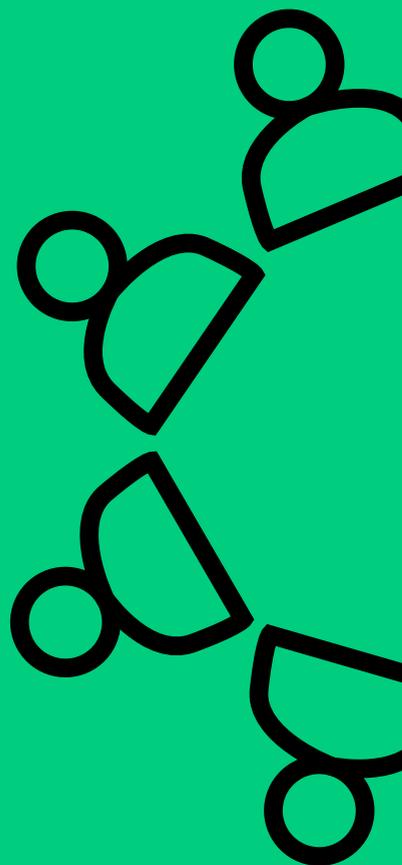


Actualité sociale

ÉDITION 2019



LPA-CGR avocats

Édito

Après les réformes majeures du droit du travail des trois dernières années (les lois Rebsamen et Macron en 2015, la loi El Khomri en 2016, les ordonnances Macron en 2017), l'année 2018 apparaîtrait presque comme une pause !

Cette vision est bien sûr inexacte : loi Avenir professionnel, projet de loi PACTE, entrée en vigueur du RGPD, mise en place du PAS, mesures d'urgence économiques et sociales, etc. Et pour 2019 : négociation d'une nouvelle convention d'assurance chômage, négociation et loi sur la santé au travail, réforme des retraites...

Au milieu de cette effervescence législative, comme chaque année, notre brochure Actualité sociale retrace les arrêts marquants de l'année écoulée et les met en écho avec la riche actualité législative.

Bonne lecture !

Le département social de LPA-CGR avocats

www.lpalaw.com

Sommaire

1. Relations sociales, négociation collective et temps de travail _____ 4

- 1.1. Mise en place des institutions représentatives du personnel _____ 4
- 1.2. Élections professionnelles _____ 4
- 1.3. Comité d'entreprise / CSE _____ 6
- 1.4. Unité économique et sociale (UES) _____ 8
- 1.5. Droit syndical _____ 8
- 1.6. Protection des représentants du personnel _____ 9
- 1.7. Durée du travail _____ 9
- 1.8. Égalité de traitement _____ 10

2. Restructurations _____ 11

- 2.1. Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) _____ 11
- 2.2. Responsabilité civile délictuelle de la société mère _____ 15
- 2.3. Transfert d'entreprise _____ 16

3. Santé et sécurité _____ 16

- 3.1. Expertise CHSCT _____ 16
- 3.2. Obligation de sécurité _____ 17
- 3.3. Inaptitude _____ 18
- 3.4. AT/MP - Faute inexcusable _____ 18
- 3.5. Protection de la maternité _____ 19
- 3.6. Service de santé au travail interentreprises (SSTI) _____ 20

4. Gestion RH au quotidien _____ 20

- 4.1. Qualification du contrat de travail _____ 20
- 4.2. Clauses du contrat de travail _____ 21
- 4.3. Requalification CDD _____ 23
- 4.4. CDI intérimaire _____ 24
- 4.5. Rupture du contrat de travail _____ 24
- 4.6. Sécurité sociale _____ 26
- 4.7. Mobilité internationale _____ 27
- 4.8. Participation, intéressement _____ 28

5. Droit pénal du travail et contentieux _____ 28

- 5.1. Droit pénal du travail _____ 28
- 5.2. Contentieux _____ 29

1. Relations sociales, négociation collective et temps de travail

1.1. Mise en place des institutions représentatives du personnel

DÉTERMINATION DES ÉTABLISSEMENTS DISTINCTS EN VUE DE LA MISE EN PLACE DU CSE

Par une décision en date du 19 décembre 2018, la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur la mise en œuvre des dispositions relatives à la détermination des établissements distincts, issues de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, à l'occasion d'un litige portant sur la contestation de la décision de la Direccte fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts au sens du CSE.

La Cour de cassation précise l'étendue de la compétence du tribunal d'instance en indiquant qu'il est tenu de statuer aussi bien sur les moyens de légalité externe que de légalité interne. En d'autres termes, le juge judiciaire est compétent pour statuer sur la forme et sur le fond de la décision administrative qui lui est soumise.

La Haute Juridiction précise ensuite le critère de l'autonomie de gestion du responsable conditionnant l'identification de l'établissement distinct (*nouvel article L. 2313-4 du Code du travail*), en reprenant la définition dégagée par le Conseil d'État (*CE 29 juin 1973, n° 77982, CE 27 mars 1996, n° 155791*). Ainsi, elle indique que caractérise un établissement distinct celui qui présente, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable, une autonomie suffisante en matière de gestion du personnel et d'exécution du service (*Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 18-23.655, FS-PBRI*).

ACCORD COLLECTIF DE MISE EN PLACE DES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL

À l'occasion d'un litige relatif au périmètre d'implantation des CHSCT et aux différentes désignations

des membres qui ont suivi, la Cour de cassation pose le principe selon lequel la nullité d'un accord collectif relatif à la mise en place d'une institution représentative du personnel n'a pas d'effet rétroactif (*Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-21.068, FS-PBR*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette solution de principe de la Haute Juridiction garde tout son intérêt pour le CSE compte tenu de la place importante qui est laissée à l'accord collectif majoritaire, celui-ci définissant notamment les modalités de mise en place et d'organisation du CSE. Compte tenu de la généralité des termes utilisés par la Haute Juridiction, cette décision permet de sécuriser les partenaires sociaux et les différents accords conclus qui seraient frappés de nullité.

1.2. Élections professionnelles

PROTOCOLE D'ACCORD PRÉÉLECTORAL

REFUS DE NÉGOCIER AVEC UN SYNDICAT INTERESSÉ

Les articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail (respectivement pour les délégués du personnel et le comité d'entreprise), et désormais l'article L. 2314-5 du Code du travail pour le CSE, fixent la liste des organisations syndicales « *intéressées* » qui doivent être invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral.

La Cour de cassation précise, pour la première fois, les conséquences du refus de l'employeur de négocier avec une organisation syndicale « *intéressée* » qui se présente à la table des négociations : l'annulation automatique des élections professionnelles sans que le syndicat concerné ait à établir l'influence de cette irrégularité sur les résultats ou sur la qualité de syndicat représentatif (*Cass. soc., 28 février 2018, n° 17-60.112, F-PB*).

RÉPARTITION DES ÉLECTEURS ET DES SIÈGES DANS LES COLLÈGES ÉLECTORAUX

La répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux doivent être fixées dans le cadre du protocole d'accord préélectoral (*articles L. 2314-11 et L. 2324-13 du Code du travail respectivement pour les délégués du personnel et le comité d'entreprise, et désormais L. 2314-13 pour le CSE*).

En l'absence d'accord, et lorsqu'au moins une organisation syndicale a répondu à l'invitation de négocier le protocole d'accord préélectoral, l'employeur doit obligatoirement saisir l'autorité administrative pour décider de cette répartition (*Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-26.522, F-PB*).

CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

L'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 dite « *ordonnance balai* » a codifié la jurisprudence antérieure en prévoyant au nouvel article L. 2314-14 du Code du travail que lorsque aucune organisation syndicale représentative n'a pris part à la négociation, l'employeur répartit le personnel et les sièges entre les différents collèges électoraux.

REPRÉSENTATION ÉQUILIBRÉE DES FEMMES ET DES HOMMES

VALIDATION CONSTITUTIONNELLE

La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite loi Rebsamen, a introduit l'obligation de présenter, pour les élections professionnelles, des listes reflétant la proportion des femmes et des hommes dans chaque collège électoral avec une règle d'arrondi permettant la mise en œuvre de ces dispositions (*articles L. 2314-24-1 et L. 2324-22-1 du Code du travail respectivement pour les délégués du personnel et le comité d'entreprise*).

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la règle d'arrondi, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution sous réserve qu'elles ne fassent pas obstacle à ce que les listes puissent comporter un candidat du sexe sous-représenté dans le collège électoral (*Cons. Const., décision n° 2017-686, QPC du 19 janvier 2018*).

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 avait anticipé cette réserve d'interprétation des Sages. Le nouvel article L. 2314-30 du Code du travail prévoit ainsi que lorsque l'application de la règle d'arrondi conduit à exclure totalement la représentation de l'un ou l'autre sexe, les listes de candidats peuvent comporter un candidat du sexe qui, à défaut, ne serait pas représenté.

LISTE À UN SEUL CANDIDAT

Le fait de faire figurer sur une liste présentée par une organisation syndicale un seul candidat permet-il d'écarter l'application des dispositions relatives à la représentation équilibrée des femmes et des hommes ?

La Cour de cassation répond par la négative : lorsque deux postes sont à pourvoir, la liste de candidatures doit nécessairement comporter une femme et un homme, conformément aux dispositions précitées.

Ainsi, au premier tour des élections professionnelles, un syndicat ne peut pas présenter de candidature individuelle en cas de pluralité de sièges à pourvoir (*Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-14.088, FS-PBRI*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette décision ne devrait pas s'appliquer aux candidatures libres et individuelles présentées au second tour des élections professionnelles. Néanmoins, la portée de cet arrêt est aujourd'hui incertaine pour les candidatures à étiquette syndicale. En l'absence de remise en cause du principe selon lequel toute candidature individuelle constitue une liste, la position de la Cour de cassation est controversée par les syndicats qui peinent à constituer des listes conformes ou complètes, faute de candidats des deux sexes, en particulier au second tour.

ORDRE PUBLIC

La Haute Juridiction affirme expressément le caractère d'ordre public des dispositions relatives à la représentation proportionnelle des femmes et des hommes sur les listes de candidats. En conséquence, un protocole préélectoral ne saurait y déroger ou prévoir des dispositions différentes.

Par ailleurs, si la méconnaissance de la règle de l'alternance de candidats de chaque sexe sur la liste est en principe sanctionnée par la nullité de l'élection de l'élu dont le positionnement sur la liste ne respecte pas cette prescription, il en va différemment lorsque la liste correspond à la proportion de femmes et d'hommes au sein du collège concerné et lorsque tous les candidats de la liste ont été élus (*Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-60.133, FS-PB*).

VOTE ÉLECTRONIQUE

Le recours au vote électronique pour les élections professionnelles doit respecter les principes généraux du droit électoral.

En conséquence, constitue un motif d'annulation des élections professionnelles, le fait qu'un salarié, candidat aux élections professionnelles, vote en lieu et place de deux autres salariés qui lui ont confié leur code confidentiel. Cette irrégularité justifie donc à elle seule l'annulation des élections sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'incidence sur le résultat du scrutin (*Cass. soc.*, 3 octobre 2018, n° 17-29.022, F-PB).

1.3. Comité d'entreprise / CSE

ATTRIBUTIONS ÉCONOMIQUES

ARTICULATION DE LA CONSULTATION SUR LES ORIENTATIONS STRATÉGIQUES ET DES CONSULTATIONS PONCTUELLES

En 2009, la Cour de cassation avait mis fin à un débat en considérant que la régularité d'une consultation ponctuelle du comité d'entreprise n'était pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications (*Cass. soc.*, 30 septembre 2009, n° 07-20.525). Cette décision avait été rendue sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.

Un débat similaire est récemment né de l'articulation des consultations ponctuelles avec celle portant sur les orientations stratégiques de la société. En l'absence de position de la Cour de cassation à ce jour, les solutions et approches des juges du fond sur ce sujet sont différentes (*cf. ci-après 2.1 s'agissant de l'articulation avec une consultation sur un PSE*).

Selon le tribunal de grande instance de Nanterre, la consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise doit précéder celle portant sur un projet de cession de la société. À défaut, le juge judiciaire peut suspendre en référé la procédure de consultation sur le projet de cession en cours, ce dernier constituant une « *déclinaison de la stratégie* » ou un « *changement des orientations stratégiques* ». Cette décision est frappée d'appel (*TGI Nanterre, référé, 28 mai 2018, n° 18/01187*).

A contrario, pour la cour d'appel de Paris, la consultation sur les orientations stratégiques est indépendante de la consultation portant sur un projet ponctuel de réorganisation (en l'espèce, la réorganisation d'un service support de l'entreprise, la DSI). L'employeur n'est donc pas tenu d'attendre l'échéance des trois consultations annuelles obligatoires ni d'anticiper la

consultation par rapport à sa périodicité habituelle ou conventionnelle, ou de la réitérer si celle-ci a eu lieu ; il n'existe pas de primauté ou de hiérarchisation entre ces consultations ou avec celle mise en œuvre à l'occasion d'un projet ponctuel qui doit faire l'objet d'une consultation immédiate du comité d'entreprise (*CA Paris, 3 mai 2018, n° 17/09307 - confirmation TGI Paris, référé, 18 avril 2017, n° 16/17273*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Dans l'attente de la position de la Cour de cassation, il convient de mener les consultations ponctuelles avec la plus grande prudence, en particulier lorsque le projet soumis à consultation ponctuelle peut s'analyser comme étant la mise en œuvre ou la déclinaison d'une stratégie générale prédéfinie.

