

# Actualité sociale

---

ÉDITION 2018



LPA-CGR avocats

# Édito

---

L'année 2018 commence, comme 2017, avec la mise en œuvre effective d'une nouvelle réforme du Code du travail !

Après la loi El Khomri, qui elle-même succédait aux lois Macron et Rebsamen, les Ordonnances Macron du 22 septembre 2017, et leurs décrets d'application - tous parus - réforment en profondeur le droit du travail et en particulier le dialogue social dans l'entreprise.

On en oublierait presque la jurisprudence sociale, pourtant toujours riche: égalité de traitement, négociation collective, neutralité, plan de sauvegarde de l'emploi, santé au travail, CDD, promesse d'embauche, détachement, etc.

Cette brochure est l'occasion d'un panorama de la jurisprudence de l'année 2017, mise en perspective avec l'actualité législative.

Bonne lecture!

**Le département social de LPA-CGR avocats.**

# Sommaire

## 1. Relations sociales, négociation collective et temps de travail \_\_\_\_\_ 4

- 1.1. Élections professionnelles \_\_\_\_\_ 4
- 1.2. Comité d'entreprise \_\_\_\_\_ 4
- 1.3. Droit syndical \_\_\_\_\_ 6
- 1.4. Protection des représentants du personnel \_\_\_\_\_ 7
- 1.5. Durée du travail \_\_\_\_\_ 8
- 1.6. Égalité de traitement \_\_\_\_\_ 10

## 2. Restructurations \_\_\_\_\_ 11

- 2.1. Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) \_\_\_\_\_ 11
- 2.2. Co-emploi \_\_\_\_\_ 13

## 3. Santé et sécurité \_\_\_\_\_ 13

- 3.1. CHSCT \_\_\_\_\_ 13
- 3.2. Règlement intérieur \_\_\_\_\_ 15
- 3.3. Obligation de sécurité de résultat \_\_\_\_\_ 16
- 3.4. Harcèlement \_\_\_\_\_ 16
- 3.5. Protection de la maternité \_\_\_\_\_ 17
- 3.6. Inaptitude \_\_\_\_\_ 17
- 3.7. AT/MP - Faute inexcusable \_\_\_\_\_ 19

## 4. Gestion RH au quotidien \_\_\_\_\_ 20

- 4.1. Requalification CDD et travail temporaire \_\_\_\_\_ 20
- 4.2. Contenu du contrat de travail \_\_\_\_\_ 20
- 4.3. Prime de panier \_\_\_\_\_ 22
- 4.4. Rupture du contrat de travail \_\_\_\_\_ 22
- 4.5. Sécurité sociale \_\_\_\_\_ 22
- 4.6. Mobilité internationale \_\_\_\_\_ 23

## 5. Droit pénal du travail et contentieux \_\_\_\_\_ 24

- 5.1. Droit pénal du travail \_\_\_\_\_ 24
- 5.2. Contentieux \_\_\_\_\_ 24

# 1. Relations sociales, négociation collective et temps de travail

## 1.1. Élections professionnelles

### PROTOCOLE D'ACCORD PRÉ-ÉLECTORAL

#### INVITATION À NÉGOCIER

Les articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail (respectivement pour les délégués du personnel et le comité d'entreprise) fixent la liste des organisations syndicales qui doivent être invitées par courrier par l'employeur à venir négocier le protocole d'accord préélectoral.

La Cour de cassation fait preuve de souplesse pour l'invitation des organisations syndicales non (encore) implantées dans l'entreprise : en l'absence d'organisation syndicale reconnue représentative dans l'entreprise ou l'établissement, ou d'organisation ayant constitué une section syndicale, l'employeur qui invite la confédération syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel (en l'espèce la CFDT) satisfait son obligation et n'a pas à inviter un syndicat affilié à cette confédération (*Cass. soc., 15 novembre 2017, n° 16-60.268, FS-PB*).

#### MODIFICATION DU NOMBRE DES COLLÈGES ÉLECTORAUX

La clause du protocole d'accord préélectoral qui modifie le nombre des collèges électoraux (notamment pour mettre en place un collège unique) est soumise à une condition d'unanimité, c'est-à-dire à sa signature par « toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise » (articles L. 2314-10 et L. 2324-12 du Code du travail).

La Cour de cassation précise, pour la première fois, que dans le cas où les élections sont organisées au niveau d'un établissement distinct doté d'un comité d'établissement, la condition d'unanimité concerne uniquement les organisations syndicales représentatives au sein de cet établissement (*Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 16-24.801, F-PB*).

### CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

L'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 dite « ordonnance balai » prévoit la possibilité de mettre en place un collège unique dans les établissements ou les entreprises n'élisant qu'un membre titulaire et un membre suppléant de la délégation du personnel au comité social et économique (article L. 2314-11 alinéa 4 du Code du travail modifié). Dans ce cas, la mise en place du collège unique sera de droit, comme pour les délégués du personnel aujourd'hui, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un accord unanime des organisations syndicales représentatives.

### BUREAU DE VOTE UNIQUE

Lors du vote physique, la Cour de cassation n'exige pas nécessairement qu'il soit mis en place un bureau de vote par collège. Ainsi, le protocole préélectoral peut prévoir un bureau de vote unique pour les deux collèges de salariés élisant les représentants du personnel (*Cass. soc., 25 octobre 2017, n° 16-21.780, F-D*).

### PROPAGANDE ÉLECTORALE

Le protocole d'accord préélectoral peut fixer les dates de la période de propagande électorale des candidats. L'employeur peut-il s'opposer en référé à ce que des syndicats initient leur campagne électorale avant la date convenue dans le protocole ?

La Haute Juridiction répond par la négative, en faisant appel aux libertés fondamentales que sont la liberté syndicale et la liberté d'expression syndicale (*Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, préambule de la Constitution de 1946*) ainsi que sur l'article L. 2142-5 du Code du travail relatif à la libre détermination par les organisations syndicales des affiches, publications et tracts (*Cass. soc., 15 novembre 2017, n° 16-24.798, FS-PB; Cass. soc., 15 novembre 2017, n° 16-25.178 et n° 16-25.066, FS-D*).

## 1.2. Comité d'entreprise

### DÉLAIS DE CONSULTATION

Les dispositions de l'article L. 2323-3 du Code du travail encadrent les délais de consultation du comité d'entreprise qui, à défaut de rendre un avis dans le délai imparti, est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif.

S'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants, le comité d'entreprise peut saisir le juge, ce qui ne prolonge pas le délai préfix de consultation. Il en va autrement « en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité d'entreprise », le juge pouvant alors prolonger le délai.

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil Constitutionnel a déclaré ces dispositions légales conformes à la Constitution dès lors que le législateur a prévu des garanties nécessaires pour assurer le respect du principe de la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises (notamment un délai suffisant du comité d'entreprise pour se prononcer, l'obligation pour l'employeur de fournir des informations précises et la possibilité pour le comité d'entreprise de saisir le juge) (*Cons. Const., décision n° 2017-652, QPC du 4 août 2017*).

#### CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

Le comité social et économique (CSE), issu de l'ordonnance n° 2017-1386 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise, fusionne dans une instance unique les trois instances existantes (délégués du personnel, comité d'entreprise et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail).

Le décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017 relatif au comité social et économique, pris en application de cette ordonnance, confirme le principe de l'avis négatif rendu par le CSE s'il ne s'est pas prononcé à l'expiration d'un délai préfix d'un mois, porté à deux mois en cas de recours à un expert. Ce délai est porté à trois mois en cas d'intervention d'une ou plusieurs expertises dans le cadre de consultation se déroulant à la fois au niveau du CSE central et d'un ou plusieurs CSE d'établissement (*article R. 2312-6 du Code du travail*).

#### ATTRIBUTIONS

##### CONSULTATION

La Cour de cassation considère que lorsqu'un projet d'extension des bureaux sur un demi-étage supplémentaire n'obère pas la situation économique et financière de la société et n'entraîne aucune modification dans l'organisation du travail, les conditions d'emploi, la durée du travail ou le volume et la structure des effectifs, la consultation du comité d'entreprise n'est pas requise, peu importe que le CHSCT ait été consulté sur ce projet (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2017, n° 15-22.362, F-D*).

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Simplification très attendue issue des Ordonnances Macron : le CSE sera seul consulté sur les projets qui relèvent aujourd'hui de la compétence, trop souvent cumulative, du CE ou du CHSCT, évitant ainsi la multiplication des procédures de consultation et les éventuels risques de contentieux

#### DROIT D'ALERTE

L'expert-comptable désigné par le comité d'entreprise dans le cadre de son droit d'alerte économique peut demander à accéder aux comptes de l'ensemble des sociétés contrôlées par la même personne ou entité, qui contrôle également la société faisant l'objet de l'alerte. En l'espèce, la Cour de cassation admet ainsi que l'expert-comptable puisse accéder aux comptes des sociétés sœurs de l'entreprise (*Cass. soc., 25 octobre 2017, n° 16-10.278, F-D*).

#### BUDGET

S'il est admis depuis 2011 que la masse salariale à prendre en compte pour calculer les budgets du comité d'entreprise s'entend de la masse salariale brute comptable correspondant au compte 641 (*Cass. soc., 30 mars 2011, n° 10-30.080*), la Cour de cassation n'a cessé de préciser sa position en retranchant dudit compte certains postes (tels que la rémunération des dirigeants sociaux ou les sommes dues au titre de la rupture du contrat de travail à l'exception des indemnités légales et conventionnelles de licenciement).

La Chambre sociale de la Cour de cassation prend cette fois position sur l'indemnité de rupture conventionnelle et considère que seule la partie excédant le montant des indemnités légales et conventionnelles de licenciement peut être déduite du compte 641.

La Haute Juridiction confirme par ailleurs que les indemnités compensatrices de congés payés, de conversion monétaire du compte épargne-temps et de contrepartie obligatoire en repos ne sont pas déduites du compte 641 en raison de leur caractère salarial, peu importe qu'elles soient versées lors de la rupture du contrat (*Cass. soc., 22 mars 2017, n° 15-19.973, FS-PB*).

#### CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

L'assiette de calcul des budgets du CSE est désormais définie au nouvel article L. 2312-83 du Code du travail, issu de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

La masse salariale brute est constituée par « l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale en application des dispositions de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale [...], à l'exception des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ». Les sommes effectivement distribuées aux salariés en application d'un accord d'intéressement ou de participation sont également incluses.

Cette nouvelle disposition entre en vigueur à la date de mise en place du CSE dans l'entreprise et devrait tarir les contentieux en la matière.

et considère que le syndicat signataire qui perd sa représentativité lors du cycle électoral au cours duquel est proposée la révision de l'accord ne peut s'y opposer.

Ainsi, la perte de représentativité d'un syndicat signataire d'un accord n'est plus un obstacle à la procédure de révision (Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 15-25.531, FS-PBRI).

#### CE QU'EN DIT LA LOI

La portée de cet arrêt est aujourd'hui relative compte tenu des nouvelles dispositions issues de la loi Travail qui facilitent la révision des accords collectifs préexistants.

Désormais, à l'issue d'un cycle électoral, sont habilitées à engager la procédure de révision d'un accord d'entreprise ou d'établissement les organisations syndicales représentatives entrant dans le champ d'application de cet accord, peu importe qu'elles soient signataires ou non de l'accord initial.

