

Pages 1 à 36

AU SOMMAIRE :

→ Sommaires  
de jurisprudence  
(n° 001 à n° 103)

PAGE 5

→ Table

Articles parus  
en 2018  
dans la RPDS

PAGE 34

### NUMÉRO SPÉCIAL

# JURISPRUDENCE DE DROIT SOCIAL 2017-2018

Prix : 7,50 €

## 5

## DOSSIER

## JURISPRUDENCE

## DE DROIT SOCIAL 2017-2018

(Les numéros entre parenthèses renvoient aux numéros des sommaires)

## RELATIONS INDIVIDUELLES DU TRAVAIL

## Droits et libertés dans l'entreprise

Vie privée du salarié (n° 001 et n° 002)

## Discriminations

Discrimination liée à l'âge (n° 003 et n° 004)

Discrimination syndicale (n° 005)

## Harcèlement

Harcèlement moral (n° 006)

Harcèlement sexuel (n° 007)

## Contrat de travail

Embauche (n° 008)

Période d'essai (n° 009 et n° 010)

Clauses du contrat (n° 011 à n° 013)

## Transfert d'entreprise

Effets (n° 014)

## Maternité et paternité

Protection de la grossesse et de la maternité (n° 015 à n° 017)

## Maladie, accident et inaptitude médicale

Inaptitude médicale (n° 018 à n° 023)

## Licenciement

Procédure (n° 024 et n° 025)

Moyen de preuve (n° 026 et n° 027)

Faute grave (n° 028)

Indemnisation (n° 029)

## Licenciement économique

Motif économique (n° 030)

Procédure (n° 031)

Plan de sauvegarde de l'emploi (n° 032)

## Différents modes de rupture

Rupture conventionnelle (n° 033 et n° 034)

Prise d'acte (n° 035)

## Contrat à durée déterminée

Conclusion du contrat (n° 036 à n° 038)

Cas de recours (n° 039)

Contrat saisonnier (n° 040 et n° 041)

Rupture anticipée (n° 042)

Requalification (n° 043)

## Travail temporaire

Requalification (n° 044 et n° 045)

## Discipline à l'entreprise

Sanctions disciplinaires (n° 046)

## RELATIONS COLLECTIVES DU TRAVAIL

## Syndicats

Représentativité (n° 047 et n° 048)

Personnalité juridique (n° 049)

Affiliation confédérale (n° 050)

## Délégués syndicaux

Désignation (n° 051)

## Droit syndical

Information et communication

syndicales (n° 052)

Représentant de la section syndicale (n° 053)

## Conventions collectives

Application (n° 054)

Accord de groupe (n° 055)

## Élections professionnelles

Protocole d'accord

préélectoral (n° 056 à n° 059)

Candidatures (n° 060 à n° 062)

Contentieux électoral (n° 063)

## Unité économique et sociale

Reconnaissance (n° 064)

## Délégués du personnel

Etablissement distinct (n° 065)

## Comité d'entreprise

Réunions (n° 066 et n° 067)

Fonctionnement (n° 068)

Attributions économiques (n° 069)

Activités sociales et culturelles (n° 070)

## Heures de délégation

Utilisation des heures (n° 071)

Paie (n° 072)

Rémunération (n° 073)

## Protection des élus et mandatés

Procédure de licenciement (n° 074)

Transfert partiel (n° 075)

Suite d'un licenciement autorisé (n° 076)

## Droit de grève

Effets (n° 077)

DURÉE DU TRAVAIL,  
SALAIRE, ÉPARGNE SALARIALE

## Durée du travail

Mesure du temps de travail (n° 078 à n° 082)

Réduction du temps de travail (n° 083)

## Salaire et avantages

Composition de la rémunération (n° 084)

Primes et indemnités (n° 085 et n° 086)

Egalité de traitement (n° 087)

Paie (n° 088)

## Épargne salariale

Intéressement (n° 089)

Participation (n° 090 et n° 091)

## SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL

## Obligations de l'employeur

Mesures générales de prévention (n° 092)

## CHSCT

Expertises (n° 093)

## EMPLOI

## Contrats aidés

Contrat adultes-relais (n° 094)

## Travailleurs étrangers

Titre de séjour et de travail (n° 095)

## FORMATION PROFESSIONNELLE

## Formation professionnelle continue

Participation des employeurs (n° 096)

## PROTECTION SOCIALE

## Accident de travail

Définition (n° 097)

Accident de mission (n° 098)

Réparation complémentaire (n° 099 à n° 101)

## Financement

Cotisations sociales (n° 102)

## Protection sociale complémentaire

Prévoyance collective (n° 103)

## 34

## TABLE

Articles parus en 2018 dans la *RPDS*

## Principales abréviations utilisées dans la revue

## Tribunaux et institutions

• **Cass. soc.**: Arrêt rendu par la Cour de cassation, chambre sociale.

• **Cass. crim.**: Arrêt rendu par la Cour de cassation, chambre criminelle.

• **Cass. civ. 2<sup>e</sup>**: Arrêt rendu par la Cour de cassation, 2<sup>e</sup> chambre civile. Le numéro de pourvoi qui suit cette référence vous permet de retrouver le texte intégral de l'arrêt cité sur le site [\[www.legifrance.fr\]](http://www.legifrance.fr), rubrique jurisprudence judiciaire.

• **Cons. Ét.**: Arrêt rendu par le Conseil d'État. Le numéro de requête qui suit cette référence vous permet de retrouver le texte intégral de l'arrêt cité sur

le site [\[www.legifrance.fr\]](http://www.legifrance.fr), rubrique jurisprudence administrative.

• **Appel**: Arrêt rendu par une cour d'appel.

• **CPH**: Jugement rendu par un conseil de prud'hommes.

• **TGI**: Jugement rendu par un tribunal de grande instance.

• **TI**: Jugement rendu par un tribunal d'instance.

• **DGT**: Direction générale du travail.

• **DIRRECTE ou Direccte**: Direction ou directeur régional(e) des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

## Publications et revues

• **JO**: Journal officiel, (disponible sur [\[www.legifrance.fr\]](http://www.legifrance.fr)).

• **Bull.**: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.

• **BJT**: Bulletin Joly Travail.

• **Cah. soc.**: Les Cahiers sociaux.

• **D**: Recueil Dalloz.

• **Dr. ouv.**: Droit ouvrier.

• **Dr. soc.**: Droit social.

• **JCP**: La semaine juridique, (éd. «G» pour Générale, «E» pour Entreprise, «S» pour Sociale).

• **LS**: Liaisons sociales.

• **RDT**: Revue de droit du travail.

• **RJS**: Revue de jurisprudence sociale Francis Lefebvre.

• **RPDS**: Revue pratique de droit social.

• **SSL**: Semaine sociale Lamy.

**RPDS**

**Revue Pratique de Droit Social**  
Revue mensuelle – 74<sup>e</sup> année  
263, rue de Paris, case 600,  
93516 Montreuil Cedex

**Directeur:** Maurice Cohen (†),  
*docteur en droit, lauréat de la  
faculté de droit et des sciences  
économiques de Paris.*

**Rédacteur en chef:**  
Laurent Milet, *docteur en  
droit, professeur associé à  
l'université de Paris Sud.*

**Comité de rédaction:**  
Tél.: 01 49 88 68 82  
Fax: 01 49 88 68 67  
Carmen Ahumada,  
Marie Alaman,  
Mélanie Carles,  
Aude Le Mire,  
Estelle Suire.

**Secrétaire documentaliste:**  
Patricia Bounnah.

**Mise en page:**  
Cécile Bondeelle.

**Secrétariat de rédaction:**  
Cécile Bondeelle.  
Claire Merrien.

**Éditeur:** SA « La Vie Ouvrière »,  
263, rue de Paris, case 600,  
93516 Montreuil Cedex.

**Directeur de la publication:**  
Simon Gévaudan.

**Prix au numéro:** 7,50 €  
(numéro double: 15 €)

**Pour toute commande  
et abonnement:**  
NSA La Vie Ouvrière,  
263 rue de Paris, case 600  
93516 Montreuil Cedex.  
Tél.: 01 49 88 68 50

**Tarif d'abonnement  
incluant l'accès Internet:**  
9 € par mois ou 108 € par an  
(Étranger et Drom-Com: 139 €)

**Copyright:**  
Reproduction totale ou partielle  
soumise à autorisation.

**Imprimé par:**  
RIVET Presse Édition  
87000 Limoges

ISSN: 0399-1148



# Toute l'équipe de la *RPDS* vous présente ses meilleurs vœux et vous souhaite une excellente année



# 2019

NOUVELLE  
ÉDITION



## L'OUVRAGE DE RÉFÉRENCE

À jour des ordonnances de 2017  
ratifiées en 2018

### Tout ce qui a changé

Cette 14<sup>e</sup> édition prend en compte toutes les nouvelles dispositions relatives au comité social et économique (CSE) — mise en place, fonctionnement, attributions — mais aussi celles applicables aux comités d'entreprise encore en cours de mandat et qui continuent de fonctionner selon les règles en vigueur avant les ordonnances.

### Bien négocier le passage au CSE

La mise en place des CSE, leur fonctionnement et leurs attributions relèvent désormais en priorité des accords d'entreprise. Cet ouvrage est l'outil indispensable pour les élus et mandatés qui souhaitent maîtriser la législation et la jurisprudence afin de négocier au mieux la mise en place des CSE.

## Bon de commande *Le droit des CSE et comités de groupe*

**Adresse d'expédition** (Écrire en lettres capitales – Merci)

Syndicat/Société (Si nécessaire à l'expédition) \_\_\_\_\_

Madame  Monsieur

Nom\* \_\_\_\_\_

Prénom\* \_\_\_\_\_

N°\* \_\_\_\_\_ Rue\* \_\_\_\_\_

Code postal\* \_\_\_\_\_ Ville\* \_\_\_\_\_ Tél. \_\_\_\_\_

Fédération ou branche professionnelle \_\_\_\_\_

Courriel\* \_\_\_\_\_ UD \_\_\_\_\_

\* Champs obligatoires\*

Réf.	Désignation	Prix unitaire	Quantité	MONTANT TOTAL
01181261	Le droit des CSE	122,00 €		
FRAIS DE PORT*				
MONTANT TOTAL DE LA COMMANDE				

Également disponible  
sur [nvoboutique.fr](http://nvoboutique.fr)

#### Frais de port :

- de 1 à 3 exemplaires 12 €
  - de 4 à 7 exemplaires 17 €
  - de 8 à 10 exemplaires 22 €
- Au-delà, nous consulter

N° chèque (à l'ordre de La Vie Ouvrière) \_\_\_\_\_

Banque \_\_\_\_\_

code origine : MAG

# JURISPRUDENCE DE DROIT SOCIAL 2017-2018

Nous publions ci-dessous, sous forme de sommaires, les décisions de jurisprudence en droit social publiées dans la revue au cours de l'année 2018, dans nos rubriques « *L'actualité juridique* » (sommaires de jurisprudence), « *Le droit et les juges* », et en annexe de certains dossiers. Le numéro de la *RPDS* qui suit le résumé de la décision est celui où elle a été initialement publiée soit sous forme de sommaire, soit dans son intégralité.

L'absence de référence à un numéro de la *RPDS* signifie qu'il s'agit d'une décision n'ayant pas été publiée en son temps par la revue. Attention, lors de leur publication, nos sommaires sont accompagnés, dans la grande majorité des cas, de commentaires. Nous ne pouvons pas dans le cadre de ce numéro republier la totalité de ceux-ci par manque de place. Toutefois, la référence au numéro de la *RPDS* et au numéro du sommaire, ou au numéro de page pour les décisions intégrales, qui suit le résumé de chaque décision, permet de retrouver facilement le commentaire complet.

Sommaires rédigés par Carmen Ahumada (CA.), Marie Alaman (MA.), Mélanie Carles (MC.), Aude Le Mire (ALM.), Laurent Millet (LM.) et Estelle Suire (ES.). Coordination de la présente compilation : Laurent Millet.

## RELATIONS INDIVIDUELLES DU TRAVAIL

### Droits et libertés

#### Vie privée du salarié

#### 001 Facebook – Utilisation d'informations recueillies sur le profil d'un salarié, via le téléphone professionnel d'un collègue

En reportant des informations extraites du compte Facebook d'une salariée, obtenues à partir d'un téléphone portable d'un autre salarié, alors que lesdites informations sont réservées aux personnes autorisées, l'employeur porte une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée.

Il ne peut pas justifier l'utilisation de ces informations à titre de preuves en alléguant qu'elles ont été recueillies au moyen d'un téléphone portable professionnel et qu'en conséquence elles sont présumées professionnelles (*Cass. soc. 20 déc. 2017, n° 16-19609, sté Jesana*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 033, comm. ALM.*

#### 002 Clauses contractuelles imposant au salarié de faire connaître tout changement d'état civil, de situation familiale ou de domicile – Licéité

La clause du contrat de travail qui exige du salarié de faire connaître à l'employeur toute modification

intervenant dans son état civil, sa situation familiale ou son domicile ne porte pas atteinte à une liberté fondamentale protégée par les articles L. 1121-1 du Code du travail, 9 du Code civil et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, les éléments d'information demandés sont nécessaires à l'employeur pour remplir la salariée de ses droits (*Cass. soc. 3 mai 2018, n° 17-11048, sté Cabinet Netter*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 091.*

### Discriminations

#### Discrimination liée à l'âge

#### 003 Licenciement – Conséquences financières

Le principe de non-discrimination en raison de l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ni par la Constitution du 4 octobre 1958 qui justifierait, en cas de nullité du licenciement prononcé en violation de cette prohibition, la non-déduction des revenus de remplacement perçus par le salarié entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration.

Par conséquent la cour d'appel a jugé à bon droit qu'il fallait déduire de l'indemnité qu'elle a allouée

au salarié réintégré les revenus de remplacement qu'il avait perçus depuis son licenciement (*Cass. soc. 15 nov. 2017, n° 16-14281, sté Allianz IART*).

*RPDS 2018, n° 874, somm. 001, comm. ALM.*

**Commentaire:** Un licenciement discriminatoire, en l'espèce un licenciement fondé sur l'âge du salarié, est nul (art. L. 1132-4 du C. trav.). Le cas échéant, le salarié a droit à être réintégré dans l'entreprise s'il le souhaite et l'employeur doit lui verser tous les salaires qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et son retour dans l'entreprise. Déduction faite des revenus de remplacement que le salarié est susceptible d'avoir reçus dans l'intervalle : revenus tirés d'une activité professionnelle, allocations Pôle Emploi.

Toutefois, dans certains cas de licenciements discriminatoires, l'employeur ne peut pas déduire de la somme versée les revenus perçus par l'intéressé depuis son départ de l'entreprise : un licenciement pour grève (*Cass. soc. 2 févr. 2006, n° 03-47481*), en raison de l'activité syndicale (*Cass. soc. 2 juin 2010, n° 08-43277*) ou pour des raisons de santé (*Cass. soc. 11 juill. 2012, n° 10-15905*).

La justification donnée dans ces arrêts étant que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, que la liberté syndicale est garantie par la Constitution, et enfin que le droit à la protection de la santé est garanti par l'article 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Dans cette affaire, un responsable des achats, placardisé puis licencié pour cause réelle et sérieuse, avait fait reconnaître en justice un licenciement fondé sur son âge. Il avait demandé sa réintégration et perçu les salaires non versés depuis son départ de l'entreprise, dont les juges d'appel avaient retranché les revenus de remplacement et les indemnités de rupture. L'intéressé demandait en cassation, entre autres, la non-déduction des revenus de remplacement.

En vain : la non-discrimination pour l'âge n'est pas une liberté fondamentale consacrée par le préambule de la Constitution de 1946 ou par la Constitution de 1958. **ALM.**

## **004** Salariés âgés de plus de 40 ans – Licenciement après proposition de rupture conventionnelle – Licenciement nul

L'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement pour insuffisance professionnelle notifié après une proposition de rupture conventionnelle, ainsi que l'existence d'un système dit de «*up or out*», tendant à l'exclusion des salariés n'étant pas en mesure d'accéder à l'échelon supérieur, le départ de neuf directeurs exécutifs âgés de plus de quarante ans et la faible proportion de salariés âgés de plus de quarante ans présents dans l'entreprise au regard de la proportion de ces mêmes salariés dans la branche professionnelle laissaient supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'âge.

En conséquence le licenciement est nul (*Cass. soc. 12 avr. 2018, n° 16-25503*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 057.*

## **Discrimination syndicale**

### **005** Éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination et de présumer un harcèlement moral envers un délégué syndical depuis sa désignation

Dès sa désignation en qualité de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise puis au CHSCT, le salarié a été affecté dans un local distant de quelques kilomètres où il travaillait isolé de ses collègues. Il s'est vu notifier un avertissement et a été l'objet d'une procédure de licenciement (à laquelle la société a renoncé à la suite de sa contestation), puis de pressions et de menaces de licenciement alors qu'il assistait une collègue en sa qualité de représentant syndical.

Il a fait également l'objet d'une mise à pied disciplinaire jugée disproportionnée et annulée, de deux autres procédures de licenciement avec mise à pied conservatoire. Le ministre du Travail, le 16 novembre 2009, a refusé d'autoriser le licenciement au motif que le délai maximal de dix jours entre la date de la mise à pied conservatoire et la demande d'autorisation du licenciement n'avait pas été respecté. La demande d'autorisation de licenciement pour motif disciplinaire du 15 décembre 2009 a été également rejetée par l'inspecteur du travail aux motifs que les faits reprochés au salarié n'étaient pas établis et que l'appartenance syndicale de celui-ci n'était pas dénuée de tout lien avec la demande présentée.

À compter de sa réintégration dans l'entreprise, le salarié a été privé d'accès au réseau internet et s'est vu retirer son autorisation de conduite de chariot automoteur, indispensable à l'exercice de ses fonctions.

Ces éléments, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination syndicale, l'employeur ne justifiant pas ces actes par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Ces faits permettent par ailleurs de présumer l'existence d'un harcèlement moral, sans que la société ne démontre que ses agissements sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. L'employeur peut donc être condamné à verser au représentant syndical une somme à titre de dommages-intérêts en réparation des faits de discrimination et de harcèlement subis depuis sa désignation (*Cass. soc. 20 juin 2018, n° 16-19536, sté Pharmalog*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 090.*

## **Harcèlement** **Harcèlement moral**

### **006** Dirigeants ayant activement contribué à l'exercice du délit de harcèlement moral – Mise en examen

Mme X. et M. Z., en leur qualité de cadres de la société France Télécom, indépendamment du rôle

spécifique de direction d'un service qu'ils exerçaient par aide et assistance, ont en l'occurrence contribué activement à l'efficacité, pour l'ensemble du groupe, du plan de réorganisation. Ce dernier a créé un climat d'insécurité permanent pour tout le personnel, facilité la préparation et la consommation des délits de harcèlement moral reprochés à la société et trois de ses dirigeants au préjudice de chacun des salariés visés dans leur mise en examen.

Ainsi, il importe peu que certains d'entre eux n'eussent pas relevé de la direction dont ils avaient alors la charge ou, s'agissant de Mme X., que le dommage invoqué se fût produit après qu'elle eut quitté ses fonctions, dès lors que l'état de ces énonciations caractérise l'existence d'indices graves ou concordants à leur encontre (*Cass. crim. 5 juin 2018, n° 17-87524*).

