



SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ETUDES ET DU RAPPORT DE LA COUR DE CASSATION

Bureau du contentieux de la chambre sociale

Version actualisée au : 26/10/2017

Panorama de jurisprudence de la chambre sociale

décembre 2016-octobre 2017

Avertissement : La présente note a vocation à apporter des éléments de réflexion ou documentaires sur la question de droit posée au SDER. Elle ne saurait engager la Cour de cassation dans le cadre de son activité juridictionnelle.

TABLE DES MATIÈRES

1- ÉVOLUTIONS IMPORTANTES AU COURS DES DOUZE DERNIERS MOIS.....	2
1.1. Discrimination religieuse : l'explicitation des arrêts rendus par la CJUE.....	2
1.2. Formation du contrat de travail : la prise en compte de la réforme du droit des contrats.....	3
1.3. Interdiction d'emploi d'un étranger en situation de travail illégal et protection de la femme enceinte : résolution d'un conflit de normes.....	4
2- ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE DE L'ANNÉE 2017 PAR THÈMES.....	6
2.1 - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXECUTION DU TRAVAIL.....	6
2.1.1 Emploi.....	6
2.1.2. Contrats précaires.....	6
2.1.3. Étendue des obligations de l'employeur.....	8
2.1.4. Procédure de modification du contrat de travail.....	8
2.1.5. Messagerie électronique.....	8
2.2 - DUREE DU TRAVAIL ET REMUNERATION.....	9
2.2.1. Congés payés.....	9
2.2.2. Journée de repos supplémentaire.....	10
2.2.3. Prime de panier.....	12
2.2.4. Astreintes.....	13
2.3 - SANTE ET SECURITE AU TRAVAIL.....	13

2.3.1. Frais d'expertise.....	13
2.3.2. Préjudice d'anxiété.....	15
2.3.3. Harcèlement.....	16
2.4 - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLIT COLLECTIF DE TRAVAIL.....	16
2.4.1. Détermination du contingent d'heures supplémentaires.....	16
2.4.2. Révision.....	18
2.4.3. Différence de traitement.....	19
2.4.4. Droit d'opposition.....	20
2.4.5. Négociation bilatérales.....	20
2.4.6. Clause pénale.....	20
2.5 - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES.....	21
2.5.1. Critères de représentativité.....	21
2.5.2. Statut protecteur.....	22
2.5.3. Heures de délégation.....	24
2.5.4. Liste commune.....	25
2.5.5. Convocation des élus.....	25
2.5.6. Délégation unique du personnel.....	25
2.5.7. Action en justice.....	26
2.6 - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	26
2.6.1. Rupture conventionnelle.....	26
2.6.2. Licenciement économique.....	27
2.6.3. Réparation du préjudice.....	29
2.6.4. Indemnités de licenciement.....	31
2.6.5. Transaction.....	33
2.7 – PROTECTION SOCIALE COMPLEMENTAIRE.....	33

1- Évolutions importantes au cours des douze derniers mois

1.1. Discrimination religieuse : l'explicitation des arrêts rendus par la CJUE

- Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 13-19.855, FP-P+B+R+I, mise en place d'un principe de neutralité, discrimination indirecte, conditions à respecter

Saisie par la Cour de cassation d'une question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne, par arrêt du 14 mars 2017 (CJUE, arrêt du 14 mars 2017, Bougnaoui et ADDH, C-188/15), a dit pour droit : « L'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition ».

Par arrêt du même jour (CJUE, arrêt du 14 mars 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15), la Cour de justice a dit pour droit : « L'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de cette directive.

En revanche, une telle règle interne d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78 s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à

une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier » .

La Cour de justice a précisé, dans les motifs de cette dernière décision, s'agissant du refus d'une salariée de renoncer au port du foulard islamique dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès de clients de l'employeur, qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à l'employeur, face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement;

Il en résulte que l'employeur, investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, peut prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur en application de l'article L. 1321-5 du code du travail, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients; qu'en présence du refus d'une salariée de se conformer à une telle clause dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès des clients de l'entreprise, il appartient à l'employeur de rechercher si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il lui est possible de proposer à la salariée un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement.

1.2. Formation du contrat de travail : la prise en compte de la réforme du droit des contrats

- Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-20.104, FS-P+B+R+I, promesse d'embauche, prise en compte de la réforme du droit des contrats

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

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

Note explicative de l'arrêt :

La chambre sociale jugeait de façon constante que la « promesse » d'embauche précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction valait contrat de travail (Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 08-42.951, *Bull.* 2010, V, n° 296 ; Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-14.258, *Bull.* 2014, V, n° 138). Cette solution, qui ne s'attachait qu'au contenu de la promesse d'embauche, était certes protectrice du salarié, mais présentait quelques difficultés en ce qu'elle ne prenait pas en compte la manifestation du consentement du salarié pour s'attacher exclusivement au contenu de l'acte émanant de l'employeur. Ainsi, un acte unilatéral emportait les effets d'un contrat synallagmatique. La chambre sociale avait, toutefois, apporté quelques aménagements à cette jurisprudence, pour assurer l'application d'autres dispositions pour lesquelles la manifestation de volonté du salarié paraissait déterminante. Elle a ainsi jugé, pour l'application de l'article L. 1251-2 du code du travail, qu'un salarié qui avait accepté neuf jours après le terme de la mission de travail temporaire la proposition d'embauche qui lui avait été faite avant le terme de celle-ci, n'avait pas immédiatement bénéficié d'un contrat de travail à l'expiration de sa mission et pouvait donc prétendre au paiement de l'indemnité de précarité (Soc., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15-28.672, publié au *Bulletin*). De même, la chambre sociale a

procédé à une distinction entre la promesse d'embauche, qui vaut contrat de travail, et la forme de celui-ci, de sorte que la promesse d'embauche n'a pas à répondre au formalisme prévu par l'article L. 1242-12 du code du travail. Un écrit répondant aux exigences en matière de contrat à durée déterminée peut donc être régulièrement formalisé postérieurement à la promesse d'embauche (Soc., 6 juillet 2016, pourvoi n° 15-11.138, publié au *Bulletin*).

Par ailleurs, dès lors que la promesse d'embauche mentionnant la date d'entrée en fonction et l'emploi proposé valait contrat de travail, l'employeur se trouvait empêché de la retirer, même si le salarié ne l'avait pas encore acceptée. La chambre sociale s'éloignait ici de la jurisprudence de la troisième chambre civile qui considère que la rétractation de l'offre de contracter avant son acceptation fait obstacle à la conclusion du contrat (3^e Civ., 10 mai 1968, pourvoi n° 66-13.187, *Bull.* 1968, III, n° 209 ; 3^e Civ., 7 mai 2008, pourvoi n° 07-11.690, *Bull.* 2008, III, n° 79).

Suivant une méthode adoptée par la chambre mixte (Ch. mixte, 24 février 2017, pourvoi n° 15-20.411, publié au *Bulletin*) la chambre sociale a choisi de réexaminer sa jurisprudence au regard de l'évolution du droit résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et, en conséquence, d'apprécier différemment la portée des offres et promesses de contrat de travail, même si cette ordonnance n'était pas applicable aux faits de l'espèce.

En l'espèce, un club de rugby avait fait des propositions d'engagement à deux joueurs professionnels, propositions qu'il avait finalement retirées avant que ces derniers ne manifestent leur acceptation. Les deux joueurs soutenaient que les « promesses » d'embauche, qui précisaient la date d'entrée en fonction et l'emploi proposé, ainsi que la rémunération applicable, valaient contrat de travail et réclamaient à l'employeur des indemnités pour rupture injustifiée d'un contrat de travail à durée déterminée.

L'application rigoureuse de la jurisprudence de la chambre sociale pouvait avoir pour effet d'assécher les possibilités de négociations pré-contractuelles, car un employeur qui s'avance trop, risque de se voir opposer la conclusion d'un contrat de travail, alors même que ce sont les précisions sur les dates d'entrée en fonction, l'emploi proposé ou la rémunération qui permettent aux parties de se déterminer et au salarié de conclure ou de préférer un autre employeur dont les offres lui paraîtraient plus avantageuses. En cas de négociations parallèles, le salarié peut être destinataire de plusieurs propositions répondant à la définition posée par l'arrêt du 15 décembre 2010. De plus, il y a un risque d'effet d'aubaine non-négligeable, le salarié pouvant réclamer des indemnités de rupture sur le seul fondement de la promesse d'embauche, alors même qu'il n'avait pas l'intention de s'engager ou qu'il préférait une autre proposition.

La chambre sociale a pris acte des choix opérés pour l'avenir par le législateur avec l'ordonnance du 10 février 2016 ainsi que de la jurisprudence des autres chambres civiles de la Cour de cassation pour modifier sa jurisprudence en précisant les définitions respectives de l'offre et de la promesse unilatérale de contrat de travail : l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. La rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur. En revanche, la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis.

1.3. Interdiction d'emploi d'un étranger en situation de travail illégal et protection de la femme enceinte : résolution d'un conflit de normes

- Soc., 15 mars 2017, pourvoi n° 15-27.928, FS-P+B+R+I, salariée en situation de travail illégal, dispositions spécifiques à la salariée enceinte non applicables

Les dispositions d'ordre public de l'article L. 8251-1 du code du travail s'imposant à l'employeur qui ne peut, directement ou indirectement, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, une salariée dans une telle situation ne saurait bénéficier des dispositions légales protectrices de la femme enceinte interdisant ou limitant les cas de licenciement.

Note explicative de l'arrêt :

Par l'arrêt ici commenté, la chambre sociale de la Cour de cassation tranche un conflit entre deux normes impératives : d'une part, la protection de la femme enceinte, d'autre part, l'interdiction d'emploi d'un étranger non muni d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France.

Les faits étaient les suivants : Mme X..., de nationalité marocaine a été engagée le 25 octobre 2010 par les époux Z... en qualité d'auxiliaire parentale. Lors de son embauche, elle leur a remis une carte de séjour temporaire de vie privée et familiale avec autorisation de travail expirant le 31 octobre 2010. Le 21 avril 2011, l'autorité administrative a notifié aux époux Z... que l'autorisation de travail demandée pour la profession de garde d'enfant était refusée et qu'il était interdit à Mme X... d'exercer une activité salariée en France. Convoquée à un entretien préalable à son licenciement, l'intéressée a alors informé l'employeur de son état de grossesse. Elle a été licenciée le 20 juin 2011 au motif de l'interdiction de travail notifiée par la préfecture.

La cour d'appel a considéré que l'interdiction de travail salarié notifiée à l'employeur justifiait le licenciement sans que puisse lui être opposée la protection de la femme enceinte.

Cette protection résulte, en droit interne, de l'article L. 1225-4 du code du travail qui institue une protection relative s'appliquant dès le constat de grossesse jusqu'au départ en congé de maternité, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes (1) au cours de laquelle le licenciement peut intervenir dans les cas limités prévus par la loi, d'autre part, une protection absolue couvrant le congé de maternité, au cours duquel le contrat de travail est suspendu et le licenciement interdit, quel qu'en soit le motif.

Ce texte intègre les exigences communautaires, l'article 10 de la directive 92/85/CE du 19 octobre 1992 disposant que les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité sauf dans les cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations nationales.

La protection ne doit-elle pas être écartée lorsque la salariée en état de grossesse, ne dispose pas ou plus d'un titre de séjour l'autorisant à travailler ?

En effet, l'article L. 8251-1 du code du travail édicte une interdiction d'ordre public, selon laquelle « nul ne peut, directement ou par personne interposée, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France. Il est également interdit à toute personne d'engager ou de conserver à son service un étranger dans une catégorie professionnelle, une profession ou une zone géographique autres que celles qui sont mentionnées, le cas échéant, sur le titre prévu au premier alinéa ».

La Cour de cassation devait donc opter entre des dispositions légales, incompatibles entre elles, dont les finalités sont distinctes.

Par un attendu de principe, elle décide : « les dispositions d'ordre public de l'article L. 8251-1 du code du travail s'imposant à l'employeur qui ne peut, directement ou indirectement, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, une salariée dans une telle situation ne saurait bénéficier des dispositions légales protectrices de la femme enceinte interdisant ou limitant les cas de licenciement ».

Ainsi, à l'instar des dispositions protectrices relatives au représentant du personnel, dont la chambre sociale juge qu'elles ne s'appliquent pas au salarié qui ne dispose pas ou plus de titre l'autorisant à travailler en France (2), la protection de la femme enceinte, qu'elle soit relative ou absolue, cède devant l'interdiction d'ordre public, assortie de sanctions civiles et pénales, d'employer ou de conserver à son service un salarié dans une telle situation.

Conforme au droit de l'Union prévoyant la possibilité de licencier une salariée enceinte pour un motif non lié

à la grossesse, la solution retenue par la Cour de cassation fait prévaloir les dispositions de police des étrangers qui sont préalables à l'application d'une protection supposant un contrat de travail susceptible d'exécution.

*1 Cette période (portée à dix semaines par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016) n'étant suspendue que par la prise de congés payés suivant immédiatement le congé de maternité (Soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-12.321, Bull. 2014, V, n° 111 ; Soc., 8 juillet 2015, pourvoi n° 14-15.979, Bull. 2015, V, n° 150 ; Soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-15.943, publié au Bulletin).
2 Soc., 10 octobre 1990, pourvoi n° 88-43.683, Bull. 1990, V, n° 453*

2- Actualité jurisprudentielle de l'année 2017 par thèmes

2.1 - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXECUTION DU TRAVAIL

2.1.1 Emploi

- Soc., 7 mars 2017, pourvoi n° 15-16.865, FS-P+B, notion de coemploi, critères déterminants

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

Une cour d'appel ne caractérise pas une situation de coemploi par le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et soient en étroite collaboration avec la société dominante, que celle-ci ait apporté à sa filiale un important soutien financier et que pour le fonctionnement de la filiale aient été signées avec la société dominante une convention de trésorerie ainsi qu'une convention générale d'assistance moyennant rémunération et, dès lors viole l'article L. 1221-1 du code du travail.

2.1.2. Contrats précaires

- Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-20.270, FS-P+B+R+I, mission de travail temporaire expirée, conséquences, action en requalification,

Le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au terme de la mission de travail temporaire en cas d'action en requalification en contrat à durée indéterminée.

Note explicative de l'arrêt :

En l'absence de texte restreignant la faculté pour l'employeur de licencier le salarié, la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur n'ouvre droit qu'à des réparations de nature indemnitaire, de sorte qu'à défaut de disposition le prévoyant ou de violation d'une liberté fondamentale, le juge ne peut annuler un licenciement (Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-45.735, Bull. 2001, V, n° 87). Cette solution a été transposée dans le cadre de la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée, ou d'un contrat de mise à disposition, requalifié en contrat de travail à durée déterminée : l'employeur qui, à l'expiration d'un contrat ultérieurement requalifié en contrat à durée indéterminée, ne fournit plus de travail et ne paie plus les salaires, est responsable de la rupture qui s'analyse en un licenciement lequel ouvre droit aux indemnités de rupture, sans que le salarié puisse exiger, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, sa réintégration dans l'entreprise (Soc., 30 octobre 2002, pourvoi n° 00-45.608, Bull. 2002, V, n° 331 ; Soc., 30 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.205, non publié). Ce n'est donc que dans le cas où la nullité de la rupture est encourue que le juge des référés peut ordonner la poursuite du contrat de travail (Soc., 31 mars 2004, pourvoi n° 01-46.960, Bull. 2004, V, n° 101).