OPA SUR UNE SOCIÉTÉ MÈRE ÉTRANGÈRE

Le comité central d'entreprise d'une société détenue à 99,99% par une holding hollandaise a sollicité, et obtenu, que des informations sur l'offre publique d'achat (OPA) déposée sur les titres de la société mère lui soient communiquées en vue de sa consultation, et ce alors même que l'article L. 2323-39 du Code du travail ne prévoit la consultation que du comité de l'entreprise qui fait l'objet de l'offre.

Au visa des dispositions des articles L. 2323-1 et L. 2323-33 du Code du travail, interprétés à la lumière de l'article 4 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, la Cour de cassation juge, qu'en l'absence de comité d'entreprise européen instauré par un accord et précisant les modalités de l'articulation des consultations, le comité d'entreprise d'une société française détenue par une société mère ayant son siège dans un autre État membre de l'Union européenne doit être consulté sur tout projet concernant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs résultant des modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, y compris lorsqu'une OPA porte sur les titres de la société-mère.

En d'autres termes, si une OPA sur la société mère étrangère est susceptible d'affecter la filiale française, le CE ou le CSE de cette filiale doit être consulté, sauf si un CEE a été mis en place et que l'accord ayant mis en place le CEE fixe les modalités d'articulation de l'information et consultation de ce comité et des autres instances nationales, auquel cas il convient de s'y référer (*Cass. soc.*, 19 décembre 2018, n° 18-14.520, FS-PBRI)

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La solution retenue peut être transposée à d'autres opérations, et notamment au changement de contrôle d'un groupe intervenant par la cession du capital de la société holding, dépourvue de représentation du personnel, mère ou grand-mère de filiales opérationnelles.

La pratique est ainsi confortée: dès lors que la cession des titres porte sur une holding purement financière, il est recommandé de consulter le comité d'entreprise de la filiale opérationnelle, cette consultation étant même impérative si la filiale est directement affectée par l'opération (conséquences sur l'emploi ou les conditions de travail des salariés).

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. Ces délais courent à compter de la communication par l'employeur des informations prévues par le Code du travail ou de l'information par l'employeur de leur mise à disposition dans la base de données économiques et sociales (BDES).

S'agissant de la consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise, les dispositions légales prévoient expressément que la BDES est le support de préparation de cette consultation.

Dès lors, la Haute Juridiction juge qu'en l'absence de BDES mise en place dans l'entreprise, le délai préfix de consultation ne commence pas à courir et l'employeur ne peut donc pas se prévaloir de son terme (*Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13.081, FS-PB*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La solution de principe de la Haute Juridiction est transposable au CSE qui doit être annuellement consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise (*article L.2312-24 du Code du travail*). Néanmoins, la portée de cet arrêt est aujourd'hui incertaine et amène à s'interroger sur l'incidence d'une BDES incomplète sur la procédure de consultation du CSE.

FONCTIONNEMENT ET MOYENS

EXPERTISE SUR LES COMPTES ANNUELS

La Cour de cassation réaffirme le principe selon lequel le droit pour le comité d'entreprise, consulté sur l'examen annuel des comptes de l'entreprise, de se faire assister d'un expert-comptable rémunéré par l'employeur s'exerce au moment où les comptes lui sont transmis.

En conséquence, lorsque la désignation de l'expert-comptable est intervenue avant la réunion de présentation et de transmission des comptes de l'année, la rémunération de l'expert reste à la charge du comité d'entreprise (*Cass. soc., 28 mars 2018, n° 16-12.707, FS-PB*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette décision a été rendue sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (loi Rebsamen). Désormais, la consultation sur l'examen annuel des comptes est intégrée à la consultation annuelle sur la situation économique et financière.

Se pose donc la question de savoir si ce principe peut être transposé à l'expertise dans le cadre de la consultation annuelle du CSE sur la situation économique et financière.

BUDGET : ABANDON DE TOUTE RÉFÉRENCE AU COMPTE 641

Par deux arrêts du 7 février 2018, la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence en écartant toute référence à la masse salariale brute comptable correspondant au compte 641 pour le calcul des budgets du comité d'entreprise.

Désormais, la masse salariale brute servant d'assiette de calcul de la subvention de fonctionnement et du budget des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise, « s'entend de la masse salariale brute constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale en application de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale ».

La Haute Juridiction précise en outre que ne sont pas incluses dans la masse salariale :

- les sommes attribuées au titre d'un accord d'intéressement,
- les rémunérations versées aux salariés mis à disposition, dès lors que ces derniers ne sont pas rémunérés par l'entreprise d'accueil (*Cass. soc., 7 février 2018, n° 16-16.086 et 16-24.23, FS-PBRI ; Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-11.497, FS-PB*);

- la part des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail non soumises à cotisations de sécurité sociale (*Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 17-22.583, FS-PB*).

CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

La définition adoptée rejoint celle désormais codifiée aux nouveaux articles L.2312-83 et L.2315-61 du Code du travail concernant le CSE, issus de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 dans sa version ratifiée.

Une différence néanmoins : les indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée sont désormais totalement exclues de l'assiette de calcul des budgets du CSE.

FRAIS DE DÉPLACEMENT

La Chambre sociale affirme expressément, pour la première fois, que l'employeur n'est pas tenu de prendre en charge les frais de déplacement et d'hébergement liés à l'activité des commissions internes du comité d'entreprise dès lors que les réunions de ces commissions ne sont pas obligatoires ou ne sont pas organisées à son initiative.

Cette solution est transposable aux commissions du CSE dès lors que la question de la prise en charge des frais n'est pas réglée par voie conventionnelle (*Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 17-13.256, FS-PB*).

1.4. Unité économique et sociale (UES)

INCOMPATIBILITÉ ENTRE L'UES ET LE GROUPE

Une UES est reconnue par convention ou par décision de justice entre des entités juridiquement distinctes qui réunissent les critères suivants : une concentration de pouvoirs, une complémentarité ou similarité des activités et une communauté de travailleurs.

Dans un arrêt du 17 octobre 2018, la Cour de cassation réaffirme le principe selon lequel les notions d'UES et de groupe sont incompatibles. Dès lors, la mise en place d'un comité de groupe exclut sur le même périmètre la reconnaissance d'une UES.

La particularité de l'arrêt réside dans la chronologie des faits de l'espèce : le comité de groupe avait été mis en place postérieurement à la requête introductive d'instance tendant à la reconnaissance de l'UES et y avait ainsi fait échec (*Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 17-22.602, F-D*).

CADRE DE RECONNAISSANCE DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

Par un important arrêt du 21 novembre 2018, la Cour de cassation apporte une atténuation à sa jurisprudence selon laquelle il ne peut y avoir d'UES reconnue qu'entre des entités juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels.

Elle admet en effet qu'une UES puisse être reconnue entre des entités qui ne sont pas dotées de la personnalité morale (par exemple, une succursale) dès lors qu'elles appartiennent à un même groupe de sociétés (*Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 16-27.690, FS-PBRI*).

1.5. Droit syndical

ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

Un employeur peut-il allouer des moyens syndicaux différents entre les établissements distincts ?

La Cour de cassation précise que le respect du principe d'égalité de traitement est apprécié au niveau de chaque établissement distinct dans une entreprise à établissements multiples et non au niveau de l'entreprise.

Ainsi, elle considère que l'employeur peut attribuer des moyens différents aux syndicats appartenant à un établissement distinct différent, sous réserve d'octroyer les mêmes moyens aux syndicats d'un même établissement (*Cass. soc., 20 septembre 2018, n° 17-60.306, F-PB*).

RESPONSABILITÉ CIVILE

À l'occasion d'un rassemblement d'agriculteurs, un syndicat appelle publiquement ses adhérents, en présence de la presse, à déposer des pneus devant le siège d'une société. Les pneus sont incendiés en présence du dirigeant syndical, occasionnant des dégâts matériels importants pour la société.

La Cour de cassation retient la responsabilité civile du syndicat qui est condamné à verser à l'employeur des dommages et intérêts en raison de sa participation effective aux actes illicites commis à l'occasion du rassemblement.

La Haute Juridiction écarte ainsi l'argument du syndicat qui invoquait le bénéfice des dispositions issues de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en soutenant que sa condamnation en application du droit commun de la responsabilité civile était impossible (*Cass. ch. mixte, 30 novembre 2018, n° 17-16.047, FS-PBRI*).

1.6. Protection des représentants du personnel

PAIEMENT DES HEURES DE DÉLÉGATION

Par quatre arrêts du même jour, la Cour de cassation rappelle le principe selon lequel l'utilisation des heures de délégation ne doit conduire à aucune perte de salaire pour le représentant du personnel.

Dès lors, celui-ci « ne peut être privé, du fait de l'exercice de son mandat, du paiement d'une indemnité compensant une sujétion particulière de son emploi qui constitue un complément de salaire ». Cette indemnité est donc à inclure dans le paiement du crédit d'heures.

En revanche, cette indemnité doit être distinguée du remboursement des frais professionnels auquel le représentant du personnel ne peut prétendre dès lors qu'il n'a pas exposés de frais, puisqu'étant en délégation (Cass. soc., 19 septembre 2018, n° 16-24.041, n° 17-11.514, n° 17-11.638, n° 17-11.715, FS-PB).

RÉSILIATION JUDICIAIRE

En principe, la résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié protégé produit les effets d'un licenciement nul, et celui-ci donne alors droit à réintégration.

Toutefois, la Cour de cassation, adoptant la même position qu'en cas de prise d'acte de la rupture de son contrat par un salarié protégé, a précisé pour la première fois que la résiliation judiciaire rend impossible la réintégration du salarié protégé. Celui-ci ne peut obtenir que les indemnités dues au titre de la violation de son statut protecteur (Cass. soc., 3 octobre 2018, n° 16-19.836, F-PB).

DÉLAI DE CONTESTATION D'UNE DÉCISION ADMINISTRATIVE

Le recours contentieux comme celui hiérarchique exercé contre une décision administrative, doit être effectué dans les deux mois à compter de la notification de celle-ci à l'intéressé. Toutefois, ce délai n'est pas opposable dès lors que l'obligation de l'administration d'informer l'intéressé sur les délais et voies de recours n'est pas respectée, ou que la preuve d'une telle information transmise n'est pas établie.

Le Conseil d'État apporte une limite, fondée sur le principe de sécurité juridique: le destinataire de la décision ne peut exercer un recours contentieux au-delà d'un délai raisonnable, lequel correspond, sauf circonstances particulières ou délais spécifiques de recours, à un an à compter de la date de la notification

de la décision expresse ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance (CE, 7 février 2018, n° 397247).

1.7. Durée du travail

CONTRÔLE DU TEMPS DE TRAVAIL ET GÉOLOCALISATION

Au regard du risque d'atteinte à la vie privée d'un dispositif de géolocalisation, la Cour de cassation a posé dès 2011, un principe de subsidiarité en estimant que la mise en place d'un tel dispositif aux fins de contrôle de la durée du travail n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut être réalisé par un autre moyen (Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-18.036).

Dans un arrêt du 19 décembre 2018, la Haute Juridiction précise sa position, et reprend les termes d'une décision récente du Conseil d'État (CE, 15 décembre 2017, n° 403776), en énonçant que le recours à la géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen « fût-il moins efficace que la géolocalisation ». Par ailleurs, le recours n'est pas justifié lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail (Cass. soc., 19 décembre 2018, n° 17-14.631, FS-PB).

RTT

Interrogée sur les modalités de calcul de l'indemnité de jours de réduction du temps de travail, la Cour de cassation pose le principe selon lequel cette indemnité doit être calculée en prenant en compte la rémunération variable liée aux performances et à l'activité du salarié, en l'espèce, les primes mensuelles de vente. Le salarié ne doit en effet subir aucune perte de salaire au titre de la prise de ses jours RTT.

Il ne pourrait en être autrement qu'en présence d'un accord collectif prévoyant une disposition spécifique à cet effet (Cass. soc., 28 mars 2018, n° 16-27.626, FS-PB).

HEURES SUPPLÉMENTAIRES

Selon une jurisprudence établie, l'accomplissement d'heures supplémentaires est subordonné à l'accord de l'employeur, ou au moins à son autorisation implicite. À défaut, le salarié ne peut pas prétendre à leur paiement. La Cour de cassation avait déjà reconnu la qualification d'heures supplémentaires lorsqu'elles sont « rendues nécessaires par les tâches confiées » (Cass. soc., 8 juillet 2010, n° 09-40.932).

Par deux nouvelles décisions, la Cour de cassation confirme sa position et pose le principe selon lequel « *le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires accomplies, soit avec l'accord au moins implicite de l'employeur, soit s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches qui lui ont été confiées* ».

Il importe donc peu que le salarié se soit engagé par écrit à solliciter l'autorisation expresse et préalable de son employeur ou même que l'employeur se soit opposé à l'accomplissement d'heures supplémentaires (ce qui était le cas en l'espèce). Pour éviter le paiement des heures supplémentaires, il revient donc à l'employeur d'adapter les tâches confiées au salarié. La Cour de cassation rappelle enfin que la nécessité de dépasser l'horaire de travail relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (*Cass. soc.*, 14 novembre 2018, n° 17-20.659 et 17-16.959, FS-PB).

TEMPS DE TRAJET

L'article L. 3121-4 du Code du travail dispose que le temps de déplacement n'est pas un temps de travail effectif. Confirmant sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par un salarié itinérant tendant à voir appliquer en France l'interprétation, faite par la CJUE, de la directive temps de travail n° 2000/88/CE du 4 novembre 2003.

