

# CAP SUR LE DROIT

## VEILLE JURIDIQUE EN DROIT SOCIAL

Janvier à Décembre 2019

### Master 2 Droit et Gestion des Ressources Humaines Formation initiale

#### Éditorial

Les étudiants du Master 2 Droit et Gestion des Ressources Humaines de l'Université Catholique de Lille ont le plaisir de vous présenter la nouvelle édition de leur revue de jurisprudence sociale annuelle, « Cap sur le Droit ».

Notre ambition est d'offrir un outil complémentaire aux entreprises tenues, dans le cadre de leur stratégie RH, de se tenir constamment informées des précisions et évolutions jurisprudentielles afin d'en anticiper et d'en gérer les répercussions.

2019 s'est encore révélée être une année riche comme en témoignent le nombre d'arrêts de la Cour de cassation estampillés « PBRI » avec notamment les prises de position très attendues et commentées en matière d'indemnisation du préjudice d'anxiété, ainsi que les premières précisions sur les conséquences des récentes réformes opérées, mais aussi l'intervention d'arrêts plus discrets qui n'en sont pas moins susceptibles d'impacter le quotidien des entreprises.

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous espérons que notre contribution pourra vous être utile et vous en souhaitons une bonne lecture !

Le Master 2 DGRH de l'Université Catholique de Lille, sous la direction de Virginie Le Blan, Maître de conférences en droit privé de l'Université Catholique de Lille.

#### Sommaire

I - Les points de vigilance	Pages 2 à 12
II - Les bonnes pratiques à développer	Pages 13 à 18
III - A savoir	Pages 19 à 27



# Les points de vigilance

## ▪ Contrat de travail

### Succession de CDD de remplacement séparés de courtes périodes d'interruption : le risque de requalification en CDI subsiste

#### Cass. soc. 23 janvier 2019, n°17-21.796, F-D

« L'employeur ne peut recourir de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre » (Cass. soc. 26 janvier 2005, n°02-45342). La jurisprudence communautaire a toutefois amené la Cour de cassation à préciser que le seul fait de recourir à des CDD de remplacement de manière récurrente voire permanente, ne suffit pas à caractériser un recours systématique aux CDD pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre et ainsi pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (Cass. soc. 14 février 2018, n°16-17966). Dès lors, le recours même de manière permanente à des CDD pour remplacer des salariés, qui de surcroît exercent leurs droits à congés ou au repos, est impuissant à lui seul à justifier d'une requalification en CDI (même arrêt).

Il n'en demeure pas moins que le risque de condamnation demeure : d'autres éléments peuvent établir la violation de l'article 1242-1 du code du travail. Dans cet arrêt du 21 janvier 2019, l'employeur avait bien tenté de faire valoir que chacun des 60 CDD avait été conclu pour remplacer un salarié précisément désigné et dont l'absence n'était pas contestée. Il est néanmoins jugé que le recours aux CDD avait eu pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité permanente de l'entreprise. Pour ce faire, le juge a pu en l'espèce légitimement s'appuyer sur :

- l'identité/similarité de poste et de rémunération,

- les modalités de proposition de remplacement qui, intervenant au dernier moment, contraignaient le salarié à rester à la disposition de l'employeur,
- le registre du personnel qui laissait apparaître que le recours aux CDD était un mode habituel de gestion du personnel au sein de l'entreprise.

Cet arrêt nous rappelle de plus que de courtes périodes d'interruption entre deux contrats ne prémunissent pas d'une requalification en CDI.

NB – L'article 53 de la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel permet à titre expérimental dans certains secteurs définis par décret (décret n°2019-1388 du 18 décembre 2019) la conclusion d'un seul CDD pour assurer le remplacement de plusieurs salariés. La loi précise cependant expressément que l'expérimentation ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. L'expérimentation prévue initialement jusqu'au 31 décembre 2020 pourrait être prolongée jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2023 (projet de loi ratifiant diverses ordonnances de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel et portant diverses mesures d'ordre social, Art. 10).

- D. Baugard, B. Coquet, E. Heyer, *Controverse : quels instruments juridiques pour limiter le recours aux contrats courts ?*, RDT 2019, p. 452.
- JSL n°472, 25 mars 2019, p. 25, obs. M. H.
- RJS 4/19, n°201.

### La clause mettant à la charge du salarié ses frais professionnels étant réputée non écrite, celui-ci est fondé à en demander le remboursement même 8 ans après

#### Cass. soc. 27 mars 2019, n°17-31.116, F-D

La Cour de cassation considère de longue date que les frais supportés par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, doivent lui être remboursés sans imputation sur la rémunération due. Ce n'est que par exception, qu'une clause du contrat de travail peut prévoir que le salarié les conservera à sa charge moyennant alors le versement d'une

somme forfaitaire (Cass. soc. 25 février 1998, n°95-44.096). La Cour de cassation a déduit de ce principe de prise en charge des frais professionnels par l'employeur que les clauses qui y sont contraires sont réputées non écrites.

Par cet arrêt, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence en considérant en l'espèce que la clause du contrat de travail mettant à la charge du salarié les frais engagés par celui-ci pour les besoins de son activité professionnelle est réputée non écrite.

Mais elle admet de plus, contrairement aux juges du fond, que l'absence de réclamation de la part du salarié pendant 8 ans ne fait nullement obstacle à la reconnaissance d'un manquement de l'employeur à son obligation de rembourser ces frais.

Rendue à propos d'un VRP, la solution est transposable à tous les salariés.

• RJS 06/19, n°352.

## ▪ Vie privée du salarié

**Des tickets de restauration contenant des informations détaillées sur les habitudes alimentaires du salarié constituent un mode de preuve illicite**

**Cass. soc. 27 mars 2019, n°17-31.715, F-PB**

A la suite de la contestation de sa convention de forfait jours, un salarié demande des rappels de salaire pour heures supplémentaires. Aux fins d'établir les horaires de pause-déjeuner du salarié, l'employeur produit en justice des tickets de cantine contenant également des informations sur les consommations du salarié. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir écarté des débats cette preuve au motif que ces tickets détaillaient les habitudes alimentaires du salarié alors que la norme CNIL NS 42 du 8 janvier 2002 n'autorise le recueil d'informations que sous la forme « hors d'œuvres, plat, dessert, boisson ».

Si les normes simplifiées de la CNIL n'ont plus de valeur juridique depuis l'entrée en application du RGPD, il reste fort probable que

la solution du présent arrêt soit maintenue, un tel dispositif, en ce qu'il permet le recueil et la conservation d'informations personnelles sur les habitudes alimentaires des salariés, semblant porter une atteinte excessive à la vie personnelle du salarié en violation de l'article L. 1121-1 du code du travail.

- J. Icard, *Pas de forfaits en jours sans une autonomie réelle des salariés dans l'organisation du travail*, Bull. Joly Travail n°5, 1<sup>er</sup> mai 2019, p. 18.
- V. Orif, *L'irrecevabilité des preuves ne respectant pas les normes de la CNIL*, Gaz. Pal. n°27, 23 juillet 2019, p. 49.
- RJS 06/19, n°355.
- FRS 11/19, inf. 8, p. 13.

## ▪ Obligation de réemploi à l'issue d'un congé parental

**Est susceptible de constituer une discrimination indirecte fondée sur le sexe le non-respect par l'employeur de l'obligation de réemploi d'une salariée à l'issue de son congé parental**

**Cass. soc. 14 novembre 2019, n°18-15.682, FS-PB**

La Cour de cassation laisse apparaître dans cet arrêt que le fait pour l'employeur de ne pas replacer une salariée dans ses fonctions antérieures à l'issue de son congé parental constitue un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe eu égard au nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes qui choisissent de bénéficier d'un congé parental. En l'espèce, la Cour d'appel n'avait guère examiné les éléments dont se prévalait la salariée (attributions de tâches sans rapport avec sa fonction de comptable) sous cet angle, ce que lui reproche précisément la Cour de cassation mais cette présomption de discrimination indirecte devrait être établie en cas de non-respect par l'employeur de l'obligation de réemploi dès lors que ce sont bien les femmes qui recourent majoritairement au congé parental et qui se trouvent ainsi en réalité les plus exposées au risque de ne pas retrouver leur

emploi à l'issue d'un congé parental. L'employeur peut certes alors démontrer que sa décision de ne pas replacer la salariée dans son emploi était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, mais en l'espèce, la tâche est délicate, l'employeur ayant seulement préféré maintenir sur l'unique poste de comptable dans l'entreprise le remplaçant de la salariée. Tel que développé, le raisonnement pourrait être étendu au-delà du seul cadre du congé parental. Le risque de condamnation pour discrimination fondée sur le sexe est donc réel en cas de non-respect d'une obligation de réemploi chaque fois que ce sont massivement des femmes qui recourent au congé considéré.

- B. Bossu, *Retour de congé parental d'éducation : gare à la discrimination indirecte fondée sur le sexe*, JCP éd. S n°50, 17 décembre 2019, 1361.
- FRS 24/19, inf. 3, p. 7.

## ▪ Obligation de sécurité de l'employeur

**L'employeur doit répondre des agissements discriminatoires commis par des personnes exerçant de fait ou de droit une autorité sur les salariés**

**Cass. soc. 30 janvier 2019, n°17-28.905, F-PB**

Opérant le lien entre l'interdiction des discriminations de l'article L. 1132-1 du code du travail et le risque pour la santé que son non-respect induit, la Cour de cassation considère que l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, notamment en matière de discrimination. Il doit alors répondre des agissements des personnes qui exercent de fait ou de droit, une autorité sur les salariés, peu important donc qu'ils ne soient pas ses salariés à proprement parler. En l'espèce, la présidente d'une association a dû répondre d'agissements racistes à l'égard d'une aide de cuisine commis par des bénévoles de l'association qui avaient proféré à son encontre des insultes à connotation

raciste et jeté sur elle des débris à l'occasion d'une soirée organisée par l'employeur. La même solution avait déjà été admise en cas de harcèlement moral commis par un tiers mais exerçant une autorité de fait sur les salariés (Cass. soc. 19 octobre 2011, n°09-68.272)

- P. Adam, *Obligation de sécurité et responsabilité patronale du fait d'autrui. Nœud marin ou nœud gordien ?*, RDT 2019, p. 335.
- C. Berlaud, *Responsabilité d'une association employeur pour discrimination d'une salariée par des bénévoles*, Gaz. Pal. n°9, 5 mars 2019, p. 46.
- D. Castel, *À la une - Discrimination - Responsabilité d'une association employeur du fait de bénévoles*, JA 2019, n°595, p. 10.
- F. Champeaux, *L'employeur responsable des actes discriminatoires commis par des bénévoles*, SSL n°1848, 11 février 2019, p. 11.
- N. Dedessus-Le-Moustier, *Obligation de sécurité de l'employeur et agissements discriminatoires commis par des bénévoles*, JCP éd. G n°7, 18 février 2019, 168.
- L. de Montvalon, *Agissements discriminatoires et manquement à l'obligation de sécurité*, Les Cahiers Lamy du CSE n°191, 1<sup>er</sup> avril 2019, p. 23.
- M. Hautefort, *Injures ou agissements sexistes : quand le salarié est victime, l'employeur est responsable*, JSL n°472, 25 mars 2019, p. 7.
- C. Leborgne-Ingelaere, *La responsabilité de l'employeur en matière de discrimination*, JCP éd. S n°17-18, 30 avril 2019, 1133.
- C. Radé, *L'employeur responsable de l'inertie de ses salariés confrontés à des comportements discriminatoires*, Lexbase - Hebdo édition sociale n°772, 14 février 2019.
- FRS 6/19, inf. 1, p. 3.
- RJS 4/19, n°196.

**Obligation de diligenter une enquête interne en cas de dénonciation par un salarié de faits de harcèlement moral**

**Cass. soc. 27 novembre 2019, n°18-10551 FP-PB**

Le défaut d'enquête interne à la suite de la dénonciation par un salarié de faits de harcèlement dont il s'estime victime est susceptible de constituer un manquement de l'employeur à son obligation de « prévention des risques professionnels » peu important

que le harcèlement soit en définitive établi ou non. Dès lors, les juges du fond ne pouvaient rejeter la demande du salarié en dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité en considérant qu'à défaut de harcèlement établi, il ne pouvait être reproché à l'employeur de ne pas avoir diligemment enquêté.

- JCP éd. S n°49, 10 décembre 2019, act. 449.  
↳ En pratique : voir P. Lagesse, V. Armillei, *Les enquêtes internes en cas de harcèlement : un nouveau défi après la loi « Sapin 2 » ?*, JCP éd. S n°23, 11 juin 2019, 1167.
- RJS 02/20, n°94.