**RPDS 2018, n° 884, somm. 092, comm. ES.**

**Précisions :** Cette affaire fait suite à celles dont on a longtemps parlé, à savoir les suicides à France Télécom. À l'origine de ces affaires, une nouvelle gestion du personnel de l'entreprise dont le but était de se débarrasser de milliers de salariés. Cette nouvelle politique des ressources humaines a créé un climat anxiogène et d'insécurité, permettant ouvertement l'exercice d'un harcèlement moral sur le personnel, au point que certains salariés se sont suicidés.

Une enquête judiciaire ayant été ouverte, France Télécom et plusieurs dirigeants ont été mis en examen pour harcèlement moral et certains d'entre eux pour complicité de harcèlement.

Ces derniers, (en l'occurrence Mme X. et M.Z. dans notre affaire), tentent alors une dernière échappatoire en voulant faire annuler leur mise en examen pour complicité. Pour ce faire, ils plaident le fait que certains salariés victimes, n'étaient pas sous leur autorité à l'époque des faits. Pour autant la Cour de cassation ne valide pas ce raisonnement et confirme la mise en examen en raison d'indices graves et concordants suffisants, laissant supposer qu'ils ont activement contribué à l'exercice du délit de harcèlement moral. **ES.**

## Harcèlement sexuel

### 007 Responsabilité de l'employeur engagée – Absence de mesures préventives et de réaction adaptées pour faire cesser un harcèlement sexuel

Manque à son obligation légale résultant de l'article L. 1153-5 du Code du travail, l'employeur qui n'a pas pris toutes les mesures de prévention visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 de ce Code, notamment en ne mettant pas en œuvre des actions d'information et de formation propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement sexuel, et qui n'a pas pris toutes les mesures propres à mettre un terme aux faits dénoncés par la salariée. En l'espèce, bien que l'employeur ait convoqué le CHSCT en réunion extraordinaire et mis en œuvre une enquête interne, la décision de muter l'auteur de faits avait été effectuée un mois

et demi après les faits et la salariée s'était vu refuser un changement d'horaires demandé immédiatement après les faits (*Cass. soc. 13 déc. 2017, n° 16-14999*).

**RPDS 2018, n° 875, somm. 010, comm. CA.**

## Contrat de travail Embauche

### 008 Offre de contrat de travail – Promesse unilatérale de contrat de travail – Licenciement pour cause réelle et sérieuse

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 par son auteur avant l'expiration du délai fixé ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail mais engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur.

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

Ainsi, l'employeur ne peut être condamné au paiement d'une somme au titre de la rupture abusive d'un contrat de travail, s'il n'a pas été constaté que l'acte offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement (*Cass. soc. 21 sept. 2017, n° 16-20103 et n° 16-20104, sté Union Sportive Carcassonnaise*).

**RPDS 2018, n° 876, somm. 022, comm. ES.**

**Commentaire :** La réforme du droit des obligations a modifié les définitions de l'offre et de la promesse unilatérale de contrat dans le Code civil (Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016), ce qui n'est pas sans conséquence sur les contrats de travail. C'est pourquoi dans les deux décisions commentées, la Cour de cassation prend un soin particulier à rappeler les définitions de l'offre de contrat et de la promesse unilatérale de contrat, qui sont en vigueur dans le Code civil. L'offre de contrat (de travail) doit, bien entendu, mentionner les éléments essentiels du contrat à savoir la nature de l'emploi, la rémunération, la date d'entrée en fonction (ce qui le différencie d'une simple proposition), mais aussi manifester la volonté de l'employeur d'être lié par ce contrat si le salarié l'accepte (Art. 1114 du C. civ.). Ce qui signifie que l'employeur est alors libre de se rétracter avant l'acceptation du salarié (Art. 1115 et 1116 du C. civ.), le contrat de travail n'étant pas considéré comme conclu. Ainsi, le salarié

ne peut pas agir sur le terrain du licenciement sans cause réelle et sérieuse et obtenir des indemnités à ce titre.

S'agissant de la promesse unilatérale de contrat, elle doit aussi contenir les éléments essentiels de ce dernier, à savoir la nature de l'emploi, la rémunération, la date d'entrée en fonction, avec, cette fois-ci une véritable option pour le salarié d'accepter dans un certain délai (Art. 1124 du C. civ.). Les modalités du poste à pourvoir sont définitives, l'engagement de l'employeur aussi. La promesse unilatérale de contrat vaut alors contrat de travail.

Ainsi, si l'employeur se rétracte et révoque sa décision pendant le délai d'acceptation du salarié, il peut être condamné à indemniser ce dernier au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En pratique, il est préférable que le salarié s'assure d'être en présence d'une véritable promesse unilatérale de contrat avant de quitter son poste. Mais ne nous y trompons pas, la sanction pour l'employeur en cas de rétractation pendant le délai d'option est loin d'être dissuasive dans la mesure où le salarié, ayant moins d'un an d'ancienneté, ne peut pas réclamer plus d'un mois de salaire, voire rien si l'entreprise emploie moins de 11 salariés (Art. L. 1235-2 du C. trav.). **ES.**

## Période d'essai

### 009 Prise de congés payés en cours de cette période – Prolongation de sa durée

Après avoir constaté que la période d'essai était toujours en cours le 28 juin 2013 et que la prise de congés payés par le salarié à cette date en avait prolongé le terme, c'est à juste titre que la cour d'appel a considéré que la rupture de la période d'essai n'était pas abusive (Cass. soc. 31 janv. 2018, n° 16-11598, sté Figeac Aero).

**RPDS 2018, n° 877, somm. 034, comm. CA.**

### 010 Rupture de la période d'essai pour raison de santé – Discrimination – Indemnité de préavis non due

Les dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail portant notamment interdiction de toute discrimination liée à l'état de santé du salarié sont applicables pendant la période d'essai. Ainsi toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance du texte précité est nul et ouvre droit à indemnité pour licenciement illicite. Toutefois, le salarié peut demander une indemnisation au titre de dommages-intérêts mais il ne peut prétendre à des indemnités de préavis et congés payés.

Les dispositions du Code du travail relatives à l'indemnisation du licenciement ne sont, en effet, pas applicables pendant la période d'essai (Cass. soc. 12 sept. 2018, n° 16-26333, sté Plasma Surgical).

**RPDS 2018, n° 883, somm. 075.**

**Précision :** Le salarié a été embauché le 2 septembre 2013 à un poste d'ingénieur commercial. Son contrat de travail prévoyait une période d'essai de quatre mois. Le salarié a été en ar-

rêt maladie du 9 octobre au 21 octobre, du 24 octobre au 4 novembre puis prolongé jusqu'au 19 novembre, date à laquelle l'employeur a mis fin à la période d'essai. À la suite de cette rupture, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes en invoquant le fait qu'il avait fait l'objet d'une mesure discriminatoire liée à son état de santé. La Cour d'appel a confirmé sa demande et a reconnu le caractère discriminatoire et la nullité de la rupture de la période d'essai. Elle a alloué des dommages-intérêts, mais n'a accordé aucune indemnité de préavis ni indemnité compensatrice de congés payés sur préavis demandées par le salarié. La demande du salarié a également été rejetée par la Cour de Cassation. **MA.**

## Clauses du contrat

### 011 Clause de non-concurrence – Conditions de renonciation

La salariée ayant démissionné le 13 janvier 2011 et n'ayant pas été dispensée par l'employeur de l'exécution de son préavis de trois mois, la notification de la levée de la clause de non-concurrence faite le 6 avril 2011, par conséquent en cours de préavis, était valable (Cass. soc. 21 mars 2018, n° 16-21021, sté Equator).

**RPDS 2018, n° 877, somm. 035, comm. ALM.**

**Précisions :** À quelles conditions l'employeur peut-il libérer le salarié qu'il a embauché, et se libérer lui-même, d'une clause de non-concurrence ?

D'une part, cette faculté doit être prévue dans le contrat de travail ou dans la convention collective. D'autre part, l'employeur doit agir dans un délai bref.

En l'espèce, une chargée de projet avait, dans son contrat de travail, une clause selon laquelle « la société se réserve le droit de libérer la salariée de l'interdiction de concurrence ou d'en réduire la durée en informant le salarié dans le délai maximal de 30 jours qui suivra la fin effective du travail (fin du préavis effectué ou début du préavis non effectué) ».

Démissionnaire, elle quitte effectivement son emploi le 28 février 2011. Son employeur renonce à la clause de non-concurrence le 6 avril 2011, délai que la salariée estime tardif puisqu'ayant dépassé de 30 jours la fin effective du travail et qui l'incite à demander le bénéfice de l'indemnité de non-concurrence. Toutefois les juges relèvent qu'elle n'avait pas été dispensée de son préavis de trois mois, et que l'employeur avait notifié dans les temps la renonciation à la clause de non-concurrence. **ALM.**

### 012 Clause de non-concurrence étendue au territoire national – Condition de validité

Dès lors que la clause de non-concurrence ne caractérise pas une atteinte excessive au libre exercice d'une activité professionnelle du salarié, cette dernière peut être étendue sur tout le territoire national (Cass. soc. 26 sept. 2018, n° 17-16020).

**RPDS 2018, n° 884, somm. 093, comm. MA.**

## 013 Clause d'exclusivité – Conditions de validité – Illicéité – Inopposabilité au salarié

Une clause d'exclusivité rédigée en termes généraux et imprécis, ne spécifiant pas les contours de l'activité complémentaire qui serait envisagée par le salarié, activité bénévole ou lucrative, professionnelle ou de loisirs, ne permet ni de limiter son champ d'application ni de vérifier si la restriction à la liberté du travail est justifiée et proportionnée. Ainsi, le licenciement prononcé en application de cette clause est sans cause réelle est sérieuse (*Cass. soc. 16 mai 2018, n° 16-25272, sté Wolters Kluwer France*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 058, comm. ES.*

## Transfert d'entreprise Effets

### 014 Le transfert des contrats de travail n'emporte pas transfert du règlement intérieur

Le règlement intérieur s'imposant aux salariés avant le transfert de plein droit de leurs contrats de travail, aux termes de l'article L. 1224-1 du Code du travail, vers une société nouvellement créée n'est pas transféré avec ces contrats de travail. En effet, ce règlement constitue un acte réglementaire de droit privé dont les conditions sont encadrées par la loi, et l'article R. 1321-5 du même Code impose à une telle entreprise nouvelle d'élaborer un règlement intérieur dans les trois mois de son ouverture. En conséquence, l'application par la nouvelle société de ce règlement intérieur en matière disciplinaire constituait un trouble manifestement illicite qu'il appartenait au juge de faire cesser (*Cass. soc. 17 oct. 2018, n° 17-16465, sté DHL International Express France*).

**Précision :** Dans le cadre d'une opération de restructuration, la société DHL International Express France, nouvellement créée, avait repris l'activité et les salariés de l'une des cinq entités économiques de la société DHL Express. Elle appliquait le règlement intérieur établi par cette dernière, notamment en matière disciplinaire.

Le chef de la nouvelle entreprise soutenait qu'il pouvait se prévaloir du règlement intérieur de l'entreprise cédante dans la mesure où ce document était assimilable, selon lui, à un engagement unilatéral s'imposant au nouvel employeur en cas de transfert d'une entité économique autonome et des salariés y travaillant, en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Il s'appuyait sur la jurisprudence, reconnaissant que dans ce cas, le nouvel employeur doit appliquer au personnel de l'entité économique transférée les usages et engagements unilatéraux en vigueur au jour du transfert (*Cass. soc. 9 oct. 2001, n° 99-43661*).

Considérant que ce règlement intérieur n'était plus opposable aux salariés transférés, le syndicat CGT a demandé sa suspension devant le juge des référés. Celui-ci accède à cette requête. Sa décision est approuvée par la Cour de cassation qui

rappelle que le règlement intérieur est un acte réglementaire de droit privé et qu'il n'a donc pas la nature d'un engagement unilatéral de l'employeur. En pratique, l'application du règlement intérieur de la société DHL international express est suspendue tant que les formalités légales et réglementaires de modification ou d'adoption d'un nouveau règlement intérieur n'auraient pas été accomplies. En outre, interdiction est faite à la société de prononcer des sanctions disciplinaires en application de ce règlement intérieur, tant qu'il n'aura pas été régularisé. **LM.**

## Maternité et paternité Protection de la grossesse et de la maternité

### 015 Licenciement pour inaptitude médicale à l'issue du congé de maternité – Lettre de licenciement insuffisamment motivée – Licenciement nul

Selon l'article L. 1232-6 du Code du travail, l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs de licenciement dans la lettre de licenciement. Et selon l'article L. 1225-4 du même Code, il ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée en état de grossesse médicalement constatée que s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée non liée à l'état de grossesse ou de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption, de maintenir le contrat.

L'inaptitude physique et l'impossibilité de reclassement d'une salariée reprenant le travail à l'issue du congé de maternité peuvent constituer un motif conforme à l'article L. 1225-4 du Code du travail qui autorise le licenciement de la salariée en cas d'impossibilité de maintenir son contrat de travail pour un motif étranger à la maternité. Toutefois, la lettre de licenciement doit faire expressément état de cette impossibilité. À défaut, le licenciement est nul car il est insuffisamment motivé (*Cass. soc. 7 déc. 2017, n° 16-23190, sté Reltex*).

*RPDS 2018, n° 875, somm. 011.*

### 016 Garantie d'évolution salariale des salariées à l'issue de leur congé de maternité

Selon l'article L. 1225-26 du Code du travail, en l'absence d'accord collectif de branche ou d'entreprise déterminant des garanties d'évolution de la rémunération des salariées pendant le congé de maternité et à la suite de ce congé, au moins aussi favorables que celles mentionnées dans le présent article, cette rémunération est majorée, à la suite de ce congé, des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise.

Il ne peut pas être dérogé à ces dispositions d'ordre public qui mettent en œuvre les exigences découlant de l'article 2 § 7, 2° alinéa de la directive 76/207/CEE

du 9 février 1976, devenu l'article 15 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

En conséquence, une cour d'appel ne peut pas débouter une salariée de sa demande du bénéfice des augmentations de salaire intervenues au sein de l'entreprise pendant son congé de maternité, après avoir relevé que l'employeur avait remplacé l'augmentation de salaire due en vertu de la loi à l'intéressée par le versement d'une prime exceptionnelle (*Cass. soc. 14 févr. 2018, n° 16-25323, sté Neopost France*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 036.*

## 017 Prime non due pendant le congé maternité – Conditions

Lorsque l'octroi d'une prime est expressément subordonné à la participation active et effective des salariés aux activités de transfert et de formation continue d'autres équipes et que cette prime, répondant à des critères de fixation et d'attribution objectifs, mesurables et licites, est destinée à récompenser le service rendu à ce titre, alors la prime n'est pas due à la salariée pendant son congé de maternité (*Cass. soc. 19 sept. 2018, n° 17-11619, sté Unicredit Spa*).

*RPDS 2018, n° 883, somm. 079.*

## Maladie, accident et inaptitude médicale

### Inaptitude médicale

## 018 Salarié inapte – Indemnité légale de licenciement – Prise en compte de la durée du préavis

En vertu de l'article L. 1226-4, alinéa 3 du Code du travail, en cas de licenciement pour inaptitude physique d'origine non professionnelle, le préavis n'est pas exécuté et le contrat du travail du salarié est rompu à la date de la notification du licenciement. Dans ce cas, l'intéressé a droit à l'indemnité légale de licenciement, calculée en tenant compte de la durée théorique du préavis qui aurait été dû si le salarié avait été licencié pour un autre motif. Cette disposition s'applique à défaut de dispositions conventionnelles plus favorables.

Ne respectent pas ces dispositions les juges qui ont exclu la période de préavis du calcul de l'indemnité due au salarié (*Cass. soc. 22 nov. 2017, n° 16-13883, sté LGI Industrie*).

**Précision:** Le salarié, victime d'un accident de trajet et déclaré inapte à son poste par le médecin du travail, avait été licencié. Il avait saisi le conseil de prud'hommes d'une demande de paiement d'un complément d'indemnité de licenciement, au motif que l'indemnité devait être calculée, selon lui, en tenant

en compte de la période de préavis. La Cour de cassation lui a donné raison contre les juges du fond : la durée du préavis qui aurait dû être exécuté doit être retenue dans l'ancienneté servant au calcul de l'indemnité de licenciement. **CA.**

*RPDS 2018, n° 875, somm. 012.*

## 019 Inaptitude physique d'origine non professionnelle – Licenciement abusif – Droit à l'indemnité de préavis

L'indemnité de préavis est due au salarié déclaré inapte à son poste et dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse en raison du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement (*Cass. soc. 7 déc. 2017, n° 16-22276, sté Be Girl*).

*RPDS 2018, n° 875, somm. 013.*

**Précision:** Depuis 2012, en application de l'article L. 1226-4 du Code du travail, en cas de licenciement pour inaptitude physique d'origine non professionnelle, le contrat de travail est rompu à la date de notification du licenciement. L'inexécution du préavis ne donne pas lieu au versement d'une indemnité compensatrice. En l'espèce, les juges du fond avaient considéré que la rédaction de l'article L. 1226-4 faisait obstacle à l'application de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, selon laquelle l'indemnité compensatrice de préavis est due au salarié dont le licenciement pour inaptitude physique est jugé abusif. La Cour de cassation censure cette décision. **CA.**

## 020 Défait de reclassement ou de licenciement – Délai de reprise de paiement du salaire

Le délai d'un mois, à l'issue duquel l'employeur doit reprendre le versement du salaire, à défaut de reclassement ou licenciement du salarié déclaré inapte après recours contre un premier avis d'aptitude, court à compter de la décision d'inaptitude. La substitution à l'avis d'aptitude délivré par le médecin du travail d'une décision d'inaptitude physique de l'inspecteur du travail ne fait pas naître rétroactivement l'obligation par l'employeur de reprendre le paiement du salaire. Cette obligation ne s'impose qu'à l'issue du délai d'un mois suivant la date à laquelle l'inspecteur du travail a pris cette décision (*Cass. soc. 20 déc. 2017 n° 15-28367, sté Efidis*).

*RPDS 2018, n° 875, somm. 014.*

**Commentaire:** En l'espèce, le recours a été introduit avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017. La procédure de recours contre les décisions du médecin du travail a été modifiée par la loi n° 2016-1088 du 6 août 2016 ainsi que par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, les recours contre les décisions du médecin du travail relèvent de la compétence du conseil de prud'hommes saisi en référé.

