenir à la qualification de contrat de travail, il faut trouver une subordination de fait, c'est-à-dire rechercher si la subordination existe dans les faits.

(25) Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 94-13187. Cet arrêt est rendu sur le fondement de dispositions du Code du travail et du Code de la Sécurité sociale. C'est donc à la fois sur le terrain de la qualification du contrat de travail et celui du régime général que le lien de subordination est défini. Sur le sujet, voir «*Qu'est-ce qu'un salarié?*», L. de la Pradelle, RPDS n° 623, mars 1997 p. 79 et suiv. L'arrêt rappelle aussi que la rémunération au sens du droit de la Sécurité sociale est constituée de toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion d'un travail accompli dans un lien de subordination.

C'est donc la nature qu'entretiennent les parties entre elle, plus que tout autre élément, qui confère au contrat de travail sa particularité.

Ainsi par exemple, sont considérés comme salariés les démarcheurs prospecteurs en panneaux d'affichage qui, bien que qualifiés de courtiers et jouissant d'une certaine liberté dans l'organisation de leur travail, doivent se conformer aux directives géographiques imposées par l'employeur et se soumettre au contrôle d'un inspecteur<sup>(26)</sup>.

En revanche, un transporteur de béton qui décide de ses congés, fait le choix de ne pas être géolocalisable, n'a pas changé de camion contrairement à la demande qui lui a été faite, ne reçoit pas d'ordres et garde la maîtrise des opérations de conduite, n'est pas dans un état de subordination<sup>(27)</sup>.

La définition de l'arrêt Société Générale constitue une ligne directrice, déclinée depuis par la Cour de cassation dans nombre de décisions. Ces dernières montrent néanmoins que les juges statuent au cas par cas.

### 1. Intégration à un service organisé

La subordination ne s'analyse pas de façon rigide et unitaire, elle n'est pas la même pour un ouvrier que pour un professeur, lequel peut avoir une certaine indépendance dans le contenu de ses cours, leur préparation, les choix pédagogiques. Face à une subordination classique centrée sur l'idée de soumission à autrui, les juges ont créé la notion de participation à un service organisé, afin d'adapter la jurisprudence à l'évolution du travail. Dans ce cas, la subordination ne découle plus de l'obligation pour le salarié de se soumettre aux ordres de l'employeur, mais du fait de l'intégration de son activité à un service organisé par autrui, qui implique de se soumettre à un certain nombre de contraintes.

L'arrêt Société Générale a rappelé que l'intégration à un service organisé peut être un indice de subordination à la condition que l'employeur fixe de manière unilatérale les conditions d'exécution du travail.

Si l'on prend l'exemple d'une plateforme numérique, il y a bien organisation d'un service. Les juges ont montré dans deux affaires récentes que les conditions d'exécution de la prestation étaient définies par les sociétés gérant la plateforme.

### 2. La dépendance économique

En matière de qualification du contrat de travail, la notion de dépendance économique a été un temps en concurrence avec la subordination juridique, à qui les juges ont rapidement donné la primauté<sup>(28)</sup>. Toutefois la dépendance économique n'est pas absente des

(26) Cass. soc. 14 mars 1996, n° 94-12373.

(27) Cass. soc. 9 nov. 2010, n° 08-45342.

(28) Cass. civ. 6 juill. 1931, Bardou. «*La condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur...*».

décisions de la Cour de cassation. Dépendance économique et subordination juridique, l'une comme l'autre, traduisent un déséquilibre de la relation de travail, le travailleur se trouvant dans une plus grande précarité que l'employeur.

La notion de dépendance économique peut se comprendre de deux façons. C'est :

- le fait de dépendre d'autrui pour ses moyens de subsistance (le salaire que le travailleur tire de son travail lui est nécessaire pour vivre) ;
- le fait de dépendre des moyens ou des outils de travail appartenant à autrui pour pouvoir exercer son activité.

Selon un auteur <sup>(29)</sup>, subordination et dépendance économique sont complémentaires quand il s'agit de délimiter la sphère de l'application du droit du travail. L'une peut compenser l'autre.

#### EXEMPLES.

➤ Une subordination limitée mais une forte dépendance économique : c'est le cas du chauffeur livreur dont la subordination se limite au respect d'horaires fixes et précis, mais dont le temps consacré à son donneur d'ordre l'empêche de travailler pour d'autres clients et qui est tributaire des tarifs imposés par la société <sup>(30)</sup>.

➤ Une faible dépendance économique mais une subordination importante : c'est la situation dans laquelle se trouve une employée de maison ayant une multitude d'employeurs et donc une dépendance économique relative vis-à-vis de chacun d'eux, ou encore les candidats de l'île de la tentation, dont la participation au jeu est ponctuelle et la rétribution n'a pas de caractère alimentaire. La subordination est importante dans les deux cas.

En outre, seule une totale indépendance économique exclut toute qualification de contrat de travail même en cas de subordination pleinement caractérisée. Inversement, seule une absence totale de subordination exclut la qualification de contrat de travail même en situation de dépendance économique. Des sous-traitants exclusifs gérant d'importants chiffres d'affaires, des concessionnaires de grandes marques etc. ne peuvent pas se voir attribuer le statut de salariés en dépit d'une certaine subordination <sup>(31)</sup>.

## b) Les indices de subordination

Tous les indices de la subordination ou la dépendance ne doivent pas être réunis nécessairement. Mais ne présenter qu'un indice de subordination s'avère insuffisant <sup>(32)</sup>.

Lorsque la subordination n'est pas directement prouvée, les juges utilisent la technique du faisceau

(29) E. Dockès, *art. précité*.

(30) Cass. soc. 12 janv. 2011, n° 09-66982.

(31) Cass. soc. 18 févr. 2009, n° 07-42225.

(32) Cass. soc. 20 oct. 2015, n° 14-16178 : *le seul fait qu'un chauffeur utilise la voiture de son donneur d'ordre pour travailler ne le fait pas accéder à la qualité de salarié si, par ailleurs, il reste libre d'effectuer les courses proposées, peut travailler pour un autre donneur d'ordre, fixe ses tarifs etc.*

d'indices, c'est-à-dire qu'ils collectent divers indices permettant de mettre en évidence un état de subordination.

Les juges se focalisent sur les indices de subordination, primauté étant donnée donc aux indices du pouvoir unilatéral. Mais dans certains arrêts récents <sup>(33)</sup>, les juges s'attachent aussi bien à l'absence d'indépendance qu'à la subordination.

### 1. L'exercice d'une autorité

Le fait que le travailleur se voie donner des ordres, des directives, démontre que son activité est dirigée. L'exercice d'une autorité se manifeste également dans le contrôle de l'exécution de l'activité et le pouvoir de sanctionner les manquements du travailleur. Il s'agit des critères dégagés par l'arrêt Société Générale.

L'exercice d'une autorité suppose la détermination unilatérale des conditions de travail par le chef d'entreprise et, de la part de la personne sur laquelle l'autorité s'exerce, une obéissance.

**EXEMPLE.** Les juges ont récemment montré que le travail organisé par la plateforme Uber répond aux trois conditions de la subordination. La plateforme donne des directives aux chauffeurs : respecter les instructions du GPS, attendre le client au moins 10 minutes, adopter un certain comportement (ne pas parler religion, politique ou vie privée, en cas d'incident avec un passager contacter la plateforme), avoir une voiture aux normes et bien entretenue etc.

Elle exerce un contrôle sur le taux d'annulation (qui ne doit pas dépasser un certain niveau, variable d'une ville à l'autre), sur le taux d'acceptation des courses (avec réception d'un message si le chauffeur n'a pas répondu à trois sollicitations) et met en place une géolocalisation qui, notamment, permet une analyse de l'activité du chauffeur. Enfin la plateforme prévoit un système de sanctions (risque de perdre l'accès à son compte en cas de mauvais taux d'annulation ou de mauvais comportement, sanctions financières) peu importe que les faits reprochés soient constitués et que la sanction soit proportionnée à leur commission <sup>(34)</sup>.

Le fait de déterminer le contenu ou la méthode d'une prestation (contenu pédagogique ou choix méthodologique pour les enseignants, choix de sujets pour les journalistes) et le libre choix de ses horaires et de son temps de travail font apparaître une absence de subordination.

### 2. L'intégration dans un service organisé

Comme déjà évoqué, l'intégration ou la participation à un service organisé est un indice qui ne suffit pas à lui seul à établir un lien de subordination. Le pouvoir s'exerce ici à travers la détermination des conditions d'exécution du travail.

L'intégration à un service organisé permet d'inclure dans le salariat des personnes disposant d'une indépendance technique mais travaillant néanmoins sous contrainte. Les éléments de l'intégration sont par exemple l'utilisation des locaux et du matériel de l'entreprise, la soumission au règlement intérieur, à

(33) Cass. 2 civ. 7 juill. 2016, n° 15-16110, *Forma Cab*; Appel Paris 10 janv. 2019, n° RG 18/08357, *Uber*.

(34) Appel Paris 10 janv. 2019, n° RG 18/08357, *Uber*.

des horaires etc. Par exemple des médecins, bien que très autonomes dans l'exercice de leur métier, qui travaillent au sein d'une clinique et sont soumis de surcroît à des horaires et des prestations obligatoires, sont intégrés dans un service médical organisé par les dirigeants de la clinique et se trouvent dans un certain état de subordination <sup>(35)</sup>.

Ce n'est pas le cas de conférenciers extérieurs, travaillant certes au sein d'un service intégré, mais qui définissent en accord avec l'entreprise le thème de leur intervention et leur rémunération, et qui ne sont soumis à aucun ordre, aucune directive ni à aucun contrôle dans l'exécution de leur prestation <sup>(36)</sup>.

### 3. Absence d'indépendance

Comme on l'a dit, les juges ont fait passer le lien de subordination devant la dépendance économique, mais l'idée de dépendance demeure présente dans les décisions de justice. Parfois les juges commencent à rechercher si la prétendue indépendance du travailleur repose sur des faits réels, avant de mettre en évidence un lien de subordination.

(35) *Cass. soc.* 7 déc. 1983, n° 81-41626.

(36) *Cass. soc.* 13 nov. 1996, n° 94-13187, *Sté Générale*.

Les différents éléments examinés par les juges sont les suivants :

► **La création de l'activité, de l'entreprise.** L'indépendance, ou l'exercice libéral de son activité suppose d'être à l'origine de sa création et d'en avoir la maîtrise. La Cour de justice de l'Union européenne <sup>(37)</sup> estime que Uber est une entreprise qui ne se contente pas de faire de l'intermédiation mais qui a créé et organise une offre de transport. L'activité des chauffeurs n'existe pas indépendamment de la plateforme. Dans le même ordre d'idée, la cour d'appel de Paris souligne qu'un chauffeur Uber est contraint de devenir « partenaire » et ne peut exercer son activité sans la plateforme.

► **La possibilité d'avoir une clientèle propre.** Un avocat collaborateur, bénéficiant d'une grande marge d'autonomie et qui a eu la possibilité de fidéliser un certain nombre de clients avec lesquels il a noué contact au cours de sa collaboration au sein du cabinet, a pu développer une clientèle personnelle <sup>(38)</sup>. Par contre, la relation entre une société et le chauffeur VTC « auto-entrepreneur » qui n'a pas le droit de se créer, *via* des

(37) *CJUE* 20 déc. 2017, n° C-434/15.

(38) *Cass. soc.* 9 oct. 2013, n° 12-23718.

## ► Plateformes numériques et requalification : l'exemple de Take Eat Easy

Première décision de la Cour de cassation à reconnaître un lien de subordination entre une société de livraison de repas et un coursier à vélo, l'arrêt Take Eat Easy a fait grand bruit et contribue à déstabiliser le modèle économique des plateformes numériques <sup>(1)</sup>.

Take Eat Easy met en relation des clients souhaitant se faire livrer des repas et des restaurateurs partenaires. La livraison est assurée par un coursier connecté à la plateforme, travaillant en tant qu'auto-entrepreneur et lié par un contrat de prestation. En 2016, un livreur saisit les prud'hommes d'une demande de requalification de la prestation en contrat de travail. Le conseil de prud'hommes puis la cour d'appel se déclarent incompétents. Courant 2016, la liquidation judiciaire de la société est prononcée et le paiement des courses effectuées par le livreur n'est pas inscrit au passif de la liquidation.

### Une liberté totale ?

Pour la cour d'appel, le demandeur n'est pas lié par un contrat de travail. Un système de bonus et un système de pénalités précis, pouvant aboutir à la désactivation du compte du livreur, peuvent évoquer un pouvoir de sanction mais ne sont pas suffisants. En effet, ils ne remettent pas en cause la liberté totale du livreur de travailler ou non, de choisir son emploi du temps sans être soumis à une quelconque durée du travail, en somme de fixer à sa guise ses périodes d'inactivité et de congés.

### La motivation de la Cour de cassation

La Cour de cassation reconnaît au contraire l'existence d'un lien de subordination. Elle reprend le principe de l'indisponibilité de la

qualification du contrat de travail, ainsi que la définition traditionnelle de la subordination (pouvoir de direction, de contrôle et de sanction). Selon elle, « l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci » et « la société Take Eat Easy disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier ». Il y avait donc bien « un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation caractérisant un lien de subordination ».

### Quelles suites à cette jurisprudence ?

Dans le cas des plateformes numériques, la dépendance du travailleur est forte : la clientèle ne lui appartient pas et c'est la plateforme (en fait ses algorithmes) qui organise et répartit le travail. Le chauffeur ou le livreur est soumis à d'importantes contraintes : cahier des charges, évaluation... Mais l'exclusivité ne lui est pas forcément demandée et il reste libre de son emploi du temps.

