

Actualité jurisprudentielle juillet - septembre 2018
(sélection de Pierre Bailly)

1 – Formation du contrat de travail.....	2
a – Contrat de travail temporaire.....	2
b – Contrat à durée déterminée d’usage	2
c – Période d’essai	2
d – Clause de non-concurrence	3
2 – Exécution du contrat de travail	3
a – Congé parental.....	3
b – Protection de la maternité.....	4
c – Protection de la santé du salarié.....	4
d – Egalité.....	5
3 – Rupture du contrat de travail	6
a – Nature du licenciement	6
b – Montant de l’indemnisation d’un licenciement sans cause réelle et sérieuse.....	6
c – Licenciement pour motif économique	7
d – Licenciements disciplinaires.....	9
e – Licenciement pour inaptitude	10
f – Mise à la retraite ou en préretraite	10
4 – Institutions représentatives du personnel	11
a – Délais de contestation.....	11
b – Heures de délégation	11
5 – Salariés investis d’un mandat représentatif.....	12
a – Protection par un statut conventionnel.....	12
b – Procédure préalable à l’autorisation administrative.....	13
c – Motif de licenciement.....	13
d – Portée de la décision administrative	13
6 – Elections.....	14
a – Contestations électorales	14
b – Parité.....	15
7 – Les syndicats	16
a – Action en justice	16
b – Désignation d’un représentant syndical au comité d’entreprise.....	16

1 – Formation du contrat de travail

a – Contrat de travail temporaire

La loi du 17 août 2015 a autorisé, à titre expérimental, la conclusion de contrats de travail temporaire à durée indéterminée, jusqu'au 31 décembre 2018. Un accord collectif étendu avait été antérieurement conclu le 10 juillet 2013 dans la branche des entreprises de travail temporaire, qui instituait un tel contrat. La légalité de l'arrêté d'extension de cet accord de branche a été contestée devant la juridiction administrative et, le 27 juillet 2015, le Conseil d'Etat a sursis à statuer jusqu'à ce que le juge judiciaire se soit prononcé sur la compétence des partenaires sociaux pour conclure un tel accord. C'est dans le cadre de ce contentieux que la Cour de cassation s'est prononcée le **12 juillet 2018 (n° 16-26844, PBR)**. Elle a jugé que, si le législateur pouvait laisser aux organisations représentatives le soin de préciser par voie de négociation collective les modalités concrètes d'application des normes législatives, c'est à la condition qu'il ait au préalable défini les droits et obligations relatifs aux conditions et relations de travail. Constatant que la loi du 17 août 2015 ne disposait que pour l'avenir et que l'accord du 10 juillet 2013 créait une nouvelle catégorie de contrat dérogeant aux règles d'ordre public, sans habilitation législative préalable, la Cour a annulé un jugement du TGI de Paris qui avait admis la validité de cet accord. Depuis lors est intervenue la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel du 5 septembre 2018 qui a introduit définitivement dans le Code du travail ce contrat particulier (L.1251-58-1 à L.1251-58-8) et dont le II de l'article 118 déclare conforme à la loi du 17 août 2015 les contrats de travail conclus depuis le 6 mars 2014 en application de l'accord du 10 juillet 2013, sous la seule réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée (art. 118, II).

b – Contrat à durée déterminée d'usage

Un arrêt du **11 juillet 2018 (n° 17-17664, FD)** rappelle que ce contrat de travail particulier n'est pas dispensé de l'obligation de rédiger un écrit précisant les motifs de sa conclusion. A défaut, la requalification en contrat à durée indéterminée est encourue.

c – Période d'essai

La rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai pour un motif discriminatoire lié à l'état de santé du salarié est nulle et ouvre droit à des dommages-intérêts. Mais un arrêt du **12 septembre 2018 (n° 16-26333 PB)** précise que le salarié ne peut pour autant prétendre au paiement d'une indemnité de préavis parce que le second alinéa de l'article L.1231-1 du Code du travail exclut l'application à la période d'essai des dispositions de ce code régissant la rupture du contrat à durée indéterminée. L'article L.1221-25 relatif à la fin de la période d'essai ne prévoit d'ailleurs que

l'obligation pour l'employeur de respecter un délai de prévenance dont la durée dépend du temps de présence et dont la méconnaissance ouvre droit à une indemnité compensatrice, sauf en cas de faute grave.

d - Clause de non-concurrence

Un autre arrêt du **12 septembre 2018 (n° 17-10853, PB)** retient que le salarié dont le contrat contient une clause de non concurrence ne peut prétendre à une contrepartie pécuniaire lorsque les employeurs successifs ne sont pas en situation de concurrence et relèvent d'un même groupe. Il réserve toutefois le cas où le second contrat de travail est rompu, en admettant qu'à partir de cette rupture la clause reprend ses effets, mais sans report ou allongement de la durée de l'interdiction de concurrence. Ainsi, dans cette affaire, dès lors que la durée de l'interdiction de concurrence était expirée lorsque le second contrat avait pris fin, le salarié ne pouvait invoquer une créance indemnitaire.