Par ailleurs, pour les entreprises dépourvues de délégation syndicale, il est également possible de réviser les accords collectifs préexistants selon des modalités qui diffèrent en fonction de l'effectif de l'entreprise. Ces modalités sont d'ailleurs modifiées par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective et par le projet de loi de ratification des ordonnances en cours d'adoption.

## 1.3. Droit syndical

### DROIT D'AGIR EN JUSTICE

Un syndicat ne peut agir seul en vue d'obtenir le transfert des contrats de travail en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'action en revendication du transfert d'un contrat de travail étant un droit exclusivement attaché à la personne du salarié.

En revanche, la Cour de cassation précise qu'une organisation syndicale peut se joindre à l'action des salariés visant à obtenir le transfert des contrats de travail en invoquant l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession résultant de la violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail (Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 16-10.460, FS-PB).

### RÉVISION D'UN ACCORD COLLECTIF ET REPRÉSENTATIVITÉ

Dans leur rédaction antérieure à la loi Travail du 8 août 2016, les dispositions concernant la révision des accords collectifs prévoyaient que seuls les syndicats représentatifs signataires de l'accord étaient habilités à signer les avenants portant révision. La Cour de cassation exigeait alors le consentement unanime de tous les syndicats signataires pour permettre la révision de l'accord (en l'absence de dispositions spécifiques prévues dans l'accord initial).

Par une décision en date du 21 septembre 2017, la Haute Juridiction se prononce sur l'évolution des conditions tenant à la révision d'un accord d'entreprise

### REPRÉSENTANT DE SECTION SYNDICALE (RSS)

#### CONDITIONS DE DÉSIGNATION

Les syndicats non représentatifs dans l'entreprise ou dans l'établissement qui ont constitué une section syndicale ont la possibilité de désigner un représentant de section syndicale (RSS), sous réserve de respecter les conditions fixées à l'article L. 2142-1 du Code du travail.

Bien que le critère de la transparence financière ne soit pas exigé pour la désignation du RSS, alors qu'il est expressément requis pour déterminer la représentativité d'une organisation syndicale, la Cour de cassation considère, selon une formulation générale, que le critère de la transparence financière est applicable à tout syndicat qui entend exercer des prérogatives dans l'entreprise, peu importe qu'il soit représentatif ou non (Cass. soc., 22 février 2017, n° 16-60.123, FS-PB).

## MODALITÉS DE DÉSIGNATION

La lettre de désignation du RSS doit être adressée à l'employeur ou à la personne habilitée par ce dernier pour le représenter au sein de la structure dans laquelle le représentant exerce sa mission. Cette désignation fait alors courir le délai de quinze jours imparti à l'employeur pour contester la désignation.

En conséquence, la désignation n'est pas régulière et ne fait pas courir le délai de contestation de quinze jours lorsque la lettre n'est pas adressée à l'employeur mais au chef d'établissement qui n'est pas titulaire d'une délégation de pouvoirs permettant de l'assimiler au chef d'entreprise (*Cass. soc.*, 18 janvier 2017, n° 16-13.306, F-D).

## 1.4. Protection des représentants du personnel

### POINT DE DÉPART DE LA PROTECTION

#### CANDIDAT AUX ÉLECTIONS

Lorsqu'il envisage de licencier un ancien candidat aux élections professionnelles, l'employeur doit demander l'autorisation préalable de l'inspection du travail pendant les six mois qui suivent la publication de la candidature. Avant cela, le salarié est protégé au titre de l'imminence de sa candidature dès lors que l'employeur a connaissance de celle-ci.

Dans un arrêt du 11 octobre 2017, la Cour de cassation rappelle que cette protection bénéficie au salarié qui a annoncé son intention de se porter candidat au second tour, avant même le premier tour des élections et qu'elle ne joue que jusqu'au dépôt de sa candidature pour le second tour.

La cour ajoute que la connaissance par l'employeur de la candidature ou de son imminence s'apprécie lors de l'envoi de la convocation à entretien préalable au licenciement (*Cass. soc.*, 11 octobre 2017, n° 16-10.139, FS-PB).

#### ABSENCE D'EFFET RÉTROACTIF DE LA DÉCISION JUDICIAIRE D'ANNULATION DE DÉSIGNATION SYNDICALE

Selon une jurisprudence constante, l'annulation par le tribunal d'instance de la désignation d'un délégué syndical n'a pas d'effet rétroactif sur son statut protecteur.

La Cour de cassation fait application de cette solution au cas particulier de l'annulation de la désignation d'un représentant de section syndicale intervenue avant la notification du licenciement.

Peu importe cette circonstance pour la Haute Juridiction : dès lors que le salarié bénéficie de la protection à la date d'envoi de la convocation à entretien préalable, son licenciement doit être soumis à l'autorisation préalable de l'inspection du travail (*Cass. soc.*, 11 octobre 2017, n° 16-11.048, FS-PB).

### MANDATS EXTÉRIEURS

#### COMMISSIONS PARITAIRES PROFESSIONNELLES

Dans un arrêt soumis à la plus large publicité, la Cour de cassation accorde aux salariés membres des commissions paritaires professionnelles au niveau national créées par accord collectif, le bénéfice de la protection prévue pour les délégués syndicaux en cas de licenciement, lorsque l'accord collectif de mise en place ne prévoit aucune disposition sur le statut des salariés qui en sont membres.

Le salarié est donc protégé pendant toute la durée du mandat au sein de la commission ainsi que durant les douze mois suivant la date de cessation de ses fonctions de représentant, s'il a exercé ces dernières pendant au moins un an (*Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 15-24.310, FS-PBRI).

#### INFORMATION DU LIQUIDATEUR JUDICIAIRE

Les salariés titulaires d'un mandat extérieur bénéficient du statut protecteur des représentants du personnel dès lors qu'ils en ont informé leur employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, ou en cas de rupture ne nécessitant pas un entretien préalable, au plus tard avant la notification de celle-ci.

La Cour de cassation transpose cette solution dans le cas particulier d'une entreprise placée en liquidation judiciaire. Le salarié titulaire d'un mandat de conseiller prud'homal bénéficie-t-il de cette protection lorsque l'employeur avait connaissance du mandat extérieur mais n'en a pas informé le liquidateur judiciaire ? La réponse est négative selon la Chambre sociale, qui considère qu'en cas de liquidation judiciaire, le salarié se prévalant d'une protection en raison d'un mandat extérieur doit établir qu'il a informé le liquidateur de l'existence du mandat ou que le liquidateur en avait eu connaissance par un autre moyen (*Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 16-12.221, FS-PB).

### TRANSFERT PARTIEL

Les dispositions de l'article L. 2414-1 du Code du travail prévoient que « le transfert d'un salarié [protégé] compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement par application de l'article L. 1224-1 ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail ».

La Cour de cassation considère que le transfert de la totalité des salariés employés dans une entité économique doit être regardé comme un transfert partiel au sens de l'article L. 2414-1 du Code du travail, dès lors que l'entité transférée ne constitue pas un établissement au sein duquel a été mis en place un comité d'établissement (*Cass. soc., 23 mars 2017, n° 15-24.005, FS-PB*).

## 1.5. Durée du travail

### CADRES DIRIGEANTS

La Cour de cassation illustre sa jurisprudence sur le statut de cadre dirigeant en mettant en exergue l'importance des stipulations contractuelles.

Par un premier arrêt, la Cour de cassation confirme que le salarié doit effectivement participer à la direction de l'entreprise (*Cass. soc., 4 février 2016, n° 14-23.663*). Par conséquent, les stipulations contractuelles prévoyant qu'un directeur d'établissement est chargé, entre autres, d'assurer la mise en œuvre d'un projet préalablement approuvé par l'employeur ne permettent pas d'appliquer ce statut, le salarié ne disposant pas de l'autonomie nécessaire. Le salarié peut alors demander le paiement d'heures supplémentaires (sous réserve de leur démonstration) (*Cass. soc., 11 janvier 2017, n° 14-21.548, F-D*).

Naturellement, le niveau décentralisé des fonctions n'est pas ici en cause puisque la Cour de cassation a d'ores et déjà reconnu le statut de cadre dirigeant à un chef de secteur qui tentait d'échapper à cette qualification alors même que l'ensemble des conditions étaient remplies (*Cass. soc., 11 mai 2017, n° 15-27.118, FS-PB*).

Dans un second arrêt, un salarié avait signé une promesse d'embauche avec référence à un forfait annuel en jours. La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel qui a considéré que les stipulations de cette promesse emportaient renonciation à se prévaloir du statut de cadre dirigeant, peu importe les conditions d'exercice des fonctions ou l'absence de validité du forfait jours qui ne répondait pas aux exigences légales.

La Cour de cassation avait déjà exclu le statut de cadre dirigeant lorsque le salarié était soumis à l'horaire collectif en vigueur au sein de la société (*Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-19.734*). Par cette nouvelle décision, elle confirme que les stipulations contractuelles éventuellement convenues avec un salarié priment sur l'examen des conditions d'exercice des fonctions et peuvent conduire à exclure le statut de cadre dirigeant (*Cass. soc., 7 septembre 2017, n° 15-24.725, FS-PB*).

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

L'absence d'écrit n'exclut pas en soi le statut de cadre dirigeant ; les juges analysent alors la réalité de la situation du salarié.

Des stipulations contractuelles inadaptées peuvent en revanche conduire à exclure le statut de cadre dirigeant. Une attention toute particulière doit dès lors être portée à l'évolution du salarié dans l'entreprise afin de faire évoluer également son contrat de travail, sans oublier de mettre en cohérence les mentions figurant sur les bulletins de paie.

### FORFAIT ANNUEL EN JOURS

La Cour de cassation poursuit sa jurisprudence sur les conditions de validité des accords portant sur les forfaits en jours. À défaut de dispositif permettant de garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié restent raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps du travail de l'intéressé, la convention individuelle conclue avec le salarié est nulle et ce dernier peut donc prétendre au paiement des heures supplémentaires établies.

Ainsi, l'accord d'entreprise, qui visait à compléter l'accord de branche jugé en lui-même insuffisant lors de son extension (avocats salariés), se bornait à prévoir un suivi annuel du temps de travail ainsi qu'un éventuel point trimestriel ; ces dispositions sont insuffisantes, l'employeur n'étant pas à même de pouvoir réagir en temps utile en cas de charge de travail disproportionnée (*Cass. soc., 8 novembre 2017, n° 15-22.758, FS-PB*).

En revanche, est valide l'accord d'entreprise prévoyant d'une part un système auto-déclaratif (*logiciel « temps »*) avec consolidation par la direction des ressources humaines pour contrôler la durée du travail, et d'autre part un entretien annuel portant sur l'organisation, la charge de travail et l'amplitude, avec prise de mesures correctives arrêtées entre le salarié concerné et son manager (*Cass. soc., 22 juin 2017, n° 16-11.762, FS-PB*).

### CE QU'EN DIT LA LOI

Pour mémoire, la loi Travail du 8 août 2016 permet de sécuriser les conventions de forfait en jours conclues en application d'un accord ne prévoyant pas de garanties suffisantes. Des mesures supplétives peuvent donc pallier cette carence : document de contrôle des jours travaillés qui peut être renseigné par le salarié mais sous la responsabilité de l'employeur, contrôle régulier de la charge de travail du salarié et de sa compatibilité avec les temps de repos obligatoires, organisation d'au moins un entretien annuel.