La CJUE avait en effet considéré que, lorsque le travailleur n'a pas de lieu de travail fixe ou habituel, le temps de déplacement entre son domicile et le premier/ dernier client constitue du temps de travail et doit donc être rémunéré comme tel (*CJUE*, 10 septembre 2015, *aff C-266/14*).

Tenu de juger en application du droit français, et interprétant restrictivement l'article susvisé, la Cour de cassation rappelle que « *la directive se borne à réglementer certains aspects de l'aménagement du temps de travail, de telle sorte que, en principe, elle ne trouve pas à s'appliquer à la rémunération des travailleurs* ». Rien ne s'oppose donc à ce que la rémunération des temps de déplacement intervienne sous forme de contrepartie en repos ou sous forme financière, comme prévu par le Code du travail (*Cass. soc.*, 30 mai 2018, n° 16-20.634, FP-PB).

TRAVAIL DOMINICAL

Saisie de la conventionalité des dispositions autorisant le travail dominical dans les établissements de commerce de détail d'ameublement, la Cour de cassation confirme la licéité des dispositions nationales et valide en conséquence le travail dominical dans ce secteur d'activité, reprenant ainsi la jurisprudence du Conseil d'État (*CE*, 24 février 2015, n° 374726).

Un salarié soutenait que les articles L.3132-12 et R.3132-5 du Code du travail permettant de déroger de droit au principe du repos dominical et d'attribuer le repos hebdomadaire par roulement étaient contraires à la convention n° 106 de l'Organisation Internationale du Travail.

Confirmant l'effet direct de l'article 7§4 de ladite convention qui prévoit une obligation de consultation des partenaires sociaux en cas de dérogation au repos dominical, la Cour de cassation écarte néanmoins cette disposition au motif que la dérogation litigieuse repose sur une disposition légale. Il en irait autrement si la dérogation résultait d'un accord collectif.

Par ailleurs, la Cour de cassation considère que la dérogation au repos dominical répond aux critères posés par la convention (existence de raisons liées à « *la nature du travail, la nature des services fournis par l'établissement, l'importance de la population à desservir ou le nombre de personnes employées* » qui ne permettent pas l'application du repos dominical) (*Cass. soc.*, 14 novembre 2018, n° 17-18.259, FS-PBRI).

ACQUISITION DES CONGÉS PAYÉS

Le droit français en matière notamment d'acquisition de congés payés n'est pas conforme à la directive 2008/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Cette directive ne peut toutefois pas être invoquée directement par les salariés (sauf s'il existe une délégation de service public) (*Cass. soc.*, 21 septembre 2017, n° 16-24.022).

Dans ces conditions, la Cour de cassation confirme une nouvelle fois qu'un salarié ne peut pas prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés alors qu'il est en arrêt de travail pour maladie pendant la période de référence pour l'acquisition de congés payés. En effet, l'article L. 3141-5 du Code du travail ne traite pas l'absence pour maladie comme une absence permettant l'acquisition de droits à congés payés (*Cass. soc.*, 14 novembre 2018, n° 17-21.535, F-D).

1.8. Égalité de traitement

JUSTIFICATION DES DIFFÉRENCES DE TRAITEMENT

EXERCICE DU DROIT D'OPPOSITION

Pour la première fois, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur l'existence d'une différence de traitement résultant de l'application d'un accord à des salariés cadres, l'accord conclu avec les salariés non-

cadres ayant fait l'objet de l'opposition d'un syndicat non-signataire et étant de ce fait réputé non écrit.

Cassant l'arrêt de la cour d'appel, la Haute Cour considère que cette opposition constitue un élément objectif et pertinent, prévu par la loi, qui justifie nécessairement la différence de traitement (*Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-16.484, FP-PB*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette solution devrait être transposée aux autres cas dans lesquels un accord collectif est réputé non écrit, par exemple en l'absence d'approbation d'un accord minoritaire conclu avec des délégués syndicaux ou d'un accord conclu avec un salarié mandaté dans une entreprise dépourvue de délégués syndicaux.

ACCORD DE SUBSTITUTION

Par un autre arrêt, la Cour de cassation est venue préciser que la date d'embauche peut justifier une différence de traitement: les salariés embauchés après l'entrée en vigueur d'un accord de substitution ne peuvent prétendre à l'application de l'accord antérieur.

Cette décision s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour qui avait déjà considéré comme justifiées les différences de traitement résultant du maintien d'avantages individuels acquis (*Cass. soc., 11 juillet 2007, n° 06-42.128*), peu important que le maintien résulte ou non d'un accord de substitution (*Cass. soc., 4 décembre 2007, n° 06-44.041*).

Cette décision était par ailleurs logique dans la mesure où la solution contraire aurait conduit à priver d'effet l'accord de substitution (*Cass. soc., 28 juin 2018, n° 17-16.499, FS-PB*).

STATUT DE FONCTIONNAIRE

Aux fins d'harmonisation des régimes de rémunération versés aux fonctionnaires et salariés de droit privé, La Poste a organisé, par décision du conseil d'administration, le paiement d'une prime dénommée « *complément poste* » en subordonnant son paiement à la démonstration, au même niveau, de l'exercice de fonctions identiques ou similaires à celles du fonctionnaire auquel un salarié se compare.

Par plusieurs arrêts du même jour, la Cour de cassation énonce qu'il n'existe pas de violation du principe d'égalité de traitement lorsque le salarié ne se compare à aucun fonctionnaire déterminé. Il en est de même lorsque les fonctions antérieurement occupées, par leur diversité et leur nature, confèrent au fonctionnaire

une meilleure maîtrise du poste. Enfin, la Haute Cour précise qu'il revient à celui qui prétend à une atteinte au principe d'égalité de traitement de démontrer être dans une situation identique ou similaire à celui auquel il se compare (*Cass. soc., 4 avril 2018, n° 17-11.814, n° 17-11.680 et n° 16.27.703, FP-PBRI*).

AVANTAGES CATÉGORIELS

Selon une jurisprudence désormais constante, les différences de traitement entre salariés relevant de catégories professionnelles différentes sont présumées justifiées dès lors qu'elles résultent d'un accord collectif. En revanche, l'employeur doit démontrer que la différence pratiquée en application d'une décision unilatérale repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence.

Par un nouvel arrêt, la Cour de cassation pose pour principe qu'une prime de 13^{ème} mois, quelles que soient les modalités de son versement, participe de la rémunération annuelle versée aux salariés en contrepartie du travail, au même titre que le salaire de base; énonçant que les salariés cadres et non cadres ne sont pas placés dans une situation identique au regard du travail accompli, la Haute Juridiction fait en conséquence échapper la prime de 13^{ème} mois au principe d'égalité de traitement.

Il en irait en revanche différemment d'une prime ayant un objet spécifique étranger au travail accompli ou destinée à compenser une sujétion particulière (*Cass. soc., 26 septembre 2018, n° 17-15.101, FS-PB*).

2. Restructurations

2.1 Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)

ARTICULATION DE LA CONSULTATION PONCTUELLE SUR LA MISE EN ŒUVRE DU PSE AVEC LA CONSULTATION ANNUELLE SUR LES ORIENTATIONS STRATÉGIQUES

Au cours de l'année 2018, plusieurs affaires ont porté sur l'articulation entre la consultation ponctuelle du comité d'entreprise sur la mise en œuvre d'un PSE, ou d'un autre projet tel qu'une réorganisation ou une cession (*cf. ci-dessus 1.4*) et la consultation annuelle du CE sur les orientations stratégiques de l'entreprise, ainsi que sur la compétence du juge judiciaire ou du juge administratif pour traiter ce type de litige.

Un comité central d'entreprise, consulté dans le cadre de la mise en œuvre d'un PSE, a saisi le tribunal de grande instance de Nanterre afin d'obtenir la suspension de la mise en œuvre du PSE jusqu'à la reprise intégrale de la consultation sur les orientations stratégiques. Le tribunal avait fait droit à cette demande par ordonnance en date du 30 mai 2018 (TGI Nanterre, référé, 30 mai 2018, n° 18/00552).

Sans se prononcer sur l'articulation entre la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise et la consultation sur la mise en œuvre d'un PSE, la cour d'appel de Versailles a toutefois infirmé cette ordonnance 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, 12 juillet 2018, n° 18/04069).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Les juridictions du fond semblent considérer que la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise n'est pas un préalable nécessaire à la consultation du CE (ou du CSE) sur la mise en œuvre d'un PSE. Toutefois, dans l'attente d'une position de la Cour de cassation sur ce débat, il convient de faire preuve de précaution dans l'articulation de ces consultations ; ainsi, si un projet de restructuration est d'ores-et-déjà envisagé au moment de la consultation annuelle du CE ou du CSE sur les orientations stratégiques de l'entreprise, il est recommandé de faire état de ce projet au cours de la consultation, bien que ce projet fasse en outre l'objet d'une consultation ponctuelle distincte.

JURIDICTION COMPÉTENTE POUR LES LITIGES AFFÉRENTS AU PSE

Depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, toute contestation portant sur l'accord collectif ou le document unilatéral élaboré par l'employeur sur le contenu du PSE ou sur la régularité de la procédure d'information-consultation des représentants du personnel relève de la compétence du juge administratif à l'occasion de la contestation de la décision de validation ou d'homologation de la Direccte. Le juge judiciaire demeure en revanche compétent s'agissant des contentieux individuels relatifs notamment au motif économique, à la mise en œuvre du PSE ou encore à l'indemnisation du salarié en cas d'annulation de la décision de l'administration.

Voici quelques illustrations de l'application de ce principe.

EXPERTISE DANS LE CADRE D'UN PSE

Le juge judiciaire n'est pas compétent pour statuer sur la demande de communication de documents introduite par l'expert-comptable désigné par le CE dans le cadre d'un PSE. La Cour de cassation affirme ainsi que le juge judiciaire ne conserve aucune compétence résiduelle s'agissant de ce type de litiges survenant au cours de la phase d'élaboration du plan (Cass. soc., 28 mars 2018, n° 15-21.372, FS-PB).

CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

L'article L. 1233-35-1 du Code du travail, introduit par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, dispose désormais expressément que « *Toute contestation relative à l'expertise est adressée, avant transmission de la demande de validation ou d'homologation prévue à l'article L. 1233-57-4, à l'autorité administrative, qui se prononce dans un délai de cinq jours. [...]* », écartant ainsi la compétence du juge judiciaire.

OBLIGATION INDIVIDUELLE DE RECLASSEMENT

Dans un arrêt rendu le 21 novembre 2018, la Cour de cassation précise, pour la première fois, l'étendue de la compétence du juge judiciaire concernant l'appréciation du respect de l'obligation de reclassement en matière de licenciement économique collectif ayant donné lieu à un PSE homologué par l'administration.

Le juge judiciaire est compétent pour apprécier le manquement de l'employeur à l'obligation individuelle de reclassement dans le cadre de la mise en œuvre du PSE. En revanche, il ne peut fonder son analyse sur le contenu du plan dont le contrôle relève exclusivement de la juridiction administrative, en application des dispositions de l'article L. 1235-7-1 du Code du travail (Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-16.766 et 17-16.767, FS-PBRI).

RPS

La cour d'appel de Versailles vient confirmer sa jurisprudence selon laquelle le juge judiciaire reste en principe compétent pour examiner une demande de suspension d'un projet de réorganisation impliquant un PSE validé par l'administration, fondée sur une prise en compte insuffisante par l'employeur des risques psychosociaux générés par le projet en cause.

L'action en référé visant à suspendre la mise en œuvre d'un projet de réorganisation auquel est associé un PSE, en cas de violation par l'employeur de son obligation de sécurité et de prévention des risques psychosociaux, échappe ainsi, d'après la cour d'appel de Versailles, au bloc de compétence du juge administratif, malgré l'existence d'un PSE.

Cette décision permet de confirmer la compétence résiduelle du juge judiciaire pour certains litiges ayant trait à la mise en œuvre d'un projet de réorganisation intégrant un PSE, en particulier lorsque les problématiques en cause échappent au contrôle de la Direccte (CA Versailles, 14^{ème} ch., 18 janvier 2018, n° 17/06280).

CONTRÔLE DES CATÉGORIES PROFESSIONNELLES

Aux termes de cinq arrêts en date du 7 février 2018, le Conseil d'État précise la grille de contrôle de la Direccte s'agissant des catégories professionnelles définies dans le cadre d'un PSE, selon que ce dernier est établi par document unilatéral de l'employeur ou par accord collectif majoritaire.

D'après la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative, une catégorie professionnelle regroupe l'ensemble des salariés qui exerce dans l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune.

En cas de PSE établi par document unilatéral, la Direccte doit ainsi refuser l'homologation du document unilatéral si elle constate que les catégories professionnelles ont été déterminées par l'employeur en se fondant sur d'autres considérations, telles que l'organisation de l'entreprise ou l'ancienneté des salariés et/ou si une ou plusieurs catégories ont été définies dans le but de permettre le licenciement de certains salariés pour un motif inhérent à leur personne ou en raison de leur affectation dans un service dont la suppression est recherchée (ce qui peut notamment se caractériser par l'existence d'un trop grand nombre de catégories professionnelles).

En revanche, s'agissant d'un PSE établi par accord collectif majoritaire, le fait que les catégories professionnelles soient établies en fonction de considérations étrangères aux critères jurisprudentiels de la catégorie professionnelle, ou aient pour but de permettre le licenciement de salariés affectés sur un emploi ou dans un service dont la suppression est recherchée, n'est pas en soi de nature à caractériser une méconnaissance des dispositions légales et ne saurait faire obstacle à la validation de cet accord.

