

# Quinzaine du 1<sup>er</sup> au 15 octobre 2016

<b>Textes</b>	
<b>Désignation des conseillers prud'hommes</b>	<i>Décret n° 2016-1359 du 11 octobre 2016 relatif à la désignation des conseillers prud'hommes</i>
<b>Vestiaires et locaux de restauration : des simplifications en vue</b>	<i>Décret n° 2016-1331 du 6 octobre 2016 relatif aux obligations des entreprises en matière de vestiaires et de restauration sur les lieux de travail</i>
<b>Loi Travail : la journée de solidarité</b>	<i>Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels</i>
<b>Loi Travail : des droits pour les nouveaux parents</b>	
<b>Loi Travail : le motif économique de licenciement</b>	
<b>Zoom</b>	
<b>Faute grave : le vol de parapluie</b>	
<b>Jurisprudence</b>	
<b>Licenciement abusif : l'indemnité plancher de 6 mois de salaire est conforme à la Constitution</b>	<i>Cons. Const., 13 octobre 2016 : 2016-582 QPC</i>
<b>Le reclassement d'un salarié inapte en cas d'appartenance à un réseau de grande distribution</b>	<i>Cass. Soc., 22 septembre 2016 : n° 15-13.849 F-D</i>
<b>Délais de consultation du comité d'entreprise : premières décisions de la Cour de cassation</b>	<i>Cass. Soc., 21 septembre 2016 : n° 15-19.003 FS-PB Cass. Soc., 21 septembre 2016 : n° 15-13.363 FS-PBI</i>
<b>Dispense d'activité et congé maternité : la protection repoussée</b>	<i>Cass. Soc., 14 septembre 2016 : n° 15-15943</i>



# Textes



## Désignation des conseillers prud'hommes

*Décret n° 2016-1359 du 11 octobre 2016 relatif à la désignation des conseillers prud'hommes*

L'ordonnance n° 2016-388 du 31 mars 2016 relative à la désignation des conseillers prud'hommes met en place de nouvelles modalités de désignation des conseillers prud'hommes.

Le décret précise les conditions et les modalités de désignation des conseillers prud'hommes, selon lesquelles les conseillers prud'hommes sont nommés, sous certaines conditions, sur proposition des organisations syndicales et professionnelles, en fonction des sièges qui leur sont attribués par conseils de prud'hommes, section et collège sur la base de leur audience.

Il actualise dans le code du travail les références aux greffiers en chef en conformité avec les dispositions du décret n° 2015-1273 du 13 octobre 2015 portant statut particulier du corps des directeurs des services de greffe judiciaires.

Les dispositions du décret trouveront à s'appliquer dès le prochain renouvellement prud'homal en 2017.



## Vestiaires et locaux de restauration : des simplifications en vue

*Décret n° 2016-1331 du 6 octobre 2016 relatif aux obligations des entreprises en matière de vestiaires et de restauration sur les lieux de travail*

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017, un meuble de rangement à la place du vestiaire suffira pour les salariés ne portant pas de tenue de travail spécifique et le local de restauration pourra être aménagé dans les locaux sur simple déclaration à l'administration.

Deux modifications concernant l'aménagement des lieux de travail entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

### **Des vestiaires obligatoires pour certains salariés seulement**

Jusqu'à présent, l'employeur a l'obligation d'installer des vestiaires collectifs dans un local spécial, isolé des locaux de travail et de stockage et placé à proximité du passage des travailleurs.

Pour les travailleurs qui ne sont pas obligés de porter des vêtements de travail spécifiques ou des équipements de protection individuelle, l'employeur pourra désormais mettre à leur disposition, en lieu et place des vestiaires, un meuble de rangement sécurisé dédié aux effets personnels, placé à proximité des postes de travail (article R 4228-2, al. 3 nouveau).

### **Des coin-repas dans les locaux de travail sur simple déclaration**

La seconde modification concerne la restauration des travailleurs. En principe, ceux-ci ne peuvent pas prendre leur repas dans les locaux de travail (article L 4228-19). Par dérogation, l'emplacement de restauration peut, sur autorisation de l'inspection du travail et sous conditions, être aménagé dans les

locaux affectés au travail.

A compter de janvier 2017, plus besoin de demander une telle autorisation ; il suffira d'une déclaration adressée à l'agent de contrôle de l'inspection du travail et au médecin du travail par tout moyen conférant date certaine, à condition que l'activité des locaux où l'emplacement est aménagé ne comporte pas l'emploi ou le stockage de substances ou de mélanges dangereux.