## HEURES SUPPLÉMENTAIRES

Bouleversant la hiérarchie des normes jusqu'alors en place, la loi du 20 août 2008 a instauré en matière de durée du travail, en particulier s'agissant de la fixation du contingent d'heures supplémentaires, la primauté de l'accord d'entreprise (ou d'établissement) sur l'accord de branche. Se posait dès lors la question de savoir si un accord d'entreprise pouvait déroger à un accord de branche conclu antérieurement à la loi de 2008.

Reprenant la position du Conseil Constitutionnel, la Cour de cassation reconnaît à la loi de 2008 une application immédiate et donc la possibilité pour un accord d'entreprise de fixer un contingent d'heures supplémentaires supérieur à celui fixé par accord de branche, peu important la date de conclusion de ce dernier (*Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 16-10.047, FS-PBRI).

## ASTREINTES

### MISE EN PLACE

La mise en place des astreintes suppose soit la conclusion d'un accord collectif soit une décision unilatérale prise après consultation des représentants du personnel et information de l'inspecteur du travail (*articles L. 3121-11 et L. 3121-12 du Code du travail*).

Saisie de la contestation d'un licenciement pour faute grave prononcé pour refus d'accomplir des astreintes, la Cour de cassation devait se prononcer sur l'opposabilité du système d'astreinte prévu par le seul contrat de travail.

La Cour considère qu'à défaut d'accord collectif ou de décision unilatérale, les astreintes ne sont pas valablement mises en place. Elles ne sont dès lors pas obligatoires pour le salarié (*Cass. soc.*, 23 mai 2017, n° 15-24.507, FP-PB).

### PRISE EN COMPTE EN CAS D'ABSENCE

La Cour de cassation se prononce à nouveau sur l'interprétation de l'article 43 de la convention collective des bureaux d'études techniques (*dite « Syntec »*) portant sur l'allocation maladie à verser par l'employeur en cas d'arrêt maladie.

Si les dispositions conventionnelles excluent les primes et gratifications du salaire à maintenir, la Cour de cassation avait décidé que les commissions doivent être néanmoins incluses dans le calcul (*Cass. soc.*, 15 mars 2017, n° 15-23.276). Par une nouvelle décision, elle considère que la rémunération variable versée au titre des périodes d'astreinte doit également l'être (*Cass. soc.*, 11 mai 2017, n° 15-53.649, FS-PB).

## CONGÉS PAYÉS

### DÉLAI DE PRISE DES CONGÉS PAYÉS

Depuis des années, malgré la non-conformité du droit français à la directive 2003/88/CE, le juge français résiste à la jurisprudence européenne en appliquant strictement les dispositions du Code du travail, qu'il s'agisse des modalités d'acquisition des congés payés ou de la question du report des congés payés du salarié empêché de les prendre en raison de la maladie.

Après avoir déduit de la directive susvisée que le salarié, quelle que soit la cause de la maladie, a droit à un congé payé annuel de 4 semaines, la jurisprudence européenne a considéré que le salarié ne peut cumuler de manière illimitée des droits à congé et qu'il « *est raisonnablement possible de concevoir qu'une période de report au droit au congé annuel payé de quinze mois ne méconnaît pas la finalité dudit droit* » (*CJUE*, 22 novembre 2011, *aff. C-214/10*).

Par une nouvelle décision, la Cour de cassation juge que les dispositions européennes ne font pas obligation aux États membres de prévoir une limitation pour le report des congés payés. En conséquence, et en l'absence de limitation en droit français, le report est illimité (sous réserve de la prescription de trois ans à compter de l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés auraient pu être pris).

Il convient de rappeler qu'en l'absence de transposition, la directive ne peut pas être invoquée directement par les salariés ; il en allait en l'espèce différemment en raison de l'existence d'une délégation de service public (*Cass. soc.*, 21 septembre 2017, n° 16-24.022, FS-PBRI).

### EXCLUSION DES PRIMES ANNUELLES DE LA BASE DE CALCUL DES CONGÉS PAYÉS

L'indemnité compensatrice de congés payés versée aux intérimaires est calculée sur la base de la rémunération totale brute perçue pendant la mission (*article L. 1251-19 du Code du travail*).

La Haute Cour fait application de sa jurisprudence rendue à l'égard des salariés permanents, en considérant que les primes de treizième mois ou de vacances ont « *pour objet de rémunérer des périodes de travail et de congés réunis, de sorte qu'elles ne devaient pas être incluses dans l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés versée par l'entreprise de travail temporaire au salarié intérimaire* ». Ce faisant, elle assure l'égalité de traitement entre les salariés permanents et les salariés intérimaires (*Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-16.988, FS-PBRI).

## 1.6. Égalité de traitement

### PRÉSUMPTION DE JUSTIFICATION DES DIFFÉRENCES DE TRAITEMENT

#### AVANTAGE CONVENTIONNEL RÉSERVÉ À UN ÉTABLISSEMENT

La Haute Juridiction a jugé en 2016 et confirmé en 2017 qu'une différence de traitement entre des salariés n'appartenant pas au même établissement est présumée justifiée dès lors qu'elle est prévue par un accord d'établissement (Cass. soc., 3 novembre 2016, n° 15-18.844; Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 16-19.710, F-D).

La Cour de cassation étend sa jurisprudence aux différences de traitement entre établissements prévues par un accord d'entreprise et se fonde de nouveau sur le rôle des organisations syndicales « investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'ensemble de l'entreprise et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote ».

En l'espèce, une société objet d'une fusion-absorption était devenue un établissement distinct de la société absorbante. Un mois après cette opération, un accord d'entreprise avait été signé pour maintenir aux seuls salariés de cet établissement, certaines conditions de rémunération (Cass. soc., 4 octobre 2017, n° 16-17.517, FS-PBRI).

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Avec les Ordonnances Macron du 22 septembre 2017, se pose de nouveau la question de l'application de cette jurisprudence aux accords collectifs négociés selon un mode dérogatoire, avec les élus au CSE ou avec un salarié mandaté, en l'absence de délégués syndicaux. Est-ce que les avantages prévus par un tel accord dérogatoire pourront bénéficier de la présomption de justification au même titre que ceux issus d'un accord signé par une organisation syndicale représentative ? Si la réponse est positive, la Haute Cour devra sans doute adapter l'attendu de principe cité.

#### TRANSFERT CONVENTIONNEL

Après avoir longtemps distingué le transfert conventionnel du transfert légal en matière d'égalité de traitement, la Cour de cassation opère un revirement et unifie sa jurisprudence.

La Haute Juridiction considère désormais que la différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail est transféré en vertu d'un accord

collectif dans le cadre d'une reprise de marché et les salariés de l'entreprise entrante est justifiée au regard du principe d'égalité de traitement (Cass. soc., 30 novembre 2017, n° 16-20.532, FS-PBRI).

#### CE QU'EN DIT LA LOI

Ce revirement s'inscrit dans le sillon de l'évolution législative. La loi Travail du 8 août 2016 a inséré un article L. 1224-3-2 dans le Code du travail qui écarte l'application du principe d'égalité de traitement entre les salariés en cas de transfert conventionnel des contrats de travail.

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a légèrement modifié ces dispositions légales en conservant le même principe : « les salariés du nouveau prestataire ne peuvent invoquer utilement les différences de rémunération résultant d'avantages obtenus, avant le changement de prestataire, par les salariés dont les contrats de travail ont été poursuivis ».

#### ÉGALITÉ DES CHANCES

Dans un arrêt promus à la plus large publicité, la Cour de cassation considère pour la première fois qu'un accord collectif peut prévoir un avantage au seul bénéfice des femmes « dès lors que cette mesure vise à établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ».

En l'espèce, l'origine du litige peut faire sourire le lecteur (un homme sollicitant une demi-journée de congé accordée par accord collectif à ses collègues féminines à l'occasion de la journée internationale des femmes) mais elle donne l'occasion à la Haute Cour d'ouvrir la voie à une nouvelle justification des différences de traitement entre salariés.

Au visa des textes sur l'égalité des chances (article L. 1142-4 du Code du travail et article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui permet à un État membre d'adopter des mesures visant à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle subis par le sexe sous-représenté), la Cour de cassation reconnaît d'une part l'existence d'inégalités professionnelles de fait entre les femmes et les hommes et valide, d'autre part, le procédé de la discrimination positive en droit interne (Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 15-26.262, F-PBRI).

# 2. Restructurations

## 2.1. Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)

### SYNDICAT CATÉGORIEL

Un syndicat catégoriel peut-il signer un accord majoritaire portant PSE dont les suppressions de postes envisagées ne concernent que des salariés relevant de catégories professionnelles distinctes de celles qu'il a statutairement vocation à représenter ?

Le Conseil d'État répond par l'affirmative au motif que la condition de majorité de l'accord portant PSE doit s'apprécier en additionnant l'audience électorale des syndicats signataires qui sont représentatifs au niveau de l'entreprise, sans considération des catégories de salariés qu'ils représentent statutairement (*Conseil d'État, 5 mai 2017, n° 389620*).

### MOTIVATION DE LA DÉCISION DE LA DIRECCTE

Le législateur impose à l'autorité administrative de motiver sa décision en matière de PSE, sans plus de précision.

Le Conseil d'État a donc fixé ses propres exigences, opérant à cet égard une distinction selon la teneur de la décision administrative.

Ainsi, si en cas de refus d'homologation, l'autorité administrative peut se contenter d'énoncer les éléments de droit et de fait qui fondent sa décision (*Conseil d'État, 24 novembre 2017, n° 389443*), elle doit, en cas de décision d'homologation, faire expressément mention des « éléments essentiels » de son examen à savoir :

- la régularité de la procédure d'information et de consultation des instances représentatives du personnel ;
- le caractère suffisant des mesures contenues dans le plan au regard des moyens de l'entreprise et, à ce titre, la recherche des postes de reclassement ;
- enfin et le cas échéant, les éléments sur lesquels elle aurait été, en raison des circonstances propres à l'espèce, spécifiquement amenée à porter une appréciation (*Conseil d'État, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 391744*).

En outre, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite « loi Macron », en cas d'annulation d'une décision de validation ou d'homologation en raison d'une insuffisance de motivation,

l'autorité administrative prend une nouvelle décision suffisamment motivée dans un délai de quinze jours à compter de la notification du jugement à l'administration.

Dès lors que l'autorité administrative a édicté cette nouvelle décision, l'annulation pour le seul motif d'insuffisance de motivation de la première décision de l'autorité administrative est sans incidence sur la validité du licenciement et ne donne lieu ni à réintégration ni au versement d'une indemnité à la charge de l'employeur (*article L. 1235-16 du Code du travail*).

C'est ainsi que l'annulation d'une décision prononcée postérieurement à l'entrée en vigueur de la « loi Macron » sur le seul motif d'une insuffisance de motivation, n'implique pas, en tant que telle, l'illégalité de l'autorisation de licenciement pour motif économique d'un salarié protégé accordée par l'inspecteur du travail, sous réserve que l'autorité administrative ait bien entendu pris une nouvelle décision suffisamment motivée (*Conseil d'État, 19 juillet 2017, n° 391849*).

### ORDRE DES LICENCIEMENTS

En présence d'une demande d'homologation d'un document unilatéral, l'administration doit vérifier la conformité des critères d'ordre des licenciements et de leurs règles de pondération aux dispositions légales et conventionnelles.