Cette liberté ainsi que le fait de ne pas avoir de chef au quotidien, sont parfois revendiqués par les travailleurs des plateformes. Mais l'attendu de l'arrêt Take Eat Easy, qui se contente de deux éléments – la géolocalisation avec tout ce qu'elle permet, et le pouvoir de sanction – pour établir un état de subordination, est susceptible de faire naître nombre d'actions en requalification, sauf intervention du législateur.

(1) *Cass. soc.* 28 nov. 2018, n° 17-20079 ; voir E. Dockès, « Le salariat des plateformes », *Dr. Ouv. janv. 2019* p. 8.

maraudes, une clientèle autre que celle de la société et qui ne peut travailler pour une société concurrente, ne relève pas de la libre entreprise <sup>(39)</sup>. Le chauffeur Uber, à qui il est interdit de contacter les clients après le trajet et dont il ne peut garder aucune information personnelle, n'a pas non plus de clientèle propre.

► **Le fait d'avoir un unique client ou donneur d'ordre.** Des livreurs sous-traitants, utilisant des véhicules peints aux couleurs de la société, qui ont contractuellement renoncé à apposer sur les véhicules toute autre publicité et travaillent exclusivement pour un donneur d'ordre en suivant ses consignes et directives doivent obtenir la requalification de leur contrat <sup>(40)</sup>.

► **Le fait d'être lié par une clause de non-concurrence ou non.** Par exemple, une clause de non-concurrence liant les enseignants sous statut d'autoentrepreneurs pendant un an après la résiliation du contrat de prestation et leur interdisant de chercher des clients parmi ceux qui étaient présentés par l'entreprise, rend très difficile toute installation libérale sans l'intermédiaire de la société <sup>(41)</sup>.

► **La capacité à fixer le prix de la prestation.** Dans le cas d'Uber, le chauffeur ne participe à aucun moment à la détermination du prix d'une course, puisque les tarifs sont contractuellement fixés par la plateforme, qui s'autorise des ajustements notamment si le chauffeur choisit un itinéraire «inefficace».

► **Le lieu d'exécution de l'activité.** Le lieu d'exécution traduit à la fois la dépendance d'un travailleur au regard des moyens de l'exécution de ses tâches et le pouvoir de direction qui s'exerce sur lui.

► **Le fait que le donneur d'ordre ait un mandat pour la gestion administrative de l'activité de l'autoentrepreneur.** C'est le cas de l'entreprise Forma cab, qui s'occupait des formalités administratives des enseignants autoentrepreneurs: émission des factures, exécution des déclarations trimestrielles du chiffre d'affaires et paiement des charges sociales et fiscales.

### **3 Travailleurs salariés ou indépendants par détermination de la loi**

Parallèlement au rôle que s'est assigné le juge quant à la détermination de ce qu'est ou n'est pas un salarié, le législateur a réglé certaines situations qui pouvaient prêter à confusion.

Son intervention a consisté, pendant une certaine période, à élargir la notion de salariat à des catégories de travailleurs qu'il lui paraissait légitime de protéger.

<sup>(39)</sup> CPH Paris, 20 déc. 2016, n° 14/16839, RPDS 2017, somm. n° 011.

<sup>(40)</sup> Cass. soc. 15 mars 2006, n° 04-47379.

<sup>(41)</sup> Cass. 2 civ., 7 juill. 2016, n° 15-16110, Forma Cab.

À l'opposé de cette démarche, une série de lois a visé à restreindre l'application du droit du travail.

L'extension ou le rétrécissement de la sphère du salariat par le législateur relève de choix politiques, d'une vision de la société. En témoigne par exemple le droit des personnes détenues travaillant en milieu carcéral (voir encadré p. 226).

## **A – Salariés par détermination de la loi**

Tout en ayant une approche souple de la définition du salarié, la jurisprudence de la Cour de cassation se focalise sur le critère de la subordination. On l'a vu, la dépendance économique du travailleur, qui se tient à la merci de celui qui lui fournit un travail pour vivre, est une condition qui ne peut pas justifier à elle seule l'application des règles du droit du travail et de la Sécurité sociale.

C'est pourquoi le livre VII du Code du travail va plus loin en rattachant au statut de salarié, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un lien de subordination, les membres de certaines professions. La loi octroie le statut de salarié à ces derniers car la situation de dépendance économique dans laquelle ils sont placés justifie l'organisation d'une protection particulière.

### **a) Salariés concernés**

La loi procède de deux façons différentes.

#### **1. Elle établit une présomption de salariat à l'égard de certains travailleurs**

Dès lors que l'activité est exercée dans les conditions énumérées par la loi, les parties sont présumées être liées par un contrat de travail.

Sont notamment concernés :

► les voyageurs représentants ou placiers (VRP) (art. L. 7313-1 du Code du travail). Une convention conclue avec un VRP est, malgré toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, un contrat de travail. Mais en l'absence de contrat de travail écrit, toute personne exerçant une activité de représentation est présumée être un VRP.

► les journalistes, travaillant pour une entreprise de presse ou une agence de presse, quels que soient le mode et le montant de la rémunération ou la qualification donnée à la convention par les parties (art. L. 7112-1 du Code du travail). La présomption de salariat peut être renversée <sup>(42)</sup> ;

► les artistes de spectacle (art. L. 7121-3 du Code du travail) ;

► les mannequins (art. L. 7123-3 du Code du travail).

<sup>(42)</sup> Cass. soc. 14 janv. 2004, n° 01-46555. En l'espèce, les articles du journaliste portaient sur des sujets de son choix, qu'il traitait à son initiative. Les sociétés de presse clientes ne lui adressaient aucune instruction, orientation ou directive. Peu importe la façon dont il était rémunéré, la présomption de salariat était détruite.

## 2. Elle impose purement et simplement l'application du droit du travail

Certaines conditions doivent être réunies. Sont notamment concernés :

- les travailleurs à domicile (art. L. 7412-1 du Code du travail);
- les concierges, employés d'immeuble (art. L. 7211-1 du Code du travail);
- les assistants maternels (art. L. 423-2 du Code de l'Action sociale et des familles);
- les gérants de fonds de commerce (gérant succursaliste : art. L. 7321-2, 2<sup>o</sup> du Code du travail).

Pour certains toutefois, l'application imposée du Code du travail est partielle.

### b) Application partielle du Code du travail

Certains travailleurs ont hérité d'un régime légal hybride, entre le travailleur sans filet et le salarié à part entière : le Code du travail ne leur réserve qu'une partie des droits du travail.

#### 1. Les salariés à domicile

Les employés de maison sont liés à leur employeur par un contrat de travail. Mais l'article L. 7221-2 du Code du travail énumère les «*seules*» dispositions qui leur sont applicables : protection contre les harcèlements moral et sexuel, jour chômé le 1<sup>er</sup> mai, droits à congés payés et à congés pour événements familiaux, surveillance médicale.

Toutefois, malgré l'emploi du mot «*seules*», la liste n'est pas limitative, et une aide à domicile doit percevoir par exemple les indemnités légales de licenciement<sup>(43)</sup>. La législation relative au travail dissimulé et le versement d'une indemnité de licenciement spéciale aux salariés accidentés du travail doivent être appliqués<sup>(44)</sup>.

Le Smic est également applicable aux employés à domicile comme aux concierges d'immeuble, qu'ils soient ou non logés et/ou nourris<sup>(45)</sup>.

En revanche, ils ne bénéficient ni de la procédure de licenciement (notamment du droit à être accompagné lors d'un entretien préalable), ni de la législation relative aux licenciements économiques ou à la durée du travail.

#### 2. Les assistants maternels employés par des personnes de droit privé

Ces travailleurs sont embauchés avec un contrat de travail à la clef, mais le Code de l'Action sociale et des familles dont ils relèvent énumère de manière limitative les dispositions du Code du travail qui leur sont applicables : protection contre le harcèlement,

(43) Cass. soc. 29 juin 2011, n° 10-11525.

(44) Cass. soc. 20 nov. 2013, n° 12-20463 et Cass. soc. 10 juill. 2013, n° 12-21380.

(45) Cass. soc. 31 mars 1982, n° 80-40019.

égalité salariale, congés maternité/paternité, 1<sup>er</sup> mai férié, durée des congés, jours pour événement familial etc.<sup>(46)</sup>. Ils ont droit à des indemnités de rupture en cas de licenciement mais celui-ci n'obéit pas aux règles de procédure instaurées par le Code du travail. Ils ne sont pas soumis aux règles relatives à la durée du travail ou au respect du Smic.

#### 3. Les gérants de succursales

Ce sont des travailleurs indépendants à qui sont accordés certains droits salariaux. Il s'agit des gérants non-salariés des succursales de commerce de détail alimentaire<sup>(47)</sup> ou des gérants succursalistes de l'article L. 7321-2, 2<sup>o</sup> du Code du travail. Ces derniers agissent en employeur puisqu'ils ont, par exemple, la faculté d'embaucher des salariés et de se faire remplacer à leurs propres frais. Mais ils bénéficient d'une application partielle du Code du travail s'ils remplissent trois conditions : être dans une dépendance économique – du fait d'un lien exclusif ou quasi exclusif avec un fournisseur –, avoir un établissement dont les conditions d'hygiène et de sécurité ont été agréées par le fournisseur et appliquer les prix que ce dernier lui impose.

## B – « Indépendants » par détermination de la loi

Plusieurs lois ont permis de transformer les salariés en petits entrepreneurs, ce qui, tout compte fait, a donné à certaines entreprises une possibilité légale de contourner les contraintes du salariat. À la place de la liberté que semble donner le statut de travailleur indépendant, une partie des autoentrepreneurs fait face à une plus grande précarité sans avoir de réelle autonomie. Malgré la présomption de non-salariat ou de travail indépendant, il est toujours possible de requalifier la relation de travail.

### a) Présomption de non-salariat

La loi Madelin<sup>(48)</sup> a instauré à son article 49 une présomption de non-salariat pour les travailleurs inscrits au registre du commerce ou des métiers. L'article en question a été abrogé en 2000, mais la présomption de non-salariat a été rétablie par la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 et renforcée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie, laquelle a créé le statut d'auto-entrepreneur.

L'objectif était de mettre un frein à une jurisprudence trop souple et de développer l'entreprise individuelle. Cette disposition visait à inciter les personnes à

(46) Art. L. 423-2 du Code de l'Action sociale et des familles.

(47) Art. L. 7322-1 et suiv. du C. trav.

(48) Loi n° 94-126 du 11 févr. 1994 relative à l'initiative et l'entreprise individuelle. Derrière des objectifs de promotion et d'aide à l'entreprise, cette loi s'est rendue complice de la propension des employeurs à contourner le statut protecteur de salariat. L. de la Pradelle, art. précité en note 25.

créer leur propre emploi dans un contexte de chômage structurel <sup>(49)</sup>. L'exclusion du droit du travail repose sur le fait que, théoriquement du moins, l'auto-entrepreneur détermine ses propres conditions de travail. Mais en pratique, les autoentrepreneurs sont parfois dans une dépendance aussi bien économique que juridique à l'égard d'un donneur d'ordre souvent unique. Et souvent, il n'y a pas beaucoup de différences entre les prestations fournies sous les différents statuts.

L'externalisation peut ainsi dissimuler un faux salariat. Dans certaines décisions, les juges font le constat que le travail d'un «indépendant» est effectué dans les mêmes conditions que lorsqu'il était salarié. Cette situation dans laquelle l'entreprise a manifestement externalisé une partie de son activité, les conduit à la requalification de la relation de travail <sup>(50)</sup>.

**EXEMPLES.** Le maintien du lien de subordination est évident dans le cas où des formateurs recrutés sous le statut d'auto entrepreneurs n'ont rien changé à leur prestation de travail, lequel travail est effectué dans des conditions d'exercice identiques à celles qu'ils avaient en tant que salariés <sup>(51)</sup>. Même constat à l'égard d'un chauffeur de poids lourds passé d'un contrat de travail à «un contrat d'association en participation» <sup>(52)</sup>.

Selon les règles aujourd'hui applicables, sont présumés ne pas être liés à leur donneur d'ordre par un contrat de travail, pour l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription :

- les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ;
- les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes, qui exercent une activité de transport scolaire ou de transport à la demande ;
- les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés <sup>(53)</sup>.

**(49)** La loi a pu inciter à la pratique de l'essaimage, c'est-à-dire l'opération consistant pour les entreprises à susciter la création de microentreprises pour soustraire une partie de leur activité et échapper aux contraintes inhérentes à l'emploi salarié. La présomption de non-salariat permettait alors de limiter les possibilités de requalification en contrat de travail et de sécuriser les entreprises. M. Véricel, «Le rétablissement de la présomption de non-salariat», Dr. Soc. 2004, p. 297.

**(50)** L'externalisation n'est pas en soi une cause de requalification. Le juge procède à l'examen minutieux des conditions de la pseudo-indépendance des travailleurs. T. Pasquier, «Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt Forma cab aux travailleurs ubérisés». RDT 2017, p. 95.

**(51)** Cass. civ. 2. 7 juill. 2016, n° 15-16-110, Forma Cab.

**(52)** Cass. soc. 17 avril 1991, n° 88-40121.

**(53)** Art. L. 8221-6, I du C. trav.

## 1. Nature de la présomption

La présomption de non-salariat est une présomption simple, c'est-à-dire qu'elle peut être renversée. L'existence d'un contrat de travail est établie si les personnes «fournissent directement, ou par une personne interposée, des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci» <sup>(54)</sup>.

La loi ne fait donc pas obstacle à toute possibilité de requalification. Elle habilite les personnes saisissant la justice et les juges à détruire la présomption.

Toutefois la présomption ne peut pas être anéantie à n'importe quelle condition. Le travailleur doit prouver qu'il se trouve sous «la subordination juridique permanente» du donneur d'ordre.