À notre avis, la décision de la Cour de cassation, dans l'arrêt du 20 décembre 2017, est transposable pour l'interprétation des nouvelles dispositions. En effet, la décision prise à l'issue du recours auprès du juge prud'homal se substitue à celle du médecin du travail. Ainsi, lorsque l'avis d'aptitude physique pris par le médecin du travail fait l'objet d'un recours, et si le salarié est

déclaré inapte, le délai d'un mois, à l'issue duquel le versement de son salaire doit être repris, court à compter de la décision d'inaptitude du juge prud'homal. **CA.**

## 021 Accidents du travail – Licenciement – Indemnité conventionnelle – Maintien des droits liés à l'ancienneté

Selon l'article L. 1226-7 dernier alinéa du Code du travail, la durée des périodes de suspension du contrat de travail liées à un accident du travail ou une maladie professionnelle est prise en compte pour la détermination de tous les avantages légaux et conventionnels liés à l'ancienneté dans l'entreprise. Pour limiter le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement d'un salarié, une cour d'appel avait retenu que l'ancienneté du salarié dans l'entreprise devait être amputée des périodes de suspension pour maladie professionnelle car aucune disposition de la convention collective applicable en l'espèce ne prévoyait le contraire. La Cour de cassation a censuré cette décision en précisant qu'après avoir constaté le caractère professionnel de la maladie de l'intéressé, la cour d'appel n'aurait pas dû déduire de l'ancienneté du salarié les périodes d'arrêt de travail (*Cass. soc. 22 mars 2018, n° 16-20186, Assoc. Les Papillons blancs de Cambrai*).

**RPDS 2018, n° 879, somm. 060.**

## 022 Reclassement – Médecine du travail – Absence de préconisation – Effet

Si les réponses apportées par le médecin du travail postérieurement au constat d'inaptitude sur les possibilités éventuelles de reclassement du salarié déclaré inapte concourent à la justification par l'employeur de l'impossibilité de remplir cette obligation, elles ne dispensent pas cet employeur de toute recherche de reclassement. En l'occurrence, l'employeur s'était dispensé de toute recherche de reclassement préalable au licenciement pour inaptitude, sans même identifier des postes de reclassement susceptibles d'être proposés au sein du groupe ou même tenter d'identifier une solution de reclassement au sein du groupe (*Cass. soc. 3 mai 2018, n° 17-10234, sté LG2P*).

**RPDS 2018, n° 883, somm. 077.**

**Commentaire :** En cas d'inaptitude médicale, l'employeur et le médecin du travail se concertent sur l'aménagement des postes disponibles. En l'absence de préconisations du médecin, l'employeur doit quand même reclasser le salarié inapte.

En principe, l'employeur, après avoir reçu l'avis d'inaptitude, doit solliciter le médecin du travail. Un dialogue entre le médecin du travail et l'employeur doit impérativement s'instaurer sur les possibilités d'aménagement des postes disponibles. L'employeur doit par la suite suivre les préconisations du médecin. Cette démarche prouve en général que l'employeur a bien rempli son obligation de recherche effective d'emploi au regard des préconisations du médecin du travail (*Cass. soc. 27 janv. 2016, n° 14-20852*).

Ces préconisations permettent également à l'employeur de justifier de l'impossibilité éventuelle de reclasser le salarié (*Cass. soc. 1<sup>er</sup> fév. 2017, n° 15-26207; Cass. soc. 21 déc. 2017, n° 16-14532*).

Or, selon la Cour de cassation aujourd'hui, cela ne suffit pas. Les préconisations ne sont qu'un des éléments pris en compte par les juges. L'employeur, dans cette affaire avait interprété la réponse négative faite par le médecin du travail comme l'autorisant à se dispenser de toute recherche de reclassement. C'était une erreur d'appréciation de sa part car le salarié, au titre du non-respect de l'obligation de reclassement, a fait reconnaître son licenciement comme étant sans cause réelle et sérieuse. La lettre de licenciement mentionnait que l'employeur s'en était remis à l'avis du médecin du travail, lequel semblait considérer vaine la recherche de reclassement. L'employeur aurait dû, pour satisfaire à son obligation de reclassement, procéder à des recherches effectives de postes dans l'entreprise, ce dont il s'était abstenu, mais aussi au sein du groupe.

Cette décision n'est guère étonnante en ce qu'elle est la continuité de récentes jurisprudences. Une ligne de conduite est ainsi tracée pour les employeurs. Il ne suffit pas pour eux de faire préciser, dans l'avis d'inaptitude par le médecin du travail, que l'état de santé du salarié ne permet pas « actuellement » un reclassement dans l'entreprise ou le groupe, pour s'exonérer de recherches de reclassement (*Cass. soc. 6 juill. 2017, n° 16-17362*).

**Précision :** Les décisions ci-dessus évoquées ont été rendues sur la base de faits antérieurs à la loi du 8 août 2016. Celle-ci prévoit que le médecin du travail peut désormais dispenser l'employeur de procéder à des recherches de reclassement (Art. L. 1226-12 du C. trav.). Pour ce faire, l'avis d'inaptitude doit mentionner expressément que « *tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé* » ou que « *l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi* ».

Dans notre affaire, le médecin du travail avait, au moment des faits, motivé son avis d'inaptitude de la manière suivante : « *la salariée est inapte à son poste* », et « *l'état de santé de celle-ci ne permettait pas de faire des propositions de postes à des tâches existantes dans l'entreprise* ».

Il est fort probable que le médecin du travail aurait aujourd'hui utilisé une des formulations de l'article L. 1226-12 permettant à l'employeur d'être dispensé de recherche de reclassement.

Quoi qu'il en soit, ce qui reste vrai, c'est que si l'une ou l'autre des formulations n'apparaît pas sur l'avis d'inaptitude, les juges de la haute juridiction sont fermes : l'employeur doit faire des démarches pour rechercher à reclasser le salarié. **ES**

## 023 Inapte à tout poste – Reclassement – Consultation des instances représentatives (ou futur CSE)

L'article L. 1226-2-1 du Code du travail dispense l'employeur de procéder à une recherche de reclassement dès lors que le médecin du travail a indiqué, comme en l'espèce, que « *tout maintien du salarié dans*

*un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé»* ou que *«l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi»*. En conséquence, la consultation du comité social et économique n'est pas fondée. En tout état de cause, si aucune disposition ne prévoit de sanction, la salariée doit être déboutée de sa demande tendant à voir son licenciement dénué de cause réelle et sérieuse. En outre, si ces irrégularités peuvent donner lieu à des dommages-intérêts, ceux-ci sont appréciés en fonction du préjudice subi par la salariée. Or, la salariée n'invoque ni n'établit le moindre préjudice (*Appel Riom 3 avr. 2018, n° 16/011261*).

**RPDS 2018, n° 883, somm. 078.**

**Commentaire :** Les délégués du personnel, ou le comité social et économique dans les entreprises l'ayant déjà mis en place, (voir *RPDS 2018, n° 882, p. 325*), doivent être consultés sur les possibilités de reclassement d'un salarié inapte (Art. L. 1226-2 et L. 1226-10 du C. trav.). Ce principe est souvent remis en cause en cas d'inaptitude définitive.

Mais quel intérêt y a-t-il à consulter les élus du personnel si le médecin du travail précise dans l'avis d'inaptitude que le salarié ne peut plus travailler, et donc qu'il est inapte à tout poste dans l'entreprise ?

La Cour de cassation a eu à se prononcer à plusieurs reprises sur la nécessité de consulter les IRP si le reclassement s'avère impossible, le salarié étant inapte à tout poste. La position de la Cour de cassation ne faisait pas l'unanimité, cette dernière jugeait de manière récurrente que l'employeur devait malgré tout rechercher les possibilités de reclassement dans l'entreprise ou le groupe (Cass. soc. 11 juin 2008, n° 06-45537). La philosophie de la Cour de cassation n'était pas tant de vérifier la nature des propositions faites par l'employeur au salarié inapte, mais plutôt de s'assurer de l'existence de cette recherche dont la consultation était garante.

Le temps passe et la Cour de cassation a infléchi sa position, dans une décision à notre connaissance isolée. Ainsi, elle a considéré que la consultation pourrait ne pas avoir lieu si le médecin déclarait le salarié inapte à tout poste (Cass. soc. 5 oct. 2016, n° 15-16782). L'argumentaire à l'appui de sa décision : la consultation a pour objet de donner un avis sur les postes de reclassement, or, en cas d'inaptitude totale, l'objet de la consultation disparaît.

En parallèle, les choses changent aussi légalement. En août 2016, l'employeur est dispensé par la loi de rechercher un reclassement dès lors que le médecin énonce dans l'avis d'inaptitude que le maintien du salarié à tout poste est impossible (Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016). S'ensuit un décret précisant que le médecin du travail peut formuler dans l'avis d'inaptitude définitif que : *« tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé »* ou que *« l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi »* (Décr. n° 2016-1908 du 27 déc. 2016).

C'est dans ce contexte que la Cour d'appel de Riom a rendu sa décision du 3 avril. Elle s'aligne et décide que la consultation du comité social et économique n'est pas fondée s'il est impossible de reclasser le salarié inapte.

Domage ! Cette décision ne fait l'objet d'aucun pourvoi en cassation à ce jour...

**Une position récente de la Cour de cassation.** Ce qui est certain, c'est que la Cour de cassation est amenée à se prononcer encore aujourd'hui sur des litiges dont les faits sont antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2017 et que sa position reste favorable à la consultation des délégués du personnel ou du comité social et économique quoiqu'il arrive. Tel est le cas implicitement dans sa décision du 3 mai 2018 (Cass. soc. 3 mai 2018, n° 14-20214) dans laquelle elle se montre favorable à la consultation des élus, même si le médecin du travail se prononce sur une inaptitude définitive. Une position de la Cour de cassation est donc attendue sur la base des nouvelles dispositions.

**Le défaut de consultation : quelle sanction ?** Si l'employeur ne consulte pas les délégués du personnel ou les membres du comité social et économique, ce dernier doit reverser au salarié inapte (inaptitude professionnelle) une indemnité qui ne peut être inférieure aux six derniers mois de salaire au titre des articles L. 1226-10, L. 1226-15 et L. 1235-3-1 du Code du travail. Avant les ordonnances dites « Macron », le montant de cette indemnité était fixé à 12 mois de salaire (ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 et loi n° 2018-217 du 29 mars 2018), comme en atteste une décision récente de la Cour de cassation (Cass. soc. 23 mai 2017, n° 16-10580).

Si le salarié est inapte pour des raisons non professionnelles, il est indemnisé en fonction du préjudice qu'il a subi. À charge pour lui d'établir ce préjudice devant les tribunaux comme le souligne l'arrêt commenté. **ES**

**En savoir plus :** E. Suire, « *L'inaptitude médicale du salarié* », *RPDS 2018, n° 883*.

## Licenciement

### Procédure

#### **024** Non-respect de la procédure conventionnelle – Non-respect imputable au salarié – Conséquences

La convention collective du personnel du Crédit mutuel Centre Est Europe, Sud-Est prévoit la faculté pour le salarié faisant l'objet d'un licenciement disciplinaire de saisir une commission de recours interne. Dès la réception de la demande du salarié, le secrétariat de la commission de recours interne arrête une date et un lieu pour la tenue de la réunion, en informe le salarié et demande à ce dernier communication d'un argumentaire pour sa défense et des pièces qu'il souhaite produire. Le salarié doit communiquer l'intégralité de son dossier et la composition de la délégation salariale au moins huit jours calendaires avant la date fixée pour la réunion.

Si le salarié qui saisit la commission de recours est informé de ce qu'il doit transmettre et de la date limite pour le faire, mais que la commission n'a pas, dans le délai imparti, reçu communication par le salarié des éléments et ne s'est dès lors pas réunie, celui-ci n'est

pas fondé à se prévaloir de la violation d'une garantie de fond (*Cass. soc. 28 mars 2018, n° 16-12963, Caisse de Crédit mutuel de Clichy*).

**RPDS 2018, n° 877, somm. 043, comm. ALM.**

**Précisions :** Pour les licenciements prononcés à compter du 24 septembre 2017, la violation de la procédure conventionnelle ne donne désormais droit qu'à des dommages-intérêts correspondant à un mois de salaire (art. L. 1235-2, al. 5 du C.trav.; voir M. Carles, « *Les licenciements après les ordonnances de 'sécurisation'* », *RPDS* mars 2018, n° 874, p. 45). **ALM.**

## 025 Notification du licenciement par une personne non étrangère à l'entreprise – Délégation de pouvoir écrite non nécessaire

Le directeur général de la société mère qui supervisait ses activités n'était pas une personne étrangère à la société Oxbow France. Ainsi, le licenciement du salarié effectué par ses soins était régulier, quand bien même aucune délégation de pouvoir n'aurait été passée par écrit (*Cass. soc. 13 juin 2018, n° 16-23701*).

**RPDS 2018, n° 884, somm. 096, comm. ES.**

## Moyen de preuve

### 026 Utilisation de la vidéosurveillance – Absence d'information des salariés – Aveux extrajudiciaires – Illicéité

L'employeur ne peut, pour justifier un licenciement, utiliser des aveux obtenus lors de l'audition du salarié par les services de gendarmerie, suite à l'exploitation d'images de vidéosurveillance illicites en raison de l'absence d'information du salarié de l'existence du système de surveillance (*Cass. soc. 20 sept. 2018, n° 16-26482*).

**RPDS 2018, n° 883, somm. 080.**

**Précision :** Selon la CNIL, les personnes concernées (employés et visiteurs) doivent être informées, au moyen d'un panneau affiché de façon visible dans les locaux sous vidéosurveillance :

- de l'existence du dispositif ;
- du nom de son responsable ;
- de la base légale du dispositif (dans la quasi-totalité des cas, l'intérêt légitime de l'employeur de sécuriser ses locaux) ;
- de la durée de conservation des images ;
- de la possibilité d'adresser une réclamation à la CNIL ;
- de la procédure à suivre pour demander l'accès aux enregistrements visuels les concernant.

De plus, chaque employé doit être informé individuellement (au moyen d'un avenant au contrat de travail ou d'une note de service, par exemple). **MA.**

### 027 Témoignage anonyme – Enquête dans l'entreprise – Portée de la preuve

En cas d'enquête interne à l'entreprise, le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière

déterminante sur des témoignages anonymes quand bien même le salarié aurait eu la possibilité d'en prendre connaissance et de présenter ses observations (*Cass. soc. 4 juill. 2018, n° 17-18241*).

**RPDS 2018, n° 883, somm. 081, comm. MA.**

## Faute grave

### 028 Insultes envers son supérieur – Réseaux sociaux – Vie privée – Absence de faute grave

Des propos litigieux diffusés sur le compte ouvert par une salariée sur le site Facebook, accessibles uniquement à des personnes agréées par cette dernière et peu nombreuses, à savoir un groupe fermé composé de quatorze personnes, relèvent d'une conversation de nature privée et ne caractérisent pas une faute grave (*Cass. soc. 12 sept. 2018, n° 16-11690*).

**RPDS 2018, n° 883, somm. 082, comm. MA.**

**Commentaire :** Cette décision va dans le sens de la protection de la vie privée et de la liberté des salariés. Il n'en demeure pas moins que les salariés doivent rester prudents quant à l'utilisation des réseaux sociaux. Il faut être attentif aux paramètres de confidentialité mis en place par le propriétaire du compte. Ainsi les propos tenus dans les conversations privées ne peuvent être sanctionnés. Toutefois, ceux écrits sur un « mur » ouvert à un large public peuvent faire l'objet d'une sanction. La liberté d'expression est un droit fondamental, mais les salariés ont l'obligation de faire preuve de réserve et de loyauté vis-à-vis de leur employeur. **MA.**

## Indemnisation

### 029 Licenciement sans cause réelle et sérieuse – Application de l'article 26 du Pacte international des droits civils et politiques – Mise à l'écart des dispositions discriminatoires du Code du travail.

« [...] Le licenciement pour faute grave opéré le 24 mars 2014 par Monsieur N. à l'encontre de Mme L. est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Constate que les dispositions de l'article L. 1235-5-2 du Code du travail sont discriminatoires envers la salariée en ce qu'elles privent, en raison de sa seule appartenance à une entreprise occupant habituellement moins de onze salariés, Mme L., qui justifie d'une ancienneté d'au moins deux années au sein de l'entreprise de M. N., des dispositions plus favorables de l'article L. 1235-3 du Code du travail réservées aux salariés disposant d'une ancienneté d'au moins deux années et licenciés abusivement par des entreprises occupant habituellement au moins onze salariés.

Constate que les dispositions discriminatoires édictées par l'article L. 1235-5-2 du Code du travail sont contraires aux dispositions de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du

16 décembre 1966 ratifié par la République française et applicable sur le territoire national à compter du 4 février 1981, selon décret n° 81-76 du 29 janvier 1981 publié au journal Officiel du 1<sup>er</sup> février 1981.

*Dit, par conséquent, qu'il convient d'écarter les dispositions de l'article L. 1235-5-2 du Code du travail et d'appliquer à la situation de Mme L. les seules dispositions de l'article L. 1235-3 du Code du travail.» (CPH de Nîmes, départage, 5 fév. 2018, n° F14/01160).*

**RPDS 2018, n° 883, somm. 083, comm. ES.**

**Commentaire :** Dans cette affaire, un juge départiteur, assisté par les conseillers prud'hommes de la juridiction, a eu l'audace d'écarter l'article L. 1235-5-2 (ancien) du Code du travail.

Cet article, qui n'est plus applicable aujourd'hui, prévoyait une différence de traitement entre les salariés selon la taille de l'entreprise : dans les entreprises de moins de 11 salariés, le salarié licencié abusivement (quelle que soit son ancienneté) devait prouver qu'il avait subi un préjudice pour obtenir réparation. Par contre, ce même salarié, (ayant au minimum deux ans d'ancienneté), travaillant dans une entreprise de plus de 11 salariés, pouvait percevoir, lui, un minimum de six mois de salaire moyen.

Injuste, selon le conseil de prud'hommes de Nîmes !

Le droit français crée ici une discrimination entre les salariés selon la taille de l'entreprise. C'est ce que condamne justement le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en son article 26. Il interdit toute forme de discrimination en matière d'indemnisation des salariés licenciés abusivement. Ainsi, au nom de l'égalité de traitement, le juge se doit d'appliquer les textes en vigueur (Art. 12 du CPC), en écartant celui qui discrimine. Au nom de l'équité, il doit faire appliquer le droit le plus avantageux à la partie la plus faible, à la manière dont serait tranché un litige opposant un particulier à une assurance ou une société commerciale.

De plus, comme le rappelle le conseil de prud'hommes, l'article 55 de la Constitution permet au juge d'appliquer une norme supérieure si elle est ratifiée, (tel est le cas du Pacte international depuis 1981), au détriment de la loi interne qui lui est contraire.

Comme le souligne le jugement, ce raisonnement est applicable aux dernières dispositions (ordonnance Macron n° 2017-1387 du 22 septembre 2017). L'article L. 1235-3 (actuel) du Code du travail peut de la même façon être écarté.

Selon cet article, un salarié licencié abusivement a désormais droit à une indemnité qui ne peut dépasser un certain plafond. Cette indemnité est rendue obligatoire depuis quelques mois et puisqu'il s'agit d'un barème d'indemnisation, il ne tient pas compte du préjudice réellement subi par les salariés. Comme une fois n'est pas coutume, cet article crée également une disparité indemnitaire selon que le salarié travaille pour une entreprise de plus ou moins 11 salariés.

