

Actualité sociale

ÉDITION 2020



LPA-CGR avocats

Édito

La période actuelle de réforme des retraites, riche en manifestations sociales et grèves, pourrait occulter les réformes intervenues au cours de l'année 2019, certes moins nombreuses qu'en 2017 et 2018, mais tout aussi importantes. On peut ainsi citer la loi Pacte (seuils d'effectif, épargne salariale, épargne retraite) ou la réforme de l'assurance chômage (dégressivité des indemnités, ouverture aux démissionnaires et aux indépendants) qui impacte directement les salariés au quotidien.

Pour autant, il ne faut pas négliger la jurisprudence, certaines décisions ayant marqué 2019, en particulier la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur la conformité du barème Macron ou le procès France Télécom pour harcèlement moral. On notera d'ailleurs sur ce dernier thème plusieurs décisions intéressantes, notamment le rôle central de l'enquête en cas de dénonciation de faits de harcèlement moral. Également, mise en place du CSE oblige, les juridictions ont été amenées à se prononcer sur la définition des établissements et les élections professionnelles.

Notre brochure vous invite à faire le bilan des décisions incontournables de l'année.

Bonne lecture !

Le département social de LPA-CGR avocats

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 _____ 5
- 1.4. Comité de groupe _____ 6
- 1.5. Droit syndical _____ 7
- 1.6. Représentants du personnel _____ 8
- 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. Autres dispositifs de gestion des effectifs _____ 13
- 2.3. Transfert d'entreprise _____ 14

3. Santé et sécurité _____ 15

- 3.1. Expertise CHSCT _____ 15
- 3.2. Harcèlement sexuel et moral _____ 15
- 3.3. Accident du travail _____ 17
- 3.4. Élargissement du préjudice d'anxiété _____ 17
- 3.5. Protection de la maternité _____ 17
- 3.6. Congé parental et discrimination _____ 18
- 3.7. Règlement intérieur _____ 18

4. Gestion RH au quotidien _____ 19

- 4.1. Qualification du contrat de travail : dépendance et lien de subordination _____ 19
- 4.2. Clauses du contrat de travail _____ 19
- 4.3. Rupture du contrat de travail _____ 20
- 4.4. Suites de la rupture _____ 23
- 4.5. Sécurité sociale et protection sociale complémentaire _____ 24
- 4.6. Participation, intéressement - actionnariat salarié _____ 25

5. Droit pénal du travail et contentieux _____ 26

- 5.1. Responsabilité pénale de l'employeur _____ 26
- 5.2. Contentieux - vie privée _____ 26

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

PRÉALABLE DE NÉGOCIATION

Par une décision rendue le 17 avril 2019, la Cour de cassation précise les modalités de fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts.

D'une part, elle se prononce sur la portée qu'il convient donner à l'article L. 2313-4 du Code du travail, lequel prévoit qu'en l'absence d'accord l'employeur fixe le nombre et périmètre des établissements distincts, et considère que ce n'est qu'à l'issue d'une tentative loyale de négociation résultant en l'échec de celles-ci que l'employeur est autorisé à fixer unilatéralement le nombre et le périmètre des établissements distincts. La Cour précise qu'en l'absence de négociation préalable, la décision unilatérale de mise en place doit être annulée.

D'autre part, la Cour de cassation précise les modalités selon lesquelles la décision unilatérale doit être notifiée aux organisations syndicales. Si l'article R. 2313-1 du Code du travail requiert de l'employeur qu'il porte sa décision à la connaissance des organisations syndicales par tout moyen permettant de conférer date certaine à cette information, la Cour de cassation exige une information spécifique et préalable (*c'est-à-dire non incluse dans une note d'information générale*) à l'organisation des élections professionnelles au sein des établissements distincts. À défaut, le délai de 15 jours ouvert aux organisations syndicales pour contester devant la Direccte la décision de l'employeur ne court pas.

Enfin, la Cour de cassation rappelle qu'en application de l'article L. 2313-5 du Code du travail le processus électoral est suspendu et les mandats des élus en exercice sont prorogés, dès lors que la décision de l'employeur sur la détermination des établissements

distincts fait l'objet d'un recours devant la Direccte. Les élections organisées en dépit de cette suspension peuvent faire l'objet d'une demande d'annulation de la part des organisations syndicales dans un délai de 15 jours à compter de la décision de la Direccte déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts (*Cass. soc., 17 avril 2019, n° 18-22.948, FS-PBRI*).

AUTONOMIE DE GESTION

Si le périmètre des établissements distincts a été déterminé par accord collectif ou par accord entre le CSE et l'employeur, les parties définissent librement les établissements distincts, sans critère légal à observer (*articles L. 2313-2 et L. 2313-3 du Code du travail*). En l'absence d'accord collectif, ce qui suppose une tentative de négociation préalable (*Cass. soc., 17 avril 2019 précité*), les établissements distincts sont déterminés par décision unilatérale de l'employeur, lequel doit prendre en compte « l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel » (*article L. 2313-4 du Code du travail*).

La Cour de cassation précise pour la première fois que « la centralisation des fonctions supports et l'existence de procédure de gestion définies au niveau du siège ne sont pas de nature à exclure l'autonomie de gestion des responsables d'établissement ». Selon la Haute Juridiction, l'autonomie de gestion était en l'espèce caractérisée par l'existence de délégations de pouvoirs dans des domaines de compétence variés et la conclusion d'accords collectifs d'établissement (*Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 19-17.298, FP-B*).

1.2. Élections professionnelles

REPRÉSENTATION ÉQUILIBRÉE DES FEMMES ET DES HOMMES

Dans le cadre des élections professionnelles, les organisations syndicales qui souhaitent présenter des candidats sont tenues d'établir une liste de candidats composée d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale, chaque sexe devant être présenté alternativement (*article L. 2314-30 du Code du travail*). En cas de violation de ces règles, l'élection des candidats du sexe surreprésenté ou mal positionné sera annulée.

CONVENTIONNALITÉ DU DISPOSITIF

La Haute Juridiction s'est prononcée sur la conformité de ce dispositif aux normes européennes et internationales.

Elle considère que la représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes électorales ne constitue pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté syndicale reconnu par ces textes et procède à une nécessaire et équilibrée conciliation avec un autre principe fondamental, le principe de non-discrimination qui fait également l'objet d'une protection au niveau européen et international (*Cass. soc.*, 13 février 2019, n° 18-17.042, FS-PBRI).

LISTE INCOMPLÈTE

Par deux décisions rendues en date du 17 avril 2019, la Cour de cassation précise sa jurisprudence en la matière. Alors que, lorsque deux postes sont à pourvoir, les organisations syndicales doivent présenter une liste comportant nécessairement deux candidats de sexe différent (*Cass. soc.*, 9 mai 2018, n° 17-14.088), la Haute Juridiction précise que la présentation d'une liste incomplète est possible lorsque plus de deux postes sont à pourvoir à condition que le nombre de candidats femmes et hommes présentés sur cette liste respecte la proportion de femmes et d'hommes dans le collège électoral concerné.

En outre, en cas d'irrégularité des listes, l'ordre d'annulation de l'élection des candidats surreprésentés ou mal positionnés tient compte de la position des candidats sur la liste, non pas au moment de l'élaboration de celle-ci, mais au regard de leur positionnement effectif après le dépouillement des votes, lequel est impacté lorsque les ratures atteignent 10% des voix recueillies par liste (*Cass. soc.*, 17 avril 2019, n° 17-26.724 FS-PB et n° 18-60.173 FS-PB).

SEXE ULTRA-MINORITAIRE

Par une série d'arrêts du 11 décembre 2019, la Cour de cassation poursuit son éclairage sur les modalités d'application du principe de représentation équilibrée.

Ainsi, lorsque les règles de proportionnalité et d'arrondi issues de l'application du principe de représentation équilibrée appliquées au nombre de sièges à pourvoir (et non au nombre de candidats que l'organisation syndicale décide de présenter), conduisent à ce qu'un sexe ait droit à moins de 0,50 candidat, les listes présentées peuvent ne comporter aucun candidat du sexe ultra-minoritaire.

Dans ce cas précis, les organisations syndicales peuvent par dérogation présenter une liste avec un candidat unique ou présenter une liste avec plusieurs candidats tous du sexe sur-représenté. Elles peuvent néanmoins décider de faire figurer sur leur liste un candidat du sexe ultra-minoritaire, lequel ne pourra alors toutefois pas figurer en première position sur la liste.

L'ensemble de ces dispositions étant d'ordre public, un protocole d'accord préélectoral ne peut imposer d'autres modalités de représentation (*Cass. soc.*, 11 décembre 2019, n° 18-23.513, n° 18-26.568, n° 18-20.841, n° 19-10.855, n° 19-10.826, FS-PB; *Cass. soc.*, 11 décembre 2019, n° 19-13.037, FS-D).

CONTENTIEUX PRÉÉLECTORAL

Bien que les dispositions de l'article L. 2314-32 du Code du travail ne visent que la constatation par le juge, « après l'élection », du non-respect des règles de représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes électorales, le tribunal d'instance (devenu depuis le 1^{er} janvier 2020 le « tribunal judiciaire ») peut être saisi avant l'élection d'une contestation relative à la composition des listes de candidats.

Dans le cadre du contentieux préélectoral, et dès lors qu'il statue avant l'élection, le tribunal judiciaire peut déclarer une liste de candidat irrégulière en reportant, le cas échéant, la date de l'élection pour en permettre la régularisation (*Cass. soc.*, 11 décembre 2019, n° 18-26.568 FS-PB).

1.3. Comité d'entreprise / CSE

ATTRIBUTIONS ÉCONOMIQUES

CONTENU DE LA BDES

Les dispositions des articles L. 2312-18 et R. 2312-10 du Code du travail (*anciennement articles L. 2323-8 et R. 2323-1-5*) prévoient que dans le cadre des consultations obligatoires, l'employeur a l'obligation de mettre à disposition des représentants du personnel dans la base de données économiques et sociales l'ensemble des informations nécessaires portant sur l'année en cours, les deux années précédentes et les perspectives sur les trois années suivantes.

La Cour de cassation précise qu'en cas de fusion-absorption, cette obligation s'étend aux informations concernant les entreprises parties à l'opération de fusion pour les années visées, y compris si elles portent sur une période antérieure à la fusion-absorption, sauf impossibilité pour l'employeur de se les procurer (*Cass. soc.*, 27 novembre 2019, n° 18-22.532, F-PB).

DÉFAUT DE CONSULTATION ANNUELLE SUR LA DURÉE DU TRAVAIL (ACCORD DE MODULATION)

Les dispositions de l'article L. 2312-26 du Code du travail prévoient que la consultation annuelle récurrente du comité d'entreprise (ou du CSE) sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi

portent notamment sur l'aménagement du temps de travail et la durée du travail. La Cour de cassation a toutefois eu l'occasion de considérer que si le défaut de consultation du CE (ou du CSE) sur l'aménagement ou la durée du travail au titre de la consultation annuelle récurrente de cette instance sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, peut être sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement du comité d'entreprise (ou du CSE), au titre du délit d'entrave, celui-ci n'a pas pour effet d'entraîner l'inopposabilité de l'accord de modulation à l'ensemble des salariés de la société (Cass. soc., 18 septembre 2019, n° 17-31.274, FS-PB).

CSSCT

Une commission santé, sécurité et conditions de travail doit obligatoirement être créée au sein du comité social et économique dans les entreprises et établissements distincts d'au moins 300 salariés, les établissements comprenant une installation dangereuse ou sur décision de l'inspection du travail. L'entreprise qui ne remplit pas ces conditions peut également prévoir la mise en place conventionnelle de cette commission.

En l'espèce, une société avait prévu par accord collectif la mise en place d'une CSSCT selon les mêmes modalités que celles prévues par la loi, à savoir une désignation par le CSE parmi ses membres par une résolution à la majorité des membres présents (article L. 2315-39 du Code du travail), ce qui avait été contesté par un syndicat considérant que la désignation des membres de la CSSCT devait faire l'objet d'une résolution préalable du CSE sur les modalités de désignation.