La chambre sociale a déjà retenu une telle nullité dans des hypothèses où l'employeur avait rompu le contrat de travail en violation du droit du salarié d'agir un justice, notamment dans des hypothèses de mesures de rétorsion à la saisine de la juridiction prud'homale (Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-11.740, Bull. 2013, V, n° 27), d'usage du pouvoir disciplinaire de l'employeur pour imposer au salarié une solution dans le litige les

opposant (Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-17.882, *Bull.* 2013, V, n° 226). C'était encore le cas dans une hypothèse de négation par l'employeur d'une décision juridictionnelle, exécutoire par provision, qui, ayant procédé à la requalification du contrat à durée déterminée en contrat en durée indéterminée, l'empêchait de se prévaloir du terme stipulé dans le contrat initial, puisque celui-ci en était désormais dépourvu par l'effet de la requalification judiciairement ordonnée (Soc., 21 septembre 2016, pourvoi n° 15-15.165, non publié).

L'arrêt rendu le 21 septembre 2017 permet d'apporter des précisions sur les conditions dans lesquelles peut être retenue la nullité de la rupture d'un contrat de mise à disposition requalifié en contrat à durée indéterminée. En l'espèce une cour d'appel avait retenu la nullité de la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée requalifié en contrat de travail à durée indéterminée. Elle avait considéré que le salarié avait agi en justice afin de faire respecter sa liberté fondamentale au maintien dans l'emploi à la suite d'une violation des dispositions relatives au recours au travail temporaire. Cette décision est censurée dans la mesure où le droit à l'emploi, qui résulte de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 n'est pas une liberté fondamentale, mais un droit-créance qui doit être concilié avec d'autres droits ou principes constitutionnels, tels que la liberté d'entreprendre qui fonde, pour l'employeur, le droit de recruter librement ou de licencier un salarié. La définition de cet équilibre entre deux droits de nature constitutionnelle relève du législateur, sous le contrôle du Conseil constitutionnel. En revanche, un justiciable ne peut pas se prévaloir directement dans le cadre d'un litige d'une violation du droit à l'emploi, sauf à vider de leur substance les autres droits constitutionnels avec lesquels ce droit doit être concilié.

La chambre sociale censure également les motifs de la cour d'appel par lesquels elle avait relevé que le juge des référés avait ordonné la poursuite du contrat de travail. En effet, cette décision, déjà contestable au regard des pouvoirs du juge des référés dès lors que le droit à l'emploi n'est pas une liberté fondamentale dont la violation justifierait la nullité de la rupture du contrat de travail, a été annulée par un précédent arrêt de la cour d'appel, de sorte qu'il n'était plus possible de s'en prévaloir lorsque l'affaire a été évoquée au fond en appel.

- Soc., 1^{er} mars 2017, pourvoi n° 15-16.988, FS-P+B+R+I, contrat de mission, assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés

Les primes allouées pour l'année entière, qui ont pour objet de rémunérer des périodes de travail et de congés réunis, n'ont pas à être incluses dans l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés versée par l'entreprise de travail temporaire au salarié intérimaire.

Note explicative de l'arrêt :

La chambre sociale se prononce, par la présente décision, sur l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés versée par une entreprise de travail temporaire au travailleur intérimaire. La question posée par le pourvoi était celle de savoir si les primes versées annuellement par l'entreprise utilisatrice devaient ou non être incluses dans cette assiette de calcul.

La chambre sociale y répond par la négative, jugeant que les primes allouées pour l'année entière, qui ont pour objet de rémunérer des période de travail et de congés réunies, n'ont pas à être intégrées dans l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés versée par l'entreprise de travail temporaire au salarié intérimaire.

Par application des dispositions combinées des articles L. 1251-19 et D. 3141-8 du code du travail dans leur rédaction applicable, l'indemnité compensatrice de congés payés due au travailleur intérimaire est calculée en fonction de la rémunération totale brute prévue à l'article L. 3141-22 du code du travail, à laquelle s'ajoute l'indemnité de fin de mission. Or, la chambre sociale de la Cour de cassation juge, au visa de l'article L. 3141-22 du code du travail, que les primes versées annuellement, et qui ne sont donc pas affectées par la prise de congés, n'entrent dans l'assiette ni de l'indemnité de congés payés ni de l'indemnité compensatrice de congés payés (Soc., 1^{er} juillet 1998, pourvoi n° 96-40.421, *Bull.* 1998, V, n° 361, Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 09-71.056, *Bull.* 2011, V, n° 152, Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 12-35.033, *Bull.* 2014, V, n° 121).

L'application stricte des textes et leur interprétation par la chambre conduisait donc à exclure les primes versées annuellement par l'entreprise utilisatrice de l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés servie au salarié intérimaire.

Cette solution est de nature à assurer l'égalité de traitement entre les salariés permanents de l'entreprise et les travailleurs intérimaires au regard de l'avantage considéré, qui est le droit à une indemnité compensatrice de congés payés.

Placés dans une situation identique, celle de ne pas avoir été en mesure d'exercer effectivement leurs droits à congés avant la cessation du contrat, aucun élément ne permettait de justifier que, pour les premiers, les primes versées annuellement devaient être exclues de l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés, alors qu'elles auraient dû y être incluses pour les seconds.

- [Soc., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-17.690](#), FS-P+B, rupture du contrat à durée déterminée, clause d'invisibilité prohibée

Les parties ne peuvent pas déroger aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1243-1 du code du travail en introduisant dans le contrat de travail à durée déterminée une clause d'indivisibilité avec un autre contrat de travail.

2.1.3. Étendue des obligations de l'employeur

- [Soc., 5 juillet 2017, pourvoi n° 15-13.702](#), FS-P+B, salarié agissant dans l'exercice de ses fonctions, prise en charge par l'employeur des frais engagés pour sa défense

Investi par la loi du pouvoir de direction et de contrôle des salariés placés sous sa subordination juridique, l'employeur est tenu de garantir ceux-ci à raison des actes ou faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail.

Ayant constaté qu'un salarié, poursuivi devant la juridiction répressive du chef de complicité d'abus de bien sociaux commis au détriment de son employeur, avait agi dans le cadre de son activité professionnelle pour mener à bien une opération souhaitée par celui-ci et sans avoir abusé de ses fonctions à des fins personnelles, la cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur devait prendre en charge les frais exposés par le salarié pour assurer sa défense.

2.1.4. Procédure de modification du contrat de travail

- [Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 15-28.569](#), FP-P+B, champ d'application de la procédure de modification du contrat de travail pour motif économique, opposition avec la modification du contrat de travail de droit commun

Il résulte de l'article L. 1222-6 du code du travail que la procédure qu'il prévoit est applicable lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 1233-3 du code du travail.

Justifie dès lors légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant relevé qu'il n'était pas allégué que l'avenant litigieux, qui n'avait pas été établi en application des dispositions de l'article L. 1222-6 du code du travail, avait été conclu pour l'une des causes de licenciement pour motif économique prévue par l'article L. 1233-3 et constaté que le salarié avait consenti à cet avenant, en rejette la demande de nullité.

2.1.5. Messagerie électronique

- [Soc., 1^{er} juin 2017, pourvoi n° 15-23.522](#), FS-P+B, absence de déclaration à la CNIL, possible production en justice des courriels

L'absence de déclaration simplifiée d'un système de messagerie électronique professionnelle non pourvue d'un contrôle individuel de l'activité des salariés, qui n'est dès lors pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés au sens de l'article 24 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ne rend pas illicite la production en justice des courriels adressés par l'employeur ou par le salarié dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés et conservés par le système informatique.

2.2 - DUREE DU TRAVAIL ET REMUNERATION

2.2.1. Congés payés

- Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-24.022, FS-P+B+R+I, droit à congés payés, incapacité de travail, encadrement de la durée du report

Si des dispositions ou pratiques nationales peuvent limiter le cumul des droits au congé annuel payé d'un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives au moyen d'une période de report à l'expiration de laquelle le droit au congé annuel payé s'éteint, dès lors que cette période de report dépasse substantiellement la durée de la période de référence, la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ne fait pas obligation aux Etats membres de prévoir une telle limitation.

Ne méconnaît pas son office la cour d'appel qui, après avoir retenu que les articles 58 et 71, alinéa 3, du statut du personnel de la RATP relatifs à l'écrêtement des congés payés et aux reports en cas de maladie de l'agent étaient contraires aux dispositions claires et inconditionnelles de l'article 7 de la directive 2003/88/CE, a ordonné à l'employeur de régulariser la situation de l'ensemble des salariés concernés sans fixer de délai au terme duquel les droits à congés payés acquis et reportés seraient éteints.

Note explicative de l'arrêt :

Les quatre semaines de congés payés garanties par l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, sont attachées à la qualité de travailleur, de sorte qu'un salarié absent du travail en vertu d'un congé de maladie peut prétendre à des congés payés (CJUE, arrêt du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a., C-350/06). En droit interne, l'article L. 3141-3 du code du travail lie le droit à congé payé à l'exécution d'un travail effectif, de sorte qu'un salarié absent pour cause de congé maladie ne peut, sauf exception prévue par l'article L. 3141-5 du code du travail notamment en matière d'accident du travail et de la maladie professionnelle, acquérir des congés payés. Le droit français présente des dispositions contraires au droit de l'Union et la Cour de cassation avait suggéré dans ses rapports annuels 2013 à 2016 de modifier la loi afin d'assurer une mise en conformité.

Si la directive 2003/88/CE ne peut permettre, dans un litige entre particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire (Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-22.285, *Bull.* 2013, V, n° 73), un justiciable peut cependant s'en prévaloir pour l'opposer à l'Etat, à un de ses démembrements ou encore à des organismes ou entités soumises à l'autorité ou au contrôle de l'État ou qui disposent de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers (Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 15-20.111, publié au *Bulletin*). La RATP, qui est une entreprise publique, se trouve dans cette situation (Soc., 17 février 2010, pourvoi n° 08-43.212, *Bull.* 2010, V, n° 47).

En l'espèce l'employeur ne s'opposait pas à l'effet direct vertical de la directive, mais soutenait qu'il appartenait au juge de fixer une limite au report dans le temps des droits à congés payés. A cette fin, il s'appuyait notamment sur un avis du Conseil d'Etat du 26 avril 2017 (avis n° 406009 JORF n° 0100 du 28 avril 2017), qui avait considéré qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires fixant une période de report des congés payés qu'un agent s'est trouvé, du fait d'un congé maladie, dans l'impossibilité de prendre au cours d'une année civile donnée, le juge administratif peut en principe considérer, afin d'assurer le respect des dispositions de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, que ces congés peuvent être pris au cours d'une période de quinze mois après le terme de cette année. La question de l'extinction des droits à congés payés au bout d'un certain temps a été examinée par la Cour de justice de l'Union européenne, qui a retenu une telle possibilité pour le droit national tout en l'encadrant fermement : « afin de respecter ce droit dont l'objectif est la protection du travailleur, toute période de report doit tenir compte des circonstances spécifiques dans lesquelles se trouve le travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de références consécutives. Ainsi, ladite période doit notamment garantir au travailleur de pouvoir disposer, au besoin, de périodes de repos susceptibles d'être échelonnées, planifiables et disponibles à plus long terme. Toute période de report doit dépasser substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée » (CJUE, arrêt du 22 novembre 2011, KHS, C-214/10). La Cour de justice ne fixe pas de durée particulière, mais vérifie que celle éventuellement déterminée par le droit national est conforme

aux principes qu'elle a dégagés. C'est ainsi qu'une période de neuf mois est jugée comme contraire à la directive (CJUE, arrêt du 3 mai 2012, Neidel, C-337/10), alors qu'une période de quinze mois est regardée comme conforme (CJUE, arrêt du 22 novembre 2011, KHS, C-214/10).

La directive renvoie aux législations et pratiques nationales pour la définition des conditions d'obtention et d'octroi des congés payés, sous réserve, naturellement que cette mise en œuvre par les autorités nationales soit effectuée dans les limites expressément énoncées par la directive (CJUE, arrêt du 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10). Dès lors, en l'absence de précision de la directive, la définition du délai de report des congés payés relève de la marge de manœuvre des Etats membres, sous réserve de respecter le seuil minimal défini par la Cour de justice, à savoir dépasser substantiellement la période de référence. Le délai de perte peut être fixé à quinze mois, comme l'a admis la Cour de justice, mais, un délai supérieur comme par exemple seize ou dix-huit mois pourrait également répondre aux critères posés par la Cour de justice, à savoir dépasser substantiellement la période de référence. En droit interne, le code du travail ne prévoit aucun délai maximal de report des congés payés qui n'ont pu être exercés du fait d'un arrêt maladie, et il ne peut être tiré aucune conséquence de ce que, jusqu'à ce jour, le législateur s'est abstenu d'en fixer un. En pratique seul peut être invoqué le délai de prescription de trois ans à compter de l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés auraient pu être pris (Soc., 4 décembre 1996, pourvoi n° 93-46.418, *Bull.* 1996, V, n° 416), sous réserve des causes d'interruption ou de suspension.

En l'espèce, l'instruction générale applicable au sein de l'entreprise fixait un délai de perte de un an, qui ne dépassait pas substantiellement la période de référence et qui, de ce fait, a été jugé contraire à la directive. Une fois cette instruction écartée, le juge judiciaire ne pouvait que constater l'absence d'un tel délai de report, et, en l'absence de toute base légale lui donnant le pouvoir de fixer de lui-même une telle limite dans des rapports entre salarié et employeur, il ne pouvait pas lui être reproché d'avoir méconnu son office. Bien au contraire, la cour d'appel est restée dans le cadre des textes applicables pour constater l'absence de limitation du report des congés payés qu'un salarié n'a pu exercer du fait d'un arrêt de travail pour cause de maladie.

- Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-18.898, FS-P+B, droit à congés conventionnels, exercice effectif par le salarié, preuve par l'employeur

Eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement. Sauf dispositions contraires, la même règle de preuve s'applique aux congés d'origine légale ou conventionnelle, s'ajoutant aux quatre semaines garanties par le droit de l'Union.

2.2.2. Journée de repos supplémentaire

- Soc., 12 juillet 2017, pourvoi n° 15-26.262, FS-P+B+R+I, repos supplémentaire accordé aux femmes, égalité de traitement

Il résulte des articles L. 1142-4, L. 1143-1 et L. 1143-2 du code du travail, interprétés à la lumière de l'article 157, § 4, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qu'un accord collectif peut prévoir au seul bénéfice des salariées de sexe féminin une demi-journée de repos à l'occasion de la journée internationale pour les droits des femmes, dès lors que cette mesure vise à établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes.

Note explicative de l'arrêt :

Par cet arrêt important, la chambre sociale prend en compte l'évolution du droit de l'Union européenne résultant tant du droit matériel que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en ce qui concerne les discriminations positives en faveur des femmes.