2 - Exécution du contrat de travail

a - Congé parental

En principe, dès lors que le congé parental revêt la forme d'une réduction de la durée du travail, prévue par le 2° de l'article L.1225-47 du Code du travail, l'indemnité de licenciement due au salarié licencié qui travaillait auparavant à plein temps doit être évaluée selon les modalités prévues par l'article L.3123-13 du Code du travail (aujourd'hui : L.3123-5, dernier alinéa), c'est-à-dire proportionnellement aux périodes de travail à temps plein et à temps partiel. Cependant, l'accord-cadre européen du 14 décembre 1995 sur le congé parental, annexé à la directive du 3 juin 1996 (96/34), stipule notamment que les droits acquis par le travailleur avant son congé parental sont maintenus jusqu'à la fin du congé parental et la Cour de justice de l'Union européenne en a déduit, notamment dans un arrêt du 22 octobre 2009 (C-116/08) qu'en cas de licenciement l'indemnité due au salarié ne doit pas être déterminée sur la base de la rémunération réduite perçue pendant le congé parental. C'est ce qui a conduit la Cour de cassation, dans un litige où les indemnités versées à une salariée ayant bénéficié d'un congé parental avaient été évaluées en tenant compte du temps partiel de travail accompli pendant ce congé, à poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg dans un arrêt du **11 juillet 2018 (n° 16-27825, FP-P+B)** afin de savoir si la règle de réduction proportionnelle de l'indemnité de licenciement n'était pas contraire à l'accord-cadre, lorsque le temps partiel est accompli dans le cadre d'un congé parental et, en cas de réponse affirmative, si cette disposition ne doit pas être écartée sur le fondement de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (égalité de rémunération entre les femmes et les hommes), dans la mesure où la plupart des congés

parentaux sont pris par des femmes (96%), ce qui pourrait alors caractériser une discrimination indirecte liée au sexe du travailleur. La même question est posée à propos de la réduction de la rémunération due pendant la durée d'un congé de reclassement dont bénéficie un salarié licencié pour motif économique pendant son congé parental. Si la Cour de Luxembourg devait répondre que l'application de l'article L.3123-13 (L.3123-5 actuellement) est contraire à l'accord-cadre, en ce qu'il applique la règle de proportionnalité au temps partiel effectué pendant la durée du congé et que cette situation caractérise une discrimination indirecte liée au sexe du salarié, il faudra alors exclure l'application de cette disposition en la matière. Il convient de signaler que l'accord-cadre de 1995 et la directive n° 96/34 ont été depuis révisés et remplacés par un accord-cadre du 7 avril 2010, annexé à la directive n° 2010/18/UE du 8 mars 2010. Cependant la clause 5, point 2, de ce nouvel accord garantit toujours au salarié bénéficiant d'un congé parental un maintien des droits acquis avant qu'il prenne effet. Les données du débat sont donc toujours les mêmes.

b - Protection de la maternité

En vertu des dispositions qui interdisent toute discrimination, notamment salariale, en cas de grossesse (L.1132-1 et L.1142-1) et de l'article L.1225-16 du Code du travail, qui exclut toute diminution de rémunération pendant cette période de congé-maternité, l'employeur est tenu de maintenir les avantages salariaux dont bénéficie la salariée. Cependant, un arrêt du **19 septembre 2018 (n° 17-11618 P+B)** rejette le pourvoi formé contre une décision qui avait refusé de reconnaître à une salariée dans cette situation un droit au paiement d'un « bonus de coopération » exceptionnel dont l'attribution était réservée aux salariés chargés de fonctions spécifiques d'accompagnement à l'occasion d'un transfert de savoir-faire survenu pendant la durée du congé-maternité. L'arrêt renvoie dans sa motivation à la directive n° 92/85/CEE du 19 octobre 1992, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir la sécurité et la santé des travailleuses enceintes, dont l'article 11.2 garantit le maintien d'une rémunération, sans nécessairement y inclure des éléments qui se rapportent à une tâche spécifique que la salariée ne peut effectuer pendant son congé maternité.

c - Protection de la santé du salarié

Lorsqu'un service de santé au travail est commun à plusieurs entreprises, l'article L.4622-6 du Code du travail, qui n'a pas été modifié sur ce point, dispose que les frais qu'il génère sont répartis proportionnellement au nombre des salariés. Un arrêt du **19 septembre 2018 (n° 17-16219, PBRI)** précise que cette contribution doit être fixée à une somme, par salarié équivalent temps plein de l'entreprise, correspondant au montant total des dépenses engagées par le service médical commun, rapporté au nombre total des salariés pris en charge par l'organisme, sauf à tenir compte le cas échéant d'un coefficient de correction pour les salariés nécessitant une surveillance médicale renforcée. Autrement

dit, il convient successivement de diviser le montant des frais par le nombre total de salariés relevant du service puis de multiplier le résultat de cette division par le nombre des salariés de chacune des entreprises concernées. Est ainsi rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait refusé de valider un mode de calcul invoqué par un employeur et déterminé en fonction d'un « coût unitaire » dépendant de la masse salariale des entreprises.

d - Egalité

- Temps partiel

L'article L.3123-10 du Code du travail, alors applicable (aujourd'hui, la règle est énoncée à l'article L.3123-5) pose une règle de proportionnalité entre les périodes d'emploi à plein temps et à temps partiel accomplies par le salarié, qui s'applique notamment au calcul des indemnités de rupture (L.3123-13, à l'époque, L.3123-5 depuis la loi du 8 août 2016). Un arrêt du **26 septembre 2018 (n° 17-11102, P+B)** précise toutefois qu'elle ne concerne pas, sauf disposition conventionnelle contraire, le plafond de l'indemnité conventionnelle de licenciement à laquelle a droit le salarié. Ce plafond n'est donc pas soumis à la règle de proratisation, dès lors que l'application de la règle de proportionnalité conduit à un montant d'indemnité au moins égal à ce plafond.