La Direccte ne saurait néanmoins valider l'accord collectif majoritaire relatif au PSE si les stipulations qui déterminent les catégories professionnelles sont entachées de nullité, en raison notamment de leur caractère discriminatoire (CE, 7 février 2018, n° 407718, 399838, 403989, 403001, 409978).

CONTENU DU PLAN

MOYENS DU GROUPE

« Les moyens du groupe » pour l'appréciation de la suffisance des mesures du PSE « s'entendent des moyens, notamment financiers, dont disposent l'ensemble des entreprises placées, ainsi qu'il est dit au I de l'article L. 2331-1 du Code du travail [...] sous le contrôle d'une même entreprise dominante [...] ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise dominante, quel que soit le lieu d'implantation du siège de ces entreprises ». Le Conseil d'État retient ici une définition commerciale et capitalistique du groupe, à l'instar de celle retenue par les ordonnances Macron pour l'appréciation tant du motif économique que du périmètre des recherches de reclassement.

Il est à noter que le Conseil d'État ne limite pas par ailleurs le groupe au territoire national et y inclut, pour l'appréciation de la suffisance des mesures du PSE, l'ensemble des entreprises placées sous le contrôle d'une même entreprise dominante (ainsi que l'entreprise dominante elle-même), même si leur siège social est situé à l'étranger (CE, 7 février 2018, n° 397900, 406905; CE, 24 octobre 2018, n° 397900).

SUIVI DU PSE

Un accord collectif majoritaire portant PSE doit notamment fixer les modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures contenues dans le plan de reclassement (mise en place d'une commission de suivi, composition, etc.), de telle sorte que la Direccte ne peut valider un accord collectif majoritaire qui ne stipulerait pas ces modalités de suivi.

En revanche, si la consultation régulière du comité d'entreprise (ou du CSE) sur ce suivi est obligatoire, il n'est pas requis que l'accord collectif majoritaire prévoit expressément les modalités de cette consultation (CE, 7 février 2018, n° 403989).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette décision rendue s'agissant d'un PSE établi par accord collectif majoritaire devrait être transposable à un PSE établi par document unilatéral. En effet, l'article L.1233-63 du Code du travail qui prévoit que le PSE doit notamment fixer les modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures contenues dans le plan de reclassement et que ce suivi fait l'objet d'une consultation régulière et détaillée du CE/CSE ne distingue pas selon que le PSE est établi par accord collectif majoritaire ou par document unilatéral de l'employeur.

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Le Conseil d'État se livre à une lecture stricte des dispositions de l'article L.1233-57-4 du Code du travail. Il appartient dès lors aux entreprises de faire preuve de rigueur en procédant à l'affichage des documents précités à l'expiration du délai dont dispose l'administration pour homologuer ou valider le PSE. En l'espèce, la transmission aux salariés d'une note d'information retraçant le déroulé de la procédure et d'un courrier électronique de l'administration confirmant la naissance de la décision implicite d'homologation a été jugée insuffisante.

RECLASSEMENT EXTERNE

La Direccte, saisie d'une demande d'homologation d'un document unilatéral portant PSE, doit s'assurer, dans le cadre de son contrôle, de la conformité de ce document et du PSE dont il fixe le contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles applicables, et notamment aux stipulations conventionnelles de branche qui prévoient des obligations en matière de reclassement externe qui s'imposent à l'employeur au stade de l'élaboration d'un PSE.

Il convient dès lors d'être vigilant quant aux obligations conventionnelles applicables lors de l'élaboration du document unilatéral portant PSE, y compris quand les stipulations conventionnelles prévoient des obligations non visées par les textes législatifs (CE, 13 avril 2018, n° 404090).

DÉLAI DE CONTESTATION

En application des articles L.1235-7-1 et L.1233-57-4 du Code du travail, le délai de recours contre une décision d'homologation ou de validation d'un plan de sauvegarde de l'emploi ne court, à l'égard des salariés de l'entreprise, qu'à compter de la date à laquelle cette décision a été portée à leur connaissance par voie d'affichage sur leurs lieux de travail ou par tout autre moyen permettant de conférer à cette information date certaine du jour.

Le Conseil d'État précise qu'en cas de décision implicite d'homologation (ou de validation), le délai ne court à l'égard des salariés qu'à compter du jour où l'employeur a porté à leur connaissance, selon les mêmes modalités, la demande d'homologation accompagnée de son accusé de réception par l'administration (CE, 7 février 2018, n° 399838).

CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ DU PLAN DE DÉPART VOLONTAIRE SUR LES CONVENTIONS INDIVIDUELLES DE RUPTURE

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la nullité du plan de départs volontaires intégré à un PSE, ne répondant pas aux exigences légales, s'étend à tous les actes subséquents, et notamment aux conventions de rupture amiable conclues avec les salariés dès lors que ces conventions ont une cause économique et s'inscrivent dans le cadre du processus de réduction des effectifs visé par le plan (Cass. soc., 15 mai 2013, n° 11-26.414).

Par une décision rendue le 17 octobre 2018, la Cour de cassation fait application de cette solution à un plan de départ volontaire exclusif de tout licenciement (dit PDV autonome). Elle précise également que la nullité des conventions individuelles de rupture peut être invoquée par des salariés qui n'ont pas pris part à l'action en annulation du plan de départ volontaire (Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 17-16.869, FS-PB)

PRÉJUDICE SUBI DU FAIT DU DÉFAUT DE MISE EN PLACE DU CSE

En 2016, la Cour de cassation revenait sur sa jurisprudence dite de la théorie du préjudice nécessaire, laquelle permettait au salarié d'obtenir réparation du seul fait de l'existence d'un manquement de l'employeur, sans avoir à démontrer l'existence d'un préjudice, en considérant qu'il appartenait désormais au salarié d'apporter des éléments pour justifier le préjudice allégué (Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28.293).

Par une décision en date du 17 octobre 2018, la Cour de cassation semble nuancer sa jurisprudence. En l'espèce, la Cour de cassation estime qu'un salarié ayant fait l'objet d'une procédure de licenciement pour motif économique collectif, alors que l'employeur

avait manqué à son obligation de mettre en place une institution représentative du personnel sans démontrer de carence, était fondé à obtenir l'indemnisation de son préjudice en application de l'article L. 1235-15 du Code du travail (*Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 17-14.392, FS-PB*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette solution s'explique par l'existence d'un texte sanctionnant un tel manquement : l'article L. 1235-15 du Code du travail dispose que la procédure de licenciement pour motif économique est irrégulière dans une entreprise n'ayant pas mis en place un comité d'entreprise, des délégués du personnel ou, désormais, un CSE. Cette irrégularité ouvre droit à une indemnisation d'un montant au minimum équivalent à un mois de salaire.

MAINTIEN DES DROITS À PARTICIPATION DES SALARIÉS EN CONGÉ DE RECLASSEMENT

Par une décision rendue le 7 novembre 2018, la Cour de cassation précise que les salariés en congé de reclassement ne peuvent être exclus du bénéfice de la participation au titre de la période correspondant à leur congé de reclassement.

L'employeur estimait d'une part que la période de congé de reclassement ne pouvait être assimilée à une période de présence ou à une période de travail effectif, le contrat de travail étant suspendu. Il faisait valoir d'autre part, que l'allocation de congé de reclassement n'avait pas à être prise en compte pour le calcul et donc la répartition de la réserve spéciale de participation.

La Haute Juridiction rappelle que seule une condition d'ancienneté ne pouvant excéder trois mois permet d'exclure des salariés compris dans le champ d'un accord de participation du bénéfice de la participation. De ce fait, les salariés en congé de reclassement qui demeurent salariés de l'entreprise jusqu'au terme de leur congé, bénéficient de la participation, que leur rémunération soit prise en compte ou non pour le calcul de la réserve spéciale de participation (*Cass. soc., 7 novembre 2018, n° 17-18.936, FS-PB*).

2.2 Responsabilité civile délictuelle de la société mère

CARACTÉRISATION DE LA FAUTE

Confrontés à une approche restrictive de la notion de co-emploi, des salariés licenciés pour motif économique par leur employeur, filiale liquidée, se sont retournés contre la société mère afin d'être indemnisés sur le fondement de l'article 1240 du Code civil (*anciennement l'article 1382 du même Code*).

La Cour de cassation est venue préciser le jeu de la responsabilité civile délictuelle de la société mère par trois arrêts rendus le même jour.

D'abord, elle illustre la faute de la société mère à caractériser, pas nécessairement intentionnelle, en retenant qu'il a été gravement porté atteinte à l'intérêt de la filiale liquidée, par exemple par le financement disproportionné du groupe par la filiale à l'initiative de l'actionnaire principal ou encore par la remontée excessive de dividendes par les filiales à l'initiative de la société mère, caractérisant ainsi des agissements fautifs allant au-delà des seules erreurs de gestion.

En l'occurrence, reprenant une solution déjà établie et avec des fautes similaires (*Cass. soc., 8 juillet 2014, n° 13-15.573*), la responsabilité délictuelle de l'actionnaire principal est retenue, au motif qu'il avait pris, dans son seul intérêt et par l'intermédiaire de sociétés du groupe, des décisions préjudiciables à sa filiale française, entraînant sa liquidation partielle. Dès lors, sa faute qui a concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois est caractérisée (*Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-22.881; Cass. soc., 24 mai 2018, n° 17-12.560, FS-PB*).

À l'inverse, dans un troisième arrêt, la faute de la société mère est rejetée, au motif que ses décisions de gestion n'avaient pas compromis la bonne exécution par sa filiale de ses obligations, ni contribué à sa situation de cessation des paiements. Bien au contraire, la situation de la filiale était déjà fragile avant la cession à la société mère dont le refus de financer le plan de sauvegarde de l'emploi de sa filiale était d'ailleurs légitime au regard de ses propres difficultés économiques et de la dégradation rapide de la trésorerie de sa filiale (*Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-18.621, FS-PB*).

JURIDICTION COMPÉTENTE

Pour la première fois, il est précisé que le conseil de prud'hommes n'est pas compétent pour connaître du litige qui oppose des salariés d'une filiale à la société

mère, qui a contribué à la liquidation judiciaire de celle-ci, dès lors que les demandes reposent seulement sur la responsabilité extra-contractuelle de la société mère.

Le tribunal de commerce, juge de la procédure collective, n'est pas non plus compétent pour connaître d'un tel litige, lorsque la contestation des salariés repose sur les fautes de la société mère, et donc n'est pas née de la procédure collective de la filiale.

Ainsi, seul le juge de droit commun, le tribunal de grande instance, est compétent en matière de responsabilité civile extra-contractuelle de la société mère, fondement de l'action des salariés (Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-25.873, FS-PB).

2.3 Transfert d'entreprise

SORT DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR

La Cour de cassation s'est prononcée de façon inédite sur le sort du règlement intérieur en cas de transfert d'entreprise. Par un arrêt du 17 octobre 2018, elle estime que le règlement intérieur de l'entreprise cédante n'est pas transféré de plein droit à l'entreprise cessionnaire nouvellement créée dans la mesure où le règlement intérieur constitue un acte réglementaire de droit privé et non un engagement unilatéral.

Par conséquent, le nouvel employeur ne peut pas faire application du règlement intérieur de l'entreprise cédante à l'égard des salariés dont le contrat de travail a été transféré (Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 17-16.465, FS-PB).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Il convient de distinguer selon que l'entreprise cessionnaire est déjà dotée ou non d'un règlement intérieur. Dans l'hypothèse d'un transfert vers une entreprise nouvellement créée, comme c'était le cas en l'espèce, l'employeur aura l'obligation, conformément à l'article R.1321-5 du Code du travail, d'élaborer un règlement intérieur dès lors que la condition d'effectif est atteinte. En revanche, en principe, si l'entreprise cessionnaire est déjà dotée d'un règlement intérieur, celui-ci serait applicable aux salariés transférés.

3. Santé et sécurité

3.1. Expertise CHSCT

NOTION DE PROJET IMPORTANT

Le CHSCT peut décider de recourir à une mesure d'expertise en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (article L. 4614-12 et L. 4612-8-1 du Code du travail).

Selon la Cour de cassation, ces dispositions légales permettent au CHSCT de recourir à un expert pour l'éclairer sur une nouvelle organisation du travail et lui permettre d'avancer des propositions de prévention, « *quand bien même cette nouvelle organisation a commencé à être mise en œuvre* ».

La Cour estime donc que le recours à l'expertise est justifié alors même que le « *projet important* » est déjà en cours de déploiement (Cass. soc., 14 mars 2018, n° 16-27.683, F-D).

Exemple de projet important : la Cour de cassation a jugé que l'introduction d'un programme informatique d'intelligence artificielle, destiné à aider des chargés de clientèle et d'affaires à traiter leurs courriels, n'emporte directement que des « *conséquences mineures dans les conditions de travail des salariés dont les tâches se trouvent facilitées* » et ne justifie donc pas le recours à un expert. A contrario, la mesure d'expertise aurait été justifiée si le programme avait opéré un changement significatif des conditions de santé et de sécurité ou de travail (Cass. soc., 12 avril 2018, n° 16-27.866, F-D).