Un accord collectif d'entreprise accordait une demie-journée de congé aux salariés de sexe féminin à l'occasion de la journée internationale des droits des femmes, le 8 mars de chaque année, résultant d'une résolution de l'Organisation des Nations-Unies. Un salarié de sexe masculin, à qui cette demie-journée de

congé avait été refusée, faisait valoir l'atteinte au principe d'égalité de traitement entre les sexes qui en résultait. Après avoir formé devant la cour d'appel une demande de dommages et intérêts, demande rejetée par celle-ci, il fondait son moyen de cassation sur l'article L. 3221-2 du code du travail relatif au principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

Ce n'est pas sur ce terrain que la chambre sociale a choisi de placer le débat. En effet, même si la Cour de justice de l'Union européenne a une conception très large de la notion de rémunération, pour des raisons liées à l'absence d'effet direct horizontal des directives en droit communautaire à la différence de l'effet direct absolu reconnu à l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne depuis l'arrêt Defrenne II (CJCE, arrêt du 8 avril 1976, Defrenne/SABENA, C-43/75), l'octroi d'une demie-journée de congé relève en droit français des conditions de travail et donc du titre IV du livre premier *Egalité professionnelle entre les hommes et les femmes*, inauguré dans le code du travail par les articles L. 1141-1 et suivants du code. C'est en conséquence en application de l'article L. 1142-4 du code du travail sur l'égalité des chances que la chambre sociale apporte une solution à ce pourvoi.

L'on sait à ce propos que la jurisprudence de la Cour de justice était primitivement très restrictive, n'admettant de dérogations à la stricte égalité en faveur des femmes que si ces dérogations étaient justifiées par la condition biologique de la femme, c'est-à-dire en raison de la grossesse et de la maternité (voir CJCE, arrêt du 25 octobre 1988, Commission/France, C-312/86 où la France est condamnée du fait des clauses de conventions collectives accordant des droits spécifiques aux femmes, tels qu'une journée de congé lors de la fête des mères). Néanmoins, en matière de priorité d'embauche en faveur des candidats de sexe féminin dans des corps administratifs où les femmes étaient sous-représentées, la Cour de justice finissait par se montrer plus ouverte aux discriminations positives (voir, après l'arrêt très critiqué Kalanke, CJCE, arrêt du 17 octobre 1995, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, C-450/93, l'évolution amorcée par les arrêts Marschall, CJCE, arrêt du 11 novembre 1997, Marschall/Land Nordrhein-Westfalen, C-409/95, et Badeck, CJCE, arrêt du 28 mars 2000, Badeck e.a., C-158/97). Par ailleurs, le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, a montré la volonté des Etats membres d'aller plus loin dans l'admission des discriminations positives en faveur des femmes par l'insertion dans le traité CE du paragraphe 4 de ce qui est aujourd'hui l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

Il se dégage désormais de cette évolution du droit de l'Union européenne une conception différente des années antérieures, à savoir que l'octroi de mesures favorables aux femmes en raison de la grossesse et de la maternité ne doit plus être apprécié au titre des discriminations positives mais être considéré comme la simple application de la stricte égalité de traitement puisque, par définition, la grossesse et la maternité ne concernent que les femmes. Dès lors, les discriminations positives relèvent nécessairement d'autres considérations, relatives au rétablissement de l'égalité des chances en matière économique et sociale. Cette optique nouvelle est consacrée par la structure même de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 du Parlement européen et du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (voir les articles 2 et 3).

C'est pourquoi la chambre sociale juge que, si la journée du 8 mars, issue des luttes féministes, dépasse largement le périmètre du travail des femmes dans les entreprises, elle le concerne aussi très directement. On sait que les inégalités au travail, entre les hommes et les femmes, sont encore importantes, qu'il s'agisse des écarts de rémunération ou de la qualité des emplois. Les manifestations de quelque forme qu'elles soient, le 8 mars, permettent de susciter une réflexion sur la situation spécifique des femmes au travail et sur les moyens de l'améliorer. La chambre sociale considère qu'il existe dès lors un lien entre cette journée et les conditions de travail, légitimant cette mesure, en faveur de l'égalité des chances, prévue par un accord collectif.

Cette décision rejoint ainsi les évolutions récentes de la chambre sociale cherchant à restituer aux partenaires sociaux dans les entreprises une large marge d'appréciation quant à la définition de la norme collective qui régira les relations de travail, évolution amorcée par les arrêts du 27 janvier 2015 établissant une présomption de conformité des accords collectifs au principe d'égalité de traitement (Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, *Bull.* 2015, V, n° 9 ; pourvoi n° 13-14.773, *Bull.* 2015, V, n° 8 ; pourvoi n° 13-25.437, *Bull.* 2015, V, n° 10), problématique qui n'est pas très éloignée du principe de non-discrimination entre les sexes.

Si l'arrêt précise qu'il est rendu en application des articles L. 1142-4, L. 1143-1 et L. 1143-2 du code du travail, « interprétés à la lumière de l'article 157, § 4, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », c'est pour expliciter l'article L. 1142-4 du code du travail qui, à propos de ces mesures positives en faveur des femmes, précise qu'elles ne peuvent être prises que par voie réglementaire, par voie de conventions ou d'accords collectifs étendus (ce qui exclut nécessairement un accord d'entreprise), ou en application du plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Or, il résulte des articles L. 1143-1 et L. 1143-2 du code du travail que ce plan pour l'égalité professionnelle, si aucun accord n'est intervenu au terme de la négociation, peut, après consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, être mis en œuvre unilatéralement par l'employeur qui le transmet au directeur départemental du travail. Ces dispositions supposent donc nécessairement qu'un accord collectif d'entreprise puisse prendre des mesures positives au titre de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en application de l'article L. 1142-4 du code du travail. Le pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel ayant rejeté la demande de ce salarié de sexe masculin est donc rejeté.

2.2.3. Prime de panier

- Soc., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-23.341, FP-P+B+R+I, prime de panier, remboursement de frais professionnels

Une prime de panier et une indemnité de transport ayant pour objet, pour la première, de compenser le surcoût du repas consécutif à un travail posté, de nuit ou selon des horaires atypiques, pour la seconde d'indemniser les frais de déplacement du salarié de son domicile à son lieu de travail, constituent, nonobstant leur caractère forfaitaire et le fait que leur versement ne soit soumis à la production d'aucun justificatif, un remboursement de frais et non un complément de salaire.

Commentaire au Rapport annuel de la Cour de cassation :

Par la présente décision, la chambre sociale de la Cour de cassation unifie et met un terme à des hésitations antérieures quant à la nature juridique des indemnités de panier et de transport versées par l'employeur.

Pour ce qui est de la prime de panier, la chambre sociale jugeait traditionnellement qu'eu égard à son caractère forfaitaire, elle venait compenser une sujétion de l'emploi et avait en conséquence la nature d'un complément de salaire.

Par deux décisions des 22 octobre 2014 (Soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-21.147, non publié) et 17 décembre 2014 (Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-14.935, *Bull.* 2014, V, n° 302), la chambre sociale de la Cour de cassation, abandonnant sa jurisprudence traditionnelle, a jugé que les indemnités de repas versées, en application de la convention collective nationale des transports routiers, au personnel qui, en raison d'un déplacement impliqué par le service, est obligé de prendre un ou plusieurs repas hors de son lieu de travail, a pour objet de compenser le surcoût du repas consécutif au déplacement et constitue, nonobstant son caractère forfaitaire, un remboursement de frais.

La chambre sociale s'était, avec ces deux décisions, mise en harmonie avec la position de l'administration relative aux indemnités de repas puisque, pour celle-ci, lorsque le salarié travaille dans des conditions spécifiques, et qu'il est contraint de prendre un repas sur les lieux de son travail, il est possible de lui verser, en exonération de charge, une indemnité de restauration.

C'est le même raisonnement qui est tenu s'agissant des primes de panier en litige.

Versées à des salariés travaillant selon des horaires atypiques, de manière postée ou la nuit, ces primes viennent compenser le surcoût du repas résultant de ces particularités d'horaires.

Elles ont donc la nature d'un remboursement de frais, leur caractère forfaitaire et le fait qu'elles soient versées sans avoir à présenter de justificatifs n'étant plus, au regard des deux arrêts de 2014, des arguments recevables pour les analyser comme des compléments de salaire.

Pour ce qui est de l'indemnité de transport versée volontairement par l'employeur, il existait une divergence

entre les sections de la chambre sociale de la Cour de cassation.

L'une considérait que ces indemnités de transport étaient des compléments de salaire eu égard à leur caractère forfaitaire, au fait que leur paiement n'était soumis à aucun justificatif, et au fait qu'elles répondaient à une organisation particulière du travail (Soc., 1^{er} juillet 1985, pourvoi n° 82-42.574, non publié ; Soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-40.027, non publié ; Soc., 4 mai 2011, pourvoi n° 10-10.651, non publié ; Soc., 7 décembre 2011, pourvoi n° 10-23.686, non publié).

L'autre jugeait que l'indemnité de transport était un remboursement de frais dès lors qu'elle était versée alors que le salarié travaillait et avait donc à effectuer un déplacement entre son domicile et son lieu de travail (Soc., 18 décembre 2012, pourvoi n° 11-13.813, *Bull.* 2012, V, n° 340 ; Soc., 3 février 2016, pourvoi n° 14-18.777, *Bull.* 2016, V, n° 22).

Par la présente décision, la formation plénière de la chambre sociale de la Cour de cassation met fin à ces divergences, et aligne le régime de l'indemnité de transport sur celui de l'indemnité de repas.

Le caractère forfaitaire de l'indemnité de transport et le fait qu'elle est payée sans que le salarié ait à produire de justificatifs ne sont plus, depuis les arrêts de 2014, des éléments opérants pour les considérer comme des compléments de salaire.

Venant indemniser les frais de déplacement du salarié de son domicile à son lieu de travail, l'indemnité de transport a la nature d'un remboursement de frais et n'avait pas, en conséquence, à entrer dans l'assiette de calcul de l'indemnité de maintien de salaire en cas de maladie et de l'indemnité de congés payés.

2.2.4. Astreintes

- Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-24.507, FP-P+B, mise en place d'une astreinte, insuffisance d'une disposition contractuelle

Viole l'article L. 3121-7 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, les articles L. 1221-1 et L. 1232-1 du code du travail, la cour d'appel qui, pour débouter un salarié de ses demandes relatives à la rupture de son contrat de travail, retient que des astreintes peuvent également être prévues dans le contrat de travail et ont dès lors un caractère obligatoire pour le salarié, alors qu'elle relevait que les astreintes que ce dernier avait refusé d'accomplir n'avaient été, ni prévues par accord collectif, ni fixées après consultation des institutions représentatives du personnel.

2.3 - SANTE ET SECURITE AU TRAVAIL

2.3.1. Frais d'expertise

- Soc., 31 mai 2017, pourvoi n° 16-16.949, FS-P+B+R+I, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, prise en charge des frais d'expertise par l'employeur, jurisprudence applicable pendant la période transitoire

Par décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution le premier alinéa et la première phrase du deuxième alinéa de l'article L. 4614-13 du code du travail en ce que la combinaison de l'absence d'effet suspensif du recours de l'employeur et de l'absence de délai d'examen de ce recours conduit à ce que l'employeur soit privé de toute protection de son droit de propriété en dépit de l'exercice d'une voie de recours, mais a reporté au 1^{er} janvier 2017 la date de cette abrogation au motif que l'abrogation immédiate de ces textes aurait pour effet de faire disparaître toute voie de droit permettant de contester une décision de recourir à un expert ainsi que toute règle relative à la prise en charge des frais d'expertise.

Il s'en déduit que les dispositions de ce texte telles qu'interprétées de façon constante par la Cour de cassation constituent le droit positif applicable jusqu'à ce que le législateur remédie à l'inconstitutionnalité constatée et au plus tard jusqu'au 1^{er} janvier 2017. L'atteinte ainsi portée au droit de propriété et au droit au recours

effectif pour une durée limitée dans le temps est nécessaire et proportionnée au but poursuivi par les articles 2 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protégeant la santé et la vie des salariés en raison des risques liés à leur domaine d'activité professionnelle ou de leurs conditions matérielles de travail.

Note explicative de l'arrêt :

En vertu de l'article L. 4614-12 du code du travail, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) peut faire appel à un expert lorsqu'un risque grave est constaté dans l'établissement ou en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail.

L'article L. 4614-13 de ce code prévoyait, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, que « les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur » et que « l'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise, saisit le juge judiciaire ».

La chambre sociale de la Cour de cassation a déduit de ces dispositions que l'employeur doit supporter le coût de l'expertise et les frais de la procédure de contestation éventuelle de cette expertise dès lors qu'aucun abus du CHSCT n'est établi (Soc., 12 janvier 1999, pourvoi n° 97-12.794, *Bull.* 1999, V, n° 19 ; Soc., 14 février 2001, *Bull.* 2001, V, n° 54, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2001, p. 370), y compris lorsque, à la suite d'une contestation de la nécessité de l'expertise par l'employeur, la décision d'y recourir est annulée par le juge judiciaire (Soc., 15 mai 2013, pourvoi n° 11-24.218, *Bull.* 2013, V, n° 125). En effet, d'une part, l'expert, tenu de respecter un délai pour exécuter la mesure d'expertise qui court à compter de sa désignation, ne manque pas à ses obligations en accomplissant sa mission avant que la cour d'appel se soit prononcée sur le recours formé contre la décision rejetant la demande d'annulation du recours à expertise, d'autre part, l'expert ne dispose d'aucune possibilité effective de recouvrement de ses honoraires contre le CHSCT qui l'a désigné, faute de budget pouvant permettre cette prise en charge.

Postérieurement, considérant que « l'absence de budget propre du CHSCT, qui a pour conséquence que les frais de l'expertise sont à la charge de l'employeur, y compris lorsque ce dernier obtient l'annulation de la délibération ayant décidé de recourir à l'expertise après que l'expert désigné a accompli sa mission, est susceptible de priver d'effet utile le recours de l'employeur », la chambre sociale de la Cour de cassation (Soc., 16 septembre 2015, QPC n° 15-40.027, *Bull.* 2015, V, n° 163) a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la constitutionnalité des dispositions de l'article L. 4614-13 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 précitée et l'interprétation jurisprudentielle y afférente.

Par décision du 27 novembre 2015 (Cons. const., 27 novembre 2015, décision n° 2015-500 QPC, société Foot Locker France SAS [contestation et prise en charge des frais d'une expertise décidée par le CHSCT]), le Conseil constitutionnel a décidé :

- que « le premier alinéa et la première phrase du deuxième alinéa de l'article L. 4614-13 du code du travail sont contraires à la Constitution » ;
- que cependant, « la déclaration d'inconstitutionnalité (...) prend effet à compter du 1^{er} janvier 2017 dans les conditions fixées au considérant 12 », lequel dispose que « l'abrogation immédiate [des dispositions inconstitutionnelles] aurait pour effet de faire disparaître toute voie de droit permettant de contester une décision de recourir à un expert ainsi que toute règle relative à la prise en charge des frais d'expertise [et] que, par suite, afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il y a lieu de reporter au 1^{er} janvier 2017 la date de cette abrogation ».

Prenant appui sur ce considérant, la chambre sociale de la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence après la décision du Conseil constitutionnel (Soc., 15 mars 2016, pourvoi n° 14-16.242, *Bull.* 2016, V, n° 47 publié au *Rapport annuel de la Cour de cassation*).

Elle a, en effet, considéré que, le Conseil constitutionnel ayant reporté purement et simplement à la date du 1^{er} janvier 2017 les effets de l'abrogation des textes déclarés inconstitutionnels, sans qu'il résulte de sa décision aucune autre disposition concernant la période transitoire et les effets de la déclaration

d'inconstitutionnalité, ces textes, tels qu'interprétés de façon constante par la Cour de cassation dont la jurisprudence constante n'avait pas été remise en cause par le Conseil, constituaient le droit positif applicable jusqu'à ce que le législateur remédie à l'inconstitutionnalité constatée, et au plus tard jusqu'au 1^{er} janvier 2017.