Certains auteurs vont plus loin afin de permettre aux salariés d'être indemnisés entièrement de leur préjudice. Pour ce faire, les défenseurs syndicaux et conseillers prud'hommes peuvent se saisir d'un autre texte, (également ratifié en 1999), l'article 24 de la Charte sociale européenne. Ce dernier prône l'« *exercice effectif* » des lois internes. En d'autres termes, si une

loi n'a aucun effet sur celui qu'elle condamne, (en l'occurrence l'employeur), elle n'a aucun intérêt. Les indemnités issues de l'article L. 1235-3 (actuel) du Code du travail ne dissuadent pas l'employeur de récidiver. Bien au contraire, elles lui permettent même de budgétiser de futurs licenciements (abusifs). Y est également rappelé que la somme versée aux salariés doit être appropriée.

Ainsi, il est légitime d'écarter purement et simplement l'article L.1235-3 (actuel) du Code du travail, au bénéfice d'une réparation pleine et entière du salarié. **ES.**

**A noter :** Depuis la rédaction de cette actualité, le conseil de prud'hommes du Mans a jugé le 26 septembre 2018 (n° 17/00538, Epic OPH de la communauté urbaine du Mans, Le Mans Métropole Habitat), que le référentiel obligatoire pour les dommages-intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est pas contraire à la convention 158 de l'OIT, qui exige notamment une indemnisation adéquate. Il a dans la même décision refusé de se prononcer sur l'article 24 de la charte sociale européenne du 3 mai 1996, qui prévoit que « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les gouvernements signataires de la charte s'engagent à reconnaître le droit des travailleurs licenciés sans motifs valables à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée* ». Selon le conseil, ces dispositions ne seraient pas directement applicables par la juridiction prud'homale, ce qui est contraire à la position du Conseil d'État. Celui-ci admet que les stipulations de l'article 24 de la charte sociale européenne ont un effet direct « *horizontal* » (Cons. Et. 10 fév. 2014, n° 358992). Quant à la doctrine autorisée, elle fait remarquer que le comité européen des droits sociaux (CEDS) a déjà condamné un dispositif de plafonnement des indemnités de licenciement injustifié, instauré par la législation finlandaise (CEDS 8 sept. 2016, n° 106/2014), qui se rapproche de celui en vigueur en France. Selon cette décision, le salarié injustement licencié doit percevoir une indemnité d'un montant suffisant pour réparer le préjudice postérieur à la perte de l'emploi et avoir un effet dissuasif à l'égard de l'employeur, même si le CEDS admet qu'il puisse être tenu compte de l'existence de voies de droit alternatives permettant une indemnisation complémentaire. Selon certains auteurs, ces garanties n'existent pas dans le barème prévu par le Code du travail puisque celui-ci prévoit une indemnité maximale comprise entre 1 et 20 mois de salaire selon l'ancienneté. Elle est en conséquence inférieure aux 24 mois prévus par la loi finlandaise et qui ont été jugés insuffisants (voir J. Mouly, « *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le comité européen des droits sociaux : une condamnation de mauvais augure pour la 'réforme Macron'* » : *Dr. soc.* 2017, p. 745 ; C. Percher, « *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la charte sociale européenne révisée* » : *RDT* 2017, p. 726).

Cependant, un jugement récent en date du 13 décembre 2018, rendu par le CPH de Troyes vient de confirmer celui rendu par le CPH de Nîmes. Il déclare le plafond d'indemnisation prudhomale comme étant contraire à la Convention n° 158 de l'OIT et à la charte sociale et européenne. Nous y reviendrons dans le prochain numéro. **LM.**

## Licenciement économique

### Motif économique

#### 030 Difficultés économiques – Agissements fautifs de l'employeur – Licenciement sans cause réelle et sérieuse

Est sans cause réelle et sérieuse le licenciement résultant de difficultés économiques lorsqu'elles résultent d'agissements fautifs de l'employeur, allant au-delà des seules erreurs de gestion (*Cass. soc. 24 mai 2018, n° 17-12560*).

*RPDS 2018, n° 883, somm. 084, comm. MC.*

### Procédure

#### 031 Consultation des représentants du personnel rendue impossible par le défaut de mise en place – Salarié subissant automatiquement un préjudice – Dommages-intérêts

Sachant que la société reconnaît ne pas avoir rempli ses obligations au titre de l'article L. 1235-15 du Code du travail (mise en place des institutions représentatives du personnel), le salarié ne peut être débouté de sa demande de dommages-intérêts pour irrégularité de la procédure de licenciement économique au motif qu'il ne démontre pas la réalité d'un préjudice (*Cass. soc. 17 oct. 2018, n° 17-14392*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 097, comm. ES.*

### Plan de sauvegarde de l'emploi

#### 032 Juge judiciaire ne pouvant contrôler que le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement – Compétence exclusive du juge administratif pour apprécier le contenu du PSE

Selon l'article L. 1235-7-1 du Code du travail, l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4. Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. En conséquence, si le juge judiciaire demeure compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement, cette appréciation ne peut méconnaître l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative ayant homologué le document élaboré par l'employeur par lequel a été fixé le contenu du plan de reclassement

intégré au plan de sauvegarde de l'emploi. Le conseil de prud'hommes ne pouvait dès lors pas, pour juger les licenciements dénués de cause réelle et sérieuse et accorder des dommages-intérêts aux salariés, se fonder sur l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, alors que le contrôle du contenu de ce plan relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative (*Cass. soc. 21 nov. 2018, n° 17-16766, AGS et Unedic CGEA de Lille*).

**En savoir plus :** M. Carles, « Les plans de sauvegarde de l'emploi », *RPDS 2018, n° 884, p. 389*.

## Différents modes de rupture

### Rupture conventionnelle

#### 033 Demande d'homologation avant l'expiration du délai de rétractation – Nullité de la convention de rupture

Selon l'article L. 1237-13, alinéa 3 du Code du travail, à compter de la date de la signature de la convention de rupture par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie.

Selon l'article L. 1237-14, alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, à l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative. Il résulte de l'application combinée de ces deux articles qu'aucune des parties à une convention de rupture ne peut valablement demander l'homologation de cette convention à l'autorité administrative avant l'expiration du délai de rétractation de quinze jours. Ayant relevé que la demande d'homologation de la rupture conventionnelle avait été adressée à la Direccte avant l'expiration du délai de rétractation, la cour d'appel a, à juste titre, jugé nulle et de nul effet la convention de rupture et condamné l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc. 6 déc. 2017, n° 16-16851, sté Paris Meuble*).

*RPDS 2018, n° 876, somm. 024.*

#### 034 Homologation – Nouvelle demande de rupture conventionnelle – Délai de rétractation

Selon les articles L. 1237-13 et L. 1237-14 du Code du travail, une partie à une convention de rupture ne peut valablement demander l'homologation de cette convention à l'autorité administrative avant l'expiration du délai de rétractation de quinze jours prévu par le premier de ces textes. Dès lors qu'une première convention a fait l'objet d'un refus d'homologation par l'autorité administrative, le salarié doit bénéficier d'un nouveau délai de rétractation. S'il n'en dispose pas,

la seconde convention de rupture est nulle (*Cass. soc. 13 juin 2018, n° 16-24830*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 095, comm. MA.*

## Prise d'acte

### **035** Ignorance du salarié sur ses missions – Demandes légitimes du salarié – Manquements graves de l'employeur – Licenciement sans cause réelle et sérieuse

L'employeur, dans une période où les changements étaient en cours dans l'entreprise, a gravement manqué à ses obligations en laissant le salarié dans l'expectative sur la nature et le périmètre de ses missions, sans apporter aucune réponse concrète à ses demandes légitimes. Ces manquements étaient de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail (*Cass. soc. 6 déc. 2017, n° 12-22019, sté Déco RTS*).

*RPDS 2018, n° 876, somm. 025, comm. ES.*

## Contrat à durée déterminée

### Conclusion du contrat

### **036** Absence d'une mention obligatoire – Omission du nom et de la qualification du salarié remplacé – Requalification

Lorsqu'un contrat de travail à durée déterminée est conclu pour remplacer un salarié, il doit comporter le nom et la qualification du salarié remplacé. En l'absence de cette mention, le contrat est réputé conclu pour une durée indéterminée. L'employeur ne peut pas écarter la présomption légale ainsi instituée (*Cass. soc. 28 mars 2018, n° 16-27019, sté C... Royal Martinique*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 037, comm. CA.*

### **037** Absence de la mention de la qualification de la personne remplacée – Recours au contrat à durée déterminée non justifié

Après avoir relevé que chacun des salariés avait conclu un contrat à durée déterminée mentionnant qu'il avait été engagé pour remplacer un salarié ayant la qualification de «PNC», c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la seule mention de la catégorie de personnel navigant commercial dont relevait le salarié remplacé ne permettait pas de connaître sa qualification précise et que le recours au contrat à durée déterminée n'était pas justifié (*Cass. soc. 7 mars 2018, n° 16-18914, sté Corsair*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 038.*

### **038** Absence de la date de conclusion du contrat – Pas de requalification du contrat

La date de conclusion du contrat ne figurant pas au titre des mentions obligatoires prévues à l'ar-

ticle L. 1242-12 du Code du travail, la cour d'appel en a exactement déduit que le défaut de mention de la date de conclusion des contrats à durée déterminée ne saurait entraîner leur requalification en contrat de travail à durée indéterminée (*Cass. soc. 20 déc. 2017, n° 16-25251, sté Leroy Merlin*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 039.*

## Cas de recours

### **039** Recours répété des contrats à durée déterminée de remplacement – Pas de requalification systématique en contrat à durée indéterminée

Le seul fait pour l'employeur (qui est tenu de garantir aux salariés le bénéfice des droits à congés maladie ou maternité, à congés payés ou repos que leur accorde la loi) de recourir à des contrats à durée déterminée (CDD) de remplacement de manière récurrente, voire permanente, ne saurait suffire à caractériser un recours systématique aux CDD pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre et pourvoir ainsi durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (*Cass. soc. 14 févr. 2018, n° 16-17966, Assoc. La Croisée des ans*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 040, comm. CA.*

## Contrat saisonnier

### **040** Contrat sans terme précis – Exigence d'une durée minimale précise et non approximative

Selon l'article L. 1242-7 du Code du travail, le contrat saisonnier doit comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou à défaut, une durée minimale. Après avoir relevé que le premier contrat saisonnier se bornait à faire état d'un engagement «à compter du 24 octobre 2008 pour un pic d'activité de la première partie de la campagne pommes-stockage 2008-2009, qui s'étalera jusqu'à courant novembre-décembre 2008, en fonction du rythme de conditionnement», les juges ont considéré que cette mention ne comportait ni terme précis ni durée minimale. Il y avait donc lieu à requalification des contrats saisonniers successifs en un contrat à durée indéterminée (*Cass. soc. 7 mars 2018, n° 16-23708, sté Coopérative agricole Cofruid'Oc*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 041.*

### **041** Renouvellement – Conséquence du non-respect du délai de prévenance conventionnel

Selon l'article 23a) de la convention collective nationale de tourisme social et familial du 28 juin 1979, le personnel saisonnier ayant travaillé dans le même établissement pendant deux saisons consécutives bénéficie, sauf motif dûment fondé, du renouvellement de son contrat dans sa qualification

pour une même période d'activité. L'employeur doit lui adresser son contrat, au plus tard un mois avant la date d'engagement et l'intéressé lui signifier son accord ou son refus dans les quinze jours qui suivent la proposition. Après avoir constaté que la proposition de nouvelle collaboration était tardive, comme ayant été faite moins d'un mois avant le début de la nouvelle saison, les juges ont décidé que le salarié pouvait se prévaloir d'une absence de renouvellement de son contrat de travail imputable à l'employeur.

En l'espèce, le délai de prévenance d'un mois n'avait pas été respecté, la proposition avait été adressée au salarié dix jours avant le début de la nouvelle collaboration. Le salarié qui n'avait pas donné suite à la proposition tardive ne pouvait pas être considéré comme étant à l'initiative de la rupture des relations de travail (*Cass. soc. 14 févr. 2018, n° 16-19656, sté M Vacances*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 042.*

## Rupture anticipée

### 042 Rupture aux torts de l'employeur – Droit aux dommages-intérêts et à l'indemnité de fin de contrat

En vertu de l'article L. 1243-4, la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail, ouvre droit pour le salarié à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat. En vertu de l'article L. 1243-8 du Code du travail, cette indemnité est égale à 10% de la rémunération totale brute versée au salarié. En cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée aux torts de l'employeur, le salarié a droit en plus des dommages-intérêts, à une indemnité de fin de contrat calculée sur la base de la rémunération déjà perçue et de celle qu'il aurait perçue jusqu'au terme du contrat (*Cass. soc. 3 mai 2018, n° 16-22455, sté Aerolis*).

*RPDS 2018, n° 883, somm. 076.*

## Requalification

### 043 Requalification du CDD en CDI – Délai de prescription de 2 ans – Le délai de prescription commence le jour de la conclusion du contrat

Selon l'article L. 1471-1 du Code du travail, toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où le salarié qui l'exerce a connu, ou aurait dû connaître, les faits lui permettant d'exercer son droit. Le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, fondée sur l'absence d'une men-

tion au contrat susceptible d'entraîner sa requalification, court à compter de la conclusion de ce contrat (*Cass. soc. 3 mai 2018, n° 16-26437*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 059.*

**Précision :** Pour les actions en requalification d'un CDD en CDI, la Cour de cassation avait pour habitude d'appliquer le délai de prescription de droit commun de 5 ans (Art. 2224 du C. civ.).

En effet, cette dernière considérait que cette action ne relevait ni de la rupture ni de l'exécution du contrat de travail, où le délai de prescription est de 2 ans. Mais depuis peu, la Cour fait marche arrière et s'aligne sur ce délai de 2 ans. **MA.**

## Travail temporaire Requalification

### 044 Requalification contrats de mission en CDI – Le droit à l'emploi ne justifie pas la poursuite du contrat de travail – Droit à des indemnités

Le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au-delà du terme de la mission de travail temporaire, en cas d'action en requalification en contrat à durée indéterminée, quand bien même la requalification des contrats de missions temporaires aurait été demandée après l'arrivée du terme du dernier contrat de mission du salarié (*Cass. soc. 21 sept. 2017, n° 16-20270, sté Adecco*).

*RPDS 2018, n° 875, somm. 015.*

**Commentaire :** En l'espèce, le salarié aurait dû demander des indemnités pour licenciement injustifié, et non pas sa réintégration pour licenciement nul. Rappelons que, pour qu'un licenciement soit jugé nul et ouvre droit pour le salarié à sa réintégration dans l'entreprise, il faut qu'un texte prévoit expressément la nullité, ou qu'il y ait eu de la part de l'employeur, violation d'une liberté fondamentale. Pour la Cour de cassation, le droit à l'emploi n'en est pas une qui justifierait la poursuite du contrat en cas d'action en requalification en CDI. **CA.**

### 045 Requalification de contrats de mission en CDI – Droit aux dommages-intérêts pour le salarié qui n'a pas pu bénéficier du plan de sauvegarde de l'emploi

Une cour d'appel ne peut pas débouter un salarié ayant obtenu la requalification de ses contrats à durée déterminée et de ses contrats de mission en contrat à durée indéterminée, de ses demandes de dommages-intérêts au titre du préjudice correspondant à la perte de chance de bénéficier des mesures prévues au plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), sans rechercher si le salarié affecté sur le site depuis le 6 septembre 2010 ne pouvait pas bénéficier des mesures du PSE adoptées dans ce cadre le 20 octobre suivant (*Cass. soc. 10 janv. 2018, n° 16-21245*).

*RPDS 2018, n° 875, somm. 016, comm. CA.*

## Discipline à l'entreprise

### Sanctions disciplinaires

#### 046 Formation professionnelle – Exclusion en raison de faits objectifs – Absence de sanction disciplinaire

L'employeur qui se fondait sur des faits objectifs relatifs aux retards répétés et non justifiés du salarié

peut décider que l'intéressé ne répondait plus aux critères requis pour bénéficier jusqu'à son terme d'une formation.

En effet, le programme de formation était destiné à rechercher de futurs responsables de magasin au regard des qualités de «*constance, motivation, implication, exemplarité*».

Ainsi, la décision de l'employeur ne présentait pas le caractère d'une sanction (*Cass. soc. 4 juill. 2018, n° 17-16629*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 094, comm. ES.*

## RELATIONS COLLECTIVES DU TRAVAIL

### Syndicats

#### Représentativité

#### 047 Contestation – Conditions

La représentativité d'une organisation syndicale ne peut pas être contestée indépendamment de l'exercice, par cette organisation, d'une prérogative subordonnée à la qualité de syndicat représentatif (*Cass. soc. 24 janv. 2018, n° 16-20883, La Poste*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 044, comm. ALM.*

**Commentaire:** Confirmation de jurisprudence (*Cass. soc. 15 avr. 2015, n° 14-19496* et *Cass. soc. 20 avr. 2017, RPDS 2017, n° 872, somm. n° 110*).

#### 048 Critère de l'audience – Appréciation de l'audience pour la désignation d'un délégué syndical central

La représentativité d'une union de syndicats pour la désignation d'un représentant syndical au comité central d'entreprise doit s'apprécier par rapport à l'ensemble du personnel de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire que cette union soit représentative dans tous les établissements de l'entreprise (*Cass. soc. 17 janv. 2018, n° 16-26965, sté Korian*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 045, comm. ALM.*

### Personnalité juridique

#### 049 Modification de champ statutaire – Maintien de la personnalité juridique – Ancienneté conservée

L'acquisition de la personnalité juridique par les syndicats ne peut pas être subordonnée à des conditions de nature à mettre en cause l'exercice de leur liberté d'élaborer leurs statuts, d'élire leurs représentants, de formuler leur programme d'action et de s'affilier à des fédérations ou confédérations. Par conséquent, l'exercice de ces libertés par un syndicat

ne peut pas entraîner la perte de sa personnalité juridique. Il en résulte que la modification de l'objet statutaire ou du caractère intercatégoriel ou catégoriel d'une organisation syndicale, décidée conformément à ses statuts, ne fait pas perdre à cette organisation sa personnalité juridique.

Ayant constaté que, lors d'un congrès extraordinaire, le syndicat intéressé avait décidé de se concentrer sur la représentation de la catégorie des personnels navigants techniques et de changer de dénomination, le tribunal d'instance a pu décider que, quelle que soit la finalité de cette modification, le syndicat conservait l'ancienneté acquise antérieurement à la modification de ses statuts (*Cass. soc. 14 mars 2018, n° 17-21434, SPL-CFDT*).

*RPDS 2018, n° 877, somm. 046, comm. ALM.*

**Pour en savoir plus:** Constitution, objet et fonctionnement des syndicats professionnels, *RPDS 2012, n° 811, p. 353*.

### Affiliation confédérale

#### 050 Radiation par la confédération – Effets

Le syndicat CFDT-RATP n'a pas contesté la décision de radiation prise par le bureau confédéral de la CFDT, ni son obligation de modifier ses statuts en conséquence.

D'autre part, la fédération générale des transports et de l'équipement CFDT a révoqué les précédentes désignations syndicales et désigné de nouveaux délégués et représentants de section syndicale CFDT dans l'entreprise.