Par un arrêt du 27 novembre 2019, la Cour de cassation décide que les dispositions relatives à la mise en place de la CSSCT sont d'ordre public et qu'elles s'appliquent que la mise en place de la commission soit obligatoire ou conventionnelle (Cass. soc., 27 novembre 2019, n°19-14.224, F-PB).

FONCTIONNEMENT ET MOYENS

FIXATION DU LIEU DES RÉUNIONS

En 2013, la Cour de cassation posait le principe selon lequel la fixation de la date des réunions du CE était une prérogative de l'employeur, sauf abus de sa part dans l'exercice de celle-ci (Cass. soc., 15 janvier 2013, n° 11-28.324).

Dans une décision rendue le 3 avril 2019, la Cour de cassation applique le même raisonnement s'agissant de la fixation du lieu des réunions du CE et considère qu'il s'agit d'une prérogative de l'employeur qui ne peut être contestée par les élus qu'en cas d'abus.

En l'occurrence, dans cette espèce, l'abus était notamment caractérisé par l'éloignement géographique du lieu choisi par l'employeur induisant un temps de déplacement particulièrement élevé pour les élus, de nature à décourager les vocations des candidats à l'élection et à avoir des conséquences sur la qualité des délibérations et par l'absence de recherche de solutions alternatives telle que la visio-conférence (Cass. soc., 3 avril 2019, n° 17-31.304, F-PB).

RÉUNION EXTRAORDINAIRE À LA DEMANDE DE LA MAJORITÉ DES MEMBRES

Aux termes de l'ancien article L. 2325-14 du Code du travail, le comité d'entreprise peut solliciter la tenue d'une réunion extraordinaire à la « majorité de ses membres ».

Par un arrêt rendu le 13 février 2019, la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur l'appréciation de la condition légale de majorité. La majorité des membres du comité d'entreprise s'entend, selon la Haute Juridiction, de la majorité des membres élus du CE ayant voix délibérative. Par conséquent, les représentants syndicaux et les membres suppléants (sauf lorsqu'ils sont amenés à remplacer un titulaire absent), ne disposant pas de voix délibérative, n'ont pas à être pris en compte dans le calcul de la majorité requise (Cass. soc., 13 février 2019, n° 17-27.889, FS-PB).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette solution rendue notamment au visa de l'ancien article L. 2325-14 alinéa 3, du Code du travail applicable au CE, est transposable au CSE puisque les dispositions de l'article L. 2315-28 alinéa 3, applicables au CSE, sont rédigées en des termes identiques : « *Le comité peut tenir une seconde réunion à la demande de la majorité de ses membres* ».

1.4. Comité de groupe

Les dispositions de l'article L. 2331-1 du Code du travail prévoient qu'un comité de groupe doit être constitué au sein du groupe formé par une entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle. L'article L. 2331-4 du Code du travail exclut de la qualification d'entreprise dominante, par renvoi à des dispositions européennes, les sociétés de participation financière.

Par cet arrêt, la Cour de cassation revient sur les conditions de constitution d'un comité de groupe.

Elle énonce tout d'abord que constitue une entreprise dominante au sens de l'article précité l'entreprise ayant son siège social en France, même si cette entreprise est elle-même contrôlée par une ou plusieurs sociétés ayant leur siège à l'étranger.

Elle précise ensuite que, pour échapper à la qualification d'entreprise dominante, une société de participation ne doit pas s'immiscer directement ou indirectement dans la gestion des entreprises filiales. Ainsi, une société holding constitue une entreprise dominante rendant obligatoire la mise en place d'un comité de groupe s'il est démontré par le biais d'un faisceau d'indices (direction commune, intervention en amont dans les décisions prises par les filiales, délibérations prises sur des projets des filiales, etc.) qu'elle s'immisce dans la gestion de ses filiales (Cass. soc., 14 novembre 2019, n° 18-21.723, FS-PB).

1.5. Droit syndical

MANDATS SYNDICAUX

DÉSIGNATION D'UN DÉLÉGUÉ SYNDICAL SUPPLÉMENTAIRE PAR DES ORGANISATIONS SYNDICALES AFFILIÉES À LA MÊME CONFÉDÉRATION

Dans les entreprises d'au moins 500 salariés, les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ont la faculté de désigner un délégué syndical supplémentaire à condition d'avoir obtenu un ou plusieurs élus dans le collège des ouvriers et employés et au moins un élu dans l'un des deux autres collèges (article L. 2143-4 du Code du travail).

Pour la première fois, la Cour de cassation considère, dans un arrêt en date du 29 mai 2019, que deux organisations syndicales affiliées à une même confédération, dès lors qu'elles ont présenté des listes distinctes dans deux collèges différents, peuvent faire valoir qu'elles remplissent ensemble les conditions de l'article L. 2143-4 précité et donc qu'elles peuvent chacune procéder à la désignation d'un délégué syndical supplémentaire en raison de la présence d'élus dans au moins deux collèges.

La solution ici retenue par la Cour de cassation repose sur le fait qu'en présentant des listes de candidats dans des collèges différents, les deux organisations syndicales ne pouvaient être considérées comme concurrentes et distinctes (Cass. soc., 29 mai 2019, n° 18-60.129, FS-PB).

SORT DU MANDAT DE REPRÉSENTANT SYNDICAL AU CE/CSE EN CAS D'ÉLECTIONS COMPLÉMENTAIRES

Des élections complémentaires tendant à désigner des représentants du personnel en plus de ceux dont le mandat est en cours (en raison d'une augmentation des effectifs liée notamment à une opération de fusion-absorption), et pour la durée des mandats restant à courir, peuvent être organisées à la condition qu'elles soient prévues par un accord collectif signé par tous les syndicats présents dans l'entreprise (Cass. soc., 13 octobre 2010, n° 09-60.206).

Dans la mesure où les élections complémentaires ne conduisent pas au renouvellement de l'instance, mais ont pour objet de désigner des représentants du personnel complémentaires en cours de mandat, la Cour de cassation considère logiquement que le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise ne prend pas fin lors des élections complémentaires (Cass. soc., 13 juin 2019, n° 18-14.981, F-PB).

CUMUL DES MANDATS D'ÉLU ET DE REPRÉSENTANT SYNDICAL AU CSE

Conformément aux dispositions de l'article L. 2314-2 du Code du travail, chaque organisation syndicale représentative peut désigner un représentant syndical au comité social et économique (CSE). Sous l'empire des dispositions légales applicables au comité d'entreprise, la Cour de cassation avait prohibé le cumul des mandats d'élu au comité et de représentant syndical au comité.

Par un arrêt rendu le 11 septembre 2019, la Cour de cassation a été interrogée sur la possibilité de cumul d'un mandat d'élu suppléant et d'un mandat de représentant syndical au CSE. En effet, l'organisation syndicale invoquait les nouvelles dispositions applicables au CSE aux termes desquelles les élus suppléants ne siègent au comité qu'en cas d'absence du titulaire et, dès lors, hors absence du titulaire, les fonctions de représentant syndical au comité seraient compatibles avec celles d'élu suppléant au CSE.

Ni le tribunal d'instance ni la Cour de cassation n'ont suivi ce raisonnement. Pour la Haute Juridiction, un salarié ne peut, au sein d'une même instance et dans le même temps, exercer les fonctions délibératives qui sont les siennes en sa qualité d'élu titulaire ou suppléant, et les fonctions consultatives liées à son mandat de représentant syndical désigné par une organisation syndicale. La Cour de cassation a ainsi conclu qu'un salarié ne pouvait valablement cumuler un mandat d'élu et de représentant syndical au CSE (Cass. soc., 11 septembre 2019, n° 18-23.764, FS-PB).

INCIDENCE DE L'ANNULATION DE L'ÉLECTION SUR LA DÉSIGNATION COMME DÉLÉGUÉ SYNDICAL

L'annulation de l'élection d'un membre du CSE, en raison du non-respect des règles de représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidats, est sans incidence sur la désignation de ce même salarié en qualité de délégué syndical.

En effet, la désignation en qualité de délégué syndical est subordonnée au fait d'avoir été candidat aux élections professionnelles et d'avoir recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections (*article L. 2143-3 du Code du travail*), mais non à la qualité d'élu (*Cass. soc., 11 décembre 2019, n° 18-19.568, FS-PB*).

NÉGOCIATION COLLECTIVE

PRÉCISIONS SUR L'ACCORD COLLECTIF VALIDÉ PAR RÉFÉRENDUM

L'article L. 2232-12 du Code du travail prévoit que, dans les établissements pourvus d'un ou plusieurs délégués syndicaux, participent à la consultation visant à valider l'accord signé par des organisations syndicales ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections, les salariés des établissements couverts par l'accord et électeurs au sens de l'article L. 2314-18.

La Cour de cassation a considéré au visa de ces dispositions que doit être consulté l'ensemble des salariés de l'établissement qui remplissent les conditions pour être électeurs dans l'entreprise. Elle réserve toutefois l'hypothèse de l'accord collectif catégoriel, lequel requiert, le cas échéant, pour être valide, la consultation des seuls salariés du collège électoral concerné.

Ainsi, dès lors qu'ils remplissent la condition d'électorat, l'ensemble des salariés de l'établissement, y compris ceux qui ne sont pas concernés par l'accord, doivent prendre part à la consultation (*Cass. soc., 9 octobre 2019, n° 19-10.816, FS-PB*).

CADUCITÉ D'UN ACCORD COLLECTIF

L'article 1186 du Code civil dispose qu'un contrat devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. La Chambre sociale de la Cour de cassation n'a eu que très rarement l'occasion de se prononcer sur la question de la caducité d'un accord collectif.

L'arrêt du 26 juin 2019, largement publié, permet d'éclairer l'analyse de la Cour de cassation qui précise que « *l'abrogation d'un dispositif législatif prévoyant en faveur des salariés de certaines entreprises une prime obligatoire de participation, assortie de dispositifs d'exonération de charges, ne rend pas caduc de plein droit un accord collectif instaurant cette prime dans l'entreprise* ».

Ainsi, s'agissant de la prime de partage des profits instituée en 2011, la Chambre sociale constate que l'accord collectif ne perdait pas son objet puisque la prime pouvait continuer à exister et à être versée, et décide donc que la disparition de la raison pour laquelle l'employeur avait signé l'accord collectif ne suffisait pas à mettre fin à cet accord qui était conclu pour une durée indéterminée (*Cass. soc., 26 juin 2019, n° 17-28.287, FS-PBRI*).

1.6. Représentants du personnel

VALIDITÉ D'UN ACCORD DE VALORISATION DE L'EXPÉRIENCE ACQUISE DANS LES FONCTIONS SYNDICALES ET ÉLECTIVES

Par une décision en date du 9 octobre 2019, la Cour de cassation expose les principales conditions de validité d'un dispositif de valorisation de l'expérience acquise dans les fonctions syndicales et électives :

- ce dispositif doit être instauré par accord collectif ;
- ce dispositif doit être facultatif pour le représentant du personnel concerné ;
- ce dispositif doit reposer sur un référentiel de compétences objectives et pertinentes, non discriminatoires et ne portant pas atteinte à la liberté syndicale ;
- ces compétences doivent être appréciées par l'employeur « *en association avec l'organisation syndicale* » du représentant du personnel ;
- l'évaluation menée doit être susceptible de donner lieu à une offre de formation.

(*Cass. soc., 9 octobre 2019, n° 18-13.529, FS-PBRI*).

PROTECTION DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL

ABSENCE DE PRÉSUMPTION DE CONNAISSANCE DU MANDAT DE DÉFENSEUR SYNDICAL

Le salarié titulaire d'un mandat extérieur à l'entreprise ne peut se prévaloir du statut protecteur attaché à un tel mandat que s'il a informé l'employeur de l'existence de ce mandat ou s'il rapporte la preuve que son employeur en avait eu connaissance par un autre moyen.

Par un arrêt rendu le 16 janvier 2019, la Cour de cassation rappelle ce principe, s'agissant du mandat de défenseur syndical. En outre et surtout, la Cour de cassation refuse de retenir l'argument avancé par le salarié, tenant à l'existence d'une présomption de

connaissance du mandat par l'employeur du fait de l'obligation de la Direccte d'informer ce dernier de l'inscription, de l'acquisition et du retrait de la qualité de défenseur syndical (*article D. 1453- 2-7 du Code du travail*) (*Cass. soc., 16 janvier 2019, n° 17-27.685, FS-PB*).

