

**Actualité jurisprudentielle février 2018
(sélection de Pierre Bailly)**

1 – Formation du contrat de travail.....	2
a – Contrats à durée déterminée	2
b – Contrats de travail temporaire	3
2 – Exécution du contrat de travail	3
a – Congé maternité	3
b – Tenue de travail	3
c – Transfert conventionnel du contrat de travail.....	3
d – Participation	4
3 – Rupture du contrat de travail	5
a – Mise à la retraite.....	5
b – Rupture conventionnelle.....	5
c – Licenciements pour motif économique	6
d – Nullité du licenciement	7
e – Suites du licenciement.....	7
4 – La représentation du personnel.....	7
5 – Salariés investis d’un mandat représentatif.....	8
a – Mandat extérieur.....	8
b – Autorisation administrative de licenciement	8
6 – Elections.....	8
7 – Contentieux prud’homal	9
a – Contentieux de l’intéressement et de la participation.....	9
b – Compétence internationale de la juridiction prud’homale	9
c – Incidence d’une procédure collective.....	9

1 – Formation du contrat de travail

a – Contrats à durée déterminée

Faisant référence à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 26 janvier 2012 (n° 586/10, Kükük), relatif à l'interprétation de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999, mis en oeuvre par la directive 99/70/CE du 28 juin 2000, un arrêt du **14 février 2018 (pourvoi n° 16-17966, P+B)** retient que la nécessité où s'est trouvé l'employeur de recourir au remplacement de salariés de manière récurrente, voire permanente, pour permettre aux salariés remplacés de bénéficier de leurs droits à congés payés, congés maternité, repos, ne suffit pas à caractériser un recours systématique à cette forme de contrat destiné à faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre (ce qui justifierait alors une requalification en contrat à durée indéterminée : Soc., 11 octobre 2006, n° 05-42632). En l'espèce, la salariée avait été employée dans le cadre de 104 contrats à durée déterminée conclus pendant une période de trois années.

Pour la Cour de justice, le besoin temporaire en personnel de remplacement, prévu par une réglementation nationale peut, en principe, constituer une raison objective au sens de la clause 5, point 1, a de l'accord-cadre précité. Le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu de contrats de travail à durée indéterminée n'implique pas l'absence d'une raison objective au sens de cette clause, ni l'existence d'un abus au sens de cette clause. Toutefois la CJUE a dit que lors de l'appréciation de la question de savoir si le renouvellement des contrats ou des relations de travail à durée déterminée est justifié par une telle raison objective, les autorités des États membres, dans le cadre de leurs compétences respectives, doivent prendre en compte toutes les circonstances de la cause, y compris le nombre et la durée cumulée des contrats ou des relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même employeur. L'arrêt du 14 février, qui reprend cette jurisprudence, traduit une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale qui, dans ce genre de situation, était portée jusqu'alors à considérer que le recours fréquent à des contrats à durée déterminée de remplacement pouvait constituer un moyen de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, en contravention à l'article L. 1242-1 du code du travail (par exemple : Soc., 13 novembre 2008, n° 06-40060). Il ne saurait toutefois en être déduit que toute requalification est exclue lorsque les conditions d'utilisation de cette forme de contrat précaire établissent qu'il en est fait usage pour satisfaire un besoin structurel de main-d'œuvre, notamment dans d'autres cas de recours à cette forme de contrat de travail.

b - Contrats de travail temporaire

Un arrêt du **14 février 2018** ([pourvoi n° 16-21940, P+B](#)) relève qu'une entreprise qui utilise une main-d'œuvre temporaire et qui est condamnée pour y avoir eu recours de manière irrégulière, ne peut exercer une action en garantie contre l'entreprise de travail temporaire, en raison des irrégularités que seuls peuvent invoquer les salariés (tels un défaut de vérification des titres autorisant à exercer une profession paramédicale, une irrégularité du contrat de mission ou une transmission tardive de ce contrat). Mais il admet en revanche que l'entreprise de travail temporaire puisse voir sa responsabilité engagée à l'égard de l'entreprise utilisatrice lorsqu'elle n'a pas respecté le délai de carence imposé par l'article L. 1251-36 du code du travail, pour des contrats de mission successifs.