Ainsi, en l'absence d'accord collectif, l'employeur doit prendre en considération l'ensemble des critères définis à l'article L. 1233-5 du Code du travail et ne peut neutraliser l'un de ces critères – tel que les qualités professionnelles – en omettant ou en attribuant la même valeur à chaque salarié. À défaut, l'employeur s'expose à un refus d'homologation du PSE ou à une annulation de la décision d'homologation, sauf à démontrer l'impossibilité matérielle de mettre en place la modulation entre les critères (*Conseil d'État, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 387886*).

Cette position a été confirmée : l'accord du comité d'entreprise et de l'employeur sur la mise à l'écart d'un des critères d'ordre n'est pas suffisant pour dispenser l'employeur de prendre en compte l'ensemble de ces critères (*Conseil d'État, 22 décembre 2017, n° 400649*).

Par ailleurs, la Cour de cassation confirme que lorsque la rupture du contrat de travail pour motif économique résulte d'un départ volontaire dans le cadre d'un PSE, l'employeur n'est pas tenu de mettre en œuvre les dispositions légales (ou conventionnelles) relatives à l'ordre des licenciements, sauf engagement de s'y soumettre (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 16-15.456, FS-PB*).

## L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Il est indispensable de prévoir expressément dans le PSE les critères de départage en cas de candidatures surnuméraires au départ volontaire, étant précisé que l'employeur peut choisir d'appliquer les critères d'ordre des licenciements.

### CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

L'ordonnance n° 2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail inscrit le principe de départage de candidatures dans deux dispositifs.

S'agissant du reclassement, les modalités de proposition de postes sont simplifiées et il est désormais possible de diffuser une liste de postes disponibles à l'ensemble des salariés. Le décret n° 2017-1725 du 21 décembre 2017 précise le contenu de cette liste qui doit notamment prévoir les critères de départage applicables en cas de candidatures multiples sur un même poste.

De la même manière, l'accord collectif portant rupture conventionnelle collective doit déterminer les critères de départage entre les potentiels candidats au départ, sans que ces critères correspondent impérativement aux dispositions légales ou conventionnelles relatives à l'ordre des licenciements.

## CATÉGORIES PROFESSIONNELLES

En présence d'une demande d'homologation d'un document unilatéral, l'administration doit vérifier que les catégories professionnelles définies par l'employeur regroupent, chacune, l'ensemble des salariés qui exercent au sein de l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune (*Conseil d'État*, 30 mai 2016, n° 387798).

Appartiennent ainsi, pour la Cour administrative d'appel de Versailles, à la même catégorie professionnelle les salariés pouvant occuper des fonctions de même nature au prix d'une simple formation d'adaptation, qu'ils soient ou non dans le même secteur d'activité et dans une subdivision organisationnelle plus fine que le secteur d'activité (*CAA Versailles*, 9 mai 2017, n° 17VE00439).

## CONTENU DU PLAN

### ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

Si le salarié peut revendiquer l'application du principe d'égalité de traitement au sein d'un même plan de sauvegarde de l'emploi (*Cass. soc.*, 10 juillet 2001, n° 99-40.987), il ne saurait valablement l'invoquer entre deux PSE mis en œuvre successivement au sein d'une même entreprise dès lors que ces PSE portent sur des licenciements collectifs pour motif économique distincts (*Cass. soc.*, 29 juin 2017, n° 16-12.007 à 16-12.077, FS-PBRI).

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Le pragmatisme dont a fait preuve la Cour de cassation doit être salué, dans la mesure où les salariés licenciés en considération de deux PSE distincts et successifs ne sont pas placés dans une situation identique, ne serait-ce qu'au regard des circonstances particulières entourant l'élaboration et la négociation des mesures d'accompagnement selon les capacités financières de l'entreprise ou du groupe.

### AVANTAGE OBJECTIVEMENT DÉFINI

La Chambre sociale confirme sa jurisprudence relative aux conditions d'octroi d'un avantage résultant d'un PSE qui doivent être objectivement définies (*Cass. soc.*, 20 novembre 2007, n° 06-41.410). Tel n'est pas le cas de la condition subordonnant le versement d'une indemnité majorée à la conclusion d'une transaction individuelle (*Cass. soc.*, 19 janvier 2017, n° 15-20.421, F-D).

### INDEMNITÉ SUPRA CONVENTIONNELLE DE LICENCIEMENT

L'assiette de calcul des indemnités supra conventionnelles d'un PSE est définie en fonction des seules stipulations du plan. La Cour de cassation en déduit logiquement que la participation et l'intéressement ne rentrent pas dans l'assiette des indemnités prévues au PSE, quand bien même ces éléments seraient inclus dans l'assiette de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement (*Cass. soc.*, 7 septembre 2017, n° 16-12.473, FS-P+B).

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Pour éviter toute difficulté d'interprétation quant à l'assiette de calcul des indemnités prévues aux termes d'un PSE, et ainsi éviter des contentieux, une attention toute particulière doit être portée à la rédaction des clauses relatives à ces indemnités.

## NON-SUBSTITUTION DU JUGE AUX CHOIX DE L'EMPLOYEUR

S'il appartient au juge, tenu de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagées par l'employeur, il ne peut toutefois pas se substituer à l'employeur quant aux choix qu'il effectue pour faire face à la situation économique de l'entreprise.

Reprenant une jurisprudence établie (Cass. Ass. Plén., 8 décembre 2000, n° 97-44.219; Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-40.046), au demeurant conforme à la position du Conseil Constitutionnel (Cons. Const., 12 janvier 2012, n° 2001-455, DC), la Chambre sociale sanctionne les juges du fond d'avoir caractérisé un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement au motif qu'il n'avait pas étudié une solution alternative au licenciement telle que la modification du contrat de travail du salarié concerné (passage à temps partiel) (Cass. soc., 4 mai 2017, n° 15-28.185, F-D).

## 2.2. Co-emploi

Poursuivant son approche restrictive de la notion de co-emploi, la Cour de cassation rappelle que *« hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière »*.

Dans ce cadre, le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et soient en étroite collaboration avec la société dominante, que celle-ci ait apporté à sa filiale un important soutien financier et que, pour le fonctionnement de cette dernière, une convention de trésorerie ainsi qu'une convention générale d'assistance moyennant rémunération ont été signées avec la société dominante ne suffit pas à caractériser une situation de co-emploi (Cass. soc., 7 mars 2017, n° 15-16.865, FS-PB).

# 3. Santé et sécurité

## 3.1. CHSCT

### CONSTITUTION DU COMITÉ

#### PÉRIMÈTRE D'IMPLANTATION DES CHSCT DANS LES ÉTABLISSEMENTS D'AU MOINS 500 SALARIÉS

Selon l'article L. 4613-4 du Code du travail, dans les établissements d'au moins 500 salariés, le comité d'entreprise détermine, en accord avec l'employeur, le nombre des CHSCT devant être constitués. En cas de désaccord, le nombre des comités distincts ainsi que les mesures de coordination sont fixés par l'inspecteur du travail.

En application de cet article, la Chambre sociale considère que les CHSCT ne peuvent modifier unilatéralement leur périmètre d'implantation. La Haute Cour considère ainsi qu'un accord avec le comité d'entreprise (ou, à défaut le recours à l'inspection du travail) est nécessaire lors de la constitution de plusieurs CHSCT mais également lors de la modification de leur périmètre (Cass. soc., 22 février 2017 n° 15-23.571, FS-PB).

#### DÉSIGNATION D'UN REPRÉSENTANT SYNDICAL AU CHSCT

L'accord-cadre national interprofessionnel étendu du 17 mars 1975 prévoit que, dans les établissements d'au moins 300 salariés, les organisations syndicales peuvent désigner un représentant parmi le personnel de l'établissement afin de siéger au CHSCT avec voix consultative.

La Chambre sociale rappelle que les organisations syndicales ne peuvent procéder à la désignation d'un représentant au CHSCT que si elles sont représentatives dans l'entreprise ou l'établissement dans lesquels cette désignation doit prendre effet (Cass. soc., 22 février 2017, n° 15-25.591, FS-PB).

### ASSISTANCE DE L'EMPLOYEUR

Contrairement à ce qui est prévu pour le comité d'entreprise, aucune disposition légale ne prévoit l'assistance de l'employeur par des collaborateurs lors des réunions du CHSCT.

La Cour de cassation a ainsi jugé que l'employeur s'expose à un délit d'entrave lorsqu'il vient en réunion de CHSCT avec des personnes extérieures au comité (en l'espèce cinq directeurs d'établissement) dont la présence n'a pas été expressément approuvée par le comité (Cass. soc., 28 novembre 2017, n° 16-86.138, FS-D).

#### CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

Le nouvel article L. 2315-39 du Code du travail issu de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise prévoit que, lors des réunions de la commission santé, sécurité et condition de travail créée au sein du CSE, l'employeur peut se faire assister par des collaborateurs appartenant à l'entreprise et choisis en dehors du comité. Ensemble, ils ne peuvent pas être en nombre supérieur à celui des représentants du personnel titulaires.

Quant aux réunions du CSE, l'employeur peut se faire assister éventuellement de trois collaborateurs (au lieu de deux actuellement pour le comité d'entreprise).

#### CARENCE DU CHSCT DANS LES ENTREPRISES DE PLUS DE 50 SALARIÉS

En application de l'article L. 2313-16 du Code du travail, dans les établissements d'au moins 50 salariés, s'il n'existe pas de CHSCT, les délégués du personnel exercent les missions attribuées à ce comité avec les mêmes moyens et obligations que celui-ci.

La Chambre sociale précise, pour la première fois, que seul un délégué du personnel titulaire peut être désigné pour exercer la mission de secrétaire du CHSCT (*Cass. soc.*, 22 février 2017, n° 16-10.770, FS-PB).

#### PRISE EN CHARGE DES FRAIS D'EXPERTISE

Malgré la résistance des juges du fond, la Chambre sociale a une nouvelle fois rappelé que, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2017, date d'abrogation des dispositions jugées inconstitutionnelles (*Cons. Const.*, décision n° 2015-500, QPC du 27 novembre 2015), les frais d'une expertise décidée par le CHSCT demeurent à la charge de l'employeur, et ce même si celui-ci obtient en justice l'annulation de la délibération ayant décidé du recours à l'expert (*Cass. soc.*, 31 mai 2017, n° 16-16.949, FS-PBR).

La loi Travail du 8 août 2016 a réglé la difficulté à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017: en cas d'annulation définitive par le juge de la décision du CHSCT (ou de l'instance de coordination) de recourir à l'expert, les sommes perçues par l'expert sont remboursées par ce dernier à l'employeur. Le comité d'entreprise, ou le CSE à compter de sa mise en place, peut à tout moment (et donc même si l'expertise est annulée par le juge) décider de prendre en charge le coût de l'expertise dans le cadre de son budget de fonctionnement.

#### CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise a substantiellement réformé les conditions de recours à l'expertise par les représentants du personnel mais également la question épineuse des frais d'expertise.

La création d'un comité social et économique permet désormais la généralisation du cofinancement des frais d'expertise par l'instance unique, celle-ci disposant d'un budget de fonctionnement (contrairement au CHSCT).

Aujourd'hui, la prise en charge intégrale des frais d'expertise par l'employeur ne concerne plus que les cas d'expertise suivants: consultation sur la situation économique et financière, sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, dans le cadre d'un projet de licenciement collectif pour motif économique et en cas de risque grave. Dans tous les autres cas d'expertise, le comité prend en charge 20% et l'employeur 80%.