ACTION EN DISCRIMINATION SYNDICALE

Par un arrêt rendu en date du 29 mai 2019, la Chambre sociale de la Cour de cassation revient sur le principe de séparation des pouvoirs entre le juge administratif et le juge judiciaire s'agissant de l'action d'un salarié protégé.

La Cour de cassation rappelle que le juge judiciaire ne peut apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement du salarié protégé mais est compétent « pour apprécier les fautes commises par l'employeur pendant la période antérieure au licenciement » et notamment pour apprécier l'existence d'une discrimination syndicale à l'égard du salarié protégé (*Cass. soc., 29 mai 2019, n° 17-23.028, FS-PB*).

1.7. Durée du travail

CONTRÔLE DE LA DURÉE JOURNALIÈRE DE TRAVAIL

Pour la première fois, la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur l'obligation de contrôle de la durée du temps de travail journalier.

Elle affirme ainsi que « les États membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur », afin d'assurer la protection de la santé ainsi que le droit au repos des travailleurs.

De plus, selon la CJUE, un tel système est essentiel pour permettre aux représentants des travailleurs, jouant un rôle spécifique en matière de protection de leur santé et sécurité, de demander à l'employeur de prendre des mesures adaptées et de lui soumettre des suggestions (*CJUE, 14 mai 2019, aff. C-55/18*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Comme toute décision de la CJUE, celle-ci conduit à s'interroger sur la conformité du droit national. Le doute est permis s'agissant en particulier des salariés employés selon un horaire collectif dont les modalités de contrôle se limitent à un affichage (*article D. 3171-1 du Code du travail*).

FORFAIT JOURS

NULLITÉ DU FORFAIT JOURS

La Cour de cassation réaffirme ses exigences concernant la validité des accords collectifs portant sur les forfaits en jours : l'employeur doit en particulier être en mesure de remédier en temps utile à une charge de travail trop importante.

En l'occurrence, la Haute Juridiction estime que la convention collective nationale des organismes gestionnaires de foyers et services pour jeunes travailleurs ne prévoit pas « de suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs de temps travaillé transmis, permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable ». Dès lors, les dispositions conventionnelles ne permettent pas de garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps du travail de l'intéressé, ce qui conduit à la nullité de la convention individuelle de forfait en jours (*Cass. soc., 6 novembre 2019, n° 18-19.752, F-PB*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

L'affaire était antérieure à la loi Travail du 8 août 2016 qui n'était donc pas applicable.

Pour mémoire, la loi Travail permet de sécuriser les conventions de forfait en jours conclues en application d'un accord ne prévoyant pas de garanties suffisantes, en mettant en place un document de contrôle des jours travaillés qui peut être renseigné par le salarié mais sous la responsabilité de l'employeur, un contrôle régulier de la charge de travail du salarié et sa compatibilité avec les temps de repos obligatoires, et au moins un entretien annuel (*article L. 3121-65 du Code du travail*).

En toute hypothèse, les dispositifs mis en place devront permettre à l'employeur de réagir en temps utile à une charge de travail déraisonnable.

DÉLAI DE PRESCRIPTION DE L'ACTION EN NULLITÉ

De quel délai dispose un salarié pour contester la validité de sa convention de forfait annuel en jours ?

Pour la première fois, la Cour de cassation considère que, dès lors que la demande du salarié en rappel de salaire au titre des heures supplémentaires n'est pas prescrite, celui-ci est recevable à faire valoir, à titre incident, la nullité de la convention de forfait annuel en jours prévue dans son contrat de travail (*Cass. soc., 27 mars 2019, n° 17-23.314, FS-PB*).

SÉCURISATION DU FORFAIT JOURS – ACCORD DU SALARIÉ

L'article 12 de la loi Travail du 8 août 2016 prévoit que « lorsqu'une convention ou un accord de branche ou un accord d'entreprise ou d'établissement conclu avant la publication de la présente loi et autorisant la conclusion de forfaits annuels en heures ou en jours est révisé pour être mis en conformité avec l'article L. 3121-64 du Code du travail, dans sa rédaction résultant de la présente loi, l'exécution de la convention individuelle de forfait annuel en heures ou en jours se poursuit sans qu'il y ait lieu de requérir l'accord du salarié ».

Les dispositions de l'article L. 3121-64 du Code du travail introduites par la loi du 8 août 2016 énoncent notamment que l'accord prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait en heures ou en jours sur l'année doit indiquer les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ainsi que les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié.

Par un arrêt en date du 16 octobre 2019, la Cour de cassation a considéré que l'employeur ne peut se prévaloir, afin de tenter d'établir la validité de la convention de forfait en jours, de l'avenant portant révision de l'accord collectif de branche prévoyant la conclusion de convention de forfait en jours, conclu avant la loi du 8 août 2016, et doit soumettre au salarié une nouvelle convention de forfait en jours à la date de l'entrée en vigueur de cet avenant. Autrement dit, dès lors qu'un avenant de révision à un accord collectif de branche, d'entreprise ou d'établissement autorisant ou révisant le dispositif de recours au forfait en jours a été conclu antérieurement à la loi du 8 août 2016, il convient de requérir une nouvelle fois l'accord du salarié concerné par une convention de forfait. À défaut, la convention de forfait en jours encourt la nullité (Cass. soc., 16 octobre 2019, n° 18-16.539, FS-PBRI).

QUALIFICATION DE LA DURÉE DE TRANSPORT AU SEIN DE L'ENTREPRISE

L'article L.3121-1 du Code du travail dispose que la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

Au visa de cet article, la Cour de cassation considère, par un arrêt du 9 mai 2019, que la circonstance que le salarié soit astreint de se déplacer vers son lieu de travail, à l'intérieur de l'enceinte de l'entreprise, au moyen d'une navette, ne permet pas de considérer que ce temps de déplacement constitue un temps de travail effectif.

La Haute Juridiction rappelle ainsi que le temps de déplacement au sein de l'entreprise ne constitue pas de plein droit un temps de travail effectif (Cass. soc., 9 mai 2019, n° 17-20.740, FS-PB).

1.8. Égalité de traitement

ABSENCE DE PRÉSUMPTION GÉNÉRALE DE JUSTIFICATION DES DIFFÉRENCES DE TRAITEMENT INSTAURÉES PAR ACCORD COLLECTIF

Par un arrêt rendu le 3 avril 2019, la Cour de cassation a écarté la reconnaissance d'une présomption générale de justification des différences de traitement opérées par voie d'accord collectif.

La Haute Juridiction s'inscrit ainsi dans la lignée du droit européen en considérant que les différences de traitement instituées par accord collectif ne doivent pas être présumées justifiées pour cette seule raison. La CJUE considère en effet qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement (CJUE, 13 septembre 2007, aff. C-307/05).

En l'espèce, l'accord collectif instaurait une différence de traitement fondée sur la date de présence des salariés sur un site, et non sur l'appartenance à un établissement ou un site, ou sur une catégorie professionnelle ou encore sur une différence de fonction au sein d'une telle catégorie lesquelles sont présumées justifiées.

Faute pour l'employeur de démontrer l'existence de raisons objectives l'ayant conduit à instaurer une telle différence, ce dernier a été condamné pour violation du principe d'égalité de traitement.

En cas de litige, l'employeur devra justifier de raisons objectives dont le juge contrôlera concrètement la réalité et la pertinence (Cass. soc., 3 avril 2019, n° 17-11.970, FS-PBRI).

2. Restructurations

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

DÉLAIS DE CONSULTATION

Dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins 50 salariés, lorsqu'il est consulté sur un projet de licenciement collectif pour motif économique de 10 salariés ou plus sur une même période de 30 jours, le CSE rend ses avis, sauf accord contraire, dans un délai préfix qui ne peut être supérieur, à compter de la date de la première réunion au cours de laquelle il est consulté sur l'opération projetée et le projet de licenciement collectif, à 2, 3 ou 4 mois (en fonction du nombre de licenciement envisagé). En l'absence d'avis du CSE dans ce délai, celui-ci est réputé avoir été consulté (*article L. 1233-30 du Code du travail*).

Par un arrêt rendu le 22 mai 2019, le Conseil d'État précise que la circonstance que le CSE ait rendu son avis après l'expiration du délai précité est sans incidence sur la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité.

Le Conseil d'État d'ajouter, par ailleurs, que la Direccte peut homologuer un document unilatéral portant plan de sauvegarde de l'emploi en l'absence d'avis rendus dans le délai préfix précité, sous réserve non seulement de s'être assuré qu'aucun avis n'a effectivement été rendu dans le délai imparti mais aussi que le CSE a été mis à même de rendre ses deux avis en toute connaissance de cause dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation (*Conseil d'État, 22 mai 2019, n°420780*).

CONSÉQUENCES DU DÉFAUT DE CONSULTATION DU CHSCT

Par décision rendue le 13 février 2019, le Conseil d'État a confirmé la validité de la décision d'homologation du document unilatéral portant PSE, et ce malgré l'absence de consultation du CHSCT. Le Conseil a précisé que si l'administration est tenue de contrôler la régularité de la consultation du CHSCT, ce n'est que lorsque cette consultation est requise, c'est-à-dire lorsque le projet impacte de manière importante la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés.

Or, au cas particulier, tel n'était pas, d'une part, s'agissant d'un PSE intervenu dans le cadre d'une

procédure de liquidation judiciaire, sans reprise d'activité ni de personnel, d'autre part, et surtout, dans la mesure où il n'était pas prétendu que le projet puisse avoir des incidences sur la santé, la sécurité et les conditions de travail des salariés pendant la mise en œuvre du PSE (*Conseil d'État, 13 février 2019, n°404556*).

CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION

Par un arrêt en date du 12 novembre 2019, le Conseil d'État a précisé qu'il incombe à l'administration, saisie d'une demande de validation d'un accord collectif portant plan de sauvegarde de l'emploi, de s'assurer de la qualité de ses signataires.

Dès lors, l'absence de qualité des signataires d'un tel accord peut être, le cas échéant, utilement invoquée devant le juge de l'excès de pouvoir saisi de la légalité de la décision de validation. En revanche, le moyen tiré de ce que l'administration n'aurait pas procédé à la vérification de cette qualité, est inopérant.

Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article L. 1233-57-7 du Code du travail que « *en cas de décision de refus de validation ou d'homologation, l'employeur, s'il souhaite reprendre son projet, présente une nouvelle demande après y avoir apporté les modifications nécessaires et consulté le comité d'entreprise* ».

Le Conseil d'État considère que ces dispositions ne font obligation à l'employeur de consulter de nouveau le comité d'entreprise que si les éléments introduits dans le nouveau plan auraient dû, s'ils avaient figuré dans le document initial, faire l'objet d'une consultation du comité d'entreprise.

En l'occurrence, l'employeur n'était pas tenu de consulter à nouveau le comité d'entreprise après avoir fait procéder à une nouvelle signature de l'accord collectif que l'administration avait refusé de valider, sans en changer les termes.

Enfin, le Conseil d'État est venu rappeler que des modalités particulières d'information et de consultation du comité d'entreprise et, désormais du comité social et économique, sur un plan de sauvegarde de l'emploi, peuvent être fixées soit par un accord collectif pris sur le fondement de l'article L. 1233-21 du Code du travail et ayant spécifiquement cet objet, dit « accord de méthode », soit par l'accord qui fixe le plan de sauvegarde de l'emploi lui-même (*Conseil d'État, 12 juin 2019, n°420084*).

JURIDICTION COMPÉTENTE POUR LES LITIGES AFFÉRENTS AU PSE

En application de l'article L.1235-7-1 du Code du travail, 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.

EXPERTISE

Par un arrêt en date du 25 septembre 2019, le Conseil d'État est venu clarifier la compétence du juge administratif en matière de contestation relative à la communication de pièces sollicitées par l'expert-comptable dans le cadre d'une consultation du comité d'entreprise en cas de projet de licenciement économique collectif accompagné d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

La Cour de cassation avait déjà écarté la compétence du juge judiciaire en la matière (*Cass. soc., 28 mars 2018, n° 15-21.372*).

