

Nous vous proposons de retrouver régulièrement une sélection de l'actualité légale et jurisprudentielle en droit social.

#### > **TEXTES**

#### **Nouvelles précisions réglementaires concernant le Comité Social et Economique (CSE)**

Deux décrets précisant les modalités de fonctionnement du CSE sont parus au journal officiel le 28 octobre 2018:

Concernant la limitation à 3 mandats successifs en qualité de membre du CSE, le nouvel article R.2314-26 du Code du travail précise que les stipulations du protocole d'accord préélectoral qui dérogeraient à cette limitation sont à durée indéterminée, sauf stipulations contraires.

Ces nouvelles dispositions sont applicables aux protocoles préélectoraux conclus à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2019 (*Décret n°2018-920 du 26 octobre 2018*).

Concernant le transfert de reliquat du budget de fonctionnement du CSE vers le budget des activités sociales et culturelles, celui-ci est limité à 10% de l'excédent annuel du budget de fonctionnement du CSE (*Décret n°2018-920 du 26 octobre 2018*).

Concernant le nombre maximum de membres pouvant siéger au Comité de Groupe, lorsque moins de 15 entreprises du groupe sont dotées d'un CSE, le nombre de membre du Comité de groupe ne peut être supérieur au double du nombre de ces entreprises. Le décret précise que pour apprécier cette règle il convient de tenir compte uniquement des CSE ayant des compétences élargies, c'est-à-dire ceux instaurés dans des entreprises ayant au moins 50 salariés. (*Décret n°2018-921 du 26 octobre 2018*).

#### **Deux mesures phares de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel (publiée au JO du 6 septembre 2018)**

##### **1/ Renforcement de l'information et de l'accompagnement des salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel**

Le nouvel article L. 1153-5 du Code du travail impose une nouvelle obligation d'affichage, dans les lieux de travail et dans les locaux où se fait l'embauche, portant sur les actions contentieuses civiles et pénales ouvertes en matière de harcèlement sexuel et les coordonnées

des autorités et services compétents (ces derniers seront précisés par le décret à paraître, il s'agirait vraisemblablement de la médecine du travail, du Défenseur des droits et de l'inspection du travail selon l'étude d'impact). Cette obligation s'ajoute à celle préexistante figurant à l'article L. 1153-5 du Code du travail qui prévoit l'information par tout moyen de l'article 222-33 du Code pénal dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche.

En outre, le législateur impose la désignation, au sein des entreprises d'au moins 250 salariés, d'un référent par l'employeur chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes. Le comité social et économique devra également désigner un référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes parmi ses membres pour une durée prenant fin avec celle du mandat des membres élus.

Ces obligations entreront en vigueur à une date fixée par décret (non publié à ce jour) et au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

##### **2/ Des mesures complémentaires relatives à l'égalité professionnelle**

La loi impose notamment aux employeurs d'au moins 50 salariés de publier chaque année des indicateurs relatifs, d'une part, aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et, d'autre part, aux actions visant à les supprimer.

Dans l'hypothèse où ces indicateurs seraient en deçà d'un niveau déterminé par décret (à paraître mi-décembre), la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle devra également porter sur les mesures de correction et, le cas échéant, un plan de rattrapage salarial entre les femmes et les hommes. A défaut d'accord prévoyant de telles mesures, celles-ci seront déterminées par décision unilatérale de l'employeur après consultation du comité social et économique.

Le défaut de publication des indicateurs ou de couverture par un accord ou une décision unilatérale portant sur les mesures correctives ou de rattrapage salarial sera sanctionné par la pénalité financière applicable en cas de défaut d'accord ou de plan d'action sur l'égalité professionnelle (article L. 2242-8 du Code du travail), selon des modalités à définir par décret.

En tout état de cause, les entreprises dont les indicateurs seraient en dessous du niveau fixé par décret, disposeront d'un délai de trois ans pour se mettre en conformité. A l'expiration de ce délai, si le niveau n'est toujours pas atteint, l'employeur risque une pénalité financière dont le montant sera fixé par l'administration (au maximum 1% des rémunérations versées au cours de l'année civile précédant l'expiration du délai de 3 ans).

Ces dispositions entreront en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2019 dans les entreprises de plus de 250 salariés et au 1<sup>er</sup> janvier 2020 pour les entreprises de 50 à 250 salariés (*La loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 « pour la liberté de choisir son avenir professionnel »*).

## > **JURISPRUDENCE**

### **Portée de l'obligation de consultation sur les orientations stratégiques sur la mise en œuvre d'un projet ponctuel de réorganisation**

Par un arrêt rendu le 3 mai 2018, la Cour d'appel de Paris se prononce sur l'articulation entre la consultation sur les orientations stratégiques et celle portant sur un projet de réorganisation.

La Cour d'appel de Paris estime que la consultation sur les orientations stratégiques est indépendante de toute consultation portant sur un projet ponctuel de réorganisation.