Un arrêté conjoint des ministres du travail et de l'agriculture définira le contenu de cette déclaration (article R 4228-23, al. 2 modifié).



## **Loi Travail : la journée de solidarité**

*Article 8 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*

### **1) Régime en vigueur avant la loi Travail**

#### **Le principe général**

La journée de solidarité implique (article L 3133-7) :

- le travail d'une journée supplémentaire (7 heures) par les salariés sans supplément de rémunération ;
- une contribution au taux de 0,30 % sur l'ensemble des salaires bruts à la charge des employeurs.

#### **Fixation de la journée de solidarité**

La journée de solidarité est fixée par accord d'entreprise ou d'établissement ou à défaut par accord de branche.

A défaut de tels accords, l'employeur fixe unilatéralement la journée de solidarité après consultation du comité d'entreprise ou à défauts des DP (Délégués du Personnel).

Ainsi la journée de solidarité peut être effectuée par (article L 3133-7) :

- travail d'un jour férié précédemment chômé autre que le 1<sup>er</sup> mai (pour les départements de la Moselle, du Haut Rhin et du Bas-Rhin cette interdiction est élargie au jour de Noël, le 26 décembre et le vendredi saint) ;  
Toutefois, dans les départements de la Moselle, du Haut-Rhin et du Bas-Rhin, l'accord ou, à défaut, la décision de l'employeur ne peut déterminer ni le 1<sup>er</sup> et le 2<sup>nd</sup> jour de Noël ni, indépendamment de la présence d'un temple protestant ou d'une église mixte dans les communes, le Vendredi Saint comme la date de la journée de solidarité ;
- travail d'un jour de repos RTT (Réduction du Temps de Travail) mais jamais pendant un jour correspondant à un repos compensateur ;
- travail sur un jour précédemment non travaillé (comme le samedi mais jamais le dimanche au nom du respect du repos dominical ;
- travail lors d'un jour de congé conventionnel supplémentaire (comme un jour de congé d'ancienneté) mais jamais pendant un congé payé légal ;
- travail sous une forme fractionnée (7 fois une heure, 14 fois ½ heure, etc.).

#### **Rémunération (article L 3133-10)**

Pour les salariés mensualisés, aucune rémunération supplémentaire, sauf pour les heures dépassant 7h.

La durée de 7 heures est proratisée en cas d'activité à temps partiel et correspond à une journée de travail pour les salariés sous convention de forfait annuel en jours.

### **La journée de solidarité a été effectuée chez un autre employeur (article L 3133-12)**

Dans ce cas particulier, le salarié n'a alors aucune obligation d'effectuer à nouveau cette journée de solidarité :

- son refus n'est en aucun cas une faute ;
- si le salarié travaille à nouveau pendant cette journée « dite de solidarité », cette journée doit être obligatoirement payée.

### **Imputation contingent annuel (article L 3133-11)**

Les heures correspondant à la journée de solidarité, dans la limite de 7 heures (ou d'une durée proportionnelle en cas d'activité à temps partiel) :

- ne s'imputent ni sur le contingent annuel d'heures supplémentaires ;
- ni sur le nombre d'heures complémentaires prévu au contrat de travail du salarié travaillant à temps partiel.

Elles ne donnent d'autre part pas lieu à contrepartie obligatoire en repos.

## **2) Régime en vigueur depuis la loi Travail**

Les nouvelles dispositions entrent en vigueur à compter du 10 août 2016.

### **Les dispositions d'ordre public**

Au sein de la sous-section « ordre public », les articles L 3133-7 à L 3133-10 confirment les points suivants :

La journée de solidarité prend la forme :

- d'une journée supplémentaire de travail (7 heures) par les salariés sans supplément de rémunération ;
- d'une contribution au taux de 0,30 % sur l'ensemble des salaires bruts à la charge des employeurs.

Le travail accompli, dans la limite de 7 heures, durant la journée de solidarité ne donne pas lieu à rémunération :

- pour les salariés mensualisés, dans cette limite de 7 heures ;
- pour les salariés dont la rémunération est calculée par référence à un nombre annuel de jours de travail, dans la limite de la valeur d'une journée de travail.
- pour les salariés à temps partiel, la limite de 7 heures est réduite proportionnellement à la durée contractuelle.