L'affaire soumise à la chambre sociale de la Cour de cassation dans l'arrêt ici commenté, rendu également dans une hypothèse où l'employeur avait obtenu l'annulation de la délibération du CHSCT, posait la question de la conventionnalité de la jurisprudence de la chambre. Selon la cour d'appel, l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales commandait, afin de garantir le droit à un recours juridictionnel effectif et à un procès équitable, d'abandonner notre jurisprudence sans attendre le 1^{er} janvier 2017.

La chambre sociale n'a pas suivi ce raisonnement. Opérant un contrôle de proportionnalité, elle considère « que l'atteinte ainsi portée au droit de propriété et au droit au recours effectif pour une durée limitée dans le temps est nécessaire et proportionnée au but poursuivi par les articles 2 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protégeant la santé et la vie des salariés en raison des risques liés à leur domaine d'activité professionnelle ou de leurs conditions matérielles de travail ».

Les articles 2 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont relatifs respectivement au droit à la vie et au droit au respect de la vie privée et familiale. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 2 impose aux États contractants l'obligation non seulement de s'abstenir de donner la mort « intentionnellement » ou par le biais d'un « recours à la force » disproportionné par rapport aux buts légitimes mentionnés aux alinéas a) à c) du second paragraphe de cette disposition, mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction (voir, notamment, CEDH, arrêt du 9 juin 1998, L.C.B. c. Royaume-Uni, n° 23413/94, § 36 ; CEDH, arrêt du 3 avril 2001, Keenan c. Royaume-Uni, n° 27229/95, § 89). Elle fait application de cet article lorsque la santé ou la vie des individus se trouvent menacées en raison des risques liés à leur domaine d'activité professionnelle – souvent dans le secteur industriel – et/ou de leurs conditions matérielles de travail.

Ainsi, dans l'arrêt Brincat (CEDH, arrêt du 24 juillet 2014, Brincat et autres c. Malte nos 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 et 62338/11), la Cour de Strasbourg a fait une application des articles 2 et 8 de la Convention, s'agissant d'ouvriers de chantier naval exposés à l'amiante pendant plusieurs décennies des années 1950 au début des années 2000 et qui en avaient gardé des séquelles. Elle a conclu à la violation de l'article 2 de la Convention à l'égard des requérants dont le proche était décédé et à la violation de l'article 8 de la Convention à l'égard des autres requérants. Elle a, notamment, jugé que, étant donné la gravité des risques liés à l'amiante, même si les États ont une certaine latitude pour décider comment gérer de tels risques, le gouvernement maltais avait manqué aux obligations positives que lui impose la Convention, en ce qu'il n'avait pas légiféré ni pris de mesures pratiques pour faire en sorte que les requérants soient suffisamment protégés et informés du risque auquel étaient exposées leur santé et leur vie.

Prenant en considération l'ensemble de ces éléments et la nature des missions confiées au CHSCT, la chambre sociale de la Cour de cassation juge que, si la combinaison de l'absence d'effet suspensif du recours de l'employeur et de l'absence de délai d'examen du recours conduit à ce que l'employeur soit privé de toute protection de son droit de propriété en dépit de l'exercice d'une voie de recours, ce qui justifie son abrogation par le Conseil constitutionnel, le caractère limité dans le temps de cette atteinte et la nécessité de protéger le droit à la vie et le droit au respect de la vie privée et familiale, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme, justifiaient le maintien de sa jurisprudence jusqu'à ce que le législateur ait remédié à l'inconstitutionnalité constatée, sans remise en cause du report au 1^{er} janvier 2017 par le Conseil constitutionnel de sa décision d'abrogation de l'article L. 4614-13 du code du travail.

2.3.2. Préjudice d'anxiété

- Soc., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-50.080, FS-P+B, préjudice spécifique d'anxiété, cadre juridique de l'action

Même s'il est éligible à l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, un salarié ne peut obtenir réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété par une demande dirigée contre une société qui

n'entrait pas dans les prévisions de l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998.

Ne peut obtenir une telle réparation le salarié ayant travaillé dans un établissement qui, même inscrit sur la liste fixée par arrêté ministériel, ne relève pas de l'employeur de ce salarié.

- Soc., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-17.164, FS-P+B, préjudice spécifique d'anxiété, cadre juridique de l'action

Un salarié exposé à l'amiante ne peut obtenir réparation du préjudice spécifique d'anxiété par une demande dirigée contre une société qui n'entre pas dans les prévisions de l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998.

Ne donne pas de base légale à sa décision, la cour d'appel qui, sans préciser si la société employeur entrait dans ces prévisions, condamne cette société à payer au salarié une somme au titre d'un tel préjudice.

- Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-15.130, FS-P+B, préjudice d'anxiété, cadre juridique de l'action

Le préjudice moral résultant pour un salarié du risque de développer une maladie induite par son exposition à l'amiante est constitué par le seul préjudice d'anxiété dont l'indemnisation, qui n'est ouverte qu'au salarié qui a travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, répare l'ensemble des troubles psychologiques résultant de la connaissance d'un tel risque.

Viole l'article L. 4121-1 du code du travail, ensemble l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, la cour d'appel qui, pour condamner l'employeur à payer aux salariés des sommes à titre de dommages-intérêts, retient que les manquements de l'employeur à ses obligations légales ainsi qu'à son obligation d'exécution loyale du contrat de travail ont occasionné aux salariés un préjudice direct et certain, sans avoir constaté que les salariés avaient travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, en sorte qu'ils ne pouvaient prétendre à l'indemnisation d'un préjudice moral au titre de l'exposition à l'amiante, y compris sur le fondement d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité.

2.3.3. Harcèlement

- Soc., 17 mai 2017, pourvoi n° 15-19.300, FS-P+B, harcèlement sexuel, préjudices ouvrant droit à réparation

Les obligations résultant des articles L. 1153-1 et L. 1153-5 du code du travail sont distinctes, en sorte que la méconnaissance de chacune d'elles, lorsqu'elle entraîne des préjudices distincts, peut ouvrir droit à des réparations spécifiques.

- Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 15-23.045, FP-P+B, harcèlement moral, protection, nécessité de qualifier les agissements lors de la dénonciation

Il résulte de l'article L. 1152-2 du code du travail, en sa rédaction applicable à la cause, qu'aucun salarié ne peut être licencié pour avoir relaté des agissements de harcèlement moral.

Viole ce texte l'arrêt qui, constatant que le salarié n'avait pas dénoncé des faits qualifiés par lui d'agissements de harcèlement moral, déclare le licenciement nul.

2.4 - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLIT COLLECTIF DE TRAVAIL

2.4.1. Détermination du contingent d'heures supplémentaires

- Soc., 1^{er} mars 2017, pourvoi n° 16-10.047, FS-P+B+R+I, accord d'entreprise, fixation du contingent d'heures supplémentaires

Les dispositions de l'article L. 3121-11, alinéa 1, du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, permettent de fixer par voie d'accord d'entreprise ou d'établissement le contingent d'heures supplémentaires à un niveau différent de celui prévu par l'accord de branche, quelle que soit la date de conclusion de ce dernier.

Note explicative de l'arrêt :

L'article 18 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a ouvert la possibilité de fixer par voie d'accord d'entreprise ou d'établissement le contingent annuel des heures supplémentaires à un niveau différent de celui retenu par l'accord de branche applicable en énonçant que des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche.

Dans l'espèce en cause, un accord d'entreprise du 19 avril 2011 avait porté à 220 heures par an le contingent des heures supplémentaires, alors qu'un accord de branche du 4 mai 2004 l'avait fixé à 130 heures. La question posée par le pourvoi était donc de déterminer si les partenaires sociaux avaient la possibilité de déroger à un accord de branche antérieur à la loi nouvelle.

Une telle question s'était déjà posée avec la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 qui, rompant avec les règles antérieures, avait ouvert, dans un certain nombre de domaines, la possibilité de déroger par accord d'entreprise, même dans un sens défavorable aux salariés, aux dispositions d'un accord de branche. Mais, à raison des termes mêmes de la loi, cette faculté ne pouvait s'exercer que dans des conditions strictes de non-rétroactivité. L'article 45 de cette loi disposait en effet que la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs. Dès lors, un accord d'entreprise, même conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, ne pouvait déroger par des clauses moins favorables à une convention collective de niveau supérieur conclue antérieurement à cette date. Ainsi avait-il été jugé qu'un accord collectif d'entreprise, même conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, ne peut déroger par des clauses moins favorables à une convention collective de niveau supérieur conclue antérieurement à cette date à moins que les signataires de cette convention n'en aient disposé autrement (Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-69.647, *Bull.* 2011, V, n° 73, publié au *Rapport annuel de la Cour de cassation*).

En allait-il de même avec la loi du 20 août 2008 rédigée en des termes très différents de ceux de la loi du 4 mai 2004, et qui ne comportait pas l'équivalent de l'article 45 pour la loi de 2004 ? Il était permis d'en douter dans la mesure où cette loi, souhaitant donner toute sa mesure à l'accord d'entreprise et inciter les entreprises à renégocier, avait initialement prévu que les accords antérieurs à la loi nouvelle resteraient en vigueur au plus tard jusqu'au 31 décembre 2009.

Mais le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la constitution cette disposition de la loi en raison de l'atteinte qu'elle portait aux conventions en cours. Cependant, le Conseil en a préservé l'esprit en ajoutant clairement que, « le législateur ayant entendu modifier l'articulation entre les différentes conventions collectives pour développer la négociation d'entreprise en matière d'heures supplémentaires, il s'ensuit qu'en l'absence de la disposition déclarée contraire à la constitution, les dispositions de la loi selon lesquelles des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche s'appliquent immédiatement et permettent la négociation d'accords d'entreprise nonobstant l'existence éventuelle de clauses contraires dans des accords de branche » (Cons. const., 7 août 2008, décision n° 2008-568 DC).

La chambre sociale tire donc les conséquences de cette décision du Conseil constitutionnel pour déterminer la portée de l'article L. 3121-11 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable. Elle juge dans l'arrêt ici commenté que ce texte est d'application immédiate et permet de fixer par voie d'accord d'entreprise ou d'établissement le contingent d'heures supplémentaires à un niveau différent de celui prévu par l'accord de branche, quelle que soit la date de conclusion de ce dernier. L'accord de branche ne peut donc, en aucune manière, limiter sur ce point les pouvoirs des partenaires sociaux pour la conclusion d'accords de niveau

inférieur.

On notera enfin que, selon la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, les règles de fixation du contingent d'heures supplémentaires relèvent du champ de la négociation collective et que le nouvel article L. 3121-33 du code du travail maintient le principe de la subsidiarité de l'accord de branche par rapport à l'accord d'entreprise ou d'établissement.

2.4.2. Révision

- Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 15-25.531, FS-P+B+R+I, modalités de révision d'un accord collectif, signataire ayant perdu sa représentativité, absence d'opposition possible

L'évolution des conditions d'acquisition par une organisation syndicale de la représentativité telle qu'elle résulte de la loi n° 789-2008 du 20 août 2008 conduit à apprécier différemment, en application de l'article L. 2261-7 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, les conditions mises à la révision d'un accord collectif d'entreprise.

Aux termes de l'article L. 2261-7 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, les organisations syndicales de salariés représentatives, signataires d'une convention ou d'un accord ou qui y ont adhéré conformément aux dispositions de l'article L. 2261-3, sont seules habilitées à signer, dans les conditions prévues au chapitre II du titre III, les avenants portant révision de cette convention ou de cet accord. Il en résulte que l'organisation syndicale de salariés qui, signataire d'un accord d'entreprise, n'est plus représentative pour la durée du cycle électoral au cours duquel la révision d'un accord d'entreprise est proposée, ne peut s'opposer à la négociation d'un tel accord.

Note explicative de l'arrêt :

Cet arrêt important marque la volonté de la chambre sociale de tirer les conséquences, en matière de négociation collective, du bouleversement opéré par la loi n° 789-2008 du 20 août 2008 en ce qui concerne le mode d'acquisition de la représentativité syndicale.

On sait en effet, qu'avant cette réforme majeure, la représentativité des organisations syndicales s'appréciait de façon « descendante » et présumée, la seule affiliation d'un syndicat d'entreprise à l'une des cinq confédérations syndicales nationales ayant été déclarées représentatives par décision ministérielle en 1966 lui conférant la qualité de syndicat représentatif et, par voie de conséquence, le droit de négocier des accords collectifs avec l'employeur, quand bien même il ne disposait d'aucun adhérent parmi les salariés de l'entreprise, l'existence d'une section syndicale étant elle-même présumée. La loi du 20 août 2008, issue d'une position commune négociée entre les partenaires sociaux, a voulu fonder l'acquisition de la représentativité sur la présence et l'activité syndicale en entreprise matérialisée, principalement, par l'audience électorale obtenue par le syndicat lors des dernières élections professionnelles. Désormais, le choix démocratique par les salariés des membres des comités d'entreprise et des délégués du personnel détermine, par ailleurs, la capacité du syndicat, s'il franchit le seuil de 10 % des suffrages exprimés, à négocier avec l'employeur, au nom des salariés et dans les domaines dévolus, la norme applicable en droit du travail.

Cela étant, traditionnellement, s'agissant des accords de révision des accords collectifs, la chambre sociale interprétait l'article L. 2261-7 du code du travail (« Les organisations syndicales de salariés représentatives, signataires d'une convention ou d'un accord ou qui y ont adhéré conformément aux dispositions de l'article L. 2261-3, sont seules habilitées à signer, dans les conditions prévues au chapitre II du titre III, les avenants portant révision de cette convention ou de cet accord ») comme exigeant, pour permettre la révision de l'accord, le consentement unanime de tous les syndicats signataires de cet accord (voir en dernier lieu Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-42.481, *Bull.* 2008, V, n° 224). Cette jurisprudence trouvait parfaitement sa place dans un système de représentativité présumée et immuable. Le renversement complet des perspectives par la loi du 20 août 2008 conduit la chambre sociale à estimer qu'il faut désormais tirer les conséquences de la nouvelle légitimité démocratique reconnue aux syndicats en entreprise, remise en cause tous les quatre ans. C'est ainsi qu'elle juge par l'arrêt du 21 septembre 2017, que seuls les syndicats signataires qui sont encore représentatifs lors du cycle électoral au cours duquel est proposée la révision de l'accord collectif peuvent s'y opposer.

En l'espèce, un syndicat, signataire huit ans auparavant d'un accord collectif, et qui avait perdu sa représentativité lors des dernières élections professionnelles, entendait s'opposer à toute révision de l'accord, alors même que, paradoxalement, il n'aurait pas pu signer l'accord de révision dès lors qu'il ne disposait plus de la représentativité. Pour écarter cette prétention, l'arrêt du 21 septembre 2017 énonce que l'organisation syndicale de salariés qui, signataire d'un accord d'entreprise, n'est plus représentative pour la durée du cycle électoral au cours duquel la révision d'un accord d'entreprise est proposée, ne peut s'opposer à la négociation d'un tel accord.

Cette jurisprudence, qui fait prévaloir en matière d'accords collectifs le principe démocratique sur le principe contractuel, est de nature à permettre aux entreprises de s'adapter plus facilement aux évolutions du marché sur lequel elles opèrent, lesquelles peuvent conduire à des mutations obligeant parfois à repenser, avec le concours des partenaires sociaux, les spécificités des relations de travail dans l'entreprise.

