

**Actualité jurisprudentielle octobre 2017
(sélection de Pierre Bailly)**

1 – Formation et contenu du contrat de travail.....	2
2 – L’exécution du contrat de travail	2
a – Le paiement du salaire.....	2
b – Les astreintes	2
c – La prise en charge de frais de défense par l’employeur.....	2
d – Le changement d’employeur.....	3
e – L’égalité de traitement.....	3
f – La convention de forfait en jours	4
3 – La rupture du contrat de travail.....	4
a – L’apprentissage.....	4
b – Le licenciement pour inaptitude médicalement constatée	4
c – Le licenciement disciplinaire	4
d – Indemnité conventionnelle	5
e – Le licenciement de « rétorsion ».....	5
4 – La négociation collective.....	5
5 – La grève dans les transports aériens.....	6
6 – Les institutions représentatives du personnel	7
a – L’expertise du CHSCT (hors PSE).....	7
b – Le représentant de section syndicale.....	7
c – Licenciement du salarié investi d’un mandat représentatif.....	7
7 – Elections professionnelles	8
a – Représentation équilibrée	8
b – Salariés mis à disposition.....	8
c – Statut protecteur	8

1 – Formation et contenu du contrat de travail

Reprenant une solution déjà consacrée par plusieurs précédents (notamment : Soc., 7 sept. 2017, n°16-16643, sélection de juillet à septembre, 1, a), un arrêt du [5 octobre 2017 \(n°16-13581, PB\)](#) rappelle que la requalification d'un contrat à durée déterminée n'affecte que son terme et laisse inchangées ses autres clauses, dès lors qu'elles sont licites. En l'espèce, l'irrégularité du contrat à durée déterminée tenait au fait qu'il avait été conclu pendant une relation à durée indéterminée. Mais c'est l'employeur qui se prévalait de cette solution, en invoquant des modifications apportées au contrat à l'occasion de la conclusion du contrat à durée déterminée. La cour d'appel ne pouvait se contenter d'écarter les documents que produisait l'employeur au motif qu'ils concernaient un contrat de travail à durée déterminée irrégulier. Elle devait vérifier si un accord des volontés s'était ou non réalisé sur la modification d'autres éléments contractuels.

2 – L'exécution du contrat de travail

a – Le paiement du salaire

Si les articles L.3251-3 et L.3252-2 limitent le montant des retenues sur salaire que peut effectuer l'employeur et prohibent toute compensation, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque la créance de l'employeur est la conséquence de l'annulation ou de l'infirmité d'une décision qui l'avait condamné et qu'il avait exécutée. En l'occurrence, la réformation d'une ordonnance de référé qui accordait des provisions sur des indemnités de repas et des frais avait pour conséquence que le règlement effectué par l'employeur en exécution de cette décision était indu, de sorte que son montant pouvait venir en déduction de créances salariales ([Soc., 19 octobre 2017, n°16-11617, PB](#)).

b – Les astreintes

Un arrêt du [6 octobre 2017 \(n°16-12743, PB\)](#) juge que le maintien temporaire du salaire pendant une période de maladie, garanti par une convention collective (convention collective nationale des établissements pour handicapés du 15 mars 2016) doit inclure les indemnités dues en raison d'astreintes, dès lors que cet élément de rémunération n'est pas exclu par une disposition conventionnelle. La même solution devrait s'appliquer lorsque l'indemnité complémentaire est due en vertu de l'article L.1226-1 du code du travail, dès lors qu'il s'agit d'un élément du salaire.

c – La prise en charge de frais de défense par l'employeur

Un arrêt du [18 octobre 2017 \(n°16-17955, FD\)](#) rappelle les limites de l'obligation

pesant sur l'employeur en matière de frais et honoraires supportés par un salarié pour sa défense en justice. Dès lors que les poursuites pénales dont ce dernier est l'objet concernent des agissements étrangers à la relation de travail (actes de violence en l'occurrence), l'employeur n'est pas tenu d'en assumer la charge. Cette décision est à rapprocher de celle qui a été rendue le 5 juillet 2017 (n°15-13702, sélection de juillet-septembre 2017, 2, f) et qui mettait à la charge de l'employeur des frais de défense pénale d'un salarié poursuivi pour complicité d'abus de biens sociaux commis par le président du directoire, en l'absence de dissimulation des faits et d'abus de pouvoirs. Dans cette autre affaire, les actes pénalement incriminés avaient été commis à la demande du dirigeant social et dans le cadre des fonctions du salarié poursuivi comme complice, ce qui justifie que l'employeur soit tenu de prendre en charge la défense du salarié poursuivi.