**Contentieux de l'expertise.** Les Ordonnances Macron modifient également les modalités de contestation d'une expertise, et notamment: l'employeur qui souhaite contester la nécessité de l'expertise, le choix de l'expert, son coût prévisionnel, son étendue, son délai ou encore son coût final, doit saisir le président du tribunal de grande instance dans un délai de 10 jours dont le point de départ est fonction de l'objet de contestation (*décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017, relatif au comité social et économique*).

#### MONTANT DES FRAIS D'AVOCAT

Les honoraires d'avocat du CHSCT, qui ne dispose pas de budget de fonctionnement, sont à la charge de l'employeur en cas de contentieux, sauf abus du CHSCT.

Ainsi, lorsque l'employeur conteste la délibération par laquelle le comité a voté le recours à une expertise, il doit en principe prendre à sa charge les frais d'avocat engagés par le comité pour assurer sa défense (sauf abus).

La Cour de cassation vient nuancer la portée de cette prise en charge en indiquant qu'il incombe au juge du fond de fixer le montant des frais et honoraires d'avocat qui seront mis à la charge de l'employeur au regard des diligences accomplies. La Chambre sociale attribue ainsi un pouvoir d'arbitrage et de modération en permettant aux juridictions du fond d'évaluer ce montant indépendamment d'un quelconque abus du CHSCT (*Cass. soc.*, 22 février 2017, n° 15-10.548, FS-PB).

La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence en rappelant qu'il est de l'office du juge de se prononcer sur une telle demande de l'employeur, indépendamment de l'existence de tout abus du CHSCT (*Cass. soc.*, 21 juin 2017, n° 15-27.506, F-D).

### MOYENS DU CHSCT

L'article L. 4614-9 du Code du travail dispose que le CHSCT reçoit de l'employeur les moyens qui lui sont nécessaires à la préparation et à l'organisation des réunions.

La Chambre sociale en déduit que le CHSCT n'est pas fondé à décider unilatéralement de l'octroi de moyens matériels supplémentaires, lesquels doivent faire l'objet d'une discussion préalable avec l'employeur. En l'espèce, le CHSCT avait unilatéralement décidé de faire appel à un prestataire extérieur pour taper les procès-verbaux des réunions.

Si le CHSCT estime que les moyens qui lui sont octroyés sont insuffisants, il doit se rapprocher de l'employeur. Si ce dernier refuse d'octroyer des moyens supplémentaires, le CHSCT peut alors tenter une action en justice mais il ne peut en aucun cas prendre une décision unilatérale (*Cass. soc.*, 22 février 2017, n° 15-22.392, FS-PB).

## 3.2. Règlement intérieur

### MISE EN PLACE DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR

#### ABSENCE DE RÈGLEMENT INTÉRIEUR ET SANCTION DISCIPLINAIRE

La Haute Cour réaffirme que, dans les entreprises employant au moins 20 salariés, aucune sanction disciplinaire ne peut être prononcée à l'encontre d'un salarié si celle-ci n'est pas prévue par le règlement intérieur et, a fortiori, lorsque la société n'a pas de règlement intérieur.

La Chambre sociale précise que cette interdiction ne s'applique pas au licenciement, le droit de licencier étant prévu et encadré par le Code du travail et non par le règlement intérieur (*Cass. soc.*, 23 mars 2017, n° 15-23.090, FS-PB).

#### CONSULTATION DES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DES ÉTABLISSEMENTS DISTINCTS

Le règlement intérieur applicable au personnel d'un établissement distinct (au sens de l'élection des délégués du personnel) doit avoir été soumis à l'avis des représentants du personnel de cet établissement, faute de quoi il est inopposable aux salariés (*Conseil d'État*, 20 mars 2017, n° 391226).

## LIBERTÉ RELIGIEUSE

### POSITION DE LA CJUE

Par deux arrêts très attendus, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a admis que les entreprises privées puissent restreindre le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail sous certaines conditions. La CJUE donne ainsi la marche à suivre dans le contrôle de la licéité par les juges nationaux des restrictions apportées à la manifestation des telles convictions selon que les restrictions sont ou non prévues par une règle interne écrite et collective.

#### En présence d'une réglementation interne (affaire belge)

La règle interne doit viser indifféremment toute manifestation de conviction politique, philosophique ou religieuse pour ne pas constituer une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de la directive 2000/78/CE portant sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

La CJUE admet néanmoins que l'absence de discrimination directe n'empêche pas l'existence d'une discrimination indirecte « *s'il est établi que l'obligation en apparence neutre [que la règle interne] prévoit, entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données* ».

La CJUE précise que la discrimination indirecte n'est cependant pas qualifiée si elle est « *objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires (...)* ».

La CJUE considère en l'espèce que ces conditions sont remplies: la politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse à l'égard des clients est un objectif légitime se rapportant à la liberté d'entreprendre. La Cour en déduit que la restriction est nécessaire pour atteindre le but poursuivi si elle vise uniquement les travailleurs en relation avec les clients. Une précision importante est en outre apportée: la règle doit résulter d'une politique générale et indifférenciée d'interdiction qui s'applique de manière cohérente et systématique.

La CJUE impose enfin aux employeurs une obligation de reclassement: ils doivent proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec les clients plutôt que de procéder au licenciement, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que la société ait à subir une charge supplémentaire.

Il en résulte que ce n'est qu'en cas d'impossibilité de reclassement ou lorsque le salarié refuse la proposition formulée le cas échéant que l'employeur est en mesure de procéder au licenciement.

#### **En l'absence de réglementation interne (affaire française)**

Lorsque la politique de neutralité religieuse trouve sa source dans la seule volonté de l'employeur en l'absence de toute règle écrite, le juge national doit vérifier s'il existe une exigence professionnelle essentielle et déterminante répondant à un objectif légitime et proportionné pour valider cette interdiction.

L'exigence professionnelle doit être imposée en raison de la nature des activités ou de ses conditions d'exercice et ne saurait couvrir des considérations subjectives. La Cour considère à cet égard que « *la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle* » (CJUE, 14 mars 2017, C-157/15 et C-188/15).

#### **APPLICATION FRANÇAISE**

Reprenant les principes posés par la CJUE, la Cour de cassation a jugé discriminatoire le licenciement d'une salariée motivé par son refus d'ôter son voile à la demande d'un client, faute de clause de neutralité dans le règlement intérieur.

La Cour de cassation se livre, à son tour, à un exercice pédagogique en édictant un mode d'emploi à la restriction des manifestations des convictions des salariés.

Tout d'abord, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail doit être insérée dans le règlement intérieur ou une note de service soumise aux mêmes conditions que celui-ci, à l'exclusion de tout autre document. Ensuite, cette restriction doit être générale et indifférenciée et être limitée aux salariés en contact avec la clientèle. Enfin, en cas de refus du salarié de se conformer à la clause de neutralité, l'employeur doit rechercher une possibilité de reclassement dans les conditions posées par la CJUE.

La Haute Juridiction précise que, faute de disposition écrite et en l'absence d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, le licenciement d'un salarié sur ce fondement est discriminatoire (Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 13-19.855, FS-PBRI).

#### **L'AVIS DE NOTRE EXPERT**

Compte tenu du mode d'emploi défini par la CJUE et repris par la Cour de cassation, l'exigence de neutralité doit émaner du règlement intérieur auquel une attention toute particulière devra être portée lors de sa rédaction ou de sa révision.

### **3.3. Obligation de sécurité de résultat**

La dégradation du climat au sein de l'entreprise ou un conflit entre collègues peut justifier une résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur dès lors que celui-ci est resté inerte face à la situation, manquant ainsi à son obligation de sécurité (Cass. soc., 8 juin 2017, n° 16-10.458, *Inédit*; Cass. soc., 22 juin 2017, n° 16-15.507, *Inédit*).

Tel n'est pas le cas lorsque l'employeur a réagi rapidement et efficacement à une situation de souffrance au travail, dès qu'il en a été informé.

Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt, l'employeur, réagissant avec diligence et efficacité, avait sanctionné l'auteur des agissements et lui avait demandé de présenter des excuses. En outre, les faits ne s'étaient plus reproduits par la suite.

Dans ces circonstances, la Cour a pu considérer que les manquements reprochés ne présentaient pas un caractère de gravité suffisant pour empêcher la poursuite du contrat de travail (Cass. soc., 21 juin 2017, n° 15-24.272, *Inédit*).

#### **L'AVIS DE NOTRE EXPERT**

Cette dernière décision permet de mettre en lumière les actions de prévention retenues comme étant de nature à exonérer l'employeur de sa responsabilité et qui pourront être déployées au sein des entreprises, en vue de prévenir et de faire cesser toute situation de souffrance au travail, voire de harcèlement moral.

### **3.4. Harcèlement**

#### **SANCTION DE L'INERTIE DU DRH**

La Cour de cassation est venue confirmer le licenciement prononcé à l'encontre du responsable des ressources humaines en raison de son inaction fautive, celui-ci ayant cautionné, en les laissant perdurer, des faits de harcèlement moral commis par le directeur d'établissement à l'encontre de ses collaborateurs.



Il relevait pourtant en sa qualité de responsable des ressources humaines, une mission particulière en matière de management, et notamment celle de veiller au climat social et à des conditions de travail « optimales » pour les collaborateurs, de sorte que son inertie constitue un manquement à ses obligations contractuelles (*Cass. soc.*, 8 mars 2017, n° 15-24.406, FS-D).

#### **DÉNONCIATION DE FAITS DE HARCÈLEMENT MORAL**

Les dispositions des articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du Code du travail qui prévoient une protection du salarié, selon laquelle il ne peut être licencié pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné ou relaté de tels agissements, sont d'interprétation stricte.

La Cour de cassation considère en conséquence que le salarié qui dénonce des faits sans les qualifier expressément de harcèlement moral ne peut bénéficier de ce statut protecteur. Elle infirme en conséquence la décision de la cour d'appel qui avait prononcé la nullité du licenciement et la réintégration du salarié au motif que le courriel de dénonciation visait des agissements de harcèlement moral même si le terme n'était pas employé (*Cass. soc.*, 13 septembre 2017, n° 15-23.045 FP-PB).

#### **RÉPARATION DU PRÉJUDICE SUBI PAR L'EMPLOYEUR**

La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur ne peut résulter que de sa faute lourde, laquelle suppose la caractérisation d'une intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise, en application d'une jurisprudence constante de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Toutefois, le principe selon lequel la responsabilité pécuniaire du salarié ne peut résulter que de sa faute lourde ne s'oppose pas à ce que l'employeur obtienne du juge pénal, devant lequel il s'est constitué partie civile, réparation du préjudice subi du fait de l'infraction commise par le salarié, dès lors que pour commettre ces faits, l'intéressé a outrepassé les pouvoirs hiérarchiques qui lui étaient confiés.

En conséquence, devant la juridiction pénale, les restrictions à la responsabilité civile du salarié tenant à la caractérisation d'une faute lourde ne s'appliquent pas (*Cass. crim.*, 14 novembre 2017, n° 16-85.161, F-PB).