2.4.3. Différence de traitement

- Soc., 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-17.517, FS-P+B+R+I, accords d'établissement, présomption de justification des différences de traitement

Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'entreprise négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'ensemble de l'entreprise et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

Commentaire au Rapport annuel de la Cour de cassation :

Le principe d'égalité de traitement interdit à l'employeur, par décision unilatérale, de traiter différemment les salariés selon l'établissement où ils sont affectés sauf si la différence de traitement repose sur des raisons objectives, dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence. Il s'agit de protéger le salarié contre l'arbitraire de l'employeur.

Mais les différences de traitement entre salariés d'établissements distincts décidées par la négociation collective avaient été admises, de sorte que les salariés non compris dans le champ d'application d'un accord d'établissement, ne pouvaient faire état d'une discrimination au motif qu'ils ne bénéficiaient pas des dispositions de cet accord (Soc., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-40.769, *Bull.* 1999, V, n° 422). Dans cette perspective, un accord d'entreprise pouvait prévoir que des accords d'établissement déterminent des modalités spécifiques de rémunération (Soc., 18 janvier 2006, pourvoi n° 03-45.422, *Bull.* 2006, V, n° 17).

Puis, dans le prolongement de l'arrêt Pain, (Soc., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, *Bull.* 2009, V, n° 168), il a été jugé qu'un accord d'entreprise ne pouvait prévoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposaient sur des raisons objectives dont le juge devait contrôler concrètement la réalité et la pertinence (Soc., 28 octobre 2009, pourvoi n° 08-40.466, *Bull.* 2009, V, n° 239 ; Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-30.170, *Bull.* 2011, V, n° 154).

Mais les controverses et les difficultés liées à l'application rigoureuse du principe d'égalité de traitement aux accords collectifs ont amené la chambre sociale de la Cour de cassation à mener une réflexion sur la légitimité susceptible d'être reconnue aux partenaires sociaux, agissant par délégation de la loi, à disposer d'une marge d'appréciation comparable à celle reconnue par le Conseil constitutionnel au législateur dans la mise en œuvre de ce principe.

Aussi, après avoir dans un premier temps admis que se justifiaient certaines différences de traitement entre salariés opérées par voie d'accord collectif « dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée » (Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-14.725, *Bull.* 2011, V, n° 155), la chambre sociale a opéré un revirement et a été conduite à établir tant sous l'influence des modifications apportées par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail sur l'acquisition de

la représentativité syndicale, que de la place croissante prise par la négociation collective dans la construction du droit du travail, une présomption de justification des différences de traitement entre catégories professionnelles, ou entre salariés exerçant des fonctions distinctes au sein de ces catégories, en faveur des conventions collectives et des accords collectifs « négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote », présomption ne cédant que devant la justification que ces différences sont étrangères à toute considération de nature professionnelle (Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773, *Bull.* 2015, V, n° 8 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, *Bull.* 2015, V, n° 9 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.437, *Bull.* 2015, V, n° 10 ; Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324, publié au *Bulletin*).

Tirant les conséquences de cette évolution, par un arrêt du 3 novembre 2016 (Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, publié au *Bulletin*), la Cour de cassation a étendu sa jurisprudence aux différences de traitement opérées entre salariés d'établissements distincts par voie d'accord d'établissement.

Par l'arrêt ici commenté, la chambre sociale de la Cour de cassation, en reconnaissant le bénéfice de cette présomption à l'accord d'entreprise, poursuit la construction de cette jurisprudence fondée sur la légitimité des partenaires sociaux à mettre en œuvre le principe d'égalité de traitement.

2.4.4. Droit d'opposition

- Soc., 10 janvier 2017, pourvoi n° 15-20.335, FS-P+B, accord collectif, calcul du délai d'opposition à l'entrée en vigueur de l'accord

Il résulte des articles L. 2231-8 et L. 2232-12 du code du travail que l'opposition à l'entrée en vigueur d'une convention ou d'un accord collectif est exprimée par écrit et motivée, qu'elle précise les points de désaccord et qu'elle est notifiée aux signataires dans un délai de huit jours à compter de la notification de cet accord. Il s'en déduit que pour être recevable, l'opposition des organisations syndicales ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles doit être reçue par l'organisation signataire avant l'expiration de ce délai.

Encourt en conséquence la cassation l'arrêt qui retient que le délai de prescription de huit jours pour former opposition à l'entrée en vigueur d'une convention ou d'un accord collectif s'interrompt à la date d'émission de l'opposition.

- Soc., 23 mars 2017, pourvoi n° 16-13.159, FS-P+B, accord collectif, modalités d'opposition à l'entrée en vigueur de l'accord

Il résulte de l'article L. 2231-8 du code du travail que l'opposition à l'entrée en vigueur d'une convention ou d'un accord d'entreprise doit être formée par des personnes mandatées par le ou les syndicats n'ayant pas signé l'accord et être notifiée aux signataires de l'accord.

Satisfait aux exigences de ce texte la notification de l'opposition par la voie électronique.

2.4.5. Négociation bilatérales

- Soc., 8 mars 2017, pourvoi n° 15-18.080, FS-P+B, validité de l'accord collectif, modalités de négociation

La nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci.

2.4.6. Clause pénale

- Soc., 8 mars 2017, pourvoi n° 15-26.975, FS-P+B, accord collectif, qualification de clause pénale

Une cour d'appel décide à bon droit que s'analyse en une clause pénale, la clause d'un accord d'entreprise prévoyant qu'en cas de non-respect par la société de son engagement de maintenir pendant cinq ans la production sur le site, celle-ci s'engage à indemniser chaque salarié du montant des efforts concédés au cours de la durée d'application de l'accord, consistant en leur renonciation au bénéfice de quatorze jours de réduction du temps de travail.

2.5 - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES

2.5.1. Critères de représentativité

- Soc., 12 décembre 2016, pourvoi n° 16-25.793, FS-P+B+I, critères de représentativité, respect des valeurs républicaines

C'est à celui qui conteste le respect, par une organisation syndicale, des valeurs républicaines d'apporter la preuve de sa contestation.

Méconnaît les valeurs républicaines un syndicat qui prône des discriminations directes ou indirectes, en raison de l'origine du salarié.

Ayant fait ressortir que les éléments produits par les confédérations requérantes étaient insuffisants à apporter la preuve que l'action syndicale du Syndicat des travailleurs corses dans les entreprises prônait des distinctions fondées sur l'origine, ce dont il se déduisait que ce syndicat n'avait pas poursuivi un objectif contraire aux valeurs républicaines, le tribunal a légalement justifié sa décision.

Note explicative de l'arrêt :

A l'occasion de la présente affaire et par un précédent arrêt du 9 septembre 2016 (pourvoi n° 16-20.605, publié au *Bulletin*), la chambre sociale a censuré la décision du tribunal d'instance de Paris 15^e arrondissement qui avait invalidé la candidature présentée par le Syndicat des travailleurs corses au scrutin national destiné à mesurer l'audience des organisations syndicales au sein des entreprises employant moins de onze salariés. Se fondant sur les statuts de ce syndicat et sur sa profession de foi, le tribunal d'instance avait retenu que ce syndicat apparaissait comme l'outil de diffusion de la doctrine de certains courants politiques et une organisation régionaliste défendant des intérêts régionalistes, pour en déduire que ce syndicat avait un objet illicite.

Or il résulte d'une jurisprudence établie de la chambre sociale de la Cour de cassation (Soc. 13 oct. 2010, pourvoi n° 10-60.130, *Bull.* 2010, V, n° 235) qu'il convient de rechercher si un syndicat, indépendamment des mentions figurant dans ses statuts, poursuit dans son action syndicale un objectif illicite, contraire aux valeurs républicaines.

La connaissance de l'affaire avait donc été renvoyée après cassation au tribunal d'instance de Paris du 15^e arrondissement autrement composé, afin qu'il recherche si, indépendamment des mentions figurant dans ses statuts, le Syndicat des travailleurs corses poursuivait, dans son action, un objectif illicite, contraire aux valeurs républicaines.

Effectuant cette recherche et se fondant sur les déclarations des dirigeants du syndicat des travailleurs corses et une grève déclenchée le 2 février 2016 au sein d'une filiale de GDF à l'appel du STC pour protester contre le recrutement de trois salariés venus du continent, le tribunal d'instance a retenu que la recherche d'un emploi local se fait nécessairement par référence à une origine corse ou à une résidence corse depuis plusieurs années (...), qu'il s'agit donc d'une référence à une discrimination liée à l'origine, directe ou indirecte (...), mais qu'il convient de distinguer un comportement de provocation à la discrimination, tel que peut l'être celui du STC, d'un comportement réalisant cette discrimination. Le tribunal a, en conséquence, validé la candidature du STC en énonçant que ce comportement relevait de la liberté d'expression et ne portait aucune atteinte aux valeurs républicaines.

La Confédération générale du travail a formé un pourvoi contre cette décision qui est rejeté par l'arrêt du 12 décembre 2016.

La chambre sociale rappelle, tout d'abord, que c'est à celui qui conteste le respect, par une organisation syndicale, des valeurs républicaines, d'apporter la preuve de sa contestation (Soc. 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-60.130, *Bull.* 2010, V, n° 235). Elle écarte par là-même le premier moyen, qui demandait l'application du mécanisme probatoire de l'article L. 1134-1 du code du travail à la preuve du non-respect des valeurs républicaines par l'effet d'une discrimination.

La chambre sociale énonce, ensuite, se désolidarisant ainsi de la motivation du tribunal d'instance, que méconnaît les valeurs républicaines un syndicat qui prône des discriminations directes ou indirectes, en raison de l'origine du salarié. Ce faisant, le présent arrêt donne pour la première fois un élément de définition de la notion de respect des valeurs républicaines en décidant, dans la ligne des arrêts de la chambre mixte (Ch. mixte, 10 avril 1998, pourvoi n° 97-17.870, *Bull.* 1998, Ch. mixte, n° 1 et 2), mais aussi de la position commune des partenaires sociaux du 9 avril 2008, que le refus des discriminations selon l'origine des salariés est une composante du respect des valeurs républicaines. Aussi, pour se voir reconnaître le droit d'exercer les prérogatives reconnues à un syndicat par le code du travail (négocier un protocole préélectoral, déposer des listes de candidats aux élections professionnelles, constituer une section syndicale, être déclaré représentatif), celui-ci ne peut prôner de distinctions selon l'origine des salariés.

La Cour de cassation approuve néanmoins la décision du tribunal d'avoir déclaré valable la candidature du Syndicat des travailleurs corses au scrutin national destiné à mesurer l'audience des organisations syndicales au sein des très petites entreprises, dès lors que les éléments produits par les confédérations requérantes étaient insuffisants à apporter la preuve que l'action syndicale du STC dans les entreprises prônait des distinctions fondées sur l'origine, ce dont il se déduisait que ce syndicat n'avait pas poursuivi un objectif contraire aux valeurs républicaines .

La présente décision retient ainsi, qu'au cas particulier, la preuve de ce que le STC prônait des discriminations selon l'origine des salariés, à l'occasion de son action en faveur de l'emploi local, n'était pas suffisamment rapportée.

- Soc., 22 février 2017, pourvoi n° 16-60.123, FS-P+B, transparence financière, préalable indispensable à la désignation d'un représentant de section syndicale

Tout syndicat doit, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, satisfaire au critère de transparence financière.

- Soc., 27 septembre 2017, pourvoi n° 16-60.238, FS-P+B, non respect de certains critères de représentativité, effets dans le temps

Si les critères posés par l'article L. 2121-1 du code du travail tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome et permanente, l'absence d'indépendance judiciairement établie d'un syndicat lors de l'exercice d'une prérogative syndicale ne le prive pas de la possibilité d'exercer ultérieurement les prérogatives liées à la qualité d'organisation syndicale dès lors qu'il réunit, au moment de l'exercice de ces prérogatives tous les critères visés à l'article précité.

2.5.2. Statut protecteur

- Soc., 1^{er} février 2017, pourvoi n° 15-24.310, FS-P+B+R+I (1^{er} moyen), statut protecteur, salariés membres des commissions paritaires professionnelles

Il résulte des articles L. 2234-3 et L. 2251-1 du code du travail que le législateur a entendu accorder aux salariés membres des commissions paritaires professionnelles créées par accord collectif la protection prévue par l'article L. 2411-3 du code du travail pour les délégués syndicaux en cas de licenciement.

Ces dispositions, qui sont d'ordre public en raison de leur objet, s'imposent, en vertu des principes généraux du droit du travail, à toutes les commissions paritaires professionnelles créées par accord collectif, y compris celles créées par des accords antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004.

Commentaire au Rapport annuel de la Cour de cassation :

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation détermine la protection dont bénéficient les salariés membres des commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles.

Les articles L. 2234-1 à L. 2234-3 du code du travail prévoient que des commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles peuvent être instituées au niveau local, départemental ou régional, par accord conclu dans les conditions prévues à l'article L. 2231-1. Ces commissions concourent à l'élaboration et à l'application de conventions et accords collectifs de travail, négocient et concluent des accords d'intérêt local, notamment en matière d'emploi et de formation continue, examinent les réclamations individuelles et collectives et examinent toute autre question relative aux conditions d'emploi et de travail des salariés intéressés. Les accords instituant ces commissions déterminent les modalités de protection contre le licenciement des salariés membres de ces commissions et les conditions dans lesquelles ils bénéficient de la protection prévue par les dispositions du livre IV relatif aux salariés protégés.

Ces dispositions sont issues de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, qui a fait de ces commissions « *l'instrument d'un dialogue social "territorial" susceptible d'intéresser les entreprises de toute taille relevant de leur champ d'application* » (B. Teyssié, « Les commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, article 48) », *JCP* éd. E, n° 43, 21 octobre 2004, 1545, § 3).

Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, les institutions représentatives créées par voie conventionnelle doivent, pour ouvrir à leurs membres la procédure spéciale protectrice prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, être de même nature que celles prévues par le code du travail (Soc., 29 janvier 2003, pourvoi n° 00-45.961, *Bull.* 2003, V, n° 34 ; Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-45.893, *Bull.* 2006, V, n° 258).

En l'absence de précision textuelle, s'est posée la question de la protection des salariés membres de ces commissions : leur protection résulte-t-elle du texte législatif ou doit-elle être expressément prévue par les accords instituant ces commissions ?

La chambre sociale de la Cour de cassation a été saisie de cette question en 2011. En l'espèce, l'inspecteur du travail s'était déclaré incompétent pour statuer sur la demande d'autorisation de licenciement du salarié membre d'une commission paritaire régionale, instituée par la convention collective nationale des entreprises d'architecture du 27 février 2003, étendue par arrêté du 6 janvier 2004. Le salarié avait fait valoir devant les juges du fond que son licenciement était nul pour avoir été prononcé sans autorisation administrative. La cour d'appel avait fait droit à ses demandes. La chambre sociale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel en considérant que la décision d'incompétence de l'inspecteur du travail constituait une décision administrative, de sorte que le principe de séparation des pouvoirs faisait obstacle à ce que le juge judiciaire se prononce sur la nécessité de l'autorisation administrative de licenciement du salarié. Pour la chambre sociale, il appartenait aux juges du fond, en présence d'une difficulté sérieuse sur le bénéfice du statut protecteur, d'inviter les parties à saisir la juridiction administrative (Soc., 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-18.023, *Bull.* 2011, V, n° 225).