DÉLAI DE CONTESTATION

COMPUTATION

Le législateur a strictement encadré les délais de contestation des expertises votées par le CHSCT : l'employeur doit saisir le président du tribunal de grande instance dans un délai de 15 jours suivant la délibération du CHSCT, le juge devant statuer, en la forme des référés, dans les 10 jours de sa saisine.

Par deux arrêts en date du 6 juin 2018, la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence antérieure et précise que la date de saisine du juge s'entend de celle

de l'assignation du CHSCT : le recours de l'employeur est donc recevable dès lors que l'assignation est délivrée au CHSCT dans le délai de 15 jours de sa délibération, et ce indépendamment de la date de remise au greffe de la copie de cette assignation (*Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-17.594, FS-PB; Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-20.670, F-D*).

Par ailleurs, la Cour a également posé le principe selon lequel l'obligation faite au juge de statuer dans les 10 jours de sa saisine n'est pas prescrite à peine de nullité de sa décision (*Cass. soc., 6 juin 2018, n° 16-28.26, FS-PB*).

COÛT PRÉVISIONNEL

Il ressort de l'article L.4614-13 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi Travail du 8 août 2016 que l'employeur qui entend contester le coût prévisionnel d'une expertise tel qu'il ressort, le cas échéant, du devis, doit saisir le juge judiciaire dans le délai de forclusion de 15 jours courant à compter de la délibération du CHSCT votant le recours à l'expertise.

Sur le fondement des articles L.4614-13 et L.4614-13-1 du Code du travail interprétés à la lumière de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Cour de cassation pose le principe selon lequel le délai de 15 jours pour contester le coût prévisionnel de l'expertise ne court qu'à compter du jour où l'employeur en a été informé, et non à compter de la délibération du CHSCT comme prévu initialement par le législateur (*Cass. soc., 28 mars 2018, n° 16-28.561, FS-PB*).

Cette solution présente un intérêt pour les litiges en cours et pour les entreprises en attente de mise en place de CSE.

CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

À l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avait adopté une position contraire et estimé, concernant le point de départ du délai de 15 jours, que les prescriptions de l'article L.4614-13 du Code du travail ne portent pas atteinte au droit à un recours effectif de l'employeur dans la mesure où la contestation du coût final de l'expertise lui est ouverte dans le délai de 15 jours à compter de la date à laquelle il en a été informé (*Cons. Const., décision n° 2017-662, QPC du 13 octobre 2017*).

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise prévoit désormais que le coût prévisionnel de l'expertise peut être contesté devant le juge judiciaire dans un délai de 10 jours à compter de la notification à l'employeur du cahier des charges et des informations prévues à l'article L.2315-81-1 du Code du travail, à savoir le coût prévisionnel, l'étendue et la durée de l'expertise (*article L.2315-86 du Code du travail*).

3.2. Obligation de sécurité

MESURES DE PRÉVENTION NÉCESSAIRES

La Cour de cassation a atténué sa jurisprudence en matière d'obligation de sécurité de l'employeur depuis un arrêt *Air France* (*Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444*) : la responsabilité de l'employeur peut désormais être écartée dès lors que ce dernier a mis en œuvre les mesures de prévention nécessaires.

Un arrêt de la Chambre sociale du 17 octobre 2018 illustre cette évolution jurisprudentielle. En l'espèce, la Haute Juridiction a estimé qu'en organisant une réunion entre les protagonistes dès le lendemain d'une altercation ainsi que plusieurs réunions périodiques de travail concernant l'ensemble des salariés, l'employeur n'avait pas pris de mesures concrètes suffisantes et n'avait donc pas mis en place les mesures nécessaires permettant de prévenir le risque d'un nouvel incident (*Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 17-17.985, FS-PB*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La Cour de cassation ne précise pas quelles « mesures concrètes » auraient constitué les mesures nécessaires à la prévention d'un nouvel incident : organisation de plusieurs réunions entre les protagonistes, intervention d'un médiateur, sanction de l'agresseur ou encore changement d'affectation de l'un des deux salariés ? Les mesures prises devraient toutefois dépendre du contexte. C'est ce que semble avoir pris en considération la Chambre sociale qui relève que l'employeur avait connaissance des répercussions d'une première altercation sur la santé du salarié, des divergences de vues et des caractères très différents voire incompatibles des protagonistes et donc du risque d'un nouvel incident.

RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE DU MÉDECIN DU TRAVAIL

Le Conseil d'État a déjà admis la possibilité pour l'employeur de rechercher la responsabilité du médecin du travail ayant manqué à ses obligations déontologiques en délivrant notamment des certificats de complaisance (CE, 11 octobre 2017, n° 403576).

Ce principe est confirmé : la plainte disciplinaire de l'employeur est recevable dès lors qu'il est lésé de manière suffisamment directe et certaine par un certificat ou une attestation établie par le médecin du travail (article R. 4126-1 du Code de la santé publique).

Le Conseil d'État rappelle également que le médecin du travail qui établit un certificat portant sur le lien entre l'état de santé du salarié et ses conditions de travail ne peut prendre en considération que des faits reposant sur des constats opérés par lui. Dans le cas contraire, un tel certificat serait de nature à méconnaître les obligations déontologiques des articles R. 4127-28 et R. 4127-76 du Code de la santé publique (CE, 6 juin 2018, n° 405453).

3.3. Inaptitude

En cas d'inaptitude du salarié, l'employeur peut solliciter des précisions du médecin du travail sur les possibilités de reclassement du salarié. La Cour de cassation avait considéré que les précisions apportées postérieurement à la constatation de l'inaptitude concourent à la justification par l'employeur de l'impossibilité de reclassement du salarié (Cass. soc., 15 décembre 2015, n° 14-11.858).

La Chambre sociale explicite sa solution : ces précisions ne dispensent pas l'employeur de toute recherche

de reclassement ; elles ne constituent qu'un indice pour les juges du caractère sérieux et loyal des recherches de reclassement de l'employeur (Cass. soc., 3 mai 2018, n° 17-10.234, FS-D).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Les articles L. 1226-2-1 et L. 1226-12 du Code du travail, issus de la loi Travail du 8 août 2016 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017, dispensent l'employeur de son obligation de reclassement si l'avis du médecin du travail mentionne expressément que tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi.

La solution conserve tout son intérêt à chaque fois que l'employeur devra justifier de ses recherches de reclassement, en l'absence des mentions susvisées dans l'avis du médecin du travail : les juges n'entendent pas donner aux indications du médecin du travail une portée systématique.

3.4. AT/MP – faute inexcusable

OPPOSABILITÉ DE LA DÉCISION DE PRISE EN CHARGE DE LA CPAM

La Haute Juridiction rappelle que la décision de la CPAM n'encourt pas l'inopposabilité dès lors que la caisse a bien informé l'employeur de la clôture de l'instruction, de la date à laquelle sa décision sera prise et de la possibilité de consulter le dossier dans ses locaux, conformément aux dispositions de l'article R. 441-14 du Code de la sécurité sociale. Elle confirme que la caisse n'est donc pas tenue de remettre à l'employeur une copie du dossier et que son refus ne rend pas la décision de prise en charge inopposable à ce dernier (Cass. civ. 2^{ème}, 15 mars 2018, n° 16-28.333, FS-PBI).

La Cour de cassation précise également que le défaut de signature de la décision de prise en charge ne rend pas la décision inopposable à l'employeur dans la mesure où la sanction de l'inopposabilité n'est encourue qu'en cas de non-respect du caractère contradictoire de la procédure d'instruction (Cass. civ. 2^{ème}, 4 avril 2018, n° 17-14.176, F-D).

COMPÉTENCE JUDICIAIRE

En matière d'indemnisation des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, la Cour de cassation a opéré une distinction en

énonçant que la juridiction prud'homale est seule compétente pour connaître d'un éventuel litige relatif à l'indemnisation du « *préjudice consécutif à la rupture du contrat de travail* » en cas de licenciement pour inaptitude professionnelle. Le tribunal des affaires de sécurité sociale est quant à lui compétent pour se prononcer sur l'indemnisation des « *dommages résultant de l'accident du travail* » (Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-20.074).

La Haute Juridiction a précisé ce partage de compétence par deux arrêts du 3 mai 2018 soumis à la plus large diffusion: le juge prud'homal est seul compétent pour statuer sur le bien-fondé de la rupture du contrat de travail et pour allouer, le cas échéant, une indemnisation au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette indemnisation étant circonscrite aux seules conséquences de la rupture abusive ou illicite du contrat de travail, il appartient au juge de faire application des sanctions prévues dans ces hypothèses par le Code du travail (Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-26.850 et 17-10.306, FS-PBRI).

Relève en revanche de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale la demande du salarié tendant à l'indemnisation, non d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais des conséquences d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (Cass. soc., 10 octobre 2018, n° 17-11.019, FS-PB).

3.5. Protection de la maternité

GARANTIE D'ÉVOLUTION SALARIALE

L'article L.1225-26 du Code du travail prévoit un mécanisme de garantie d'évolution salariale imposant à l'employeur, après un congé maternité, de majorer la rémunération à hauteur des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise.

La Cour de cassation se prononce pour la première fois sur l'application pratique de ce dispositif. Elle énonce que ces dispositions sont d'ordre public: il ne peut donc y être dérogé, y compris d'un commun accord entre les parties. En conséquence, la Cour de cassation considère que l'employeur n'est pas autorisé à remplacer l'augmentation de salaire due en vertu de la loi à la salariée à son retour de congé de maternité par le versement d'une prime exceptionnelle (Cass. soc., 14 février 2018, n° 16-25.323, FS-PB).

BONUS

Le non-versement d'un bonus pendant le congé maternité constitue-t-il une discrimination? Cette question a été posée à la Cour de cassation à la suite d'un conflit né de l'annonce d'un transfert d'activité à l'étranger. Pour mettre fin à ce conflit, l'employeur avait accepté de verser un bonus dit de coopération, inscrit dans un protocole de fin de conflit signé avec les délégués du personnel.

Au visa des dispositions internes et de la directive 92/85/CE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, la Cour de cassation répond par la négative dès lors que le versement du bonus était subordonné à la participation active et effective des salariés aux activités de transfert et de formation continue des équipes étrangères et que toutes les absences étaient traitées de la même manière (Cass. soc., 19 septembre 2018, n° 17-11.618 et 17-11.619, FS-PB).

RÉSILIATION JUDICIAIRE

Dans un arrêt du 28 novembre 2018, la Cour de cassation se prononce sur l'articulation entre la résiliation judiciaire du contrat de travail et les règles protectrices en matière de grossesse. La Haute Juridiction précise de façon inédite que, lorsqu'au jour de la demande de résiliation judiciaire, la salariée n'a pas informé l'employeur de son état de grossesse, la résiliation judiciaire produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et non ceux d'un licenciement nul.

En pratique, le juge doit se placer à la date de saisine de la juridiction prud'homale et déterminer si, à cette date, la salariée est en situation de grossesse médicalement constatée et en a informé son employeur (Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 15-29.330, FP-PB).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Les conséquences indemnitaires diffèrent en fonction de la qualification retenue par les juges. Ainsi, dans l'hypothèse où l'employeur ignore l'état de grossesse de la salariée, la rupture s'analysera en un licenciement sans cause réelle et sérieuse dont l'indemnisation est limitée par le barème issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail. En revanche, si l'employeur est informé de l'état de grossesse à la date de la demande de résiliation judiciaire, la rupture produira les effets d'un licenciement nul dont l'indemnisation échappe au plafonnement.

3.6. Service de santé au travail interentreprises (SSTI)

L'employeur a l'obligation d'organiser un service de santé au travail en interne ou d'adhérer à un service interentreprises. L'article L. 4622-6 du Code du travail précise que les dépenses afférentes sont à la charge de l'employeur et qu'en cas de services communs à plusieurs entreprises, ces frais sont répartis proportionnellement au nombre de salariés.

Aux termes d'un arrêt du 19 septembre 2018, la Cour de cassation se prononce sur le mode de répartition des dépenses de santé d'un SSTI et le calcul de la cotisation due par l'employeur adhérent. Elle confirme que la répartition doit être opérée *per capita*, et plus précisément par salarié équivalent temps plein.

La Haute Juridiction admet néanmoins la possibilité pour le SSTI d'appliquer à ce calcul un coefficient déterminé correspondant au nombre de salariés de l'entreprise nécessitant une surveillance médicale renforcée (Cass. soc., 19 septembre 2018, n° 17-16.219, FS-PBRI).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette position est conforme à celle de l'Administration et du Conseil d'État qui rappellent que le principe de calcul *per capita* est d'ordre public (CE, 30 juin 2014, n° 365071). Pourtant, près de la moitié des services interentreprises établissent une cotisation fondée sur la masse salariale de l'entreprise ou sur un système mixant masse salariale et nombre de salariés.

4. Gestion RH au quotidien

4.1. Qualification du contrat de travail

La Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur le statut juridique des livreurs mis en relation par le biais de plateformes numériques dans un arrêt soumis à la plus large publication.

Un livreur a demandé la requalification du contrat de prestation de services le liant à la plateforme en contrat de travail. La cour d'appel a rejeté cette demande en considérant que le coursier n'avait aucune obligation d'exclusivité avec la société de plateforme et restait libre de déterminer les plages horaires au cours desquelles il souhaitait travailler.

Ce raisonnement est censuré par la Cour de cassation qui reprend les critères du lien de subordination rappelés de manière constante depuis un arrêt Société Générale de 1996 (Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187), à savoir que « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ».