- Catégories professionnelles

Un arrêt du **26 septembre 2018 (n° 17-15101, P+B)** casse une décision qui avait accordé à des salariés ne relevant pas du statut de cadre un complément de rémunération (13ème mois) que l'employeur n'attribuait qu'aux seuls cadres, sans que cette différence de traitement trouve son origine dans un accord collectif. La cour d'appel avait considéré que ce 13ème mois constituait un avantage et qu'il n'était pas justifié de raisons pertinentes et objectives pouvant légitimer cette différence de traitement au détriment des non cadres. Son arrêt est cassé par un motif selon lequel, dès lors que ce 13ème mois constituait un élément de rémunération rétribuant le travail accompli, qui n'était pas destiné à compenser une sujétion particulière (commune à tous les salariés), les salariés de ces deux catégories ne se trouvaient pas dans une situation identique. Il faut sans doute comprendre que, dès lors qu'on est en présence d'une rémunération dont le montant dépend de la valeur du travail accompli, laquelle ne peut être considérée comme égale, selon l'article L.3221-4 du code du travail, que si le travail exige un ensemble comparable de connaissances, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse, les cadres et les non cadres ne sont pas dans la même situation au regard de ces critères. En somme, c'est parce que le montant de la rémunération de chaque catégorie de salariés dépend d'une valeur du travail qui n'est pas égale que les salariés relevant de l'une ou de l'autre de ces catégories ne se trouvent pas dans une situation identique ou comparable.

3 – Rupture du contrat de travail

a – Nature du licenciement

Un arrêt du **11 juillet 2018 (n° 17-12747, FP-P+B)**, rendu par la formation plénière de la chambre sociale prend à nouveau position sur la détermination du régime du licenciement applicable en cas de refus, par le salarié, d'une modification de son contrat de travail, proposée pour un motif qui n'est pas inhérent à sa personne. Un arrêt rendu par la même formation le 13 septembre 2017 (n° 15-28569 PB, cf. Actualité de juillet à septembre 2017, 2, d) avait retenu que les dispositions de l'article L.1233-6 du Code du travail, relatives au régime de la modification du contrat de travail pour motif économique, n'étaient applicables que dans le cas où l'employeur invoquait un motif économique pour justifier sa proposition de modification. L'arrêt du 11 juillet 2018 se situe dans un autre cadre et clarifie la situation : un salarié avait été licencié pour avoir refusé une modification de son contrat de travail (mutation géographique et fonctionnelle) motivée par les besoins du fonctionnement de l'entreprise. La cour d'appel avait retenu que ce licenciement était intervenu pour un motif inhérent à la personne du salarié, par suite de son refus d'une modification liée à une réorganisation relevant « exclusivement du pouvoir de direction de l'employeur ». Cette analyse ne pouvait être suivie et l'arrêt rappelle d'abord que le seul refus d'une modification du contrat de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ; ensuite que la rupture qui résulte du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail proposée pour un motif non inhérent à sa personne constitue un licenciement pour motif économique ; enfin, qu'une réorganisation de l'entreprise ne peut constituer une cause économique de licenciement que si elle résulte de difficultés économiques ou d'une mutation technologique, ou si elle est indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. En somme, dès lors que la modification n'est pas envisagée pour un motif inhérent à la personne du salarié (par exemple, disciplinaire), le licenciement qui fait suite au refus du salarié a nécessairement la nature d'un licenciement pour motif économique et il ne peut alors reposer sur une cause réelle et sérieuse que pour l'un des motifs économiques auxquels renvoie l'article L.1233-3 du Code du travail (sous réserve, bien entendu, des cas dans lesquels le législateur crée une cause sui generis de licenciement, comme par exemple pour les modifications refusées dans le cadre de la mise en oeuvre d'un accord de performance collective : L.2254-2).

b – Montant de l'indemnisation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse

L'article L.1235-5 du Code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur en 2008, excluait l'application des dispositions de l'article L.1235-3 accordant au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse une indemnité au moins égale à 6 mois, lorsque l'effectif de l'entreprise est inférieur à 11 salariés. Faisant application des articles L.1111-1, L.1111-2 et L.1111-

3, relatifs au champ d'application des dispositions du livre I du Code du travail, comprenant notamment les licenciements, un arrêt du **19 septembre 2018 (n° 17-11618, P+B)** retient que ne doivent pas être pris en considération, pour l'évaluation de l'effectif, les agents qui sont employés dans des conditions de droit public, en l'occurrence dans un établissement public d'enseignement. Compte tenu des modifications apportées au régime de l'indemnisation des licenciements par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, l'article L.1235-5 ne concerne aujourd'hui que le remboursement des indemnités de chômage, exclu en-dessous d'un effectif de 11 salariés. Mais, dans ce cadre, la règle posée par l'arrêt trouve encore à s'appliquer. Elle régit aussi le montant « barémisé » des dommages-intérêts qui dépend encore, dans le nouvel article L.1235-3, de l'effectif de l'entreprise.