d - Le changement d'employeur

Rendu dans le cadre d'un accord du 7 juillet 2009 sur le maintien des emplois, annexé à la convention collective nationale des transports routiers, un arrêt du [12 octobre 2017 \(n°16-10120, PB\)](#) casse une décision qui avait jugé irrecevable l'action d'une société « sortante » dirigée contre la société lui succédant comme titulaire du marché, pour qu'elle soit condamnée à exécuter les obligations prévues par cet accord, en vue de la poursuite des contrats de travail, en retenant que la société ayant perdu le marché justifiait d'un intérêt à obtenir l'exécution des diligences que l'accord met à la charge de l'entreprise « entrante ». Il rappelle par ailleurs que cet entrepreneur sortant peut prétendre à l'indemnisation du préjudice que lui a causé le refus du nouveau titulaire du marché d'accomplir les actes nécessaires à la reprise du personnel, dès lors qu'un tel manquement a eu pour conséquence de lui faire supporter le coût d'un personnel qui aurait pu changer d'employeur. Cette solution a vocation à s'étendre à d'autres dispositifs conventionnels de garantie d'emploi en cas de succession de prestataires chargés de l'exécution d'un marché (surveillance, propreté, activités du déchet, etc...).

e - L'égalité de traitement

- Un important arrêt du [4 octobre 2017 \(n°16-17517, PBRI\)](#) étend à l'accord d'entreprise une dérogation à l'égalité de traitement entre les salariés relevant d'établissements distincts, admise le 3 novembre 2016 lorsque la différence de traitement trouve sa source dans des accords conclus au niveau des établissements (n° 15-18444, sélection du mois de novembre 2016, 1). En l'espèce, les différences avaient leur source non pas dans des accords conclus dans les établissements mais dans un accord négocié au niveau de l'entreprise. Cependant, la solution est la même : les différences sont présumées justifiées, en raison du pouvoir normatif reconnu aux partenaires sociaux qui ont négocié l'accord, et c'est au salarié qui revendique un

avantage réservé au personnel d'un autre établissement de prouver que la disparité de traitement qui en résulte est étrangère à toute considération de nature professionnelle.

- Un autre arrêt du [4 octobre 2017 \(n°16-17427, FD\)](#) applique le régime d'administration de la preuve régissant la matière qui - hors origine conventionnelle - oblige le salarié à produire des éléments laissant présumer une différence de traitement, à charge ensuite pour l'employeur de justifier qu'elle repose sur des raisons objectives et pertinentes, que le juge devra vérifier. Cet arrêt retient que la seule communication des bulletins de paie de salariés travaillant sur un autre site est insuffisante parce qu'elle ne permet pas de vérifier que ces derniers sont bien dans une situation comparable.

f - La convention de forfait en jours

Parce qu'un accord collectif conclu à cette fin doit contenir des dispositions propres à garantir des durées raisonnables de travail, est jugé insuffisant un accord d'entreprise qui n'impose pas un suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs établis par les salariés, notamment en ce qui concerne l'amplitude de travail ([Soc., 5 octobre 2017, n°16-23106, PB](#)). Les modifications apportées par la loi du 8 août 2016 en la matière (L.3121-44 actuel) ne devraient pas affecter ces exigences tenant à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs.