Les heures correspondant à la journée de solidarité, dans la limite de 7 heures (ou d'une durée proratisée en cas d'activité à temps partiel) ne s'imputent :

- ni sur le contingent annuel d'heures supplémentaires ;
- ni sur le nombre d'heures complémentaires prévu au contrat de travail du salarié travaillant à temps partiel.

Ces heures ne donnent pas lieu à contrepartie obligatoire sous forme de repos.

Concernant le salarié ayant déjà effectué la journée de solidarité chez un autre employeur :

- lorsqu'il s'acquitte d'une nouvelle journée chez un autre employeur, les heures travaillées ce jour donnent lieu à rémunération supplémentaire et s'imputent sur le contingent annuel d'heures supplémentaires ou sur le nombre d'heures complémentaires prévu au contrat de travail du salarié travaillant à temps partiel. De plus, ces heures donnent lieu à contrepartie obligatoire sous forme de repos.
- le salarié est en droit de refuser d'exécuter cette journée supplémentaire de travail sans que ce

refus constitue une faute ou un motif de licenciement.

### **Champ de la négociation collective**

L'article L 3133-11 modifié par la loi travail confirme qu'un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche fixe les modalités d'accomplissement de la journée de solidarité.

Cet accord peut prévoir :

- soit le travail d'un jour férié précédemment chômé autre que le 1<sup>er</sup> mai ;
- soit le travail d'un jour de repos accordé au titre de l'accord collectif conclu en application de l'article L 3121-44 (aménagement du temps de travail sur une durée supérieur à la semaine) ;
- soit toute autre modalité permettant le travail de 7 heures précédemment non travaillées en application de stipulations conventionnelles ou des modalités d'organisation des entreprises.

### **Dispositions supplétives.**

L'article L 3133-12 modifié par la loi travail, confirme qu'à défaut de stipulation dans la convention ou l'accord conclu en application de l'article L 3133-11, les modalités d'accomplissement de la journée de solidarité sont définies par l'employeur, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent.

### **Article L 3133-12**

*A défaut de stipulation dans la convention ou l'accord conclu en application de l'article L 3133-11, les modalités d'accomplissement de la journée de solidarité sont définies par l'employeur, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent.*

D'autre part, un nouvel article est inséré dans le code du travail, traitant les dispositions particulières aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin.

Il précise ainsi que ni l'accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche, ni la décision de l'employeur visé à l'article L 3133-12 ne peuvent désigner la journée de solidarité :

- le 1<sup>er</sup> ou le 2<sup>nd</sup> jour de Noël ;
- indépendamment de la présence d'un temple protestant ou d'une église mixte dans les communes, le Vendredi Saint.



### **Loi Travail : des droits pour les nouveaux parents**

*Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*

### **Une protection de la mère renforcée**

A son retour de congé maternité, la salariée bénéficie désormais d'une protection de 10 semaines au lieu de 4 auparavant, contre la rupture de son contrat de travail. Pendant cette période de protection dite *relative*, son contrat de travail ne peut être rompu que pour :

- une faute grave non liée à sa maternité ou à sa grossesse,
- ou en raison d'une impossibilité de maintenir son contrat de travail dépourvue de tout lien avec sa maternité.

Par ailleurs, si la salariée prend immédiatement des congés payés après son congé maternité, le point de départ de la période de protection de 10 semaines est reporté à la date de reprise de la salariée.

La loi a ici codifié un principe dégagé par la jurisprudence de la Cour de cassation

Ces mêmes règles sont également applicables au congé d'adoption (articles L 1225-4 et L 1225-38).

Cette mesure entrée en vigueur le 10 août 2016, ne nécessite pas de décret d'application.

### **Une protection du père prolongée**

Cette protection contre le licenciement a été étendue au père par une loi du 4 août 2014. En d'autres termes, le père bénéficie également d'une protection *relative* contre la rupture de son contrat de travail pendant les 10 semaines qui suivent la naissance de son enfant (article L 1225-4-1).

### **Les périodes de protection contre le licenciement**

En pratique, l'employeur ne peut pas rompre le contrat de travail d'une salariée dans les cas suivants :

- lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté (protection relative licenciement interdit sauf pour faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat de travail)
- pendant le congé maternité (protection absolue : une interdiction totale de licencier y compris en cas de faute grave ou pour motif économique)
- pendant les 10 semaines après le congé maternité (protection relative)
- pendant les congés payés pris immédiatement après le congé maternité (protection absolue). En d'autres termes, la salariée qui accole des congés payés à son congé maternité pourra en principe bénéficier d'une protection absolue contre la rupture de son contrat de travail.