c – Licenciement pour motif économique

- Nullité du licenciement

Le **7 septembre 2018**, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur une QPC relative à la constitutionnalité de l'article L.1235-11 du Code du travail ([décision n° 2018-729 QPC](#)), dans sa rédaction résultant de la loi du 14 juin 2013. Cet article permet au juge qui constate la nullité d'un licenciement prononcé en l'absence de validation ou d'homologation d'un PSE, en méconnaissance d'une décision de refus de validation ou en vertu d'un PSE ayant fait l'objet d'une décision de validation ou d'homologation ensuite annulée en raison de l'insuffisance du PSE, d'ordonner la poursuite du contrat ou la réintégration du salarié lorsqu'elle est possible, ou d'allouer une indemnité qui ne peut être inférieure au salaire des 12 derniers mois [ramenée à 6 mois par l'ordonnance 2017-1387]. Il était notamment soutenu que la portée de ces dispositions était imprécise et que l'indemnité prévue constituait une sanction contraire aux principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines. Cette critique a été écartée par des motifs qui relèvent que ce texte définit suffisamment le régime de la nullité et que l'indemnité due en l'absence de poursuite du contrat ou de réintégration constitue une réparation par équivalent et non une punition, sans créer de différence de traitement quant aux conséquences de la nullité.

- Licenciement dans le cadre d'une procédure collective

Un arrêt du **4 juillet 2018 (n° 16-27922, PB)** rappelle que lorsque des licenciements sont autorisés par le juge commissaire à la suite de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'employeur, les salariés licenciés restent recevables à contester la cause de la rupture, lorsque celle-ci résulte d'une fraude. La cour d'appel avait retenu à bon droit qu'en principe l'autorisation régulièrement donnée par le juge commissaire [ou par le tribunal] ne permet plus de discuter devant la juridiction prud'homale l'existence d'une cause économique de licenciement, parce que cette appréciation relève du juge de la

procédure collective. Mais elle avait refusé à tort de se prononcer sur l'existence d'une fraude, en considérant que ce grief tendait à contester le motif économique des licenciements. Or, cette interdiction a pour limite l'existence d'une fraude lorsqu'elle a déterminé l'autorisation de licencier. En l'occurrence, les salariés licenciés se prévalaient d'un comportement frauduleux du dirigeant social, pénalement sanctionné, ayant entraîné les licenciements.

- Licenciement et résolution d'un plan de redressement

Un autre arrêt du **4 juillet 2018 (n° 17-14587 PB)** se prononce sur les conséquences de la résolution d'un plan de redressement sur un licenciement (disciplinaire, en l'espèce) prononcé par le cessionnaire pendant l'exécution du plan. Il s'agissait en l'occurrence de savoir si cette résolution entraînait la nullité du licenciement et si les éventuelles conséquences indemnitaires de cette rupture devaient être inscrites au passif de la société cédante. C'est ce qu'avait retenu la cour d'appel, en relevant que les effets de « l'annulation » du plan n'avaient pas été limités par la juridiction qui l'avait prononcée, de sorte que le licenciement notifié par le repreneur était également atteint de nullité, ses conséquences indemnitaires devant alors être mises à la charge du cédant. Cependant, cette résolution du plan ne faisait pas disparaître les obligations que le cessionnaire avait contractées à l'égard d'une salariée reprise, notamment en raison de son licenciement pour faute lourde. D'autre part, l'article L.1224-2 du Code du travail ne permettait pas de mettre à la charge de la société cédante, à la suite de la résolution du plan de cession, les sommes pouvant être dues par le cessionnaire, dès lors que la cession s'inscrivait dans le cadre d'une procédure collective, exception prévue par ce texte.

- Délai de contestation

Dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 22 septembre 2017 (n° 2017-1387), ici applicable, l'article L.1235-7 du code du travail enfermait dans un délai de prescription de 12 mois toute action en contestation de la régularité ou de la validité d'un licenciement pour motif économique. Compte tenu de la rédaction de ce texte, issu de la loi du 18 janvier 2005, la chambre sociale avait dit que ce délai dérogatoire ne concernait que les contestations portant sur la procédure relative à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi et celles qui étaient susceptibles d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement, en raison de l'absence ou de l'insuffisance d'un tel plan lorsqu'il est obligatoire (Soc. 15 juin 2010, n° 09-65062). Un arrêt du **20 septembre 2018 (n° 17-11546, P+B)** apporte un tempérament à cette approche restrictive lorsque l'irrégularité de la procédure consultative sur le PSE ou l'insuffisance de celui-ci ne peut entraîner la nullité des licenciements, ce qui est le cas pour des licenciements prononcés après l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, puisque cette sanction était exclue et demeure exclue (L.1233-58 II) en ce cas. Pour écarter ce délai de prescription opposé aux salariés qui demandaient des dommages-intérêts au titre de l'irrégularité de la procédure consultative et d'une insuffisance du PSE, la cour d'appel avait jugé que cette

action indemnitaire reposant sur une contestation de la cause des licenciements et de la régularité de la procédure consultative suivie, ne relevait pas de l'article L.1235-7. Ce contournement du texte légal ne pouvait être suivi alors que les demandes des salariés se fondaient sur une absence de consultation des représentants du personnel et mettaient en cause les mesures de reclassement prévues dans le plan. On rappellera à cette occasion que, depuis l'ordonnance précitée, le délai de prescription de douze mois a un champ d'application plus étendu puisqu'il concerne désormais toute contestation portant sur un licenciement pour motif économique.

d - Licenciements disciplinaires

- Clause de mobilité

Un arrêt du **12 juillet 2018 (n° 17-13037 FD)** rappelle que, dès lors que la mise en oeuvre d'une clause de mobilité est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et qu'elle ne porte pas une atteinte disproportionnée à la vie personnelle ou familiale du salarié, le refus de celui-ci de rejoindre son nouveau lieu de travail peut être de nature à rendre impossible le maintien de l'intéressé dans l'entreprise et caractériser ainsi une faute grave.