Saisi de la question préjudicielle posée par la cour d'appel de renvoi, le Conseil d'Etat a déduit la protection, non de la convention collective des architectes, mais des dispositions du code du travail (CE, 4 mai 2016, n° 380954, mentionné dans les tables du *Recueil Lebon*). Il a également précisé que les membres de ces commissions bénéficiaient de la protection accordée aux délégués syndicaux.

Dans l'affaire soumise à la chambre sociale ici commentée, le salarié, dont le contrat de travail était régi par la convention collective nationale des cabinets ou entreprises de géomètres-experts, géomètres-topographes, photogrammètres et experts fonciers du 13 octobre 2005, étendue par arrêté du 24 juillet 2006, avait été licencié sans autorisation administrative, alors qu'il avait été désigné pour représenter une organisation syndicale à la commission paritaire nationale pour l'emploi et la formation professionnelle et à la commission paritaire nationale de la négociation collective. Soutenant que son licenciement constituait un trouble manifestement illicite, le salarié avait saisi en référé la juridiction prud'homale, laquelle avait rejeté ses demandes.

L'arrêt de cour d'appel est cassé par la Cour de cassation : « Il résulte [des articles L. 2234-3 et L. 2251-1 du code du travail] que le législateur a entendu accorder aux salariés membres des commissions paritaires professionnelles créées par accord collectif la protection prévue par l'article L. 2411-3 du code du travail pour les délégués syndicaux en cas de licenciement [...]. Ces dispositions, qui sont d'ordre public en raison de leur objet, s'imposent, en vertu des principes généraux du droit du travail, à toutes les commissions paritaires professionnelles créées par accord collectif, y compris celles créées par des accords antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 ».

Par cette décision, la chambre sociale de la Cour de cassation apporte une triple précision : les salariés membres de ces commissions paritaires bénéficient, de par la loi, du statut protecteur ; leur protection est celle des délégués syndicaux ; enfin, cette protection leur est due quelle que soit la date de création de la commission.

En déduisant des termes mêmes de l'article L. 2234-3 du code du travail la qualité de salarié protégé des salariés membres des commissions paritaires professionnelles créées par accord collectif, la chambre sociale garantit la constitutionnalité de cette disposition. En effet, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 9 décembre 2011 (Cons. const., 9 décembre 2011, décision n° 2011-205 QPC, Patelise F. [Nouvelle-Calédonie : rupture du contrat de travail d'un salarié protégé]), censuré les dispositions de l'article LP. 311-2 du code du travail de Nouvelle-Calédonie, dans sa rédaction résultant de la loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au code du travail de Nouvelle-Calédonie, qui ne prévoyaient aucune disposition assurant la protection des représentants du personnel élus ou désignés au sein des collectivités publiques pour les agents contractuels des administrations publiques.

Cette jurisprudence concordante de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat permet aux salariés membres des commissions paritaires instituées par accord collectif, dont l'activité de négociation collective est amenée à s'étendre, d'être protégés comme le sont, de par la loi, les salariés membres de la commission paritaire régionale interprofessionnelle instituée par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

- Soc., 12 juillet 2017, pourvoi n° 15-27.286, FS-P+B, statut protecteur, disparition de la protection en cas de fraude

Une fraude du salarié peut le priver de la protection attachée à son mandat.

2.5.3. Heures de délégation

- Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-25.250, FP-P+B+R, cas de versement de l'indemnité de repos compensateur

Si le temps alloué à un représentant élu du personnel ou à un représentant syndical pour l'exercice de son mandat est de plein droit considéré comme temps de travail et que le salarié ne peut être privé des jours de repos compensateur du fait de l'exercice de ses mandats durant cette période de repos compensateur, il résulte de l'article D. 3121-14 du code du travail alors applicable que ce n'est que lorsque le contrat de travail prend fin avant que le salarié ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il a droit ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos qu'il reçoit une indemnité en espèces dont le montant correspond à ses droits acquis.

Commentaire au Rapport annuel de la Cour de cassation :

La chambre sociale de la Cour de cassation vient, par cette décision, préciser sa jurisprudence en matière d'heures de délégation prises durant des repos compensateurs ou des jours de congés payés.

Sur les repos compensateurs, par un arrêt du 20 mai 1992 (Soc., 20 mai 1992, pourvoi n° 89-43.103, *Bull.* 1992, V, n° 329), la chambre sociale a jugé que, le temps alloué à un représentant élu du personnel pour l'exercice de son mandat étant de plein droit considéré comme temps de travail, le salarié ne peut être privé des jours de repos compensateur ou de repos du fait de l'exercice de son mandat. Le salarié protégé qui est licencié sans bénéficier de la quote-part des congés compensateurs ou des congés-repos correspondant au

temps de délégation, ne peut plus obtenir un report de ses repos compensateurs et doit donc en obtenir la contrepartie financière.

Sur les congés payés, par un arrêt du 19 octobre 1994 (Soc., 19 octobre 1994, pourvoi n° 91-41.097, non publié), la chambre sociale a jugé que le salarié qui a perçu une indemnité de congés payés, ne peut la cumuler avec les sommes dues au titre des heures de délégation utilisées pendant la période de congés payés afférente. A la différence de l'hypothèse visée dans l'arrêt du 20 mai 1992 (Soc., 20 mai 1992, pourvoi n° 89-43.103, précité), le salarié protégé était toujours dans l'entreprise. Or, le salarié qui travaille pendant ses vacances ne peut prétendre à l'indemnité de congés payés. De la même façon, un représentant du personnel ne peut, en raison de l'exercice de son mandat, cumuler les heures de délégation, considérées comme temps de travail, avec l'indemnité de congés payés.

S'agissant de la contrepartie obligatoire en repos, l'article D. 3121-14 du code du travail alors applicable disposait que « *le salarié dont le contrat prend fin avant qu'il ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il a droit ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos reçoit une indemnité en espèces dont le montant correspond à ses droits acquis* ». Par ailleurs, l'article D. 3121-9 du code du travail dispose que la contrepartie obligatoire en repos est assimilée à du temps de travail effectif, et il en est de même des heures de délégation.

Le présent arrêt vient confirmer que le salarié protégé ne peut être à la fois en temps de travail effectif et en congés payés ou en repos compensateurs. Lorsqu'il exerce ses heures de délégations durant une période de congés payés ou de repos compensateurs, le salarié a nécessairement droit à un report de ceux-ci et ce n'est qu'en cas de rupture du contrat de travail, avant qu'il ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos, qu'il a droit à la compensation financière correspondante.

2.5.4. Liste commune

- Soc., 22 février 2017, pourvoi n° 15-28.775, FS-P+B, désignation d'un délégué syndical supplémentaire, liste commune

Dans les entreprises d'au moins cinq cents salariés, tout syndicat représentatif dans l'entreprise peut désigner un délégué syndical supplémentaire s'il a obtenu un ou plusieurs élus dans le collège des ouvriers et employés lors de l'élection du comité d'entreprise et s'il compte au moins un élu dans l'un des deux autres collèges. Lorsque plusieurs syndicats ont constitué une liste commune aux élections du comité d'entreprise, chacun d'eux peut procéder à la désignation d'un délégué syndical supplémentaire dès lors qu'il remplit à lui seul l'ensemble de ces conditions, sans préjudice de la possibilité pour les syndicats ayant constitué une liste commune de désigner ensemble un délégué syndical supplémentaire.

2.5.5. Convocation des élus

- Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-24.713, FS-P+B, modalités de convocation des délégués du personnel

L'article L. 1226-10 du code du travail n'imposant aucune forme particulière pour recueillir l'avis des délégués du personnel quant au reclassement d'un salarié déclaré inapte, satisfait aux exigences de ce texte la convocation des délégués du personnel par voie électronique.

2.5.6. Délégation unique du personnel

- Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-25.317, FS-P+B, mise en place d'une délégation unique du personnel, sanction d'un défaut de consultation préalable

Il résulte de l'article L. 2326-1 du code du travail, dans sa rédaction applicable à la cause, que l'employeur ne peut décider que les délégués du personnel constitueront la délégation du personnel au comité d'entreprise qu'après avoir consulté les délégués du personnel et, s'il existe, le comité d'entreprise. Il s'ensuit qu'en l'absence de cette consultation, les élections des délégués du personnel appelés à constituer la délégation du

personnel au comité d'entreprise sont entachées d'une irrégularité justifiant leur annulation.

2.5.7. Action en justice

- Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-16.769, FS-P+B, CHSCT, recevabilité d'une action dirigée à l'encontre d'une entreprise extérieure

Il résulte des articles L. 4111-5, L. 4612-1, R. 4511-1 et R. 4511-5 du code du travail, interprétés à la lumière de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) est compétent, pour exercer ses prérogatives, à l'égard de toute personne placée à quelque titre que ce soit sous l'autorité de l'employeur.

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui déclare recevable l'action du CHSCT d'une société donnée à l'encontre d'une autre société, après avoir constaté que les salariés de cette dernière étaient placés sous l'autorité des deux employeurs et ce, afin d'obtenir au sein d'un site relevant de son périmètre d'implantation le respect par ces sociétés de leurs obligations légales en matière de prévention des risques professionnels.

2.6 - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

2.6.1. Rupture conventionnelle

- Soc., 1^{er} décembre 2016, pourvoi n° 15-21.609, FS-P+B+R+I, preuve de la nullité de la rupture conventionnelle

Si le défaut du ou des entretiens prévus par l'article L. 1237-12 du code du travail, relatifs à la conclusion d'une convention de rupture, entraîne la nullité de la convention, c'est à celui qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence.

Note explicative de l'arrêt :

Par la présente décision, la chambre sociale poursuit sa construction jurisprudentielle relative à la rupture conventionnelle, mode de rupture bilatérale du contrat de travail voulu par les partenaires sociaux dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 et consacré par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008.

En application des articles L. 1237-11 et suivants du code du travail, les parties conviennent du principe d'une rupture conventionnelle du contrat de travail *lors d'un ou plusieurs entretiens...*

Elles signent, pour ce faire, une convention de rupture et disposent, à la date de la signature de cette convention, d'un délai de rétractation de quinze jours. En l'absence de rétractation, la partie la plus diligente sollicite, à l'issue de ce délai, l'homologation de la convention de rupture auprès de l'administration, la rupture du contrat de travail ne pouvant intervenir avant le lendemain de l'autorisation donnée par l'administration.

Dans la présente espèce, le salarié et l'employeur avaient signé une convention de rupture qui avait été homologuée par l'administration, aucune des parties n'ayant usé de sa faculté de rétractation.

La convention de rupture mentionnait la tenue de deux entretiens.

Le salarié, soutenant qu'aucun entretien n'avait eu lieu, a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en nullité de la convention de rupture.

La cour d'appel a fait droit à la demande du salarié au motif que les pièces produites par l'employeur pour attester de la réalité des entretiens mentionnés sur la convention de rupture n'étaient pas probantes.

La question de droit posée par le pourvoi était double :

- le défaut d'entretien relatif à la conclusion d'une convention de rupture est-il une cause de nullité de la convention de rupture ?
- qui supporte la charge de la preuve de la tenue de cet entretien ?

La chambre sociale y a répondu en jugeant que, *si le défaut du ou des entretiens prévus par l'article L. 1237-12 du code du travail relatifs à la conclusion d'une convention de rupture entraîne la nullité de la convention, c'est à celui qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence.*

Il résulte des termes de ce texte (article L. 1237-12) que les parties conviennent du principe d'une rupture conventionnelle *lors d'un ou plusieurs entretiens* au cours desquels le salarié peut se faire assister...

Cette rédaction n'est source d'aucune ambiguïté en ce qu'il est clair qu'elle fait du ou des entretiens une condition substantielle de la rupture conventionnelle et prolonge d'ailleurs l'article qui précède selon lequel la rupture conventionnelle *est soumise aux dispositions de la présente section destinées à garantir la liberté du consentement des parties*. En d'autres termes, l'entretien (ou les entretiens) précédant la conclusion d'une convention de rupture est l'une des mesures voulue tant par les partenaires sociaux que par le législateur pour garantir la liberté du consentement des parties.

Cela se comprend bien compte tenu de la nature de ce mode de rupture, telle qu'elle découle du texte de l'article L. 1237-11 qui l'introduit : l'employeur et le salarié peuvent *convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail* qui les lie. La rupture conventionnelle, *exclusive du licenciement et de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties*. Il suit de ces dispositions que la rupture conventionnelle procède, non de la volonté unilatérale d'une partie, mais d'une volonté commune qui doit par là-même être concertée, ce qui suppose une rencontre et une discussion, et donc un ou plusieurs entretiens. Au surplus, cette rencontre et cet entretien sont impliqués par la circonstance que les parties ne doivent pas seulement convenir du principe de la rupture (commune) mais également de ses conditions, et notamment de la détermination de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle.

Il suit de ces éléments que même si l'entretien prévu n'est soumis à aucun formalisme (Soc., 29 janvier 2014 pourvoi n° 12-27.594, *Bull.* 2014, V, n° 39 ; Soc., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.268, *Bull.* 2013, V, n° 178), il doit exister, et cela à peine de nullité de la rupture conventionnelle.

En revanche, si l'une des parties à la convention argue de l'absence d'entretien, c'est à elle qui invoque cette cause de nullité d'en établir l'existence.

La rupture conventionnelle étant une rupture bilatérale du contrat de travail, il n'y avait pas lieu, sauf à nier ce caractère bilatéral, de faire peser la preuve de l'entretien exclusivement sur l'employeur. Cela se serait inéluctablement traduit, dans les faits, par l'envoi par l'employeur d'une convocation à un entretien aux fins de signer une convention de rupture, à l'instar de ce qui est prévu en matière de licenciement, ce qui aurait *de facto* imposé un formalisme ni voulu par les partenaires sociaux, ni prévu par le législateur.

Il sera en outre observé qu'en pratique, la tenue d'un ou de plusieurs entretiens figure sur le formulaire de la convention de rupture, puisqu'il s'agit de l'un des points de contrôle auquel se livre l'administration avant d'homologuer la convention. La signature, comme en l'espèce, par le salarié et l'employeur d'une convention de rupture sur laquelle est mentionnée la tenue d'au moins un entretien laisse ainsi présumer son existence, et c'est à la partie qui soutient qu'il n'a, en définitive, pas eu lieu, de renverser cette présomption.

La présente décision de la chambre sociale fait écho à ce que juge la première chambre civile en matière de droit de la consommation : la reconnaissance écrite, par l'emprunteur, dans le corps de l'offre préalable, de la remise d'un bordereau de rétractation détachable joint à cette offre laisse présumer la remise effective de celui-ci. Dès lors, la cour d'appel qui constate que l'emprunteur a souscrit une telle reconnaissance, en déduit exactement que ce dernier, faute pour lui d'apporter la preuve de l'absence de remise du bordereau ou, à défaut, de son caractère irrégulier, ne peut se prévaloir de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur (1^{re} Civ., 16 janvier 2013, pourvoi n° 12 14 122, *Bull.* 2013, I, n° 7).