Le Conseil d'État considère ainsi qu'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de communiquer des pièces à l'expert-comptable désigné dans le cadre de la procédure de consultation du comité d'entreprise en cas de licenciements collectifs pour motif économique d'au moins 10 salariés sur une période de 30 jours, au sein d'une entreprise d'au moins 50 salariés, ne peut être adressée qu'à l'autorité administrative et ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4 du Code du travail.

Par conséquent, en l'absence de tout litige relatif à une décision de validation ou d'homologation non encore intervenue à la date où le juge statue, la demande d'injonction de communication de pièces à l'expert-comptable doit être considérée comme irrecevable (*Conseil d'État, 25 septembre 2019, n° 428510*).

RECHERCHE D'UN REPRENEUR

Il résulte des dispositions de l'article L. 1233-57-3 du Code du travail qu'en l'absence d'accord collectif ou en cas d'accord ne portant pas sur l'ensemble des points mentionnés aux 1 à 5 de l'article L. 1233-24-2 relatif au contenu de l'accord collectif portant plan de sauvegarde de l'emploi, l'autorité administrative homologue le document unilatéral élaboré par l'employeur, après avoir notamment vérifié le respect, le cas échéant, des obligations légales relatives à la recherche d'un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement.

Par un arrêt en date du 16 janvier 2019, la Cour de cassation a considéré au visa de l'article précité que le respect du principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que le juge judiciaire se prononce sur le respect par l'employeur de son obligation de recherche

d'un repreneur, cette appréciation relevant de la seule compétence de la juridiction administrative (*Cass. soc., 16 janvier 2019, n° 17-20.969, FS-PB*).

RISQUES PSYCHOSOCIAUX

Par un arrêt en date du 14 novembre 2019, la Cour de cassation met un terme au débat relatif au juge compétent en matière de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité dans le cadre de la mise en œuvre d'une réorganisation accompagnée d'un plan de sauvegarde de l'emploi validé par l'administration.

La Cour de cassation considère que le juge judiciaire est compétent afin de statuer sur une demande tendant au contrôle des risques psychosociaux consécutifs à la mise en œuvre d'un projet de restructuration intégrant un PSE. Cette compétence du juge judiciaire s'explique par le fait qu'il ne s'agissait pas de contrôler les mesures prévues par le plan mais le projet de réorganisation et ses conditions de mise en œuvre (*Cass. soc., 14 novembre 2019, n° 18-13.887, FS-PB*).

CONTENU DU PLAN

ORDRE DES LICENCIEMENTS ET APPRÉCIATION DES QUALITÉS PROFESSIONNELLES

En application des dispositions de l'article L. 1233-5 du Code du travail, en l'absence de convention ou d'accord collectif, l'employeur définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du CSE. Ces critères prennent notamment en compte « *les qualités professionnelles appréciées par catégorie* ».

À cet égard, le Conseil d'État apporte, dans deux arrêts rendus le 22 mai 2019, un éclairage sur l'appréciation des qualités professionnelles des salariés.

Ainsi, si le Conseil d'État admet la prise en compte, en l'absence de tout système d'évaluation des salariés dans l'entreprise, « *d'un indicateur tiré du montant des primes d'assiduité versées par l'entreprise, corrigé des variations liées aux motifs légaux d'absence* » pour apprécier le critère des qualités professionnelles (*Conseil d'État, 22 mai 2019, n° 413342*), il considère à l'inverse que ne permet une telle appréciation la seule prise en compte du « *nombre d'absences injustifiées de chaque salarié au cours des deux derniers mois* », et ce d'autant, dans cette deuxième espèce, qu'un processus d'évaluation professionnelle des salariés avait été mis en œuvre depuis plusieurs années dans l'entreprise (*Conseil d'État, 22 mai 2019, n° 418090*).

NOTION DU GROUPE POUR L'APPRÉCIATION DU CARACTÈRE SUFFISANT DU PSE

La Cour de cassation précise que la pertinence des mesures prévues par le PSE s'apprécie au regard des moyens de l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante

dans les conditions définies à l'article L.2331-1 du Code du travail (relatif à la mise en place du comité de groupe lequel renvoie à la définition du groupe par le Code de commerce), sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national (Cass. soc., 16 novembre 2016, n° 15-15.290).

Dans un arrêt rendu le 20 mars 2019, la Cour de cassation précise qu'une société gestionnaire d'un fonds commun de placement ayant acquis 85 % d'une holding ne peut être considérée comme contrôlant la filiale de la holding en ce qu'il n'est pas démontré, d'une part que la société détenait une fraction de la holding lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales; d'autre part que le pacte d'associé au sein de la holding conférerait à la société gérant le fonds le droit d'exercer une influence dominante sur la filiale.

Ainsi, la société gérant le fonds n'était liée à la filiale que par un lien de contrôle et de surveillance lequel ne permettait pas de la qualifier d'entreprise dominante en application des critères posés par les dispositions du Code de commerce auxquelles renvoie l'article L. 2331-1 du Code du travail et de prendre en compte ses moyens financiers pour apprécier le PSE (Cass. soc., 20 mars 2019, n° 17-19.595, FS-PB).

2.2. Autres dispositifs de gestion des effectifs

ACCORD DE MOBILITÉ

En application des dispositions de l'article L. 2242-21 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 14 juin 2013, « l'employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs ».

Par une décision rendue le 11 décembre 2019, la Cour de cassation se prononce sur la définition des « mesures collectives d'organisation courantes » s'agissant d'un projet de réorganisation interne mis en œuvre par un accord relatif à la gestion prévisionnelle des compétences contenant des dispositions relatives à la mobilité interne. Un salarié licencié pour motif économique, après avoir refusé plusieurs offres de mobilité interne, contestait son licenciement estimant que, s'agissant d'un projet d'ampleur, le projet de réorganisation ne pouvait constituer une mesure collective d'organisation courante.

Or, selon la Cour de cassation, dès lors qu'une réorganisation ne prévoit pas de mesures de réduction d'effectifs, elle constitue une mesure collective d'organisation courante au sens des dispositions de l'article L.2242-21 dans leur rédaction issue de la loi du 14 juin 2013.

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Désormais la mobilité interne peut se négocier dans le cadre d'un accord de performance collective « afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou développer l'emploi ». La seule exigence posée par l'article L. 2254-2 du Code du travail concerne la rédaction du préambule de l'accord, lequel doit préciser les objectifs poursuivis par l'accord. Au vu de la jurisprudence commentée, le contrôle du juge pourrait être restreint et se limiter à la vérification de la conformité de l'accord aux dispositions légales organisant son régime. Ainsi, la simple mention des objectifs poursuivis en préambule de l'accord de performance collective pourrait suffire à ce que le juge entérine sa validité. Toutefois, la prudence reste de mise dans l'attente d'une décision de la Cour de cassation.

RUPTURE CONVENTIONNELLE COLLECTIVE

Par un arrêt rendu le 14 mars 2019, la Cour administrative d'appel de Versailles se prononce pour la première fois sur la validité d'un accord portant rupture conventionnelle collective (RCC). À cette occasion, les juges étaient interrogés d'une part sur la validité de la mise en œuvre du dispositif de RCC lorsque le projet est motivé par une cause économique et d'autre part sur les conséquences liées à l'absence d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel.

Sur le premier point, les requérants soutenaient que la mise en œuvre de l'accord portant RCC avait pour effet de contourner les règles relatives à la procédure de licenciement pour motif économique et à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Ce n'est pas l'avis des magistrats qui considèrent que, dès lors que l'employeur a pris expressément l'engagement de ne procéder à aucun licenciement, et ce pendant une période de 12 mois à compter des premiers départs, la fraude à la procédure du plan de sauvegarde de l'emploi ne peut être caractérisée. L'existence d'un motif économique ne fait donc pas, en soi, obstacle à la mise en œuvre d'une RCC.

Par ailleurs, et pour ce qui est de l'absence d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel, la Cour d'appel de Versailles estime qu'il

n'appartient pas à l'administration saisie d'une demande de validation d'un accord collectif portant RCC de vérifier si l'employeur a procédé à une consultation du comité d'entreprise sur le projet de réorganisation au titre de ses attributions générales ou du CHSCT ; le rôle de l'administration se limite en effet à vérifier le cas échéant la régularité de la procédure d'information conformément aux dispositions de l'article L. 1237-19-3 du Code du travail (CAA Versailles, 14 mars 2019, n° 18VE04158).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

S'il n'appartient pas à l'administration de contrôler si les institutions représentatives du personnel ont été régulièrement consultées sur le projet de réorganisation, de restructuration et de compression des effectifs, il n'en demeure pas moins que le CSE ou le CE et le CHSCT doivent être consultés selon leurs prérogatives.

2.3. Transfert d'entreprise

MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL DU FAIT DU TRANSFERT

Par une décision rendue le 17 avril 2019, la Cour de cassation se prononce sur la nature du licenciement fondé sur le refus par un salarié de la modification de son contrat de travail consécutive à un transfert d'entreprise.

En 2016, la Cour de cassation considérait que lorsque le transfert d'entreprise entraînait pour le salarié une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le licenciement du salarié en raison du refus de la modification proposée, lequel n'est pas fautif, reposait sur un motif autonome de licenciement (Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-21.143).

Désormais, la Cour de cassation estime qu'un tel licenciement repose sur un motif économique, dès lors que la modification proposée repose sur un motif non inhérent à la personne du salarié (Cass. soc., 17 avril 2019, n° 17-17.880, FS-PB).

SORT DES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL

DÉVOLUTION DU PATRIMOINE DU CSE EN CAS DE FUSION

Par un arrêt en date du 16 janvier 2019, la Cour de cassation se prononce sur la possibilité pour le comité d'entreprise d'une entreprise absorbante de

solliciter un rappel de subvention de fonctionnement et de contribution aux activités sociales et culturelles des comités d'entreprise des sociétés absorbées au titre d'exercices antérieurs à l'opération de fusion-acquisition.

Selon la Cour de cassation, le comité d'entreprise de la société absorbante est légitime à solliciter un tel rappel dans la mesure où les comités des entreprises absorbées lui ont dévolu leur patrimoine lequel est composé à la fois des biens et des droits mais aussi des créances et des dettes éventuelles.

Ainsi, la Cour de cassation en déduit que l'action des comités d'entreprise des sociétés absorbées n'est pas éteinte par l'effet de la fusion absorption, de telle sorte que le comité d'entreprise de l'entreprise absorbante peut valablement poursuivre cette action. Il convient de noter que cette solution est transposable au CSE (Cass. soc., 16 janvier 2019, n° 17-26.993).

TRANSMISSION D'UN PV CARENCE

Par un arrêt rendu le 6 mars 2019, la Cour de cassation se prononce sur le sort du procès-verbal de carence établi en matière d'élections professionnelles par l'entreprise cédante avant un transfert d'entreprise. La question était de savoir si la structure issue de la cession peut valablement se prévaloir du PV de carence dans le cadre d'une procédure de licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle et impossibilité de reclassement, laquelle nécessite la consultation préalable des représentants du personnel.

Selon la Haute Juridiction, dès lors que l'entité transférée en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail a conservé son autonomie, la structure issue du transfert peut valablement se prévaloir du PV de carence des élections professionnelles établi par l'ancien employeur pour justifier l'absence de consultation des représentants du personnel dans le cadre de la procédure de licenciement pour inaptitude (Cass. soc., 6 mars 2019, n° 17-28.478, F-PB).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette solution devrait trouver à s'appliquer dans d'autres procédures pour lesquelles l'information et/ou la consultation du CSE est requise (procédure d'inaptitude, licenciement économique ou dénonciation d'un usage par exemple).

3. Santé et sécurité

3.1. Expertise CHSCT

DÉLAI DE CONTESTATION

La Cour de cassation précise le point de départ du délai de quinze jours dont dispose l'employeur pour contester l'expertise du CHSCT en cas de délibérations successives de celui-ci.

D'une part, le délai « pour contester les modalités de l'expertise ou son étendue ne court qu'à compter du jour de sa délibération les ayant fixées ». Autrement dit, le point de départ du délai varie en fonction de l'objet de la contestation.