La Cour d'appel rappelle d'une part que la consultation sur les orientations stratégiques porte sur des orientations générales par nature. Aussi un projet ponctuel de réorganisation d'un service n'est pas la déclinaison d'une mesure d'orientations stratégiques. D'autre part, elle souligne l'absence de primauté ou de hiérarchisation entre la consultation sur les orientations stratégiques et la consultation devant être réalisée à l'occasion d'un projet ponctuel. (*CA Paris 3-5-2018 n° 17/09307*)

Il est à noter que le Tribunal de grande instance de Nanterre dans une ordonnance rendue le 30 mai 2018 avait statué en sens inverse, estimant que le plan de sauvegarde de l'emploi était une mesure d'orientation stratégique dont la mise en œuvre ne pouvait avoir lieu tant que la consultation sur les orientations stratégiques n'était pas achevée. (*TGI Nanterre, référé, 30 mai 2018 n°18/00552*)

Cette ordonnance a été infirmée par la Cour d'appel de Versailles mais uniquement au motif que cette question relevait du bloc de compétence administrative dans la mesure où il s'agissait d'une contestation portant sur la régularité de la consultation sur le PSE. (*CA Versailles, 14<sup>e</sup> Chambre, 12 juillet 2018 n°18/04069*)

### **Prohibition du vote par substitution lors d'un scrutin électronique**

La Cour de cassation rappelle le principe selon lequel le recours au vote électronique pour les élections

professionnelles ne permet pas de déroger aux principes généraux du droit électoral. L'exercice personnel du droit de vote constitue un principe général du droit électoral auquel seul le législateur peut déroger.

Par conséquent, le seul constat de la violation d'un tel principe suffit à entraîner l'annulation des élections, peu importe que cette violation ait eu, ou non, une influence sur les résultats du scrutin.

Cette position bien que cohérente avec l'interdiction du vote par procuration lors des élections professionnelles (*Cass. soc., 3 juillet 1984, n°83-61.173*) pourrait permettre à tout intéressé (employeur, candidat, syndicat, électeur) d'obtenir une telle annulation au moyen, par exemple, d'une simple attestation d'un électeur.

Il convient de noter que cette position est transposable au comité social et économique. (*Cass. soc., 3 octobre 2018, n°17-29.022, F-PB*)

### **Toute organisation syndicale ayant vocation à participer au processus électoral peut agir en nullité des élections**

Par un arrêt du 20 septembre 2018, la Cour de cassation considère désormais qu'une organisation syndicale ayant vocation à participer au processus électoral a nécessairement intérêt à agir en contestation de la régularité des élections, peu important qu'elle ait ou non des adhérents dans l'entreprise.

La Cour de cassation semble donc revenir sur sa jurisprudence antérieure selon laquelle tout syndicat, non représentatif dans l'entreprise, a intérêt à agir en nullité des élections sous réserve d'avoir des adhérents au sein de l'entreprise. (*Cass. soc., 12 juillet 2006, n°05-60.353*)

Ainsi, pour agir en nullité du processus électoral un syndicat doit uniquement avoir vocation à participer au processus électoral et n'a pas l'obligation d'y participer effectivement.

Par conséquent, les organisations syndicales listées à l'article L. 2314-5 du Code du travail (les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement ; les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement ; les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ; les organisations syndicales satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins 2 ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés) ont donc nécessairement intérêt à agir en annulation des élections alors même que ces dernières n'auraient pas d'adhérents dans l'entreprise. Il convient de préciser que cette position est transposable au comité social et économique. (*Cass. soc., 20 septembre 2018, n°17-26.226, F-PB*)

## La prise en charge des frais de déplacement des élus aux réunions des commissions internes du CE

En l'absence de dispositions légales encadrant la prise en charge des frais de déplacement des élus, la jurisprudence s'est employée à préciser le régime applicable.

Ainsi, les frais engagés par les élus pour se rendre aux réunions organisées à l'initiative de l'employeur ou à la demande de la majorité des membres du comité sont pris en charge par l'employeur sur le fondement du principe selon lequel un représentant du personnel ne doit subir aucune perte de rémunération liée à l'exercice de son mandat.

Par une décision rendue le 17 octobre 2018, la Cour de cassation précise que l'employeur n'est tenu de prendre en charge que les frais exposés pour se rendre aux réunions légalement obligatoires des commissions ou à celles organisées à l'initiative de l'employeur et exclut ainsi la prise en charge pour les commissions internes. (Cass. soc., 17 octobre 2018, n°17-13.256)

Il convient de noter que cette décision est transposable au CSE.

## Heures de délégation

Par une décision rendue le 19 septembre 2018, la Cour de cassation précise le régime applicable au temps passé, par les représentants d'une organisation syndicale assistant, sur leur demande, aux réunions des délégués du personnel organisées par l'employeur.

En l'absence de dispositions légales sur le régime applicable à ce temps, la Cour de cassation, qui se prononce pour la première fois sur cette question, affirme que le temps passé par le délégué syndical à l'assistance des délégués du personnel s'impute sur le crédit d'heures du délégué syndical, sauf accord contraire conclu avec l'employeur.