### **3.5. Protection de la maternité**

Rappelant qu'il est interdit à un employeur, non seulement de notifier un licenciement pendant la période de protection du congé maternité, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision, la Cour de cassation précise que cette interdiction vaut quel que soit le motif de licenciement, en l'occurrence un motif économique. Aussi, le fait d'aborder pendant le congé maternité les modalités du futur licenciement pour motif économique de la salariée constitue une mesure préparatoire prohibée, rendant nul le licenciement notifié.

L'employeur avait en l'espèce informé la salariée par téléphone qu'elle allait faire l'objet d'un licenciement pour motif économique, l'avait reçue consécutivement en entretien pendant son congé maternité pour lui indiquer qu'il serait inutile qu'elle reprenne le travail et avait sollicité de sa part une demande de dispense d'activité rémunérée au terme de son congé maternité (*Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 15-26.250, F-D).

### **3.6. Inaptitude**

#### **AVIS D'INAPTITUDE**

L'avis médical d'inaptitude doit mentionner les délais et voies de recours et être transmis par le médecin du travail au salarié ainsi qu'à l'employeur par tout moyen lui conférant une date certaine (*anciennes dispositions prévues aux articles R. 4624-34 et R. 4624-47 reprises aux articles R. 4624-45 et R. 4624-55 du Code du travail*).

À l'occasion de la contestation de son licenciement pour inaptitude, un salarié avait soulevé un manquement au formalisme de l'avis rendu par le médecin du travail. En l'espèce, le médecin du travail avait d'abord conclu à l'aptitude du salarié avec réserves après deux examens médicaux avant de rendre un avis d'inaptitude dans un courrier adressé uniquement à l'employeur et justifié par la découverte d'éléments nouveaux sur le poste occupé.

La Cour de cassation considère d'abord que le médecin du travail peut constater l'inaptitude après tout examen médical qu'il pratique au cours de l'exécution du contrat de travail et rendre son avis sous la forme d'un simple courrier adressé uniquement à l'employeur. Elle ajoute ensuite que l'avis du médecin du travail n'ayant pas été contesté dans les délais impartis, il s'impose au juge et pouvait donc fonder un licenciement (*Cass. soc.*, 21 septembre 2017, n° 16-16.549, FS-PB).

## L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Décision intéressante, mais prudence quand même. Les faits de l'espèce ne sont probablement pas étrangers à la décision : l'employeur avait transmis au salarié dès réception l'avis d'inaptitude, il avait sollicité en vain le médecin du travail pour l'organisation d'un nouvel avis, les réserves émises par le médecin du travail lors de son avis d'aptitude vidaient de sa substance le poste occupé par le salarié.

## CE QU'EN DIT LA LOI

La loi Travail du 8 août 2016 et le décret n° 2016-1908 du 27 décembre 2016 relatif à la modernisation de la médecine du travail ont sensiblement modifié les modalités du constat d'inaptitude.

Désormais, sauf exception, l'inaptitude est constatée par le médecin du travail, après « *au moins un examen médical* ». Si le médecin du travail l'estime nécessaire, il peut réaliser un second examen médical dans un délai qui n'excède pas quinze jours après le premier examen (*article R. 4624-42 du Code du travail, avant dernier alinéa*). Un formulaire d'avis d'inaptitude est désormais prévu par l'arrêté du 16 octobre 2017 avec mention du délai de recours.

Reste à savoir si la Cour de cassation appliquera cette décision aux nouvelles dispositions en considérant qu'à défaut de contestation dans le délai de 15 jours, l'irrégularité de l'avis d'inaptitude ne pourra plus être invoquée par le salarié.

## RECLASSEMENT DU SALARIÉ

### PROPOSITION DE POSTE

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de juger qu'un salarié qui refuse des postes à Strasbourg et à Béziers au motif qu'il n'était pas mobile géographiquement ne peut reprocher à l'employeur un défaut de reclassement au niveau du groupe (*Cass. soc., 30 novembre 2016, n° 15-11.062*).

La Cour de cassation confirme cette jurisprudence en l'appliquant au salarié ayant refusé des propositions de reclassement au regard de sa situation familiale et de l'éloignement géographique des postes proposés par rapport à son domicile. L'employeur n'a pas manqué à son obligation de reclassement en ne lui proposant pas de postes à l'étranger (*Cass. soc., 8 février 2017, n° 15-22.964, F-D*).

## CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

Les ordonnances n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 et 2017-1718 du 20 décembre 2017 apportent des précisions salutaires sur le périmètre géographique du reclassement et la notion de groupe de reclassement : la recherche de reclassement est désormais limitée aux établissements situés sur le territoire national et, en cas d'appartenance à un groupe, à l'entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et aux entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante (*article L. 1226-2 et L. 1226-10 du Code du travail*).

L'employeur doit néanmoins rester vigilant en faisant des propositions sérieuses et loyales de reclassement.

La Cour d'appel de Montpellier s'est par exemple récemment inspirée de la jurisprudence rendue en matière de reclassement dans le cadre d'un licenciement économique en jugeant que l'employeur ne remplit pas son obligation de reclassement s'il propose à un salarié inapte de participer à une sélection concernant deux postes (*CA Aix-en-Provence, 12 mai 2017, n° 15/05060*).

### CONSULTATION DES DÉLÉGUÉS DU PERSONNEL

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, les délégués du personnel (ou, à compter de sa mise en place, le comité social et économique) doivent être consultés sur les possibilités de reclassement pour inaptitude d'un salarié, que celle-ci soit d'origine professionnelle ou non professionnelle.

Le Code du travail n'impose aucune forme particulière pour recueillir l'avis des délégués du personnel quant au reclassement d'un salarié déclaré inapte. La jurisprudence rendue en la matière va donc présenter un intérêt indéniable.

Par un arrêt en date du 23 mai 2017, la Cour de cassation juge que l'employeur peut parfaitement convoquer les délégués du personnel par voie électronique (*Cass. soc., 23 mai 2017, n° 15-24.713, FS-PB*).

Dans un second arrêt du même jour, la Cour de cassation précise que le défaut de consultation des délégués du personnel et la méconnaissance par l'employeur des dispositions relatives à la motivation de la lettre de licenciement du salarié déclaré inapte ne peuvent être sanctionnés que par une seule indemnité, au moins égale à celle prévue par l'article L. 1226-15 du Code du travail (*Cass. soc., 23 mai 2017, n° 16-10.580, FS-PB*).

## CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a modifié les dispositions de l'article L. 1226-15 du Code du travail qui prévoyait une indemnité minimale de 12 mois de salaire. Cet article renvoie désormais à l'article L. 1235-3-1 qui prévoit un montant minimum de 6 mois de salaire.

Concernant la motivation du licenciement, le décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 établissant des modèles types de lettres de notification de licenciement prévoit un modèle pour le licenciement pour inaptitude non professionnelle ou professionnelle, ce qui devrait éviter à l'avenir l'erreur consistant à ne pas viser l'impossibilité de reclassement.

## REPRISE DU SALAIRE

L'employeur est tenu, en l'absence de reclassement ou de licenciement du salarié déclaré inapte, de reprendre le paiement du salaire après un délai d'un mois (*article L. 1226-4 du Code du travail*). La Cour de cassation se prononce, pour la première fois, sur le point de départ de ce délai en cas d'avis d'inaptitude rendu après recours. En l'espèce, une salariée déclarée apte avait formé un recours devant l'inspecteur du travail qui l'a déclarée inapte à son poste.

Selon la Cour de cassation, c'est la date de la décision d'inaptitude rendue par l'inspecteur du travail qui fait courir le délai d'un mois, sans rétroactivité (*Cass. soc., 20 décembre 2017, n° 15-28.367, FS-PB*).

## L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette jurisprudence est à notre sens transposable à la nouvelle procédure de contestation des avis du médecin du travail menée, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, devant le conseil de prud'hommes saisi dans les 15 jours suivant la notification des avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail (*article R. 4624-45 du Code du travail*).

## 3.7. AT/MP – Faute inexcusable

### IRRÉGULARITÉS DE L'AVIS DU CRRMP

En dehors des cas de maladies professionnelles visées par tableaux, la CPAM peut reconnaître le caractère professionnel d'une maladie hors tableau dans le cadre d'une procédure imposant notamment de requérir l'avis

du comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles. Le Code de la sécurité sociale prévoit, outre la procédure à suivre, la composition de ces comités régionaux qui doivent compter trois membres (*article D. 461-27 du Code de la sécurité sociale*).

Opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation affirme que l'irrégularité de la composition des comités régionaux, consultés dans le cadre de la reconnaissance d'une maladie professionnelle hors tableau, rend désormais inopposable à l'employeur la reconnaissance du caractère professionnel de la maladie par la CPAM (*Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 9 février 2017, n° 15-21.986, FS-PB*).

### CARACTÈRE PROFESSIONNEL D'UN ACCIDENT SURVENU DANS LA SALLE D'ATTENTE DU MÉDECIN DU TRAVAIL

Un salarié se rendant à une visite périodique décède dans la salle d'attente du médecin du travail. Pour écarter le caractère professionnel de l'accident, initialement reconnu par la CPAM, il avait été retenu que l'accident avait eu lieu en dehors des horaires habituels de travail et ne s'était pas produit sur le lieu de travail.

Cependant, pour la Cour de cassation, l'accident s'est produit dans le cadre d'une visite périodique inhérente à l'exécution du contrat de travail, de sorte que l'accident bénéficie de la présomption d'imputabilité (*Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 juillet 2017, n° 16-20.119, F-PB*).

### ACTION EN RECONNAISSANCE DE FAUTE INEXCUSABLE

Dans un arrêt du 9 février 2017, la Cour de cassation confirme une jurisprudence bien établie : l'action en reconnaissance de faute inexcusable ne peut être engagée qu'à l'encontre de l'employeur de la victime, soit, lorsque la victime est un intérimaire, à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire.

En l'espèce, la cour d'appel avait favorablement accueilli l'action d'un salarié à l'encontre de l'entreprise utilisatrice en retenant qu'il existait une confusion avérée entre l'entreprise utilisatrice et l'employeur. La cour avait également relevé que l'employeur n'avait d'activité qu'au travers de la société utilisatrice qui s'était substituée à l'employeur dans la direction du salarié sur le chantier au cours duquel l'accident est survenu.

Cependant, pour la Cour de cassation, ces motifs sont insuffisants à caractériser la qualité d'employeur et ne peuvent donc pas justifier la mise en cause de la société utilisatrice dans le cadre d'une action en faute inexcusable (*Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 9 février 2017, n° 15-24.037, F-PB*).

## PRÉJUDICE D'ANXIÉTÉ

Un salarié, même s'il est éligible à l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA), ne peut obtenir réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété, par une demande dirigée contre une société qui n'entre pas dans les prévisions de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998.

C'est le principe rappelé par la Cour de cassation dans une série d'arrêts qui concerne cette fois-ci les salariés d'une entreprise sous-traitante.

La Cour de cassation précise que même si les salariés avaient travaillé au titre du contrat de sous-traitance au sein d'un établissement inscrit sur la liste fixée par arrêté ministériel, cet établissement ne relevait pas de leur employeur et ne permettait donc pas la mise en cause de sa responsabilité (*Cass. soc.*, 11 janvier 2017, n° 15-50.080, FS-PB).

# 4. Gestion RH au quotidien

## 4.1. Requalification CDD et travail temporaire

### ABSENCE DE POURSUITE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Un salarié qui obtient la requalification de la succession de contrats de mission en contrat de travail à durée indéterminée ne peut prétendre à la poursuite de la relation de travail au-delà du terme de la mission de travail temporaire sur le fondement du droit à l'emploi.