D'autre part, « la contestation par l'employeur du périmètre de l'expertise dans le délai imparti (...) induit nécessairement le droit de contester le coût prévisionnel de celle-ci ». La contestation des honoraires de l'expert constitue nécessairement une demande incidente découlant de la demande principale ; elle n'a donc pas à être formulée dès l'introduction de l'instance (Cass. soc., 20 mars 2019, n° 17-23.027 FS-PB).

CE QU'EN DIT LA LOI :

Si cette solution est rendue au regard de l'article L.4614-13 du Code du travail issu de la loi du 8 août 2016, depuis abrogé, elle demeure applicable au CSE, sous réserve du nouveau délai de contestation de l'employeur réduit à dix jours. En effet, l'article L. 2315-86 du Code du travail issu des ordonnances Macron prévoit un point de départ de la contestation par l'employeur de l'expertise votée par le CSE qui varie en fonction de l'objet de la contestation.

PRISE EN CHARGE DES FRAIS D'EXPERTISE

L'employeur doit-il supporter les coûts d'expertise, qui ont été décidés par délibération du CHSCT avant l'entrée en vigueur de la loi Travail du 8 août 2016, alors qu'il a contesté en justice cette délibération après cette date et obtenu son annulation ?

La loi Travail a en effet réglé l'épineuse question de la prise en charge des frais d'expertise antérieurement à la charge de l'employeur : en cas d'annulation par le juge de la délibération du CHSCT décidant de recourir à l'expertise, les sommes versées par l'employeur sont remboursées par l'expert, le CE ayant la possibilité à tout moment de les prendre en charge (article L. 4614-13 du Code du travail).

Précisant ainsi l'application de cette loi dans le temps, la Cour de cassation retient la date de la contestation devant le juge, et non la date de la délibération du CHSCT. La contestation ayant été en l'espèce portée après l'entrée en vigueur de la loi, l'employeur devait être remboursé des frais d'expertise (Cass. soc., 25 septembre 2019, n° 18-16.323, F-PB).

3.2. Harcèlement sexuel et moral

OBLIGATION DE PRÉVENTION ET ENQUÊTE

La Cour de cassation rappelle que l'obligation générale pesant sur l'employeur de prévention des risques professionnels (articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail) est distincte de l'interdiction des agissements de harcèlement moral (article L. 1152-1 du Code du travail) et ne se confond pas avec elle. C'est sur ce fondement que la Haute Juridiction avait admis que le manquement à l'obligation de prévention ouvrait droit à une indemnité spécifique cumulable avec celle octroyée au titre du harcèlement moral, sous réserve de prouver l'existence d'un préjudice distinct.

La Cour va cette fois plus loin en énonçant que l'employeur peut être condamné pour manquement à son obligation de sécurité, même si les juges ont retenu que le harcèlement moral n'était pas constitué.

En l'occurrence, ce manquement résultait de l'absence de mesures prises par l'employeur qui n'avait pas diligenté une enquête alors que le salarié avait dénoncé une situation de harcèlement moral (Cass. soc., 27 novembre 2019, n° 18-10.551, FP-PB).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Vigilance accrue pour tout employeur destinataire d'une dénonciation de faits de harcèlement moral : en l'absence de mise en place d'une enquête, l'employeur s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts pour manquement à son obligation de sécurité.

HARCÈLEMENT MORAL ET DISPENSE D'ACTIVITÉ

Aux termes de l'article L. 1152-1 du Code du travail, le harcèlement moral correspond à des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une « *dégradation des conditions de travail* ».

Par un arrêt rendu le 3 juillet 2019, la Cour de cassation se prononce sur la possibilité pour un salarié de se prévaloir d'une dégradation de ses conditions de travail alors qu'il était en dispense d'activité. Contrairement à la cour d'appel, qui avait considéré que le salarié ne pouvait invoquer aucune dégradation de ses conditions de travail en raison de son absence, la Haute Juridiction affirme que les dispositions légales relatives au harcèlement moral sont applicables même à un salarié dispensé d'activité en raison d'une période de congé de fin de carrière, dès lors que le contrat de travail n'est pas rompu pendant cette période (*Cass. soc., 26 juin 2019, n° 17-28.328, FS-PB*).

COMPORTEMENT DE LA VICTIME

La Cour de cassation avait déjà exclu que le comportement de la victime qui avait contribué à son dommage puisse minorer la responsabilité de l'employeur au titre d'un manquement à son obligation de sécurité (*Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-24.350*).

La Haute Juridiction fait application de cette solution en cas de harcèlement: le comportement de la victime d'agissements de harcèlement moral ne fait pas obstacle à la mise en cause de la responsabilité de l'employeur pour non-respect de son obligation de protéger la santé et la sécurité du salarié. Aussi, les juges du fond ne peuvent minorer les dommages-intérêts eu égard à l'attitude de la victime (*Cass. soc., 13 juin 2019, n° 18-11.115, F-D*).

FAITS ANCIENS ET PRISE D'ACTE

De jurisprudence constante, le salarié est fondé à prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur dès lors que des faits suffisamment graves ont empêché la poursuite dudit contrat.

En revanche, ne peuvent justifier une prise d'acte aux torts de l'employeur, des faits de harcèlement antérieurs de deux ans à la prise d'acte qui n'ont pas empêché la poursuite du contrat (même si le salarié est en arrêt de travail depuis lors) et pour lesquels l'employeur avait agi immédiatement afin de les faire cesser en diligentant une enquête et en prenant des sanctions contre l'auteur des agissements (*Cass. soc., 19 juin 2019, n° 17-31.182, F-D*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La solution aurait été autre si, au jour de la prise d'acte, même deux ans après les faits, l'employeur n'avait pas pris les mesures nécessaires à faire cesser le harcèlement moral laissant la salariée craindre légitimement de nouveaux agissements (*Cass. soc., 8 juillet 2015, n° 14-13.324*).

DÉLIT DE HARCÈLEMENT MORAL

HARCÈLEMENT MORAL « INSTITUTIONNEL »

Dans le procès médiatique France Télécom, le tribunal correctionnel de Paris a condamné la société ainsi que ses dirigeants aux peines maximales encourues pour le délit de harcèlement moral en retenant que la politique de réduction des effectifs décidée et mise en œuvre par les organes de direction dans le cadre de l'application du plan Next avait pour objet une dégradation des conditions de travail en forçant les agents au départ ou à la mobilité, au-delà d'un usage normal du pouvoir de direction.

Les agissements répétés relevés par le tribunal pour retenir le harcèlement moral tiennent à l'instrumentalisation de trois leviers en vue d'exercer une pression sur la hiérarchie intermédiaire afin d'accélérer les départs: « *la pression donnée au contrôle des départs dans le suivi des effectifs; la modulation de la rémunération de cadres d'un certain niveau en faisant dépendre, pour partie, la part variable de l'évolution à la baisse des effectifs de leurs unités; le conditionnement des esprits des « managers » au succès de l'objectif de déflation lors de leurs formations* ».

C'est la première fois que le délit de harcèlement moral est reconnu constitué du fait de la politique de l'entreprise (*TGI Paris, 31^{ème} ch., 20 décembre 2019, n° 0935790257*).

DÉLAI DE PRESCRIPTION

Le délit de harcèlement moral est une infraction d'habitude dont le délai de prescription de l'action publique, désormais de 6 ans depuis le 1^{er} mars 2017, commence à courir le dernier jour de la commission d'un acte constitutif de harcèlement. Le délit sera constitué pour l'ensemble de la chaîne d'agissements commis, peu important le délai existant, le cas échéant, entre les faits réitérés (*Cass. crim. 19 juin 2019, n° 18-85-725, F-PBI*).

3.3. Accident du travail

PRÉSUMPTION D'IMPUTABILITÉ

En application de l'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale, l'accident qui survient au temps et sur le lieu du travail est présumé être professionnel.

La Cour de cassation applique strictement ce principe et réaffirme que, dès lors qu'il n'est pas démontré que la lésion a une cause totalement étrangère au travail, un accident qui intervient dans les conditions de l'article susvisé est nécessairement qualifié de professionnel. En l'espèce, l'absence de cause de stress professionnel chez un salarié victime d'un malaise cardiaque sur son lieu de travail ne permet pas de faire échec à l'application de la présomption (Cass. soc., 11 juillet 2019, n° 18-19.160, F-PBI).

3.4. Élargissement du préjudice d'anxiété

EXPOSITION À L'AMIANTE

Jusqu'à présent, seuls pouvaient se prévaloir valablement du préjudice d'anxiété sans avoir à en démontrer la réalité, les salariés ayant travaillé dans un établissement inscrit sur la liste des établissements ouvrant droit au dispositif dit « Acaata » ou « préretraite amiante ». Par une décision rendue le 5 avril 2019, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence en élargissant le bénéfice d'une indemnisation du préjudice d'anxiété à tout salarié justifiant d'une exposition significative à l'amiante et leur permet ainsi d'obtenir la réparation sur le fondement du manquement de l'employeur à l'obligation de sécurité.

La Cour de cassation a en effet constaté, à travers le développement du contentieux lié à l'amiante, que de nombreux salariés, qui ne remplissent pas les conditions prévues par la loi du 23 décembre 1998, ayant travaillé dans des entreprises non inscrites sur la liste fixée par arrêté ministériel ont pu être gravement exposés à l'inhalation de poussières d'amiante. Toutefois, et à la différence des salariés éligibles à l'Acaata bénéficiant, de par la jurisprudence, d'une présomption irréfragable d'exposition au risque et de l'existence d'une anxiété, les salariés non-inscrits devront justifier d'une exposition significative à l'amiante générant un risque élevé de développer une pathologie grave (Cass. ass. plén., 5 avril 2019, n° 18-17.442, FP-PBRI).

AUTRE SUBSTANCE NOCIVE

Dans le cadre d'une série d'arrêts rendus le 11 septembre 2019, la chambre sociale de la Cour de cassation étend cette fois-ci l'indemnisation du préjudice d'anxiété aux salariés justifiant d'une « exposition à une substance nocive ou toxique générant un risque élevé de développer une pathologie grave et d'un préjudice d'anxiété personnellement subi résultant d'une telle exposition », toujours sur le fondement de l'obligation de sécurité de l'employeur (Cass. soc., 11 septembre 2019, n° 17-24.879, n° 17-26.879 et n° 17-18.311, FP-PB).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

En application des règles de droit commun régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, ce dernier devrait pouvoir s'exonérer de sa responsabilité en démontrant avoir pris toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

3.5. Protection de la maternité

MAINTIEN DE LA RÉMUNÉRATION FIXE ET VARIABLE PENDANT LE CONGÉ MATERNITÉ

Conformément aux stipulations de l'article 32 de la convention collective nationale des sociétés financières du 22 novembre 1968, la salariée en congé de maternité bénéficie de son « salaire plein, dans la limite de 16 semaines, sous déduction des indemnités journalières de la sécurité sociale et de tout organisme de prévoyance auquel l'employeur contribue ».

Amenée à se prononcer, en l'absence de précision conventionnelle sur la période de référence à prendre en compte pour déterminer le montant de la part variable de la rémunération à maintenir pendant le congé de maternité, la Cour de cassation approuve la position de la cour d'appel selon laquelle la base de calcul relative aux douze derniers mois sollicités par la salariée était justifiée.

En effet, selon la Cour, dans la mesure où, d'une part, l'activité tirée du chiffre d'affaires (qui ouvrirait droit au bénéfice d'une rémunération variable) avait un caractère fluctuant en fonction des mois et des périodes dans l'année et, d'autre part, que l'évaluation annuelle permettait de lisser ces écarts de variables, l'employeur ne pouvait valablement fonder sa base de calcul sur les trois derniers mois précédant le congé de maternité dès lors que la salariée n'avait réalisé aucun chiffre d'affaires lui ouvrant droit à sa part variable sur cette période (Cass. soc., 5 juin 2019, n° 18-12.862, FS-PB).

3.6. Congé parental et discrimination

CALCUL DE L'INDEMNITÉ DE LICENCIEMENT

Les dispositions françaises déterminant le calcul de l'indemnité de licenciement ainsi que de l'allocation versée pendant le congé de reclassement au moins en partie sur la base de la rémunération réduite d'un salarié, embauché à temps plein puis se trouvant en congé parental à temps partiel au moment du licenciement, ne sont pas conformes au droit européen (*accord-cadre sur le congé parental annexé à la directive 96/34/CE du 3 juin 1996*). C'est ce qu'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne par un arrêt du 8 mai 2019.