Faut-il voir dans le terme «permanente» une condition supplémentaire à la reconnaissance d'un contrat de travail ? La précision semble d'un intérêt faible. La mention du caractère permanent n'a pas pour effet de faire obstacle à la requalification de relations de travail discontinues (vacation, journalistes pigistes...) ou de courtes durées (CDD, intérim) mais de bien veiller à ce que les éléments caractérisant la subordination juridique soient présents pendant toute la durée de l'exécution du travail <sup>(55)</sup>.

## 2. Conditions et portée de la présomption

La présomption ne s'applique qu'à condition que, d'une part, le salarié ait procédé à son immatriculation à l'un des organismes susvisés (les activités relevant du régime agricole ne sont pas concernées par cette présomption) et d'autre part qu'ils exercent effectivement l'activité déclarée.

Si le travailleur exerce simultanément plusieurs activités, seule celle qui a donné lieu à immatriculation sera présumée être exercée à titre indépendant. Le fait de modifier l'activité ayant fait l'objet d'une immatriculation, notamment en élargissant ladite activité, peut placer le travailleur en dehors du jeu de la présomption. Sauf à considérer que l'élargissement est un accessoire de l'activité déclarée.

Une présomption a pour effet d'imposer au juge de tenir certains faits pour établis. Ici, le jeu de la présomption repose sur l'idée qu'en procédant à son immatriculation le travailleur manifeste sa volonté pleine et entière, son choix donc, d'exercer son activité en dehors d'un rapport de subordination.

Mais il est clair qu'à chaque fois qu'un prétendu donneur d'ordre conditionne l'emploi à une immatriculation préalable, la volonté du salarié se limite potentiellement au seul désir de travailler et la réalité du choix

**(54)** Art. L. 8221-6, II du C. trav.

**(55)** Voir cir. min. du 4 mai 1995, relative à l'application des articles 35, 49 et 50 de la loi n° 94-126 du 11 févr. 1994. Cette notion floue ne vise qu'à exclure de la qualification de contrat de travail des collaborations marginales par rapport à l'activité habituelle de l'entreprise (M. Véricel, note préc.).

du statut d'indépendant pose question. Dans ces conditions, l'article L. 8221-6 favorise le chantage à l'emploi.

Quoi qu'il en soit, cette présomption reposant sur la seule immatriculation du travailleur va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation qui refuse de tenir compte de la volonté des parties et du nom donné à leur convention pour exclure les dispositions d'ordre public du contrat de travail et de la Sécurité sociale.

Autre remarque, s'il rejette la qualification de contrat de travail, l'article L. 8221-6 n'a pas pour effet de qualifier le contrat par lequel les deux parties instaurent une relation de travail. Il pourra aussi bien s'agir d'un contrat d'entreprise, de franchisage, de mandat ou de société...

### 3. Risque de condamnation pénale

**Pour travail dissimulé.** La requalification en contrat de travail des contrats liant donneurs d'ordre et auto entrepreneurs peut valoir au donneur d'ordre une condamnation pénale pour travail dissimulé.

Le délit est constitué lorsque le donneur d'ordre s'est abstenu intentionnellement d'accomplir les obligations incombant à l'employeur : déclaration préalable d'embauche, délivrance d'un bulletin de paye où figurent toutes les heures travaillées, déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales <sup>(56)</sup>.

Pour qu'il y ait délit, il faut donc que l'employeur ait eu l'intention de frauder.

Si ce dernier est condamné pour travail dissimulé, il est également tenu au paiement des cotisations et contributions sociales à la charge des employeurs.

A par exemple été condamnée l'entreprise de télé prospection ayant employé d'anciens salariés sous le statut d'auto entrepreneurs en leur imposant néanmoins l'utilisation du listing clients à prospecter, l'application d'une démarche commerciale prédéfinie, l'exclusivité etc. <sup>(57)</sup>.

**Pour abus de vulnérabilité ou de l'état de dépendance.** Le délit d'obtention abusive, exercé sur une personne vulnérable ou en situation de dépendance, de services non rétribués ou insuffisamment rétribués, est prévu à l'article 225-13 du Code pénal.

Sur ce fondement, un restaurateur a été condamné à quatre mois de prison ferme et à une peine d'amende pour avoir affecté des stagiaires, élèves en BTS d'hôtellerie, au poste de veilleur de nuit, sans les former et en leur faisant exécuter entre 56 et 63 heures de travail hebdomadaire moyennant une rémunération misérable <sup>(58)</sup>.

### b) Dispositions relatives à certains travailleurs indépendants

**Article L. 8221-6-1 du Code du travail.** Cet article dispose que le travailleur qui définit ses conditions de travail

tout seul exclusivement ou par le biais du contrat qui le lie à son donneur d'ordre est présumé indépendant.

Comment définir un travailleur « indépendant » ? Selon un auteur, être indépendant c'est être maître de sa capacité de profit et des conséquences qui en résultent en termes de risques. La participation aux pertes et aux risques exclut le salariat mais la maîtrise de la capacité de profit compte également. Ainsi, sans locaux, sans clientèle propre, sans liberté d'entreprendre, pas de capacité de profit, et donc pas d'indépendance.

Les travailleurs qui n'ont pas la maîtrise de leur activité doivent être prémunis contre le risque économique qu'elle comporte. Les faux autoentrepreneurs, assumant une partie du risque économique mais n'ayant aucune maîtrise de leur activité, doivent obtenir une requalification.

Les autoentrepreneurs ont été positionnés par les juges dans le champ d'application de la présomption de non-salariat <sup>(59)</sup>. Présomption qui peut être renversée, conformément à la loi.

**Travailleurs indépendants utilisant les plateformes.** Le législateur a donné à cette catégorie de travailleurs indépendants un cadre législatif modeste <sup>(60)</sup>. Même s'il est étoffé à l'avenir, il demeure réservé aux travailleurs indépendants des plateformes. Comme l'a souligné la Cour de cassation, le législateur ne s'est pas prononcé sur le statut juridique de ces travailleurs, qui ne bénéficient pas de la présomption de non-salariat <sup>(61)</sup>. La requalification de certains travailleurs ubérisés, faussement indépendants, reste possible et emporte l'application de l'ensemble des dispositions du Code du travail.

Pour l'heure, la législation vise les travailleurs indépendants utilisant pour l'exercice de leur activité professionnelle une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique <sup>(62)</sup>.

Lorsque la plateforme exerce des prérogatives sur la détermination des caractéristiques de la prestation fournie ou du bien vendu et sur la fixation du prix, elle a une responsabilité sociale envers ces travailleurs. Cette responsabilité se traduit par :

- la prise en charge (limitée et sous conditions) de la cotisation éventuellement souscrite par le travailleur en matière d'accident du travail ;
- la prise en charge de la contribution à la formation professionnelle normalement à la charge du travailleur et des frais d'accompagnement à la VAE.

Par ailleurs, sans affirmer expressément qu'ils ont un droit de grève, le Code du travail accorde à ces

<sup>(59)</sup> Cass. soc. 7 juill. 2016, préc.

<sup>(60)</sup> Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

<sup>(61)</sup> Note explicative de l'arrêt de la chambre sociale du 28 nov. 2018 (Take Eat Easy).

<sup>(62)</sup> Art. L. 7341-1 du C. trav.

<sup>(56)</sup> Art. L. 8221-5 du C. trav.

<sup>(57)</sup> Cass. crim. 15 déc. 2015, n° 14-85638.

<sup>(58)</sup> Cass. crim. 3 déc. 2002, n° 02-81453.

travailleurs le droit d'organiser un refus concerté de fournir leurs services en vue de défendre leurs revendications professionnelles. Ce « mouvement » ne pourra ni entraîner de rupture de la relation de travail, ni engager la responsabilité contractuelle des travailleurs ni enfin les exposer à des mesures pénalisant leur activité.

Ils bénéficient enfin du droit de constituer des syndicats, d'y adhérer et de faire valoir leurs intérêts collectifs <sup>(63)</sup>.

## **4 Requalification de la relation en contrat de travail**

C'est la rencontre de deux volontés qui est à l'origine de la formation d'une relation de travail. Si, au moment où une convention prend effet, le juge constate un écart entre les conditions de travail pour lesquelles les parties se sont engagées et celles existant réellement, il a le pouvoir de requalifier ce contrat. Encore faut-il qu'une juridiction soit saisie. Les demandes de requalification sont parfois formulées suite à la rupture de la relation de travail, mais elles peuvent être faites au cours de la relation de travail.

Le pouvoir de requalification des juges trouve sa justification dans le caractère d'ordre public des droits attachés au statut de salarié. Il est fondé techniquement sur l'article 12 du Code civil. La requalification a nécessairement des effets sur les droits et obligations des parties au contrat.

### **A – Les demandes en requalification**

La demande de requalification peut émaner d'un salarié, qui demande que lui soient attribués les droits liés à la rupture du contrat de travail par exemple (indemnité de licenciement, prise en charge par l'AGS de salaires non payés...) ou relatifs aux accidents du travail. Elle peut être le fait des Urssaf, dans le cadre du recouvrement de cotisations sociales (entreprises redressées) ou encore de l'inspection du travail.

Selon que le litige relève d'une entorse au droit du travail, à l'obligation de cotisations sociales ou encore de la violation par l'employeur d'une obligation pénalement sanctionnée, il sera porté devant le conseil de prud'hommes (voir encadré ci-contre), le tribunal des affaires de la Sécurité sociale ou bien le tribunal correctionnel. Ces juridictions auront pour mission de déterminer la nature salariale de la relation qui s'est nouée entre deux cocontractants.

#### **a) Le rôle du juge**

Le rôle du juge est d'aller au-delà de ce que les parties ont souhaité plus ou moins consciemment, pour redonner au contrat sa véritable identité.

Selon l'article 12, alinéa 2 du Code de procédure civile, le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification

**(63) Art. L. 7342-2 et suiv. du C. trav.**

### **➔ Comment faire reconnaître une relation contractuelle ?**

Pour faire reconnaître sa qualité de salarié, l'intéressé doit avant tout s'assurer que les conditions sont réunies (le lien de subordination, la dépendance économique...). Elles constituent autant d'indices qui permettront au juge de se prononcer.

#### **Compétence du conseil de prud'hommes**

Si toutes les conditions sont réunies, le conseil de prud'hommes (CPH) est compétent. Pour autant, l'avocat de la partie adverse (celui d'une plateforme par exemple) peut tenter, en tout début d'audience, de soulever l'incompétence du CPH.

Il s'agit là d'une technique de défense permettant à la partie qui l'utilise de gagner du temps. Si le CPH reconnaît son incompétence, il devra désigner la juridiction compétente (tribunal de commerce, par exemple). Mais si le CPH n'est pas dupe, il peut passer outre l'intervention de l'avocat et juger l'affaire. Si le CPH se déclare incompétent, le demandeur peut également utiliser le contredit (procédure alternative à l'appel).

#### **Comment saisir le CPH et lequel choisir ?**

Le salarié doit rédiger une requête et la remettre ou l'adresser au greffe du CPH. Cette requête doit contenir un exposé sommaire des motifs de la demande, les chefs de demande et un bordereau de communication des pièces.

Le CPH compétent pour statuer sur le litige est celui où est exécuté le contrat de travail. Si le travail est exécuté en dehors de toute entreprise, comme cela peut être le cas avec les plateformes de travail, la requête doit être portée devant le CPH du domicile du salarié. Mais il faut savoir que ce dernier bénéficie d'un droit d'option : saisir soit le CPH du lieu où le contrat est signé, soit celui du lieu où l'employeur est établi.

#### **Se faire assister et/ou représenter**

Compte tenu de la complexité des démarches à effectuer dès la saisine du CPH, le salarié a tout intérêt à se faire représenter ou assister. Il peut alors choisir un avocat, dont le métier est la défense en justice des citoyens, ou un défenseur syndical. Ce dernier a pour mission de défendre le salarié devant le CPH et devant la cour d'appel, à titre gratuit. Il n'est pas un professionnel du droit mais est néanmoins proposé comme défenseur par un syndicat en raison de son expérience des relations professionnelles et de ses connaissances en droit social. Le salarié qui décide de confier son dossier à un défenseur syndical est invité, en contrepartie, à se syndiquer.

aux faits et aux actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Il n'est pas donc lié par la qualification juridique que les parties donnent à leur convention. Il s'ensuit que le juge ne s'attache pas aux apparences (la dénomination), mais examine les conditions réelles d'exercice de l'activité.