### **Le début de la période de protection de 10 semaines**

La période de protection débute :

- à l'issue du congé maternité à compter du jour où la salariée reprend son poste,
- à l'issue de l'arrêt pathologique lié à la grossesse,
- à l'issue des congés payés lorsque ceux-ci sont immédiatement pris à la suite du congé maternité,
- pour le père, à compter du jour de la naissance de son enfant, qu'il prenne ou non un congé de naissance ou de paternité

### **Cas de la salariée qui reprend le travail quelques jours puis prend des congés payés**

Si la salariée reprend son travail ne serait-ce que brièvement, elle ne pourra en principe plus bénéficier du mécanisme du report. En conséquence, le délai de protection de 10 semaines devrait débiter au jour de sa reprise effective dans l'entreprise. Dans ce cas, la salariée ne bénéficiera alors que d'une protection relative.

Par ailleurs, les congés payés ne devraient pas suspendre la période de protection de 10 semaines. Ce qui signifie que lorsque les congés payés ne sont pas pris immédiatement après le congé maternité, ils n'interrompent pas le délai de protection de 10 semaines. Dans ce cas, le délai de 10 semaines continue à courir pendant les congés payés.

### **Une sanction indemnitaire clarifiée**

En cas de licenciement en violation des périodes de protection liée à la maternité, une indemnité d'au moins 6 mois de salaire doit être versée au salarié qui ne demande pas sa réintégration ou lorsque celle-ci est impossible (article L 1235-3-1). La loi entérine une solution dégagée par la Jurisprudence.

L'employeur peut être condamné à rembourser à Pôle Emploi les allocations chômage versées au salarié (article L 1235-4).



## Loi Travail : le motif économique de licenciement

Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, fait évoluer le motif économique de licenciement, dans le but de sécuriser les solutions applicables. Si certaines précisions sont apportées, il est permis de penser que les litiges ne cesseront pas pour autant.

### La liste des motifs économiques de licenciement est étendue

Avant la réforme, l'article L 1233-3 du code du travail disposait que constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

Outre ces 2 notions légales, la jurisprudence avait admis que, lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation peut constituer un motif économique si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise (Cass. Soc., 5 avril 1995 : n° 93-42690) ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient (Cass. Soc., 10 décembre 2003 : n° 02-40293).

Cette situation correspond au cas où l'entreprise ne rencontre pas de difficultés économiques à proprement parler, mais où celles-ci sont néanmoins imminentes et imposent une mesure de licenciement.

Cette construction prétorienne était rendue possible par l'emploi de l'adverbe *notamment* dans l'article L 1233-3, qui autorisait un développement des motifs économiques.

Par ailleurs, la Cour de cassation jugeait que, l'énumération des motifs de licenciement économique n'étant pas limitative, la cessation d'activité de l'entreprise (non liée à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable) constituait un motif économique de licenciement (Cass. Soc., 16 janvier 2001 : n° 98-44647).

Désormais, le nouvel article L 1233-3 liste précisément les motifs économiques, qui sont donc les suivants :

- les difficultés économiques ;
- les mutations technologiques :
  - la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;
  - la cessation d'activité de l'entreprise.

**Remarque :** le nouvel article L 1233-3 emploie toujours l'adverbe *notamment* et la jurisprudence pourra donc faire évoluer le motif économique au-delà des règles légales.

### La notion de difficultés économiques est précisée

Avant la loi Travail, les contours de la notion de difficultés économiques avaient été dessinés par la Cour de cassation.

Ainsi, repose sur un motif économique réel et sérieux le licenciement opéré par une entreprise en raison de difficultés économiques persistantes (Cass. Soc., 1<sup>er</sup> février 2011 : n° 09-68039).

En revanche, la seule baisse du résultat, au cours de l'année précédant le licenciement, n'est pas de nature à caractériser les difficultés économiques invoquées dans la lettre de rupture (Cass. Soc., 8 novembre 2006 : n° 05-40894).

De même, ne procède pas d'un motif économique, le licenciement prononcé par l'employeur dans le souci de réaliser des économies sans faire état de difficultés financières (Cass. Soc., 29 avril 1998 : n° 96-40520) ou la seule perte d'un marché (Cass. Soc., 8 juin 2005 : n° 03-41410).

**Remarque :** dans les groupes de sociétés, les difficultés doivent exister au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée (Cass. Soc., 23 juin 2009 : n° 07-45668).