Dans ces circonstances, l'utilisation par ce syndicat du sigle confédéral malgré l'opposition exprimée par la confédération et la fédération en question, rend nulles ses désignations de représentants de sections syndicales (*Cass. soc. 28 févr. 2018, n° 16-26005, Syndicat CFDT RATP*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 061.*

## Délégués syndicaux

### Désignation

#### 051 Salarié ayant changé d'étiquette – Possibilité d'être désigné par son nouveau syndicat

Lorsqu'un salarié remplit les conditions prévues par la loi pour être désigné délégué syndical, il n'appartient qu'au syndicat désignataire d'apprécier s'il est en mesure de remplir sa mission. Il importe peu que le salarié ait précédemment exercé des fonctions de représentant d'un autre syndicat ou qu'il ait été élu lors des dernières élections sur des listes présentées par un autre syndicat (*Cass. soc. 15 nov. 2017, n° 16-25668, sté Boulanger*).

**RPDS 2018, n° 874, somm. 003.**

**Précision:** Lors des élections du comité d'entreprise, un salarié est élu en tant que suppléant sur la liste CFDT avec 30 % des suffrages. Ayant rallié FO quelques mois après, il est désigné délégué syndical par ce syndicat. La direction de l'entreprise demande l'annulation de la désignation, au motif que FO dispose de deux candidats qui ont réuni 70 % des suffrages et doivent être désignés par priorité, conformément à l'article L. 2143-3 du Code du travail. Argument non retenu par la Cour de cassation, selon laquelle FO pouvait donc choisir parmi tous les candidats répondant aux conditions pour être désignés, parmi lesquelles l'obtention d'une audience personnelle d'au moins 10%. **ALM.**

## Droit syndical

### Information et communication syndicales

#### 052 Élections professionnelles – Possibilité de communiquer à des fins électorales en dehors de la période fixée par le protocole

Aux termes de l'article L. 2142-5 du Code du travail, le contenu des affiches, publications et tracts est librement déterminé par l'organisation syndicale, sous réserve de l'application des dispositions relatives à la presse.

En outre, en vertu de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les membres d'un syndicat doivent pouvoir exprimer devant l'employeur leurs revendications tendant à améliorer la situation des travailleurs au sein de leur entreprise.

Il en résulte qu'il ne peut pas être ordonné aux syndicats de cesser et faire cesser toute communication à des fins électorales en dehors de la campagne électorale fixée par le protocole d'accord préélectoral (*Cass. soc. 15 nov. 2017, n° 16-24798, sté GRDF*).

**RPDS 2018, n° 874, somm. 002.**

**Précision:** Dans cette affaire, l'employeur reprochait à deux organisations syndicales d'avoir lancé leur campagne électorale avant la date convenue, laquelle figurait dans le protocole d'accord préélectoral. Il avait obtenu du tribunal d'instance une ordonnance de référé intimant aux organisations de cesser leur propagande. Ordonnance cassée par la Cour de cassation selon laquelle il n'y avait pas trouble manifestement illicite. La liberté d'expression dont jouissent les syndicats, y compris hors campagne électorale, doit primer. **ALM.**

## Représentant de la section syndicale

#### 053 Désignation – Salarié assimilable à l'employeur

Les salariés qui disposent d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise, ou qui représentent effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel, ne peuvent pas exercer un mandat de représentation. Le salarié qui, en sa qualité de directeur d'agence, dispose d'une délégation écrite d'autorité expressément acceptée, signe les lettres de rupture des contrats de travail durant les périodes d'essai et a conduit seul un entretien préalable à un licenciement, exerce un pouvoir disciplinaire au sein de l'agence. Il ne peut pas exercer le mandat de représentant de la section syndicale (*Cass. soc. 21 mars 2018, n° 17-12602, Société commerciale de télécommunication*).

**RPDS 2018, n° 877, somm. 047.**

## Conventions collectives

### Application

#### 054 Concours entre une norme légale et une norme conventionnelle

En cas de concours entre des dispositions légales et des dispositions conventionnelles, les avantages qu'elles instituent ne peuvent pas se cumuler lorsqu'ils ont la même cause et le même objet. Seul le plus favorable d'entre eux doit être accordé.

L'indemnité réparant le préjudice résultant du non-reclassement au sol d'un salarié ayant atteint la limite d'âge prévue par le Code de l'aviation civile, et l'indemnité conventionnelle versée en cas de licenciement nul ont la même finalité. Par conséquent, ces avantages ne peuvent pas se cumuler (*Cass. soc. 10 janv. 2018, n° 16-23124, Air France*).

**RPDS 2018, n° 877, somm. 048.**

**Précision:** Les règles d'articulation entre la loi et les dispositions conventionnelles font encore appel au principe de faveur: ce dernier permet d'identifier la norme applicable entre deux dispositions ayant la même cause ou le même objet (voir

RPDS mars 2018, n° 875, p. 88.). Toutefois, la Cour de cassation a pu se montrer plus pointilleuse dans l'analyse de la finalité des avantages institués (par exemple, Cass. soc. 13 juin 2012, n° 10-27395). En l'espèce, bien que les deux indemnités soient versées en raison de la rupture du contrat de travail, les juges ne nous disent pas en quoi elles ont la même finalité. **ALM.**

## Accord de groupe

**055** **Définition – Champ d'application**  
Lorsqu'un accord, intitulé «*avenant à l'accord d'entreprise du 29 novembre 2002*» ne fixe pas son champ d'application, constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe, il ne s'applique qu'aux salariés de la société mère signataire (Cass. soc. 21 mars 2018, n° 16-21741, BNP Paribas).  
**RPDS 2018, n° 877, somm. 049, comm. ALM.**

## Élections professionnelles Protocole d'accord préélectoral

**056** **Constitution d'un collège unique – Conditions de validité du PAP**  
Il résulte des articles L. 2232-16 et L. 2314-10 du Code du travail, que les organisations syndicales représentatives au sein d'un établissement distinct peuvent décider, à l'unanimité, la mise en place d'un collège unique, pour les élections des délégués du personnel au sein de cet établissement doté d'un comité d'établissement.

Un syndicat représentatif dans l'entreprise, mais pas dans l'établissement distinct au sein duquel sont organisées les élections, ne peut pas contester la validité du protocole d'accord mettant en place un collège unique et signé à l'unanimité des organisations syndicales représentatives dans l'établissement (Cass. soc. 22 nov. 2017, n° 16-2480, Engie Énergies services).  
**RPDS 2018, n° 874, somm. 005, comm. ALM.**

**Commentaire:** Pour les élections professionnelles, il est possible de modifier le nombre et la composition des collèges électoraux *via* une convention, un accord collectif ou un protocole d'accord préélectoral, à condition que ledit texte obtienne la signature de toutes les organisations syndicales représentatives existant dans l'entreprise (art. L. 2314-10 du C. trav.). La loi semble à première vue donner raison au syndicat demandeur. Mais la Cour de cassation se réfère aux règles de négociation des accords d'entreprise et d'établissement (art. L. 2232-16 du C. trav.) pour affirmer que la qualité de représentativité des syndicats doit être appréciée dans l'établissement, périmètre des élections. **ALM.**

**En savoir plus:** M. Cohen et L. Milet, «*Le droit des CSE et des CG*», LGDJ 2019. En vente sur nvoboutique.fr

## 057 Pas de négociation d'un nouveau protocole en cas d'élections partielles

Les élections partielles de délégués du personnel sont organisées pour pourvoir aux sièges vacants et se déroulent sur la base des dispositions en vigueur lors de l'élection précédente, lorsque cette élection avait eu pour objet leur mise en place ou leur renouvellement.

Par conséquent, un syndicat ne peut pas, à l'occasion d'élections partielles et en raison de l'évolution des effectifs de l'entreprise, solliciter la négociation d'un nouveau protocole préélectoral et par suite une modification du nombre des sièges (Cass. soc. 28 févr. 2018, n° 17-11848, sté Résidence de Tonge).

**RPDS 2018, n° 879, somm. 062, comm. ALM.**

**En savoir plus:** «*Les élections dans l'entreprise*», VO Éditions 2018, coll. les guides, en vente sur nvoboutique.fr

## 058 Absence de protocole due à l'impossibilité de trouver un calendrier pour les négociations – Conséquences

Lorsqu'au moins une organisation syndicale a répondu à l'invitation de l'employeur à négocier le protocole d'accord préélectoral, et si ce dernier n'a pu être conclu, l'autorité administrative procède à la répartition entre les collèges électoraux. Par conséquent, dès lors qu'une organisation syndicale a manifesté son intention de participer à la négociation préélectorale, l'employeur, à défaut d'accord préélectoral valide, a l'obligation de saisir l'autorité administrative pour faire procéder à la répartition des sièges et des électeurs au sein des collèges électoraux (Cass. soc. 9 mai 2018, n° 17-26522, sté Foodora).

**RPDS 2018, n° 883, somm. 086, comm. ALM.**

## 059 Contestation – Intérêt à agir d'un syndicat sans adhérent

Une organisation syndicale qui a vocation à participer au processus électoral a nécessairement intérêt à agir en contestation de la régularité des élections. Un syndicat non représentatif qui répond à cette condition n'est pas tenu de démontrer qu'il a des adhérents dans l'entreprise pour justifier de son droit à agir (Cass. soc. 20 sept. 2018, n° 17-26226, sté Nicollin).

**RPDS 2018, n° 884, somm. 098, comm. ALM.**

## Candidatures

### 060 Syndicats affiliés à la même confédération – Dépôt de listes concurrentes – Liste déposée en premier à défaut de dispositions statutaires

Les syndicats affiliés à une même confédération nationale, qu'elle soit ou non représentative, ne peuvent présenter qu'une seule liste de candidats par collège, lors des élections professionnelles dans l'entreprise. En cas de dépôt de listes concurrentes, il

appartient aux syndicats de justifier des dispositions statutaires déterminant le syndicat ayant qualité pour procéder au dépôt d'une liste de candidats, ou de la décision prise par l'organisation syndicale d'affiliation pour régler le conflit conformément aux dispositions statutaires prévues à cet effet. À défaut, par application de la règle chronologique, seule la liste de candidats déposée en premier lieu doit être retenue.

Le tribunal ayant constaté qu'il n'était pas justifié de dispositions statutaires de la CGT permettant de déterminer le syndicat ayant qualité pour déposer une liste de candidats au sein de l'entreprise, ni de décision d'arbitrage de la fédération ou de la confédération, a décidé à bon droit que seule la liste de candidats déposée en premier lieu devait, en application de la règle chronologique, être validée (*Cass. soc. 24 janv. 2018, n° 16-22168*).

**RPDS 2018, n° 876, somm. 026.**

**En savoir plus :** «*Les élections dans l'entreprise*», VO Éditions 2018, coll. les guides, en vente sur [nvoboutique.fr](http://nvoboutique.fr)

## 061 Liste de candidats – Représentation équilibrée femmes/hommes – Sous-représentation d'un sexe dans l'entreprise – Conséquences

Selon l'article L. 2324-22-1 du Code du travail alors applicable pour chaque collège électoral, les listes qui comportent plusieurs candidats sont composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale. Les listes sont composées alternativement d'un candidat de chaque sexe, jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes. Lorsque l'application de cette règle n'aboutit pas à un nombre entier de candidats à désigner pour chacun des deux sexes, il est procédé à un arrondi.

Si deux postes sont à pourvoir dans un collège composé à 77% de femmes et à 23% d'hommes, l'organisation syndicale est tenue de présenter une liste conforme à l'article L. 2324-22-1, tel qu'interprété par la décision n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018 du Conseil Constitutionnel, c'est-à-dire comportant nécessairement une femme et un homme, ce dernier au titre du sexe sous-représenté (*Cass. soc. 9 mai 2018 n° 17-14088, CPAM de l'Indre*).

**RPDS 2018, n° 879, somm. 063.**

**Commentaire :** Une liste comportant un seul candidat alors que plusieurs sièges sont à pourvoir, ne devrait plus être valable, contrairement à la jurisprudence applicable jusqu'à présent (*Cass. soc. 9 nov. 2016, n° 16-11622, RPDS 2017 n° 862, somm. n° 007*).

En effet, selon la Cour de cassation, une telle liste ne répond pas à l'exigence légale de représentation équilibrée des hommes et des femmes. Bien qu'en l'espèce, la proportion

des hommes soit bien plus faible, ils devaient être représentés et la liste devait donc nécessairement comporter deux noms. L'obligation de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes implique donc la nécessité pour chaque liste de comporter plusieurs candidats (sauf si un seul siège est à pourvoir) et, au vu de la décision du Conseil constitutionnel citée, de présenter des candidats de sexe différent dès lors qu'un sexe est représenté, même très minoritairement, dans l'entreprise. **ALM.**

## 062 Listes de candidats – Représentation équilibrée entre les femmes et les hommes – Obligation d'ordre public absolu

Les dispositions de l'article L. 2324-22-1 du Code du travail selon lesquelles les listes comportant plusieurs candidats sont composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale, les listes étant composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes, sont d'ordre public absolu.

Par conséquent, doit être annulée l'élection des candidats figurant sur la liste qui présente deux hommes en tête et donc ne respecte pas ces dispositions, peu important les dispositions du protocole préélectoral voté à l'unanimité (*Cass. soc. 9 mai 2018, n° 17-60133, Assoc. Foyer F*).

**RPDS 2018, n° 879, somm. 064.**

**Commentaire :** Bien que voté à l'unanimité, un protocole d'accord préélectoral ne peut pas se contenter de l'intention des organisations syndicales de «*rechercher les voies et les moyens qui permettraient de parvenir le plus possible à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes sur les listes de candidats*».

L'obligation de représentation équilibrée est une obligation de résultat et il n'est pas possible d'y déroger, même si en pratique cela rend parfois complexe la constitution des listes de candidat(e)s. **ALM.**

## Contentieux électoral

### 063 Refus de l'employeur de négocier le protocole avec un syndicat – Annulation de plein droit des élections

L'employeur est tenu de rechercher, avec toutes les organisations syndicales intéressées au sens de l'article L. 2314-3 du Code du travail, un accord sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories, ainsi que sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales.

Son refus de négocier avec l'une des organisations syndicales intéressées entraîne en lui-même l'annulation des élections (*Cass. soc. 28 févr. 2018, n° 17-60112, sté Spececlair*).

**RPDS 2018, n° 877, somm. 050, comm. ALM.**

## Unité économique et sociale

### Reconnaissance

#### 064 Pas d'UES sur le même périmètre qu'un comité de groupe existant

Les notions d'unité économique et sociale (UES) et de comité de groupe sont incompatibles. Dès lors, la mise en place d'un comité de groupe exclut sur le même périmètre la reconnaissance d'une unité économique et sociale.

Les juges qui constatent la mise en place d'un comité de groupe au niveau du groupe formé par deux sociétés concernées par une demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale, peuvent en déduire que cette demande est sans objet (*Cass. soc. 17 oct. 2018, n° 17-22602, CE de la sté Europafi et syndicat national CGT-Banque de France*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 099, comm. LM.*

**En savoir plus :** M. Cohen et L. Milet, «*Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*», 14<sup>e</sup> éd., LGDJ 2019, § 136 et s., disponible sur nvoboutique.fr

## Délégués du personnel

### Établissement distinct

#### 065 Conditions de reconnaissance – Conséquence de la non-reconnaissance sur les droits des salariés

L'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail, ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes ou spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant du chef d'entreprise, peu important que celui-ci n'ait pas le pouvoir de se prononcer lui-même sur ces réclamations. Il en résulte que l'existence d'un établissement distinct ne peut être reconnue que si l'effectif de l'établissement permet la mise en place de délégués du personnel.

Si un établissement ne peut constituer un établissement distinct pour la mise en place de délégués du personnel, les salariés exerçant sur ce site doivent nécessairement être rattachés à un établissement au sens des délégués du personnel. En conséquence, un salarié travaillant dans un établissement de sept salariés ne pouvait être privé du droit qu'il tire de l'article L. 1226-10 du Code du travail à la consultation des délégués du personnel en cas d'inaptitude. Le défaut de consultation de ces derniers par l'employeur au motif

que l'établissement totalisait moins de onze salariés ne saurait justifier le rejet des demandes du salarié visant à la condamnation du chef d'entreprise pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc. 9 nov. 2017, n° 16-17808, sté Sft Gondrand frères*).

*RPDS 2018, n° 874, somm. 004, comm. LM.*

## Comité d'entreprise

### Réunions

#### 066 Réunions du comité trop éloignées des lieux de travail – Employeur commettant un abus de droit

Convoquer systématiquement les réunions du comité d'entreprise au siège de la société éloigné de plus de 500 km du lieu de travail des élus, constitue un abus de droit pour l'employeur. En effet, cela entraîne des inconvénients sérieux, dus notamment au temps passé dans les transports, pour les élus et l'instance (*Appel Chambéry, 21 nov. 2017, n° 16/00040, SA Sancellemoz*).

*RPDS 2018, n° 875, somm. 019, comm. LM.*

#### 067 Réunions des commissions internes au comité non légalement obligatoires ou non organisées par l'employeur – Incidences sur les frais de déplacement et d'hébergement

En l'absence de disposition le prévoyant, l'employeur n'est pas tenu de prendre en charge les frais de déplacement et d'hébergement exposés pour se rendre aux réunions des commissions internes au comité d'entreprise, dès lors que les réunions de ces commissions ne sont pas légalement obligatoires ou ne sont pas organisées à l'initiative de l'employeur (*Cass. soc. 17 oct. 2018, n° 17-13256, Union syndicale de l'intérim CGT et a.*).

**Commentaire :** En l'espèce, le règlement intérieur du comité d'entreprise prévoyait notamment en son article 5 que «*les frais de déplacement et d'hébergement liés aux commissions obligatoires du comité d'entreprise sont pris en charge par le comité d'entreprise après présentation des justificatifs*».

Contestant cet article, six salariés et l'union syndicale de l'intérim CGT ont demandé en référé au tribunal de grande instance la suspension de la clause et le remboursement par l'employeur des éventuelles sommes engagées en application de celle-ci. Ils estimaient que si l'employeur doit rémunérer les élus pour le temps passé aux réunions des commissions obligatoires comme du temps de travail, l'entreprise devait aussi prendre en charge tous les frais accessoires à ces réunions.

En principe, il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que ce qui importe en matière de prise en charge ou non des frais de déplacement, c'est à l'initiative de l'employeur. S'il convoque une réunion du comité ou d'une commission, il doit payer les frais qui en découlent, lesquels n'entrent pas dans les dépenses de fonctionnement du comité. Peu importe l'objet ou

la nature de la réunion dès lors qu'elle est convoquée par l'employeur. Il en a été jugé ainsi en cas de réunion paritaire convoquée par l'employeur (Cass. soc. 20 déc. 2006, n° 04-47569).

Par contre, si le comité d'entreprise lui-même, par décision majoritaire, décide de tenir des réunions plénières officieuses ou des réunions de commissions, non présidées par le chef d'entreprise, celui-ci n'est pas tenu de payer, en plus des heures de délégation, le temps qu'y consacrent les membres du comité, sauf accord en ce sens. Par voie de conséquence, les frais de déplacement pour venir à ces réunions ne sont pas à la charge de l'employeur.