La réunion des éléments de fait et de preuve permettant de déterminer l'existence ou l'absence d'un lien de subordination relève du pouvoir des juges du fond (juridictions des premier et second degrés), mais la chambre sociale de la Cour de cassation exerce ➔

## EFFETS DE LA REQUALIFICATION D'UNE PRESTATION INDÉPENDANTE EN CONTRAT DE TRAVAIL

Principaux éléments du statut du salarié	Conséquences de la requalification	Sanctions encourues par l'employeur
<b>Convention collective</b>	Application générale pour l'avenir et possibilité de se fonder sur certaines dispositions pour le passé ou les événements présents (montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement, salaire...).	La responsabilité civile de l'employeur est engagée si le salarié prouve qu'il a subi un préjudice.
<b>Ancienneté</b>	Effet rétroactif de la requalification : le travailleur est réputé avoir été lié par un contrat de travail depuis le début de la relation contractuelle. Il doit donc être tenu compte de cette ancienneté pour l'application de ses droits.	La responsabilité civile de l'employeur est engagée si le salarié prouve qu'il a subi un préjudice.
<b>Prime d'ancienneté</b>	Notamment paiement des primes d'ancienneté perçues dans les 3 dernières années.	
<b>Salaire</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Rappels de salaire pour les 3 dernières années (art. L.3245-1 C. trav.) dans le cas où la rémunération perçue aurait été inférieure au minimum légal ou conventionnel.</li> </ul> Ex: une prime de panier ou un avantage en nature auquel il aurait droit et qui ne lui aurait pas été attribué (chèques déjeuner ou véhicule de fonction).	La responsabilité civile de l'employeur est engagée si le salarié prouve qu'il a subi un préjudice. Il encourt : <ul style="list-style-type: none"> <li>une contravention de 3<sup>e</sup> classe pour non-délivrance d'un bulletin de salaire (art. R. 3246-2 C. trav.);</li> <li>une condamnation pour dissimulation d'emploi salarié lorsqu'intentionnellement l'employeur ne délivre pas de bulletin de paye ou y mentionne un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement exécuté (art. L. 8121-5 C. trav.);</li> <li>une contravention de 5<sup>e</sup> classe pour non-respect du Smic (art. R.3233-1 C. trav.).</li> </ul>
<b>Heures supplémentaires</b>	Rappel des heures supplémentaires effectuées et non payées ou n'ayant pas entraîné de repos compensateur.	Il encourt notamment : <ul style="list-style-type: none"> <li>une contravention de 4<sup>e</sup> classe pour non-respect des dispositions légales et conventionnelles relatives aux contreparties aux heures supplémentaires (majorations de salaire, repos compensateur de remplacement et contrepartie obligatoire en repos) (art. R. 3124-7 C. trav.);</li> <li>une contravention de 4<sup>e</sup> classe pour dépassement de la durée de travail (art. R. 3124-3 et 3124-11 C. trav.).</li> </ul>
<b>Congés payés</b>	Application pour l'avenir et possibilité d'invoquer le préjudice subi du fait du non-bénéfice de la totalité des jours de congés dans le passé (à condition d'en rapporter la preuve).	La responsabilité civile de l'employeur est engagée si le salarié prouve qu'il a subi un préjudice. Obligation de paiement des cotisations et contributions aux caisses de congés payés, le cas échéant (art. L 3141-32. C. trav.). Il encourt une contravention de 5 <sup>e</sup> classe (art. R. 3143-1 C. trav.).
<b>Assujettissement au régime général</b>	Le donneur d'ordre, qui a fait l'objet d'une condamnation pénale pour travail dissimulé, est tenu au paiement des cotisations et contributions sociales à la charge des employeurs, calculées sur les sommes versées pour la période pour laquelle la dissimulation d'emploi salarié a été établie (art. L. 8221-6 C. trav.).	En cas de travail dissimulé : <ul style="list-style-type: none"> <li>le donneur d'ordre encourt une peine de prison de 3 ans et une amende de 45 000 euros (peines aggravées lorsqu'il s'agit d'un mineur. art. L. 8224-1 et L. 8224-2 C. trav.);</li> <li>en cas de rupture du contrat de travail, le salarié a droit à une indemnité forfaitaire égale à 6 mois de salaire (art. L 8223-1 C. trav.).</li> </ul>
<b>Rupture du contrat</b>	Application du droit du licenciement : <ul style="list-style-type: none"> <li>nécessité d'invoquer une cause réelle et sérieuse;</li> <li>respect du délai de préavis ou versement d'une indemnité compensatrice;</li> <li>pour les salariés ayant 8 mois d'ancienneté minimum, versement d'une indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.</li> </ul>	En cas de licenciement abusif, (ce qui sera souvent le cas car la plupart des requalifications interviennent au moment de la contestation de la rupture du contrat en violation des règles du droit du travail) : indemnisation du salarié selon les barèmes légaux (salariés des entreprises de moins de 11 salariés ou de 11 salariés et plus) (art. L. 1235-3 C. trav.). Le juge peut proposer la réintégration du salarié.
<b>Liquidation judiciaire</b>	Inscription des créances salariales dans les créances garanties (AGS).	

→ un contrôle de motivation en s'assurant qu'ils tirent les conséquences légales de leurs constatations <sup>(64)</sup>.

Le principe d'indifférence de la qualification donnée au contrat est souvent invoqué à l'appui d'une requalification en contrat de travail d'une convention qui prétend se placer sur le terrain du non-salariat. Mais elle joue aussi en sens inverse.

**EXEMPLES.** Les juges ne peuvent pas retenir l'existence d'un lien de subordination en s'attachant uniquement à la dénomination donnée par les parties à leur relation, sans rechercher de réels éléments de subordination <sup>(65)</sup>. Le fait que l'entreprise ait rempli pour le travailleur un formulaire Assedic lui donnant la qualité de salarié n'est pas probant si les conditions réelles d'exercice de l'activité ne permettent pas la qualification de contrat de travail <sup>(66)</sup>.

Par ailleurs, concernant la qualification du contrat, le juge se prononce toujours au cas par cas. Il n'est pas possible de déduire d'un arrêt, reconnaissant par exemple le statut de salarié à un artiste de variétés, que tous les

artistes sont des salariés. Impossible donc d'étendre une solution d'espèce à toute une profession <sup>(67)</sup>.

## b) La charge de la preuve

Selon les règles classiques du droit civil, c'est au demandeur qu'il appartient de prouver l'existence d'un contrat aux conditions qu'il invoque <sup>(68)</sup>. Ce sera donc au travailleur, ou à l'organisme de Sécurité sociale par exemple, qui demande que la relation contractuelle soit qualifiée de contrat de travail, d'établir l'existence d'un lien de subordination l'unissant à son employeur prétendu.

De même, c'est à celui qui prétend écarter la qualification de contrat de travail pour en voir adopter une autre forme qu'il incombe de démontrer que le lien de subordination a disparu.

## B – Les effets de la requalification

Nous indiquons dans le tableau page 236 les effets qui s'attachent à la requalification en contrat de travail d'une relation prétendument indépendante.

(64) Note explicative de l'arrêt de la chambre sociale du 28 novembre 2018 (*Take Eat Easy*).

(65) Cass. soc. 23 avril 1997, n° 94-40909.

(66) Cass. soc. 23 janv. 1985, n° 83-41155.

(67) Cass. soc. 12 mai 1965, n° 62-13574.

(68) Art. 1353 du Code civil.



LE GUIDE  
POUR FAIRE FACE  
AU LICENCIEMENT

12€

À jour des  
ordonnances

Quels sont les motifs qu'un employeur peut invoquer pour licencier un salarié ?  
Comment le salarié concerné peut-il contester ?  
Quel rôle pour les représentants du personnel ?

COMMANDEZ MAINTENANT

Toutes les réponses aux questions qui se posent pour faire face à une procédure de licenciement.



► Disponible sur [boutique.nvo.fr](http://boutique.nvo.fr) ◀

la  
cgt

**NOUVEAU**

**COMBATTRE  
LE HARCÈLEMENT  
AU TRAVAIL**



**TOUT SAVOIR POUR COMBATTRE  
LE HARCÈLEMENT MORAL ET SEXUEL**

**Face à une situation de harcèlement  
au travail, comment réagir ?  
Quels sont les outils légaux ?  
Quelles obligations pour l'employeur ?**

**Bon de commande du guide *Combattre le harcèlement au travail***

**Adresse d'expédition** (Écrire en lettres capitales – Merci)

Syndicat/Société (Si nécessaire à l'expédition) \_\_\_\_\_

Madame  Monsieur

Nom\* \_\_\_\_\_

Prénom\* \_\_\_\_\_

N°\* \_\_\_\_\_ Rue\* \_\_\_\_\_

Code postal\* \_\_\_\_\_ Ville\* \_\_\_\_\_ Tél. \_\_\_\_\_

Fédération ou branche professionnelle \_\_\_\_\_

Courriel\* \_\_\_\_\_ UD \_\_\_\_\_

\* Champs obligatoires

Réf.	Désignation	Prix unitaire	Quantité	Réduction	MONTANT TOTAL
01190562	Combattre le harcèlement au travail	12,00 €			
FRAIS DE PORT					3,00 €
MONTANT TOTAL DE LA COMMANDE					

**RÉDUCTIONS**

5 exemplaires commandés - 5 %  
10 exemplaires commandés - 15 %

Également disponible  
sur [nvoboutique.fr](http://nvoboutique.fr)

N° chèque (à l'ordre de la NVO) \_\_\_\_\_

Banque \_\_\_\_\_

Code origine : MAG



# La retraite complémentaire des salariés

Par Marie Mouille



## ➔ Sachez-le vite

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, les salariés relèvent, en principe, du régime unique Agirc-Arrco en ce qui concerne leur retraite complémentaire, qu'ils aient ou non le statut de cadre.

En effet, les acteurs sociaux ont conclu, le 17 novembre 2017, un accord national interprofessionnel mettant en place ce nouveau régime, lequel a été étendu par un arrêté du 24 avril 2018.

Comme pour l'Agirc d'un côté et l'Arrco de l'autre, le dispositif fusionné demeure un régime par répartition et par points, s'appuyant sur la solidarité inter-professionnelle et intergénérationnelle selon laquelle les cotisations des actifs financent chaque année le service des pensions des retraités.

Les points sont acquis en contrepartie du versement de cotisations assises sur deux tranches de rémunérations.

Certaines situations permettent l'attribution gratuite de points.

Un accord du 30 octobre 2015 signé par les acteurs sociaux a fusionné en un seul les deux régimes de retraite complémentaire, celui des cadres (Agirc) et celui des non-cadres (Arrco). Le premier résultait de la Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947, et le second était issu de l'Accord National Interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961. Ce régime unique, baptisé Agirc-Arrco, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, obéit à l'objectif de résorber les déficits des deux caisses pour maintenir les droits à retraite des salariés du secteur privé.

Les signataires de l'accord du 30 octobre 2015 (Medef et syndicats CFE-CGC, CFTC et CFTD) se sont rapidement éloignés de cette exigence en acceptant le principe des abattements sur le montant des pensions, sauf à différer son départ en retraite d'un an, acceptant la sous-indexation des pensions liquidées, et en conséquence la baisse du niveau des futures retraites ainsi que la remise en cause du statut cadre au niveau national et interprofessionnel.

Alors que les droits des actuels et futurs retraités font l'objet de multiples amputations détaillées dans le présent article, le gouvernement est intervenu à nouveau en faveur des employeurs, baissant leur contribution au financement de la branche accidents du travail/maladies professionnelles de la Sécurité sociale et compensant ainsi les 720 millions de hausse de la part dite « employeurs » de la cotisation retraite. Finalement, sur un total de 6,13 milliards d'euros, l'apport des entreprises se limite à... 60 millions.

Par la suite, un Accord National Interprofessionnel (ANI) du 17 novembre 2017 a détaillé le nouveau dispositif et prévu les modalités de la fusion des deux régimes, en particulier en matière de cotisations. Un arrêté du 24 avril 2018 a étendu et élargi l'accord, en approuvant d'une part le modèle de statuts des institutions de retraite complémentaire adhérentes, et d'autre part portant approbation des statuts et du règlement de la nouvelle fédération d'institutions de retraites complémentaires<sup>(1)</sup>. Un nouvel ANI du 10 mai 2019 conclu par les signataires initiaux auxquels s'est ajouté le syndicat FO, est venu fixer les orientations stratégiques pour la période 2019-2022. Il doit encore être étendu par un arrêté à venir.

Le régime complémentaire unique est ainsi conçu pour ajuster en permanence ses dépenses à des ressources qui n'ont globalement plus vocation à augmenter puisque le Medef refuse d'accroître sa part dans le financement de la protection sociale. En particulier, le montant des pensions de retraite pourra être diminué d'une année sur l'autre en fonction des pronostics sur l'évolution de la situation économique et démographique.

### Abréviations utilisées

**ANI** : Accord national interprofessionnel.

**CEG** : Contribution d'équilibre général.

**CET** : Contribution d'équilibre technique.

**AGFF** : Association pour la gestion du fonds de financement de l'Agirc et de l'Arrco.

**CRDS** : Contribution au remboursement de la dette sociale.

**CSG** : Contribution sociale généralisée.

**C. Act. soc et fam** : Code de l'Action sociale et des familles.

**CPME** : Confédération des petites et moyennes entreprises.

**U2P** : Union des entreprises de proximité.

(1) Arrêté 24 avr. 2018, J.O. du 28, textes n° 30 à 32.

## 1 Régime de retraite complémentaire

### A – Champ d'application

Les bénéficiaires du régime Agirc-Arrco sont les salariés soumis à titre obligatoire à l'assurance vieillesse du régime général de la Sécurité sociale (ou des assurances sociales agricoles) ainsi que les personnes pour lesquelles l'affiliation revêt un caractère facultatif (2).

Aucune condition d'âge minimal ou maximal n'étant fixée pour l'affiliation des salariés aux institutions Agirc-Arrco, l'affiliation au régime prend effet dès l'entrée en vigueur du contrat de travail de chaque salarié et se poursuit pendant toute la durée du contrat.

Des règles particulières s'appliquent dans certaines situations (dirigeant d'entreprise, volontariat dans le cadre du service civique, détenus).

### À noter

Dans le cadre de l'ancien régime Agirc, seules certaines catégories de salariés étaient affiliées à l'Agirc au titre des articles 4, 4<sup>bis</sup> ou 36 de la Convention collective nationale du 14 mars 1947, convention applicable jusqu'au 31 décembre 2018. Toutes les catégories de salariés étaient en revanche affiliées à l'Arrco.

(2) Circ. AGIRC-ARRCO n° 2019-1-DRJ, 9 janv. 2019.