En l'espèce, la Cour de cassation retient que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du livreur et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus et que la société disposait d'un pouvoir de sanction par le biais d'un système de pénalités en cas de manquement du livreur à ses obligations contractuelles pouvant aller jusqu'à la désactivation de son compte ; il ressort de ces constatations l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation caractérisant un lien de subordination, et donc un contrat de travail entre le livreur et la société de plateforme numérique (Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, FP-PBRI).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La Cour de cassation maintient les critères traditionnels du contrat de travail sans les adapter au contexte numérique. Elle ouvre la voie à un contentieux sans doute abondant qui conduira probablement à une évolution de ces nouveaux modes d'exercice professionnel et à une intervention du législateur. Une disposition concernant les plateformes était d'ailleurs intégrée dans la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel mais a été censurée par le Conseil constitutionnel en tant que cavalier législatif. Le sujet sera traité dans le projet de loi d'orientation des mobilités (LOM).

La cour d'appel de Paris, dont la décision avait été cassée dans l'affaire Take Eat Easy à l'origine de l'arrêt commenté, a fait application de la position de la Cour de cassation dans une affaire concernant cette fois la requalification d'un contrat d'un chauffeur de la société Uber en contrat de travail.

La société avait désactivé le compte du chauffeur, en auto-entreprenariat, en raison de son absence de réponse après trois sollicitations. La cour d'appel considère que cette technique a « pour effet d'inciter les chauffeurs à rester connectés pour espérer effectuer une course et, ainsi, à se tenir constamment, pendant la durée de la connexion, à la disposition de la société Uber BV, sans pouvoir réellement choisir librement, comme le ferait un chauffeur indépendant, la course qui leur convient ou non. ». Selon la cour d'appel, le fait de choisir les horaires et jours de connexion « n'exclut pas en soi une relation de travail subordonnée, dès lors qu'il est démontré que lorsqu'un chauffeur se connecte (...) il intègre un service organisé par la société Uber BV, qui lui donne des directives, en contrôle l'exécution et exerce un pouvoir de sanction à son endroit » (CA Paris, pôle 6, ch. 2, 10 janvier 2019, 18/08357).

4.2. Clauses du contrat de travail

CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

CONTREPARTIE FINANCIÈRE EN CAS DE RUPTURE CONVENTIONNELLE

Dans un arrêt du 18 janvier 2018, la Cour de cassation rappelle qu'une disposition conventionnelle ne peut minorer le montant de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence en fonction des circonstances de la rupture et applique ce principe à une rupture conventionnelle.

L'employeur tentait de se délier de son obligation de verser la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence en s'appuyant sur les dispositions conventionnelles alors applicables qui ne prévoyaient son versement que dans l'hypothèse d'un licenciement et d'une démission.

La Cour de cassation considère que le montant de la contrepartie financière à une clause de non-concurrence ne pouvant être minoré en fonction des circonstances de la rupture, la contrepartie financière prévue par la convention collective en cas de licenciement était applicable même en cas de rupture conventionnelle (Cass. soc., 18 janvier 2018, n° 15-24.002, FS-PB).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La décision s'inscrit dans la droite ligne de la solution retenue en 2016 considérant non écrite la disposition de la convention collective de l'industrie textile minorant la contrepartie de la clause de non-concurrence selon le mode de rupture (Cass. soc., 14 avril 2016, n° 14-29.679). La décision est néanmoins inédite en ce qu'elle utilise cette jurisprudence pour fixer la contrepartie financière en cas de rupture conventionnelle, cas souvent non prévu par les conventions collectives.

DÉPART DU SALARIÉ EN COURS DE PRÉAVIS : QUEL EFFET SUR LA LEVÉE DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE ?

Selon la jurisprudence, l'employeur qui dispense le salarié d'exécuter le préavis doit, s'il entend renoncer à l'application de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, et ce peu important les stipulations contraires du contrat de travail.

En l'espèce, une salariée démissionnaire était soumise à un préavis de 3 mois expirant le 13 avril 2011. Elle a cessé de travailler de sa propre initiative en cours de préavis, à compter du 28 février 2011, et ce alors que son employeur ne l'avait pas dispensée de préavis. Son contrat de travail prévoyait une clause de non-concurrence qui pouvait être levée par son employeur dans les 30 jours suivant « la fin effective du contrat (fin du préavis effectué ou début du préavis non effectué) ». L'employeur a informé le 6 avril la salariée qu'il renonçait à la clause de non-concurrence, soit plus de 30 jours après le départ de la salariée en cours de préavis.

La Cour de cassation considère que la renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence en cours de préavis était valable dans la mesure où il n'avait pas dispensé la salariée d'exécuter son préavis (Cass. soc., 21 mars 2018, n° 16-21.021, FS-PB).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La solution aurait bien sûr été différente si l'employeur avait dispensé la salariée de l'exécution de son préavis ou avait accepté d'en réduire la durée à la demande de la salariée. Dans un tel cas, l'employeur doit lever la clause de non concurrence au plus tard à la date de départ effectif du salarié.

SORT DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE EN CAS DE MOBILITÉ INTRA-GROUPE

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, en cas de succession de contrats de travail au sein d'un même groupe économique entre deux sociétés exerçant des activités similaires, résultant d'une entente entre le salarié et les deux employeurs successifs, la clause de non-concurrence prévue au premier contrat de travail ne s'applique pas durant la période au cours de laquelle le salarié travaille pour le second employeur. Elle reprend ses effets au terme du second contrat de travail.

Dans un arrêt du 12 septembre 2018, la Cour de cassation précise que la clause de non-concurrence n'est pas suspendue pendant toute la durée du contrat avec le second employeur, de sorte que la durée d'application de la clause n'est pas prolongée ou son point de départ reporté. Ainsi, le salarié ne peut prétendre au versement de l'indemnité de non-concurrence au titre de son premier contrat de travail dès lors que la durée de la clause de non-concurrence était expirée au moment de la rupture du second contrat de travail (*Cass. soc., 12 septembre 2018, n° 17-10.853, FS-PB*).

CLAUSE DE MOBILITÉ

VALIDITÉ

De jurisprudence constante, la clause de mobilité doit, sous peine de nullité, définir de manière précise sa zone géographique et ne pas conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée.

Une clause de mobilité qui vise les établissements actuels et/ou futurs situés « en France » ou « sur l'ensemble du territoire français », sans indication des sites potentiels futurs est jugée suffisamment précise et donc valable par la Cour de cassation; cette rédaction ne laissait pas à l'employeur la possibilité d'étendre unilatéralement la portée de la clause en faisant référence à des établissements futurs sans pouvoir connaître le lieu d'affectation (*Cass. soc., 14 février 2018, n° 16-23.042 F-D; Cass. soc., 5 avril 2018, n° 16-25.242 F-D*).

REFUS DE LA MOBILITÉ À LA SUITE D'UNE PERTE DE MARCHÉ

Dans le contexte d'une perte de marché, un employeur a proposé une mutation géographique à un salarié dont le contrat de travail prévoyait une clause de mobilité en France métropolitaine, en lui laissant le choix d'opter pour l'une des trois affectations proposées. Suite au refus du salarié, ce dernier a été licencié pour motif personnel. Le salarié a saisi la juridiction prud'homale en faisant valoir que la mutation pour un motif non inhérent à la personne du salarié constitue un motif économique et ne peut justifier son licenciement pour motif personnel.

La Cour de cassation considère d'une part que le licenciement motivé par le refus du salarié d'un changement de lieu de travail en application d'une clause de mobilité dans son contrat de travail constitue un licenciement pour motif personnel, peu importe le contexte de la perte de marché. D'autre part, selon la Haute Juridiction, le fait pour l'employeur d'avoir proposé au salarié plusieurs affectations ne permet pas d'en déduire qu'il a renoncé à se prévaloir de la clause de mobilité et d'appliquer en conséquence le régime de la modification du contrat de travail (*Cass. soc., 7 février 2018, n° 16-12.082 et n° 16-12.083, FS-D*).

CLAUSE DE VARIATION DES HORAIRES

En principe, la modification des horaires ne constitue pas une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié à temps plein mais uniquement un changement de ses conditions de travail.

La Haute Cour a toutefois eu l'occasion de rappeler qu'il existe des exceptions à ce principe: dès lors que la modification des horaires de travail implique le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour, faisant perdre aux salariés le bénéfice des primes de soir ou de nuit, elle constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord préalable du salarié, et ce même si le contrat de travail prévoit que les horaires du salarié étaient susceptibles d'être modifiés en fonction des nécessités de l'entreprise. En effet, une telle clause du contrat de travail ne permet pas à l'employeur de modifier unilatéralement le contrat de travail (*Cass. soc., 14 novembre 2018, n° 17-11.757, FS-PB*).

CLAUSE D'EXCLUSIVITÉ

La clause d'exclusivité prévue dans le contrat de travail doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

Dans un arrêt du 16 mai 2018, la Cour de cassation précise que la clause d'exclusivité rédigée en termes généraux et imprécis est illicite et le licenciement fondé sur cette clause sans cause réelle et sérieuse.

En l'espèce, la clause ne prévoyait pas les contours de l'activité complémentaire interdite, notamment s'il s'agissait d'une activité bénévole ou lucrative, professionnelle ou de loisirs, ce qui ne permettait pas de limiter son champ d'application ni de vérifier si la restriction à la liberté du travail était justifiée et proportionnée (*Cass. soc., 16 mai 2018, n° 16-25.272, F-D*).

INVENTION DES SALARIES

La convention collective Syntec prévoit à son article 75 que les inventions non brevetables « *pourront donner lieu à l'attribution de primes* » pour le salarié auteur de l'invention. En application de ces dispositions, un salarié licencié par son employeur a demandé le versement de la prime d'invention. La Cour de cassation constate dans un premier temps la compétence du conseil de prud'hommes dans la mesure où l'affaire en question n'impliquait ni l'examen ni l'existence ou la méconnaissance d'un droit attaché à un brevet ou à un droit patrimonial sur un logiciel. La Haute Juridiction considère ensuite que le principe du paiement de la prime prévue par la convention collective Syntec, en cas d'invention non brevetable, est laissé à la libre appréciation de l'employeur.

Par ailleurs, la Cour de cassation considère que la clause du contrat de travail qui prévoit, pendant une durée limitée après la rupture du contrat de travail, l'interdiction pour le salarié de déposer un brevet au titre des créations inventées au cours du contrat de travail, l'interdiction de publier des articles scientifiques et une obligation de confidentialité, n'est pas assimilable à une clause de non-concurrence. Cette clause n'ouvre en conséquence pas droit au paiement d'une contrepartie financière (*Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-25.067, FS-PB*).

4.3. Requalification CDD

SUCCESSION DE CDD DE REMPLACEMENT

En principe, la requalification des CDD de remplacement en CDI est admise dès lors que le recours à des CDD a pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise conformément aux dispositions de l'article L. 1242-1 du Code du travail.

La jurisprudence considère d'ailleurs que la succession de plusieurs CDD avec le même salarié et sur une longue période caractérise un besoin structurel de main d'œuvre devant entraîner la requalification en CDI.

Par un arrêt du 14 février 2018, la Cour de cassation assouplit sa position antérieure en faisant application de la jurisprudence de la CJUE du 26 janvier 2012 (*CJUE, 26 janvier 2012, Bianca Küçük c/ Land Nordrhein-Westfalen, aff. C-586/10*) qui avait notamment estimé, au regard de l'importance des effectifs de l'entreprise, que des remplacements temporaires étaient nécessaires en raison de l'indisponibilité d'employés bénéficiant de congés maladie, maternité, parentaux ou autres, et que le remplacement temporaire de salariés dans ces circonstances était susceptible de constituer une raison objective.

La Haute Juridiction considère donc désormais que le seul fait pour l'employeur de recourir à des CDD de remplacement de manière récurrente ou permanente, avec le même salarié, ne suffit pas à caractériser, en soi, un usage abusif du CDD. Il revient au juge du fond de rechercher en quoi la succession de contrats de remplacement répond à un besoin structurel de main d'œuvre pour procéder à une telle requalification (*Cass. soc., 14 février 2018, n° 16-17.966, FS-PB*).

DÉLAI DE CARENCE ENTRE CDD

La Cour de cassation rappelle la nécessité de respecter le délai de carence entre deux CDD dès lors qu'ils n'ont pas été conclus pour l'un des motifs prévu à l'article L. 1244-4-1 du Code du travail (notamment remplacement, emplois saisonniers ou d'usage, travaux urgents). Elle estime que la succession de contrats de travail à durée déterminée, sans délai de carence, n'est licite, pour un même salarié et un même poste, que si chacun des contrats a été conclu pour l'un des motifs prévus limitativement par la loi. En l'occurrence, le premier contrat ayant été conclu pour accroissement temporaire d'activité, motif non visé par l'article L. 1244-1 précité, la Cour a prononcé la requalification du CDD en CDI (*Cass. soc., 10 octobre 2018, n° 17-18.294, FS-PB*).

PRESCRIPTION

Par un arrêt du 3 mai 2018, la Cour de cassation précise que le délai de prescription en cas d'action en requalification du CDD en CDI, lorsque cette action est fondée sur le défaut d'une mention obligatoire (recours, nom et qualification du salarié remplacé), court à compter de la date de conclusion du contrat de travail et non au terme de celui-ci.

Cette décision est conforme à l'article L.1471-1 du Code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, qui dispose que « toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ». En effet, le salarié a connaissance de l'omission d'une mention obligatoire dès la conclusion du contrat. (Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-26.437, FS-PB)

4.4. CDI intérimaire

Dans un arrêt du 12 juillet 2018, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur le champ de la négociation collective en matière de contrat de travail.