2 - Exécution du contrat de travail

a - Congé maternité

A défaut d'accord collectif le prévoyant, l'article L. 1225-26 du code du travail garantit aux salariées en congé maternité l'évolution de leur rémunération en prescrivant de majorer celle-ci au terme du congé en fonction des augmentations générales et de la moyenne des augmentations individuelles de salaires perçues pendant la durée du congé par des salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise. Un arrêt du **14 février 2018** ([pourvoi n° 16-25323, P+B](#)) en déduit que cette augmentation salariale obligatoire ne peut être remplacée par l'attribution d'une prime censée compenser l'écart de revenus consécutif au congé maternité.

b - Tenue de travail

Un arrêt du **14 février 2018** ([pourvoi n° 16-25563, FD](#)) rappelle que lorsque le port d'une tenue de travail est obligatoire, la charge des frais d'entretien de cette tenue pèse sur l'employeur, sans qu'il soit nécessaire que le contrat de travail le stipule.

c - Transfert conventionnel du contrat de travail

- Un arrêt du **28 février 2018** ([pourvoi n° 16-19450, P+B](#)) se prononce, pour l'exclure, sur l'application de la garantie d'emploi en cas de changement de prestataire, prévue dans la branche des transports interurbains de voyageurs par un accord du 7 juillet 2009, lorsque l'entreprise attributaire du marché constitue une entreprise adaptée relevant de l'article L. 5213-13 du code du travail. Il retient que compte tenu du statut de ces entreprises, dont l'un des objectifs prioritaires est de permettre aux personnes handicapées d'exercer une activité professionnelle dans des conditions adaptées à leurs possibilités, grâce à un accompagnement spécifique, elles ne sont pas soumises à cet

accord et ne sont ainsi pas tenues de reprendre le personnel non handicapé employé par le précédent prestataire, aux conditions prévues par l'accord de branche. Cette position peut être rapprochée de celle prise dans un arrêt du 11 mars 2009 (pourvoi n° 07-41636), qui, dans une situation inverse, excluait l'application d'un accord de garantie d'emploi conclu dans le secteur de la propreté, pour les travailleurs handicapés affectés sur un chantier par une entreprise sortante. L'arrêt du 28 février constitue toutefois une évolution par rapport à un précédent du 29 juin 1994 (pourvoi n° 92-43667), en ce que cette décision admettait qu'une entreprise adaptée était tenue de reprendre le personnel non handicapé affecté sur un marché qui lui était attribué. La solution retenue a vocation à s'appliquer à d'autres accords du même genre, destinés à assurer le maintien des contrats de travail en cas de changement de prestataire, tels qu'ils existent notamment dans les secteurs de la surveillance, de la propreté, de ma restauration collective, etc... Elle se justifie par le régime spécifique du travail dans les entreprises adaptées.

- Statuant sur l'application d'un accord de garantie d'emploi conclu dans le secteur des entreprises de manutention ferroviaire, le 6 janvier 1970, un arrêt du **28 février 2018 (pourvoi n° 15-26260, P+B)** retient tout d'abord que l'obligation faite dans cet accord au nouveau titulaire du marché de respecter, à l'égard du personnel repris, les obligations légales et conventionnelles en vigueur dans l'entreprise sortante, s'applique à des avantages accordés par un protocole de fin de conflit conclu avec des délégués syndicaux et dont la validité comme accord collectif n'est pas mise en cause. Il juge également que la différence de traitement qui résulte de l'application de cet accord, en matière de rémunération, au bénéfice des salariés repris, est justifiée par l'application de l'accord collectif organisant les effets du transfert des contrats de travail. Ce faisant, cet arrêt s'inscrit dans la suite de précédents qui voient dans l'origine conventionnelle d'une différence de traitement une présomption de justification (notamment : Soc., 30 novembre 2017, n° 16-20532, PBRI, Actualités de novembre 2017, 1, e).

d - Participation

Trois arrêts du **28 février 2018** se prononcent à propos du régime de la participation aux résultats de l'entreprise.