## PLAN

<b>1. Régime de retraite complémentaire</b>	<b>240</b>
A – Champ d'application	240
B – Pilotage	240
<b>2. Financement</b>	<b>241</b>
A – Tranches de rémunérations	241
B – Assiette des cotisations	241
C – Taux des cotisations	242
D – Répartition des cotisations	242
E – Recouvrement des cotisations	243
<b>3. Pension</b>	<b>243</b>
A – Constitution des droits	243
B – Liquidation des droits	245
C – Calcul de la retraite	247
D – Prélèvements sociaux	248
E – Retenue à la source	248
F – Information sur la retraite et demande	249
G – Date d'effet et paiement	249
<b>4. Réversion de la retraite complémentaire</b>	<b>250</b>
A – Conjoint survivant	250
B – Orphelins	250

### Encadrés

➤ Entreprises ou secteurs ayant des taux de cotisations différents	242
➤ Retraite progressive	348
➤ Cumul emploi-retraite	249

### Tableau et schéma

➤ Cotisations de retraite complémentaire Agirc-Arrco au 1 <sup>er</sup> janvier 2019	243
➤ Coefficients d'anticipation pour un départ avant l'âge de 67 ans	245
➤ Minoration particulière pour les assurés d'au moins 62 ans auxquels il manque peu de trimestres	246

En terme de champs d'application professionnelle, le régime complémentaire Agirc-Arrco s'applique aux entreprises membres d'une organisation adhérente au MEDEF, à la CPME ou à l'U2P ainsi qu'aux entreprises ou employeurs pour lesquels l'accord a été rendu applicable par l'arrêté d'extension du 24 avril 2018.

L'accord s'applique de plein droit en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer suivants : Guadeloupe, Guyane, Martinique et La Réunion, ainsi qu'à Saint-Martin et Saint-Barthélemy, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Nouvelle-Calédonie et dans la principauté de Monaco.

### B – Pilotage

Le régime fusionné Agirc-Arrco repose sur un pilotage à la fois stratégique et tactique.

#### ➤ Pilotage stratégique

L'ANI du 17 novembre 2017 prévoit que les orientations stratégiques du régime sont définies tous les 4 ans par un accord entre les organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. La finalité est de définir des « objectifs en termes de trajectoire d'équilibre du régime de retraite complémentaire en fonction du scénario économique » retenu pour le moyen/long terme (3).

Une fois ce cadre posé, ces organisations déterminent des « critères de soutenabilité » pour les quinze ans à venir, en rapport avec le niveau des réserves de financement et l'évolution du rapport de charge. En outre, différents paramètres peuvent être définis tels que le taux de calcul des points, le taux d'appel des cotisations, le taux de la contribution d'équilibre général (CEG) et de celle d'équilibre technique (CET), les coefficients de solidarité, la valeur d'achat du point, la valeur de service du point... Sont également précisées les adaptations conventionnelles du régime le cas échéant nécessaires, compte tenu de l'évolution des textes législatifs et réglementaires s'appliquant au régime de base.

C'est dans ce contexte qu'un ANI du 10 mai 2019 fixe les orientations stratégiques pour la période 2019-2022 (4). Il prévoit, notamment, d'indexer de nouveau les pensions sur les prix et de définir de nouvelles situations d'exonération des coefficients de solidarité (voir ci-dessous, p. 247). Ce texte doit encore être étendu par arrêté.

#### ➤ Pilotage tactique

Chaque année le conseil d'administration de l'Agirc-Arrco prend les décisions dans le respect des orientations stratégiques définies par les acteurs sociaux. C'est le pilotage tactique (5).

Dans le cadre de l'ANI du 10 mai 2019, il est prévu que ce conseil d'administration veille à ce que les pensions évoluent comme les prix à la consommation, hors tabac en moyenne annuelle, pour autant que l'évolution

(3) Art. 25 de l'ANI du 17 nov. 2017.

(4) Cet accord a été signé par la CFTC, la CFDT, FO, la CFE-CGC.

(5) Art. 26 de l'ANI du 17 nov. 2017.

de ces prix ne soit pas supérieure à celle des salaires et que les réserves du régime ne se situent jamais en deçà de six mois de prestations dans la période courant jusqu'à fin 2033 <sup>(6)</sup>.

## 2 Financement

Employeurs comme salariés sont redevables de cotisations Agirc-Arrco calculées sur les revenus d'activité des salariés. Dans le cadre du régime unifié, il n'y a plus de distinction entre le régime des cadres (ex-Agirc) et celui des non-cadres (ex-Arrco). Il n'existe plus que deux tranches de rémunérations.

### A – Tranches de rémunérations

#### a) Cas général

Les cotisations de retraite complémentaire du régime Agirc-Arrco sont assises, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, sur deux tranches de revenus <sup>(7)</sup> :

- ▶ la tranche 1 (T1) est constituée de la part des rémunérations brutes jusqu'au plafond de la Sécurité sociale, soit 3 377 € par mois pour 2019 ;
- ▶ la tranche 2 (T2) est constituée de la part de rémunérations brutes comprise entre 1 fois ce plafond et 8 fois ce dernier, soit entre 3 377 € et 27 016 € par mois en 2019 (sur l'assiette prise en compte, voir ci-dessous B).

Au-delà de 8 fois ce plafond, la part de rémunération n'est pas soumise à cotisations de retraite complémentaire et ne permet donc pas l'acquisition de points de retraite.

### À noter

La fusion du régime Agirc-Arrco fait évoluer les tranches de rémunérations. Pour les non-cadres (ex-Arrco), le plafond de la tranche 2 est passé de 3 fois le plafond de la Sécurité sociale à 8 fois ce dernier. En revanche, pour les cadres (ex-Agirc), les plafonds demeurent les mêmes et les anciennes tranches B et C sont fusionnées pour devenir la tranche 2 du régime Agirc-Arrco. Cette tranche 2 s'applique désormais à l'ensemble des salariés.

#### b) Proratisation du plafond de Sécurité sociale

Pour tenir compte de certaines situations d'emploi, et en application de l'article R. 242-2 du Code de la Sécurité sociale, les tranches de rémunération peuvent être proratisées. Dès lors que la tranche 1 est proratisée, la tranche 2 l'est dans les mêmes proportions.

#### 1. Début ou fin de contrat de travail en cours de mois

Si le contrat de travail débute ou prend fin au cours d'un mois donné, le plafond fait l'objet d'une proratisation pour tenir compte du temps de présence du salarié.

**EXEMPLE.** Le contrat de travail d'un salarié débute le 11 juin 2019. Pour déterminer la tranche 1 de la rémunération du mois de juin, le plafond de la Sécurité sociale en vigueur est affecté d'un quotient égal à 20 jours (calendaires de présence) sur les 30 jours que compte le mois de juin. Le plafond de la tranche 1 est donc de  $3\,377 \times 20/30 = 2\,251,33 \text{ €}$ .

<sup>(6)</sup> Art. 6 de l'ANI du 10 mai 2019.

<sup>(7)</sup> Art. 32 de l'ANI du 17 nov. 2017.

#### 2. Absence non rémunérée entraînant la suspension du contrat de travail (maladie, etc.)

Si le salarié est absent et que l'employeur ne verse pas de rémunération pendant cette absence, le plafond fait l'objet d'une proratisation.

**EXEMPLE.** L'assuré est absent pour cause de maladie du 15 juin au 7 juillet 2019. Sa présence représente 14 jours sur 30 pour le mois de juin et 24 sur 31 jours pour le mois de juillet 2019. Le plafond applicable à la tranche 1 sera donc égal à  $14/30^{\text{e}}$  du plafond de la Sécurité sociale pour juin et  $24/31^{\text{e}}$  du plafond de la Sécurité sociale pour juillet. Le cas échéant, la même proportion sera appliquée à la tranche 2.

#### 3. Salarié à temps partiel

L'employeur peut proratiser le plafond de la Sécurité sociale en proportion de la durée du travail et calculera ce plafond selon la formule suivante :

$$\text{Plafond mensuel de la Sécurité sociale} \times \frac{\text{Nombre d'heures de travail inscrit au contrat} + \text{Heures complémentaires éventuelles}}{151,67}$$

(durée légale du travail ou durée conventionnelle si inférieure)

#### 4. Salariés à employeurs multiples

Lorsqu'un salarié travaille régulièrement et simultanément pour plusieurs employeurs, les cotisations incombant à chacun des employeurs sont déterminées au *pro rata* des rémunérations versées. Par dérogation, il est également possible de déterminer la part des cotisations leur incombant comme si l'intéressé occupait un temps partiel.

### B – Assiette des cotisations

Les cotisations de retraite complémentaire sont assises sur une assiette identique à celle applicable aux cotisations de Sécurité sociale, c'est-à-dire calculées sur les éléments de rémunération tels que définis aux articles L. 242-1 et L. 136-1-1 du Code de la Sécurité sociale.

#### a) Éléments entrant dans l'assiette de cotisations

Les cotisations de retraite complémentaire sont assises sur les revenus bruts du salarié, soit les sommes qui lui sont versées en contrepartie ou à l'occasion de son travail, notamment ses salaires et gains, les indemnités de congés payés, les indemnités autres, primes et gratifications, les avantages en nature ou en argent, les pourboires et les indemnités de rupture du contrat de travail au-delà d'un certain seuil.

Les assiettes de cotisations sont arrondies à l'euro le plus proche en application de la règle fixée à l'article L. 133-10 du Code de la Sécurité sociale.

#### b) Éléments n'entrant pas dans l'assiette de cotisations

À l'inverse, les indemnités versées en remboursement de frais engagés pour les besoins de la profession du salarié (nourriture, logement, transport) sont exonérées de cotisations de retraite complémentaire.

Sont également exclues :

- les indemnités journalières de la Sécurité sociale ;
- les allocations complémentaires de maladie servies par les régimes de prévoyance dont le financement est assuré, soit exclusivement par le salarié, soit par l'employeur et le salarié dans le cadre d'une adhésion facultative ;
- les allocations de chômage partiel ou d'activité partielle, si elle ne résulte ni d'un accord d'entreprise ni d'une décision unilatérale de l'entreprise.

## À noter

Les cotisations de Sécurité sociale et de ce fait, de retraite complémentaire, sont parfois calculées sur une assiette forfaitaire. Il en est ainsi, par exemple, pour les stagiaires étrangers aides-familiaux, les personnels des hôtels, cafés, restaurants, rémunérés au pourboire... Par ailleurs, par exception, l'assiette retenue pour les cotisations de Sécurité sociale diffère parfois de celle retenue pour les cotisations de retraite complémentaire. C'est le cas pour certaines catégories professionnelles qui cotisent à l'Agirc-Arrco sur une assiette réelle et sur une assiette forfaitaire pour les cotisations de Sécurité sociale (artistes de spectacle, mannequins, personnel des centres de vacances et de loisirs, formateurs occasionnels...).

## C – Taux des cotisations

Les cotisations Agirc-Arrco se composent de cotisations ouvrant droit à des points de retraite complémentaire et de deux contributions, l'une d'équilibre général et l'autre d'équilibre technique.

## À noter

Dans le cadre de la création du régime unifié, la garantie minimale de points (GMP) accordée chaque année aux cadres disparaît<sup>(8)</sup>, maintenant toutefois les points inscrits jusqu'au 31 décembre 2018. Il en est

(8) Selon certaines projections, l'amputation annuelle des futures pensions serait de 2 089 euros.



### ➔ Entreprises ou secteurs professionnels ayant des taux de cotisations différents

L'ANI du 17 novembre 2017 envisage la situation des entreprises ou des secteurs professionnels appliquant, au 31 décembre 2018, des taux de cotisations supérieurs à ceux fixés par l'accord en application d'une obligation (adhésion, accord collectif, convention collective, reprise d'entreprise...) née antérieurement au 2 janvier 1993. Ces structures peuvent continuer à appliquer leurs propres taux mais se voient offrir également d'autres options<sup>(1)</sup> :

- adopter les taux fixés dans l'ANI du 17 novembre 2017 dans le cadre d'une procédure de réduction des taux (ou de l'assiette) de cotisations, les droits des salariés et anciens salariés étant maintenus en contrepartie du versement par l'entreprise d'une contribution<sup>(2)</sup> ;
- appliquer des taux de cotisations dit d'équivalence ;
- revenir aux taux de l'accord en application d'une décision de démission soit par accord collectif, soit par accord entre l'employeur et les deux-tiers des votants au sein de l'entreprise.

(1) Art. 35 de l'ANI du 17 nov. 2017.

(2) Cette procédure est organisée par l'article 41 de l'ANI du 17 nov. 2017.

de même pour la cotisation AGFF (association de gestion du fonds de financement de l'Agirc-Arrco). En outre, les taux de cotisations sont identiques que le salarié soit cadre ou non.

### a) Cotisations ouvrant droit à des points de retraite complémentaire

Selon la tranche de rémunération, le taux de cotisations diffère. Il est de 7,87 % sur la tranche 1 et de 21,59 % sur la tranche 2 en 2019<sup>(9)</sup>.

**REMARQUE.** Le taux de calcul des points est de 6,20 % sur la tranche 1 et de 17 % sur la tranche 2 mais cette cotisation est affectée d'un pourcentage d'appel fixé à 127 %, ce qui porte les taux de cotisations respectivement à 7,87 % et 21,59 %.

### b) Contribution d'équilibre général (CEG)

Pour financer les charges d'anticipation du régime par rapport à l'âge, une contribution d'équilibre général (CEG) est appliquée au taux de 2,15 % sur la tranche 1 et de 2,70 % sur la tranche 2<sup>(10)</sup>.

Cette contribution n'est pas génératrice de points de retraite complémentaire<sup>(11)</sup>.

Par ailleurs, les salariés handicapés travaillant dans un établissement ou service d'aide par le travail (ESAT) sont exonérés du paiement de la CEG<sup>(12)</sup>.

### c) Contribution d'équilibre technique (CET)

Pour les assurés dont la rémunération excède le plafond de la Sécurité sociale (3 377 € par mois en 2019), une contribution d'équilibre technique (CET) de 0,35 % est appliquée sur la rémunération comprise sur les tranches 1 et 2.

Comme la CEG, cette contribution ne donne pas droit à l'inscription de points de retraite complémentaire sur le compte de l'assuré.

**EXEMPLE.** Un salarié dont les revenus sont de 3 000 € bruts mensuels en juin 2019 est redevable uniquement de la CEG tandis qu'un salarié percevant 4 000 € bruts mensuels en juin 2019 devra verser la CEG ainsi que la CET dès le premier euro.