Avec la loi Travail, les difficultés économiques sont désormais caractérisées :

- soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation ;
- soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

L'article L 1233-3 précise qu'une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

- 1 trimestre pour une entreprise de moins de 11 salariés ;
- 2 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés ;
- 3 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 50 salariés et de moins de 300 salariés ;
- 4 trimestres consécutifs pour une entreprise de 300 salariés et plus.

Selon le texte, la matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise. Il s'agit, ici encore, de la reprise d'une solution jurisprudentielle : contrairement au motif économique, la réalité de la suppression ou de la transformation s'apprécie au niveau de l'entreprise (Cass. Soc., 16 janvier 2001 : n° 98-44461) et non au niveau du groupe auquel elle appartient.

Les dispositions de l'article L 1233-3 du code du travail entrent en vigueur au 1<sup>er</sup> décembre 2016 (article 67 de la loi Travail).



# Zoom



## Faute grave : le vol de parapluie

En l'espèce, une salariée est engagée, le 18 avril 2011, en qualité d'assistante d'agence. Convoquée à un entretien préalable au licenciement et mise à pied à titre conservatoire le 27 avril 2012, elle est licenciée pour faute grave le 16 mai 2012, pour des faits de vol d'un parapluie au préjudice d'une collègue.

La salariée saisit la juridiction prud'homale estimant son licenciement disproportionné par rapport aux faits qui lui sont reprochés.

Dans un premier temps, la cour d'appel donne raison à la salariée, relevant que le fait que le parapluie se trouvait sur le sol en mauvais état et s'était révélé inutilisable.

La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel. Les faits reprochés à la salariée ne constituant ni une faute grave, ni même une cause réelle et sérieuse de licenciement. (Cass. Soc., 13 juillet 2016, pourvoi n° 15-16170).

### **Notion fondamentale : licenciement disciplinaire d'un salarié**

L'employeur qui souhaite procéder à un licenciement disciplinaire, doit être en mesure de prouver qu'il y a eu faute du salarié.

Il n'existe pas de définition légale de la faute, la jurisprudence a permis de dégager de nombreux principes, parmi lesquels nous pouvons citer :

- une faute est en principe constituée par un acte ou une abstention volontaire ;
- constitue une faute tout agissement du salarié considéré comme fautif par l'employeur.

Le code du travail dans son article L 1132-1 évoque de nombreuses situations pour lesquelles aucun licenciement ne peut être prononcé à savoir :

- en raison de l'origine, du sexe, des mœurs du salarié ;
- de son âge ;
- de son état de santé ;
- de son handicap ;
- de sa grossesse ;
- de ses opinions politiques, religieuses ou philosophiques ;
- de son lieu de résidence (nouveau depuis la loi du 21/02/2014) ;
- de sa particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique (depuis la loi n° 2016-832 du 24/06/2016 et son article unique) ;
- etc.

Exemples de fautes disciplinaires :

- le non-respect des horaires ;
- des absences non autorisées par l'employeur ;
- le non-respect des consignes d'hygiène et de sécurité ;
- des actes d'indiscipline ;
- une tenue vestimentaire ;
- l'alcoolisme au travail ;
- le tabagisme au travail ;
- la négligence, c'est-à-dire l'exécution du travail sans y avoir apporté le soin nécessaire ;

- la baisse volontaire du rendement dans la réalisation du travail ;
- l'abandon de poste ;
- la mauvaise réalisation du travail.

Lorsque l'on évoque le licenciement disciplinaire, la notion de *faute grave* est régulièrement abordée. Il n'y a pas de définition légale à ce sujet, mais la jurisprudence retient à ce niveau quelques notions fondamentales :

- la faute grave correspond à des faits imputables au salarié qui constitue une violation du contrat de travail ;
- la faute grave ne permet pas le maintien du salarié sur son lieu de travail (le licenciement est alors prononcé sans préavis).

# Jurisprudence

## **Licenciement abusif : l'indemnité plancher de 6 mois de salaire est conforme à la Constitution**

*Cons. Const., 13 octobre 2016 : 2016-582 QPC*

Le Conseil constitutionnel était saisi, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, de l'article L 1235-3, alinéa 2, du code du travail, aux termes duquel le juge doit condamner l'employeur, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et lorsque les parties ne s'accordent pas sur une réintégration dans l'entreprise, à verser au salarié une indemnité au moins égale aux salaires des 6 derniers mois.