- Témoignages anonymes

Un arrêt du **4 juillet 2018 (n° 17-18241, P+B)** énonce, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, que le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes. Ainsi, est cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour retenir une faute à la charge d'un agent de la SNCF licencié disciplinairement, s'était fondé sur des témoignages recueillis anonymement par la « direction d'éthique » de l'entreprise et consignés dans un rapport établi par cette dernière, en considérant qu'il n'y avait pas d'atteinte aux droits de la défense, dès lors que le salarié pouvait prendre connaissance de ce rapport et présenter ses observations. Ce qui vaut pour le juge vaut aussi pour l'employeur. Il ne peut justifier une mesure de licenciement sur des déclarations dont les auteurs ne sont pas identifiés ou identifiables, s'il n'existe pas d'autre élément plus déterminant.

- Propos injurieux ou excessifs sur un compte Facebook

Par un arrêt du **12 septembre 2018 (n° 16-11690, P+B)**, la chambre sociale a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant jugé un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, cette mesure étant motivée par la diffusion sur le réseau social Facebook, de propos injurieux et offensant à l'égard de l'employeur. L'arrêt relève ainsi que ces propos avaient été diffusés sur un compte ouvert par la salariée sur Facebook, qui n'était accessible qu'à quelques personnes agréées par cette dernière (groupe fermé de 14 personnes, toutes étrangères à l'entreprise) de sorte qu'ils relevaient d'une conversation privée.

e - Licenciement pour inaptitude

Le **11 juillet 2018 (n° 18-40020 P+B)** la chambre sociale n'a pas transmis au Conseil constitutionnel une QPC qui mettait en cause la constitutionnalité de l'article L.4624-7 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, en ce qu'il permettait au salarié ou à l'employeur de demander à la juridiction prud'homale une mesure d'expertise lorsqu'ils contestent un avis ou une préconisation du médecin du travail. Il était fait grief à cette disposition de porter atteinte au principe du contradictoire et aux droits de la défense, en raison du caractère unilatéral de l'expertise. Mais cette critique est écartée au motif qu'au cours des opérations d'expertise les parties peuvent mandater un médecin qui aura accès aux renseignements d'ordre médical examinés par l'expert et peuvent faire valoir ainsi leurs intérêts. Ces dispositions ont été depuis modifiées par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et la loi de ratification du 29 mars 2018, qui permettent à la juridiction prud'homale de confier une mesure d'expertise au médecin inspecteur du travail et prévoient que, dans ce cadre, l'employeur peut charger un médecin de recevoir communication des éléments médicaux pris en considération par le médecin du travail, la décision du conseil de prud'hommes se substituant ensuite aux avis du médecin du travail.

f - Mise à la retraite ou en préretraite

- Nullité d'une mise à la retraite anticipée discriminatoire

Un arrêt du **12 juillet 2018 (n° 17-16279 FD)** casse la décision d'une cour d'appel, rendu à la suite de la cassation le 30 juin 2015 (n° 13-28201P+B) d'une précédente décision, en ce qu'elle avait considéré que l'état de santé déficient d'un salarié justifiait une mise à la retraite prononcée conformément au statut des employés des mines. La cour d'appel avait retenu que cette mise à la retraite avant l'âge de droit commun était justifiée par la volonté de l'employeur de protéger la santé et le droit au repos du salarié reconnu invalide. Cette motivation méconnaissait l'interdiction de mesures discriminatoires liées à l'âge, qui ne peuvent être légitimées par la prise en considération d'un élément tenant à la santé du salarié. La précédente cour d'appel, dont la décision avait été cassée, s'était fondée uniquement sur l'application du régime légal et spécial de retraite des employés des mines.

- Régime complémentaire de retraite

La chambre sociale en formation plénière s'est prononcée le **11 juillet 2018 (n° 17-12605. P+B)** sur le régime de la prescription applicable aux créances de cotisations à un régime de retraite complémentaire. Elle a tout d'abord jugé que l'action tendant à la condamnation de l'employeur à régulariser le versement de cotisations à un régime de retraite complémentaire obligatoire (AGIRC) ne relevait pas du délai de prescription des créances salariales mais du délai de prescription de droit commun (30 ans à l'époque) et

que ce délai ne courait qu'à compter du jour où le salarié avait pu connaître les manquements imputables à l'employeur, soit à compter du jour de la liquidation des droits à la retraite.