## D – Répartition des cotisations

### a) Principe

En principe, la répartition de l'ensemble des cotisations dues au titre du régime Agirc-Arrco (cotisations ouvrant droit à des points de retraite, CEG et CET) est fixée à 60 % à la charge de l'employeur et 40 % à celle du salarié. Ce, quelle que soit la tranche de rémunération concernée<sup>(13)</sup>.

Le résultat de cette répartition (calcul du pourcentage appliqué au taux de cotisation) est arrondi au centième (si le troisième chiffre après la virgule est égal à 5, l'arrondi se fait au profit du salarié)<sup>(14)</sup>.

(9) Art. 34 à 36 de l'ANI du 17 nov. 2017.

(10) Art. 37 de l'ANI du 17 nov. 2017.

(11) Circ. AGIRC-ARRCO n° 2019-1-DRJ, 9 janv. 2019.

(12) Circ. précitée note (11).

(13) Art. 38 et 39 de l'ANI du 17 nov. 2017.

(14) Circ. précitée note (11).

Le cas échéant, les employeurs peuvent appliquer une répartition plus favorable pour les salariés. Dans cette situation, la part prise en charge au-delà de 60 % par l'entreprise est intégrée dans l'assiette de calcul des cotisations de Sécurité sociale <sup>(15)</sup>.

## b) Cas dérogatoires

Une répartition dérogatoire des cotisations est possible en application :

- d'une convention ou d'un accord collectif de branche antérieur au 25 avril 1996 prévoyant une répartition différente ;
- d'une répartition antérieure au 31 décembre 2018 ;
- ou lorsque les entreprises sont issues de la transformation de plusieurs autres appliquant une répartition différente et conservent la répartition appliquée dans l'entreprise dont l'effectif de cotisants est le plus important.

Dans ces cas dérogatoires, la répartition peut être plus favorable au salarié (soit une part patronale supérieure à 60 %) ou défavorable au salarié (part patronale inférieure à 60 %). Si le choix est plus favorable au salarié, la part patronale excédant 60 % n'est pas soumise à cotisations de Sécurité sociale (contrairement au cas général précédent) <sup>(16)</sup>.

## E – Recouvrement des cotisations

Pour le calcul des cotisations, l'employeur est tenu d'établir chaque mois une déclaration sociale nominative (DSN) comportant les rémunérations permettant de définir l'assiette de cotisations. À défaut, les cotisations sont estimées sur la base de la dernière assiette déclarée ayant fait l'objet d'un calcul de cotisations <sup>(17)</sup>.

L'employeur est responsable du paiement des cotisations salariales et patronales, mensuellement pour les entreprises de plus de 9 salariés et de manière trimestrielle pour celles de moins de 10 salariés (avec possibilité d'opter pour le paiement mensuel).

<sup>(15)</sup> Circ. précitée note (11).

<sup>(16)</sup> Circ. précitée note (11).

<sup>(17)</sup> Art. 44 de l'ANI du 17 nov. 2017.

Des délais supplémentaires peuvent le cas échéant, être accordés <sup>(18)</sup>. Les cotisations qui n'ont pas été acquittées à la date limite de paiement subissent des majorations de retard égales à autant de fois ce taux qu'il s'est écoulé de mois ou de fraction de mois à compter de la date d'exigibilité <sup>(19)</sup>.

Les majorations de retard sont au moins égales à un minimum fixé à 30€ en 2019 en cas de périodicité mensuelle et à 90€ pour un paiement des cotisations trimestriel <sup>(20)</sup>. Toutefois, si ce minimum est supérieur aux cotisations dues, les majorations de retard sont calculées selon la formule de calcul classique sans pouvoir être inférieures aux cotisations dues.

Des remises totales ou partielles des majorations de retard sont toujours possibles, sous réserve du règlement préalable par l'entreprise de la totalité des cotisations dont elle est redevable.

## 3 Pensions

### A – Constitution des droits

#### a) Points acquis par versement de cotisations

Les périodes d'activités accomplies dans des entreprises ou organismes relevant du champ d'application de l'accord Agirc-Arrco donnent lieu à l'acquisition de points de retraite complémentaire. En effet, du fait de la cotisation, le salarié acquiert un certain nombre de points tout au long de sa carrière au sein des entreprises relevant du régime, y compris pour les périodes antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2019. Ces points sont inscrits sur un compte qui est alimenté en contrepartie du versement des cotisations.

Le nombre de points à inscrire chaque année sur la période comprise entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre d'une même année correspond au montant de cotisations versées divisé par la valeur d'achat du point afférente à l'année considérée (salaire de référence). Ainsi, en 2019, la valeur

<sup>(18)</sup> Art. L. 243-6-6 du C. Séc. soc.

<sup>(19)</sup> Art. 45 de l'ANI du 17 nov. 2017.

<sup>(20)</sup> Circ. Agirc-Arrco n° 2018-08-DRJ, 13 déc. 2018.

### COTISATIONS DE RETRAITE COMPLÉMENTAIRE AGIRC-ARRCO AU 1<sup>ER</sup> JANVIER 2019

Cotisations	Taux de cotisations				
	Taux global	Taux salarié	Taux employeur		
<b>Cotisations de base</b>	<b>Tranche 1</b>	7,87 %	3,15 %	4,72 %	Jusqu'à 3 377 €
	<b>Tranche 2</b>	21,59 %	8,64 %	12,95 %	De 3 377 € à 27 016 €
<b>Contribution d'équilibre général</b>	<b>Tranche 1</b>	2,15 %	0,86 %	1,29 %	Jusqu'à 3 377 €
	<b>Tranche 2</b>	2,70 %	1,08 %	1,62 %	De 3 377 € à 27 016 €
<b>Contribution d'équilibre technique</b>		0,35 %	0,14 %	0,21 %	De 0 à 27 016 € si rémunération supérieure à 3 377 €

annuelle d'achat du point de retraite complémentaire est de 17,0571€ (21). Ce salaire évolue au 1<sup>er</sup> janvier de chaque année comme le salaire annuel moyen des ressortissants du régime estimé au titre de l'exercice précédent (22).

## b) Attribution gratuite de points

### 1. Incapacité de travail

Les périodes d'incapacité de travail donnant lieu à une suspension ou à une rupture du contrat de travail peuvent être validées aux conditions suivantes (23) :

- la période d'incapacité de travail est d'une durée supérieure à 60 jours consécutifs, incapacité occasionnée par une maladie, une maternité ou un accident ;
- l'intéressé apporte la preuve qu'il perçoit à ce titre des indemnités journalières ou qu'il est titulaire d'une pension d'invalidité ou d'une rente allouée en réparation d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle avec un taux d'incapacité permanente d'au moins 2/3.

Les points attribués le sont à compter du premier jour d'interruption du travail et cessent, s'agissant des titulaires de pension d'invalidité ou d'une rente, d'être accordés lorsque :

- l'intéressé cesse de percevoir sa pension d'invalidité ou voit son incapacité devenir inférieure à 50% dans le cas d'une rente d'accident du travail ;
- l'intéressé liquide sa pension de retraite complémentaire, ce à la date d'effet de cette dernière ou au plus tard à l'âge de la retraite à taux plein (67 ans pour les générations nées à partir de 1955).

Le nombre de points accordés est calculé à partir de ceux inscrits au titre de l'année civile précédant celle de l'incapacité. Toutefois les points attribués au titre de l'arrêt de travail, ajoutés à ceux cotisés ou inscrits à un autre titre au cours d'une même année ne peuvent conduire à inscrire au compte du salarié un nombre de points supérieur à celui de l'exercice de référence.

### 2. Périodes de chômage indemnisé

Justifiant de la perception de ces allocations, les bénéficiaires des allocations d'aide au retour à l'emploi (ARE) ou de sécurisation professionnelle (ASP), peuvent se voir attribuer des points de retraite complémentaire. Ceux-ci sont calculés à partir du salaire journalier de référence retenu par Pôle emploi pour le calcul de leur allocation de chômage, des taux des calculs des points obligatoires en vigueur pendant la période de chômage et de la valeur d'achat du point de l'exercice auquel ces avantages correspondent.

(21) Art. 2 de l'ANI du 10 mai 2019.

(22) Art. 2 de l'ANI du 10 mai 2019.

(23) Art. 57 et 58 de l'ANI du 17 nov. 2017.

### 3. Bénéficiaires de conventions d'allocations spéciales du fonds national de l'emploi (FNE)

Sous réserve de pouvoir en justifier, les bénéficiaires d'une allocation d'assurance chômage au titre d'une entreprise relevant de l'Agirc-Arrco peuvent prétendre à l'attribution de points de retraite complémentaire. Ceux-ci sont calculés à partir du salaire journalier de référence servant au calcul de l'allocation versée par Pôle emploi, dans la limite de la partie prise en compte pour le financement de l'État et du taux de calcul des points de 4%, en fonction de la valeur d'achat du point de l'exercice auquel ces avantages correspondent.

### 4. Bénéficiaires de l'allocation de solidarité spécifique (ASS)

S'ils peuvent justifier de la perception de cette allocation (dont ils ont bénéficié au titre d'une activité dans une entreprise entrant dans le champ de l'Agirc-Arrco), les bénéficiaires peuvent prétendre à l'attribution de points de retraite complémentaire. Ils sont calculés à partir du salaire journalier de référence (qui a servi au calcul de l'allocation d'assurance chômage antérieurement à la perception de l'ASS) revalorisé ou à défaut, à partir des points inscrits au titre de l'année civile précédant celle au cours de laquelle l'ASS a commencé à être versée et du taux de calcul des points de 4%.

### 5. Autres situations

Les bénéficiaires de conventions de préretraite progressive, de congés de conversion, les salariés indemnisés au titre de périodes d'activité partielle et les frontaliers peuvent prétendre, sous certaines conditions, à l'attribution de ces points.

De même, les périodes de maladie ou d'invalidité survenues pendant un stage de formation professionnelle peuvent donner lieu à l'attribution de points de retraite complémentaire.

## c) Rachats de points

### 1. Périodes d'études supérieures

Les salariés, ayant racheté des années d'études supérieures dans le cadre du régime d'assurance vieillesse de base en application de l'article L. 351-14-1 du Code de la Sécurité sociale, peuvent également racheter des points du régime complémentaire au titre de ces mêmes périodes pour les études effectuées dans les établissements, écoles et classes préparatoires (24).

Cette faculté de rachat ne peut être exercée qu'une seule fois, avant la liquidation de la pension de retraite complémentaire, les intéressés devant faire connaître l'ensemble des périodes pour lesquelles ils souhaitent effectuer un rachat.

Le versement volontaire des cotisations est calculé sur la base de la valeur de service du point de l'année du

(24) Art. 46 et 47 de l'ANI du 17 nov. 2017.

versement, affectée d'un coefficient variable selon l'âge du participant, résultant de l'application d'un barème <sup>(25)</sup>.

## 2. Années incomplètes

De la même façon, les intéressés ayant procédé au rachat d'années incomplètes dans le cadre du régime de base, c'est-à-dire au titre des années pour lesquelles ils n'auraient acquis que 1 à 3 trimestres, peuvent également acquérir des points au titre du régime complémentaire, lorsque, sur une année, le nombre de trimestres acquis est inférieur à 4.

## 3. Limite globale

Dans les deux cas, le nombre de points rachetés ne peut excéder 140 par an, dans la limite de trois ans, soit un maximum de 420 points.

## d) Autres situations

### 1. Congés familiaux

L'assuré, bénéficiant d'un congé parental d'éducation, d'un congé de présence parentale, d'un congé de proche aidant ou d'un congé de solidarité familiale et relevant du régime Agirc-Arrco, peut obtenir des points de retraite complémentaire correspondant à la durée de son congé en contrepartie du versement de cotisations. Un accord d'entreprise peut limiter la durée pendant laquelle le versement de cotisations est possible, sans qu'elle puisse être inférieure à six mois <sup>(26)</sup>.

### 2. Détention

Les périodes de détention provisoire non suivie d'une condamnation, prises en compte pour l'ouverture du droit à pension au titre du régime général ou du régime agricole et subies par une personne qui, au moment de son incarcération, relevait du régime Agirc-Arrco, ouvrent des droits à retraite complémentaire. L'intéressé ne doit toutefois pas avoir atteint l'âge légal de départ à la retraite ou s'il l'a atteint, ne pas totaliser le nombre de trimestres requis pour bénéficier d'une retraite de base à taux plein et avoir moins de 67 ans. Pour bénéficier de ce mécanisme, l'assuré doit en faire la demande et justifier de l'absence de toute condamnation (jugement de relaxe, ordonnance de non-lieu) <sup>(27)</sup>.

## B – Liquidation des droits

### a) Âge de la retraite

L'assuré peut bénéficier de sa retraite complémentaire à taux plein, c'est-à-dire sans abattement, dès qu'il atteint l'âge de 67 ans pour les générations nées à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1955 et ceci, sans autre condition <sup>(28)</sup>.

<sup>(25)</sup> Pour le barème 2019, voir circ. Agirc-Arrco n° 2019-4 DRJ, 11 févr. 2019.

<sup>(26)</sup> Art. 78 de l'ANI du 17 nov. 2017.

<sup>(27)</sup> Art. 69 de l'ANI du 17 nov. 2017.

<sup>(28)</sup> Art. 84 et suiv. de l'ANI du 17 nov. 2017.

Il peut également bénéficier d'une retraite à taux plein dès l'âge légal de départ à la retraite, (62 ans pour les générations nées à partir de 1955), s'il a acquis le nombre de trimestres requis pour en bénéficier à taux plein, soit pour les générations nées à partir de 1957, 166 trimestres. Toutefois, dans ce cas, si le système de décote ne s'applique pas, en revanche, un bonus-malus pourra être appliqué [voir page suivante, b) et d)].