Une société faisait en effet valoir que cette indemnité n'est due que par les entreprises employant au moins 11 salariés et que cette différence de traitement, fondée sur le critère des effectifs, est contraire au principe d'égalité devant la loi posée par l'article 6 de la Déclaration de 1789. Elle soutenait aussi que le caractère incompressible de l'indemnité et la possibilité pour le juge de décider d'un montant supérieur méconnaissent la liberté d'entreprendre.

Le Conseil constitutionnel rejette cette argumentation.

S'agissant de l'égalité devant la loi, les Sages posent tout d'abord qu'entreprises et salariés ne sont pas placés dans une situation différente au regard des règles applicables à l'indemnisation du préjudice causé par le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Mais ils enchaînent aussitôt sur le fait que le législateur, en faisant échapper les petites entreprises à l'indemnisation plancher de 6 mois de salaire, a voulu éviter de faire peser une charge trop lourde sur les entreprises estimées économiquement plus fragiles, en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée. Ils en concluent qu'il poursuit un but d'intérêt général.

Puis le Conseil juge que, dans la mesure où les dispositions contestées ne restreignent pas le droit à réparation des salariés, le législateur pouvait limiter le champ d'application du plancher indemnitaire en retenant le critère des effectifs de l'entreprise. Si, pour les entreprises d'au moins 11 salariés, le plancher a pour objet d'éviter les licenciements injustifiés, pour celles de moins de 11 salariés, l'indemnité correspondant au seul préjudice subi, fixée sans montant minimal, apparaît suffisamment dissuasive. Le critère retenu par le législateur est donc en adéquation avec l'objet de la loi, qui consiste à dissuader les employeurs de procéder à des licenciements sans cause réelle et sérieuse.

Le Conseil constitutionnel rappelle tout d'abord que le législateur peut apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles, à condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Puis il juge qu'en voulant dissuader les employeurs de licencier sans cause réelle et sérieuse, l'article L 1235-3, alinéa 2, du code du travail met en œuvre le droit de chacun d'obtenir un emploi, qui découle du 5<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Et il décide qu'une indemnité minimale de 6 mois de salaire ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

Quant au fait d'autoriser le juge à dépasser les salaires des 6 derniers mois en fonction du préjudice subi, le Conseil considère que le législateur a mis en œuvre le principe de responsabilité découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

Les Sages en concluent que le législateur a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement

déséquilibrée entre, d'un côté, le droit à l'emploi et le principe de la responsabilité et, de l'autre, la liberté d'entreprendre.



**A savoir :** l'article L 1235-3 disposant que le juge doit condamner l'employeur, en cas de licenciement abusif, à une indemnité minimale de 6 mois de salaire est conforme à la Constitution, même si cette indemnité n'est due que par les entreprises d'au moins 11 salariés

## **Le reclassement d'un salarié inapte en cas d'appartenance à un réseau de grande distribution**

*Cass. Soc., 22 septembre 2016 : n° 15-13.849 F-D*

En l'espèce, le salarié d'une entreprise exploitant un commerce sous l'enseigne *E. Leclerc* est déclaré inapte par le médecin du travail à tout poste dans l'entreprise, mais apte à un poste d'employé commercial dans tous les autres magasins de l'enseigne. L'employeur ne prend contact avec aucun autre magasin, et licencie le salarié pour inaptitude physique et impossibilité de reclassement.

Pour justifier la procédure suivie, l'employeur met en avant son statut de commerçant indépendant. Son magasin est une structure autonome, n'appartenant pas à un groupe de sociétés, mais seulement à un réseau de distribution. Il en déduit que le périmètre de recherche de reclassement du salarié physiquement inapte est restreint à son magasin. Pour l'employeur, en préconisant un reclassement au sein du réseau *E. Leclerc*, le médecin du travail a excédé ses pouvoirs, car il a suggéré un reclassement externe à l'entreprise.

La Cour de cassation ne retient pas cette analyse. D'une part, l'avis d'inaptitude physique délivré par le médecin du travail n'ayant pas été contesté, il s'imposait aux parties. D'autre part, le critère déterminant pour fixer le périmètre de reclassement d'un salarié n'est pas le statut juridique de l'employeur, mais la possibilité de permutation de personnel (voir en ce sens, à propos de sociétés franchisées : Cass. Soc., 10-décembre 2014 : n° 13-18.679 F-D).