Le premier (**pourvoi n° 16-21476, P+B**), retient que l'exclusion du personnel des entreprises publiques du bénéfice de la participation ne peut être assimilée à une aide d'Etat, prohibée par le droit de l'Union européenne, dès lors qu'elle ne constitue pas un avantage consenti directement ou indirectement au moyen de ressources d'Etat.

Le deuxième (**pourvoi n° 16-17994, P+B**) considérant que l'assiette de la réserve spéciale de participation est constitué par le bénéfice net et les capitaux propres, tels

qu'ils sont attestés par l'inspecteur des impôts ou le commissaire aux comptes, écarte toute incidence d'une vérification fiscale effectuée au titre de l'exercice en cause, dès lors qu'elle n'affecte pas le résultat fiscal, en l'absence d'attestation fiscale rectificative faisant suite à cette vérification, délivrée en application de l'article D. 3324-40 du code du travail.

Le troisième ([pourvoi n° 16-50015, P+B](#)), confirme l'autorité reconnue par l'article L. 3326-1 du code du travail à l'attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes, portant sur le bénéfice net, en excluant toute remise en cause des informations qu'elle contient, dans le cadre d'un litige relatif à la participation, y compris lorsqu'est invoquée une fraude ou un abus de droit, qui aurait consisté en l'occurrence, à l'occasion d'une opération de restructuration, à faire supporter par l'entreprise la charge d'un emprunt contracté par une autre, en réduisant d'autant le bénéfice net de l'exercice.

3 – Rupture du contrat de travail

a – Mise à la retraite

Un arrêt du **14 février 2018** ([pourvoi n° 16-16617, P+B](#)) précise que le montant de l'indemnité due au salarié mis à la retraite est déterminé par les dispositions en vigueur au jour de la rupture du contrat de travail, même si cette rupture a été précédée d'un accord de préretraite entre l'employeur et le salarié instaurant une suspension du contrat de travail jusqu'à la retraite et accordant à ce titre des avantages spécifiques. Ainsi, dès lors que la mise à la retraite est intervenue après l'entrée en vigueur du décret du 18 juillet 2008, ce sont les dispositions de ce texte qui déterminent le montant de l'indemnité due et non celles qui étaient en vigueur lors de la conclusion de l'accord sur une cessation d'activité anticipée. Cette solution est encore d'actualité puisque l'article R. 1234-2 du code du travail, déterminant le montant de l'indemnité de licenciement, a été modifié par le décret du 25 septembre 2017 (n° 2017-1398), dont les dispositions sont applicables aux ruptures intervenant à compter de son entrée en vigueur. C'est donc sur la base de ces dispositions que doit être calculé le montant de l'indemnité due à la suite d'une mise à la retraite prononcée après la publication du décret au journal officiel du 26 septembre 2017.

b – Rupture conventionnelle

Un arrêt du **14 février 2018** ([pourvoi n° 17-10035, P+B](#)) retient, pour l'application de l'article L. 1237-13 du code du travail relatif à la rupture conventionnelle, qu'est valablement effectuée une rétractation par lettre envoyée par le salarié le dernier jour du délai prévu par ce texte, cassant ainsi une décision qui avait retenu la date de la réception de la lettre de dénonciation par l'employeur pour juger celle-ci tardive.