COEFFICIENTS D'ANTICIPATION  
POUR UN DÉPART AVANT L'ÂGE DE 67 ANS

Âge au moment du départ en retraite	Décote applicable
À partir de 57 ans	0,4300
À partir de 57 ans et un trimestre	0,4475
À partir de 57 ans et deux trimestres	0,4650
À partir de 57 ans et trois trimestres	0,4825
À partir de 58 ans	0,5000
À partir de 58 ans et un trimestre	0,5175
À partir de 58 ans et deux trimestres	0,5350
À partir de 58 ans et trois trimestres	0,5525
À partir de 59 ans	0,5700
À partir de 59 ans et un trimestre	0,5875
À partir de 59 ans et deux trimestres	0,6050
À partir de 59 ans et trois trimestres	0,6225
À partir de 60 ans	0,6400
À partir de 60 ans et un trimestre	0,6575
À partir de 60 ans et deux trimestres	0,6750
À partir de 60 ans et trois trimestres	0,6925
À partir de 61 ans	0,7100
À partir de 61 ans et un trimestre	0,7275
À partir de 61 ans et deux trimestres	0,7450
À partir de 61 ans et trois trimestres	0,7625
À partir de 62 ans	0,7800
À partir de 62 ans et un trimestre	0,7925
À partir de 62 ans et deux trimestres	0,8050
À partir de 62 ans et trois trimestres	0,8175
À partir de 63 ans	0,8300
À partir de 63 ans et un trimestre	0,8425
À partir de 63 ans et deux trimestres	0,8550
À partir de 63 ans et trois trimestres	0,8675
À partir de 64 ans	0,8800
À partir de 64 ans et un trimestre	0,8900
À partir de 64 ans et deux trimestres	0,9000
À partir de 64 ans et trois trimestres	0,9100
À partir de 65 ans	0,9200
À partir de 65 ans et un trimestre	0,9300
À partir de 65 ans et deux trimestres	0,9400
À partir de 65 ans et trois trimestres	0,9500
À partir de 66 ans	0,9600
À partir de 66 ans et un trimestre	0,9700
À partir de 66 ans et deux trimestres	0,9800
À partir de 66 ans et trois trimestres	0,9900

Comme dans le régime de base, les assurés peuvent également solliciter un départ anticipé dans le cadre des dispositifs « carrière longue » ou « travailleurs handicapés » s'ils remplissent les conditions qui y ouvrent droit.

## b) Décote

Les assurés peuvent solliciter leur pension jusqu'à 10 ans avant cet âge, soit au plus tôt à 57 ans. Mais dans ce cas, ils subiront un coefficient d'anticipation (ou décote) appliqué aux points de retraite inscrits sur leur compte. Ce taux est variable selon l'âge auquel ils sollicitent leur départ à la retraite (voir tableau p. 245). Cette décote n'est pas applicable si l'assuré sollicite sa retraite complémentaire avant 67 ans, ayant obtenu une retraite à taux plein au titre du régime de base.

## c) Peu de trimestres manquants

S'il ne manque à l'assuré qu'une vingtaine de trimestres et moins, par rapport à la durée de cotisation exigée par la Sécurité sociale, il peut solliciter sa retraite complémentaire à partir de 62 ans et une minoration dérogatoire à la situation précédente s'applique. Elle est calculée en fonction de l'âge de l'assuré et du nombre de trimestres manquants, la solution la plus avantageuse pour lui étant retenue (voir tableau ci-dessous).

MINORATION PARTICULIÈRE POUR LES ASSURÉS D'AU MOINS 62 ANS ET AUXQUELS IL MANQUE PEU DE TRIMESTRES	
Nombre de trimestres manquants par rapport au nombre exigé	Coefficient de minoration appliqué
20 trimestres	0,78
19 trimestres	0,7925
18 trimestres	0,8050
17 trimestres	0,8175
16 trimestres	0,83
15 trimestres	0,8425
14 trimestres	0,8550
13 trimestres	0,8675
12 trimestres	0,88
11 trimestres	0,89
10 trimestres	0,90
9 trimestres	0,91
8 trimestres	0,92
7 trimestres	0,93
6 trimestres	0,94
5 trimestres	0,95
4 trimestres	0,96
3 trimestres	0,97
2 trimestres	0,98
1 trimestre	0,99

## d) Bonus-malus

Pour les assurés nés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1957, un système de bonus/malus sur le montant de leur retraite a été mis en place au travers de coefficients dits de solidarité pour les inciter à travailler plus longtemps <sup>(29)</sup>.

*A contrario*, ce dispositif ne s'applique pas aux assurés :

- nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 1957 ;
- nés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1957 mais qui remplissaient les conditions d'une retraite à taux plein avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019 même s'ils ont liquidé leur pension après le 31 décembre 2018.

### 1. Malus

Pendant une durée de trois ans à compter de la liquidation de leur pension de retraite complémentaire, les assurés se voient appliquer un malus de 10% sur le montant de leur retraite. Celui-ci s'applique au maximum jusqu'à leurs 67 ans. Pour éviter ce malus, les intéressés doivent liquider leur pension de retraite 4 trimestres calendaires au-delà de la date à laquelle ils remplissent les conditions d'obtention du taux plein dans le régime d'assurance vieillesse de base.

Ce malus ne s'applique pas pour les assurés ayant liquidé leur retraite de base à taux plein et s'ils sont exonérés de contribution sociale généralisée (CSG) en raison du montant du revenu fiscal de référence de leur dernier avis d'imposition connu au moment de la liquidation de leur retraite. En 2019, il s'agit des assurés ayant des revenus inférieurs à 11 128€ pour une part fiscale (revenu fiscal de référence reçu en 2018).

Il s'applique à taux réduit pour ceux assujettis à la CSG à taux réduit, soit en 2019, ceux ayant des revenus compris entre 11 128€ et 14 458€ (revenu fiscal de référence reçu en 2017 ou 2018) pour une part fiscale. Autrement dit, la décote appliquée n'est plus de 10% mais de 5%.

Cet accord de bonus/malus est en rupture avec le principe historique selon lequel les retraites complémentaires doivent pouvoir être liquidées au même moment que la retraite de base de la Sécurité sociale et sans abattement dès lors que le droit à une retraite à taux plein est acquis dans les régimes de base.

Ce malus n'est toutefois pas appliqué aux assurés ayant liquidé leur retraite à taux plein dans le régime de base :

- avant l'âge légal d'ouverture des droits, au titre du dispositif de retraite anticipée liée à un handicap ou dans le cadre de la « préretraite amiante » ;
- dès l'âge d'ouverture des droits à la retraite, du fait qu'ils appartiennent à certaines catégories et bénéficient du taux plein automatique : en raison d'une incapacité permanente au moins égale à 50%, d'une inaptitude au travail, pour les anciens déportés ou internés, pour les mères de familles ouvrières, pour les anciens prisonniers de guerre, pour les travailleurs handicapés sollicitant leur pension avant l'âge légal ;

(29) Art. 98 à 100 de l'ANI du 17 nov. 2017.

- ayant 65 ans, s'ils sont nés entre le 1<sup>er</sup> juillet 1951 et le 31 décembre 1955 et qu'ils ont « eu ou élevé » au moins trois enfants et ont interrompu ou réduit leur activité professionnelle après la naissance ou l'adoption d'au moins un de ces enfants ;
- ayant 65 ans au titre de leur qualité d'aidant familial ou s'ils bénéficient d'un trimestre minimum de majoration de la durée d'assurance au titre d'un enfant handicapé, ou s'ils ont apporté une aide effective à cet enfant bénéficiant de la prestation de compensation du handicap (PCH).

Selon l'ANI du 10 mai 2019, quatre nouveaux cas d'exonération de ce coefficient de solidarité sont prévus. Sont concernés par cette exonération depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019 :

- les assurés ayant bénéficié de l'ASS à la veille de leur retraite à taux plein ;
- les assurés qui se sont vu reconnaître une incapacité permanente partielle de 20% ou plus, à la suite d'un accident du travail ou de trajet ou d'une maladie professionnelle ;
- les assurés qui bénéficient d'une pension d'invalidité de 2<sup>e</sup> ou 3<sup>e</sup> catégorie ;
- les assurés ayant bénéficié de l'AAH.

Il est possible aux assurés des deux premières catégories ayant liquidé leur pension de retraite complémentaire avant le 10 mai 2019, de formuler une demande d'exonération rétroactive jusqu'au 31 décembre 2019. Cette faculté n'est pas prévue pour les deux autres situations énumérées ci-dessus.

## 2. Bonus

À l'inverse, les assurés, nés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1957 qui liquident leur pension de retraite complémentaire au moins 8 trimestres calendaires (soit deux ans) au-delà de la date à laquelle ils ont rempli les conditions d'obtention du taux plein dans les régimes de base, bénéficient pendant une année suivant la date de liquidation de leur pension d'un bonus égal à :

- 10% pour ceux ayant décalé le départ de leur retraite d'au moins 8 trimestres calendaires ;
- 20% pour ceux ayant décalé la liquidation de leur pension d'au moins 12 trimestres calendaires ;
- 30% pour ceux qui ont travaillé au moins 16 trimestres calendaires en plus.

## C – Calcul de la retraite

### a) Principe

L'allocation est calculée en multipliant le nombre de points inscrits au compte du participant à la date de la liquidation de ses droits, par la valeur de service du point de retraite du régime.

Le montant ainsi obtenu peut donner lieu à majorations familiales ou à l'inverse être affecté par la décote en fonction de l'âge de la demande et/ou par les

bonus/malus éventuels appliqués aux salariés nés à partir de 1957 <sup>(30)</sup>.

En 2019, la valeur du point est fixée à 1,2588€ pour le régime fusionné Agirc-Arrco. Ainsi la formule de calcul est la suivante : le montant annuel de la retraite complémentaire est égal au produit du nombre de points multiplié par leur valeur, produit auquel sont appliqués majorations familiales, puis décote éventuelle, et le bonus/malus le cas échéant, pour les assurés nés après 1957.

Pour connaître le nombre de points acquis, l'assuré doit se référer à son relevé de carrière consultable par Internet.

Pour les points acquis avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019, il existe un système de conversion des droits :

- un point Arrco « ancien régime » devient un point Agirc-Arrco du nouveau régime ;
- la valeur d'un point Agirc résulte du rapport entre la valeur de service du point de l'Agirc au 31 décembre 2018 et celle de l'Arrco à la même date, soit :  $0,4378 / 1,2588 = 0,347791548$ .

**EXEMPLE.** 150 points Agirc équivalent à 52,17 points Agirc-Arrco, soit  $150 \times 0,347791548$ .

## À noter

L'ANI du 10 mai 2019 prévoit que pendant la période couverte par l'accord (2019-2022), la valeur de service du point évolue le 1<sup>er</sup> novembre de chaque année de la même façon que le salaire annuel moyen des ressortissants du régime estimé pour l'année en cours, auquel on applique un coefficient de soutenabilité, calculé de manière à ce que la valeur de service du point évolue parallèlement aux prix à la consommation hors tabac, pour autant que l'évolution des prix ne soit pas supérieure à celle des salaires (article 1<sup>er</sup>).

### b) Majorations familiales

Le montant de la pension de retraite complémentaire peut faire l'objet de majorations pour enfants : majoration dite pour « enfant à charge » ou pour « enfant né ou élevé » <sup>(31)</sup>. Cette qualité est observée à la date d'effet de la retraite.

#### 1. Majoration pour enfant « né ou élevé »

Est considéré comme enfant de l'assuré, celui dont la filiation est légalement établie ou celui qu'il a recueilli en qualité de tuteur, ou s'il n'a pas cette qualité, dont il a pris en charge l'éducation pendant 9 ans avant l'âge de 16 ans.

Pour bénéficier de cette majoration, l'assuré doit avoir eu ou élevé au moins trois enfants, à la date d'effet de la retraite. Elle varie en fonction de la période d'attribution des points de retraite complémentaire :

- pour les points inscrits antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1999, lorsque le règlement d'un ancien régime Arrco prévoit une majoration pour « enfant né ou élevé », elle est égale à 10% pour 3 enfants, 15% pour 4, 20% pour 5, 25% pour 6 et 30% pour 7 ;

<sup>(30)</sup> Art. 92 de l'ANI du 17 nov. 2017.

<sup>(31)</sup> Art. 93 à 96 de l'ANI du 17 nov. 2017.

- pour les points inscrits entre 1999 et 2011 au titre de l'ancien régime Arrco, la majoration est égale à 5% pour 3 enfants et plus quel que soit le nombre d'enfants ;
- pour les points inscrits au titre de l'ancien régime Agirc et relatifs à des périodes antérieures à 2012, la majoration est égale à 8% pour 3 enfants, 12% pour 4 enfants, 16% pour 5 enfants, 20% pour 6 enfants, 24% pour 7 enfants ou plus ;
- pour la part de l'allocation correspondant aux périodes à compter de 2012 pour l'ancien régime Agirc ou Arrco et dans le cadre du régime unifié applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2019, la majoration est égale à 10% pour 3 enfants et plus.

La majoration pour «enfants nés ou élevés» est plafonnée. Pour les retraites prenant effet depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, le plafonnement s'établit à 2071,58€ (celui-ci n'est toutefois pas applicable pour les assurés nés avant le 2 août 1951). Ce plafond est revalorisé en fonction de l'évolution de la valeur du point de retraite Agirc-Arrco.

## 2. Majoration pour «enfant à charge»

Est considéré comme «enfant à charge», l'enfant :

- âgé de moins de 18 ans ;
- âgé de 18 à 25 ans s'il est étudiant, apprenti ou demandeur d'emploi non indemnisé ;
- invalide, quel que soit son âge, à condition que l'état d'invalidité ait été constaté avant son 21<sup>e</sup> anniversaire.

L'assuré ayant un (ou des) enfant(s) à charge à la date d'effet de la retraite peut également bénéficier, tant que le ou les enfants restent à charge, d'une majoration de son allocation égale à 5% des droits bruts de l'ensemble de sa carrière par «enfant à charge».