4 – Institutions représentatives du personnel

a – Délais de consultation

Le **11 juillet 2018 (n° 18-40024)**, la chambre sociale a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC portant sur l'article L. 4612-8 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 17 août 2015, relatif au délai dans lequel le CHSCT et le comité d'entreprise doivent donner leur avis, en application de l'article L.2323-3 alors en vigueur (délai de quinze jours au moins), en retenant que les délais prévus comportent des garanties suffisantes pour assurer le respect du principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, en ce que l'article R.2323-1, dans sa rédaction alors en vigueur, faisait courir ces délais de la communication ou de la mise à disposition des documents nécessaires et en ce que le dernier alinéa de l'article L.2323-4 permet au juge de prolonger le délai d'avis en cas de difficultés particulières.

b – Heures de délégation

Trois arrêts rendus le **19 septembre 2018 (n° 16-24041 P+B, n° 17-11638 P+B et n° 17-11514, P+B)** se prononcent sur la nature des éléments de rémunération que l'employeur est tenu de maintenir au titre des heures de délégation accomplies par un représentant du personnel ou qui doivent être compris dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés. Ils rappellent qu'une distinction doit être faite entre les primes dont l'objet est de compenser une sujétion particulière tenant à l'emploi, qui constituent un complément de salaire et doivent à ce titre être maintenues pendant l'exercice des heures de délégation, et les remboursements de frais exposés par le salarié qui, nonobstant leur éventuel caractère forfaitaire, ne sont pas dus lorsque le représentant du personnel ou syndical n'a pas supporté ces frais et ne sont pas inclus dans l'assiette de calcul des indemnités de congés payés :

- le premier arrêt reconnaît à des primes d'équipe et de temps de repas liées à un travail posté en alternance la nature d'un élément de rémunération compensant une sujétion particulière liée à l'emploi. Il casse en conséquence l'arrêt d'une cour d'appel qui y avait vu un remboursement de frais exposés dans l'exercice des fonctions ;

- le deuxième retient, pour casser un arrêt ayant vu dans une indemnité de déplacement dues aux agents d'EDF un élément de rémunération inhérent aux fonctions, que l'indemnité en cause est destinée à compenser le coût de repas liés à un déplacement

effectif, le montant forfaitaire de cette compensation étant indifférent ;

- le troisième retient également que des primes de panier forfaitaires destinées à indemniser le surcoût de repas consécutifs à une travail posté de nuit ou effectué selon des horaires atypiques, sans avoir à justifier du montant de cette dépense, constitue un remboursement de frais, exclu à ce titre de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés (car c'est l'autre intérêt de la qualification).

Ces arrêts, qui poursuivent un objectif de clarification, peuvent être rapprochés d'un arrêt du 28 juin 2018 (n° 17-11714 PB, Actualité du mois de juin, 2, e/) qui reconnaît également la nature d'un remboursement de frais, exclu de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, à une prime de panier versée en cas de travail posté ou nocturne, pour compenser le coût plus élevé des repas. Le critère déterminant pour qualifier de tels avantages est lié à l'objet de l'avantage, selon qu'il est destiné à compenser une dépense particulière ou qu'il repose sur la prise en considération d'une sujétion particulière inhérente à l'emploi exercé. Car en ce qui concerne les salariés investis de mandat, il ne faut pas que l'exercice de leur mission ait pour conséquence de les priver d'un élément de rémunération qu'ils auraient perçu, du fait de contraintes inhérentes à leurs fonctions, s'ils les avaient accomplies.

Un autre arrêt du même jour (n° 17-11715, P+B) invite à faire une différence, en matière d'heures de délégations, entre les réunions auxquelles le délégué syndical est appelé à participer à l'initiative de l'employeur et qui ne doivent pas être imputées sur son temps de délégation, en application de l'article L.2143-18 du code du travail, et celles que ce représentant tient à la demande des délégués du personnel, pour les assister dans leurs missions. Ces dernières doivent être imputées sur le temps de délégation dont dispose le délégué syndical pour participer à d'autres réunions d'instances assurant la défense des intérêts des salariés.

5 – Salariés investis d'un mandat représentatif

a – Protection par un statut conventionnel

Statuant à propos de stipulations conventionnelles ayant créé des fonctions de représentant syndical auprès du CHSCT, le Conseil d'Etat retient, dans un arrêt du **18 juillet 2018 (n° 397757)** qui reprend une position habituelle, que la soumission des accords collectifs aux dispositions d'ordre public ne permet pas aux partenaires sociaux de modifier la compétence des agents publics, si la loi ou le règlement ne le permettent pas, et que le bénéfice de la protection exceptionnelle accordée aux salariés investis d'un mandat représentatif ne peut ainsi être étendu qu'aux institutions représentatives relevant d'une catégorie de même nature que celles prévues par la loi. Ainsi, les fonctions

de représentant syndical auprès d'un CHSCT n'étant pas prévues par la loi, la qualité de salarié protégé ne peut être reconnue à ce représentant. Cette restriction est également retenue par la Cour de cassation, pour cette catégorie de représentants syndicaux (notamment : 29 janvier 2003, n° 00-45961, commenté au Rapport annuel).

b - Procédure préalable à l'autorisation administrative

Un arrêt du Conseil d'Etat du **4 juillet 2018 (n° 397059)** énonce que l'administration du travail saisie d'une demande d'autorisation de licenciement doit s'assurer que le comité d'entreprise a disposé d'un délai suffisant pour donner un avis en connaissance de cause, et que la consultation n'a pas été faussée. Il annule ainsi l'arrêt d'une cour administrative d'appel qui avait jugé la procédure préalable au licenciement irrégulière, au motif que le salarié n'avait eu connaissance des faits reprochés que lors d'un entretien avec son employeur tenu le matin du jour de la réunion du comité d'entreprise. Il relève en effet qu'il convenait de vérifier si la brièveté du délai de consultation (ayant abouti à un avis unanimement défavorable au licenciement) avait privé les représentants du personnel de la possibilité de se prononcer en connaissance de cause ou faussé la consultation.