Allant plus loin, la CJUE considère que la réglementation française institue une discrimination indirecte en contrariété avec l'article 157 TFUE consacrant le principe d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes. En se fondant sur l'écrasante majorité de femmes qui bénéficient d'un congé parental en France, la Cour relève en effet une différence de traitement, qui ne peut être justifiée en l'espèce par aucun élément objectif et étranger à toute discrimination fondée sur le sexe (CJUE, 8 mai 2019, *aff. 468/18*).

RÉINTÉGRATION À L'ISSUE DU CONGÉ

Dans le prolongement de la jurisprudence européenne, la Cour de cassation estime que le manquement par l'employeur à son obligation de réintégration de la salariée à l'issue de son congé parental d'éducation constitue plus qu'une exécution déloyale du contrat de travail : il laisse supposer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe « *eu égard au nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes qui choisissent de bénéficier d'un congé parental* ».

Il revient dès lors à l'employeur de démontrer que sa décision était justifiée par des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination. Faute de quoi, le licenciement prononcé encourt la nullité (Cass. soc., 14 novembre 2019, n° 18-15.682, FS-PB).

3.7. Règlement intérieur

INTERDICTION DE L'ALCOOL

L'employeur étant tenu à la fois à une obligation générale de prévention des risques professionnels et à n'apporter des restrictions aux droits des travailleurs que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, le Conseil d'État a admis la possibilité via le règlement intérieur d'interdire de manière absolue la consommation d'alcool sur le lieu de travail pour les postes à risques, en cas de danger particulièrement élevé pour les salariés ou pour les tiers.

Le Conseil d'État précise par ailleurs que l'interdiction figurant au règlement intérieur n'a pas à être spécialement motivée, l'employeur devant être en mesure de justifier une telle restriction (*Conseil d'État, chambres réunies, 8 juillet 2019, n° 420434*).

4. Gestion RH au quotidien

4.1. Qualification du contrat de travail : dépendance et lien de subordination

La Cour d'appel de Paris requalifie un contrat de prestation de services liant un chauffeur Uber à une plateforme de transport en contrat de travail par un arrêt du 10 janvier 2019, la Cour d'appel de Paris se fonde sur un faisceau d'indices pour renverser la présomption de non-salariat des travailleurs indépendants, instaurée par l'article L. 8221-6 du Code du travail, et caractériser l'existence d'un lien de subordination entre un chauffeur autoentrepreneur et une plateforme numérique de transport de personnes. L'indépendance du chauffeur est d'abord écartée par la Cour aux motifs notamment qu'il ne décide pas librement de l'organisation de son activité, ni de ses tarifs, et a l'interdiction, prescrite par la charte de la plateforme, de constituer une clientèle propre. La Cour se fonde ensuite sur le triptyque du lien de subordination pour caractériser l'existence d'un contrat de travail : directives (*obligation de suivre les instructions GPS de l'application*), contrôle de l'exécution de la prestation (*désactivation possible de l'application par la plateforme numérique en cas de refus des sollicitations de clients*) et pouvoir de sanction (*application désactivée suite à des signalements de clients*) (CA Paris, 10 janvier 2019, n° 18/08357).

À noter que cet arrêt fait suite à celui rendu récemment par la Cour de cassation « *Take Eat Easy* » (Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079) qui a également reconnu l'existence d'une relation de travail entre une plateforme numérique et un livreur à vélo.

4.2. Clauses du contrat de travail

TÉLÉTRAVAIL ET INDEMNITÉ D'OCCUPATION DU DOMICILE

Lorsqu'aucun local professionnel n'est mis à la disposition d'un salarié en télétravail par l'employeur, le salarié peut prétendre à une indemnité au titre de l'occupation de son domicile à des fins professionnelles.

Par une décision rendue le 27 mars 2019, la Cour de cassation précise que cette indemnité est due même dans l'hypothèse où le contrat de travail d'un salarié prévoit le versement d'une allocation forfaitaire destinée à couvrir les frais professionnels du salarié. En effet, la Haute Juridiction considère qu'en l'absence de mention précisant expressément que le montant de cette allocation couvrirait également les sujétions découlant de l'obligation pour le salarié d'utiliser une partie de son domicile personnel à des fins professionnelles, ce dernier peut valablement prétendre au bénéfice d'une indemnité d'occupation.

En outre, la Cour de cassation précise que la demande formulée au titre du rappel de l'indemnité d'occupation ne s'analyse pas en une demande de rappel de salaire et n'est donc pas soumise à la prescription triennale mais à la prescription de droit commun, laquelle est de cinq ans (Cass. soc., 27 mars 2019, n° 17-21.014, FS-PB).

TÉLÉTRAVAIL ET FRAIS PROFESSIONNELS :

L'URSSAF assouplit sa position et admet désormais que l'allocation forfaitaire versée par l'employeur à un salarié en télétravail est exonérée de cotisations et contributions sociales dans la limite globale de 10 euros par mois pour un salarié en télétravail à hauteur d'un jour par semaine (20 euros par mois pour deux jours, etc.) : l'allocation est alors réputée utilisée conformément à son objet. Au-delà, l'employeur devra justifier de la réalité des dépenses professionnelles supportées par le salarié pour pouvoir prétendre à une exonération de cotisations et contributions sociales (*information publiée sur le site internet de l'Urssaf le 18 décembre 2019*).

RÉMUNÉRATION

CONDITIONS D'INCLUSION DE L'INDEMNITÉ DE CONGÉS PAYÉS DANS LA RÉMUNÉRATION FORFAITAIRE

Dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure (Cass. soc., 25 mars 2009, n° 08-41.229 ; Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-14.070), la Cour de cassation rappelle que s'il est possible d'inclure l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire lorsque des conditions particulières le justifient, cette inclusion doit néanmoins résulter d'une clause contractuelle transparente et compréhensible. La Cour de préciser à cet égard que la clause contractuelle transparente et compréhensible suppose, d'une part, que soit clairement distinguée la part de rémunération qui correspond au travail, de celle qui correspond aux congés, et, d'autre part, que soit précisée l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé, devant être effectivement pris (Cass. soc., 22 mai 2019, n° 17-31.517, F-PB).

Ainsi, la clause contractuelle qui stipulait uniquement que la rémunération globale du salarié incluait les congés payés, n'apparaissait ni suffisamment transparente, ni compréhensible.

Une attention particulière devra dès lors être portée à la rédaction d'une telle clause contractuelle, le cas échéant.

CONSÉQUENCE DE LA FIXATION UNILATÉRALE DE LA RÉMUNÉRATION VARIABLE

Par un arrêt du 9 mai 2019, la Cour de cassation réaffirme que la variation de la rémunération du salarié ne doit pas dépendre de la seule volonté de l'employeur. La Haute Juridiction annule ainsi la décision rendue par une cour d'appel qui avait débouté un salarié de sa demande tendant à voir juger illicites les modalités de fixation de sa rémunération variable, alors que les honoraires servant de base de calcul à celle-ci étaient ceux retenus par la direction générale à laquelle était rattaché le salarié pour l'établissement du compte d'exploitation (*Cass. soc., 9 mai 2019, n° 17-27.448, FS-PB*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Si une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié, celle-ci doit être fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne pas faire porter le risque d'entreprise sur le salarié et ne pas avoir pour effet de réduire la rémunération en-dessous des minima légaux et conventionnels (*Cass. soc., 2 juillet 2002, n° 00-13.111*).

CONDITIONS DE VERSEMENT AU PRORATA TEMPORIS D'UNE PRIME ANNUELLE

Par un arrêt rendu le 23 janvier 2019, la Cour de cassation considère que dès lors que le contrat de travail prévoit d'une part, que le versement de la prime annuelle d'objectifs est subordonné à la condition que le salarié ait atteint au 31 décembre de l'année les objectifs fixés, et précise d'autre part, que le droit à la perception de la prime n'est définitivement acquis qu'à la fin de l'année, le salarié ne peut prétendre au versement *prorata temporis* de sa prime d'objectifs, en dehors de l'existence de tout usage ou stipulation contractuelle en ce sens (*Cass. soc., 23 janvier 2019, n° 17-12.542, FS-D*).

DÉLAI DE PRESCRIPTION DU REMBOURSEMENT DE FRAIS PROFESSIONNELS

La Cour de cassation précise le régime de prescription de l'action en remboursement des frais professionnels en lui appliquant la prescription biennale prévue par l'article L. 1471-1 du Code du travail pour les actions portant sur l'exécution du contrat de travail, et non la

prescription triennale prévue par l'article L. 3245-1 du Code du travail pour les actions en paiement ou répétition du salaire.

Elle en déduit que l'action en paiement d'une indemnité de transport, qui a le caractère de frais professionnels, se prescrit par deux ans (*Cass. soc., 20 novembre 2019, n° 19-20.208, FS-PB*).

MODALITÉ DE RENONCIATION À LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

Lorsque l'employeur décide de renoncer à la mise en œuvre d'une clause de non-concurrence, il est tenu de manifester sa volonté de façon claire et non équivoque.

Le 6 février 2019, la Cour de cassation rappelle, en application de ce principe, que la renonciation de l'employeur à l'obligation de non concurrence ne peut se présumer et doit nécessairement résulter d'un acte manifestant sans équivoque cette volonté.

Par conséquent, la Haute Juridiction considère que la mention générale inscrite dans le protocole de rupture conventionnelle, et aux termes de laquelle le salarié déclarait avoir été réglé de tous ses droits au titre de l'exécution du contrat de travail ou du fait de la rupture conventionnelle, ne suffit pas à lever la clause de non concurrence du salarié au regard du caractère général de cette formule. Il convient par conséquent de veiller à ce qu'une mention expresse relative à la renonciation à la clause de non concurrence soit précisée dans la convention de rupture (*Cass. soc., 6 février 2019, n° 17-27.188, F-D*).

4.3. Rupture du contrat de travail

RUPTURE DU CDD À TERME IMPRÉCIS

Par principe, le CDD cesse de plein droit à l'échéance du terme. Lorsqu'il est conclu en vue du remplacement d'un salarié absent et qu'aucun terme précis n'est fixé, le terme du contrat correspond à la fin de l'absence de la personne remplacée (*article L. 1242-7 du Code du travail*).

Par un arrêt rendu le 18 septembre 2019, la Cour de cassation rappelle ce principe en précisant qu'une information écrite de l'employeur portant sur la fin du contrat à durée déterminée ne peut être exigée. Au cas particulier, la cour d'appel a retenu que la salariée avait été valablement informée par un appel téléphonique de la fin de son contrat à durée déterminée (*Cass. soc., 18 septembre 2019, n° 18-12.446, FS-PB*).

PROCÉDURE DE LICENCIEMENT

ASSISTANCE À L'ENTRETIEN PRÉALABLE DANS LE CADRE D'UNE UES

En application de l'article L. 1232-4 du Code du travail, le salarié convoqué à un entretien préalable peut se faire assister selon des modalités qui diffèrent, compte tenu de l'existence ou non d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise.

Dans un arrêt rendu le 12 juin 2019, le Conseil d'État se prononce sur l'application de ces dispositions dans le cadre du licenciement d'un salarié protégé dont l'entreprise dotée d'institutions représentatives fait partie d'une unité économique et sociale (UES). Conformément à la position de la Cour de cassation, le Conseil d'État estime que, lorsque l'entreprise fait partie d'une UES dotée d'institutions représentatives du personnel, elle doit mentionner la possibilité pour le salarié convoqué de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou d'une autre entreprise de l'UES.

En conséquence, le Conseil d'État considère que l'absence de mention dans la lettre de convocation de la possibilité de se faire assister par un salarié d'une autre entreprise de l'UES rend irrégulière la procédure de licenciement (*Conseil d'État, 12 juin 2019, n°408970*).

MENTION DANS LA LETTRE DE LICENCIEMENT DU CONTENTIEUX INITIÉ

Par un arrêt rendu en date du 13 février 2019, la Cour de cassation rappelle que la seule référence dans la lettre de licenciement à l'action portée devant le juge des référés d'une demande en résiliation judiciaire du contrat de travail par le salarié, conduit à la nullité du licenciement pour atteinte à la liberté d'ester en justice, peu important la présence d'autres motifs dans la lettre de licenciement (*Cass. soc., 13 février 2019, n° 17-23.720, F-D*).