### Indemnisation du préjudice d'anxiété

**Cass. ass. pl. 5 avril 2019, n°18-17.442, FP-PBRI ; Cass. soc. 19 juin 2019, n°18-17.442 à 18-17.550 ; Cass. soc. 11 septembre 2019, n°17-24.879 à 17-25.623 et 17-18.311 à 17-18.349, FP-PB ; Cass. soc. 16 octobre 2019, n°17-18.443 et 17-18.444 F-D ; Cass. soc. 20 novembre 2019, n°18-19.578 à n°18-19.581, n°18-19.640 à n°18-19.642 et n°18-19.644 à n°18-19.646**

On sait que la Chambre sociale a reconnu le préjudice d'anxiété des salariés éligibles au dispositif « pré-retraite amiante » (ACAATA), à la condition que leur établissement employeur soit inscrit sur une liste par arrêté ministériel (Cass. soc. 11 mai 2010, pourvois n°09-42.241 à n°09-42.257), l'exposition du salarié à l'amiante ainsi que son anxiété étant alors présumées (Cass. soc. 4 décembre 2012, pourvois n°11-26.293 et n°11-26.294, et Cass. soc. 2 juillet 2014, pourvois n°12-29.788 à n°12-29.801). Mais elle refusait toute indemnisation du préjudice d'anxiété quand bien même le salarié aurait apporté la preuve de son exposition à l'amiante et de l'anxiété générée, à défaut d'inscription sur la liste de l'établissement employeur (Cass. soc. 3 et 25 mars 2015, pourvois n°13-26.175 et n°13-21.716). Cette position, vivement critiquée par une partie de la doctrine, est condamnée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 5 avril 2019. Elle admet en effet qu'en application des règles de droit

commun, le salarié qui justifie d'une exposition à l'amiante générant un risque élevé de développer une pathologie grave peut agir contre son employeur pour manquement à son obligation de sécurité aux fins d'être indemnisé de son préjudice d'anxiété, peu important l'absence d'inscription de son établissement employeur sur la liste.

L'indemnisation est alors subordonnée à la preuve par le salarié :

- de son exposition effective à l'amiante au cours de son travail,
- de ce que cette exposition engendrait pour lui un risque élevé de développer une pathologie grave,
- de son anxiété imputable à une telle exposition (preuve du préjudice d'anxiété personnellement subi).

Enfin, l'employeur ne doit pas avoir pris les mesures nécessaires pour préserver le salarié de ce risque conformément aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail. Il est donc admis à prouver qu'il a bien respecté son obligation de sécurité/prévention.

A la suite de cette décision de l'Assemblée plénière, la Chambre sociale de la Cour de cassation a donc fait évoluer sa jurisprudence en admettant sous les mêmes conditions l'indemnisation du préjudice d'anxiété de salariés exposés aux poussières d'amiante : Cass. soc. 19 juin 2019 (108 salariés) ; Cass. soc. 11 septembre 2019 (39 salariés).

Telle qu'énoncée, rien ne justifiait que la solution soit réservée aux seuls salariés exposés à l'amiante. En conséquence, la Chambre sociale permet dorénavant l'indemnisation du préjudice d'anxiété de tout salarié justifiant « d'une exposition à une substance nocive ou toxique générant un risque élevé de développer une pathologie grave » dans les conditions précitées, sauf à l'employeur d'établir qu'il avait effectivement bien pris toutes les mesures nécessaires pour protéger la santé du salarié conformément aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail (Cass. soc. 11 septembre 2019 (730 salariés)).

- D. Asquinazi-Bailleux, *L'anxiété des travailleurs exposés à des substances nocives ou toxiques : quel espoir de réparation ?*, JCP éd. S n°40, 9 octobre 2019, 1282 ; *Préjudice d'anxiété des travailleurs d'établissements non classés : l'avancée jurisprudentielle*, Dr. soc. 2019, p. 456.
- X. Aumeran, *Le préjudice d'anxiété à l'ère de l'obligation de sécurité de l'employeur*, Dr. soc. 2020, p. 58 ; *Préjudice d'anxiété : un nouveau départ*, JCP éd. S n°16, 23 avril 2019, 1126.
- M. Bacache, *Le préjudice d'anxiété : à la conquête de nouvelles expositions professionnelles*, JCP éd. G n°41, 7 octobre 2019, 1024.
- L. Bedja, *Extension du préjudice d'anxiété au salarié pouvant justifier d'une exposition à une substance nocive ou toxique générant un risque élevé de développer une pathologie grave*, Lexbase - Hebdo édition sociale n°795, 19 septembre 2019.
- C. Berlaud, *Difficile pour l'employeur de s'exonérer du préjudice d'anxiété lié à l'amiante*, Gaz. Pal. n°32, 24 septembre 2019, p. 36.
- E. Bossuot-Quin, R. Raphaël, B. Taillardat-Pietri, *Préjudice d'anxiété : par deux revirements, la Haute Juridiction ouvre la boîte de Pandore*, JSL n°485, 12 novembre 2019, p. 4.
- J. Colonna, V. Renaux-Personnic, *Tout savoir sur le préjudice d'anxiété...*, Les Cahiers du DRH n°269, 1<sup>er</sup> novembre 2019, p. 32 ; *Accident du travail et maladie professionnelle - Le préjudice d'anxiété, saison II*, JCP éd. E n°41, 10 octobre 2019, 1464.
- N. Dedessus-Le-Moustier, *Réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à une substance toxique ou nocive*, JCP éd. G n°40, 30 septembre 2019, 979.
- A. Dejean de La Bâtie, *Préjudice d'anxiété : le retour en force de l'obligation de sécurité, Vers une consécration de la culture de la prévention*, Les Cahiers Lamy du CSE, n°197, 1<sup>er</sup> novembre 2019, p. 24.
- L. de Montvalon, *Précisions sur l'indemnisation du préjudice d'anxiété lié à l'amiante*, Dalloz Actualité, 2 octobre 2019.
- J. Frangié-Moukanas, *Deux régimes juridiques pour le préjudice d'anxiété*, SSL n°1857, 15 avril 2019, p. 10.
- C. Frédéric-Pradel, P. Pradel-Bourieux, V. Pradel, *Gérer le risque attaché au préjudice d'anxiété*, JCP éd. S n°40, 9 octobre 2019, 1283.
- B. Gauriau, *Regards sur l'anxiété*, JCP éd. S n°16, 23 avril 2019, 1120.
- J. Icard, *Revirement de jurisprudence sur le périmètre des bénéficiaires potentiels d'une indemnisation au titre du préjudice d'anxiété*, Bull. Joly Travail n°5, 1<sup>er</sup> mai 2019, p. 19.

- P. Jourdain, *Préjudice d'anxiété des travailleurs de l'amiante : l'extension de la réparation à tous les salariés*, D. 2019, p. 922.
- M. Keim-Bagot, *La cohérence retrouvée du préjudice d'anxiété*, SSL n°1857, 15 avril 2019, p. 3 ; *Préjudice d'anxiété : quand le droit rime enfin avec justice*, SSL n°1875, 23 septembre 2019, p. 9.
- G. Pignarre, *La réparation du préjudice spécifique d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante, l'assemblée plénière aurait-elle remporté une victoire ... à la Pyrrhus ?*, RDT 2019, p. 340.
- F. Quinquis, *La prévention des risques au cœur du préjudice d'anxiété*, SSL n°1857, 15 avril 2019, p. 8.
- C. Rodriguez, M. Nasica, *Préjudice d'anxiété : un nouvel élargissement*, JSL n°483, 14 octobre 2019, p. 9.
- S. Tournaux, *L'expansion du domaine de l'action en réparation d'un préjudice d'anxiété*, Lexbase - Hebdo édition sociale n°796, 26 septembre 2019.
- FRS 20/19, inf. 6, p. 9
- RJS 06/19, n°360 ; RJS 11/19, n°635.

### Risques psychosociaux justifiant la suspension de la mise en œuvre d'un projet de restructuration

#### Cass. soc. 14 novembre 2019, n°18-13.887, FS-PB

Par le présent arrêt, la Cour de cassation affirme la compétence du juge judiciaire pour connaître du contrôle des risques psychosociaux consécutifs à la mise en œuvre d'un projet de restructuration quand bien même celui-ci aurait donné lieu à PSE soumis au contrôle de l'autorité administrative. Dans le prolongement de la jurisprudence SNECMA, le juge de l'urgence conserve donc la faculté le cas échéant d'ordonner la suspension de la mise en œuvre du projet de restructuration. On notera qu'au cas présent, la compétence du juge judiciaire est affirmée au regard des conséquences d'un projet déjà en cours d'exécution. Toutefois, la compétence du juge devrait tout autant être reconnue pour contrôler les conséquences d'un projet de restructuration avec PSE sur la santé alors que le projet de restructuration n'a pas encore été mis en œuvre et que les licenciements ne sont encore qu'envisagés ou en cours de notification. En effet, il s'agit d'un point de contrôle qui semble légalement échapper à

l'autorité administrative. On attendra cependant avec intérêt une confirmation sur ce point par la Cour de cassation.

- A. Bonnet, *Qui est compétent pour contrôler les risques psychosociaux consécutifs à la mise en œuvre d'un PSE ?*, JSL n°489, 9 janvier 2020, p. 4.
- A. Bugada, *Suspension d'une réorganisation prévue par un PSE pour atteinte à la santé mentale des salariés (compétence judiciaire)*, Lexbase – Hebdo édition sociale n°809, 16 janvier 2020.
- F. Champeaux, *La compétence du juge judiciaire pour contrôler les RPS lors de la mise en œuvre d'une réorganisation*, SSL n°1885, 2 décembre 2019, p. 8.
- H. Ciray, *Compétence du juge judiciaire pour connaître des risques sur la santé induits par un PSE*, Dalloz Actualité, 3 décembre 2019.
- M. Galy, *Risques psychosociaux, restructurations et plan de sauvegarde de l'emploi : le juge judiciaire conserve sa compétence*, Bull. Joly Travail n°1, 1<sup>er</sup> janvier 2020, p. 38.
- P. Morvan, *Risques psychosociaux découlant d'un projet de restructuration avec PSE : le juge judiciaire est compétent*, JCP éd. S n°49, 10 décembre 2019, 1355.
- RJS 01/20, n°17.

## ▪ Harcèlement moral

**Faculté pour un salarié en congé de fin de carrière de se prévaloir des dispositions protectrices du code du travail relatives au harcèlement moral**

**Cass. soc. 26 juin 2019, n°17-28.328, FS-PB**

L'article L. 1152-1 du code du travail protège le salarié contre les agissements répétés de harcèlement moral dans le cadre professionnel. Dans cet arrêt, la Cour de cassation étend cette protection à un salarié dispensé d'activité, ici définitivement du fait d'un congé de fin de carrière.

Alors même que le salarié n'occupait plus son poste, la Chambre sociale admet qu'il pouvait se prévaloir des dispositions protectrices du code du travail relatives au harcèlement moral pour des faits postérieurs à son départ en congé de fin de carrière en se fondant sur le maintien du lien contractuel avec l'employeur jusqu'à son départ effectif en retraite.

Un tel fondement pourrait justifier une extension de la protection à tous les cas de suspension du contrat de travail.

- C. Berlaud, *Harcèlement moral malgré le congé de fin de carrière*, Gaz. Pal. n°29, 3 septembre 2019, p. 31.
- C. Leborgne-Ingelaere, *La pleine protection contre le harcèlement moral en cas de dispense d'activité*, JCP éd. E n°38, 19 septembre 2019, 1427.
- H. Nasom-Tissandier, *Caractérisation du harcèlement moral en période de dispense d'activité*, JSL n°481, 16 septembre 2019, p. 20.
- M. Peyronnet, *Le harcèlement moral peut affecter un salarié en congé de fin de carrière*, RDT 2019, p. 721.
- RJS 10/19, n°549.

**Utilisation non consentie du télétravail et délit de harcèlement moral**

**Cass. crim. 19 février 2019, n°18-83.268, F-D**

L'isolement d'une salariée de ses collègues en lui demandant de travailler chez elle en télétravail en contradiction avec sa fiche de poste peut contribuer à la caractérisation du délit de harcèlement moral.

- A. Cerf-Hollender, *Harcèlement moral d'une salariée en télétravail*, RSC 2019, p. 411.
- RJS 05/19, n°274.

**Prescription du délit de harcèlement moral : le délai court à compter du dernier acte reproché**

**Cass. crim. 19 juin 2019, n°18-85.725, F-PBI**

Analysant le délit de harcèlement moral comme une infraction d'habitude, la Chambre criminelle de la Cour de cassation précise expressément que le point de départ du délai de prescription réside dans le dernier acte « manifestant l'état d'habitude ». La solution est logique, ce délit supposant des propos ou comportements répétés pour être caractérisé, mais sévère, un long délai pouvant le cas échéant séparer le ou les premiers actes du dernier agissement.

Rappelons que le délai de prescription de 3 ans applicable en l'espèce a récemment été porté à 6 ans (loi du 27 février 2017 ; Art. 8 CPP).