3 - La rupture du contrat de travail

a - L'apprentissage

Un arrêt du [25 octobre 2017 \(n° 16-19608, PB\)](#) retient que le délai de résiliation de deux mois n'est pas applicable à un nouveau contrat d'apprentissage conclu à la suite de la résiliation d'un commun accord d'un contrat antérieur et qu'une rupture de ce contrat par l'employeur ne peut alors s'opérer qu'au titre et pendant la durée de la période d'essai convenue.

b - Le licenciement pour inaptitude médicalement constatée

Une impossibilité de reclassement est constituée en cas de cessation totale de l'activité d'une entreprise qui ne fait pas partie d'un groupe, de sorte que le licenciement du salarié devenu inapte à son emploi est alors nécessairement justifié ([Soc. 4 octobre 2017, n°16-16441, PB](#)).

c - Le licenciement disciplinaire

Un arrêt du [25 octobre 2017 \(n° 16-11173, PB\)](#) rappelle le pouvoir souverain reconnu

aux juges du fond pour apprécier le caractère sérieux de la cause du licenciement. Ce rappel est d'autant plus notable qu'en l'occurrence le salarié, qui était responsable de région, avait été licencié pour faute grave, en raison de l'utilisation d'une carte de télépéage à des fins personnelles et du téléchargement de fichiers personnels volumineux, griefs que les juges d'appel n'avaient pas jugés constitutifs d'une cause sérieuse de licenciement.

d - Indemnité conventionnelle

L'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par la convention collective nationale des bureaux d'études « Syntec » prend en compte une ancienneté définie comme étant le temps pendant lequel le salarié a été employé « *en une ou plusieurs fois, quels qu'aient été ses emplois successifs* » (article 12). La question à laquelle a répondu un arrêt du [4 octobre 2017 \(n°15-27154, PB\)](#) est celle de savoir si ces périodes d'emploi successives doivent être ou non continues. L'arrêt répond par la négative : il doit être tenu compte des contrats de chantier antérieurs à l'engagement pour une durée indéterminée, sans qu'une présence continue soit nécessaire. Cette clause conventionnelle est ainsi plus favorable que le droit commun résultant de l'article L.1234-9 du code du travail, qui exige un temps d'ancienneté ininterrompu au service du même employeur.

e - Le licenciement de « rétorsion »

Un licenciement prononcé en riposte à une action du salarié en résiliation de son contrat de travail est atteint de nullité en ce qu'il porte atteinte au droit d'agir en justice, garanti par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Soc., 3 février 2016, n°14-18600). Mais encore faut-il que le lien entre l'action du salarié et le licenciement qui le frappe soit établi, ce qui pourra être le cas si la lettre de licenciement y fait référence. A défaut, la nullité n'est pas encourue. Toute autre solution conduirait à annuler tout licenciement prononcé après que le salarié a saisi le juge prud'homal d'une demande en résiliation judiciaire de son contrat et, par-là, à empêcher l'employeur de tirer les conséquences de manquements commis par ce salarié. Cette condition est rappelée par un arrêt du [6 octobre 2017 \(n°16-11682, FD\)](#) qui, pour rejeter le pourvoi dirigé contre une décision ayant écarté la nullité du licenciement, retient que la rupture du contrat était justifiée par des fautes commises par le salarié et sans lien avec l'action en justice de celui-ci.

4 - La négociation collective

Deux décisions du Conseil constitutionnel en date du **20 octobre 2017** se sont prononcées sur des questions prioritaires de constitutionnalité concernant, l'une, le régime du referendum d'entreprise, et l'autre, celui des accords de préservation et de

développement de l'emploi, issus de la loi du 8 août 2016.

Dans la première décision ([n°2017-664 QPC](#)), répondant à une question transmise par le Conseil d'Etat (cf. sélection de juillet-septembre 2017, 6, a) saisi d'un recours contre les articles D.2232-2 à D.2232-9 du code du travail (décret n°2016-1797 du 30 décembre 2016), le Conseil déclare contraire à la Constitution le 4ème alinéa de l'article L.2232-12 du code du travail (et l'article L.514-3 du code rural) en ce qu'il ne prévoit d'appeler à la négociation du protocole électoral préalable au référendum que les syndicats signataires de l'accord minoritaire soumis à consultation du personnel, excluant ainsi les autres syndicats représentatifs. Depuis lors, l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a corrigé ce vice en imposant d'appeler à la négociation du protocole toutes les organisations syndicales ayant obtenu au moins 30 % des voix. Par contre, ont été jugées conformes à la Constitution les articles L.2232-21-1 et L.2232-27 du code du travail, issus de la loi du 8 août 2016, en ce qu'ils déterminent le régime de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical.

