

## - NAO : l'employeur est tenu d'engager des négociations et non de conclure un accord

Philippe Pacotte

Avocat associé, Delsol Avocats

Stephanie Daguerre

Avocat, Delsol Avocats

[Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 nov. 2019, pourvoi n° 18-21.499, arrêt n° 1935 F-P+B+I]

### Les faits

À la suite d'un contrôle portant sur les années 2012 à 2014, compte tenu de l'absence de négociation annuelle obligatoire (NAO) sur les salaires, l'Urssaf a procédé à un redressement ayant pour objet la réintégration dans l'assiette de cotisations sociales du montant de la réduction sur les bas salaires. La société a contesté le redressement opéré au titre de l'année 2014. Elle soutenait que des négociations avaient été engagées au mois de décembre 2014 et qu'il importait peu que l'accord n'ait été conclu qu'en 2015.

### Les demandes et argumentations

Le 15 juin 2018 (1), la Cour d'appel de Toulouse a donné raison à la société. Les juges ont ainsi rappelé que les dispositions de l'article L. 2242-8 du Code du travail, dans sa version applicable à l'époque du litige, faisaient obligation à l'employeur d'engager des négociations et ne subordonnaient pas les exonérations de cotisations à la conclusion lors de l'année concernée d'un accord. La Cour a ensuite constaté que, si les négociations avaient été engagées tardivement, à savoir le 8 décembre 2014, elles étaient antérieures au contrôle Urssaf dont la Société avait été informée par courrier daté du 15 décembre 2014.

L'Urssaf a formé un pourvoi à l'encontre de cette décision. Elle soutenait que la société n'avait conclu un protocole d'accord relatif aux NAO que le 22 janvier 2015 et que ce protocole stipulait qu'il était conclu dans le cadre de négociation portant sur l'année 2015.

### La décision, son analyse et sa portée

La Cour de cassation rejette ce pourvoi rappelant le principe selon lequel « l'employeur est seulement tenu, pour bénéficier de la réduction des cotisations à sa charge sur les bas salaires prévue par l'article L. 241-13, III, du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction applicable au litige, d'engager la négociation annuelle obligatoire prévue par l'article L. 2242-8, 1<sup>o</sup> du Code du travail, et non de parvenir à la conclusion d'un accord ».

La Cour de cassation relève ensuite que la cour d'appel a justement retenu que « si le protocole d'accord du 22 janvier 2015 mentionne qu'il porte sur les négociations annuelles obligatoires « année 2015 », la Société justifie que par lettre remise en main propre le 8 décembre 2014 au seul délégué syndical de l'entreprise, elle l'avait convoqué à une première réunion fixée le 11 décembre 2014, ayant pour objet la négociation annuelle obligatoire « pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2014 », que l'engagement de la négociation annuelle en 2014 a certes été tardif mais antérieur au contrôle dont la société a été informée par le courrier de l'inspecteur du recouvrement daté du 15 décembre 2014, de sorte qu'il ne peut être contesté que ces négociations ont bien été engagées au cours de l'année 2014 ».

La Cour en conclut que ces constatations relevaient du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. En conséquence, la société remplissait bien la condition prévue pour la réduction de cotisations. Cet arrêt permet de revenir sur l'obligation pesant sur les employeurs en matière de négociations obligatoires et sur les sanctions encourues.

### • NAO : l'obligation d'engager des négociations

Dans leur version applicable à l'époque des faits, les articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail prévoyaient que, dans les entreprises où étaient constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur devait engager chaque année une négociation sur les salaires. D'autres thèmes devaient également donner lieu à une négociation telle que l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la durée du travail ou, encore, les travailleurs handicapés. Dans les entreprises ou groupes d'au moins 300 salariés ainsi que dans les entreprises ou groupes de dimension communautaire comportant au moins un établissement ou une entreprise d'au moins 150 salariés, une négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) devait être engagée au moins une fois tous les trois ans.

Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont institué la possibilité de conclure des accords d'adaptation. Désormais, conformément aux dispositions de l'article L. 2242-10 du Code du travail, cet accord doit fixer les thèmes de la négociation et leur périodicité, de telle sorte qu'au moins tous les quatre ans soient négociés les thèmes précités. En l'absence d'accord d'adaptation, la périodicité des négociations reste la même que précédemment. En d'autres termes, dans ce cas, les entreprises sont tenues d'ouvrir chaque année des négociations portant sur la rémunération, le temps de travail et l'égalité professionnelle et, tous les trois ans, pour celles concernées, sur la GPEC.