Sauf accord plus favorable, ce n'est pas parce qu'une commission est légalement obligatoire (comme par exemple c'est le cas de la commission économique du CE dans les entreprises d'au moins 1000 salariés), que toutes les réunions répondent à une obligation légale de l'employeur.

Cette jurisprudence est transposable au comité social et économique étant entendu que la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) (art. L. 2315-39 du C. trav.), la CSSCT centrale (art. L. 2316-18 du C. trav.) et la commission économique (art. L. 2315-47 et L. 2315-48 du C. trav.) sont présidées par l'employeur et doivent donc être réunies à son initiative. **LM.**

**En savoir plus :** M. Cohen et L. Millet, « *Le droit des CSE et des CG* », 14<sup>e</sup> éd., LGDJ 2019, n° 2769 et suiv.

## Fonctionnement

### **068** Subvention aux activités sociales et culturelles et subvention de fonctionnement – Base de calcul – Masse salariale brute au sens de l'assiette des cotisations de Sécurité sociale

Sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise comme de la contribution aux activités sociales et culturelles, s'entend de la masse salariale brute constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de Sécurité sociale en application de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale.

Il résulte des articles L. 1251-24 et L. 8241-1 du Code du travail que les salariés mis à disposition ont accès, dans l'entreprise utilisatrice, dans les mêmes conditions que les salariés de cette entreprise, aux moyens de transport collectif et aux installations collectives, notamment de restauration, dont peuvent bénéficier ces salariés. Lorsque des dépenses supplémentaires incombent au comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice, celles-ci doivent lui être remboursées suivant des modalités définies au contrat de mise à disposition. Il en découle que la rémunération versée aux salariés mis à disposition par leur employeur n'a pas à être incluse dans la masse salariale brute de l'entreprise utilisatrice servant de base au calcul de la subvention de fonctionnement et de la

contribution aux activités sociales et culturelles. C'est à bon droit qu'une cour d'appel a refusé d'intégrer dans la masse salariale brute les provisions sur congés payés, les indemnités légales et conventionnelles de licenciement et les indemnités de retraite, ainsi que les rémunérations versées aux salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, toutes sommes qui ne figurent pas dans la déclaration annuelle des données sociales de l'entreprise (Cass. soc. 7 févr. 2018, n° 16-24231, *Comité d'entreprise de l'UES Atos intégration c/sté Atos consulting*).

**RPDS 2018, n° 875, somm. 020.**

**Précision :** La chambre sociale de la Cour de cassation abandonne avec cet arrêt la référence au compte 641 du plan comptable général comme base de calcul des subventions du comité d'entreprise au profit de la référence à l'article L. 242-1 du Code de Sécurité sociale, ce qui sera moins avantageux pour les comités. Elle devance ainsi, sans que cela soit vraiment nécessaire, la législation qui est ou sera applicable au nouveau comité social et économique. Voir notre éditorial critique, *RPDS 2018, n° 875, page 75. LM.*

## Attributions économiques

### **069** Consultation – Délais – Point de départ – Absence de mise à disposition des informations – Délai n'ayant pas commencé à courir – Effets

Dans l'exercice de ses attributions consultatives, le comité d'entreprise (CE) émet des avis et vœux, et dispose pour ce faire d'un délai d'examen suffisant, fixé par accord ou à défaut par la loi. Lorsque les éléments d'information fournis par l'employeur ne sont pas suffisants, les membres élus du comité peuvent saisir le président du tribunal de grande instance (TGI) statuant en la forme des référés pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Cependant, lorsque la loi ou l'accord collectif prévoit la communication ou la mise à disposition de certains documents, le délai de consultation ne court qu'à compter de cette communication. Tel est le cas, dans le cadre de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, de la base de données prévue à l'article L. 2323-7-2 du Code du travail alors applicable, qui est, aux termes de l'article L. 2323-7-1 du même Code alors applicable, le support de préparation de cette consultation.

En conséquence, les demandes d'un CE visant à écarter l'application du délai préfix au titre de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise et à ordonner aux trois sociétés du groupe d'avoir à mettre à sa disposition les éléments d'information nécessaires, ne pouvaient être écartées par les juges dès lors que l'employeur n'avait pas mis à sa disposition la base de données économiques et sociales rendue obligatoire par l'article L. 2373-7-2 du Code du

travail dans sa rédaction alors applicable. Il en résultait que le délai de consultation n'avait pu commencer à courir (*Cass. soc. 28 mars 2018, n° 17-13081, comité d'entreprise de l'UES Markem Imaje c/UES Markem Imaje*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 065, comm. LM.*

## Activité sociale et culturelle

### **070** Assurances du comité – Assurance non souscrite pour une activité de karting – Absence d'information des salariés – Responsabilité civile du comité engagée suite à l'accident d'un des participants

Si un comité d'entreprise organise une activité en signant un contrat avec un prestataire de services et s'il n'a pas souscrit l'assurance individuelle proposée par le prestataire, il a une obligation d'information à l'égard des salariés participants. Il doit ainsi, en sa qualité d'organisateur de l'activité, vérifier que sa propre assurance couvre cette activité. Il engage sa responsabilité civile délictuelle, s'il n'a ni procédé à cette vérification, ni avisé les salariés participants qu'il n'a pas souscrit l'assurance proposée par le prestataire et que la propre assurance du comité ne couvre pas l'activité en cause (*Appel Bordeaux, 21 juin 2018, n° 17/01986, Comité d'entreprise de la sté DOMOFrance*).

*RPDS 2018, n° 883, somm. 085, comm. LM.*

## Heures de délégation Utilisation des heures

### **071** Participation d'un délégué du personnel à des réunions du syndicat – Information ne se rattachant pas directement à une difficulté particulière de l'entreprise – Utilisation non conforme – Remboursement de l'employeur

Le temps passé par les délégués du personnel à leur information personnelle ne peut être inclus dans les heures de délégation que si l'information se rattache directement à une difficulté particulière à leur entreprise. Dès lors que les absences du délégué du personnel résultaient de sa participation à des réunions du syndicat CSTP-FO, soit en vue d'une formation personnelle pour mieux comprendre en quoi consistait son mandat, soit pour préparer avec l'aide de ce syndicat les réunions mensuelles avec l'employeur prévues par le Code du travail, il s'en déduisait que l'information ne se rattachait pas directement à une difficulté particulière de l'entreprise. En conséquence, le temps consacré à ces réunions ne pouvait être inclus dans les heures de délégation et le salarié devait être condamné à rembourser à l'employeur les sommes perçues au titre des heures correspondantes (*Cass. soc. 13 déc. 2017, n° 16-14132, sté Viti*).

*RPDS 2018, n° 874, somm. 007, comm. LM.*

## Paiement

### **072** Heures prises pendant un mouvement de grève – Paiement à l'échéance

Il résulte des dispositions de l'article L. 2143-17 du Code du travail que les heures de délégation considérées de plein droit comme du temps de travail, y compris lorsqu'elles sont prises pendant un mouvement de grève auquel le représentant du personnel ou un syndicat s'est associé, doivent être payées à l'échéance normale.

L'employeur ne peut saisir la juridiction prud'homale pour contester l'usage fait du temps alloué aux représentants du personnel pour l'exercice de leur mandat, qu'après les avoir payés (*Cass. soc. 13 déc. 2017, n° 16-19042*).

*RPDS 2018, n° 874, somm. 006.*

## Rémunération

### **073** Primes d'équipe et de temps repas – Complément de salaire devant être versé aux représentants du personnel

L'utilisation des heures de délégation ne doit entraîner aucune perte de salaire pour le représentant du personnel ou le représentant syndical.

En conséquence, celui-ci ne peut être privé, du fait de l'exercice de son mandat, du paiement d'une indemnité compensant une sujétion particulière de son emploi qui constitue un complément de salaire.

Tel est le cas des primes d'équipe et de temps repas versées aux salariés travaillant en horaire posté avec alternance, afin de compenser les sujétions particulières liées à ces horaires, quand bien même le représentant du personnel concerné n'est pas soumis aux mêmes contraintes (*Cass. soc. 19 sept. 2018, n° 17-11638*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 100.*

## Protection des élus et mandatés Procédure de licenciement

### **074** Licenciement non autorisé – Réintégration – Mise en œuvre par l'employeur – Licenciement nul

Lorsque le salarié obtient judiciairement sa réintégration et si l'employeur fait obstacle à cette réintégration en ne mettant pas en œuvre les conditions matérielles pour que le salarié soit en mesure d'occuper l'emploi proposé, le licenciement prononcé en raison du refus du salarié de rejoindre son poste est illicite (*Cass. soc. 17 janv. 2018, n° 16-17932, sté Pattonair*).

*RPDS 2018, n° 876, somm. 027, comm. ES.*

## Transfert partiel

### 075 Autorisation de transfert annulée – Conséquences – Réintégration et indemnisation – Délai de deux mois pour demander la réintégration ne s'appliquant pas

Le représentant du personnel, dont le contrat a été transféré en vertu d'une autorisation administrative qui a été ensuite annulée, doit être réintégré dans l'entreprise d'origine s'il en fait la demande. Son employeur doit alors lui verser les salaires perdus depuis son transfert jusqu'à sa réintégration, sous déduction de ceux qu'il a pu recevoir du repreneur et des revenus de remplacement qu'il a perçus. La demande de réintégration n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 2422-1 du Code du travail, qui ne visent que l'annulation de la décision d'autorisation de licenciement. Il en résulte que le délai de deux mois dans lequel le salarié doit demander sa réintégration ne s'applique pas et que l'ancien employeur ne peut dès lors s'opposer à la réintégration du salarié au motif que celle-ci n'a pas été demandée dans les deux mois (*Cass. soc. 13 déc. 2017, n° 5-25108*).

*RPDS 2018, n° 874, somm. 008.*

## Suite d'un licenciement autorisé

### 076 Inaptitude due à un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité – Autorisation de licenciement – Dommages-intérêts

Si l'inaptitude résulte d'un manquement de l'employeur à son obligation de santé et de sécu-

rité au travail, le salarié représentant du personnel peut demander des dommages-intérêts devant le juge prud'homal suite à son licenciement, même si ce dernier a été autorisé par l'inspecteur du travail (*Cass. soc. 17 oct. 2018, n° 17-17985*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 101, comm. MA.*

## Droit de grève

### Effets

### 077 Nullité du licenciement – Étendue de la notion d'exercice du droit de grève

La nullité du licenciement d'un salarié n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève mais s'étend à tout licenciement prononcé à raison d'un fait commis au cours de la grève et qui ne peut être qualifié de faute lourde.

Le fait pour des salariés de déstabiliser leurs collègues en leur demandant de se mettre en grève et en leur tenant des propos déplacés vis-à-vis de la hiérarchie, est un fait commis à l'occasion de l'exercice du droit de grève sans pour autant constituer une faute lourde.

Par conséquent le licenciement doit être annulé (*Cass. soc. 5 juill. 2018, n° 16-21563*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 102, comm. ES.*

## DURÉE DU TRAVAIL, SALAIRE, ÉPARGNE SALARIALE

## Durée du travail

### Mesure du temps de travail

### 078 Temps d'habillage et de déshabillage – Temps effectif – Droit aux contreparties

En vertu de l'article L. 3121-3 du Code du travail, les contreparties, dont fait l'objet le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage, sont accordées soit sous forme de repos, soit sous forme financière, lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions légales, par des stipulations conventionnelles, par le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail. Ces contreparties ne sont dues que si ces deux conditions sont réunies, à

savoir l'obligation du port d'une tenue de travail et l'obligation de réaliser l'habillage et le déshabillage dans l'entreprise ou sur le lieu de travail.

Une cour d'appel, qui a retenu que les aviateurs qui étaient, directement ou par imprégnation des vapeurs, en contact avec des hydrocarbures avaient pour obligation de confier le nettoyage de leurs tenues à l'entreprise, a pu en déduire que les conditions d'insalubrité dans lesquelles ils travaillaient leur imposaient de procéder aux opérations d'habillage et de déshabillage sur leur lieu de travail.

Il importe peu que d'autres employés aient décidé de ne pas procéder ainsi (*Cass. soc. 20 déc. 2017, n° 16-22300*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 066.*

## **079** Temps de « garde » – Contraintes pesant sur le salarié – Requalification en temps de travail

Si les États membres ne sont pas habilités à altérer la définition du « temps de travail », au sens de la directive européenne du 4 novembre 2003 (n° 2003/88), ils restent libres d'adopter, dans leurs droits nationaux respectifs, des dispositions prévoyant des durées de temps de travail et de périodes de repos plus favorables aux travailleurs que celles fixées par cette directive (point 46).

L'obligation de rester physiquement présent au lieu déterminé par l'employeur ainsi que la contrainte découlant, d'un point de vue géographique et temporel, de la nécessité de rejoindre le lieu de travail dans un délai de 8 minutes, sont de nature à limiter de manière objective les possibilités qu'un travailleur peut consacrer à ses intérêts personnels et sociaux (point 63).

Au regard de telles contraintes, cette situation se distingue de celle d'un travailleur qui doit, durant son service de garde, simplement être à la disposition de son employeur afin que ce dernier puisse le joindre (point 64).

Dans ces conditions, la notion de « temps de travail » s'applique à une situation dans laquelle un travailleur se trouve contraint de passer la période de « garde » à son domicile, de s'y tenir à la disposition de son employeur et de pouvoir rejoindre son lieu de travail dans un délai de 8 minutes (point 65).

La directive 2003/88 doit être interprétée en ce sens, que le temps de « garde » qu'un travailleur passe à domicile avec l'obligation de répondre aux appels de son employeur dans un délai de 8 minutes, restreignant très significativement les possibilités d'avoir d'autres activités, doit être considéré comme du temps de travail (point 66) (*CJUE, 21 févr. 2018, Affaire C-518/15*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 067, comm. MC.*

## **080** Temps de travail effectif – Temps de trajet – Contrepartie financière (non) – Temps de repos (non)

En application de l'article L. 3121-4 du Code du travail, le temps de déplacement qui dépasse le temps normal de trajet doit faire l'objet d'une contrepartie, soit sous forme de repos, soit sous forme financière.

Ainsi, le temps de déplacement ne pouvait être additionné au forfait horaire hebdomadaire et, par voie de conséquence, pris en compte pour le calcul des durées quotidiennes et hebdomadaires maximales (*Cass. soc. 30 mai 2018, n° 16-20634*).

*RPDS 2018, n° 883, somm. 088, comm. ES.*

## **081** Durée maximale de travail – Cumul d'emplois non déclaré

En refusant de communiquer son contrat de travail et ses bulletins de paie à son employeur, la salariée, qui avait faussement déclaré lors de son embauche qu'elle n'était pas liée à un autre employeur, n'avait pas permis à cet employeur de vérifier que la durée hebdomadaire maximale de travail n'était pas habituellement dépassée. Ainsi, son licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse (*Cass. soc. 20 juin 2018, n° 16-21811*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 103.*

## **082** Pause repas – Salarié ne pouvant pas vaquer librement à ses occupations personnelles – Temps de travail effectif devant être rémunéré

Le chef de cuisine d'un hôtel disposant d'une pause repas le midi de 45 minutes et qui, pendant ce temps, demeure chargé de surveiller le bon déroulement des activités en cuisine puis qui, lors de sa pause du soir, est fréquemment sollicité afin de préparer et servir les cocktails commandés par les clients, ne peut, pendant ce temps de pause, vaquer librement à ses occupations personnelles.

En conséquence, il s'agit d'un temps de travail effectif devant être rémunéré (*Cass. soc. 24 oct. 2018, n° 17-13841, société Havraise d'Hôtellerie-Novotel*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 104, comm. LM.*

## Réduction du temps de travail

### **083** Rémunération des jours RTT – Pas de perte de salaire – Inclusion de la part variable de la rémunération

Sauf disposition spécifique d'un accord collectif de travail relative aux modalités du maintien du salaire en cas de réduction de la durée du travail, le salarié ne peut subir aucune perte de salaire au titre de la prise de jours de réduction de temps de travail.

Des primes de vente, étroitement liées à l'activité du salarié et à ses performances, doivent être intégrées dans l'assiette de calcul de la rémunération des jours de réduction du temps de travail (*Cass. soc. 28 mars 2018, n° 16-27626*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 068.*

**Précision :** En l'espèce, l'employeur considérait qu'il n'existait aucune disposition légale l'obligeant à payer les jours RTT comme des jours normalement travaillés. Les salariés de l'Agence France Presse (AFP) s'étaient vu retirer la part variable de leur rémunération du paiement de ces jours. Seule la partie fixe avait été intégrée à l'assiette de calcul.

À tort selon les juges, qui appliquent ici le même principe qu'en matière de paiement des jours de congés payés : le salarié ne doit subir aucune perte de salaire. **MC.**

## Salaire et avantages

### Composition de la rémunération

#### 084 Calcul de l'ancienneté – Bulletin de paie – Reprise de l'ancienneté

La date d'ancienneté figurant dans le bulletin de paie vaut présomption de reprise d'ancienneté sauf à l'employeur à rapporter la preuve contraire. (*Cass. soc. 12 sept. 2018, n° 17-11177*).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 105.*

### Primes et indemnités

#### 085 Occupation d'une partie du domicile du salarié à des fins professionnelles – Droit à une indemnité d'occupation

Le salarié peut prétendre à une indemnité au titre de l'occupation de son domicile à des fins professionnelles dès lors qu'un local professionnel n'est pas mis effectivement à sa disposition.

Tel est le cas lorsque les juges ont constaté que les personnels itinérants (visiteurs médicaux et délégués pharmaceutiques) devaient notamment gérer des commandes, préparer leurs visites et en rendre compte, actualiser leurs informations, répondre à leurs courriels, accéder aux formations obligatoires dispensées à distance, alors même qu'ils ne disposaient pas de lieu au sein de l'entreprise pour accomplir ces tâches.

De plus, le fait que les intéressés puissent exécuter certaines tâches courantes grâce à une connexion en wifi (ou au moyen d'une clé 3G leur permettant de se connecter en tout lieu), ne permettait pas à l'employeur de prétendre que l'exécution par les salariés de leurs tâches administratives à domicile résultait de leur seul choix, compte tenu de la diversité de ces tâches et de la nécessité de pouvoir s'y consacrer sérieusement dans de bonnes conditions (*Cass. soc. 8 nov. 2017, n° 16-18501, sté Sanofi-Aventis France*).

*RPDS 2018, n° 876, somm. 028, comm. CA.*

**Précision:** Dans cette affaire, la Cour de cassation a également précisé que l'occupation du logement à des fins professionnelles résultait du stockage du matériel professionnel et ne variait pas en fonction du temps de travail effectif à domicile. Par ailleurs, pour les salariés titulaires d'un mandat de représentant du personnel, il n'y avait pas lieu de tenir compte du temps consacré au mandat et à l'utilisation des heures de délégation. Cela signifie que l'employeur ne devait pas retrancher de l'indemnité d'occupation le temps consacré au mandat, quand bien même les représentants du personnel disposaient dans l'entreprise d'un local dédié à cette activité. **CA.**

#### 086 Primes de tutorat – Conditions d'application

L'article 11 de l'accord du 1<sup>er</sup> février 2011 relatif à la formation professionnelle tout au long de

la vie, professionnalisation, sécurisation des parcours professionnels et emploi, annexé à la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950, prévoit une rémunération minimale de 8% au bénéfice des tuteurs.