- C. Leborgne-Ingelaere, *Point de départ de l'action publique en cas de harcèlement moral*, JCP éd. S n°39, 1<sup>er</sup> octobre 2019, 1277.
- R. Mesa, *De la prescription du délit de harcèlement au travail*, JSL n°481, 16 septembre 2019, p. 4.
- RJS 10/19, n°550.

## ▪ Convention collective

### Maintien de l'obligation conventionnelle de verser une prime malgré l'abrogation du dispositif législatif l'instituant

#### Cass. soc. 26 juin 2019, n°17-28.287, FS-PBRI

L'abrogation d'un dispositif législatif prévoyant en faveur des salariés de certaines entreprises une prime obligatoire de participation, assortie de dispositifs d'exonération de charges, ne rend pas caduc de plein droit un accord collectif instaurant cette prime dans l'entreprise. En l'espèce, l'accord d'entreprise ayant été conclu à durée indéterminée et ne subordonnant pas le versement de la prime au maintien de la législation en vigueur ou au bénéfice de l'exonération de charges, il conservait sa pleine vocation à être appliqué (jusqu'à éventuelle dénonciation ou renégociation).

Afin d'éviter un maintien de l'obligation de verser la prime alors qu'aurait disparu le dispositif légal permettant de bénéficier des avantages sociaux et/ou fiscaux qui y sont attachés, il est donc recommandé de préciser dans l'accord d'entreprise que le bénéfice de la prime est subordonné au maintien de ces avantages, ou de ne le conclure l'accord que pour une durée déterminée.

- F. Bergeron-Canut, *De la caducité des accords collectifs*, Bull. Joly Travail n°9, 1<sup>er</sup> septembre 2019, p. 41.
- C. Berlaud, *Caducité d'un accord collectif ?*, Gaz. Pal. n°25, 9 juillet 2019, p. 29.

- G. Chastagnol, *Accord collectif imposé par la loi : l'abrogation de l'une n'induit pas la caducité de l'autre*, JSL n°481, 16 septembre 2019, p. 8.
- D. Chenu, *Pas de caducité de plein droit de l'accord collectif en cas de modification d'un dispositif législatif applicable lors de sa conclusion*, JCP éd. S n°36, 10 septembre 2019, 1246.
- G. Dedessus-Le-Moustier, *Absence de caducité de l'accord collectif instituant une prime conventionnelle en cas d'abrogation du texte l'instaurant*, JCP éd. G n°28, 15 juillet 2019, 775.
- J. Mouly, *La caducité des accords collectifs de travail, L'hypothèse de l'abrogation de la loi mise en œuvre par l'accord (à propos de Cass. soc. 26 juin 2019)*, RJS 11/19, Chronique.
- R. Vatinet, *La caducité reconsidérée par la chambre sociale de la Cour de cassation*, JCP éd. G n°37, 9 septembre 2019, 896.
- RJS 10/19, n°584.
- FRS 16/19, inf. 12, p. 18.

## Conventions de forfait jours

#### Cass. soc. 19 juin 2019, n°18-11.391, F-D ; Cass. soc. 16 octobre 2019, n°18-16.539, FS-PBRI ; Cass. soc. 6 novembre 2019, n°18-19.752, F-PB

Suite, mais certainement pas fin, de la saga des conventions de forfait en jours :

Se confirme tout d'abord, spécialement au travers d'un moyen relevé d'office, l'importance qu'attache la Cour de cassation à la prévision dans l'accord collectif mettant en place le forfait en jours d'un suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs de temps de travail transmis permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable (Cass. soc. 19 juin 2019 ; Cass. soc. 6 novembre 2019). A défaut de telles précisions conventionnelles, les conventions individuelles de forfait en jours sont nulles avec les lourdes conséquences que l'on connaît. Notons à cet égard, que la loi du 8 août 2016 prévoit dorénavant l'obligation pour l'employeur de s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail (art. L. 3121-60 C. trav.), et que l'accord collectif détermine les

modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié (art. L. 3121-64 C. trav.).

Se dessinent ensuite les conditions d'une sécurisation du dispositif lorsque l'accord collectif initial est entaché d'illicéité. Dans son arrêt du 16 octobre 2019, la Cour de cassation rejette l'argumentation de l'employeur tendant à se prévaloir d'un avenant à la convention collective initialement illicite afin d'échapper aux conséquences de la nullité originelle d'une convention individuelle de forfait en jours. De cet arrêt, et de la note explicative de la Cour de cassation qui l'accompagne, il ressort que :

- l'avenant de révision conclu avant la loi du 8 août 2016 doit être impérativement relayé par la signature d'une nouvelle convention individuelle afin que le dispositif soit sécurisé pour l'avenir (à supposer que cet avenant remédie bien à l'illicéité de la convention collective). La première convention individuelle n'en reste pas moins nulle avec les conséquences que cela engendre ;

- l'avenant de révision conclu postérieurement à la loi du 8 août 2016 afin de mettre en conformité l'accord collectif conclu avant la publication de cette même loi avec les nouvelles exigences légales suffit à sécuriser le dispositif pour l'avenir : conformément à l'article 12 de la loi du 8 août 2016, la convention individuelle de forfait initiale se poursuit sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord du salarié. Il n'est donc pas nécessaire de refaire signer à chacun des salariés une nouvelle convention. Mais là encore, une telle sécurisation ne devrait jouer que pour l'avenir. Les créances acquises par le salarié tout le temps de l'illicéité de l'accord collectif initial restent dues.

• F. Bergeron-Canut, *Révision d'un « accord forfait en jours » avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016 : l'employeur doit soumettre au salarié une nouvelle convention de forfait*, SSL n°1881, 4 novembre 2019, p. 10.

• C. Berlaud, *Organisation du temps de travail : condition d'application de la loi de sécurisation des forfaits*, Gaz. Pal. n°36, 22 octobre 2019, p. 36.

• L. de Montvalon, *La sécurisation du forfait en jours à l'épreuve de l'application de la loi dans le temps*, JSL n°487-488, 17 décembre 2019, p. 4.

• G. Duchange, *Sécurisation des forfaits-jours : hostilité prétorienne à l'application conventionnelle anticipée*, Bull. Joly Travail n°12, 1<sup>er</sup> décembre 2019, p. 15.

• F. Favennec-Héry, *L'indivisibilité entre accord collectif et convention individuelle : le cas du forfait annuel en jours ou en heures*, RJS 02/20, Chronique.

• D. Jacotot, *La nullité d'une convention individuelle stipulant un forfait en jours*, JCP éd. G n°49, 2 décembre 2019, 1262.

• M. Morand, *Forfait jours : les conditions de la sécurisation*, JCP éd. S n°47, 26 novembre 2019, 1334.

• Y. Pagnerre, J. Verneret, *Forfait en jours : de l'illicéité à la sécurisation des dispositifs conventionnels*, JCP éd. S n°49, 10 décembre 2019, 1351.

• S. Tournaux, *Les interstices de la sécurisation des forfaits en jours*, Lexbase - Hebdo édition sociale n°801, 7 novembre 2019.

• RJS 12/19, n°698.

• FRS 23/19, inf. 11, p. 15.

### Limites à la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles

**Cass. soc. 3 avril 2019, n°17-11970, FP-PBRI ;**

**Cass. soc. 9 octobre 2019, n°17-16.642, FS-PB**

Dans une série d'arrêts du 27 janvier 2015 (pourvois n°13-14.773, n°13-22.179 et n°13-25437), la Chambre sociale a initié un large mouvement en faveur de la reconnaissance d'une présomption de justification des différences de traitement instituées par accord collectif. Les décisions considérées viennent cependant y mettre un sérieux coup de frein. Dans le premier arrêt abondamment commenté (Cass. soc. 3 avril 2019), la Chambre sociale énonce, en réponse à l'argumentation du demandeur au pourvoi en cassation, que la reconnaissance d'une présomption générale de justification de toutes les différences de traitement entre les salariés opérées par accords collectifs serait contraire au droit de l'Union, dans les domaines où celui-ci est mis en œuvre. La présomption de justification emporte en effet nécessité pour celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle. Sa généralisation ferait donc peser sur le seul

salarié la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité alors qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement et que les règles de preuve propres au droit de l'Union doivent s'appliquer.

Cet arrêt marque toutefois la volonté de la Cour de cassation de ne pas remettre en cause les hypothèses dans lesquelles elle a jusqu'à présent admis une présomption de justification.

Le second arrêt (Cass. soc. 9 octobre 2019) s'inscrit dans le prolongement du virage opéré par la Cour de cassation. Après avoir rappelé le régime probatoire en matière de discrimination issu de la loi du 27 mai 2008, elle énonce que quand bien même la différence de traitement en raison de l'un des motifs visés par l'article L. 1132-1 du code du travail résulterait des stipulations d'un accord collectif négocié et signé par des organisations syndicales représentatives, ces stipulations ne peuvent être présumées justifiées au regard du principe de non-discrimination (en l'espèce : différence de traitement fondée sur l'âge).

- F. Bergeron-Canut, *Présomption de justification des différences de traitement opérées par voie conventionnelle et droit de l'Union européenne*, Bull. Joly Travail n°6, 1<sup>er</sup> juin 2019, p. 30.
- J. Cavallini, *Atteinte à l'égalité de traitement et présomption de justification*, JCP éd. S n°17-18, 30 avril 2019, 1135.
- J. Daniel, *Egalité et non-discrimination : le choc des titans*, JCP éd. S n°47, 26 novembre 2019, 1336.
- O. Dutheillet de Lamothe, *Présomption de légalité des accords collectifs : une atteinte à la démocratie sociale ?*, SSL n°1858, 23 avril 2019, p. 8.
- M. Hautefort, *Egalité de traitement : comment sécuriser les accords collectifs ?*, Les Cahiers Lamy du DRH n°267, septembre 2019, p. 9 (1<sup>ère</sup> partie) et Les Cahiers Lamy du DRH n°268, octobre 2019, p. 10 (2<sup>nde</sup> partie).
- H. Nasom-Tissandier, *Discrimination et présomption de justification des différences de traitement nées d'un accord collectif*, JSL n°487-488, 17 décembre 2019, p. 26.
- M. Patin, *Vers une remise en cause de la présomption de justification d'une inégalité de*

*traitement par accord collectif ?*, Les Cahiers Lamy du CSE n°194, juillet 2019, p. 23.

- J.-E. Ray, *Une motion de défiance à l'égard de la négociation collective, A propos de l'arrêt Soc., 3 avril 2019*, Dr. soc. 2019, p. 559.
- F. Rosa, *Avantages conventionnels : une présomption de justification limitée, Observations sous Cour de cassation 3 avril 2019*, RDT 2019, p. 578.
- G. Vachet, *Absence de présomption générale de justification des différences de traitement issues des textes conventionnels*, JCP éd. G n°19, 13 mai 2019, 519.
- RJS 06/19, n°338.
- FRS 9/19, inf. 1, p. 3.
- RJS 12/19, n°676.
- FRS 23/19, inf. 3, p. 5.

## ▪ Rémunération

### Exclusion de la part patronale à l'acquisition des titres-restaurant de l'assiette du minimum conventionnel

#### Cass. soc. 3 juillet 2019, n°17-18.210, FS-PB

Pour la première fois, la Cour de cassation se prononce sur la prise en considération de la contribution patronale aux titres-restaurant afin de déterminer si le minimum conventionnel est atteint.

A défaut de dispositions conventionnelles suffisamment précises, la Cour de cassation considère que les sommes consacrées par l'employeur à l'acquisition de titres-restaurant n'entrent pas dans le calcul de la rémunération à comparer avec le salaire minimum conventionnel, ces sommes n'étant pas versées en contrepartie du travail. Elle confirme par là-même que ce dernier critère est décisif.

- A. Barège, *Exclusion du minimum conventionnel de la participation patronale aux titres-restaurant*, JCP éd. S n°39, 1<sup>er</sup> octobre 2019, 1276.
- C. Berlaud, *Composition des éléments permanents de la rémunération*, Gaz. Pal. n°30, 10 septembre 2019, p. 40.
- M. Hautefort, *Respecter le salaire minimum conventionnel*, Les cahiers Lamy du DRH n°269, novembre 2019, p. 2.

- L. Malfettes, *Exclusion du titre-restaurant de l'assiette du minimum conventionnel*, Dalloz Actualité, 22 juillet 2019.
- JSL n°483, 14 octobre 2019, p. 20 obs. D. J.-P.
- FRS 17/19, inf. 10, p. 22.
- RJS 10/19, n°571.