En effet, en cas de requalification d'une succession de contrats de mission ou de contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la rupture des relations contractuelles au terme de la mission ou du CDD s'analyse en un licenciement, sans que le salarié puisse exiger la poursuite de la relation de travail ou sa réintégration dans l'entreprise, sauf texte prévoyant la nullité de la rupture ou en cas de violation d'une liberté fondamentale.

Or, le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au-delà de son terme en cas d'action en requalification en contrat à durée indéterminée.

La notice explicative de l'arrêt précise que le droit à l'emploi est un « *droit-créance* » qui doit être concilié avec d'autres droits ou principes constitutionnels tels que la liberté d'entreprendre qui fonde, pour l'employeur, le droit de recruter librement ou de licencier un salarié (*Cass. soc.*, 21 septembre 2017, n° 16-20.270 et n° 16-20.277, FS-PBRI).

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Il est à noter que dans la présente affaire, la relation de travail avait pris fin avant que la requalification en contrat de travail à durée indéterminée ne soit prononcée.

Dans une précédente décision en date du 8 mars 2017, la Cour de cassation a considéré que le risque de perte d'emploi, par l'effet de la survenance du terme du contrat de travail pendant la procédure de requalification, constitue un dommage imminent justifiant que le juge des référés ordonne la poursuite de la relation de travail, toujours en cours au moment où le juge des référés statue, pendant le temps de la procédure de requali-

### PÉRIODES INTERSTITIELLES

En cas de requalification d'une succession de CDD en contrat à durée indéterminée, le salarié est en droit de prétendre à des rappels de salaires au titre des périodes dites « *interstitielles* » dès lors qu'il démontre qu'il s'est tenu à la disposition de son employeur pendant ces périodes.

Confirmant sa jurisprudence, la Cour de cassation vient rappeler qu'il n'y a pas lieu de déduire du montant de ces rappels de salaire les indemnités chômage perçues par le salarié au cours des périodes interstitielles (*Cass. soc.*, 9 juin 2017, n° 16-17.634, *Inédit*).

## 4.2. Contrat de travail

### CLAUSES

#### CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

Une clause de non-concurrence peut-elle prévoir que sa durée d'application est réduite en cas de départ à la retraite? La Cour de cassation répond par la négative et confirme sa jurisprudence selon laquelle la minoration par les parties de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence en fonction du mode de rupture du contrat de travail doit être réputée non écrite (*Cass. soc.*, 27 septembre 2017, n° 16-17.516, F-D).

## L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La solution de principe de la Haute Juridiction en matière de minoration des clauses de non-concurrence est transposable aux clauses d'origine conventionnelle (solution confirmée par un arrêt de la Cour de cassation concernant les dispositions de la convention collective de l'industrie textile : *Cass. soc.*, 14 avril 2016, n° 14-29.679) et devrait donc faire échec aux dispositions de nombreuses conventions collectives qui prévoient une variation de la contrepartie financière selon l'auteur ou le mode de rupture du contrat de travail (par exemple, celle des ingénieurs et cadres de la métallurgie).

## CLAUSE DE MOBILITÉ

La mutation imposée par l'employeur à un salarié, en application d'une clause de mobilité figurant dans le contrat de travail et afin de se mettre en conformité avec les réserves et préconisations du médecin du travail, ne constitue pas un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé.

Dès lors, le licenciement prononcé en raison du refus de mutation sur un poste compatible avec l'avis du médecin du travail n'est pas discriminatoire (*Cass. soc.*, 26 avril 2017, n° 14-29.089, FS-PB).

## CLAUSES D'INDIVISIBILITÉ

Il est d'usage de prévoir des clauses d'indivisibilité dans les contrats de couple de gardiens d'immeubles. Après avoir encadré la validité de ces clauses pour les contrats à durée indéterminée, la Cour de cassation précise que ces dernières sont incompatibles avec les dispositions d'ordre public qui fixent de manière exhaustive les cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée.

En conséquence, la clause d'indivisibilité ne permet pas à l'employeur de rompre de manière anticipée le contrat à durée déterminée du conjoint, sauf à justifier de l'un des motifs expressément visés par le législateur (*Cass. soc.*, 5 juillet 2017, n° 16-17.690, FS-PB).

## PROMESSE D'EMBAUCHE

L'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de l'employeur de n'être lié qu'en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. La rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur.

En revanche, la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. En conséquence, la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis.

En conséquence, l'offre et la promesse d'embauche ne se distinguent plus par leur seul contenu mais par l'engagement de l'employeur, selon que ce dernier a exprimé sa volonté de conclure un contrat de travail (offre) ou a déjà donné son engagement et laisse au bénéficiaire le choix d'accepter ou non le contrat (promesse). Seul le consentement du bénéficiaire étant alors nécessaire en cas de promesse pour que le contrat de travail soit définitivement formé.

Dans l'espèce ayant donné lieu aux deux arrêts de principe, la Chambre sociale a censuré les juges du fond, lesquels n'ont pas constaté le droit offert aux intéressés d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que leurs consentements, permettant ainsi de caractériser l'existence d'une promesse unilatérale de contrat engageant l'employeur et non une simple offre de contrat de travail (*Cass. soc.*, 21 septembre 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104, FS-PBRI).

## UTILISATION DE LA LANGUE ANGLAISE

Aux termes de l'article L. 1321-6 du Code du travail, « le règlement intérieur est rédigé en français. Il peut être accompagné de traductions en une ou plusieurs langues étrangères. Il en va de même pour tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail ».

La Cour de cassation considère traditionnellement que les documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable contractuelle doivent être rédigés en français, sous peine d'inopposabilité au salarié (*Cass. soc.*, 29 juin 2011, n° 09-67.492; *Cass. soc.*, 2 avril 2014, n° 12-30.191).

La Chambre sociale introduit une certaine souplesse en considérant comme opposable au salarié la notification d'objectifs rédigés en anglais, dès lors qu'une traduction en français a rapidement été diffusée sur le site intranet de l'employeur (*Cass. soc.*, 21 septembre 2017, n° 16-20.426, FS-PB).

### 4.3. Prime de panier

Par un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation pose le principe qu'une prime de panier ayant pour objet de compenser forfaitairement le surcoût du repas lié à l'organisation du travail constitue un remboursement de frais et non un complément de salaire.

De la même façon, l'indemnité de transport indemnisant les salariés des frais de déplacement entre leur domicile et leur lieu de travail, constitue, nonobstant son caractère forfaitaire et le fait que son versement ne soit soumis à la production d'aucun justificatif, un remboursement de frais et non un complément de salaire. L'indemnité n'entre donc pas dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés ni dans celle du maintien de salaire pour maladie (*Cass. soc.*, 11 janvier 2017, n° 15-23.341, FP-PBRI).

### 4.4. Rupture du contrat de travail

#### PROCÉDURE DISCIPLINAIRE ET PROCÉDURE PÉNALE

Saisie de la question de l'articulation entre une procédure disciplinaire et une procédure pénale, la Cour de cassation considère que ces procédures sont indépendantes. En conséquence, l'employeur est libre de sanctionner, voire de licencier un salarié, peu important la présomption d'innocence qui était en l'espèce invoquée par le salarié. En effet, la présomption d'innocence ne pourrait être invoquée qu'en cas de poursuites pénales, ce qui n'était pas le cas soumis à la Cour, le salarié ayant simplement fait l'objet d'une audition (*Cass. soc.*, 13 décembre 2017, n° 16-17.193, FS-PB).

#### INCIDENCE D'UN ARRÊT DE TRAVAIL SUR LE CALCUL DE L'INDEMNITÉ DE LICENCIEMENT

La Cour de cassation a tranché une question récurrente portant sur les salaires à prendre en compte dans la détermination du montant de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

Le salaire de référence à prendre en considération est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celui des douze ou des trois derniers mois précédant le licenciement. Mais qu'en est-il lorsqu'au cours de la période de référence, le contrat du salarié a été suspendu pour maladie ?

Au visa de l'article L. 1132-1 du Code du travail, portant sur le principe de non-discrimination, la Cour de cassation retient que le salaire de référence à prendre en considération doit être calculé sur la période précédant l'arrêt de travail pour la maladie (*Cass. soc.*, 23 mai 2017, n° 15-22.223, FS-PBRI).

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Le principe est donc clairement posé et s'applique aux indemnités légales et conventionnelles.

Cependant, certaines interrogations subsistent : est-ce que les dispositions d'une convention collective seront d'office écartées si elles ne sont pas plus favorables que le principe évoqué s'agissant du salaire de référence, et ce même si elles sont plus favorables s'agissant du taux ou du mode de calcul de l'indemnité ? De la même manière, qu'en sera-t-il des salariés licenciés à la suite d'un mi-temps thérapeutique ou d'un congé parental ? La question reste ouverte.

### 4.5. Sécurité sociale

#### PRISE EN CHARGE PAR L'EMPLOYEUR DES AMENDES

La Chambre sociale précise, pour la première fois, que la prise en charge par l'employeur des amendes réprimant une contravention au Code de la route commise par un salarié constitue un avantage soumis à contributions et cotisations sociales en application de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale (*Cass. 2<sup>ème</sup> civ.*, 9 mars 2017, n° 15-27.538, F-PBI).

#### CADEAUX ET BONS D'ACHAT ALLOUÉS AUX SALARIÉS

Dans la lignée de sa jurisprudence constante, la Cour de cassation vient une nouvelle fois affirmer qu'en principe tous les avantages accordés au salarié, y compris au titre d'activités sociales et culturelles du comité d'entreprise, sont soumis à cotisations.

En l'espèce, il s'agissait de bons d'achat et de cadeaux pour lesquels aucune cotisation et contribution sociale n'avait été payée en application d'une circulaire Acoess et une lettre ministérielle posant une présomption de non-assujettissement.

La Cour de cassation indique que cette circulaire et cette lettre ministérielle sont dépourvues de toute portée normative et considère que ces avantages auraient dû être soumis à cotisations et contributions sociales.

À noter : la circulaire et la lettre ministérielle n'avaient pas été publiées conformément à l'article L. 243-6-2 du Code de la sécurité sociale, ne permettant pas à l'employeur d'invoquer leur opposabilité (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 30 mars 2017, n° 15-25.453, F-PB).

## RÉGIME SOCIAL DES SOMMES VERSÉES À L'OCCASION DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

### INCIDENCE DE L'ABSENCE SUR LES LIMITES D'EXONÉRATION

Les sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail sont exclues de l'assiette des cotisations de sécurité sociale dans la limite de deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale, et ce à hauteur du plus élevé des trois montants suivants : totalité du montant de l'indemnité légale ou conventionnelle, 50 % du montant de l'indemnité perçue ou deux fois le montant de la rémunération brute annuelle perçue l'année précédant la rupture.

La Cour de cassation, pour la première fois, précise que l'exonération des sommes versées au titre de la rupture du contrat de travail, en l'espèce une indemnité spécifique de rupture conventionnelle, est déterminée en fonction de la rémunération effectivement perçue lors de la période de référence, et non en fonction d'un salaire théorique reconstitué.

Ainsi, en cas d'absence, en l'espèce un congé maternité suivi d'un congé parental, l'employeur ne peut procéder à une reconstitution de la rémunération théorique mais doit uniquement prendre en compte les sommes effectivement perçues sur la période de référence (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 septembre 2017, n° 16-20.580).