2.6.2. Licenciement économique

- Soc., 29 juin 2017, pourvoi n° 15-21.008, FS-P+B+R+I
- Soc., 29 juin 2017, pourvoi n° 16-12.007, FS-P+B+R+I, succession de plans de sauvegarde de l'emploi, différences de traitement admises

Lorsque deux procédures de licenciement économique collectif sont successivement engagées dans l'entreprise accompagnées de plans de sauvegarde de l'emploi distincts, les salariés licenciés dans le cadre de

la première procédure ne sont pas dans une situation identique à celles des salariés licenciés dans le cadre de la seconde procédure au cours de laquelle a été élaboré, après information et consultation des institutions représentatives du personnel, le plan prévoyant l'avantage revendiqué sur le fondement du principe d'égalité de traitement par les salariés licenciés dans la précédente procédure.

Note explicative de l'arrêt :

La chambre sociale de la Cour de cassation juge traditionnellement que si un plan de sauvegarde de l'emploi peut contenir des mesures réservées à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause puissent bénéficier de cet avantage, à moins qu'une différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes, et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables (Soc., 12 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.182, *Bull.* 2010, V, n° 166).

Ce principe a été institué et appliqué entre des salariés relevant d'un même plan de sauvegarde de l'emploi élaboré au cours d'une même procédure de licenciement économique collectif (voir également Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 10-24.219, *Bull.* 2012, V, n° 321 ; Soc., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-23.457, *Bull.* 2013, V, n° 243 ; Soc., 9 juillet 2015, pourvoi n° 14-16.009, *Bull.* 2015, V, n° 154 ; Soc., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-16.115, *Bull.* 2015, V, n° 206)

Dans les deux espèces soumises à la Cour de cassation et ici commentées, était posée la question de l'application du principe d'égalité de traitement entre des salariés ayant bénéficié de mesures prévues dans des plans de sauvegarde distincts, élaborés dans le cadre de procédures de licenciement économique successives.

Dans la première espèce (pourvoi n° 16-12.007), à la suite d'une réduction significative des prestations confiées par son principal donneur d'ordre courant 2005, une société avait été conduite à engager une procédure de licenciement économique collectif emportant la suppression de 224 postes sur 285 dans l'un de ses établissements avec la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) en décembre 2005. A la suite de la rupture définitive des relations commerciales avec le principal donneur d'ordre, avaient été décidés la fermeture de cet établissement, l'engagement d'une nouvelle procédure de licenciement économique collectif emportant la suppression de 57 postes de travail sur les 64 restants sur le site, et l'adoption d'un plan de sauvegarde de l'emploi le 10 avril 2007 prévoyant notamment une indemnité spécifique de fermeture de site de 12 030 euros au bénéfice de l'ensemble des salariés visés par cette seconde procédure. S'estimant lésés par le fait qu'une telle indemnité n'avait pas été prévue par le plan de sauvegarde de l'emploi du 16 décembre 2005 dont ils avaient bénéficié, des salariés licenciés en janvier 2006 dans le cadre de la précédente procédure ont saisi la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement d'une telle indemnité sur le fondement du principe d'égalité de traitement.

La cour d'appel a fait droit aux demandes des salariés, en énonçant en premier lieu qu'une différence de traitement peut être invoquée lorsque deux plans de sauvegarde de l'emploi se succèdent au sein de la même entreprise, et en retenant ensuite que la circonstance que le second PSE et la procédure de licenciement collectif pour motif économique qu'il accompagnait se soient inscrits dans le cadre d'une fermeture du site alors que le premier PSE et la première procédure de licenciement collectif pour motif économique s'étaient inscrits dans le cadre de la suppression d'un grand nombre d'emplois au sein de cet établissement ne suffisait pas, en soi, à caractériser une différence de situation propre à justifier le versement de l'indemnité litigieuse aux seuls salariés licenciés en 2007. Après une analyse des circonstances économiques et sociales ayant conduit aux procédures de licenciement économique collectif successives, la cour d'appel a considéré qu'au regard de l'objet de l'avantage en cause, les salariés licenciés en 2006 avaient été confrontés à une déception et à un traumatisme moral identiques à ceux vécus par leurs collègues un an plus tard et que la rupture anticipée des relations commerciales avec le principal donneur d'ordre, la fermeture de site, les possibilités de reclassement et de retrouver un nouvel emploi ne constituaient pas des raisons objectives et pertinentes propres à justifier une différence de traitement entre les salariés licenciés en 2007 et ceux licenciés en janvier 2006.

Dans la seconde espèce (pourvoi n° 15-12.008), un salarié avait saisi la juridiction prud'homale pour demander la condamnation de son employeur à lui verser une indemnité pour violation du principe d'égalité

de traitement en se prévalant d'une différence injustifiée du montant de l'indemnité complémentaire et de la durée du congé reclassement prévus dans les plans de sauvegarde de l'emploi successifs décidés au sein de l'entreprise, l'un arrêté le 4 mai 2009 dont il relevait et celui arrêté le 3 juin 2010.

La cour d'appel a fait droit à sa demande en retenant que si le montant de l'indemnité complémentaire et la durée du congé de reclassement résultaient de plans distincts, ceux-ci conféraient néanmoins des avantages de même nature, que la différence de traitement entre les salariés relevant du plan de sauvegarde de l'emploi arrêté en 2010 et ceux qui avaient fait l'objet d'un licenciement dans le cadre du plan de l'année précédente ne reposait sur aucune raison objective et étrangère à toute discrimination prohibée, que pour justifier ces différences de traitement d'un plan par rapport à l'autre, il n'était allégué aucune difficulté particulière de reclassement professionnel ni de niveau de qualification différent des salariés concernés ou d'une dégradation de la situation de l'emploi, que le seul fait de procéder à une réorganisation de l'entreprise en deux licenciements collectifs avec négociation de plans de sauvegarde de l'emploi distincts ne constituait pas une raison objective justifiant une différence de traitement.

La chambre sociale de la Cour de cassation censure les deux arrêts pour avoir fait une fausse application du principe d'égalité de traitement aux motifs que « [lorsque] deux procédures de licenciement économique collectif [sont] successivement engagées dans l'entreprise accompagnées de plans de sauvegarde de l'emploi distincts [...], les salariés licenciés dans le cadre de la première procédure ne sont pas dans une situation identique à celles des salariés licenciés dans le cadre de la seconde procédure au cours de laquelle [a] été élaboré, après information et consultation des institutions représentatives du personnel, le plan prévoyant l'avantage revendiqué [par les premiers salariés licenciés] ».

En effet, dans une même entreprise, la succession dans le temps de procédures de licenciement économique collectif implique, de fait, une évolution du contexte économique et social ayant donné lieu à ces procédures. Les plans de sauvegarde de l'emploi, établis par l'employeur dans le cadre de ces procédures successives en fonction des besoins des salariés concernés par chacune des procédures et des moyens de l'entreprise ou du groupe évalués au moment de leur élaboration, et soumis à chaque fois à la consultation des institutions représentatives du personnel qui peuvent en demander l'amélioration, répondent à des circonstances particulières et présentent nécessairement un équilibre qui leur est propre. Aussi, d'une procédure de licenciement économique collectif à une autre dans une même entreprise, les salariés licenciés ne sont pas placés dans une situation identique propre à leur permettre de revendiquer les avantages d'un plan de sauvegarde de l'emploi élaboré dans le cadre d'une procédure qui ne les a pas concernés.

2.6.3. Réparation du préjudice

- Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.578, FS-P+B+R+I, réparation du préjudice résultant d'un licenciement irrégulier, soutien des prétentions à l'oral

L'existence d'un préjudice résultant du non-respect de la procédure de licenciement et l'évaluation qui en est faite relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Il résulte de l'article L. 1235-5 du code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue.

En matière de procédure orale, une demande en justice présentée dans un écrit n'est valablement formée que lorsqu'elle est oralement soutenue à l'audience des débats. Dès lors qu'elle constate que la partie, appelante, qui sollicitait dans ses conclusions écrites le rejet des demandes du salarié, n'était ni présente ni représentée à l'audience, la cour d'appel ne pouvait que constater qu'elle n'était saisie d'aucun moyen de recours et ne pouvait en conséquence que confirmer le jugement.

Commentaire au Rapport annuel de la Cour de cassation :

Par un arrêt du 13 avril 2016 (Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, *Bull.* 2016, V, n° 72), la chambre sociale de la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence dite du « préjudice nécessairement causé », dont il résultait que certains manquements fautifs de l'employeur étaient considérés comme source (par eux-mêmes) d'un préjudice ouvrant droit à réparation peu important que l'existence d'un tel préjudice ne soit pas

véritablement démontrée, en énonçant que l'existence d'un préjudice et l'évaluation qui en est faite relèvent désormais de l'appréciation souveraine des juges du fond et en approuvant par là-même la décision d'un conseil de prud'hommes qui avait rejeté la demande en dommages et intérêts d'un salarié pour remise tardive des documents de fin de travail, après avoir constaté que le salarié n'apportait aucun élément pour justifier le préjudice allégué.

Il s'agissait, selon le commentaire fait de cet arrêt au *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (BICC), de revenir à une application plus orthodoxe des règles de la responsabilité civile définie par les plus hautes formations de la Cour (Ass. plén., 26 mars 1999, pourvoi n° 95-20.640, *Bull.* 1999, Ass. plén., n° 3 ; Ch. mixte, 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-14.397, *Bull.* 2002, Ch. mixte, n° 5 ; et Ch. mixte, 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-22.981, *Bull.* 2002, Ch. mixte, n° 4) et commune à l'ensemble des chambres civiles de la Cour de cassation.

Ce même commentaire laissait cependant entendre que la nouvelle règle, faisant désormais reposer l'existence d'un préjudice et son étendue sur l'appréciation souveraine des juges du fond, pouvait connaître des exceptions limitées tendant à reconnaître dans certaines hypothèses l'existence d'un préjudice comme présumée, comme du reste la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation l'ont admis dans plusieurs hypothèses.

L'arrêt ici commenté en est, pour la chambre sociale, une illustration : la question posée était celle de savoir si l'inobservation de la procédure de licenciement ou l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, s'agissant d'un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté dans une entreprise ne comptant pas au moins onze salariés qui relevait donc des dispositions de l'article L. 1235-5 du code du travail, pouvaient être regardées comme ayant nécessairement causé un préjudice à ce salarié ou si, comme l'avait retenu la cour d'appel, il appartenait à ce salarié pour prétendre à réparation d'en établir l'existence, la cour d'appel ayant considéré en la circonstance que cette preuve n'était pas rapportée.

La question était d'autant plus intéressante que l'inobservation de la procédure de licenciement était le premier cas dans lequel la jurisprudence sociale avait admis l'existence d'un préjudice « nécessairement causé » (Soc., 23 octobre 1991, pourvoi n° 88-42.507, *Bull.* 1991, V, n° 428), tandis que, s'agissant de l'absence de cause réelle et sérieuse, la chambre sociale de la Cour de cassation avait toujours considéré que « la seule constatation de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement doit entraîner la condamnation de l'employeur à réparer le préjudice subi par le salarié dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue » (Soc., 25 septembre 1991, pourvoi n° 88-41.251, *Bull.* 1991, V, n° 380 ; Soc., 7 décembre 1995, pourvoi n° 92-42.942, *Bull.* 1995, V, n° 336).

Par l'arrêt du 13 septembre 2017 ici commenté, la Cour de cassation confirme sur le deuxième point (absence de cause réelle et sérieuse du licenciement) sa jurisprudence traditionnelle, et par conséquent apporte une exception à la règle dégagée par son arrêt du 13 avril 2016 (Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, *Bull.* 2016, V, n° 72) en énonçant qu'il résulte de l'article L. 1235-5 du code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient d'apprécier l'étendue.

En revanche, sur le premier point (inobservation de la procédure de licenciement) la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence antérieure à l'arrêt du 13 avril 2016 précité et, faisant application de la règle dégagée dans cet arrêt, énonce que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir d'appréciation des juges du fond.

- Soc., 29 juin 2017, pourvoi n° 15-15.775, FS-P+B, inaptitude, autorisation administrative de licenciement du salarié protégé, indemnisation possible en cas de manquement à l'obligation de sécurité de résultat

Dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l'administration du travail de vérifier que l'inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement. Il ne lui appartient pas en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral dont l'effet serait la nullité de la rupture du contrat de travail.

Ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations.

2.6.4. Indemnités de licenciement

- Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-22.223, FS-P+B+R+I, licenciement consécutif à la maladie non professionnelle, salaire de référence

Le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celui des douze ou des trois derniers mois précédant l'arrêt de travail pour maladie.

Viola les articles L. 1234-9 et R. 1234-4 du code du travail, ensemble l'article L. 1132-1 du code du travail dans sa rédaction applicable en la cause, la cour d'appel qui, pour rejeter la demande du salarié tendant à obtenir le paiement d'une somme à titre de reliquat d'indemnité de licenciement, retient qu'en l'absence de dispositions le prévoyant dans la convention collective, le salarié ne peut prétendre à ce que le montant de son indemnité soit calculé sur la base des salaires qu'il aurait perçus si son contrat n'avait pas été suspendu pour cause de maladie.

Commentaire au Rapport annuel de la Cour de cassation :

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation apporte une clarification dans le calcul de l'indemnité de licenciement, qu'il s'agisse de l'indemnité légale ou de l'indemnité conventionnelle, afin d'éviter que le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour cause de maladie ne fasse l'objet d'une discrimination tenant à la base de calcul prise en considération de son arrêt maladie.

La chambre sociale était saisie d'un pourvoi portant notamment sur le mode de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement à laquelle avait droit une salariée licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement après un arrêt maladie de plusieurs mois (neuf mois en l'espèce).

L'article R. 1234-4 du code du travail, créé par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 relatif au code du travail, énonce que le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, soit le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant le licenciement, soit le tiers des trois derniers mois.

La salariée faisait valoir que l'indemnité de licenciement ne pouvait être calculée sur la base des revenus réduits, dans le cas d'une baisse de revenu antérieure à la rupture du contrat de travail du salarié en raison d'arrêts de travail ou d'une activité réduite.

Elle relevait également que la convention collective applicable, plus favorable quant au montant de l'indemnité de licenciement que les dispositions légales, n'y dérogeait pas quant aux modalités de calcul.

L'employeur soutenait que la notion de rémunération, mentionnée par l'article R. 1234-4 du code du travail, correspondait à tout revenu du salarié et que, dès lors, lorsque le salarié avait été en arrêt maladie au cours des douze ou des trois derniers mois précédant son licenciement, il devait être tenu compte, pour cette période, non pas du salaire qu'il aurait perçu s'il n'avait pas été en congé maladie, mais des indemnités qu'il avait perçues au cours de la période de suspension de son contrat de travail,

Il ajoutait que la prise en compte des douze ou trois mois précédant le licenciement, pour les salariés qui ont fait l'objet d'un arrêt maladie comme pour les autres, à moins que la convention collective ne prévoie une autre assiette de calcul et ne spécifie que seuls les « salaires » doivent être pris en compte, respectait le principe d'égalité.