## ▪ Rupture du contrat de travail

**La convention de rupture conventionnelle doit être signée par les deux parties, clairement datée, avec remise d'un exemplaire au salarié**

**Cass. soc. 27 mars 2019, n°17-23.586, FS-D ;**  
**Cass. soc. 3 juillet 2019, n°18-14.414, FS-PB ;**  
**Cass. soc. 3 juillet 2019, n°17-14.232, FS-PB**

Par ces trois arrêts, la Cour de cassation précise les formalités auxquelles la validité de la convention de rupture est subordonnée.

Il importe tout d'abord que l'écrit, qui est bien évidemment indispensable, soit signé des deux parties et que la date de signature figure bien sur la convention de rupture.

En effet, les signatures formalisent le consentement de chacune des parties et, précise la Cour de cassation, seul un écrit signé ouvre le droit de rétractation et de demander l'homologation. Quant à l'absence de mention de la date de signature, elle rend incertaine cette dernière : il n'est donc pas possible de déterminer avec précision le point de départ du délai de rétractation dont bénéficient les parties et qui constitue une garantie clé pour le législateur de leur liberté de consentement.

Ensuite, la Cour de cassation précise que la remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié, dont elle a déjà affirmé le caractère obligatoire sous peine de nullité (Cass. soc. 6 février 2013, n°11-27.000), ne se présume pas. En l'espèce la Cour d'appel avait cru pouvoir dégager une présomption de remise d'un exemplaire au salarié du formulaire Cerfa utilisé pour la rupture conventionnelle qui indiquait qu'il avait été établi en double exemplaire. La Cour de cassation ne s'en contente pas : elle impose à l'employeur de justifier de la remise d'un exemplaire de la convention de rupture : la

charge de la preuve repose sur lui bien que l'acte soit conventionnel. En pratique, cela signifie qu'il est indispensable de s'aménager la preuve de ce que le salarié détient bien un exemplaire, donc de le faire signer à cette fin sur l'exemplaire employeur ou d'opérer une remise contre décharge.

- M. Favrel, *Rupture conventionnelle : des formalités substantielles*, Dalloz Actualité, 19 juillet 2019.
- J. Icard, *Un exemplaire écrit et signé de la convention de rupture doit être remis au salarié, à peine de nullité*, Bull. Joly Travail n°9, 1<sup>er</sup> septembre 2019, p. 22.
- J.-P. Lhernould, *la date de signature de la rupture conventionnelle doit être certaine*, JSL n°477, 11 juin 2019, p. 27 ; *A l'employeur de prouver la remise au salarié d'un exemplaire original de la rupture conventionnelle*, SSL n°481, 16 septembre 2019, p. 11.
- J. Mouly, *La formalité du double exemplaire, talon d'Achille de la rupture conventionnelle ?*, Dr. soc 2019, p. 984.
- J.-P. Tricoit, *Preuve de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention de rupture*, JCP éd. S n°38, 24 septembre 2019, 1267 ; *Rupture conventionnelle : conditions et conséquences de la remise au salarié d'un exemplaire de la convention*, JCP éd. S n°38, 24 septembre 2019, 1268.
- FRS 17/19 inf. 3, p. 6.
- RJS 06/19, n°347.

**Pas de mise à la retraite d'office par l'employeur lorsque le salarié avait déjà 70 ans au moment de l'embauche**

**Cass. soc. 17 avril 2019, n°17-29.017, FS-PB**

Tenant compte des restrictions apportées à la faculté de mettre un salarié à la retraite d'office depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, la Cour de cassation opère une distinction selon l'âge du salarié lors de son embauche :

- si celui-ci n'avait pas encore atteint cet âge « palier » lors de son recrutement, l'employeur peut décider de le mettre à la retraite sans son accord à compter de ses 70 ans en application de l'article L. 1237-5 du code du travail ;
- en revanche, si le salarié avait déjà atteint l'âge de 70 ans lors de son embauche, sa mise

à la retraite d'office constitue une rupture du contrat de travail fondée sur l'âge, et en tant que telle discriminatoire donc nulle.

- J. Attali-Colas, *Validité de la mise à la retraite du salarié embauché avant l'âge de la mise à retraite d'office*, JCP éd. S n°23, 11 juin 2019, 1171.
- G. Duchange, *Pas de mise à la retraite d'office du salarié dépassant la condition d'âge au moment de l'embauche*, Bull. Joly Travail n°6, 1<sup>er</sup> juin 2019, p. 18.
- FRS 13/19, inf. 6, p. 14.
- RJS 07/19, n°419.

**L'avertissement prononcé à la suite d'une convocation du salarié à un entretien préalable doit intervenir dans le délai d'un mois à compter de la date de cet entretien**

**Cass. soc. 9 octobre 2019, n°18-15.029, F-PB**

L'employeur qui entend sanctionner un salarié d'un avertissement n'est pas tenu de respecter les exigences liées à la tenue d'un entretien préalable (art. L. 1332-2 C. trav.). L'avertissement peut cependant être prononcé à l'issue d'une procédure disciplinaire initiée alors que l'employeur n'exclut pas une autre sanction. Aussi aurait-il pu convoquer le salarié à un entretien préalable à son licenciement mais finalement ne décider que d'une sanction d'avertissement. En cas d'irrégularité dans la procédure disciplinaire, doit-on alors considérer qu'il ne peut en être tenu rigueur à l'employeur, la procédure avec entretien ne s'imposant pas à lui en cas d'avertissement, ou au contraire, doit-on admettre qu'il était tenu d'en respecter l'ensemble des exigences à partir du moment où il avait choisi de l'initier ?

La Cour de cassation opte manifestement pour la seconde branche de l'alternative en considérant comme tardif l'avertissement prononcé au-delà du d'un mois à compter de la date de l'entretien.

- F. Vaccaro, T. Vaccaro, *l'employeur doit respecter les règles qu'il s'impose*, JSL n°491, 10 février 2020, p. 19.
- FRS 23/19, inf. 5, p. 8.

## ▪ Droit syndical

**Diffusion par voie numérique de tracts syndicaux et entrave à l'action syndicale**

**Cass. crim. 9 avril 2019, n°18-80.921, F-D**

Un employeur s'est opposé à la diffusion d'un tract *via* la messagerie électronique de l'entreprise à la demande d'un représentant syndical auprès du comité d'entreprise, et ce bien qu'un accord d'entreprise en organise les modalités, en considérant que cette prérogative n'appartenait qu'au délégué syndical. Il est condamné pour délit d'entrave à l'exercice du droit syndical. En effet, la Chambre criminelle relève que les dispositions légales ainsi que l'accord d'entreprise ne réservent pas la faculté de diffusion par messagerie au délégué syndical mais attribuent à chaque membre de la section syndicale, représentant syndical au comité d'entreprise compris, la qualité pour intervenir auprès de l'employeur afin qu'il y soit procédé. Les dispositions légales concernant la diffusion des communications syndicales s'inscrivent d'ailleurs dans un chapitre du code du travail relatif à la section syndicale.

- RJS 06/19, n°364.

## Les bonnes pratiques à développer

### ▪ Rupture du contrat de travail

#### Rupture de plein droit du CDD sans terme précis à la suite du licenciement du salarié remplacé

**Cass. soc. 18 septembre 2019, n°18-12.446, FS-PB**

Selon l'article L.1242-7 du code du travail, un contrat de travail à durée déterminée peut ne pas comporter de terme précis lorsqu'il est conclu pour le remplacement d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu pour maladie. Ce contrat a alors pour terme la fin de l'absence de la personne remplacée. La Chambre sociale a précisé dans une décision du 20 avril 2005 (n°03-41.490) les conséquences qu'emporte le licenciement du salarié remplacé : le contrat à durée déterminée est rompu de plein droit et a pour terme la date de la rupture du contrat de travail du salarié remplacé.

La Cour de cassation indique ici que l'employeur n'est pas tenu de notifier par écrit au salarié sous contrat à durée déterminée conclu sans terme précis pour le remplacement d'un salarié malade, la rupture du contrat arrivé à son terme en raison du licenciement de ce dernier. L'employeur peut l'informer de la fin du contrat à durée déterminée par tous moyens, y compris par un simple appel téléphonique. D'apparence souple, la solution n'en appelle pas moins à la vigilance. Il convient en effet pour l'employeur de prendre le soin :

- de se constituer la preuve de l'information du salarié
- d'informer le salarié au bon moment : ni trop tôt pour éviter le risque d'une analyse en une rupture anticipée du CDD, ni trop tard auquel cas le salarié, qui de ce fait aurait poursuivi la relation de travail au-delà du terme, pourrait demander la requalification de son contrat en CDI.

- G. Auzero, *La fin du CDD conclu pour remplacer un salarié absent*, RDT 2019, p. 635.
- D. Castel, *Relations de travail - Rompre un CDD ? Simple comme un coup de fil !*, JA 2019, n°607, p. 11.
- F. Bousez, *Echéance du CDD à terme imprécis : l'information écrite n'est pas exigée*, JCP éd. S n°43-44, 29 octobre 2019, 1308.
- W. Fraise, *Contrat à durée déterminée de remplacement : aucune notification impérative*, Dalloz Actualité, 23 octobre 2019.
- F. Gaudin, *Le terme du contrat de travail à durée déterminée*, JA 2019, n°607, p. 28.
- J. Mouly, *L'employeur n'a pas à notifier par écrit au salarié l'échéance d'un CDD à terme incertain*, Dr. soc. 2019, 1091.
- JSL n°485, 12 novembre 2019, p. 18, obs. M.-H.
- FRS 21/19, inf. 3, p. 7.
- RJS 11/19, n°618.

#### Etendue des obligations de l'employeur confronté à un avis d'inaptitude sujet à interprétations et au refus du salarié des postes proposés pour incompatibilité avec les préconisations du médecin du travail

**Cass. soc. 10 juillet 2019, n°18-15.081, F-D ;**  
**Cass. soc. 27 mars 2019, n°17-27.986 F-D ;**  
**Cass. soc. 9 janvier 2019, n°17-21.516 F-D**

La Cour de cassation n'hésite pas de longue date à « impulser » la nécessaire collaboration entre l'employeur et le médecin du travail pour la mise en œuvre de son obligation de reclassement. Dès un arrêt du 6 février 2008 (n°06-44413), elle a ainsi contraint l'employeur à solliciter de nouveau le médecin du travail lorsque le salarié contestait la compatibilité du poste proposé aux recommandations du médecin du travail. La mise en œuvre des préconisations du médecin du travail peut se révéler d'autant plus délicate que celles-ci sont sujettes à interprétations. La mention de la nécessité d'« un environnement de travail différent » met encore davantage l'employeur dans l'embarras lorsque la structure est petite et que les possibilités de reclassement apparaissent restreintes voire inexistantes

comme en l'espèce. L'employeur n'en doit pas moins solliciter le médecin du travail pour qu'il confirme que l'état de santé n'est pas compatible avec un poste dans l'entreprise ou le cas échéant précise quel aménagement de poste peut être envisagé. A défaut, l'employeur manque à son obligation de reclassement (Cass. soc. 10 juillet 2019).

En revanche, si l'employeur a fait valider au préalable le poste proposé par le médecin du travail et que celui-ci est refusé par le salarié au motif qu'il serait incompatible avec son état de santé, il n'y a pas lieu de solliciter à nouveau le médecin du travail (Cass. soc. 27 mars 2019). Par ailleurs, si c'est en vain que l'employeur sollicite le médecin du travail, ce dernier refusant de donner un avis circonstancié sur le poste de reclassement envisagé, il ne peut être reproché à l'employeur un manquement à son obligation à ce titre (Cass. soc. 9 janvier 2019).

- RJS 10/19, n°555.
- RJS 06/19, n°343.
- FRS 4/19, inf. 17, p. 35.

### **Calcul de l'indemnité pour nullité du licenciement en cas d'arrêt maladie précédant la rupture du contrat**

#### **Cass. soc. 26 juin 2019, n°18-17.120, FS-PB**

Le salarié, dont le licenciement pour motif économique est nul et qui ne demande pas sa réintégration bénéficie d'une indemnité à raison du caractère illicite de la rupture. A l'époque des faits ici considérés, antérieurs à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, cette indemnité ne pouvait être inférieure au salaire des douze derniers mois (ramenée à six mois par l'ordonnance du 22 septembre 2017).

En l'espèce, pour le calcul de cette indemnité, les juges du fond avaient tenu compte de rémunérations mensuelles brutes d'un montant réduit du fait d'arrêts de travail durant certains mois précédant la rupture. La Cour de cassation censure leur décision et énonce qu'ils devaient prendre en considération le salaire des douze derniers mois exempts d'arrêt de travail.

Rendue au visa de l'article L. 1132-1 du code du travail c'est-à-dire du principe de non-discrimination, la solution est généralisable à tous les cas de nullité du licenciement.

Elle avait déjà été consacrée par la jurisprudence pour le calcul de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de l'indemnité de licenciement.

- D. Chenu, *Discrimination : détermination de la période de référence utile à la fixation de l'indemnité de licenciement nul*, JCP éd. S n°37, 17 septembre 2019, 1256.
- RJS 10/19, n°564.