Les partenaires sociaux de la branche du travail temporaire ont conclu, le 10 juillet 2013, un accord sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires permettant aux entreprises intérimaires de conclure des contrats de travail à durée indéterminée intérimaires.

Saisi par arrêt du Conseil d'État du 27 juillet 2015 d'une question préjudicielle, le tribunal de grande instance de Paris devait se prononcer sur la question de savoir si les partenaires sociaux de la branche avaient compétence pour prévoir la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée pour exercer des missions temporaires.

Statuant en dernier ressort, la Cour de cassation considère, d'une part, que les parties à l'accord du 10 juillet 2013 n'avaient pas compétence pour prévoir la conclusion d'un contrat à durée indéterminée pour l'exécution de missions de travail temporaire, et ce, dans la mesure où cet accord « *permettant aux entreprises de travail temporaire d'engager, pour une durée indéterminée, certains travailleurs intérimaires, crée une catégorie nouvelle de contrat de travail, dérogeant aux règles d'ordre public absolu qui régissent le contrat de travail à durée indéterminée et le contrat de mission, et fixe, en conséquence, des règles qui relèvent de la loi* ».

D'autre part, la Cour de cassation juge que le tribunal de grande instance ne pouvait pas s'appuyer sur la loi du 17 août 2015, dite « loi Rebsamen », qui a instauré ce même régime de contrat de travail à durée indéterminée intérimaire à titre expérimental, dès lors que cette loi était intervenue après la conclusion de l'accord de branche et qu'elle ne dispose que pour l'avenir (Cass. soc., 12 juillet 2018, n° 16-26.844, FS-PBR).

CE QU'EN DIT LA LOI

Le CDI intérimaire a été instauré par la loi du 17 août 2015 à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2018. Depuis, la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel du 5 septembre 2018 a intégré le CDI intérimaire dans le code du travail, pérennisant ainsi ce nouveau dispositif. En outre, la loi du 5 septembre 2018 sécurise les CDI intérimaires conclus entre le 6 mars 2014 et le 19 août 2015 sur le fondement de l'accord du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires, sans préjudice des contrats ayant fait l'objet de décisions de justice passées en force de chose jugée.

4.5. Rupture du contrat de travail

RUPTURE CONVENTIONNELLE

RÉTRACTATION

Conformément aux dispositions de l'article L. 1237-13 du Code du travail, chacune des deux parties à la convention de rupture dispose à compter de la date de sa signature d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. La Cour de cassation précise que le respect de ce délai s'apprécie au regard de la date d'envoi du courrier de rétractation, peu important que celui-ci soit reçu postérieurement à la date d'expiration du délai de rétractation (Cass. soc., 14 février 2018, n° 17-10.035, FS-PB).

PROCÉDURE APRÈS REFUS D'HOMOLOGATION

En cas de refus d'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative, les parties peuvent convenir de régulariser la convention de rupture.

Dans cette hypothèse, les parties doivent, à peine de nullité de la seconde convention de rupture, observer un nouveau délai de rétractation de quinze jours calendaires préalablement à l'envoi de la demande d'homologation à l'autorité administrative (Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-24.830, F-PB).

MONTANT DE L'INDEMNITÉ DE RUPTURE

Il résulte de l'avenant n° 4 à l'ANI du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, étendu par arrêté du 26 novembre 2009, que le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle ne peut

être inférieur à l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par la convention collective applicable.

La Cour de cassation est venue préciser que l'avenant précité ne s'applique pas aux entreprises qui ne sont pas membres d'une des organisations signataires de cet accord et dont l'activité ne relève pas du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente du MEDEF, de l'UPA ou de la CGPME.

Par conséquent, le salarié appartenant à une entreprise non adhérente à une organisation syndicale signataire de l'accord et dont l'activité ne relève pas du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente du MEDEF, de l'UPA ou de la CGPME, est rempli de ses droits dès lors qu'il perçoit une indemnité de rupture conventionnelle au moins égale à l'indemnité légale de licenciement (*Cass. soc.*, 27 juin 2018, n° 17-15.948, F-D).

RESTITUTION DES SOMMES PERÇUES EN CAS D'ANNULATION DE LA RUPTURE

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser, par une décision en date du 30 mai 2018, les effets produits par l'annulation ultérieure d'une convention de rupture homologuée : elle affirme d'une part que la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Elle ajoute d'autre part que la nullité de la convention de rupture emporte l'obligation pour le salarié de restituer les sommes perçues en exécution de cette convention (*Cass. soc.*, 30 mai 2018, n° 16-15.273, FS-PB).

LICENCIEMENT

LICENCIEMENT EN RÉTORSION D'UNE ACTION EN JUSTICE

Au visa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, la Cour de cassation considère, d'une part, qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur. La Cour de cassation considère ainsi que la seule référence dans la lettre de rupture à une procédure contentieuse envisagée par le salarié est constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice entraînant à elle seule la nullité de la rupture.

D'autre part, la Cour de cassation précise que le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et

sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont il a pu bénéficier pendant cette période, le licenciement étant intervenu en violation d'une liberté fondamentale (*Cass. soc.*, 21 novembre 2018, n° 17-11.122, FS-PB).

CE QU'EN DISENT LES ORDONNANCES MACRON

L'article L. 1235-2-1 du Code du travail issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail prévoit désormais que :
« En cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité à allouer au salarié, sans préjudice des dispositions de l'article L. 1235-3-1. »

BARÈME D'INDEMNISATION PRUD'HOMAL

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a instauré un barème d'indemnisation du licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse fixé en nombre de mois de salaire, en fonction de l'ancienneté du salarié et des effectifs de l'entreprise. Ce barème a été jugé conforme par le Conseil d'État ainsi que le Conseil constitutionnel (*CE*, 7 décembre 2017, n° 415243).

Très récemment, les conseils de prud'hommes d'Amiens, de Troyes et de Lyon ont toutefois écarté l'application du barème d'indemnisation en se fondant sur les dispositions de l'article 10 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et de l'article 24 de la Charte sociale européenne lesquels prévoient, en substance, que le travailleur dont le licenciement est considéré comme injustifié, a le droit à une indemnité adéquate ou à toute autre forme de réparation considérée comme appropriée du préjudice subi (*Cons. prud'h. Troyes, sect. activités diverses*, 13 décembre 2018, n° 18/00036, *Cons. prud'h. Amiens, sect. commerce*, 19 décembre 2018, n° 18/00040, *Cons. prud'h. Lyon, sect. activités diverses*, 21 décembre 2018, n° 18/01238).

Le conseil de prud'hommes du Mans a, quant à lui, considéré le barème conforme à ces conventions internationales (*Cons. prud'h. Le Mans, sect. commerce*, 26 septembre 2018, n° 17/00538), tout comme les conseillers caennais qui ont retenu l'absence de démonstration de l'existence d'un préjudice dont la réparation adéquate serait manifestement rendue impossible par le plafond d'indemnisation (*Cons. prud'h. Caen, sect. commerce*, 18 décembre 2018, n° 17/00193).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Le plafonnement des indemnités prud'homales est-il menacé? Les décisions contradictoires rendues par les juridictions du premier degré génèrent en tout cas une situation d'insécurité juridique pour les employeurs qui appelle une intervention de la Cour de cassation.

En pratique, les affaires ayant donné lieu à une invalidation du barème concernaient des salariés ayant une faible ancienneté pour lesquels le barème s'avère moins avantageux que les dispositions antérieures. À titre d'exemple, un salarié ayant moins de 3 ans d'ancienneté révoqué dans une entreprise d'au moins 11 salariés est éligible à une indemnisation comprise entre 3 et 3,5 mois de salaire, bien inférieure au plancher de 6 mois qui existait antérieurement dans un tel cas.

TRANSACTION

PORTE FORT

Au visa des articles 1120 et 1184 du Code civil dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, la Cour de cassation considère que l'inexécution de la promesse de porte-fort, par laquelle l'employeur s'est engagé à ce que le groupe auquel la société appartient reprenne des relations contractuelles avec un ancien salarié, exerçant à titre libéral et indépendant, ne peut être sanctionnée que par la condamnation de son auteur à des dommages-intérêts.

Par conséquent, l'inexécution de la promesse de porte-fort contenue dans un protocole d'accord transactionnel ne peut valablement entraîner la résolution de la transaction (Cass. civ., 1^{ère}, 7 mars 2018, n° 15-21.244, F-PB).

PORTÉE DES CLAUSES DE RENONCIATION

Confirmant sa position adoptée en 2014 (Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18.984), la Cour de cassation donne son plein effet à la clause de renonciation générale contenue au sein d'un protocole d'accord transactionnel aux termes de laquelle « le salarié déclarait avoir reçu toutes les sommes auxquelles il pouvait ou pourrait éventuellement prétendre au titre de ses relations de droit ou de fait existant ou ayant existé avec la société et renonce à toute réclamation de quelque nature que ce soit, née ou à naître ainsi qu'à toute somme ou forme de rémunération ou d'indemnisation auxquelles il pourrait éventuellement prétendre à quelque titre et pour quelque cause que ce soit (...) ».

Le salarié ayant conclu un protocole transactionnel avec une telle clause de renonciation est dès lors irrecevable à intenter une action portant sur le versement d'une retraite supplémentaire (Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-25.426, FS-PB).

4.6. Sécurité sociale

RÉGIME SOCIAL DES INDEMNITÉS DE RUPTURE

L'article 80 duodecies du Code général des impôts auquel renvoie l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale énumère de façon limitative les sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail qui bénéficient du régime d'exonération de cotisations sociales. En dehors de ce cadre, la Cour de cassation considèrerait jusqu'à présent que les sommes versées à l'occasion de la rupture devaient être soumises à cotisations sociales (par exemple concernant l'indemnité transactionnelle de rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, Cass. civ. 2^{ème}, 6 juillet 2017 n° 16-17.959, F-PB).

Par une série d'arrêts des 15 mars et 21 juin 2018, la Cour de cassation adopte une nouvelle grille de lecture en jugeant que ces sommes sont comprises dans l'assiette de cotisations « à moins que l'employeur rapporte la preuve qu'elles concourent pour tout ou partie de leur montant à l'indemnisation d'un préjudice ».

Dans deux des quatre affaires, la Cour de cassation a réintégré dans l'assiette des cotisations sociales une indemnité transactionnelle versée dans le cadre d'un départ à la retraite (Cass. civ. 2^{ème}, 15 mars 2018, n° 17-11.336, F-PB) ou en complément de celles prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. civ. 2^{ème}, 21 juin 2018, n° 17-19.432, F-PB), au motif que « la société ne rapportait pas la preuve que les indemnités litigieuses compensaient un préjudice pour les salariés ».

À l'inverse, dans les deux autres cas, la Cour de cassation a jugé que l'indemnité devait être totalement exonérée (sans plafond) car l'employeur rapportait la preuve que les indemnités litigieuses versées à la suite d'un licenciement pour faute grave réparaient un préjudice (Cass. civ. 2^{ème}, 15 mars 2018, n° 17-10.325, F-PB et Cass. civ. 2^{ème}, 21 juin 2018, n° 17-19.773, F-PB). L'URSSAF avait réintégré dans l'assiette des cotisations un montant correspondant au préavis.

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Il apparaît indispensable d'identifier le plus précisément possible dans la transaction, le cas échéant en les ventilant, les chefs de préjudice que l'indemnité transactionnelle a pour objet de compenser, et ce afin d'en établir le caractère indemnitaire. Les juges devraient par ailleurs faire application de cette jurisprudence en cas d'indemnité transactionnelle versée à l'occasion de ruptures du contrat de travail non visées par le Code général des Impôts, comme par exemple en cas de prise d'acte.

CONTRÔLE URSSAF

Aux termes de l'article R. 243-59 du Code de la sécurité sociale, les contrôleurs URSSAF « peuvent interroger les personnes rémunérées, notamment pour connaître leurs nom et adresse ainsi que la nature des activités exercées et le montant des rémunérations y afférentes, y compris les avantages en nature ».

Par un arrêt du 20 septembre 2018, la Cour de cassation fait une application stricte de ce texte en jugeant que les inspecteurs de l'Urssaf ne peuvent pas interroger des salariés de prestataires de services de l'entreprise. Selon la Cour, le contrôleur URSSAF ne peut interroger que les personnes rémunérées par l'employeur, ce qui n'est pas le cas des salariés des prestataires de service comme en l'espèce.

L'URSSAF peut désormais avoir recours aux dispositions prévues par l'article L. 8271-6-1 du Code du travail (créé par la loi du 16 juin 2011 postérieure aux faits de l'arrêt). Ces dispositions permettent d'entendre toute personne susceptible de fournir des informations utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal sous réserve de recueillir l'accord des personnes interrogées (Cass. civ. 2^{ème}, 20 septembre 2018, n° 17-24.359, F-PB).

4.7. Mobilité internationale

DÉTACHEMENT DE SALARIÉS

Dans le cadre de leurs jurisprudences respectives, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ont précisé la force contraignante des certificats de détachement A1 (ex-E101).