c - Motif de licenciement

Un arrêt du Conseil d'Etat du **4 juillet 2018 (n° 408644)** rappelle que des agissements du salarié protégé intervenus en dehors de l'exécution du contrat de travail ne peuvent motiver un licenciement pour faute, à moins qu'ils ne traduisent la méconnaissance par celui-ci d'une obligation qui découle de son contrat de travail. Est ainsi annulé la décision d'une cour administrative d'appel qui avait refusé de tenir compte de faits imputés au salarié ayant eu lieu hors temps de travail, faute d'avoir vérifié s'ils ne constituaient pas un manquement à une obligation découlant du contrat de travail.

d - Portée de la décision administrative

- Décision administrative d'autorisation

Dans deux arrêts du **20 septembre 2018 (n° 17-11602, P+B et n°17-11605)**, la chambre sociale rappelle que la séparation des autorités administratives et judiciaires interdit au juge prud'homal d'accorder des dommages-intérêts à un salarié licencié en vertu d'une autorisation administrative, en réparation d'un préjudice tenant à une irrégularité de la procédure consultative des représentants du personnel (faute de mise en place d'un comité d'entreprise au niveau d'une UES), dès lors que le contrôle de l'inspecteur du travail porte à la fois sur la cause du licenciement et sur la régularité de la procédure consultative. L'interdiction de remettre en cause l'autorité de la décision administrative d'autorisation ne peut ainsi être contournée au moyen d'une demande

indemnitaire, ainsi qu'avait cru pouvoir le juger la cour d'appel. Celle-ci avait en effet considéré qu'elle était saisie d'une action mettant en cause la responsabilité extracontractuelle de l'employeur en liquidation judiciaire, faute pour le liquidateur judiciaire d'avoir pris des mesures de nature à favoriser la poursuite de l'activité, et que cette action reposait également sur l'article L.1235-15 du code du travail, en raison de l'absence irrégulière de mise en place d'institutions représentatives au niveau de l'UES. Cependant cette motivation allait à l'encontre de l'autorité de la décision administrative autorisant les licenciements puisqu'elle méconnaissait l'étendue du contrôle exercé par cette administration, portant notamment sur le respect de la procédure consultative préalable aux licenciements collectifs. Quant au motif tiré d'une légèreté blâmable du liquidateur judiciaire dans la protection des emplois, il conduisait à contester indirectement la cause économique de licenciements autorisés.

- Portée de l'annulation ou du retrait d'une autorisation de licenciement

Deux arrêts rendus le **4 juillet 2018** rappellent les conséquences du motif d'annulation ou de retrait d'une décision d'autorisation de licenciement sur le pouvoir de la juridiction du travail saisie d'une contestation de la rupture :

- le premier ([n° 16-26138 P+B](#)) relève que lorsque cette annulation repose sur un motif tenant à la légalité « externe » de l'autorisation, tel un vice affectant la procédure suivie par l'inspecteur du travail (absence d'enquête préalable, en l'occurrence), le juge prud'homal conserve le pouvoir de se prononcer sur le motif du licenciement et qu'il doit vérifier s'il repose sur une cause réelle et sérieuse, sans pouvoir déduire l'absence de cause réelle et sérieuse de la seule annulation de l'autorisation administrative d'autorisation, parce que la décision d'annulation ne statue pas sur ce point ;

- le second ([n° 16-26860 P+B](#)) retient que le retrait d'une décision d'autorisation en raison de la durée excessive du délai entre une mise à pied conservatoire et la saisine de l'inspecteur du travail prive au contraire nécessairement de cause réelle et sérieuse (demande du salarié, en l'occurrence) le licenciement prononcé par l'employeur en vertu de la décision retirée parce que ce retrait ne repose pas sur la constatation d'une illégalité externe mais sur l'existence d'un manquement imputable à l'employeur dans la conduite de la procédure de licenciement.

6 – Elections

a – Contestations électorales

Un arrêt du **4 juillet 2018** ([n° 17-21100, P+B](#)) rappelle les limites de la contestation d'un protocole préélectoral. En l'occurrence, un syndicat qui n'avait pas été appelé à la négociation du protocole avait saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation des opérations électorales, auquel celui-ci avait fait droit. Mais, après la clôture des débats

devant le tribunal, les élections s'étaient déroulées, sans qu'un recours soit ensuite formé dans le délai de 15 jours suivant la proclamation des résultats. La chambre sociale en déduit que cette absence de contestation du résultat des élections, dans le délai prévu à cet effet, prive de fondement juridique la décision d'annulation. Autrement dit, il ne suffit pas de contester la régularité des opérations électorales avant les élections si celles-ci se déroulent par la suite sans faire l'objet d'un recours, sauf dans le cas où les élections ont lieu avant la clôture des débats car alors la contestation dont est saisi le tribunal pourra être étendue au résultat des élections.