Il a été jugé que seul l'exercice effectif des fonctions de tuteur au sein de l'entreprise ouvre droit au versement de la prime de tutorat prévu par l'article 11 de l'accord du 1<sup>er</sup> février 2011 précité (*Cass. soc. 31 janv. 2018, n° 16-21436*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 069, comm. MC.*

### Égalité de traitement

#### 087 Droit à la gratification liée à la médaille d'honneur du travail

Le droit à la gratification liée à l'obtention de la médaille d'honneur du travail naît à la date à laquelle le salarié atteint le nombre d'années de services requis pour l'échelon concerné. Il n'existe pas de rupture d'égalité entre les salariés ayant acquis l'ancienneté requise pour pouvoir prétendre à tel échelon avant la date d'entrée en vigueur de la convention collective prévoyant la gratification, et ceux l'ayant acquise après cette date. En effet, le régime juridique applicable à la gratification relève pour les premiers de l'usage de l'entreprise, et pour les seconds, de la convention collective (*Cass. soc. 28 mars 2018, n° 16-19262*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 070.*

### Païement du salaire

#### 088 Heures supplémentaires – Absence de préjudice nécessaire – Preuve du préjudice

L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain des juges du fond. Ainsi justifie sa décision de débouter un salarié de sa demande de dommages-intérêts, la cour d'appel qui constate que la salariée n'apporte aucun élément pour justifier le préjudice allégué au titre du non-paiement des heures supplémentaires (*Cass. soc. 29 juin 2017, n° 16-11280, sté Neuilly la Pointe*).

*RPDS 2018, n° 876, somm. 029.*

**Commentaire:** Exit la notion de préjudice nécessaire qui consistait à dire qu'un employeur fautif cause nécessairement un préjudice au salarié s'il ne remplit pas ses obligations envers lui, et notamment lorsqu'il ne le rémunère pas en proportion du travail fourni. C'est ce que rappelle à nouveau cette décision. Lorsque le salarié agit en justice, il doit apporter la preuve du manquement de l'employeur. En matière d'heures supplémentaires effectuées et non payées, le salarié peut notamment produire en justice ses fiches de paies dispensées des heures effectuées, un planning précis (*Cass. soc. 26 avril 2017, n° 15-24822, sté Sagine*) montrant sa présence au-delà des

heures habituelles. Après avoir démontré l'existence des heures supplémentaires effectuées, il doit s'atteler à démontrer que leur non-paiement lui cause un préjudice. L'existence du préjudice et l'évaluation de ce dernier relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Quelle preuve peut être produite devant le conseil de prud'hommes? Cette recherche pesant sur le salarié est de taille. Nous pouvons imaginer qu'en prévision des heures supplémentaires à venir, le salarié ait pu notamment contracter un prêt à la consommation (achat d'une voiture...) dont il ne peut plus honorer les échéances. **ES.**

## Épargne salariale Intéressement

### 089 Caractère aléatoire de la prime d'intéressement

En vertu des articles L. 3312-1 et L. 3314-2 du Code du travail, pour être exonéré de cotisations sociales, l'intéressement doit présenter un caractère collectif et aléatoire et résulter d'une formule de calcul liée aux résultats ou aux performances de l'entreprise sur une période donnée.

L'accord d'intéressement conclu par un club de football prévoyait qu'une prime d'intéressement serait due aux joueurs à condition qu'au 30 juin, terme de la saison sportive, le club se soit maintenu en championnat national pour la saison suivante. Le club ayant été relégué en championnat de France amateur le 30 juin 2013, la prime d'intéressement n'était pas due pour la saison écoulée. En effet, il importait peu que le club ait été réintégré dans le championnat national par une décision administrative de repêchage du 15 juillet 2013. La date fixée par l'accord était dépassée (*Cass. soc. 18 janv. 2018, n° 16-25820*).

**RPDS 2018, n° 876, somm. 030.**

## Participation

### 090 Calcul de la réserve de participation certifié par une attestation du commissaire aux comptes – Sincérité ne pouvant être remise en cause dans un litige relatif à la participation – Action des syndicats fondée sur la fraude ou l'abus de droit invoqués à l'encontre des actes de gestion de la société non recevable

Selon l'article L. 3326-1 du Code du travail, le montant du bénéfice net et celui des capitaux propres de l'entreprise sont établis par une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes. Ils ne peuvent pas être remis en cause à l'occasion des litiges relatifs à la participation aux résultats de l'entreprise. Cette disposition est d'ordre public absolu.

Ainsi, l'attestation du commissaire aux comptes ne peut pas être remise en cause dans un litige

relatif à la participation, quand bien même l'action des syndicats est fondée sur la fraude ou l'abus de droit invoqués à l'encontre des actes de gestion de la société (*Cass. soc. 28 févr. 2018, n° 16-50015, sté Wolters Kluwer France*).

**RPDS 2018, n° 877, somm. 051.**

**Commentaire :** Rappel des faits : la société Wolters Kluwer France (WKF) et la société mère Holding Wolters Kluwer France (HWKF) font partie du groupe hollandais Wolters Kluwer, leader européen de l'information juridique et fiscale, présent dans cent soixante-dix pays. Son activité en France, initialement composée de onze structures juridiques et opérationnelles, a été réorganisée en juin 2007 sous l'intitulé « opération Cosmos ». Les sociétés Lamy, Groupe Liaisons et leurs filiales ont été dissoutes, avec transmission universelle de leur patrimoine entre les mains d'un actionnaire unique, la société WKF.

Celle-ci a acheté toutes leurs actions en augmentant ainsi son capital. Pour acheter ces actions, le 24 juillet 2007, la société WKF a souscrit un emprunt de 445 millions d'euros auprès de la société mère HWKF, remboursable sur quinze ans, qui a eu pour effet d'empêcher tout versement de participation aux salariés en raison de cet endettement.

L'Union fédérale des ingénieurs, cadres et techniciens du livre et de la communication (UFICT-CGT), le Syndicat interprofessionnel de la presse et des médias de la Confédération nationale du travail (SIPM-CNT), le Syndicat national des journalistes (SNJ) et le Syndicat national de l'écrit (SNE-CFDT) ont saisi le tribunal de grande instance aux fins de déclarer l'opération de restructuration « Cosmos » intervenue le 30 juin 2007 inopposable aux salariés et d'obtenir la condamnation des sociétés WKF et HWKF à reconstituer une réserve spéciale de participation pour les exercices 2007 à 2022, avec la réintroduction dans le bénéfice net des sommes représentatives des charges de l'emprunt et à la répartir entre les salariés.

Les syndicats invoquaient les manœuvres constitutives d'une fraude ou d'un abus de droit de la société : dissimulation des effets de l'emprunt au comité d'entreprise, le taux de l'intérêt de l'emprunt contracté auprès de la société mère étant supérieur aux taux habituellement pratiqués entre sociétés d'un même groupe, endettement artificiel à des fins d'optimisation fiscale.

La Cour d'appel de Versailles a jugé que l'opération de restructuration était constitutive d'une manœuvre frauduleuse, la rendant de ce fait inopposable aux salariés. Elle a fait droit à la demande des syndicats pour les années 2007 à 2015 en précisant que les syndicats ne se fondaient pas sur les attestations du commissaire aux comptes, (qui sont postérieures au rapport de l'inspecteur du travail relevant le délit d'entrave), mais sur la base d'un ensemble de documents, comme les rapports d'expertise comptable, les procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise et les propres déclarations des dirigeants de la société WKF. Ce raisonnement permettait aux juges du fond de contourner l'interdiction légale de l'article L. 3326-1 du Code du travail. Mais, la Cour de cassation n'a pas approuvé ce raisonnement en considérant que « le montant du bénéfice net devant être retenu pour le calcul de la réserve de participation qui avait

été certifié par une attestation du commissaire aux comptes de la société dont les syndicats ne contestaient pas la sincérité ne pouvait être remis en cause dans un litige relatif à la participation, quand bien même l'action des syndicats était fondée sur la fraude ou l'abus de droit invoqués à l'encontre des actes de gestion de la société».

Il est regrettable que les juges de la Cour de cassation n'aient pas suivi la solution de la cour d'appel de Versailles ce qui permettait de condamner les agissements frauduleux ou d'abus de droit de certains groupes de sociétés. La Cour a fait une application stricte de la loi, mais face à la manœuvre frauduleuse de la société que les juges du fond avaient constatée, peut-on oser s'interroger, dans l'espèce, à qui profite cette application rigoureuse de la loi? **CA.**

**Précision:** Deux articles parus le 18 avril 2018 dans la revue *Alternatives Économiques* et *Le Canard enchaîné* ont mis en évidence un possible conflit d'intérêts au sein de la chambre sociale de la Cour de cassation. Sur cette affaire, voir notre éditorial *RPDS* 2018, n° 877, page 147.

## 091 Litiges individuels entre l'employeur et le salarié – Compétence du conseil de prud'hommes

Selon l'article R. 3326-1 du Code du travail, les litiges relatifs à la participation aux résultats de l'entreprise relèvent du tribunal de grande instance, à l'exception des contestations relatives au montant des

salaires et au calcul de la valeur ajoutée, qui relèvent de la juridiction administrative. L'article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire (qui s'est substitué à l'article R. 311-1 abrogé par le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008), dispose que le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles la compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction. En vertu de l'article L. 1411-1 du Code du travail, le conseil de prud'hommes règle les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail entre les employeurs et les salariés. Il en résulte que les litiges individuels opposant un ou plusieurs salariés à leur employeur en matière de participation ou d'intéressement relèvent de la compétence des conseils de prud'hommes. (*Cass. soc. 28 févr. 2018, n° 16-13682, sté Orange Middle East and Africa*).

**RPDS 2018, n° 877, somm. 052, comm. CA.**

**Précision:** Dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré que le tribunal de grande instance (TGI) était incompétent pour se prononcer sur une créance de participation (intérêt de retard) dont se prévalait un salarié à l'égard de son employeur.

En effet, la compétence spéciale du conseil des prud'hommes permet d'écarter celle du TGI lorsque le litige sur la participation ou l'intéressement oppose un employeur et un ou plusieurs salariés. **CA.**

## SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL

### Obligations de l'employeur Mesures générales de prévention

#### 092 Prévention des risques psychosociaux – Obligation de sécurité de résultat – Distinction avec le harcèlement moral

L'obligation de prévention des risques professionnels, qui résulte de l'article L. 4121-1 du Code du travail, est distincte de la prohibition des agissements de harcèlement moral instituée par l'article L. 1152-1 du Code du travail et ne se confond pas avec elle.

Lorsqu'il ressort de divers procès-verbaux d'audition et d'un rapport de l'inspection du travail que de très nombreux salariés de l'entreprise ont été confrontés à des situations de souffrance au travail et à une grave dégradation de leurs conditions de

travail, induites par un mode de management par la peur ayant entraîné une vague de démissions notamment de la part des salariés les plus anciens, le manquement de l'employeur à son obligation de prévention des risques professionnels à l'égard de l'ensemble des salariés de l'entreprise est caractérisé (*Cass. soc. 6 déc. 2017, n° 16-10885*).

**RPDS 2018, n° 879, somm. 071, comm. MC.**

**Commentaire:** Comme en témoigne cet arrêt, il peut y avoir manquement de l'employeur à l'obligation de protéger la santé et la sécurité des salariés sans qu'un harcèlement moral ou sexuel soit constaté dans l'entreprise.

En l'espèce, une salariée manager de caisse démissionne de son poste puis saisit les prud'hommes en soutenant avoir subi un harcèlement moral. Harcèlement que ne parviennent pas à caractériser les juges dans cette affaire, ce qui ne les empêche pas de sanctionner les méthodes de management anxiogènes de l'employeur au nom des principes généraux de prévention. **MC.**

## CHSCT Expertises

### 093 CHSCT d'un établissement public – Recours à l'expertise – Dispense des obligations de publicité et de mise en concurrence imposées aux acheteurs publics – Institution ne relevant pas par nature du champ d'application des textes sur la commande publique

Eu égard à la mission du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail définie à l'article L. 4612-1 du Code du travail, de contribuer à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à disposition par une entreprise extérieure, le CHSCT ne relève pas des personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général au sens de l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, quand bien même il exerce sa mission au sein d'une personne morale visée audit article. En conséquence, les CHSCT d'un établissement public peuvent continuer à recourir aux services d'un expert sans mettre en œuvre les obligations de publicité et de mise en concurrence imposées aux acheteurs publics (*Cass. soc. 28 mars 2018, n° 16-29106, CH de Chartres*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 072, comm. LM.*

**En savoir plus :** Lire A. Mazières, «*Le formalisme de la commande publique ne peut être détourné pour entraver le travail des experts des IRP*», *Dr. Ouv. juin 2018*, p. 383.

## EMPLOI Contrats aidés Contrat adultes-relais

### 094 Durée du contrat – Durée légale de trois ans n'étant pas une durée minimale

En vertu de l'article L. 5134-103 du Code du travail, le contrat relatif à des activités d'adultes-relais est un contrat de travail de droit privé à durée indéterminée ou déterminée, conclu en application de l'article L. 1242-3, dans la limite d'une durée de trois ans renouvelable une fois. Il a été jugé qu'aucun texte n'impose une durée minimale pour le contrat adultes-relais conclu à durée déterminée. La limite de trois ans prévue par l'article L. 5134-103 du Code du travail doit être considérée comme une limite maximale autorisant l'employeur à conclure un contrat d'une durée totale inférieure (*Cass. soc. 18 janv. 2018, n° 16-18956*).

*RPDS 2018, n° 875, somm. 017.*

## Travailleurs étrangers Titres de séjour et de travail

### 095 Travailleur étranger sans titre de séjour – Travail dissimulé – Non cumul des indemnités forfaitaires de rupture

Selon l'article L. 8252-2 du Code du travail, le salarié étranger a droit, au titre de la période d'emploi illicite en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à trois mois de salaire. Lorsque l'étranger employé sans titre l'a été dans le cadre d'un travail dissimulé, il bénéficie, soit de la garantie forfaitaire prévue dans ce cas, (six mois de salaire), soit des dispositions légales relatives aux étrangers irrégulièrement employés, si celles-ci lui sont plus favorables (*Cass. soc. 14 févr. 2018, n° 16-22335*).

*RPDS 2018, n° 879, somm. 073.*

## FORMATION PROFESSIONNELLE Formation professionnelle continue

### Participation des employeurs

### 096 Contentieux relevant de la juridiction administrative

En vertu des articles L. 6331-8 et L. 6331-33 du Code du travail, «*le contrôle et le contentieux de la participation des employeurs sont opérés selon les règles applicables en matière de taxe sur le chiffre d'affaires*». Le contentieux en la matière relève du juge administratif, dans les conditions fixées à l'article L. 199 du livre des procédures fiscales.

Toutefois, une exception est prévue dans leur deuxième alinéa : les dispositions mentionnées plus haut ne s'appliquent pas aux «*litiges relatifs à la réalité et à la validité des versements faits aux organismes collecteurs paritaires agréés (Opca) par les employeurs de moins de 11 salariés*».

Il a été jugé que «*les litiges afférents à la participation des employeurs au développement de la formation professionnelle continue*» relèvent de la compétence de la juridiction administrative. L'exception posée au deuxième alinéa des articles L. 6331-8 et L. 6331-33 n'a que pour seul effet «*d'attribuer de façon dérogatoire, la compétence du contrôle aux inspecteurs et contrôleurs de la formation professionnelle*» (*Cass. soc. 9 mai 2018, n° 17-14634 à 17-14641, stés Sopres, Général emploi, Happy job, Horus interim, Job interim Guyane, Just inter, Manpro interim et Niort interim*).

*RPDS 2018, n° 883, somm. 087.*

## PROTECTION SOCIALE

## Accident du travail

## Définition

**097** Accident dans l'entreprise – Salarié mis à pied – Contrat de travail suspendu – Accident de droit commun

Le décès d'une salariée des suites d'un malaise dans les locaux de l'entreprise ne constitue pas un accident du travail si l'intéressée s'était rendue de son propre chef au siège de celle-ci, alors que son contrat de travail était suspendu en raison d'une mise à pied prononcée par son chef d'exploitation sur le chantier auquel la victime était affectée. (Cass. soc. 21 sept. 2017, n° 16-17580)

*RPDS 2018, n° 875, somm. 021, comm. LM.*

## Accident de mission

**098** L'accident survenu sur le trajet de la mission est un accident du travail

Le salarié effectuant une mission, a droit à la protection prévue par le premier de ces textes pendant tout le temps de la mission qu'il accomplit pour son employeur, peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf la possibilité pour l'employeur ou la caisse de rapporter la preuve que le salarié a interrompu sa mission pour un motif personnel.

Constitue un accident du travail et non un accident de trajet, l'accident de la circulation dont a été victime le salarié d'une société informatique envoyé en mission au siège d'une société cliente, alors qu'il circulait en motocyclette sur le trajet entre son lieu de mission et son domicile, ce dont il résultait que la présomption d'imputabilité au travail était acquise (Cass. civ. 2e, 9 mai 2018, n° 17-17912, CPAM de la Seine-Saint-Denis).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 106, comm. LM.*

## Réparation complémentaire

**099** Distinction entre la réparation des dommages résultant de l'accident du travail et l'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse suite à une inaptitude consécutive à la violation par l'employeur de son obligation de sécurité

Si l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, relève de la compétence exclusive du tribunal des affaires de Sécurité sociale, la juridiction prud'homale est seule compétente pour statuer sur le bien-fondé de la rupture du contrat de travail et pour

allouer, le cas échéant, une indemnisation au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dès lors que le salarié demandait la réparation du préjudice consécutif à la rupture du contrat de travail, et faisait valoir que son licenciement pour inaptitude était dépourvu de cause réelle et sérieuse en raison de la violation par l'employeur de son obligation de sécurité, le conseil de prud'hommes ne pouvait rejeter la demande en paiement d'une indemnité réparant le préjudice subi du fait de la rupture du contrat de travail (Cass. soc. 3 mai 2018, n° 16-26850).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 107, comm. LM.*

**Commentaire :** Cet arrêt rappelle que la juridiction prud'homale est seule compétente pour statuer sur le bien-fondé de la rupture du contrat de travail. En revanche, relève de la compétence exclusive du tribunal des affaires de Sécurité sociale l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, qu'ils soient ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité. Cela signifie que, si sous couvert de demandes indemnitaires fondées sur le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, un salarié, sans contester le bien-fondé de la rupture, demande en réalité la réparation par l'employeur d'un préjudice né de sa maladie professionnelle, de telles demandes ne peuvent être formées que devant la juridiction de la Sécurité sociale (Cass. soc. 10 oct. 2018, n° 17-11019, sté Feu vert).

Par un autre arrêt rendu le 3 mai 2018, la chambre sociale de la Cour de cassation a également précisé que la juridiction prud'homale est seule compétente pour se prononcer sur la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur formée par une salariée, et sur les demandes en paiement de sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'indemnités de rupture (Cass. soc. 3 mai 2018, n° 16-18116, assoc. ADAPEI des Hautes-Pyrénées). **LM.**

**100** Demande d'indemnisation pour perte des droits à la retraite – Préjudice déjà indemnisé par la rente accident du travail – Juge prud'homal incompétent

La perte des droits à la retraite étant déjà réparée par la rente par la Sécurité sociale, le juge prud'homal n'est pas compétent pour indemniser ce préjudice résultant de l'accident du travail (Cass. soc. 3 mai 2018, n° 14-20214).