#### **▪ Clauses du contrat de travail**

### **N'est pas en soi illicite la clause de non-concurrence s'étendant sur plusieurs continents**

#### **Cass. soc. 3 juillet 2019, n°18-16.134, FS-D**

Pour qu'une clause de non-concurrence soit licite, il faut qu'elle maintienne la possibilité pour le salarié d'exercer une activité conforme à ses compétences.

Cela suppose que l'interdiction soit limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle tienne compte des spécificités de l'emploi du salarié (Cass. soc. 10 juillet 2002, pourvois n°99-43334, n°00-45387 et n°00-45135). Le juge est ainsi appelé à rechercher si le salarié se trouve ou non du fait de la clause dans l'impossibilité d'exercer une activité conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle.

Dans ces conditions, la Cour de cassation refuse la condamnation automatique d'une clause portant interdiction de concurrence sur l'ensemble du territoire national (Cass. soc. 15 décembre 2009, n°08-44848) voire comme en l'espèce sur plusieurs continents (clause couvrant d'abord l'Europe puis étendue à l'Asie). Le champ d'application géographique de la clause n'est pas à lui seul déterminant. Il importe que le juge vérifie que la clause, au regard également de son champ temporel et des spécificités de l'emploi, n'empêche pas le salarié d'occuper un nouvel emploi conforme à ses compétences.

- E. Jeansen, *L'étendue géographique de la clause de non-concurrence*, RJS 10/19, Chronique.
- J. Mouly, *Une clause de non-concurrence étendue à plusieurs continents n'est pas nécessairement illicite*, Dr. soc 2019, p. 885.
- RJS 10/19, n°562.

## ▪ Négociation collective

### Premières précisions concernant le référendum de validation d'un accord minoritaire

#### Cass. soc. 9 octobre 2019, n°19-10.816, FS-PB

Après avoir signé un accord avec l'employeur, un syndicat représentatif non majoritaire mais ayant recueilli plus de 30% des voix en faveur des organisations syndicales représentatives lui exprime son souhait de voir organisé un référendum. Il ne procède toutefois pas à la notification de sa demande de consultation des salariés aux autres syndicats comme le lui impose l'article D. 2232-6 du code du travail. C'est en réalité l'employeur qui informe un autre syndicat représentatif de celle-ci. Ce dernier, après organisation du référendum, demande l'annulation du protocole préélectoral et des opérations de consultation.

A cette occasion, la Cour de cassation précise que :

- le défaut de notification par le ou les syndicats signataires de la demande de consultation aux autres syndicats représentatifs n'affecte pas la validité de la consultation des salariés. La notification a seulement pour effet de faire courir les délais de 8 jours et 2 mois de l'article L. 2232-12 du code du travail (alinéa 3). Il en résulte que tout au plus, le défaut de notification repousse dans le temps l'organisation de la consultation ;

- l'employeur peut pallier cette carence du syndicat qui a demandé un référendum en procédant lui-même à la notification de cette demande aux autres syndicats, sans que cela ne constitue une violation de son obligation de neutralité.

Par ailleurs, la Cour de cassation lève l'ambiguïté dans la rédaction de l'alinéa 5 de

l'article L. 2232-12 du code du travail qui énonce que « participent à la consultation les salariés des établissements couverts par l'accord ». Elle admet que cette disposition exige que puisse voter l'ensemble des salariés du ou des établissements couverts par l'accord dès lors qu'ils remplissent les conditions pour être électeurs, et non pas seulement les salariés auxquels l'accord a vocation à s'appliquer.

Est toutefois réservée l'hypothèse d'un accord catégoriel au sens de l'article L. 2232-13 du code du travail. Dans ce cas, doivent uniquement participer à la consultation les salariés appartenant au collège électoral concerné par l'accord.

- G. Auzero, *Validation des accords minoritaires : précisions quant aux modalités de consultation des salariés*, Lexbase - Hebdo édition sociale n°800, 24 octobre 2019.
- F. Bergeron-Canut, *Référendum de validation d'un accord « minoritaire » : information des syndicats non signataires et salariés devant être consultés*, Bull. Joly Travail n°12, 1<sup>er</sup> décembre 2019, p. 22.
- H. Ciray, *Précisions sur la procédure de consultation des salariés en cas d'accord minoritaire*, Dalloz Actualité, 5 octobre 2019.
- J.-Y. Kerbouc'h, *Validation d'un accord minoritaire par référendum : tous les salariés de l'établissement peuvent voter*, JCP éd. S n°50, 17 décembre 2019, 1362.
- J.-P. Lhernould, *Référendum en cas d'accord signé par des DS de syndicats minoritaires : qui vote ?*, JSL n°487-488, 17 décembre 2019, p. 16.
- F. Petit, *Le référendum visant à sauvegarder un accord collectif « minoritaire »*, Dr. soc. 2020, p. 96.
- FRS 22/19, inf. 8, p. 16.
- RJS 12/19, n°713.

### Négociation déloyale du protocole d'accord préélectoral

#### Cass. soc. 9 octobre 2019, n°18-10.780, FS-PB

Manque à son obligation de loyauté dans la négociation du protocole préélectoral l'employeur qui refuse la communication d'éléments sur l'identité des salariés et leur niveau de classification, au motif qu'il ne souhaite pas "communiquer des éléments

nominatifs et confidentiels à des personnes extérieures à l'entreprise", privant ainsi le syndicat des informations nécessaires à un contrôle réel de la répartition du personnel et des sièges dans les collèges.

Ce manquement emporte nullité de l'accord (et consécutivement des élections organisées sur son fondement) peu important qu'il ait été signé à la double condition de majorité prévue par l'article L. 2314-6 du code du travail.

La Cour de cassation revient donc sur la position qu'elle avait précédemment adoptée dans un arrêt du 4 mai 2017 (n°16-18297) dans lequel elle avait écarté la possibilité de contester la validité du protocole en cas de manquement à l'obligation de loyauté dans la conduite de la négociation dès lors que la condition de la double majorité était remplie.

- L. Bordron, *Le manquement à l'obligation de négociation loyale comme cause de nullité des élections*, FRS 23/19, inf. 13, p. 23.
- B. Cottin, *Une négociation déloyale du PAP est nulle*, Les Cahiers Lamy du CSE n°198, 1<sup>er</sup> décembre 2019, p. 8.
- R. Weissmann, *Le protocole préélectoral peut être annulé s'il n'est pas négocié loyalement*, RJS 12/19, Avis.
- RJS 12/19, n°712.

### Evaluation par l'employeur des compétences liées au mandat syndical

#### Cass. soc. 9 octobre 2019, n°18-13.529, FS-PBRI

Par principe, l'employeur ne doit pas prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale d'un salarié pour prendre des décisions notamment en matière de formation, d'avancement et de rémunération (art. L. 2141-5, al. 1 C. trav.). La loi Rebsamen du 17 août 2015 a cependant prévu la négociation d'un accord collectif prenant en compte l'expérience acquise dans le cadre d'un mandat afin d'en faciliter l'exercice (art. L. 2141-5, al. 2 C. trav.). Aussi la Cour de cassation admet-elle qu'un accord collectif puisse prévoir un dispositif, facultatif pour l'intéressé, permettant une appréciation par l'employeur mais en association avec l'organisation syndicale à laquelle appartient

le salarié des compétences mises en œuvre dans l'exercice du mandat, susceptible de donner lieu à une offre de formation et dont l'analyse est destinée à être intégrée dans l'évolution de carrière du salarié.

Dans ce cadre, l'accord peut prévoir l'élaboration par l'employeur d'un référentiel destiné à identifier les compétences et leur degré d'acquisition par le salarié mandaté afin de les intégrer à son parcours professionnel, à condition qu'il présente bien un caractère objectif et pertinent excluant toute atteinte à la liberté syndicale et toute discrimination, ce qu'avaient vérifié en l'espèce les juges du fond.

- P. Adam, *Discrimination syndicale et dispositifs conventionnels d'évaluation des compétences mobilisées dans le cadre d'un mandat représentatif*, Lexbase – Hebdo édition sociale n°800, 24 octobre 2019.
- G. Auzero, *Évolution de la carrière des salariés titulaires de mandats : mode d'emploi*, Bull. Joly Travail n°11, 1<sup>er</sup> novembre 2019, p. 33.
- C. Berlaud, *Éclairage sur l'application de la nouvelle loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, Gaz. Pal. n°36, 22 octobre 2019, p. 35.
- F. Champeaux, *Un accord peut prendre en compte l'expérience acquise au titre du mandat*, SSL n°1881, 4 novembre 2019, p. 13.
- N. Dedessus-Le-Moustier, *Validité du dispositif conventionnel d'évaluation des compétences liées au mandat syndical*, JCP éd. G n°44-45, 28 octobre 2019, 1118.
- M. Hautefort, *Quelles conditions pour une évaluation spécifique des porteurs de mandat ?*, JSL n°489, 9 janvier 2020, p. 18.
- L. Jubert, *L'accord collectif sur la valorisation des parcours syndicaux à l'épreuve des principes de non-discrimination et de liberté syndicale*, RDT 2019, p. 797.
- D. Julien-Paturle, *Entretien d'appréciation des compétences : contours et limites*, JSL n°487-488, 17 décembre 2019, p. 29.
- J-Y. Kerbouc'h, *Un accord de lutte contre les discriminations syndicales ne doit pas être discriminatoire*, JCP éd. S n°45, 12 novembre 2019, 1321.
- FRS 22/19, inf. 3, p. 9.

## Modalités de rectification à la suite d'un refus de validation d'un PSE négocié

### CE 12 juin 2019, n°420084

En application de l'article L. 1233-57-2 du code du travail, il incombe à l'autorité administrative saisie d'une demande de validation d'un accord de contrôler les conditions de validité de l'accord collectif (représentativité des syndicats signataires, qualité à signer l'accord au nom du syndicat, seuil d'au moins 50%). Le présent arrêt du Conseil d'Etat vient préciser qu'en cas de refus de validation, l'employeur peut faire procéder à une nouvelle signature de l'accord collectif dans les conditions légales sans avoir à consulter le CSE. En effet, si l'article L. 1233-57-7 du code du travail autorise l'employeur en cas de refus de validation ou d'homologation à reprendre son projet et présenter une nouvelle demande après y avoir apporté les modifications nécessaires et consulté le CSE, cette consultation ne s'impose que sur les éléments initialement soumis à l'obligation de consultation. Or l'article L. 1233-30 du code du travail dispense l'employeur de l'obligation de consultation sur les éléments négociés du projet de licenciement collectif, qui en l'espèce n'avaient de surcroît pas été modifiés.

- F. Dieu, *Accord collectif portant PSE : nouvelles précisions sur le contrôle de l'Administration*, JCP éd. S n°28, 16 juillet 2019, 1212.
- M. Hautefort, *Premier arrêt significatif du Conseil d'Etat sur la validation d'un accord*, JSL n°481, 16 septembre 2019, p. 17.
- L. Malfettes, *PSE négocié : contrôle de la qualité des signataires et des modalités de consultation des IRP*, Dalloz Actualité, 27 juin 2019.
- FRS 16/19, inf. 4, p. 7.
- RJS 10/19, n°568.

## ▪ Règlement intérieur

### Obligation de dépôt du règlement intérieur dans les entreprises à établissements multiples

### Cass. soc. 26 juin 2019, n°17-31.328, F-D

D'après l'article R. 1321-2 du code du travail, le règlement intérieur doit être déposé au greffe du Conseil de prud'hommes du ressort de l'entreprise ou de l'établissement.

En l'espèce, un salarié avait été sanctionné par son employeur au titre du règlement intérieur de l'entreprise. Il s'avère cependant que celui-ci avait été déposé au greffe du Conseil de prud'hommes du siège social de l'entreprise. Le salarié contestait donc l'application de ce règlement à sa situation au motif qu'il aurait dû être déposé au greffe du Conseil de prud'hommes de chaque établissement de l'entreprise. La Cour de cassation considère toutefois que le règlement intérieur est opposable au salarié même s'il a été déposé au greffe du Conseil de prud'hommes du siège social et non du lieu de l'établissement.

Deux solutions se présentent donc à l'employeur concernant le dépôt du règlement intérieur : soit le déposer au greffe du Conseil de prud'hommes du lieu de chaque établissement y compris du siège social ; ou simplement le déposer au greffe du Conseil de prud'hommes du lieu de ce dernier. Cette dernière solution couvrira de manière automatique l'ensemble des établissements que l'entreprise compose.

- J. Icard, *De quelques précisions relatives au règlement intérieur*, Bull. Joly Travail n°9, 1<sup>er</sup> septembre 2019, p. 19.
- RJS 10/19, n°611.