A noter que cette précision de la Cour de cassation intervient alors que les délégués du personnel et la possibilité qu'ils avaient de se faire assister par le représentant d'une organisation syndicale disparaît avec la mise en place du CSE au plus tard au 31 décembre 2019. (Cass. soc., 19 septembre 2018, n°17-11.715)

## Il ne peut y avoir promesse d'embauche unilatérale tant que des pourparlers sur la détermination de la part variable de la rémunération sont en cours

Par un arrêt en date du 26 septembre 2018, la Cour de cassation précise les contours de la notion de promesse unilatérale d'embauche, laquelle, pour former le contrat de travail ne nécessite que le consentement du candidat, et dont la révocation s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La Cour considère ainsi que la proposition d'embauche mentionnant la date d'entrée en fonction, l'emploi et la rémunération annuelle brute ne s'analyse pas en une promesse unilatérale d'embauche valant contrat de travail dès lors que des pourparlers concernant la détermination de la part variable de la rémunération se sont poursuivis postérieurement à la proposition.

Pour la Haute Juridiction, une telle proposition d'embauche s'analyse en une simple offre de contrat de travail pouvant être rétractée et dans ce cas donner lieu uniquement à d'éventuels dommages et intérêts. (Cass. soc., 26 septembre 2018, n°17-18.560).

## Application de la clause de non concurrence en cas de mutation intragroupe

Par un arrêt en date du 12 septembre 2018, la Cour de cassation précise qu'en cas de succession de contrats de travail conclus avec des sociétés exerçant des activités similaires mais appartenant au même groupe économique, la clause de non-concurrence ne s'applique pas durant la période au cours de laquelle le salarié a exercé son activité au sein de la deuxième entreprise.

La Cour de cassation confirme ainsi sa jurisprudence antérieure (Cass. soc., 29 janvier 2014, n°12-22.116 FS-PB) en estimant que la clause de non concurrence n'est pas applicable au salarié quittant une entreprise pour une autre dès lors que, d'une part, les deux entreprises ne sont pas en situation réelle de concurrence, mais appartiennent au même groupe économique et, d'autre part, que la mutation est le résultat d'une entente entre les employeurs.

Toutefois, elle opère un revirement en écartant la suspension de la clause durant sa période d'inapplicabilité. En effet, elle précise que la clause reprend ses effets normaux à partir du moment où le contrat de travail avec le second employeur est rompu, sans que le délai soit allongé ou reporté.

La réactivation de la clause n'est donc possible que si son délai contractuel d'application est toujours en cours lors de la rupture du second contrat, ce qui sera rarement le cas au-delà d'une durée de 24 mois. (Cass. soc., 12 septembre 2018, n°17-10.853, FS-PB)

## Régime social de l'indemnité transactionnelle

La Cour de cassation confirme que les sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail qui ne sont pas énumérées par l'article 80 duodecies du Code général des impôts sont comprises dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale, à moins que l'employeur ne rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice autre que celui qui résulte de la rupture. (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 mars 2018, n°17-10.325 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 juin 2018, n° 17-19.773 et 17-19.671 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 juillet 2018, n°17-23.345, F-D)

## Réseaux sociaux et liberté d'expression du salarié

Par une décision en date du 12 septembre 2018, la Cour de cassation considère que des propos diffusés sur Facebook dont l'accès est réservé à un nombre limité de personnes agréées par le titulaire du compte ont la nature d'une conversation privée.

Elle estime donc, en accord avec la Cour d'appel de Paris, que le fait de tenir des propos injurieux sur Facebook ne justifie pas en soi un licenciement dès lors que l'accès aux propos a été restreint aux seules personnes agréées par le titulaire du compte et que ces personnes sont en nombre limité.

Ainsi, l'employeur ne peut se prévaloir de propos injurieux, offensant ou excessif du salarié dont il aurait eu connaissance pour le sanctionner, dès lors qu'ils sont tenus dans le cadre d'une conversation privée sur Facebook. (Cass. soc., 12 septembre 2018, n°16-11.690, FS-PB)

Cette position est conforme à la position de la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 20 décembre 2017, n°16-19.609, F-D) qui a considéré qu'un mur Facebook « fermé » était un espace privé de telle sorte que l'employeur ne pouvait accéder aux informations tirées du compte de l'un de ses salariés, ni les produire en justice. Il en va différemment si la page est en accès libre.

L'équipe Droit Social de LPA-CGR avocats se tient à votre disposition si vous souhaitez des informations complémentaires.



### Alexandre Bensoussan

AVOCAT-ASSOCIE

BARREAU DE PARIS

T : +33 (0)1 53 93 30 00

Mail : abensoussan@lpacgr.com



### Karine Bézille

AVOCAT-ASSOCIE

BARREAU DE PARIS

T : +33 (0)1 53 93 30 19

Mail : kbezille@lpalaw.com



### Françoise Pelletier

AVOCAT-ASSOCIE

BARREAU DE PARIS

T : +33 (0)1 53 93 30 11

Mail : fpelletier@lpalaw.com