Cette position s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour de cassation sur le sujet (*Cass. soc., 21 novembre 2018, n° 17-11.122*), laquelle considère comme nul le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par un salarié à l'encontre de son employeur.

BARÈME PRUD'HOMAL D'INDEMNISATION

Les dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail issues de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 fixant un barème d'indemnisation en cas de contentieux ont donné lieu à des positions contradictoires des juges du fond sur la question de la compatibilité du barème avec les normes européennes et internationales.

La Cour de cassation a pris position et validé le barème par deux avis rendus le 17 juillet 2019.

La Cour de cassation estime que le barème fixant le montant de l'indemnité à allouer en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse n'entrave pas l'accès à la justice des salariés et ne viole donc pas l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

La Haute Juridiction rejette par ailleurs l'application de la Charte sociale européenne considérant que la grande marge d'appréciation laissée dans le cadre du droit à la protection contre le licenciement « sans motif valable » la prive d'un effet direct en droit interne dans les litiges entre particuliers.

La Cour de cassation retient enfin l'applicabilité directe en droit interne de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail introduisant la notion d'indemnisation « adéquate » en cas de licenciement injustifié. Elle valide la compatibilité de cette notion avec les dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail qui prévoit un montant minimum et maximum d'indemnité en fonction de l'ancienneté du salarié, le barème légal ne s'appliquant pas en cas de nullité du licenciement (violation d'une liberté fondamentale, harcèlement, discrimination, etc.) (*Cass. avis., 17 juillet 2019, n°15012 et n°15013, PBRI*).

Les premières décisions de cours d'appel postérieures à ces avis étaient très attendues. La Cour d'appel de Reims, tout en relevant la conventionnalité du barème Macron, a admis la possibilité d'un contrôle *in concreto* en permettant au juge « d'apprécier si [le barème] ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits du salarié concerné, en lui imposant des charges démesurées par rapport au résultat recherché » (*CA Reims., 25 septembre 2019, n° 19/100003*).

La Cour d'appel de Paris a également retenu la conformité du barème aux normes européennes et internationales invoquées. Elle a toutefois ajouté que l'application du barème constituait « une réparation du préjudice adéquate et appropriée à la situation d'espèce » laissant entrevoir la possibilité d'une solution différente (*CA Paris, 30 octobre 2019, n° 16/05602*).

PRISE D'ACTE : ABSENCE DE MISE EN DEMEURE PRÉALABLE

L'article 1226 du Code civil relatif à la résolution des contrats imposant la mise en demeure préalable du débiteur défaillant a-t-il vocation à s'appliquer à la prise d'acte, mode de rupture du contrat de travail ayant une origine jurisprudentielle ?

Faisant application du principe selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales, la Cour de

cassation rend un avis négatif et énonce que « *les modes de rupture du contrat de travail sont régis par des règles particulières et emportent des conséquences spécifiques excluant l'applicabilité de l'article 1226 du Code civil* ». Le salarié n'a donc pas à mettre en demeure l'employeur avant de prendre acte de la rupture du contrat de travail à ses torts (*Cass. avis, 3 avril 2019, n°19-70.001, PBRI*).

RUPTURE CONVENTIONNELLE

PROCÉDURE DE RUPTURE CONVENTIONNELLE

Assistance de l'employeur aux entretiens

Si l'article L. 1237-12 du Code du travail dispose que l'employeur peut se faire assister par une personne de son choix appartenant à l'entreprise, ou dans les entreprises de moins de 50 salariés par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeur ou par un autre employeur relevant de la même branche, lors du ou des entretiens de rupture conventionnelle, c'est à la condition néanmoins que le salarié en fasse également usage et qu'il en informe au préalable le salarié.

Par une décision rendue le 5 juin 2019, la Cour de cassation se prononce sur la validité de la rupture conventionnelle conclue dans des circonstances où l'employeur s'est fait assister lors de l'entretien de rupture conventionnelle alors que le salarié n'a pas usé de cette faculté. Selon la Haute Juridiction, le non-respect des dispositions de l'article L. 1237-12 du Code du travail ne peut entraîner la nullité de la rupture conventionnelle que si l'assistance de l'employeur à l'entretien a engendré une contrainte ou une pression pour le salarié qui s'est présenté seul à l'entretien.

Cet arrêt s'inscrit dans la lignée des derniers arrêts rendus par la Cour de cassation en matière de rupture conventionnelle, pour laquelle la recherche du consentement libre et éclairé prime sur les éventuelles irrégularités de procédure (*Cass. soc., 5 juin 2019, n°18- 10.901, FS-PB*).

Signature et remise d'un exemplaire signé

La Haute Juridiction précise que l'exemplaire du formulaire de rupture conventionnelle remis au salarié doit être signé. Seule cette remise permet en effet au salarié d'exercer son droit à la rétractation et sa faculté de demander l'homologation en toute connaissance de cause. À défaut, la convention est nulle (*Cass. soc., 3 juillet 2019, n° 17-14.232, FS-PB*).

Dans le même sens, la Cour de cassation estime que si l'employeur ne rapporte pas la preuve de la remise effective au salarié de son exemplaire signé, même si le formulaire mentionne l'établissement de deux

exemplaires, la convention de rupture est nulle et produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 3 juillet 2019, n° 18-14.414, FS-PB*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La Cour de cassation renforce le formalisme de la rupture conventionnelle et fait peser sur l'employeur la charge de la preuve de la remise effective au salarié d'un exemplaire signé de la rupture conventionnelle. Pour éviter toute difficulté, il est vivement recommandé à l'employeur de se constituer une preuve de cette remise. Plusieurs solutions sont envisageables : mention manuscrite ajoutée par le salarié attestant de la remise d'un exemplaire, remise en main propre contre récépissé ou encore envoi en recommandé avec accusé de réception.

HARCÈLEMENT MORAL ET RUPTURE CONVENTIONNELLE

Par un arrêt en date du 23 janvier 2019, la Cour de cassation précise qu'en l'absence de vice du consentement, l'existence de fait de harcèlement moral n'affecte pas en elle-même la validité de la convention de rupture intervenue en application de l'article L. 1237-1 du Code du travail (*Cass. soc., 23 janvier 2019, n° 17-21.550, FS-PB*).

INAPTITUDE ET RUPTURE CONVENTIONNELLE

Pour la première fois, dans un arrêt rendu le 9 mai 2019, la Cour de cassation se prononce sur la validité de la rupture conventionnelle conclue avec un salarié déclaré inapte par le médecin du travail à la suite d'un accident du travail.

Au cas particulier, la salariée estimait que la conclusion d'une rupture conventionnelle avait pour effet de permettre à l'employeur de contourner les procédures et garanties légales mises en place par le régime d'inaptitude professionnelle (obligation de reclassement).

C'est également la position de l'administration qui, dans une circulaire du 22 juillet 2008, citait « *les procédures de rupture pour inaptitude médicale* » parmi les procédures et garanties légales ne pouvant être détournées par la conclusion d'une rupture conventionnelle (*Circulaire DGT n°2008-11 du 28 juillet 2008,3-B*).

La Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement et estime que, sauf cas de fraude ou de vice de consentement, une rupture conventionnelle peut être valablement conclue par un salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail (*Cass. soc., 9 mai 2019, n° 17-28.767, FS-PB*).

CONSÉQUENCES DE L'ANNULATION DE L'AUTORISATION DE RUPTURE CONVENTIONNELLE D'UN SALARIÉ PROTÉGÉ

Lorsqu'il est envisagé de conclure une rupture conventionnelle avec un salarié protégé, il est nécessaire de recueillir au préalable l'autorisation de l'inspecteur du travail (*article L. 1237-15 du Code du travail*).

Par une décision rendue le 15 mai 2019, la Cour de cassation affirme que lorsqu'une rupture conventionnelle est nulle en raison de l'annulation de l'autorisation délivrée par l'inspection du travail, le salarié doit être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent.

En outre, la Cour de cassation estime qu'en cas de refus de réintégration de la part de l'employeur, le salarié est fondé à agir en résiliation judiciaire de son contrat de travail (*Cass. soc., 15 mai 2019, n° 17-28.547, F-PB*).

4.4. Suites de la rupture

RÉSILIATION D'UN PRÊT ACCORDÉ AU SALARIÉ

La Cour de cassation a admis l'application du droit de la consommation, et notamment la réglementation sur les clauses abusives, à un prêt consenti par un employeur à son salarié et prévoyant un remboursement immédiat en cas de cessation du contrat de travail.

La jurisprudence européenne avait déjà reconnu à l'employeur la qualité de professionnel et au salarié celle de consommateur (*CJUE, 3^{ème} ch., 21 mars 2019, aff. C-590/17*). Faisant application de cette jurisprudence, la Haute Juridiction considère que la clause entraînant une aggravation soudaine des conditions de remboursement et une modification substantielle de l'économie du contrat de prêt conclu entre un employeur et son salarié est nulle car abusive (*Cass. civ. 1^{ère}, 5 juin 2019, n° 16-12.519, FS-PBI*).

TRANSACTION

PORTÉE DE LA TRANSACTION

Il est désormais admis de manière constante qu'une transaction rédigée en des termes généraux peut avoir un effet extinctif global, empêchant ainsi par exemple un salarié d'intenter une action portant sur le versement d'une retraite supplémentaire (*Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-25.426*).

Par une série d'arrêts rendus en 2019, la Cour de cassation illustre ce principe, confirmant ainsi le soin

qu'il convient d'apporter à la rédaction du protocole d'accord transactionnel.

La Haute Juridiction énonce que la clause de renonciation générale réglant irrévocablement tout litige lié à l'exécution et à la rupture du contrat de travail a un effet extinctif global également lorsque le préjudice dont se prévaut le salarié n'est pas encore né au moment de sa conclusion. Elle rejette ainsi les demandes au titre de l'obligation de reclassement et de la priorité de réembauchage formulées par un salarié licencié pour motif économique, peu important donc qu'il eut été impossible pour le salarié d'anticiper, au moment de la conclusion de la transaction, la violation ultérieure par son ancien employeur de la priorité de réembauche dont il aurait dû bénéficier (*Cass. soc., 20 février 2019, n° 17-19.676, FS-PB*).

De même la Cour de cassation considère qu'un salarié ne peut formuler de demandes au titre de l'intéressement dès lors qu'aux termes du protocole transactionnel il déclarait abandonner de manière définitive toutes autres demandes qu'il aurait formées ou qu'il pourrait former aux fins d'indemnisation ou de rémunération (*Cass. soc., 20 février 2019, n° 17-21.073, FS-D*).

En revanche, il peut être fait échec au principe de l'effet extinctif global du protocole transactionnel lorsque les termes de la transaction excluent expressément un domaine du champ d'application de celle-ci. C'est ainsi que la Cour de cassation a admis la demande de remboursement d'une partie de l'aide à la création d'emploi versée par un employeur à un salarié licencié pour motif économique dans le cadre d'un PSE. En effet, le protocole d'accord transactionnel stipulait que la transaction réglait irrévocablement tout litige lié à l'exécution et à la rupture du contrat de travail en dehors de l'application des autres mesures du dispositif d'accompagnement social (*Cass. soc., 20 février 2019, n° 17-19.676, FS-PB*).

Enfin, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la renonciation du salarié à ses droits nés ou à naître et à toute instance relative à l'exécution du contrat de travail ne rend pas irrecevable une demande portant sur des faits survenus pendant la période d'exécution du contrat de travail postérieure à la transaction et dont le fondement est postérieur à la transaction (*Cass. soc., 16 octobre 2019, n° 18-18.287, FS-PB*).

TRANSACTION ET ACCORD ATYPIQUE

Dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique, un employeur avait pris l'engagement devant les représentants du personnel de verser une indemnité destinée à compenser le préjudice subi du fait de la rupture du contrat de

travail et avait subordonné le versement de cette indemnité à la signature d'une transaction.