### Modification du règlement intérieur sur injonction de l'inspecteur du travail : absence d'obligation de consulter une nouvelle fois les IRP

### Cass. soc. 26 juin 2019, n°18-11.230, FS-PB

L'article L. 1321-4 du code du travail impose l'obligation de consulter les représentants du personnel en cas de modification ou de retrait des clauses du règlement intérieur. Mais cette consultation reste-t-elle requise lorsque la modification résulte d'une décision de l'inspecteur du travail à la suite du contrôle

opéré par ce dernier sur le règlement intérieur ?

La Cour de cassation y apporte une réponse claire : l'employeur n'est pas tenu à consultation. En effet en cas d'injonction de l'inspecteur du travail, l'employeur est obligé de s'y conformer sous peine d'amende. Ainsi la consultation des représentants du personnel devient sans objet. Ceux-ci sont toutefois informés de la décision de l'inspecteur du travail (art. L. 1322-2 C. trav.).

- G. Auzéro, *Modification du règlement intérieur et consultation des représentants du personnel*, Bull. Joly Travail n°9, 1<sup>er</sup> septembre 2019, p. 36.
- H. Ciray, *Modification du règlement intérieur sur injonction de l'inspection du travail et consultation des IRP*, Dalloz Actualité, 30 juillet 2019.
- M. Hautefort, *Correction demandée par l'inspecteur du travail : aucune consultation n'est requise*, JSL n°482, 26 septembre 2019, p. 7.
- J.-E. Maes-Audebert, *Règlement intérieur : modification ne rime pas toujours avec consultation*, JCP éd. S n°29, 23 juillet 2019, 1224.
- FRS 17/19, inf. 14, p. 27.
- RJS 10/19, n°610.

règlement lui-même : l'employeur n'est pas tenu d'y détailler les risques encourus. En cas de contestation, l'employeur peut se prévaloir du document unique d'évaluation des risques professionnels qui identifie et détaille ces risques quand bien même le règlement intérieur n'y ferait pas référence.

- J. Icard, *De quelques précisions relatives au règlement intérieur*, Bull. Joly Travail n°9, 1<sup>er</sup> septembre 2019, p. 19.
- J. Mouly, *Alcool « tolérance zéro » : le règlement intérieur peut fixer la liste des postes concernés sans avoir à comporter lui-même de justification*, Dr. soc 2019, p. 887.
- FRS 17/19, inf. 12, p. 24.
- RJS 10/19, n°612.

## **Interdiction de toute consommation d'alcool dans le règlement intérieur**

### **CE 8 juillet 2019, n°420434**

L'employeur peut, au sein de son règlement intérieur, prévoir des dispositions limitant voire interdisant la consommation d'alcool sous certaines conditions afin de protéger la santé et la sécurité de ses salariés (art. R. 4228-20 C. trav.).

Les mesures restrictives, pour être valables, doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. L'interdiction ne saurait être générale et absolue (CE 12 novembre 2012, n°349365). En conséquence, l'employeur doit préciser les salariés concernés. Le Conseil d'Etat admet toutefois dans le présent arrêt que l'employeur peut procéder par référence aux types de postes que les salariés occupent (en l'espèce tels que conducteurs d'engins de certains types, électriciens, mécaniciens...). Par ailleurs, le Conseil d'Etat n'exige pas que la justification figure nécessairement dans le

# A savoir

## ▪ Inaptitude

### L'employeur n'est pas tenu de reclasser un apprenti en cas d'inaptitude médicale

#### Cass. soc. 9 mai 2019, n°18-10.618, FS-PB

La Chambre sociale précise que compte tenu de la finalité de l'apprentissage, l'employeur n'est pas tenu de reclasser l'apprenti déclaré inapte, ni de reprendre le versement des salaires.

La solution est logique. En effet, l'objectif de l'apprentissage est de « concourir aux objectifs d'éducation de la Nation » et de « contribuer à l'insertion professionnelle » (art. L. 6211-1 du C. trav.). Il aurait été incohérent d'envisager le reclassement de l'apprenti sur un autre poste n'ayant rien à voir avec le métier qu'il préparait et les cours dispensés dans son centre de formation. La loi « Avenir professionnel » du 5 septembre 2018, applicable aux contrats conclus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, dispense d'ailleurs dorénavant expressément l'employeur de toute obligation de reclassement en cas d'inaptitude médicale (art. L. 6222-18 C. trav.). Les dispositions relatives à l'obligation de reclassement n'ayant pas vocation à s'appliquer, le jeu des articles L. 1226-4 et L. 1226-11 du code du travail est écarté. L'apprenti ne peut dès lors prétendre à la reprise du versement de son salaire à l'issue du délai d'un mois à défaut de reclassement ou de rupture du contrat. Et la déclaration d'inaptitude faisant obstacle à la fourniture de la prestation de travail, l'employeur ne saurait être tenu de le rémunérer.

- M. Hautefort, *L'apprenti inapte ne peut bénéficier du dispositif de reclassement*, JSL n°479, 8 juillet 2019, p. 7.
- E. Jeansen, *L'apprenti atteint d'inaptitude ou l'apprentissage de la patience*, JCP S n°23, 11 juin 2019, p. 1168.
- P. Le Cohu, *Il n'y a pas d'obligation à reclasser un apprenti déclaré inapte*, Gaz. Pal. n°31, 17 septembre 2019, p. 45.

- L. Thomas, *Le régime de l'inaptitude à l'épreuve de la finalité de l'apprentissage*, RDT 2019, p. 480.
- FRS 13/19, inf. 9, p. 17.
- RJS 07/19, n°417.

### Droit du salarié inapte à l'indemnité spéciale de licenciement en cas de résiliation judiciaire de son contrat de travail

#### Cass. soc. 20 février 2019, n°17-17.744, FS-PB

A la suite d'un accident du travail dont il a été victime, un salarié saisit le juge prud'homal d'une demande en résiliation judiciaire de son contrat notamment pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité. Il est ensuite licencié pour inaptitude médicale et impossibilité de reclassement. Les juges du fond prononce la résiliation judiciaire du contrat et octroie au salarié l'indemnité spéciale de licenciement de l'article L. 1226-14 du code du travail. L'employeur contestait le droit du salarié au bénéfice de cette indemnité, la rupture du contrat résultant, non d'un licenciement pour inaptitude mais du prononcé de la résiliation judiciaire. En vain : la Cour de cassation approuve la décision des juges du fond au motif qu'ils avaient constaté le caractère professionnel de l'inaptitude et à juste titre considéré que la résiliation judiciaire produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette décision laisse planer quelques incertitudes : suffit-il réellement que le salarié ait fait l'objet d'une déclaration d'inaptitude dont l'origine est professionnelle à la date du prononcé de la résiliation judiciaire de son contrat pour qu'il puisse exiger le bénéfice de l'indemnité spéciale de licenciement ? La généralité des termes employés par la Cour de cassation dans l'arrêt le suggère mais il convient de rester prudent. En l'espèce, cette solution ne s'imposait-elle pas parce que le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité se trouvait à l'origine de l'accident et donc de l'inaptitude du salarié et justifiait par ailleurs le prononcé de la résiliation

judiciaire ? On notera toutefois que la Cour de cassation n'y fait guère allusion. Il conviendra donc de suivre avec attention les prochains arrêts sur cette question.

- M. Babin, *Inaptitude d'origine professionnelle : l'indemnité spéciale de licenciement due en cas de résiliation judiciaire*, JCP éd. S n°13, 2 avril 2019, 1098.
- W. Fraisse, *Accident du travail (inaptitude) : indemnité spéciale de licenciement en cas de résiliation judiciaire*, Dalloz Actualité, 29 mars 2019.
- M. Patin, *Résiliation judiciaire prononcée après un licenciement pour inaptitude : l'indemnité spéciale de licenciement est due*, JSL n°476, 23 mai 2019, p. 20.
- RJS 05/19, n°281.

## ▪ Rupture conventionnelle

### **Le non-respect des règles sur l'assistance des parties lors de l'entretien n'emporte pas en soi nullité de la rupture conventionnelle**

#### **Cass. soc. 5 juin 2019, n°18-10.901, FS-PB**

En application de l'article L. 1237-12 du code du travail, la faculté pour l'employeur de se faire assister lors du ou des entretiens de négociation de la rupture conventionnelle, n'est possible que si le salarié use lui-même de sa faculté d'assistance. Le salarié doit donc informer l'employeur de ce qu'il se fera assister et l'employeur l'informe à son tour de ce qu'il souhaite être assisté. Il arrive cependant en pratique que l'employeur se fasse assister sans que le salarié ne le soit. Ce cas de figure, contraire à la loi, emporte-t-il dès lors nullité de la rupture conventionnelle ? La réponse de la Cour de cassation est négative. La nullité n'est encourue que si l'assistance de l'employeur a engendré pour le salarié qui se présente seul à l'entretien une contrainte ou une pression. Cette décision s'inscrit ainsi dans la ligne jurisprudentielle selon laquelle « sauf cas de fraude ou de vice du consentement, une convention de rupture conventionnelle peut être valablement conclue ».

- H. de Brier, *Rupture conventionnelle : l'assistance de l'employeur face au salarié seul lors de l'entretien n'entraîne pas, à elle seule, la nullité de la rupture*, Gaz. Pal. n°31, 17 septembre 2019, p. 48.
- W. Fraisse, *Rupture conventionnelle : droit à l'assistance de l'employeur*, Dalloz Actualité, 2 juillet 2019.
- J. Icard, *La méconnaissance des règles relatives à l'assistance des deux parties lors de l'entretien ne justifie pas en elle-même la nullité de la rupture conventionnelle*, Bull. Joly Travail n°7, 1<sup>er</sup> juillet 2019, p. 8.
- J-P Lhernould, *Des conséquences du non-respect de la procédure d'assistance lors de l'entretien préalable à la rupture conventionnelle*, JSL n°480, 22 juillet 2019, p. 4.
- S. Tournaux, *Entretien préalable à la rupture conventionnelle et assistance de l'employeur*, Lexbase - Hebdo édition sociale n°787, 20 juin 2019.
- J-P. Tricoit, *Solitude du salarié et nullité de la rupture conventionnelle*, JCP éd. S, n°29, 23 juillet 2019, 1223.
- FRS 15/19, inf. 2, p. 5.
- RJS 8-9/19, n°482.

### **L'existence de harcèlement moral n'entraîne pas en soi la nullité de la convention de rupture**

#### **Cass. soc. 23 janvier 2019, n°17-21.550, FS-PB**

Dans la toute première décision de la Cour de cassation portant sur la rupture conventionnelle, celle-ci avait admis la nullité de la rupture conventionnelle en raison de la situation de violence morale dans laquelle se trouvait le salarié au moment de sa signature à la suite de faits de harcèlement moral (Cass. soc. 30 janvier 2013, n°11-22332).

Le présent arrêt prend le soin de préciser que la seule existence d'un harcèlement ne caractérise pas en soi le vice du consentement emportant nullité de la rupture conventionnelle. Il importe que le salarié apporte la preuve que cette situation a généré un vice du consentement (sans les faits caractérisant le harcèlement, il n'aurait pas signé). On peut comprendre le raisonnement : le harcèlement ne constitue pas en soi un vice du consentement.

Cela signifie aussi que la Cour de cassation en matière de rupture conventionnelle fait prédominer les exigences du droit commun des contrats (vices du consentement) sur les dispositions spécifiques du droit du travail qui auraient pu être mobilisées : l'article L. 1152-3 du code du travail prévoit en effet que toute rupture du contrat de travail, donc y compris la rupture conventionnelle, intervenue en méconnaissance des dispositions des articles L. 1152-1 et L. 1152-2 est nulle. Cela semblait bien le raisonnement ici suivi par la Cour d'appel et condamné par la Cour de cassation qui refuse de faire du harcèlement une cause autonome de nullité de la rupture conventionnelle.

On rappellera toutefois que les juges tiennent compte pour retenir le vice du consentement de la fragilité psychologique dans laquelle peut se trouver le salarié lors de la conclusion de la convention de rupture, que celle-ci résulte d'un harcèlement ou d'un autre facteur. Le rapport annuel de la Cour de cassation de 2013 précisait ainsi : « Si le fait que le salarié ait été victime d'un harcèlement moral ne peut suffire à caractériser une violence morale, il en va autrement lorsque ce harcèlement n'a pas cessé, et a eu pour effet de placer le salarié dans un état de fragilité psychologique tel qu'il peut penser n'avoir d'autre choix que d'accepter la rupture de son contrat de travail pour mettre fin à une situation devenue insupportable et dont les effets pourraient encore s'aggraver si elle se poursuivait. »

NB – La Cour de cassation vient ainsi d'approuver les juges du fond d'avoir conclu à la nullité de la rupture conventionnelle après avoir relevé qu'à la date de la signature de la convention de rupture, la salariée était en situation de violence morale en raison du harcèlement moral et des troubles psychologiques qui en sont découlés, caractérisant ainsi un vice du consentement (Cass. soc. 29 janvier 2020, n° 18-24.296).