Dans des décisions anciennes, la chambre sociale de la Cour de cassation avait précédemment jugé, s'agissant du calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement :

- « que le salaire de référence ne pouvait être déterminé en retenant, pour les périodes où la salariée avait été en congé de maladie, les seules indemnités complémentaires compensatrices, qui ne représentaient qu'une partie de ses salaires mensuels habituels, même si, étant seules à la charge de l'employeur pendant la période de suspension de l'exécution du contrat par la maladie, c'étaient elles qui entraînaient le versement des cotisations de retraite » (Soc., 13 juin 1979, pourvoi n° 77-41.664, *Bull.* 1979, V, n° 526) ;

- que, « pour déterminer le salaire moyen servant de base au calcul de l'indemnité de licenciement, il a, conformément aux dispositions de la convention collective applicable, été justement tenu compte des salaires auxquels aurait eu droit [le salarié] "au cours des trois mois précédant la date de notification de son licenciement" s'il n'avait pas été absent ou mis en chômage technique durant cette période » (Soc., 9 juin 1988, n° 86-40.073, non publié) ;

- « que la disposition [selon laquelle « le salaire servant de base au calcul de l'indemnité de licenciement est le salaire moyen des trois derniers mois », issue de la convention collective applicable en l'espèce,] se réfère à un salaire habituel ; qu'en ne retenant, pour établir le salaire de référence, que les rémunérations et allocations perçues pendant la période où l'intéressé était en arrêt de travail pour accident du travail, tandis qu'aurait dû être pris en compte le salaire moyen perçu par celui-ci pendant les trois derniers mois précédant l'arrêt de travail, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Soc., 16 décembre 1992, pourvoi n° 90-44.872, *Bull.* 1992, V, n° 597) ;

- « que la mise en chômage partiel n'a pas pour effet de modifier le contrat de travail et qu'en conséquence la rémunération servant de base de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement doit être celle que le salarié aurait perçue s'il n'avait pas été au chômage partiel » (Soc., 9 mars 1999, pourvoi n° 96-44.439, *Bull.* 1999, V, n° 110).

En revanche, la chambre sociale de la Cour de cassation en jugeait différemment à partir de l'année 2001 s'agissant du calcul de l'indemnité légale, en se fondant sur l'absence de dispositions spécifiques dans les conventions collectives applicables :

- « qu'en l'absence de dispositions le prévoyant dans la convention collective du notariat, les périodes de suspension de son contrat de travail pour maladie de la salariée ne pouvaient être prises en compte pour le calcul de la durée de son ancienneté et [...] que la salariée ne pouvait prétendre à ce que le montant de son indemnité soit calculé sur la base des salaires qu'elle aurait perçus si son contrat n'avait pas été suspendu » (Soc., 5 juin 2001, pourvoi n° 99-42.429, non publié) ;

- « qu'en l'absence de dispositions le prévoyant dans la convention collective, le salarié ne pouvait prétendre à ce que le montant de son indemnité soit calculé sur la base des salaires qu'il aurait perçus s'il n'avait pas travaillé dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique » (Soc., 26 janvier 2011, pourvoi n° 09-66.453, non publié).

Toutefois, s'agissant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et du système légal de l'article L. 1235-3 du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation, renouant avec la jurisprudence la plus ancienne, vient de juger que « le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 du code du travail était celui des six derniers mois précédant l'arrêt de travail » (Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 14-29.435, non publié).

L'arrêt du 23 mai 2017 ici commenté marque le souci d'une solution harmonisée, compte tenu des impératifs résultant du principe de non-discrimination en raison de l'état de santé institué à l'article L. 1132-1 du code du travail.

La Cour de cassation retient désormais une solution valant à la fois pour le calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, étant observé que les conventions collectives ne peuvent de toute façon pas, en tout cas dans cette matière, déroger dans un sens moins favorable aux dispositions légales et que, dans les espèces ayant donné lieu aux arrêts cités des 9 juin 2008 ou du 16 décembre 1992, la convention collective était muette sur la question.

Ainsi a-t-il été décidé d'unifier les régimes quelles que soient les indemnités visées, conventionnelle ou

légale de licenciement, et celles dues en réparation du caractère sans cause réelle et sérieuse du licenciement. Le salaire de référence à prendre en considération est donc celui précédant l'arrêt de travail pour maladie. Il y a lieu de rappeler, par ailleurs, que les arrêts de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle sont, quant à eux, régis par les dispositions de l'article L. 1226-16 du code du travail, selon lesquelles « les indemnités prévues aux articles (...) L. 1226-14 et L. 1226-15 sont calculées sur la base du salaire moyen qui aurait été perçu par l'intéressé au cours des trois derniers mois s'il avait continué à travailler au poste qu'il occupait avant la suspension du contrat de travail provoquée par l'accident du travail ou la maladie professionnelle » (voir, par exemple, Soc., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-43.417, non publié).

2.6.5. Transaction

- Soc., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-20.040, FS-P+B, signature d'une transaction, irrecevabilité d'une demande de réparation au titre du préjudice d'anxiété

Viole les articles 2044 et 2052 du code civil dans leur rédaction antérieure à celle de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, 2048 et 2049 du même code, la cour d'appel qui, pour déclarer recevable la demande en réparation d'un préjudice d'anxiété formée par un salarié à l'encontre de son employeur, retient que cette demande est indépendante et distincte de l'objet de la transaction signée entre les parties, alors qu'aux termes de cette transaction, l'intéressé déclarait être rempli de tous ses droits et ne plus avoir aucun chef de grief quelconque à l'encontre de cet employeur du fait de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail.

2.7 – PROTECTION SOCIALE COMPLEMENTAIRE

- Soc., 7 mars 2017, pourvoi n° 14-23.193, FS-P+B+R+I, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, arrêté ministériel d'extension d'un accord collectif instituant un régime de protection sociale complémentaire, obligation de transparence

La Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 17 décembre 2015 (C-25/14 et C-26/14) a dit pour droit que c'est l'arrêté d'extension de l'accord collectif confiant à un unique opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire au profit des salariés, qui a un effet d'exclusion à l'égard des opérateurs établis dans d'autres Etats membres et qui seraient potentiellement intéressés par l'exercice de cette activité de gestion.

Il apparaît que dans un mécanisme tel que celui en cause, c'est l'intervention de l'autorité publique qui est à l'origine de la création d'un droit exclusif et qui doit ainsi avoir lieu dans le respect de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

S'agissant du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces Traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire.

A cet effet, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne.

Il en résulte que l'arrêté du 16 octobre 2006 simplement précédé de la publicité prévue à l'article L. 133-14 du code du travail, alors applicable, qui ne peut être regardée comme ayant permis aux opérateurs intéressés de manifester leur intérêt pour la gestion des régimes de prévoyance concernés avant l'adoption de la décision d'extension, incompatible avec les règles issues du droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, doit voir son application écartée en l'espèce.

- Soc., 7 mars 2017, pourvoi n° 14-27.229, FS-P+B+R+I, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, arrêté ministériel d'extension d'un accord collectif instituant un régime de protection sociale complémentaire, obligation de transparence

La Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 17 décembre 2015 (C-25/14 et C-26/14) a dit pour droit que c'est l'arrêté d'extension de l'accord collectif confiant à un unique opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire au profit des salariés, qui a un effet d'exclusion à l'égard des opérateurs établis dans d'autres Etats membres et qui seraient potentiellement intéressés par l'exercice de cette activité de gestion.

Il apparaît que dans un mécanisme tel que celui en cause, c'est l'intervention de l'autorité publique qui est à l'origine de la création d'un droit exclusif et qui doit ainsi avoir lieu dans le respect de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Par une décision du 8 juillet 2016, le Conseil d'Etat, considérant qu'il n'avait pas été précédé d'une publicité adéquate permettant aux opérateurs intéressés de manifester leur intérêt pour la gestion des régimes de prévoyance concernés avant l'adoption de la décision d'extension, a annulé l'article 6 de l'arrêté du 23 décembre 2011 en tant qu'il étend l'article 6 de l'avenant n° 100 du 27 mai 2011 à la convention collective nationale de la boulangerie-pâtisserie, à effet du 1^{er} janvier 2017, sous réserve des actions contentieuses mettant en cause des actes pris sur son fondement engagées avant le 17 décembre 2015.

S'agissant du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces Traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire.

A cet effet, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne.

Il en résulte que l'arrêté du 16 octobre 2006 simplement précédé de la publicité prévue à l'article L. 133-14 du code du travail, alors applicable, qui ne peut être regardée comme ayant permis aux opérateurs intéressés de manifester leur intérêt pour la gestion des régimes de prévoyance concernés avant l'adoption de la décision d'extension, incompatible avec les règles issues du droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, doit voir son application écartée en l'espèce.

Note explicative des arrêts :

Ces deux affaires s'inscrivent dans le contentieux nourri dont font l'objet les clauses de désignation et de migration contenues dans différents accords de branche et qui font obligation aux entreprises adhérentes d'une organisation patronale signataire de souscrire les garanties qu'ils prévoient auprès de l'assureur qu'ils désignent (clauses de désignation), y compris lorsqu'elles disposent de leur propre dispositif de couverture (clauses de migration).

Au cas particulier, étaient en cause les avenants n° 83 et 100, à la convention collective nationale étendue des entreprises artisanales de la boulangerie et de la boulangerie-pâtisserie, conclus respectivement les 24 avril 2006 et 27 mai 2011, par lesquels les représentants des employeurs et des organisations syndicales représentatives des salariés ont décidé de mettre en œuvre un régime de remboursement complémentaire obligatoire des frais de santé des salariés de ce secteur. L'institution AG2R Réunica prévoyance a été désignée aux termes de chacun de ces avenants, pour une durée de cinq ans, comme unique gestionnaire du régime.

Ces accords ont été étendus au plan national à toute la branche de la boulangerie et de la boulangerie-pâtisserie, par arrêtés ministériels en date des 16 octobre 2006 et 23 décembre 2011.

Saisi d'un recours en excès de pouvoir contre l'arrêté du 16 octobre 2006, le Conseil d'Etat l'a rejeté (CE, 19 mai 2008, n° 298-907, Mme X...), considérant notamment que « les dispositions des directives 92/49/CEE et 92/96/CEE des 18 juin et 10 novembre 1992 ne s'opposent pas à ce qu'un tel accord désigne, en application de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, un organisme assureur unique chargé d'organiser la couverture des risques énoncés à l'article L. 911-2 du même code ».

De la même manière, la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu la validité de telles clauses (par exemple : Soc., 10 octobre 2007, pourvoi n° 05-15.850, *Bull.* 2007, V, n° 155) et censuré la décision des juges du fond qui avaient rejeté la demande aux fins de condamnation d'un artisan boulanger refusant de s'affilier au régime géré par AG2R (Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 14-13.538, *Bull.* 2015, V, n° 28).

Par un arrêt du 3 mars 2011 (C-437/09) la Cour de justice de l'Union européenne, se prononçant sur l'avenant n° 83 du 24 avril 2006, a jugé que les clauses de désignation et de migration, s'agissant d'un dispositif d'intérêt général, n'étaient pas soumises aux règles relatives à la concurrence résultant des articles 102 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

Restait la question de l'obligation de transparence qui découle de l'article 56 TFUE et qui, elle, s'impose aux autorités publiques (CJUE, arrêt du 13 avril 2010, Wall, C-91/08).

Aussi, saisi de la légalité de l'arrêté du 23 décembre 2011, ayant étendu l'avenant n° 100 du 27 mai 2011, le Conseil d'Etat a renvoyé à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle portant sur le point de savoir si le respect de l'obligation de transparence, est une condition préalable obligatoire à l'extension d'un accord collectif qui comme ceux en cause, confie à un opérateur unique, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire au profit des salariés (CE, 30 décembre 2013, n° 357115, société X... Père et Fils).

Par un arrêt du 17 décembre 2015 (C-25/14 et C-26/14), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'arrêté d'extension de l'accord collectif confiant à un unique opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire au profit des salariés, ayant un effet d'exclusion à l'égard des opérateurs établis dans d'autres Etats membres et qui seraient potentiellement intéressés par l'exercice de cette activité de gestion, c'est l'intervention de l'autorité publique qui est à l'origine de la création d'un droit exclusif et qui doit ainsi avoir lieu dans le respect de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

C'est dans ce contexte que par une décision du 8 juillet 2016 (CE, 8 juillet 2016, n° 357115, société X... Père et Fils), le Conseil d'Etat, considérant que l'arrêté du 23 décembre 2011 n'avait pas été précédé d'une publicité adéquate permettant aux opérateurs intéressés de manifester leur intérêt pour la gestion des régimes de prévoyance concernés avant l'adoption de la décision d'extension, a annulé ajouter le dernier alinéa de l'article 6 en tant qu'il étend l'article 6 de l'avenant n° 100 du 27 mai 2011, cette annulation prenant effet le 1^{er} janvier 2017 « sous réserve des actions contentieuses mettant en cause des actes pris sur son fondement engagées avant le 17 décembre 2015 ».

Le Conseil d'Etat a en effet considéré que « ni la mise à disposition du public de l'avenant, ni la publication au *Journal officiel* de la République française le 22 septembre 2011 de l'avis prévu à l'article D. 2261-3 du code du travail, eu égard notamment aux mentions dont il était assorti et au délai imparti pour soumettre des observations, et alors même que la décision d'extension n'a été, en l'espèce, prise que trois mois plus tard, ne peuvent, même prises ensemble, être regardées comme ayant permis aux opérateurs intéressés de manifester leur intérêt pour la gestion des régimes de prévoyance considérés avant l'adoption de la décision d'extension ».

Dès lors, compte tenu de la date d'engagement de l'action contentieuse par AG2R prévoyance à l'encontre des artisans boulangers refusant d'adhérer au régime de prévoyance (bien antérieure au 17 décembre 2015) et aucun des boulangers concernés par les présents pourvois n'étant adhérent d'une organisation patronale signataire des accords en cause, l'arrêté d'extension du 23 décembre 2011 ne pouvait plus justifier les demandes de l'institution portant sur la période postérieure au 1^{er} janvier 2012.

En outre, au regard des modalités de publicité ayant précédé la décision d'extension de l'avenant du 24 avril 2006, et le Conseil d'Etat ne s'étant pas prononcé sur ce point dans sa décision précitée du 19 mai 2008, la question de la conformité de l'arrêté du 16 octobre 2006 à l'obligation de transparence telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne se posait, y compris devant la Cour de cassation.

Rappelons en effet que dans l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978 (CJCE, arrêt du 9 mars 1978,

Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal, C-106/77), la Cour de Luxembourg a dit pour droit que « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il y ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ».

Aussi, prenant en compte la décision du Conseil d'Etat du 8 juillet 2016, mais également une décision du 7 décembre 2016 (CE, 7 décembre 2016, n° 366345) qui, bien qu'elle concernât pourtant un accord de branche précédé d'une certaine « mise en transparence » par les parties signataires, a néanmoins conduit le Conseil d'Etat à prononcer l'annulation de l'arrêté d'extension, la chambre sociale de la Cour de cassation, sur avis conforme de l'avocat général, a considéré que l'application de l'arrêté du 16 octobre 2006 devait être écartée en l'espèce, en l'absence de toute allégation relative à une mise en transparence par les partenaires sociaux au cas particulier, et surtout, la publicité prévue par l'article L. 133-14 du code du travail, alors applicable, ne pouvant être regardée comme satisfaisant aux obligations découlant de l'article 56 TFUE.

Evoluant par rapport à sa jurisprudence antérieure, la chambre sociale a donc approuvé la décision des juges du fond qui avaient rejeté les demandes d'AG2R prévoyance dirigées contre des artisans boulangers non adhérents d'une organisation patronale signataire des avenants (pourvoi n° 14-27.229), tandis que la seconde décision, ayant fait droit aux demandes de l'entreprise d'assurance, est censurée (pourvoi n° 14-23.193).