b - Parité

On se souvient que le 16 mai 2018 (n° 18-11720 P+B, Actualité de mai 2018, 5, b/) la chambre sociale a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions, issues de la loi du 17 août 2015, qui imposent de prononcer l'annulation de l'élection des représentants du personnel du sexe qui est surreprésenté ou mal positionné sur la liste des candidats sans que soit alors organisé le remplacement des sièges devenus ainsi vacants et sans que l'employeur soit tenu légalement d'organiser de nouvelles élections si un collègue n'est pas représenté ou si le nombre de représentants est réduit au moins de moitié. Pour justifier ce renvoi, l'arrêt relève que ces conséquences d'une annulation sont de nature à porter atteinte au principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail. Le **13 juillet 2018 (n° 2018/720)**, le Conseil constitutionnel a statué sur cette question et déclaré contraires à la Constitution les dispositions des articles L.2314-7 et L.2324-10 du code du travail, en ce qu'elles excluaient l'obligation pesant sur l'employeur d'organiser des élections partielles pour les délégués du personnel ou pour le comité d'entreprise si un collègue électoral n'est plus représenté, si le nombre des délégués du personnel est réduit de moitié ou si le nombre des membres d'un collège unique est réduit de moitié, lorsque cette situation résulte d'annulations prononcées en vertu des articles L.2314-25 (délégués du personnel) et L.2324-23 (comité d'entreprise). Le Conseil constitutionnel a en effet retenu que la volonté du législateur d'assurer une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les institutions représentatives ne pouvait suffire à justifier une atteinte disproportionnée au principe de participation des travailleurs, en privant ces derniers de toute représentation pendant une durée qui peut être longue.

Il convient d'observer à cet égard que l'actuel article L.2314-32, qui définit les conséquences du non-respect des exigences de mixité et d'alternance sur les listes, dispose désormais qu'en cas d'annulation il est fait application, le cas échéant, des dispositions de l'article L.2314-10, lequel impose l'organisation d'élections partielles à l'initiative de l'employeur lorsqu'un collègue n'est plus représenté ou lorsque le nombre des membres titulaires est réduit de moitié au moins. Cette application à cette cause de nullité des dispositions qui imposent d'organiser de nouvelles élections est la

conséquence de la déclaration d'inconstitutionnalité du 9° de l'article 6 de la loi de ratification des ordonnances de septembre 2017, ce texte ayant à son tour reproduit l'exception contenu dans la législation antérieure (Conseil constitutionnel, 21 mars 2018, n°2018-761). Les dispositions nouvelles, relatives au comité social et économique, n'encourent donc plus le même grief.

7 - Les syndicats

a - Action en justice

Le **11 juillet 2018 (n° 17-14132 FD)**, la chambre sociale a reconnu à un syndicat le pouvoir d'intervenir dans une procédure prud'homale engagée par un salarié et portant sur la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, dès lors qu'était en cause l'intérêt collectif des salariés dont il assurait la défense. Cette décision peut être rapprochée d'un arrêt du 20 juin 2018 (16-20794 FD) admettant également la recevabilité de l'intervention d'un syndicat de salariés dans un litige portant sur la validité d'un règlement intérieur. Mais en tout état de cause, s'il peut intervenir à une procédure engagée par un salarié, le syndicat ne pourrait agir seul pour demander, sans ce dernier, la requalification du contrat de travail de celui-ci, car cette action revêt un caractère personnel.

b - Désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise

Un syndicat qui n'a pas participé aux dernières élections professionnelles ne peut prétendre bénéficier d'une représentativité lui permettant de désigner un tel représentant parce que cette représentativité s'apprécie pour toute la durée d'un cycle électoral. C'est ce que juge un arrêt du **4 juillet 2018 (n° 17-20710, P+B)**.

Les publications de Fidere Avocats

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

- Constater l'inaptitude, par Marie-Claire POTTECHER et Steven RIOCHE ([Les Cahiers du DRH, juill. 2018, p. 15 et s.](#)) ;
- Contester les avis du médecin du travail, par Christophe FROUIN et Steven RIOCHE ([Les Cahiers du DRH, juill. 2018, p. 19 et s.](#)) ;
- Contestation de l'expertise CHSCT : la délivrance de l'assignation interrompt le délai de prescription, par Christophe FROUIN et Steven RIOCHE ([JCP S 2018, 1268](#)) ;
- Temps partiel et sanction des manquements antérieurs à la requalification, par Geoffroy de RAINCOURT et Steven RIOCHE ([JCP S 2018, 1274](#)) ;
- Conséquences du refus d'une modification du contrat de travail proposée pour un motif non inhérent à la personne du salarié, par Geoffroy de RAINCOURT et Steven RIOCHE ([JCP S 2018, 1294](#)) ;
- Epargne salariale et salariés expatriés, par Vincent ROCHE ([Gazette du Palais, 18 sept. 2018, p. 50](#)) ;
- Exception en matière de charge de la preuve dans le cadre d'un litige relatif à la mise en cause d'un salarié auquel sont reprochés des agissements de harcèlement moral, par Salira HARIR ([Gazette du Palais, 18 sept. 2018, p. 56](#)) ;
- Quand tarder dans le paiement de la contrepartie financière de la clause de non concurrence peut coûter cher..., par Marie-Claire POTTECHER ([Bulletin Joly Travail 2018, p. 95](#)).

Nous contacter

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

Par téléphone : 01 85 08 84 50

Par email : fidere@fidereavocats.fr