- H. Barbier, *Existe-t-il un numerus clausus des vices du consentement ?*, RTD civ, 2019, n°321.
- M. Caro, *Le harcèlement moral ne suffit pas à invalider une rupture conventionnelle*, SSL n°1848, 11 février 2019, p. 9.
- J. Icard, *Le harcèlement moral n'affecte pas, en l'absence de vice du consentement, la validité de la*

*rupture conventionnelle homologuée*, Bull. Joly Travail n°2, 1<sup>er</sup> février 2019, p. 16.

- J-P. Lhernould, *Harcèlement moral et rupture conventionnelle homologuée : possible ?*, JSL n°471, 11 mars 2019, p. 4.
- G. Loiseau, *Le harcèlement moral ne vicie pas en soi le consentement*, JCP éd. S n°8, 26 février 2019, 1057.
- J. Mouly, *Résiliation conventionnelle, harcèlement moral et vice de violence : l'exclusivisme du droit commun*, Dr. soc, 2019, p. 268.
- RJS 4/19, n°208.

**Sauf fraude ou vice du consentement, n'est pas nulle la convention de rupture conclue avec un salarié inapte à la suite d'un accident du travail**

**Cass. soc. 9 mai 2019, n°17-28.767, FS-PB**

Par le passé, la Cour de cassation avait condamné la rupture amiable conclue avec un salarié victime d'une inaptitude professionnelle en ce que la possibilité de signer une rupture d'un commun accord aurait pour effet d'éviter les obligations légales de l'employeur découlant de la déclaration d'inaptitude (Cass. soc. 29 juin 1999, n°96-44.160). Il eut donc semblé logique que le même raisonnement soit suivi par la Cour de cassation en matière de rupture conventionnelle.

Soucieuse toutefois de respecter l'objectif de sécurisation des ruptures conventionnelles poursuivi par le législateur, la Cour de cassation s'en tient à la ligne jurisprudentielle qu'elle a progressivement mais fermement dégagée en se focalisant sur la liberté de consentement des parties placée au cœur du dispositif. Le principe est donc que les parties peuvent valablement conclure une rupture conventionnelle, même s'agissant d'un salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, sauf fraude ou vice du consentement. La décision en soi ne surprend pas, intervenant à la suite d'une série d'arrêts admettant la possibilité de conclure une rupture conventionnelle là où la jurisprudence d'antan voyait dans le recours à la rupture amiable une voie illicite de

contournement par l'employeur de dispositions d'ordre public.

- W. Fraisse, *Le sort de la rupture conventionnelle consécutive à un avis d'inaptitude*, Dalloz Actualité, 20 mai 2019.
- J. Icard, *Validité d'une rupture conventionnelle conclue par un salarié déclaré inapte à son poste à la suite d'un accident du travail*, Bull. Joly Travail n°6, 1<sup>er</sup> juin 2019, p. 12.
- S. Mayoux, *La Cour de cassation parachève sa libéralisation de la rupture conventionnelle : la possibilité de conclure une convention de rupture après un constat d'inaptitude*, JSL n°478, 21 juin 2019, p. 4.
- J.-P. Tricoit, *Le salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail peut conclure une convention de rupture*, JCP éd. S n°29, 23 juillet 2019, 1222.
- FRS 13/19, inf. 2, p. 7.
- RJS 07/19, n°417.

## ▪ Licenciement pour motif économique

**Point de départ du délai de prescription pour contester un licenciement pour motif économique en cas d'annulation de la décision de validation ou d'homologation du PSE par la Direccte**

**Cass. soc. 11 septembre 2019, n°18-18.414, FS-PB**

Le délai de prescription pour contester la régularité ou la validité d'un licenciement pour motif économique court à compter de la notification de celui-ci, même en cas d'annulation de la décision de validation ou d'homologation du PSE du Direccte. La Cour de cassation censure ainsi la décision des juges du fond qui avaient considéré que le point de départ du délai de 12 mois devait être fixé au jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit, à savoir à la date de la décision définitive du juge administratif statuant sur la légalité de la décision de validation ou d'homologation du Direccte.

Concrètement, cela signifie que le salarié, s'il veut préserver sa faculté de faire valoir ses droits, doit agir « préventivement » et saisir le

juge prud'homal rapidement après la notification de son licenciement sans attendre une décision sur le fond du juge administratif concernant la légalité de la décision de validation ou d'homologation du PSE.

- V. Ilieva, *Plan de sauvegarde de l'emploi et articulation des actions devant les juges administratif et judiciaire*, RDT 2019, p. 637.
- H. Tourniquet, *Que reste-t-il de l'action des salariés licenciés dans le cadre d'un PSE irrégulier ou nul ?*, RDT 2019, p. 736.
- S. Tournaux, *Extension du champ de la prescription annale du licenciement pour motif économique collectif*, SSL n°1880, 28 octobre 2019, p. 11.
- RJS 11/19, n°628.

## ▪ Rémunération

**Sanction de l'absence de communication par l'employeur des éléments permettant le calcul de la rémunération variable**

**Cass. soc. 15 mai 2019, n°17-20.615, F-D**

Certains contrats de travail comportent, en plus de la rémunération, une prime (variable) sur objectifs. Dans ce cas, l'employeur doit faire connaître ces objectifs aux salariés afin que ceux-ci puissent vérifier s'ils ont été atteints ou non. En l'espèce, le salarié n'avait pas connaissance des éléments concernant les objectifs à atteindre afin de calculer la prime d'objectifs à laquelle il pouvait contractuellement prétendre. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation rappelle qu'il appartient au juge de déterminer le montant de la rémunération variable « en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes, et, à défaut, des données de la cause ». En conséquence, il ne peut, comme l'avait admis la Cour d'appel, se contenter d'octroyer au salarié des dommages et intérêts à raison d'un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles et d'une perte de chance d'améliorer sa rémunération.

- RJS 07/19, n°405.

## ▪ Salarié protégé

**L'indemnité de requalification n'est pas due lorsque le CDD devient un CDI par l'effet de la nullité de la cessation de la relation contractuelle faute d'autorisation administrative préalable**

### Cass. soc. 5 juin 2019, n°17-24.193, FS-PB

Lorsque le CDD d'un salarié protégé arrive à son terme, l'employeur peut être tenu au préalable d'obtenir de l'inspecteur du travail une autorisation de cessation de la relation contractuelle. S'agissant de faits antérieurs à la loi du 29 mars 2018, la Cour de cassation rappelle dans le présent arrêt que cette obligation s'impose « y compris dans le cas où le contrat ne peut être renouvelé » et donc quand bien-même le contrat ne comporterait pas de clause de non-renouvellement. A défaut, la rupture est nulle et le salarié peut prétendre à une indemnité au titre de la violation de son statut protecteur. Cette nullité de la rupture implique que la relation de travail est censée s'être poursuivie au-delà du terme, le contrat devenant alors un CDI. Le salarié peut-il dès lors prétendre à l'indemnité de requalification ? On sait que la jurisprudence refuse dorénavant le bénéfice de l'indemnité de requalification lorsque le CDD devient un CDI du seul fait de la poursuite de la relation contractuelle après le terme. La Cour de cassation adopte logiquement la même solution lorsque la poursuite de la relation après échéance du CDD n'est qu'un effet de la nullité pour violation du statut protecteur.

Il se confirme ainsi que l'indemnité de requalification ne s'impose qu'en cas de requalification en CDI consécutive à une « irrégularité du contrat à durée indéterminée initial ou de ceux qui lui ont fait suite ».

NB – La loi de ratification des ordonnances du 29 mars 2018 subordonne dorénavant, dans certaines hypothèses, l'obligation de saisir l'inspecteur du travail avant échéance du CDD à la présence d'une clause de renouvellement (voir art. L. 2421-8 C. trav.).

- G. Auzero, *Rupture du CDD à l'échéance du terme et respect du statut protecteur*, Bull. Joly Travail n°9, 1<sup>er</sup> janvier 2019, p. 37.
- F. Bousez, *Absence de saisine de l'inspecteur du travail avant le terme du CDD : quid de l'indemnité de requalification ?*, JCP éd. S n°29, 23 juillet 2019, 1220.
- B. Chaumet, *Absence d'indemnité de requalification au motif d'une irrégularité du CDD lorsque ce dernier devient un CDI*, Lexbase - Hebdo édition sociale n°786, 13 juin 2019.
- J. Mouly, *Salariés protégés et CDD non renouvelable : application du statut, mais exclusion de l'indemnité de requalification*, Dr. soc, 2019, p. 786.
- JSL n°480, 22 juillet 2019, p. 25, obs. D. J.-P.
- FRS 15/19, inf. 2, p. 5.
- RJS 8-9/19, n°511.

## **Licenciement pour faute d'un salarié protégé pour des faits commis en dehors du temps de travail et du lieu de travail**

### CE 10 juillet 2019, n°408644

Le Conseil d'État rappelle dans cette décision le principe selon lequel un agissement du salarié intervenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail ne peut motiver un licenciement pour faute, sauf s'il traduit la méconnaissance par l'intéressé d'une obligation découlant de ce contrat (CE 15 décembre 2010, n°316856). Les circonstances de l'affaire sont cependant tout à fait originales. En effet, il s'agissait d'un salarié protégé qui avait utilisé de chez lui et en dehors du temps de travail les outils informatiques mis à la disposition par l'employeur pour s'introduire, sans son accord, dans la messagerie professionnelle d'une autre salariée membre de la même organisation syndicale afin de démontrer qu'elle entretenait une liaison avec l'employeur, ce qui s'était d'ailleurs ensuite révélé faux. Tout à son objectif d'établir que la salariée ne pouvait plus exercer ses fonctions syndicales en raison de la prétendue relation intime qu'elle entretenait avec l'employeur, il n'avait pas hésité à détourner de la correspondance ayant pourtant explicitement été identifiée comme ayant un caractère personnel. Le Conseil d'Etat y voit bien un

manquement du salarié à une obligation découlant de son contrat de travail et plus précisément à son obligation de loyauté, justifiant son licenciement.

- F. Bergeron-Canut, *Licenciement pour faute d'un salarié protégé pour des faits commis en dehors des temps et lieu de travail*, Bull. Joly Travail n°9, 1<sup>er</sup> septembre 2019, p. 38.
- F. Dieu, *Le licenciement du salarié protégé s'introduisant dans la messagerie professionnelle d'une collègue*, SSL n°1872, 2 septembre 2019, p. 5.
- D. Julien-Paturle, *Un représentant du personnel peut être licencié pour manquement à son obligation de loyauté*, Les Cahiers Lamy du CSE n°197, 1<sup>er</sup> novembre 2019, p. 30.
- J-Y Kerbourc'h, *Salariés protégés peut être licencié pour des faits commis en dehors de l'exécution de son contrat de travail*, JCP éd. S n°37, 17 septembre 2019, 1258.
- C. Radé, *Les salariés protégés également tenus par obligation de loyauté*, Lexbase - Hebdo édition sociale n°792, 25 juillet 2019.
- FRS 17/19, inf. 13, p. 25.
- RJS 10/19, n°582.

## ▪ Période d'essai

### Décompte de la période d'essai en cas de prise de RTT

**Cass. soc. 11 septembre 2019, n°17-21.976, FP-PB**

La période d'essai a pour but d'évaluer et d'apprécier les compétences d'un salarié recruté et son aptitude à occuper l'emploi. En cas d'absence du salarié durant la période d'essai, l'employeur ne peut procéder à une telle appréciation de telle sorte que la période d'essai doit être prolongée de la durée de l'absence. La solution était déjà acquise en cas de prise de congés payés, de congé sans solde, ou encore en cas d'arrêt de travail pour maladie ou accident du travail.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation assimile les jours de RTT à une absence justifiant la prolongation de la période d'essai. Elle précise de plus que sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires, la durée de la prolongation ne peut être limitée aux seuls

jours ouvrables inclus dans la période ayant justifié cette prolongation. En l'espèce, le salarié avait pris 5 jours continus de RTT la même semaine de telle sorte qu'il y avait lieu de comptabiliser les deux jours de week-end suivants, soit au total 7 jours de prolongation. Ces modalités de décompte devraient s'imposer quelle que soit la cause de l'absence.