En l'espèce, l'employeur n'ayant pas démontré son impossibilité d'assurer une permutation du personnel avec d'autres entreprises appartenant au même réseau de distribution et ayant des activités, des objectifs et des emplois identiques, il a manqué à son obligation de reclassement.

*la société Sodichar explique qu'elle n'appartient pas à un groupe de sociétés ; qu'elle ne possède pas de lien capitalistique ou financier avec d'autres sociétés exploitant leurs activités sous la même enseigne qu'elle ; que son capital est détenu par une personne physique, M. D. et qu'elle paie une rétribution pour pouvoir utiliser l'enseigne E. Leclerc ; mais que le seul fait de revendiquer son indépendance juridique et financière ne permet pas à l'employeur de caractériser l'impossibilité d'assurer une permutation de personnel avec d'autres entreprises participant au même réseau de distribution et ayant des activités, des objectifs et des emplois identiques ; que, dès lors, la société Sodichar est défailante à démontrer qu'elle s'est acquittée de son obligation de reclassement ; que le licenciement de Mihaela F. a été prononcé sans cause réelle et sérieuse ; que le jugement sera infirmé sur ce point ;*



**A savoir :** un commerçant indépendant appartenant à un réseau doit chercher à reclasser un salarié déclaré physiquement inapte dans les autres entreprises du réseau avec lesquelles une permutation du personnel est possible

## **Délais de consultation du comité d'entreprise : premières décisions de la Cour de cassation**

*Cass. Soc., 21 septembre 2016 : n° 15-19.003 FS-PB*

Lorsqu'il est consulté dans le cadre de ses attributions économiques, le comité d'entreprise émet son avis dans un délai préfix à l'expiration duquel il est réputé, s'il n'a pas rendu d'avis, avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif (article L 2323-3).

### **Article L 2323-3**

*Dans l'exercice de ses attributions consultatives, le comité d'entreprise émet des avis et vœux.*

*Il dispose d'un délai d'examen suffisant.*

*Sauf dispositions législatives spéciales, l'accord défini à l'article L 2323-7 ou, en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le CE ou, le cas échéant, le comité central d'entreprise, adopté à la majorité des membres titulaires élus du comité, ou, à défaut d'accord, un décret en Conseil d'État fixe les délais dans lesquels les avis du CE ou, le cas échéant, du CCE sont rendus dans le cadre des consultations prévues aux articles L 2323-10, L 2323-12, L 2323-15 et L 3121-28 à L 3121-39, ainsi qu'aux consultations ponctuelles prévues à la présente section. Ces délais, qui ne peuvent être inférieurs à 15 jours, doivent permettre au CE ou, le cas échéant, au CCE d'exercer utilement sa compétence, en fonction de la nature et de l'importance des questions qui lui sont soumises et, le cas échéant, de l'information et de la consultation du ou des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.*

*A l'expiration de ces délais ou du délai mentionné au dernier alinéa de l'article L 2323-4, le CE ou, le cas échéant, le CCE est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif.*

*L'employeur rend compte, en la motivant, de la suite donnée à ces avis et vœux.*

Sauf accord ou dispositions légales spécifiques, ce délai est en principe d'1 mois mais il est porté à 2 mois en cas d'intervention d'un expert, à 3 mois en cas de saisine d'un ou de plusieurs CHSCT et à 4 mois lorsqu'une instance de coordination des CHSCT est mise en place (article R 2323-1-1).

Si les membres élus du comité estiment ne pas disposer d'éléments suffisants pour se prononcer, ils peuvent saisir le président du tribunal de grande instance afin qu'il ordonne la communication des éléments manquants. Le juge statue en la forme des référés dans les 8 jours.

La saisine du juge n'a pas pour effet de prolonger le délai, mais en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis du comité, le juge peut décider de le prolonger (article L 2323-4).

### **Article L 2323-4**

*Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le CE dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur ou, le cas échéant, mises à disposition dans les conditions prévues à l'article L 2323-9, et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations.*

*Les membres élus du comité peuvent, s'ils estiment ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du TGI statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Le juge statue dans un délai de 8 jours.*

*Cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis. Toutefois, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du CE, le juge peut décider la prolongation du délai prévu à l'article L 2323-3.*

Deux arrêts du 21 septembre 2016, l'un concernant la Banque des Antilles Françaises, l'autre la société GDF Suez, apportent des précisions importantes sur l'application de ce dispositif issu de la loi 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (Loi Rebsamen).