Mais il ne peut cumuler les deux catégories de majoration. En cas de concurrence, la majoration la plus élevée est accordée.

## D – Prélèvements sociaux

Les allocations de retraite complémentaire donnent lieu au paiement d'une cotisation d'assurance maladie spécifique de 1% (hors Alsace-Moselle où une cotisation supplémentaire s'applique) si le retraité est domicilié fiscalement en France<sup>(32)</sup>. Par ailleurs, en principe, la pension de retraite complémentaire est assujettie à la contribution sociale généralisée (CSG) au taux de 8,3% et à la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) (au taux de 0,5%), dès lors que les intéressés sont fiscalement domiciliés en France. Des exonérations (ou un taux réduit ou intermédiaire) de CSG et CRDS s'appliquent en fonction des revenus fiscaux de référence (taux de 3,8% ou de 6,6%).

De la même façon, une contribution additionnelle de solidarité pour l'autonomie (CASA) de 0,3% est prélevée sur les pensions de retraite complémentaire, sauf pour les personnes exonérées de CSG ou de CRDS ou pour celles bénéficiant d'un taux réduit de CSG<sup>(33)</sup>.

## E – Retenue à la source

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, un prélèvement à la source au titre de l'impôt sur le revenu intervient sur le montant des pensions de retraite.

<sup>(32)</sup> Art. D. 242-8 du C. de la Sécurité sociale.

<sup>(33)</sup> Art. L. 14-10-4 du C. Action soc. et fam.

### ➔ Retraite progressive

En principe, pour bénéficier de sa retraite complémentaire, le salarié doit cesser toute activité salariée ou non salariée. Toutefois, il a la possibilité d'opter pour une retraite progressive.

Un salarié peut en effet exercer son activité à temps partiel et solliciter une retraite progressive. Pour cela, il doit, au préalable, faire une démarche auprès de son régime de base. À cet égard, plusieurs conditions sont posées :

- avoir l'âge légal de départ à la retraite (soit 62 ans pour les générations nées à partir de 1955), diminué de deux ans, avec un minimum de 60 ans ;
- totaliser au minimum 150 trimestres d'assurance vieillesse ou de périodes reconnues équivalentes tous régimes confondus.

En outre, la durée de l'activité exercée à temps partiel ne peut être inférieure à 40% de la durée légale ou conventionnelle dans l'entreprise ni supérieure à 80% de cette durée<sup>(1)</sup>.

**EXEMPLE.** Dans une entreprise où la durée légale du travail est de 35 heures par semaine, les limites minimum et maximum sont de 14 heures et 28 heures.

Dans cette situation, il reçoit une partie de son allocation de retraite complémentaire, calculée par application du même taux que celui

retenu par le régime général de la Sécurité sociale ou par le régime des assurances sociales agricoles et affectée, le cas échéant, d'un coefficient d'anticipation spécifique temporaire tenant compte de la durée d'assurance<sup>(2)</sup>.

Les cotisations, tant patronales que salariales correspondant au salaire perçu au titre de l'activité partielle accomplie dans le cadre de la retraite progressive, permettent l'acquisition de points postérieurement à la liquidation de la partie d'allocation susvisée.

Une nouvelle liquidation, tenant compte de l'ensemble des points inscrits au compte de l'intéressé, intervient soit au terme de l'activité à temps partiel lorsque celle-ci est suivie d'une cessation totale d'activité, soit à la fin de l'activité à temps plein qui succède éventuellement à celle à temps partiel. L'application le cas échéant des coefficients de solidarité (bonus ou malus) s'apprécie à la date de liquidation définitive de la retraite de base<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. L. 351-15 et R. 351-39 et suivants du C. Séc. soc.

<sup>(2)</sup> Art. 85, 86 et 88 de l'ANI du 17 nov. 2017.

<sup>(3)</sup> Art. 100 de l'ANI du 17 nov. 2017.

## 4 Réversion de la retraite complémentaire

### A – Conjoint survivant

Le conjoint survivant d'un participant décédé bénéficie à certaines conditions d'une allocation de réversion calculée sur la base de 60 % des droits du participant décédé <sup>(36)</sup>. Pour en bénéficier :

- il doit avoir au moins 55 ans, sauf s'il a au moins deux enfants à charge avec le conjoint décédé au moment du décès de ce dernier ou s'il est invalide ;
- il ne doit pas être remarié, sauf s'il s'est remarié avec le même conjoint. En cas de remariage après l'attribution de l'allocation, le service de cette dernière est supprimé de manière définitive à partir du premier jour du mois ou du trimestre civil suivant, selon les modalités de versement de l'allocation.

Les majorations pour «enfants nés ou élevés» applicables aux droits du participant décédé sont réversibles intégralement. Par ailleurs, l'allocation de réversion est calculée sans qu'il soit tenu compte des coefficients dont les droits du participant décédé ont pu être affectés. Toutefois, le nombre de points attribués au conjoint survivant ne peut dépasser celui inscrit au compte du participant décédé compte tenu éventuellement de l'abattement appliqué aux droits lors de la liquidation de la retraite de ce dernier.

En cas de décès d'un participant avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019, les règles applicables aux droits de réversion des conjoints survivants sont celles prévues par les accords alors en vigueur.

Des règles particulières de partage de l'allocation s'appliquent en cas de divorce.

<sup>(36)</sup> Art. 109 à 113 de l'ANI du 17 nov. 2017.

### B – Orphelins

Un orphelin de ses deux parents a droit à une allocation calculée sur la base de 50 % des droits du participant décédé, sans qu'il soit tenu compte des abattements dont ces droits ont pu être affectés <sup>(37)</sup>.

Pour en bénéficier, l'intéressé doit :

- avoir moins de 21 ans ;
- ou avoir moins de 25 ans s'il était à charge de son dernier parent au moment du décès de celui-ci ;
- ou être invalide quel que soit son âge, à condition que l'état d'invalidité ait été reconnu avant son 21<sup>e</sup> anniversaire.

Les majorations pour «enfants nés ou élevés» applicables aux droits du participant décédé sont réversibles en totalité.

Dans le cas d'enfants devenus orphelins de leurs deux parents avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019, les règles applicables aux droits de réversion d'orphelins sont celles prévues par les accords alors en vigueur.

L'allocation d'orphelin est ensuite supprimée à partir du premier jour du mois ou du trimestre civil qui suit son 21<sup>e</sup> anniversaire, soit son 25<sup>e</sup> anniversaire s'il était à charge de son dernier parent au jour du décès, soit son propre décès.

Si l'orphelin, qui bénéficie d'une telle allocation, fait l'objet d'une adoption plénière par des parents adoptifs, il perd le bénéfice de cette allocation à compter du premier jour du mois ou du trimestre civil suivant le jugement. Celle-ci est également supprimée si l'état d'invalidité cesse ou si l'intéressé vient à percevoir une rente d'accident du travail ou de maladie professionnelle ou une pension d'invalidité de la Sécurité sociale. Sa suppression est fixée au premier jour du mois ou du trimestre civil qui suit la date de ces changements.

<sup>(37)</sup> Art. 114 et 115 de l'ANI du 17 nov. 2017.

## LE DROIT OUVRIER . Juin 2019

### Sommaire

#### DOCTRINE

**Anaïs Ferrer et Hélène Viart:** Représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidats : un point de vue syndical

**Mélanie Schmitt:** La «représentation équilibrée» sauvée par les normes européennes et internationales

**Sébastien Tournaux:** Durées conventionnelles d'essai, autonomie collective et accessibilité de la loi

à propos de la procédure prud'homale  
**Ghislaine Hoareau:** Le défenseur syndical

#### JURISPRUDENCE

*Voir notamment*

Géolocalisation : la fin ne justifie pas tous les moyens  
**Cour de cassation (Ch. Soc.) 19 décembre 2018**  
– Note Karim Hamoudi et Isabelle Meyrat (p. 392)

Esclavage moderne : droit de la victime à obtenir réparation intégrale de son préjudice  
**Cour de cassation (Ch. Soc.) 3 avril 2019**  
– Note Hervé Guichaoua (p. 394)

Nullité du licenciement de rétorsion en lien avec une action en justice : nouvelles précisions relatives aux cas d'application et aux modalités d'indemnisation  
**Cour de cassation (Ch. Soc.) 21 novembre 2018**  
– Note Clément Geiger (p. 399)

Pension de retraite surcomplémentaire et point de départ de la prescription  
**Cour de cassation (2ème Ch. Civ.) 7 février 2019**  
– Note Marc Richevaux (p. 402)



COMITÉ SOCIAL ET  
ÉCONOMIQUE

Comment se met-il  
en place ?

HARCÈLEMENT

Quelle protection  
pour les victimes ?

FUNCTION PUBLIQUE

Le statut,  
qui en bénéficie ?

## NVodroits.fr

AVEC L'ABONNEMENT

Accessible et clair, [nvodroits.fr](http://nvodroits.fr) est le site de référence pour tous les élus et militants syndicaux à la recherche d'informations juridiques. En plus des dernières actualités du droit et des RPDS en version numérique, le site propose des rubriques complètes sur :

- > le droit du travail,
- > le droit des élus et mandatés,
- > le droit au quotidien.



CE, CSE, abonnez tous les élus dans le cadre de la subvention de fonctionnement de 0,2 %  
RFS L2325-43 et L2315-61 du code du travail  
et (no. 308) du 6 mai 1983 et du 9 avril 1967

### > Bulletin d'abonnement

Syndicat / société (si nécessaire à l'expédition) \_\_\_\_\_

Madame  Monsieur

Nom\* \_\_\_\_\_ Prénom\* \_\_\_\_\_

N°\* \_\_\_\_\_ Rue\* \_\_\_\_\_

Code postal\* \_\_\_\_\_ Ville\* \_\_\_\_\_

Fédération ou branche professionnelle \_\_\_\_\_

UD \_\_\_\_\_ Tél.\* \_\_\_\_\_

Courriel\* \_\_\_\_\_

\* Champs obligatoires

Abonnement RPDS : 9 €/mois ou 108 €/an

**RPDS, la Revue pratique de droit social papier (11 numéros par an dont un double) et web + en accès abonné sur [nvodroits.fr](http://nvodroits.fr) : l'actualité juridique, le droit du travail, le droit des élus et mandatés, le droit au quotidien**

Pack NVO Droits : 12 €/mois ou 144 €/an

**L'abonnement RPDS + NVO, le magazine papier (10 numéros par an) et web + Hors-série VO Impôts, le guide fiscal + en accès abonné sur [nvo.fr](http://nvo.fr) : l'actualité sociale**

#### Paiement

Chèque à l'ordre de la Vie Ouvrière N° chèque \_\_\_\_\_

Banque \_\_\_\_\_

Prélèvement automatique en :

1 fois, prélèvement unique  12 fois, prélèvement mensuel

Merci de remplir et signer l'autorisation de prélèvement ci-contre et de joindre votre RIB.

Offre valable jusqu'au 30/06/2020. Au-delà, nous consulter.

### Autorisation de prélèvement

En signant ce formulaire de mandat, vous autorisez (A) La Vie Ouvrière à envoyer des instructions à votre banque pour débiter votre compte, et (B) votre banque à débiter votre compte conformément aux instructions de La Vie Ouvrière.

#### Titulaire du compte

Nom \_\_\_\_\_ Prénom \_\_\_\_\_

N° \_\_\_\_\_ Rue \_\_\_\_\_

Code Postal \_\_\_\_\_ Ville \_\_\_\_\_

IBAN \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

BIC \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

#### Créancier

La Vie Ouvrière 263, rue de Paris, case 600  
93516 Montreuil Cedex - Identifiant SEPA : FR87ZZZ632727

Fait le : \_\_\_\_\_ Signature \_\_\_\_\_

#### Établissement teneur du compte

Nom \_\_\_\_\_

Adresse \_\_\_\_\_

Code Postal \_\_\_\_\_ Ville \_\_\_\_\_

Vous bénéficiez du droit d'être remboursé par votre banque selon les conditions décrites dans la convention que vous avez passée avec elle. Une demande de remboursement doit être présentée dans les 8 semaines suivant la date de débit de votre compte pour un prélèvement autorisé.

pour les  
**ÉLUS** et  
**MANDATÉS**

## TOUT SAVOIR SUR LA MISE EN PLACE, LA COMPOSITION ET LES POUVOIRS DES NOUVEAUX CSE

Rédigé par des experts juridiques,  
dans un style clair et accessible,  
ce guide vous donne toutes les clés  
pour comprendre le fonctionnement  
et les attributions des nouveaux comités  
sociaux et économiques.

### LE COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE (CSE)

Mode d'emploi

## Bon de commande du guide *Le CSE: mode d'emploi*

**Adresse d'expédition** (Écrire en lettres capitales – Merci)

Syndicat/Société (Si nécessaire à l'expédition) \_\_\_\_\_

Madame  Monsieur

Nom\* \_\_\_\_\_

Prénom\* \_\_\_\_\_

N°\* \_\_\_\_\_ Rue\* \_\_\_\_\_

Code postal\* \_\_\_\_\_ Ville\* \_\_\_\_\_ Tél. \_\_\_\_\_

Fédération ou branche professionnelle \_\_\_\_\_

Courriel\* \_\_\_\_\_ UD \_\_\_\_\_

\* Champs obligatoires

Réf.	Désignation	Prix unitaire	Quantité	Réduction	MONTANT TOTAL
01190763	Le CSE: mode d'emploi	12,00 €			
FRAIS DE PORT					3,00 €
MONTANT TOTAL DE LA COMMANDE					

### RÉDUCTIONS

5 exemplaires commandés - 5 %  
10 exemplaires commandés - 15 %

Également disponible  
sur [nvoboutique.fr](http://nvoboutique.fr)

N° chèque (à l'ordre de la NVO) \_\_\_\_\_

Banque \_\_\_\_\_

Code origine : MAG