c – Licenciements pour motif économique

- PSE et moyens du groupe

Dans un arrêt du **7 février 2018 (n° 397900)**, le Conseil d'Etat a dit que les moyens du groupe doivent, pour l'appréciation de la valeur du plan, être vérifiés au niveau de l'ensemble des entreprises placées, ainsi que le prévoit le I de l'article L. 2331-1 du code du travail, sous le contrôle d'une même entreprise dominante, que son siège ou celui des autres entreprises du groupe soient ou non situés sur le territoire national. Ce périmètre du groupe est différent de celui que retient la chambre sociale, qui ne limite pas ses contours au seul I de l'article L. 2331-1 du code du travail et admet aussi le critère de l'influence prévu par le II de cet article (Soc., 16 novembre 2016, n° 15-15190, Actualités du mois de novembre 2016, 5, a). S'il rejoint sur ce point la définition du groupe donnée par les articles L. 1233-3 (cause économique) et L. 1233-4 (reclassement), tels qu'ils sont issus de l'ordonnance du 20 décembre 2017 (n° 2017-1718), laquelle n'a pas donné de définition du groupe à l'article L. 1233-57-3, relatif au contrôle du PSE unilatéral par l'administration du travail, l'arrêt du Conseil d'Etat s'en éloigne en ce qu'il ne retient pas le périmètre géographique du territoire national énoncé dans les articles portant sur le motif économique et l'étendue géographique du reclassement.

- PSE et catégories professionnelles

Dans plusieurs autres arrêts du **7 février 2018**, le Conseil d'Etat précise l'étendue du contrôle que doit exercer l'administration du travail sur la définition des catégories professionnelles concernées par les licenciements, telle qu'elle figure dans un PSE (L. 1233-24-2, 4° et L. 1233-24-4). Rappelant ainsi que relèvent d'une même catégorie professionnelle, des salariés qui exercent des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune, laquelle peut résulter de la qualification acquise dans l'exercice des fonctions, dès lors qu'elle n'excède pas l'obligation d'adaptation pesant sur l'employeur, le Conseil d'Etat considère que ne répondent pas aux exigences légales des catégories délimitées en fonction d'autres critères, telle une volonté de « cibler » certains salariés ou de retenir d'autres considérations tenant notamment à l'organisation de l'entreprise ou à l'ancienneté des salariés (**n° 407718, AEG Power solutions ; n° 409978, Pentair ; n° 399838, Girus**). La formation de salariés spécialisés dans une technique de fabrication particulière peut en revanche constituer un critère légitime d'identification d'une même catégorie (**n° 403001, Altuglas**). Par ailleurs, pour la Conseil d'Etat, si une irrégularité affectant la définition des catégories professionnelles ne permet pas à la Direccte d'homologuer le PSE établi unilatéralement par l'employeur, elle ne caractérise pas pour autant une insuffisance du PSE propre à entraîner son annulation, de sorte qu'en ce cas l'administration doit aussi se prononcer sur la valeur du plan (arrêt AEG Power précité). En outre, l'approche de l'administration du travail et du juge administratif doit être différente lorsque les catégories professionnelles sont définies dans un PSE négocié ayant donné lieu à la conclusion d'un accord majoritaire car

dans cette hypothèse, seule la mise en oeuvre de critères discriminatoires pourrait affecter la légalité d'une décision de validation (n° 403989, Polymont). Enfin, le Conseil d'Etat a précisé que, si l'omission, dans un accord collectif qui fixe le contenu du PSE, de stipulations obligatoires relatives aux modalités de suivi du PSE fait obstacle à sa validation, il n'est pas pour autant nécessaire que cet accord définisse des modalités de consultation particulières du comité d'entreprise sur la mise en oeuvre du PSE (7 février 2018, n° 403989, Polymont précité).

d - Nullité du licenciement

L'impossibilité de réintégrer un salarié en raison de la nullité de son licenciement ne peut être déduite du seul fait que celui-ci a adhéré à un dispositif de rupture amiable du contrat de travail. C'est que juge un arrêt du **7 février 2018** ([n° 16-24834, FD](#)).

e - Suites du licenciement

- Un arrêt du **14 février 2018**, déjà cité ([pourvoi n° 16-16617, P+B](#)) rappelle que le reçu pour solde de tout compte doit, en application de l'article L. 1234-20 du code du travail, contenir l'inventaire des sommes versées lors de la rupture du contrat et qu'il ne produit pas l'effet libératoire qui s'y attache s'il ne mentionne qu'une somme unique, le détail contenu dans un bulletin de paie annexé ne pouvant suppléer à son insuffisance.