Dans un arrêt rendu le 5 juin 2019, la Cour de cassation considère que la mise en œuvre d'un accord atypique ou d'un engagement unilatéral de l'employeur dont les salariés tiennent leur droit ne peut être subordonnée à la conclusion de transactions individuelles. En effet, pour qu'une transaction soit valablement conclue et produise l'ensemble de ses effets, elle doit contenir des concessions réciproques de l'employeur et du salarié ; lesquelles doivent procurer au salarié un avantage autre que ceux qu'il tient de la loi, d'un accord collectif, d'un usage ou d'un engagement unilatéral (*Cass. soc., 5 juin 2019, n° 17-28.377, FS-PB*).

4.5. Sécurité sociale et protection sociale complémentaire

CONTRÔLE URSSAF - ACCORD TACITE

Lorsqu'une pratique de l'employeur a d'ores et déjà donné lieu à des opérations de vérification par l'Urssaf sans qu'elle ait formulé d'observations alors qu'elle a eu les moyens de se prononcer en toute connaissance de cause, cela équivaut à un accord tacite dont l'employeur peut se prévaloir pour éviter un redressement (*article R. 243-59-7 du Code de la sécurité sociale*).

Par un arrêt rendu le 9 mai 2019, la Cour de cassation précise que l'annulation par la commission de recours amiable d'un chef de redressement ne vaut pas accord tacite au sens de la réglementation. Dès lors, l'employeur ne peut se prévaloir de cette annulation dans le cadre d'un contrôle ultérieur et peut valablement faire l'objet d'un redressement sur le chef précédemment annulé par la commission de recours amiable (*Cass. civ. 2^{ème}, 9 mai 2019, n° 18-15.435, F-PBI*).

Par ailleurs, l'accord tacite ne peut être invoqué en matière de travail dissimulé. C'est ainsi à tort que la cour d'appel a annulé le redressement et les mises en demeure subséquentes, alors que le redressement litigieux était consécutif à un constat de travail dissimulé, ce dont il résultait que la société ne pouvait se prévaloir de l'approbation tacite de ses pratiques par l'Urssaf lors d'un contrôle antérieur (*Cass. civ. 2^{ème}, 4 avril 2019, n° 18-13.786, F-PBI*).

CONDAMNATION JUDICIAIRE : PRÉCOMPTE DES COTISATIONS

La Cour de cassation énonce que la somme allouée dans le cadre d'une condamnation judiciaire au titre d'un rappel de salaire est, sauf indication contraire dans le jugement, une somme brute, de sorte que l'employeur doit précompter les cotisations sociales y afférentes. Ce n'est que si les juges du fond prononcent expressément une condamnation au versement d'une somme nette que l'employeur doit verser ce montant sans précompte, peu importe que les demandes du salarié aient été formulées en net.

Un juge ne peut pas, sous couvert d'interprétation de la décision de condamnation, en décider autrement sauf à porter atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée (*Cass. soc., 3 juillet 2019, n° 18-12.149, FS-PB*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette décision qui peut sembler évidente s'agissant de condamnations de nature salariale doit avoir une portée plus large et permettre de régler les litiges fréquents en matière d'exécution de condamnations à des dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque l'employeur précompte les cotisations et contributions sociales dues en application du régime social des indemnités de rupture du contrat de travail.

PRÉVOYANCE COMPLÉMENTAIRE

INFORMATION INDIVIDUELLE DES SALARIÉS

Lorsque l'employeur institue un régime de prévoyance par décision unilatérale, il est tenu d'en informer les salariés par écrit et de façon individualisée pour que la contribution patronale soit déductible de l'assiette des cotisations (*article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale*).

Par un arrêt rendu le 14 mars 2019, la Cour de cassation précise que l'obligation d'information écrite et individuelle de chaque salarié vaut également en cas de modification ultérieure de la répartition du financement entre l'employeur et le salarié, de sorte que l'employeur doit renouveler le formalisme prévu pour l'instauration du régime.

L'information par voie d'affichage ne suffit pas. Il convient par conséquent de remettre à chaque salarié, individuellement, un écrit constatant la modification de la répartition du financement du régime, sous peine de perdre le bénéfice de l'exonération de cotisations (*Cass. civ. 2^{ème}, 14 mars 2019, n° 18-12.380, F-PB*).

4.6. Participation, intéressement – actionnariat salarié

ASSUJETTISSEMENT À COTISATIONS DE LA PLUS-VALUE RÉSULTANT DE LA CESSIION DES BSA

Par une décision rendue le 4 avril 2019, la Cour de cassation admet pour la première fois que la plus-value résultant de la cession des bons de souscription d'actions (BSA) peut être soumise à cotisations sociales malgré l'absence de texte le prévoyant expressément dès lors qu'ils sont proposés aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail et acquis à des conditions préférentielles (*articles L. 242-1 et L. 136-1-1 du Code de la sécurité sociale*). Ces cotisations sont exigibles à partir du moment où les bénéficiaires ont eu la libre disposition des BSA.

En l'espèce, plusieurs dirigeants avaient souscrit des BSA en s'engageant irrévocablement à les céder lors du transfert de propriété de la participation de deux des sociétés du groupe à une autre entité. Les BSA étaient incessibles notamment jusqu'au départ ou au dit transfert, date à laquelle la cession avait engendré une plus-value supérieure à 2 millions d'euros pour les bénéficiaires.

La Cour de cassation a considéré qu'il résultait de l'engagement d'incessibilité et de cession en cas de départ ou de transfert un lien affirmé entre, l'attribution des BSA, leur maintien et l'existence et le maintien d'un contrat de travail ou d'un mandat social. En outre, pour la Haute Juridiction peu importe que les BSA soient susceptibles de générer une perte, dès lors qu'ils sont acquis à des conditions préférentielles ils sont nécessairement qualifiés d'avantages (*Cass. civ. 2^{ème}, 4 avril 2019, n° 17-24.470, FS-PBRI*).

SUPPLÉMENT D'INTÉRESSEMENT

Au visa des articles L. 3314-10 et L. 3312-4 du Code du travail, la Cour de cassation énonce que seules peuvent être qualifiées de supplément d'intéressement les sommes qui, pour un même exercice, s'ajoutent à celles effectivement distribuées aux salariés en application d'un accord d'intéressement.

En conséquence, les sommes versées avant que ne soit déterminé le montant de la prime d'intéressement alloué à chaque bénéficiaire ne peuvent constituer un supplément d'intéressement et doivent être réintégrées dans l'assiette de cotisations sociales. (*Cass. civ. 2^{ème}, 11 juillet 2019, n° 18-16.412, F-D*).

L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette solution sévère apparaît néanmoins logique : le supplément d'intéressement doit être pris en compte dans l'appréciation des plafonds collectif et individuel applicables à l'intéressement. Dès lors, son versement ne peut intervenir, à tout le moins, qu'après la détermination du montant alloué à chaque bénéficiaire. Cette solution a vocation à s'appliquer également au supplément de participation.

OFFRE SMART : MOBILITÉ INTERNATIONALE

Reclassement à l'issue d'un détachement

La convention collective des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972 prévoit qu'à l'occasion du rapatriement du salarié, ce dernier doit être affecté à un emploi aussi compatible que possible avec l'importance de ses fonctions antérieures à son rapatriement. Confirmant sa jurisprudence de 2007 (*Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45.6810*), la Cour de cassation rappelle que cette disposition doit être interprétée comme faisant référence au poste occupé à l'étranger par le salarié, et non le poste qu'il occupait avant son départ à l'étranger (*Cass. soc., 9 janvier 2019, n° 17-24.036, F-D*).

Mobilité et obligation de sécurité

Depuis plusieurs années, le juge s'est saisi de la question de l'articulation entre l'obligation de sécurité de l'employeur et la mobilité internationale. La Cour de cassation vient par un nouvel arrêt reconnaître le bien-fondé d'une décision de refus par l'employeur de l'expatriation d'un salarié en raison de « l'existence de contraintes administratives et matérielles rendant aléatoire l'approvisionnement en médicaments et ne permettant pas de garantir la continuité du traitement médical que le salarié devait suivre ». Elle exclut de ce fait toute discrimination en raison de l'état de santé, comme elle peut le faire en cas de licenciement d'un salarié malade (lequel n'intervient pas en raison de la maladie mais de la perturbation du fonctionnement de l'entreprise). En l'espèce, c'est donc l'aléa de livraison des médicaments qui justifie objectivement la décision de l'employeur (*Cass. soc., 18 septembre 2019, n° 18-11.114, FS-D*).

Brexit

Anticipant l'hypothèse de l'absence d'accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, le Ministère de l'intérieur a, par ordonnance n° 2019-76 du 6 février 2019, adopté diverses mesures relatives à l'entrée, au séjour, aux droits sociaux et à l'activité professionnelle des ressortissants britanniques.

5. Droit pénal du travail et contentieux

5.1. Responsabilité pénale de l'employeur

MISE EN DANGER D'AUTRUI

La Cour de cassation offre aux juges du fond une méthodologie de la caractérisation du délit de risque causé à autrui défini à l'article 223-1 du Code pénal dans une espèce où les salariés étaient exposés à des agents cancérogènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction.

Il convient d'abord de rechercher, y compris d'office, l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité d'origine légale ou réglementaire susceptible de permettre la caractérisation du délit. Le juge doit ensuite rechercher si la violation de cette obligation expose le salarié à un risque immédiat de mort ou de blessures graves. Enfin, il faut rechercher si l'employeur a délibérément enfreint cette règle (*Cass. crim.*, 13 novembre 2019, n° 18-82.718, F-PBI).

FAUTE DE LA VICTIME

Alors que son employeur était absent, un salarié est victime d'un accident mortel lors d'une intervention sur un chantier. En dépit des conditions de travail dangereuses et de l'ordre de quitter les lieux qu'il avait reçu, le salarié a poursuivi sa tâche sans utiliser les équipements de sécurité mis à sa disposition.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation retient la responsabilité pénale de l'employeur qui a commis des manquements aux règles de sécurité, peu importe qu'il soit présent ou non sur les lieux de l'accident.

Elle confirme par ailleurs une nouvelle fois que la faute de la victime n'exonère pas l'employeur de sa responsabilité pénale à moins qu'elle soit la cause exclusive du dommage (*Cass. crim.*, 7 mai 2019, n° 18-80.418, FS-PBI).

5.2. Contentieux – vie privée

SURVEILLANCE DE L'ACTIVITÉ DU SALARIÉ

La Cour de cassation rappelle l'obligation de l'employeur d'informer les salariés et de consulter les représentants du personnel avant la mise en place d'un outil de traçabilité dont l'objectif premier n'était pas le contrôle de l'activité des salariés (assurer la sécurité des données bancaires des clients). À défaut, le procédé constitue un mode de preuve illicite.

En l'espèce, le logiciel mis en place permettait de restituer l'ensemble des consultations effectuées par un salarié et était utilisé, par l'employeur, pour vérifier que ces consultations n'étaient pas contraires aux procédures internes de sécurité. La Haute Juridiction considère sans surprise qu'à défaut de consultation du comité d'entreprise sur cette finalité de contrôle, l'employeur ne pouvait pas utiliser les informations issues du logiciel litigieux pour justifier le licenciement du salarié (*Cass. soc.*, 11 décembre 2019, n° 18 11.792, FS-P).

ACCÈS A LA MESSAGERIE INSTANTANÉE INSTALLÉE SUR L'ORDINATEUR PROFESSIONNEL

En l'espèce, une salariée avait installé sur son ordinateur professionnel une messagerie instantanée dite « MSN Messenger » à partir de laquelle elle avait transmis à une autre salariée des documents contenant des informations personnelles sur plusieurs collaborateurs. Elle a été licenciée pour faute grave, l'employeur ayant eu accès à son ordinateur professionnel grâce au code confidentiel qu'elle lui avait transmis.

Dans la lignée de sa jurisprudence, la Cour de cassation a jugé que les messages échangés à partir d'une messagerie instantanée personnelle distincte de la messagerie professionnelle, dont la salariée disposait pour les besoins de son activité, sont couverts par le secret des correspondances. Ainsi, l'employeur ne pouvait ni les consulter ni s'en prévaloir pour fonder le licenciement disciplinaire (*Cass. soc.*, 23 octobre 2019, n° 17-28.448, F-D).

Notes



A series of 20 horizontal green lines spaced evenly down the page, providing a template for handwritten notes.



Notre équipe en droit social



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