En l'espèce, les faits sont antérieurs à la réforme de 2017. L'Urssaf avait constaté qu'aucune négociation portant sur les salaires n'avait été engagée au titre des années 2012, 2013 et 2014. L'employeur ne contestait pas ce point pour les années 2012 et 2013. En revanche, pour l'année 2014, la société soutenait qu'au mois de décembre 2014, le délégué syndical avait été invité à négocier sur les salaires. Selon l'employeur, la responsable ressource humaine aurait constaté le non-respect des obligations de la société en matière de négociation annuelle à la suite d'une formation organisée le 25 novembre 2014. C'est dans ces circonstances que, par un courrier remis en mains propres le 8 décembre 2014, l'employeur aurait invité le délégué syndical à une première réunion de négociation fixée le 11 décembre 2014. L'Urssaf remettait en cause la sincérité de ce document. Cet argument n'a pas convaincu la cour d'appel. Les juges ont ainsi estimé que « l'engagement de la négociation annuelle en 2014 a certes été tardif mais est antérieur au contrôle dont la société V. Agence a été informée par le courrier de l'inspecteur du recouvrement daté du 15 décembre 2014, et fait effectivement suite à la formation de la responsable des ressources humaines ». La solution aurait-elle été différente si l'engagement des négociations avait été postérieur au courrier informant l'employeur d'un contrôle Urssaf ? La question reste ouverte.

La Cour de cassation rappelle également que l'employeur est uniquement tenu d'engager des négociations et non de parvenir à la conclusion d'un accord collectif. Ce point n'est pas nouveau (2). Lorsque les négociations ne peuvent aboutir, un procès-verbal de désaccord doit être rédigé. Ce document doit faire apparaître les propositions respectives de chacune des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement (3). En l'espèce, les juges du fond ont constaté que les négociations avaient bien été engagées au cours de l'année 2014. Dès lors, il importait peu que l'accord n'ait été conclu

que sur l'année 2015. De même, le fait que le protocole prévoit des mesures mises en place pour l'année 2015, telle que la revalorisation du Smic à compter du 1<sup>er</sup> février 2015, une fixation de la cotisation de protection sociale complémentaire des salariés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015 ou encore la reconduction d'une prime de transport pour 2015, était sans conséquence. Cet arrêt apporte ainsi une précision intéressante : c'est bien la date d'engagement des négociations, et non la date de clôture, qui compte pour apprécier si l'employeur a respecté ses obligations en matière de NAO et ce, quelle que soit la période sur laquelle portent effectivement les mesures contenues dans l'éventuel accord auquel les parties sont parvenues.

*"La solution aurait-elle été différente si l'engagement des négociations avait été postérieur au courrier informant l'employeur d'un contrôle Urssaf ?"*

#### • Les sanctions en l'absence de respect des NAO

En l'absence de négociation sur les salaires, l'employeur s'expose à des sanctions financières. Jusqu'au 31 décembre 2015, les sanctions financières étaient les suivantes : (i) le montant des allègements et exonérations de charges précisés à l'article L. 241-13 du Code de la sécurité sociale était diminué de 10 % au titre des deux premières années ; (ii) au titre de la troisième année consécutive, le montant de l'allègement était totalement supprimé. En l'absence de négociation, l'employeur devait ainsi régulariser spontanément sa situation (4) . En l'espèce, l'Urssaf avait constaté que la société n'avait pas respecté ses obligations au titre de l'année 2012, 2013 et 2014. Ainsi, au titre de l'année 2014, le montant de la réduction sur les bas salaires avait été totalement supprimé.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, en application des dispositions de l'article L. 2242-7 du Code du travail, en l'absence de négociation sur les salaires effectifs, les employeurs s'exposent à une sanction financière dont le montant est fixé par le Direccte. Toutefois, le montant de cette pénalité est plafonné à 10 % de la réduction générale de cotisations patronales au titre des rémunérations versées chaque année où le manquement est constaté, sur une période maximale de trois ans consécutifs à compter de l'année précédant le contrôle, si aucun manquement n'a été constaté lors d'un précédent contrôle au cours des 6 années civiles précédentes. À défaut, ce plafond passe à 100 % de la réduction accordée sur une période maximale de 3 ans consécutifs comprenant l'année de contrôle. Lorsqu'un manquement est constaté, le Direccte doit informer dans les quatre mois qui suivent l'employeur de son intention de prononcer une pénalité. L'employeur peut présenter ses observations dans un délai de deux mois. Il peut ainsi justifier des motifs ayant conduit à l'absence de négociation telle que l'existence de difficulté économique. Ces éléments seront pris en compte par le Direccte pour apprécier le montant de la pénalité financière.

L'employeur qui ne respecte pas ses obligations en matière de négociation annuelle obligatoire s'expose également à des sanctions pénales, à savoir, pour les personnes physiques, une amende de 3 750 € et une peine d'emprisonnement d'un an (5) . Pour les personnes morales, l'amende peut s'élever à 18 750 €. En cas de récidive, ces peines sont doublées. En outre, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le non-respect de l'obligation de négociation annuelle était susceptible de constituer un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical (6) . Enfin, l'employeur peut également être condamné à verser des dommages et intérêts aux salariés et aux syndicats qui démontreraient l'existence d'un préjudice.

En définitive, cet arrêt présente l'intérêt de rappeler qu'en matière de NAO, l'employeur est uniquement tenu d'engager des négociations. Par conséquent, c'est bien la date de l'ouverture des négociations qui permet d'apprécier si l'employeur a respecté son obligation.