De jurisprudence constante, la CJUE considère que le certificat A1 émis dans le cadre du détachement d'un salarié d'un État membre à un autre a force obligatoire

à l'égard des administrations et juridictions du pays dans lequel le salarié détaché exerce son activité, même s'il ne remplit pas les conditions posées par le règlement européen n° 1408/71 (CJUE, 27 avril 2017, affaire C-620/15). La Cour de cassation, à l'origine de la question préjudicielle, a donc jugé à la suite de cette décision que dès lors que l'autorité émettrice n'a pas retiré ou annulé le certificat litigieux, un juge français ne peut directement écarter son application en vue notamment d'un redressement Urssaf et ce, même en cas d'irrégularité manifeste (Cass. Ass. Plén., 22 décembre 2017, n° 13-25.467).

La Cour de justice réaffirme ce principe : tant que l'institution émettrice n'a pas procédé au retrait ou invalidé le certificat de détachement, il conserve son plein effet. Peu importe l'avis de la commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale qui, saisie dans le cadre de la procédure de dialogue et de conciliation, a considéré qu'il avait été émis à tort et qu'il devrait être retiré (CJUE, 6 septembre 2018, aff. C-527/16).

Comme cela était attendu d'elle, le 6 février 2018, la CJUE a, pour la première fois, fixé une limite à la force contraignante du certificat A1. Selon la Cour, il est possible d'écarter un certificat de détachement en cas de fraude dûment constatée après enquête judiciaire. En l'espèce, l'institution du pays d'accueil avait demandé le réexamen du bien-fondé du certificat et son retrait auprès de l'institution émettrice qui a refusé sans examiner les éléments de l'enquête judiciaire démontrant la fraude caractérisée. Dans ce cadre, le juge national saisi par l'institution du pays d'accueil peut écarter l'application du certificat A1 (CJUE, 6 février 2018, affaire C-359/16).

Par quatre arrêts du 18 septembre 2018, la Chambre criminelle a repris à son compte cette jurisprudence de la CJUE en considérant que le juge national ne peut pas qualifier un délit de travail dissimulé en écartant un certificat A1, procédant ainsi à un revirement et à un alignement avec la position de la CJUE. De plus, le juge national ne peut pas écarter ce certificat sauf si l'enquête judiciaire a révélé que le certificat a été obtenu frauduleusement et que l'institution émettrice saisie d'une demande de réexamen ou de retrait du certificat contesté s'est abstenue de prendre en compte le caractère frauduleux (Cass. crim., 18 septembre 2018, n° 13-88.631 ; n° 13-88.632 ; n° 11-88.040, FS-PB et n° 15-80.735 ; n° 15-81.316, F-D)

ÉPARGNE SALARIALE

Confirmant sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation rappelle que les salariés travaillant à l'étranger ne peuvent être exclus des dispositifs d'épargne salariale dès lors qu'ils n'ont jamais cessé d'appartenir à l'effectif de la société.

Si les arrêts de ces espèces traitent de cas de détachement, la rédaction de la motivation ne laisse que peu de doute sur l'application de ce principe aux salariés expatriés dont le lien avec la société d'employeur est certes plus distendu mais toujours existant (*Cass. soc.*, 6 juin 2018, n° Y 17-14.372 à B 17-14.375, FS-PB; *Cass. soc.*, 20 septembre 2018, n° 16-19.680, F-D).

4.8. Participation, intéressement

CONTESTATION DU BÉNÉFICE NET

L'article L.3326-1 du Code du travail interdit de remettre en cause à l'occasion des litiges relatifs à la participation des salariés, les montants servant à son calcul, notamment le montant du bénéfice net, qui ont été établis par une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes.

Par un premier arrêt, il est fait une application restrictive de ce principe, en rappelant d'abord que ce texte est d'ordre public absolu, pour en déduire qu'il est impossible de contester le montant du bénéfice net établi par une attestation du commissaire aux comptes, même en cas de fraude ou d'abus de droit de la société commis dans ses actes de gestion fondant pourtant la contestation (*Cass. soc.*, 28 février 2018, n° 16-50.015 FS-PB).

Dans le même sens, un second arrêt du même jour rejette la demande de réexaminer le calcul de la participation, faute d'attestation rectificative à la suite d'un redressement fiscal (*Cass. soc.*, 28 février 2018, n° 16-17.994, FS-PB).

JURIDICTION COMPÉTENTE

Après le revirement effectué en 2017 par le Tribunal des conflits (*T. confl.*, 11 décembre 2017, n° 4104), le Conseil d'État suit sa position, en estimant que le juge judiciaire, et non plus le juge administratif, est compétent en cas de contestation de l'attestation elle-même fixant le bénéfice net servant ensuite au calcul de la participation et qui a été établie par l'administration fiscale, car elle ne constitue pas un acte administratif détachable de la participation.

Ainsi le juge judiciaire est désormais seul compétent pour statuer sur la remise en cause d'une telle attestation, aussi bien rendue par l'inspecteur des impôts que par le commissaire aux comptes (*CE.*, 26 avril 2018, n° 396196).

5. Droit pénal du travail et contentieux

5.1. Droit pénal du travail

POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR LORS D'UNE ENQUÊTE

En l'espèce, un salarié avait été soupçonné de vol dans l'entreprise suite à une vérification par l'employeur de la vidéosurveillance de la société. Le salarié a été convoqué par la Direction et installé dans un bureau isolé le temps de l'enquête qui a eu lieu dans les locaux. Le salarié a porté plainte pour détention arbitraire. Les juges du fond ont retenu la qualification du délit de détention arbitraire au sens de l'article 224-1 du Code pénal, en jugeant que l'employeur avait fait subir au salarié une contrainte morale irrésistible.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré l'arrêt de cour d'appel en considérant que ne caractérise pas le délit de détention arbitraire le fait pour l'employeur d'ordonner à un salarié de ne pas sortir d'un bureau pendant quelques heures pour enquêter sur des soupçons de vol. La Cour de cassation a relevé que l'acte matériel consistant à priver le salarié de sa liberté d'aller et venir n'était pas présent pour caractériser le délit de détention arbitraire (*Cass. crim.*, 28 février-2018, n° 17-81.929, FS-PB).

ABUS DE CONFIANCE DU SALARIÉ

Le 19 juin 2013, la Cour de cassation avait déjà condamné pénalement un salarié, sur le fondement de l'abus de confiance, suite à l'utilisation de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il percevait une rémunération de la part de son employeur (*Cass. crim.*, 19 juin 2013, n° 12-83.031, F-PB). Par un arrêt du 3 mai 2018, la Cour de cassation vient confirmer cette jurisprudence.

En l'espèce, une société a dénoncé auprès du procureur de la République les agissements de deux salariés. Les investigations réalisées ont permis d'établir que le premier, avec l'aide du second, avait créé et développé une activité commerciale pour le compte de sociétés tierces pendant son temps de travail, dans les locaux de la société et avec les moyens téléphoniques et informatiques mis à sa disposition par celle-ci.

La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de cour d'appel en jugeant qu'était constitué le délit d'abus de confiance par l'utilisation, par des salariés, de leur temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles ils perçoivent une rémunération de leur employeur (*Cass. crim.*, 3 mai 2018, n° 16-86.369, FS-PB).

INFRACTIONS ROUTIÈRES

Depuis le 1^{er} janvier 2017, en application de l'article L. 121-6 du Code de la route, le représentant légal de la personne morale doit indiquer l'identité et l'adresse du salarié ayant commis certaines infractions avec un véhicule de la société, sous peine de l'amende prévue pour les contraventions de 4^{ème} classe.

Par deux arrêts du 11 décembre 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation précise que si le représentant légal de la personne morale peut être poursuivi pour ne pas avoir satisfait à son obligation de dénonciation, cela n'exclut pas que la responsabilité pénale de la personne morale soit aussi recherchée pour cette infraction commise pour son compte par son représentant (*Cass. crim.*, 11 décembre 2018, n° 18-82.820 et 18-82.628, FS-PB).

5.2. Contentieux

VIE PRIVÉE

ACCÈS AUX FICHIERS NON IDENTIFIÉS COMME PRIVÉS

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a rendu en 2018 un arrêt concernant la France et portant sur la question de l'accès de l'employeur aux fichiers présents sur la messagerie professionnelle ou l'ordinateur professionnel d'un salarié.

En l'espèce, le contrat de travail d'un salarié avait été rompu par la SNCF suite à la découverte sur son ordinateur professionnel de fichiers à caractère pornographique ainsi que des attestations frauduleuses destinées à des tiers.

La CEDH a décidé d'ajourner l'affaire dans l'attente de la décision qu'elle rendrait dans un dossier concernant la Roumanie (*CEDH, Grande Chambre, 5 septembre 2017, n° 61496/08, Barbulescu c. Roumanie*). La même question avait en effet été posée à la CEDH dans les deux cas : un employeur peut-il, au regard du respect de la vie privée et des correspondances prévus aux articles 8 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

prendre connaissance d'un document ou d'une communication du salarié élaboré(e) ou stocké(e) avec les moyens de l'entreprise (téléphone ou ordinateur) ?

En droit interne, la Cour de cassation considère de manière constante que l'employeur peut consulter, même en l'absence du salarié, un fichier que ce dernier n'a pas identifié comme étant privé (*Cass. soc.*, 18 octobre 2006, n° 04-48.025, FS-PB).

La CEDH prend une position en conformité avec cette jurisprudence en jugeant que s'il y a eu ingérence dans le droit du salarié au respect de sa vie privée, cette atteinte n'est pas disproportionnée. Par ailleurs, la Cour relève que les fichiers n'avaient pas été identifiés comme étant « privés » ainsi que le préconisait la charte informatique de l'entreprise (*CEDH, 5^{ème} Chambre, 22 février 2018, n° 588/13*).

FACEBOOK

La question de la sanction des messages postés par un salarié sur les réseaux sociaux se pose lorsque ces publications dénigrent l'employeur.

La Cour de cassation a pris position en 2017 en considérant que ces informations relèvent de la vie privée du salarié si ce dernier a restreint l'accès de sa page Facebook (*Cass. soc.*, 20 décembre 2017, n° 16-19.609, FS-PB).

Dans la lignée de cette jurisprudence, la Cour de cassation a jugé le 12 septembre 2018 que la publication en ligne du salarié est une conversation privée si les propos litigieux sont diffusés sur le compte ouvert sur le site Facebook et qu'ils ne sont accessibles qu'à des personnes agréées par ce dernier. En l'espèce, la Cour avait relevé que les personnes ayant accès au compte étaient peu nombreuses, à savoir un groupe fermé composé de quatorze personnes (*Cass. soc.*, 12 septembre 2018, n° 16-11.690, FS-PB).

Un arrêt 7 février 2018 de la cour d'appel de Toulouse a également apporté une illustration intéressante de cette problématique. En l'espèce, un salarié avait laissé sa session Facebook ouverte sur l'ordinateur de l'entreprise, ce qui a permis à l'employeur de prendre connaissance de propos irrespectueux, injurieux et malveillants du salarié à l'égard de sa supérieure hiérarchique et de la gérante de l'entreprise.

La cour d'appel a considéré que le fait pour le salarié d'avoir laissé son compte Facebook ouvert et visible à tous sur l'écran de l'ordinateur de l'entreprise a fait perdre aux messages leur caractère privé. En conséquence, elle a jugé ces agissements comme étant constitutifs d'une faute grave justifiant le licenciement (*CA Toulouse, 4^{ème} ch.*, 2 février 2018, n° 16/04882).

COMMUNICATION EN JUSTICE

La Cour de cassation a rendu un arrêt du 7 novembre 2018 qui rappelle combien il convient d'être vigilant lors de la communication de documents dans le cadre d'une procédure judiciaire. Dans cette affaire, l'employeur était opposé à des organisations syndicales dans le cadre d'un litige électoral. Il avait alors communiqué en défense un bulletin de paie de chacun des salariés mentionnant des données personnelles telles que l'âge, le salaire, l'adresse personnelle, la domiciliation bancaire et l'existence d'arrêts de travail pour maladie.

La cour d'appel, suivie dans son raisonnement par la Cour de cassation, a constaté que ces informations avaient été transmises sans l'accord des salariés et que seules les mentions relatives à l'emploi occupé et la classification, voire au coefficient, étaient nécessaires au succès de la prétention de l'employeur.

Elle en a déduit l'existence d'une atteinte à la vie privée des salariés constitutive d'un trouble manifestement illicite. Or, aux termes de l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation. Dès lors, l'employeur a été condamné à payer aux salariés une somme de 1000 euros de dommages-intérêts au titre d'une atteinte à la vie privée (*Cass. soc.*, 7 novembre 2018, n° 17-16.799, F-D).

TÉMOIGNAGES ANONYMES ET DROITS DE LA DÉFENSE

La Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt du 4 juillet 2018 sur le sujet sensible des témoignages anonymes invoqués par l'employeur à l'encontre d'un salarié. En l'espèce, l'employeur avait procédé au licenciement du salarié en se fondant sur le rapport de la direction de l'éthique de la société.

Le salarié a invoqué un manquement aux droits de la défense estimant que si les témoignages ne mentionnaient pas l'identité de leur auteur, il ne pouvait utilement se défendre des accusations portées contre lui. La cour d'appel avait retenu que le caractère anonyme des témoignages ne portait pas atteinte aux droits de la défense dans la mesure où le salarié avait eu la possibilité d'en prendre connaissance et de présenter ses observations.

L'arrêt est censuré par la Cour de cassation qui considère, au visa de l'article 6 § 1 et 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que le juge ne peut pas fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes (*Cass. soc.*, 4 juillet 2018, n° 17-18.241, 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, Brandon Cheng, Guillaume Cœurdevey, Fatou Dione, Marjorie Goislard, Amar Lasfer, 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.