- Le salarié étranger licencié employé dans des conditions illicites peut prétendre au paiement de l'indemnité forfaitaire prévue par l'article L. 8252-2, 2° du code du travail, correspondant à trois mois de salaire. En cas de travail dissimulé, il peut prétendre au versement d'une indemnité forfaitaire correspondant à six mois de salaire, sur le fondement de l'article L.8223-1. Cependant, ces deux indemnités ne sont pas cumulables et le salarié ne peut prétendre qu'au paiement de l'indemnité la plus favorable, en vertu du premier de ces textes, ainsi que le rappelle un arrêt du **14 février 2018** ([pourvoi n° 16-22335, P+B](#)).

4 - La représentation du personnel

Par un arrêt du **7 février 2018** ([pourvoi n° 16-24231, PBRI](#)), la chambre sociale revient sur la position qui était jusqu'alors la sienne en ce qui concerne l'assiette de calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles, en retenant que la masse salariale brute comprend l'ensemble des gains et rémunérations soumises à cotisations sociales et vertu de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale. Elle abandonne ainsi la référence au compte 641 du plan comptable général, retenu depuis un arrêt du 30 mars 2011 (n° 10-30080). Cette évolution, motivée par les difficultés d'application du critère renvoyant au compte 641, qui comprend des éléments

non salariaux, conduit ainsi à exclusion de cette assiette de calcul des provisions comptables sur des indemnités de rupture, ainsi que les rémunérations de salariés mis à disposition de l'entreprise, dès lors qu'elles ne sont pas comprises dans la DADS. Est aussi exclu de cette assiette le coût d'une assistante sociale mise à la disposition du comité d'entreprise par un employeur, en l'absence d'un accord contraire sur la prise en charge de sa rémunération (**28 février 2018, n° 16-25300, FSD**). Cette nouvelle définition de l'assiette de calcul de la subvention et de la contribution rejoint celle qui a été retenue, pour le comité social et économique, par l'ordonnance du 22 septembre 2017 (n° 2017-1386), aux articles L. 2315-61 et L. 2312-83 du code du travail.

5 – Salariés investis d'un mandat représentatif

a – Mandat extérieur

La connaissance par l'employeur, au jour de l'engagement de la procédure de licenciement, du mandat extérieur exercé par un salarié peut être déduite du fait que les demandes de congés présentées par le salarié faisaient état de ses fonctions de conseiller prud'homal, de sorte que, faute d'avoir été précédé d'une autorisation de l'administration du travail, le licenciement de ce salarié est atteint de nullité (**7 février 2018, n° 16-10955, FD**).

b – Autorisation administrative de licenciement

Le **7 février 2018**, le Conseil d'Etat s'est prononcé dans deux arrêts (**n° 397246 et 397247**) sur les conséquences de l'irrégularité de la notification d'une décision d'autorisation de licenciement, faute de mention des voies et délais de recours, en ce qui concerne le recours du salarié protégé contre cette décision. Rappelant qu'une absence de notification régulière de cette décision, tenant au fait qu'elle ne contient pas d'information sur ces points, exclut l'application du délai de recours contentieux, ces arrêts limitent toutefois à une année, à compter de jour où le requérant a eu connaissance de la décision d'autorisation, le délai dans lequel il doit exercer son recours, au nom du principe de sécurité juridique, sauf en cas de circonstances particulières.