- C. Berlaud, *Plusieurs questions autour de la période d'essai, de la convention collective et du fair-play de l'employeur*, Gaz. Pal. n°32, 24 septembre 2019, p. 37.
- H. Ciray, *Impact des RTT sur la durée de la période d'essai*, Dalloz Actualité, 2 octobre 2019.
- G. Duchange, *Prolongation de la période d'essai en cas d'absence : prise en compte des jours non-ouvrables*, Bull. Joly Travail n°10, 1<sup>er</sup> octobre 2019, p. 19.
- D. Fallik-Maynard, *Prise de jours RTT et prolongation de la période d'essai : l'allongement de la période d'essai s'apprécie en jours calendaires*, JCP éd. S n°41, 15 octobre 2019, 1291.
- L. Jousset, *Précisions sur la prolongation de la période d'essai en cas d'absence du salarié*, JSL n°484, 28 octobre 2019, p. 7.
- RJS 11/19, n°613.
- FRS 20/19, inf. 1, p. 2.

## ▪ Abandon de la théorie du préjudice nécessaire

### Nouvelles manifestations de l'exigence d'un préjudice du salarié en cas de manquement de l'employeur

**Cass. soc. 30 janvier 2019, n°17-27.796, F-D ; Cass. soc. 25 septembre 2019, n°17-22.224, F-D**

Dans le prolongement de son arrêt du 13 avril 2016 (n°14-28.293) qui a initié l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire, la Cour de cassation subordonne dorénavant le droit à indemnisation du salarié à la preuve d'un préjudice subi en cas de :

- manquement de l'employeur à son obligation d'indiquer dans la lettre de licenciement pour motif économique la priorité de réembauche et ses conditions de mise en œuvre (Cass. soc. 30 janvier 2019) ;

- manquement de l'employeur à son obligation d'élaborer le document unique d'évaluation des risques professionnels (Cass. soc. 25 septembre 2019).

Rappelons que l'existence et l'évaluation du préjudice relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond.

- M. Véricel, *Conséquences du défaut d'établissement du document unique d'évaluation des risques professionnels*, RDT 2019, p. 792.
- RJS 04/19, n°211.
- RJS 12/19, n°702.

## ▪ Faute inexcusable de l'employeur

**Lors d'une diminution du montant des réparations dues à la victime, la caisse doit rembourser à l'employeur les sommes excédentaires versées au titre de sa faute inexcusable**

**Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 20 juin 2019, n°18-18.595, F-PBI**

Il se peut qu'à la suite d'un recours contre une décision ayant condamné l'employeur à indemniser un salarié des préjudices subis du fait de sa faute inexcusable, le montant de l'indemnisation soit en définitive réduit. L'employeur est alors en droit de réclamer le trop-perçu par le salarié. Mais vers qui doit-il se tourner ? Vers la caisse qui, ayant directement versé au salarié son indemnisation en aura ensuite récupéré le montant auprès de l'employeur, ou vers le salarié qui a bénéficié de l'excédent d'indemnisation ?

La Cour de cassation tranche en faveur de la première option : la caisse doit rembourser à l'employeur les sommes qu'il aura versées en trop au titre de sa faute inexcusable. Elle devra alors se retourner contre le salarié afin d'en récupérer le montant.

- D. Asquinazi-Bailleux, *Auprès de qui l'employeur doit-il demander le remboursement des sommes excédentaires versées du fait de sa faute inexcusable ?*, JCP éd. S, n°35, 3 septembre 2019, 1239.
- JSL n°482, 26 septembre 2019, p. 16, obs. M. H.
- RJS 10/19, n°597.

- BSL 10/19, inf. 589.

## ▪ Obligation de consultation

**Caractère exclusivement collectif de l'obligation de consultation sur la remise au travail des personnes handicapées**

**Cass. soc. 5 juin 2019, n°18-12.861, FS-PB**

L'employeur est tenu de consulter les représentants du personnel sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les mesures prises en vue de faciliter la remise au travail des personnes handicapées. (arts. L. 2323-30 et L. 4612-11 C. trav. anc ; art. L. 2312-8 C. trav.). Un salarié, reconnu travailleur handicapé, avait cru pouvoir s'en prévaloir pour reprocher à son employeur de ne pas avoir procédé à cette consultation préalablement à sa remise au travail après un arrêt de travail. Sans réelle surprise, la Cour de cassation énonce que les dispositions du code du travail susvisées n'imposent aucunement à l'employeur de consulter les représentants du personnel sur le cas individuel de chaque travailleur handicapé. Les mesures auxquelles se rattache cette obligation de consultation sont globales et collectives et tendent à favoriser l'emploi de l'ensemble des travailleurs handicapés.

- B. Chaumet, *Cas individuel de chaque travailleur handicapé : pas d'obligation de consultation du comité d'entreprise en liaison avec le CHSCT*, Lexbase - Hebdo édition sociale n°786, 13 juin 2019.
- L. Dauxerre, *L'employeur n'a pas à consulter le comité d'entreprise sur le cas individuel de chaque travailleur handicapé*, JCP éd. S n°35, 3 septembre 2019, 1237.
- L. de Montvalon, *Du caractère collectif de la consultation des IRP sur la remise au travail des travailleurs handicapés*, Dalloz Actualité, 24 juin 2019.
- JSL n°481, 16 septembre 2019, p. 25, obs D. J.-P.
- RJS 8-9/19, n°504.

## ▪ Constitution de partie civile de

25

## **l'employeur**

### **Irrecevabilité de la constitution de partie civile de l'employeur en réparation du dommage causé par un salarié coupable du délit de harcèlement sexuel**

#### **Cass. crim. 4 septembre 2019, n°18-83.480, F-D**

Dans une décision remarquable du 14 novembre 2017 (n°16-85.161), la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait admis qu'engageait sa responsabilité civile à l'égard de son employeur le salarié reconnu coupable du délit de harcèlement moral pour le préjudice résidant dans l'atteinte portée à l'image de l'entreprise auprès des autres salariés. Le présent arrêt, quoiqu'inédit, marque un net infléchissement dans cette voie.

Est en effet censurée la décision de la Cour d'appel de Douai qui avait condamné un chef de service reconnu coupable de harcèlement sexuel à verser des dommages et intérêts à son employeur (en l'espèce une commune) à raison du discrédit que ses actes avaient jeté sur les services de la mairie. Pour ce faire, la Chambre criminelle rappelle que le délit de harcèlement sexuel relève de la catégorie des atteintes à la personne humaine dont la sanction est exclusivement destinée à protéger la personne physique. Une personne morale ne peut ainsi être considérée comme ayant personnellement souffert d'un dommage né de l'infraction de harcèlement sexuel.

Rien ne s'oppose à ce que le même raisonnement soit suivi lorsqu'un salarié se rend coupable du délit de harcèlement moral. Il conviendra donc d'être attentif aux prochaines décisions en la matière.

- A. Casado, *Constitution de partie civile, vers un retour à l'orthodoxie ?*, Bull. Joly Travail n°12, 1<sup>er</sup> décembre 2019, p. 32.
- RJS 12/19, n°679.

### **▪ Représentation du personnel**

### **Modalités de désignation des membres de la commission santé, sécurité et conditions de travail**

#### **Cass. soc. 27 novembre 2019, n°19-14.224, F-PB**

La désignation des membres d'une CSSCT, que sa mise en place soit obligatoire ou conventionnelle, résulte d'un vote des membres du CSE à la majorité des voix des membres présents lors du vote.

- F. Champeaux, *Les modalités de désignation des membres d'une CSSCT*, SSL n°1888-1889, 23 décembre 2019, p. 14.
- G. François, *Premières précisions sur la désignation des membres de la commission santé, sécurité et conditions de travail*, Bull. Joly Travail n°1, 1<sup>er</sup> janvier 2020, p. 19.

### **▪ Elections professionnelles : Représentation équilibrée des femmes et des hommes**

#### **Précisions quant à la composition des listes et au contentieux**

#### **Cass. soc. 11 décembre 2019, n°18-20.841, FS-PB ; Cass. soc. 11 décembre 2019, n°18-23.513, FS-PB ; Cass. soc. 11 décembre 2019, n°18-26.568, FS-PB ; Cass. soc. 11 décembre 2019, n°19-12.596, FS-PB ; Cass. soc. 11 décembre 2019, n°18-19.379, FS-PB ; Cass. soc. 11 décembre 2019, n°19-10.855, FS-PB**

Après avoir regroupé, au cours d'une même audience thématique, neuf dossiers sur le sujet, la Cour de cassation affirme le caractère d'ordre public des dispositions de l'article L. 2314-30 du code du travail et apporte d'utiles précisions.

Celles-ci portent tout d'abord sur la composition des listes.

- Le principe est qu'une liste doit comporter au moins un représentant de chaque sexe.

Est donc normalement condamnée la présentation par une organisation syndicale d'une candidature unique (pourvoi n°18-19.379)

Lorsque deux sièges sont à pourvoir, doit être présenté un candidat de chaque sexe (pourvoi n°18-23.513).

Au-delà de 2 sièges à pourvoir, lorsque l'organisation syndicale choisit de présenter une liste avec un nombre de candidats inférieur au nombre de sièges à pourvoir, le syndicat doit ramener le pourcentage de salariés femmes et hommes représentés dans le collège au nombre de candidats présentés pour déterminer le nombre de candidats femmes et hommes.

- Si les règles de proportionnalité et de l'arrondi conduisent à exclure totalement la représentation d'un sexe, trois options sont ouvertes lorsque deux sièges sont à pourvoir (pourvoi n° 18-26.568) : présenter un candidat de chaque sexe (art. L. 2314-30, al. 6 C. trav.) ; présenter deux candidats du sexe surreprésenté ; ou par exception, présenter un candidat unique du sexe surreprésenté. Lorsque plus de deux sièges sont à pourvoir, la liste peut parfaitement ne comprendre que des candidats du sexe surreprésenté, la présentation d'un candidat du sexe ultra-minoritaire n'étant qu'une faculté ouverte par le législateur. Le protocole préélectoral ne peut d'ailleurs pas l'imposer s'agissant d'une disposition d'ordre public (pourvoi n° 19-10.855).

Sont également précisées les règles applicables au contentieux.

Tout d'abord, la Cour de cassation ouvre la voie à une contestation de la régularité de la composition d'une liste au regard de l'article L. 2314-30 avant l'élection, bien que cela ne soit pas prévu par le législateur. Tant que les élections n'ont pas eu lieu, le juge peut ainsi déclarer la liste irrégulière et reporter le cas échéant la date de l'élection pour en permettre la régularisation (pourvoi n° 18-26.568).

En revanche, la Cour de cassation ne permet pas au syndicat qui aurait signé sans réserves le protocole, de contester après l'élection la proportion de femmes et d'hommes dans le

collège électoral mentionnée dans le protocole (pourvoi n° 18-20.841). Elle confirme ainsi que le protocole remplissant la condition de double majorité s'impose au syndicat qui, sans émettre expressément de réserves, l'a signé ou a présenté des candidats.

La Cour de cassation complète ensuite sa jurisprudence relative à la régularisation compte tenu du résultat final, d'une liste initialement irrégulière du fait du non-respect de la règle de l'alternance. Si la liste comporte la bonne proportion d'hommes et de femmes et que toute la liste est en définitive élue, elle admet en effet qu'il n'y a pas lieu à annulation (Cass. soc. 6 juin 2018, n°17-60.263). La Cour de cassation ferme cependant la porte à toute régularisation lorsque l'ordre de présentation n'est rétabli à l'issue de l'élection qu'en raison de l'éviction du candidat mal positionné du fait du nombre de ratures portées sur son nom (pourvoi n° 19-12.596).

Enfin, la Cour de cassation précise, dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure, que l'annulation de l'élection d'un candidat, en raison du non-respect de la règle de proportionnalité ou d'alternance, ne remet pas en cause sa désignation en tant que délégué syndical (pourvoi n°18-19.379).

- B. Bossu, *Représentation équilibrée femmes-hommes aux élections professionnelles : nouvelles précisions de la Cour de cassation*, JCP éd. S n°5, 4 février 2020, 1030.
- Cour de cassation, *Représentation équilibrée des femmes et des hommes lors des élections professionnelles*, Lettre de la chambre sociale, n° spécial décembre 2019.
- V. Ilieva, *Représentation équilibrée des femmes et des hommes lors des élections professionnelles : mode d'emploi*, Dalloz Actualité, 14 janvier 2020.
- Les Cahiers Lamy du CSE, n°199, janvier 2020, Actualité sociale, p. 16.
- RJS 02/20, n°102.
- FRS 01/20, inf. 10, p. 18.



### **Master 2 DGRH Formation initiale – Promotion 2019-2020**

Célia BECHICHE  
Mélanie BERNARD  
Sarah BRANDOLINI  
Laura CROQUETTE  
Valentine CRUPPE  
Maëlle DELCROIX  
Arthur DESCLOS  
Sarah DRÉNO  
Anthony EL HAYEK  
Léa ELMASRI

Héloïse LINQUETTE  
Doriane MASSON  
Lubomir MICHALAK  
Olivia MIQUEL  
Marie MOERCANT  
Margaux PETIT  
Anita PONTÉ RIMAL  
Hélène RANNOU  
Maxence SÉNÉCAUX  
Céline VAN LENTHE