Dans la seconde décision ([n° 2017-665 QPC](#)), qui répond à une question posée le 19 juillet 2017 par le Conseil d'Etat (cf. sélection de juillet-septembre 2017, 6, b) et portant sur l'article L.2254-2 du code du travail tel qu'il est issu de la loi du 8 août 2016, le Conseil constitutionnel valide le régime des accords de préservation et de développement de l'emploi en retenant que la mise en place d'un motif spécifique de rupture résultant du refus du salarié procède d'une conciliation entre le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre et qu'une contestation reste ouverte devant le juge du travail, au titre du II de l'article L.2254-2 (mise en oeuvre de la rupture). Mais dans un de ses considérants, qui donne lieu à une réserve d'interprétation, le Conseil énonce que la rupture faisant suite au refus du salarié doit intervenir dans un délai raisonnable, pour que soit respecté le droit à l'emploi. La décision écarte par ailleurs le grief tiré d'une atteinte à l'égalité devant la loi. On peut cependant observer qu'il n'est pas vraiment répondu à un des griefs fait au texte, auquel il était reproché de ne pas se prononcer sur les fondements du choix que pourrait être amené à opérer l'employeur entre plusieurs salariés ayant opposé un refus.

5 - La grève dans les transports aériens

La loi du 19 mars 2012 (n°2012-375) a mis en place dans ce secteur une procédure de déclaration individuelle que doivent suivre les salariés cessant le travail, au moins 48 heures avant leur participation au mouvement de grève. Mais un arrêt du [12 octobre 2017 \(n°16-12550, PB\)](#) précise toutefois que, l'objectif de ce dispositif étant de permettre l'organisation du service pendant la durée de la grève, l'employeur ne peut le détourner de cette fin en réorganisant le travail avant le début de la grève, afin d'en

limiter les effets.

6 – Les institutions représentatives du personnel

a – L’expertise du CHSCT (hors PSE)

L’article L.4614-13 du code du travail, tel qu’il est issu de la loi du 8 août 2016, faisant suite à une déclaration d’inconstitutionnalité du 27 novembre 2015, a accordé à l’employeur un délai de 15 jours pour contester la mesure d’expertise décidée par le CHSCT, notamment son coût prévisionnel. Comme ce coût n’est pas nécessairement connu dans ce délai, la Cour de cassation avait transmis une QPC le 13 juillet 2017 (cf. sélection de juillet-septembre 2017, 4). Le Conseil constitutionnel, le [13 octobre 2017 \(n° 2017-662 QPC\)](#) a considéré que ce texte n’était pas contraire à la Constitution, dès lors qu’il ne privait pas l’employeur d’un droit de recours effectif, puisque celui-ci pouvait encore contester le coût final de la mesure d’expertise, dans les 15 jours après qu’il en ait eu connaissance, en application de l’article L.4614-13-1 du code du travail.

b – Le représentant de section syndicale

- Un arrêt du [10 octobre 2017 \(n°16-11048 PB\)](#) rappelle que l’annulation de la désignation de ce représentant par le tribunal d’instance n’a pas d’effet rétroactif. Il en résulte que tant que cette décision n’est pas intervenue, le licenciement du salarié désigné suppose une autorisation de l’administration du travail. Tel est le cas lorsque le jugement d’annulation est prononcé après la date d’envoi de la convocation à l’entretien préalable.

- Un représentant de section syndicale ne pouvant être valablement désigné que s’il est éligible dans l’entreprise, l’ancienneté nécessaire à cette éligibilité doit être appréciée dans l’ensemble de l’entreprise, même si l’intéressé a été employé par des établissements différents ([Soc., 11 octobre 2017, n°16-60295, PB](#)).

c – Licenciement du salarié investi d’un mandat représentatif

En cas d’annulation d’une décision autorisant le licenciement, le salarié licencié qui ne demande pas sa réintégration peut notamment prétendre à l’indemnisation des conséquences d’une éventuelle absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. Un arrêt du [11 octobre 2017 \(n°16-14529, PB\)](#) en déduit que, par dérogation au droit commun, le juge ne peut en ce cas se prononcer sur une demande de résiliation du contrat de travail antérieure à la rupture.