6 – Elections

Deux questions préalables de constitutionnalité qui portaient sur les dispositions du code du travail destinées à assurer une parité entre les hommes et les femmes dans les élections professionnelles n'ont pas été transmises au Conseil constitutionnel : la première (**14 février 2018, n° 17-40068, P+B**), retient que la nullité de l'élection du ou des élus dont la position sur une liste électorale ne respecte pas l'obligation d'alternance entre les candidats de l'un et l'autre sexe est destinée à assurer l'application effective de

l'égalité entre les hommes et les femmes et qu'elle est proportionnée à cet objectif ; la seconde (**14 février 2018, n° 17-40076, P+B**) considère également que la constitutionnalité des dispositions qui imposent de respecter sur les listes de candidats la proportion entre les sexes telle qu'elle apparaît sur les listes électorales, n'est pas sérieusement discutable, en ce que ces dispositions sont également destinées à éviter une surreprésentation d'un sexe et que la sanction de la nullité est proportionnée à cet objectif. Ces exigences égalitaires sont aujourd'hui prévues, pour le comité social et économique, par les articles L. 2314-30 et L. 2314-32 du code du travail depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion de se prononcer, le 19 janvier 2018 (n° 2017-686 QPC), sur la constitutionnalité de l'article L. 2324-22-1, alors issu de la loi du 17 août 2015, en ce qu'il imposait une représentation proportionnelle des sexes sur les listes de candidats, en jugeant cette disposition conforme à la Constitution, avec toutefois une réserve d'interprétation, relative à la règle d'arrondi prévue par ce texte, pour que sa mise en oeuvre ne conduise pas à une sous-représentation de l'un des deux sexes.

7 – Contentieux prud'homal

a – Contentieux de l'intéressement et de la participation

Si le contentieux collectif relatif aux accords de participation relève de la compétence du tribunal de grande instance, tel n'est pas le cas des litiges individuels en la matière, qui relèvent de la juridiction prud'homale (**28 février 2018, pourvoi n° 16-13682, P+B**).

b – Compétence internationale de la juridiction prud'homale

Deux arrêts du **28 février 2018 (pourvoi n° 16-12754, P+B et n° 16-17505, P+B)**, relatifs au personnel navigant des compagnies aériennes, retiennent que la base d'affectation de ces personnels peut constituer un critère de compétence territoriale de la juridiction du travail, lorsque le salarié doit faire le choix de cette base de rattachement, qu'il s'y trouve au début et à la fin de ses missions et que cette base constitue le lieu de réception des instructions et plannings, le critère du temps de vol accompli au-dessus du territoire français étant inopérant. Ces arrêts renvoient dans leur motivation à la position prise par la Cour de justice de l'Union européenne dans des arrêts du 14 septembre 2017 (Crewlink et Ryanair, n° C-168/16 et C-169/16).

c – Incidence d'une procédure collective

- Un arrêt du **28 février 2018 (pourvoi n° 15-24856, P+B)** rappelle, dans la ligne de précédents (notamment : 17 septembre 2003, n° 01-41255, PBRI), que le liquidateur

judiciaire qui n'a pas informé dans les dix jours la juridiction du travail de l'ouverture de la procédure collective ne peut ensuite invoquer l'inopposabilité de la décision rendue ultérieurement.

- Un arrêt du **7 février 2018** ([pourvoi n° 16-13732, P+B](#)) retient qu'une décision définitive d'admission d'une créance salariale sur un relevé des créances résultant du contrat de travail peut être invoquée contre le salarié engageant ensuite une nouvelle procédure contre l'employeur revenu à meilleure fortune même si cet employeur n'avait pas été appelé régulièrement à l'instance ayant conduit à l'admission de la créance salariale. Une nouvelle procédure tendant à la reconnaissance d'autres créances est en conséquence jugée irrecevable en raison de l'autorité absolue de la chose jugée qui s'attache à la décision d'admission au passif salarial et ne permet pas au salarié de se prévaloir d'autres créances par la suite.

Nous contacter

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

Par téléphone : 01 85 08 84 50

Par email : fidere@fidereavocats.fr