*RPDS 2018, n° 884, somm. 108, comm. LM.*

**Commentaire :** Les juges d'appel avaient accordé dans cette affaire une indemnisation au salarié en considérant que la perte des droits à la retraite n'avait pas été réparée par le jugement du tribunal des affaires de Sécurité sociale qui avait indemnisé le préjudice résultant de l'accident du travail. L'argument retenu par la Cour de cassation pour rejeter la de-

mande d'indemnisation du salarié est cependant contestable. En effet, la rente accident du travail, et la majoration de celle-ci résultant de la condamnation de l'employeur pour faute inexcusable, est « une indemnité destinée à compenser la perte de salaire résultant de l'incapacité » (Cons. const. 18 juin 2010, QPC n° 2010-8). Elle présente un caractère forfaitaire. Seul est pris en compte le retentissement de l'accident sur la vie professionnelle de la victime, c'est-à-dire que sont seulement indemnisées les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité. Elle n'a pas un caractère hybride permettant de considérer qu'elle indemniserait d'autres préjudices, comme en l'espèce, la perte de droit à la retraite qui est un préjudice de caractère personnel. C'est en ce sens que se prononce le Conseil d'État (Cons. Ét. 8 mars 2013, n° 361273, SNCF). Il est donc regrettable que la Cour de cassation continue d'imputer la rente accident du travail sur des postes de préjudice personnel. **LM.**

**En savoir plus :** Lire F. Meyer, « La longue quête des victimes pour obtenir une meilleure réparation du dommage corporel », *Dr. ouv.* 2016, p. 603.

## 101 Faute inexcusable de l'employeur – Présomption de faute pour défaut de formation renforcée à la sécurité

La présomption de faute inexcusable instituée par l'article L. 4154-3 du Code du travail ne peut être renversée que par la preuve que l'employeur a dispensé au salarié la formation renforcée à la sécurité prévue par l'article L. 4154-2 du même Code.

Si la salariée d'une entreprise de travail temporaire, mise à la disposition d'un employeur, a été affectée, en qualité d'ouvrière pareuse, à un poste de travail présentant des risques particuliers pour la santé et la sécurité des salariés, et si cet employeur ne justifie pas lui avoir dispensé une formation renforcée à la sécurité au sens de l'article L. 4153 du Code du travail, la demande de la salariée en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur doit être accueillie par la juridiction de Sécurité sociale (*Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 oct. 2018, n° 17-23694*).

**RPDS 2018, n° 884, somm. 109, comm. LM.**

## Financement Cotisations sociales

### 102 Régime social des indemnités de rupture – Condition de l'exonération de cotisations – Caractère exclusivement indemnitaire des sommes litigieuses

Selon l'article L. 242-1, alinéa 12 du Code de la Sécurité sociale, sont partiellement exclues de l'assiette des cotisations de la Sécurité sociale les sommes versées lors de la rupture du contrat de travail visées à l'article 80 duodecies du CGI et non imposables à l'impôt sur le revenu.

Il en résulte que les sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail autres que les indemnités mentionnées au 12<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale sont comprises dans l'assiette de cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales, à moins que l'employeur rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice (*Cass. soc. 2<sup>e</sup> civ., 15 mars 2018, n° 17-11336 et Cass. soc. 2<sup>e</sup> civ., 15 mars 2018, n° 17-10325*).

**RPDS 2018, n° 879, somm. 073.**

**Précision :** Les indemnités de rupture non visées par le CGI sont totalement assujetties aux cotisations sociales (par exemple, les indemnités transactionnelles ou celles de départ provoqué par l'employeur). Mais, l'employeur peut être exonéré de cotisations à condition de démontrer que les sommes en question ont un fondement exclusivement indemnitaire. **CA.**

## Protection sociale complémentaire Prévoyance collective

### 103 Portabilité prévoyance et santé – Entreprises en liquidation judiciaire – Maintien des droits – Conditions

Les anciens salariés d'un employeur placé en liquidation judiciaire bénéficient du droit à la portabilité prévoyance et santé lorsque les conditions de l'article L. 911-8 du Code de la Sécurité sociale sont respectées. Mais les droits ne sont pas maintenus si le contrat ou l'adhésion liant l'employeur à l'organisme assureur a été résilié (*Cass. avis du 6 nov. 2017, n° 17013 à 17017*).

**RPDS 2018, n° 874, somm. 009, comm. LM.**

**En savoir plus :** « La prévoyance collective en entreprise », *RPDS* juin 2018, n° 878.

### Erratum RPDS 884

Dans notre numéro 884 page 383, une malheureuse erreur de ponctuation rend difficilement compréhensible la lecture du commentaire de notre sommaire de jurisprudence n° 097.

À l'avant-dernière phrase du premier paragraphe, au lieu de « Dans cette affaire... », il fallait lire : « C'est le cas de l'article L. 1235-15 du Code du travail qui prévoit une indemnisation supplémentaire à la charge de l'employeur en cas d'absence de mise en place des institutions représentatives du personnel ».

Nous présentons à nos lecteurs toutes nos excuses.

## Bibliographie

### Droit du travail

Gilles Auzero, Dirk Baugard et Emmanuel Dockès,

Le Précis Dalloz de droit du travail est sans doute le plus connu des manuels de droit du travail. Cette 32<sup>e</sup> édition millésimée 2019 est l'oeuvre de Gilles Auzero, Dirk Baugard et Emmanuel Dockès. Les orientations, originellement définies par Gérard Lyon-Caen, sont toujours respectées : offrir un ouvrage tout à la fois accessible aux étudiants et utile aux praticiens, présenter une analyse objective du droit positif en ouvrant des pistes de réflexion avec un souci constant de simplicité.

Cette nouvelle édition a été substantiellement refondue à la suite des ordonnances de 2017 ratifiées en 2018 et du projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel. La jurisprudence, toujours aussi foisonnante et capitale pour la compréhension du droit du travail, a conduit, elle aussi, à d'importantes évolutions.

*Précis Dalloz, 32<sup>e</sup> éd. 2019, 1863 pages, 50 €. Disponible sur [www.editions-dalloz.fr](http://www.editions-dalloz.fr)*

## Adieu à Jean-Pierre Leroy

Nous avons appris avec stupeur le décès à l'âge de 67 ans de Jean-Pierre Leroy, ancien rédacteur à la *RPDS*. Ouvrier métallurgiste, Jean-Pierre était de ces militants syndicaux qui, confrontés dans son activité militante à la nécessité de défendre les droits des salariés, avait mis son expérience syndicale au service de notre revue. Arrivé au début des années 1980 à la rédaction, il entreprit parallèlement des études de droit jusqu'à l'obtention d'un DEA de droit social (aujourd'hui Master 2). Il fut pendant un temps chef de service-adjoint de la rédaction puis rédacteur en chef de « *La revue des comités d'entreprise* » jusqu'au début des années 2000. Il quitta alors ses fonctions pour prendre de nouvelles responsabilités dans un organisme de protection sociale complémentaire. Nous présentons à sa famille nos sincères condoléances. **LM.**

## Sommaire DOCTRINE

**Stéphanie Hennette Vauchez** : Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, et quelques réactions qu'elles ont suscitées

**Isabelle Meyrat** : L'égalité de traitement : un principe en perte de sens

## JURISPRUDENCE

Clauses de mobilité : les salariés n'ont qu'une famille, l'entreprise !  
**Cour de cassation (Ch. Soc.) 14 février 2018** –  
Note Laurence Malegat (p. 750)

L'abandon de la théorie du dommage nécessaire et la visite médicale d'embauche obligatoire  
**Cour de cassation (Ch. Soc.) 27 juin 2018** – Note Marc Véricel (p. 753)

Le pouvoir discrétionnaire de l'employeur à l'épreuve du principe de non-discrimination : à propos d'une discrimination en tant que femme et syndicaliste  
**Conseil de prud'hommes de Paris (Départage) 14 décembre 2017** –  
Note Michel Henry (p. 757)

Manifestation dans un magasin : quand le juge soutient David contre Goliath  
**Tribunal de grande instance de Paris (référé) 23 février 2018** –  
Note Tatiana Gründler (p. 761)

## CHRONIQUES JURISPRUDENTIELLES

Jurisprudence sociale du Conseil constitutionnel (deuxième partie)  
par Pierre-Yves Gahdoun

## Le DROIT OUVRIER

ISSN 0222-4194

DÉCEMBRE 2018  
Nouvelle série n° 845 - 11 €

DROIT DU TRAVAIL - PRUD'HOMIE - SÉCURITÉ SOCIALE

### Sommaire

### DOCTRINE

**Stéphanie Hennette Vauchez** : Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains. Remarques sur les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire Baby Loup, et quelques réactions qu'elles ont suscitées

**Isabelle Meyrat** : L'égalité de traitement : un principe en perte de sens

### JURISPRUDENCE

Clauses de mobilité : les salariés n'ont qu'une famille, l'entreprise !  
**Cour de cassation (Ch. Soc.) 14 février 2018** – Note Laurence Malegat (p. 750)

L'abandon de la théorie du dommage nécessaire et la visite médicale d'embauche obligatoire  
**Cour de cassation (Ch. Soc.) 27 juin 2018** – Note Marc Véricel (p. 753)

Le pouvoir discrétionnaire de l'employeur à l'épreuve du principe de non-discrimination : à propos d'une discrimination en tant que femme et syndicaliste  
**Conseil de prud'hommes de Paris (Départage) 14 décembre 2017** – Note Michel Henry (p. 757)

Manifestation dans un magasin : quand le juge soutient David contre Goliath  
**Tribunal de grande instance de Paris (référé) 23 février 2018** – Note Tatiana Gründler (p. 761)

### CHRONIQUES JURISPRUDENTIELLES

Jurisprudence sociale du Conseil constitutionnel (deuxième partie) par Pierre-Yves Gahdoun



REVUE JURIDIQUE DE LA CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL  
263, RUE DE PARIS, 93516 MONTREUIL CEDEX - [www.cgt.fr](http://www.cgt.fr)

[le.droitouvrier.cgt.fr](http://le.droitouvrier.cgt.fr)

## Articles parus en 2018 dans la RPDS \*

Les caractères en gras entre parenthèses renvoient aux rubriques dans lesquelles sont parus les articles. Ainsi, les abréviations D, ÉT, DJ, FP, AJ, É, PP, renvoient respectivement aux rubriques « Dossier », « Étude », « Le droit et les juges », « Fiche Pratique », « Actualité juridique », « Éditorial », « Pratique prud'homale ». Les numéros en gras renvoient à des numéros ou dossiers spéciaux.

\* Table réalisée par Patricia Bounnah

TABLE DE CONCORDANCE			
N° DE LA REVUE	MOIS	PAGES	N° DE SOMMAIRE D'ACTUALITÉ JURIDIQUE
873	Janvier	1 à 36	Néant
874	Février	37 à 72	001 à 009
875	Mars	73 à 108	010 à 021
876	Avril	109 à 144	022 à 032
877	Mai	145 à 180	033 à 056
878	Juin	181 à 216	Néant
879	Juillet	217 à 252	057 à 074
880 – 881	Août – Septembre	253 à 304	Néant
882	Octobre	305 à 340	Néant
883	Novembre	341 à 376	075 à 089
884	Décembre	377 à 412	090 à 111

### Comité social et économique

#### ◆ Les ordonnances (V)

Le comité social et économique (1<sup>re</sup> partie),  
numéro spécial, ..... n° 880 – 881, p. 257 à 302 :

- La représentation du personnel négociée à la baisse, (É) ..... p. 255
- Mise en place du CSE, (D) ..... p. 257
- Composition et fonctionnement, (D) ..... p. 270
- CSE d'établissement et CSE central, (D) ... p. 292

#### ◆ Les ordonnances (VI)

Le comité social et économique (2<sup>e</sup> partie),  
numéro spécial, ..... n° 882, p. 308 à 336 :

- Des attributions maintenues mais plus difficiles à exercer, (É) ..... p. 307
- Les attributions économiques, (D) ..... p. 309
- Les prérogatives en matière de santé, sécurité et conditions de travail, (D) ..... p. 325
- Du CSE au conseil d'entreprise, (FP) ..... p. 334

- ◆ Activités sociales ou droit de tirage? (É) ..... n° 884, p. 379
- ◆ Formation santé-sécurité : un droit pour tous les membres du CSE, (É) ..... n° 883, p. 343
- ◆ CSE – Mandat des membres, (AJ somm. 111) ..... n° 884, p. 388

### Contrat de travail

- ◆ La rupture conventionnelle collective, nouvel outil de suppression d'emplois, (FP) .... n° 879, p. 245
- ◆ Télétravail, (AJ somm. 089) ..... n° 883, p. 350

### Contrats aidés

- ◆ Contrat unique d'insertion : transformation en Parcours Emploi Compétences, (AJ somm. 053) ..... n° 877, p. 155

### Durée du travail

- ◆ Repos, (AJ somm. 031) ..... n° 876, p. 116

### Élections professionnelles

- ◆ Les élections des représentants du personnel au comité social et économique (2<sup>e</sup> partie) :  
Le protocole d'accord préélectoral, (ÉT) ..... n° 874, p. 57  
(3<sup>e</sup> partie) Électorat et éligibilité, (ÉT) ..... n° 875, p. 99  
(4<sup>e</sup> partie) L'organisation matérielle des élections, (ÉT) ..... n° 876, p. 131  
(5<sup>e</sup> partie) Le déroulement des opérations électorales, (ÉT) ..... n° 877, p. 169

## Fonction publique

- ◆ Fonctionnaires – Compensation de la hausse de la CSG, (AJ somm. 056) ..... RPDS n° 877, p. 156

## Généralités

- ◆ Jurisprudence sociale 2016 – 2017 numéro spécial, ..... n° 873, p. 1

## Justice et tribunaux

- ◆ Défenseur syndical : Champ d'intervention – Restriction, (AJ somm. 032) ..... n° 876, p. 116

## Licenciement

- ◆ Les ordonnances (I)
  - Les licenciements après les ordonnances de « sécurisation », (D) ..... n° 874, p. 45
  - 1 Motivation, prescription et indemnisation des licenciements
  - 2 Règles spécifiques aux licenciements économiques
- ◆ La notion de faute disciplinaire, (D) ..... n° 877, p. 157
- ◆ Le régime social et fiscal des indemnités de rupture, (ÉT) ..... n° 879, p. 237
- ◆ La rupture conventionnelle collective, nouvel outil de suppression d'emplois, (FP) ..... n° 879, p. 245

## Licenciement économique

- ◆ Les plans de sauvegarde de l'emploi, (D) ..... n° 884, p. 389 à 408

## Négociation collective

- ◆ Les ordonnances (II)
  - La négociation collective sous domination de l'accord d'entreprise (1<sup>re</sup> partie), (D) ..... n° 875, p. 81 :
  - 1 La nouvelle articulation branche/entreprise
  - 2 La refonte de la négociation obligatoire
  - 3 Du mouvement dans les branches
- ◆ Les ordonnances (III)
  - La négociation collective sous domination de l'accord d'entreprise (2<sup>e</sup> partie), (D) n° 876, p. 117 :
  - 1 La négociation en l'absence de délégués syndicaux
  - 2 Validité des accords d'entreprise
  - 3 Sécurisation juridique de l'accord collectif
- ◆ Les Ordonnances (IV)
  - Les accords de performance collective, (D) ..... n° 879, p. 227 :
  - 1 La négociation de l'accord
  - 2 Le contenu de l'accord
  - 3 Les effets de l'accord
  - 4 Le refus du salarié et ses conséquences

## ◆ Les Ordonnances (IV)

La rupture conventionnelle collective, nouvel outil de suppression d'emplois, (FP) ..... n° 879, p. 245

## ◆ Publicité des accords –

Dépôt des accords et publication en ligne, (AJ somm. 110) ..... n° 884, p. 388

## Représentants du personnel

Voir *Comité social et économique et élections professionnelles*

## Salaire

- ◆ Saisie sur salaires, quelles limites ? (FP) ..... n° 876, p. 139

## Santé au travail

- ◆ Les ordonnances (VI)
  - Santé, sécurité et conditions de travail : les prérogatives du CSE, (D) ..... n° 882, p. 325 à 333
- ◆ L'inaptitude médicale du salarié, (D) ..... n° 887, p. 351 à 373 :
  - 1 Qu'est-ce que l'inaptitude médicale du salarié ?
  - 2 Être ou ne pas être reclassé pour inaptitude
  - 3 Être rémunéré et indemnisé en cas d'inaptitude
  - 4 L'indemnisation du licenciement pour inaptitude
  - 5 Cas particulier du salarié en CDD devenu inapte
  - 6 Inaptitude du salarié protégé
- ◆ Formation santé-sécurité : un droit pour tous les membres du CSE, (É) ..... n° 883, p. 343

## Protection sociale complémentaire

- ◆ La prévoyance collective en entreprise
  - numéro spécial, ..... n° 878, p. 181 à 216 :
  - Mise en place de la prévoyance collective en entreprise, (D) ..... p. 185
  - Les garanties de la prévoyance collective en entreprise, (D) ..... p. 197
  - Le maintien de la couverture santé-prévoyance des anciens salariés, (D) ..... p. 209
  - Exonérations sociales et fiscales des contributions à un régime de prévoyance, (FP) ..... p. 213

## Sécurité sociale

- ◆ Financement : Cotisation sociale–CSG–CRDS– Augmentation de 1,7 point de la CSG, (AJ somm. 054) ..... n° 877, p. 155
- ◆ Suppression des cotisations salariales chômage et maladie, (AJ somm. 055) ..... n° 877, p. 156

**INCLUS**  
DANS L'ABONNEMENT NVO

**6€** au lieu  
de ~~6,50€~~



**PARUTION**  
**LE 19 JANVIER**  
**2019**

**nvoboutique.fr**

## **Bon de commande VO Impôts 2019**

Code article 03180121 / Prix unitaire : 6 €

Nb. ex.  x 6 € =  €

Ci-joint :

Chèque n°

Banque

À l'ordre de *La Vie Ouvrière*

Les invendus ne sont pas repris

(Écrire en lettres capitales, merci)

VOTRE FÉDÉRATION OU BRANCHE

SYNDICAT/SOCIÉTÉ

À préciser si nécessaire à l'expédition

Mme  M.  VOTRE UD

NOM\*

PRÉNOM\*

N°\*  RUE\*

CODE POSTAL\*  VILLE\*

TÉL. FIXE\*

TÉL. PORTABLE\*

COURRIEL\*

FACTURE OUI  NON

\* Champs obligatoires

code origine : MAG



ADRESSEZ VOTRE COMMANDE À : La Vie Ouvrière - Case 600

Service diffusion – 263, rue de Paris – 93 516 Montreuil Cedex. Tél. : 01 49 88 68 50 / Fax : 01 49 88 68 66 – commercial@nvo.fr