### INDEMNITÉ EN CAS DE RUPTURE ANTICIPÉE DU CDD

Les sommes accordées, même à titre transactionnel, en cas de rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée sont soumises à charges sociales puisqu'elles ne sont pas au nombre de celles limitativement énumérées par l'article 80 *duodecies* du Code général des impôts auquel renvoie l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale qui liste les indemnités exonérées.

La Cour de cassation confirme ainsi sa jurisprudence selon laquelle l'indemnité transactionnelle versée à l'occasion de la rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée ne bénéficie pas du régime fiscal et social de l'indemnité transactionnelle consécutive à un licenciement (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 juillet 2017, n° 16-17.959, FS-PB).

## 4.6. Mobilité internationale

### DÉTACHEMENT DE SALARIÉS

#### ATTESTATION A1

De jurisprudence constante, la CJUE considère que le certificat E101 (devenu A1), émis dans le cadre du détachement d'un salarié d'un État membre dans un autre et portant maintien du régime de sécurité sociale du pays d'origine du salarié, a force obligatoire à l'égard des administrations et juridictions du pays dans lequel le salarié détaché exerce son activité.

La Cour de Justice, saisie en l'espèce d'une question préjudicielle par la Cour de cassation française dans le cadre d'un contentieux portant sur un redressement URSSAF, confirme à nouveau sa jurisprudence et confère donc à l'attestation A1 force probante, et ce, même si les conditions posées par l'article 14 du règlement européen n° 1408/71 sur la coordination des régimes de sécurité sociale n'étaient manifestement pas remplies.

Néanmoins, la CJUE vient préciser que l'institution émettrice de l'attestation peut la retirer ou l'annuler dès lors que l'institution du pays d'accueil émet des réserves sur la situation ayant conduit à délivrer l'attestation. La Cour précise également les modes de résolution des conflits existants entre les institutions si ces dernières ne devaient pas trouver d'accord sur l'attestation émise (CJUE, 1<sup>ère</sup> chambre, 27 avril 2017, aff. C-620/15).

La Cour de cassation, qui avait posé la question préjudicielle susvisée, fait application de la réponse apportée. L'Assemblée plénière a ainsi censuré la décision de la cour d'appel qui avait, pour valider le redressement URSSAF, écarté les certificats A1 obtenus par les salariés détachés (Cass. Ass. Plén., 22 décembre 2017, n° 13-25.467, PBRI).

Dans les prochains mois, la position de la CJUE pourrait être amenée à évoluer dans les cas de fraude, la Cour étant saisie d'une question préjudicielle sur ce sujet.

#### VALIDATION DE LA CLAUSE D'INTERPRÉTARIAT

Saisi d'une demande d'annulation d'une procédure de passation d'un marché public en raison d'une clause imposant aux entreprises candidates de prévoir le recours à un interprète, le Conseil d'État valide la procédure en relevant que la clause d'interprétariat, qui vise à informer les travailleurs de leurs droits sociaux et à protéger leur sécurité et leur santé sur les chantiers, permet d'atteindre un objectif d'intérêt général sans aller au-delà de ce qui est nécessaire et sans occasionner de coûts excessifs au titulaire du marché (Conseil d'État, 4 décembre 2017, n° 413366).

Cette clause ne doit pas être confondue avec la clause dite « Molière » qui vise à imposer l'usage exclusif de la langue française sur les chantiers et dont l'objet est en réalité d'exclure les travailleurs détachés et de favoriser les entreprises régionales en méconnaissance des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats (TA Lyon, 13 décembre 2017, n° 1704697).

#### REPRÉSENTANT EN FRANCE

L'article L. 243-1-2 du Code du travail prévoit que lorsqu'une entreprise ne comporte pas d'établissement en France, elle peut remplir ses obligations déclaratives et de versement des contributions et cotisations sociales en désignant à cet effet un mandataire résidant en France.

Saisie de la question de l'interprétation de cette disposition, la Cour de cassation vient préciser que le mandataire visé par cette disposition ne peut pas être un salarié de l'entreprise et que la convention conclue en violation de cette interprétation est nulle.

En conséquence, l'URSSAF ne peut réclamer le paiement des contributions et cotisations sociales au salarié désigné par l'entreprise (Cass. 2<sup>ème</sup> civ, 9 février 2017, n° 16-10.796, F-PBI).

## 5. Droit pénal du travail et contentieux

### 5.1. Droit pénal du travail

#### DÉLIT D'OBSTACLE

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le délit d'obstacle à l'exercice des fonctions de l'inspecteur du travail est caractérisé, sans porter atteinte au droit de l'employeur à ne pas s'auto-incriminer, dès lors que l'employeur communique à l'agent de contrôle des documents qui ne permettent pas de connaître la réalité des heures supplémentaires ou complémentaires réalisées par les salariés.

Le délit est caractérisé même en l'absence de toute infraction constatée dans la mesure où les informations ont été dissimulées ou ont volontairement été

fournies de manière incomplète à la suite du contrôle de l'inspecteur du travail, cette dissimulation d'informations par l'employeur ayant précisément pour effet d'en empêcher le constat (Cass. crim., 25 avril 2017, n° 16-81.793, FS-PB).

#### DÉLÉGATION DE POUVOIR

Selon l'article 121-1 du Code pénal, les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

La Cour de cassation a précisé à plusieurs reprises qu'il était nécessaire d'identifier l'organe ou le représentant qui a commis une infraction à l'origine du dommage pour engager la responsabilité de la personne morale. Tel est le cas lorsque le représentant légal, qui n'a pas établi de délégation de pouvoir, n'a pas veillé au respect des règles de sécurité, et ce même s'il n'était pas présent sur le site au moment où s'est produit l'accident (Cass. crim., 31 octobre 2017, n° 16-83.683, FS-PB).

#### PRISE EN CHARGE DES FRAIS DE DÉFENSE DU SALARIÉ

La Chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé sa jurisprudence selon laquelle lorsqu'un salarié est poursuivi pénalement pour des faits commis dans le cadre de son activité professionnelle en agissant pour mener à bien une opération souhaitée par son employeur sans avoir abusé de ses fonctions à des fins personnelles, les frais d'avocat doivent être supportés par l'employeur.

En l'espèce, le salarié poursuivi pénalement avait finalement été relaxé du chef de complicité d'abus de biens sociaux par le tribunal correctionnel. Il importe seulement de déterminer si les frais occasionnés ont été engagés pour des faits commis dans l'exécution du contrat de travail du salarié, la culpabilité ou non du salarié n'impliquant pas nécessairement qu'il ait commis un acte étranger à l'exercice de ses fonctions (Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 15-13.702, FS-PB).

### 5.2. Contentieux

#### PREUVE DU PRÉJUDICE SUBI PAR LE SALARIÉ

Par un arrêt important du 13 avril 2016 (Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28.293), confirmé depuis, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en considérant que le salarié ne peut être indemnisé en cas de faute de l'employeur que s'il démontre l'existence d'un préjudice.



Dans un arrêt rendu le 13 septembre 2017, largement publié, la Cour de cassation pose une première limite à sa nouvelle jurisprudence et réaffirme ainsi une solution constante: la perte injustifiée de son emploi cause nécessairement un préjudice au salarié dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue.

En revanche, en ce qui concerne la demande de dommages et intérêts du salarié pour irrégularité de la procédure, la Cour de cassation confirme son revirement de jurisprudence (Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15.16.066), en subordonnant l'octroi de dommages et intérêts à la justification par le salarié de l'existence d'un préjudice (Cass. soc., 13 septembre 2017, n° 16-13.578, FP-PBRI).

#### CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a modifié l'article L. 1235-5 du Code du travail, en instituant un barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse qui s'impose au juge. En instituant des planchers d'indemnisation, la loi reconnaît la présomption d'existence d'un préjudice dès lors que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

#### RESPONSABILITÉ PÉCUNIAIRE DU SALARIÉ

La Cour de cassation rappelle sa jurisprudence selon laquelle la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que d'une faute lourde et non pas d'une faute grave.

La Haute Juridiction apporte toutefois une précision non dénuée d'intérêt pratique: elle relève que la cour d'appel n'avait « pas retenu l'existence de faits, distincts de ceux visés par la lettre de licenciement, susceptibles de caractériser une faute lourde » et semble ainsi permettre d'engager la responsabilité pécuniaire du salarié pour des faits distincts de ceux qui ont justifié le licenciement pour faute grave (Cass. soc., 25 janvier 2017, n° 14-26.071, FS-PB).

#### SURVEILLANCE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, est venue préciser sa jurisprudence relative à la surveillance de la messagerie professionnelle des salariés.

Ainsi, la CEDH considère que l'employeur, bien qu'en droit de surveiller les communications électroniques des salariés, doit néanmoins respecter plusieurs gardes

fous tenant à l'information préalable des salariés, la limitation de l'étendue des surveillances (distinction entre la surveillance des flux de communication et de leur contenu bien plus intrusif), la justification de la surveillance pour des motifs légitimes et strictement nécessaires à l'objectif poursuivi et l'existence de garanties visant à empêcher l'employeur d'accéder au contenu des communications sans que le salarié en ait été averti au préalable (CEDH, Grande Chambre, 5 septembre 2017, n° 61496/08, Barbulescu c. Roumanie).

#### LICÉITÉ DE LA PREUVE ISSUE DE LA MESSAGERIE ÉLECTRONIQUE

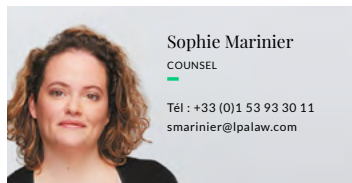
Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'absence de déclaration à la CNIL d'un traitement automatisé susceptible de porter atteinte à la vie privée des salariés (comme un dispositif de contrôle individuel des salariés nécessitant donc une déclaration normale) rend illicite le moyen de preuve issu des informations collectées par un tel dispositif.

Dans un arrêt rendu le 1<sup>er</sup> juin 2017, la Cour de cassation s'est prononcée cette fois sur le moyen de preuve collecté d'une messagerie professionnelle dont le traitement de données ne nécessite qu'une déclaration simplifiée auprès de la CNIL. Elle considère que l'absence de déclaration simplifiée d'un système de messagerie électronique professionnelle non pourvu d'un contrôle individuel de l'activité des salariés, qui ne porte donc pas atteinte à la vie privée des salariés, ne rend pas illicite la production en justice des courriels adressés par l'employeur ou par le salarié.

En outre, la Cour de cassation précise dans son attendu que l'auteur des courriels « ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés et conservés par le système informatique ». Cette solution est donc à rapprocher de la jurisprudence en matière de SMS (Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209), dont la production en justice est considérée comme licite dès lors que « l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur » (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 15-23.522, FS-PB).



# Notre équipe en droit social



Ont participé à la rédaction de cette brochure, sous la direction de Karine Bézille, les collaborateurs du département : Rudy Jourdan, Sophie Marinier, Léa Beuvelet, Guillaume Cœurdevey, Jean-Loup Fournié, Amar Lasfer, Sarah Malouche-Bigio, Ilham Mostadi, Charlotte Pietri et Charlotte Sicsic.

*Cette brochure fournit des informations de caractère général et ne constitue en aucune mesure des conseils et/ou avis juridiques.*