7 - Elections professionnelles

a - Représentation équilibrée

Une question prioritaire de constitutionnalité a été transmise le [18 octobre 2017 \(n° 17-40053\)](#) par la chambre sociale, portant sur l'article L.2324-22-1 du code du travail, issu de la loi du 17 août 2015, en ce qu'il impose de présenter aux élections du comité d'entreprise un nombre de candidats de l'un et l'autre sexe correspondant à la part des hommes et des femmes dans l'entreprise et sur les listes électorales d'alterner les candidats de chaque sexe. La question est transmise parce que cette condition peut conduire dans certains cas, compte tenu de la structure du personnel ou du nombre des candidats, à exclure totalement la représentation des salariés de l'un des sexes. A noter que ce risque a été corrigé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 puisque le nouvel article L.2314-30 du code du travail relatif aux listes électorales pour les élections du CSE permet une correction consistant à ajouter sur la liste un candidat du sexe qui, à défaut, ne serait pas représenté.

b - Salariés mis à disposition

La chambre sociale avait transmis le 13 juillet 2017 (cf. sélection de juillet-septembre 2017, 4), une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L.2326-2 du code du travail, en ce que ce texte issu de la loi du 17 août 2015 exclut de l'éligibilité à la délégation unique du personnel, dans l'entreprise d'accueil, les salariés mis à disposition, alors qu'il étaient éligibles comme délégués du personnel. Par une décision du [13 octobre 2017 \(n°2017-661 QPC\)](#), le Conseil constitutionnel a jugé cette exclusion conforme à la Constitution, parce qu'elle était justifiée par la nécessité de préserver la confidentialité des informations dont bénéficie la délégation unique du personnel, à l'égard de salariés venant d'une autre entreprise. C'est également cette exclusion que consacre aujourd'hui l'article L.2314-23 du code du travail, issu de l'ordonnance n°2017-1386, pour les élections au CSE.

c - Statut protecteur

La protection contre les licenciements reconnue aux candidats aux élections à la délégation unique du personnel (et à d'autres mandats représentatifs) est applicable dès lors que l'employeur a connaissance de l'imminence de la candidature de l'intéressé. Cette connaissance doit être antérieure à la convocation à l'entretien préalable, précise un arrêt du [11 octobre 2017 \(n° 16-10139, PB\)](#).

Les publications de Fidere Avocats

Vous pouvez également retrouver toutes les dernières publications du cabinet en cliquant [ici](#) :

- Etendue de la requalification d'un CDD et assiette de l'indemnité de congés payés par Geoffroy de RAINCOURT et Steven RIOCHE ([JCP S, 24 octobre 2017](#))
- Contestation de l'expertise CHSCT : de la valeur d'une assignation non remise au greffe dans le délai de 15 jours, par Christophe FROUIN et Steven RIOCHE ([Les Cahiers Sociaux, 1er octobre 2017](#))
- Dépôt et publicité des accords collectifs : mode d'emploi ([flash Fidere](#))
- Réforme du droit du travail : le point sur les entrées en vigueur ([flash Fidere](#))
- La convocation électronique des délégués du personnel est dorénavant admise, par Marie-Claire POTTECHER ([La Gazette du Palais, 19 septembre 2017](#))
- Déclaration CNIL et administration de la preuve, par Vincent ROCHE ([La Gazette du Palais, 19 septembre 2017](#))
- La résistance des clauses de désignation ou une mort sans fin, par Alain SAURET ([La Gazette du Palais, 19 septembre 2017](#))
- Ne pas prendre en compte les risques professionnels coûte cher à l'entreprise, par Léa BENSOUSSAN ([LSA, 2 novembre 2017](#))

Nous contacter

Pour toute demande, n'hésitez pas à nous contacter :

Par téléphone : 01 85 08 84 50

Par email : fidere@fidereavocats.fr