### **La remise des informations fixe le point de départ des délais**

Selon le code du travail, le délai de consultation du comité d'entreprise court à compter de la communication par l'employeur des informations prévues par ce code pour la consultation ou de

l'information par l'employeur de leur mise à disposition dans la base de données économiques et sociales (article R 2323-1). Pourtant, lorsque le comité d'entreprise est consulté sur un projet, le code ne détermine pas ces informations et ne peut d'ailleurs pas le faire s'agissant de consultations ponctuelles sur des projets patronaux à chaque fois spécifiques.

### **Article R 2323-1**

*Pour l'ensemble des consultations mentionnées au 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L 2323-3 pour lesquelles la loi n'a pas fixé de délai spécifique, le délai de consultation du CE court à compter de la communication par l'employeur des informations prévues par le code du travail pour la consultation ou de l'information par l'employeur de leur mise à disposition dans la base de données dans les conditions prévues aux articles R 2323-1-5 et suivants.*

Dans l'affaire concernant la Banque des Antilles françaises (n° 15-19.003 FS-PB), la Cour de cassation précise la portée de ce principe. Pour elle, le délai court à compter de la date à laquelle le comité a été mis en mesure d'apprécier l'importance de l'opération projetée et de saisir le président du tribunal de grande instance s'il estime que l'information communiquée est insuffisante.

Il est clair qu'une absence ou une quasi absence d'informations sincères et utiles sur le projet ne ferait pas courir le délai. Mais il est tout aussi clair que l'insuffisance de l'information sur le projet n'empêche pas le délai de courir. D'ailleurs, en permettant au juge de prolonger le délai en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires, l'article L 2323-4 du code du travail postule nécessairement que le délai court bien en cas d'information insuffisante.

En l'espèce, lors de la première réunion du CE de la banque sur le projet, la direction en avait effectué une présentation globale et avait remis au comité un document écrit rappelant notamment les finalités et les phases de l'opération, tandis que le comité avait désigné un expert-comptable.

Lors de cette réunion le comité avait donc bien été mis en mesure d'apprécier l'importance du projet et la nécessité, le cas échéant, d'obtenir des informations complémentaires. Le délai de 2 mois dont il disposait pour saisir le juge avait en conséquence comme point de départ le jour de cette réunion.

### **La tenue d'une réunion hors délai ne suffit pas à prolonger le délai.**

Que se passe-t-il si une réunion du comité est organisée sur le projet après expiration du délai imparti à cette instance pour rendre son avis ? La tenue de cette réunion peut-elle être considérée comme un accord implicite de l'employeur pour proroger le délai de consultation du comité ?

Dans l'arrêt Banque des Antilles françaises, la Cour de cassation répond par la négative à cette question. Pour elle, seul un accord conclu dans les conditions prévues par les articles L 2323-3 et R 2323-1 du code du travail peut permettre d'allonger ce délai.

On rappelle que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 l'employeur conclut cet accord avec le délégué syndical, ou en l'absence d'un tel délégué, avec la majorité des membres titulaires élus du comité.

### **Le juge doit être saisi et doit statuer avant l'expiration du délai**

Dans le même arrêt, la Cour de cassation décide que le juge ne pouvant accorder un nouveau délai après l'expiration du délai imparti au comité pour rendre son avis, le comité est irrecevable à agir après expiration de ce délai. Dans l'arrêt GDF Suez (n° 15-13.363 FS-PBI), elle précise que le juge doit statuer avant l'expiration de ce délai.

Ces décisions sont d'une logique juridique imparable : les délais étant des délais préfix au terme desquels le comité est légalement réputé s'être prononcé, le juge, sauf à aller contre cette vérité légale, se trouve nécessairement dessaisi par leur écoulement. Elles ont néanmoins pour effet de restreindre

considérablement la possibilité pour le comité d'entreprise de saisir le juge.

D'abord, comme le faisait remarquer le conseiller référendaire Nathalie Sabotier lors des rencontres 2014 de la chambre sociale de la Cour de Cassation, la forme ordinaire de référé est souvent inadaptée puisque, la demande étant portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heures habituels des référés (article 485 du CPC), il peut s'écouler un délai de 8 à 15 jours, et même parfois davantage, entre l'assignation et l'audience, sans compter le délai du délibéré.

Aussi, il semble préférable pour le CE d'avoir recours aux dispositions de l'article 485, alinéa 2, du code de procédure civile selon lequel si, le cas requiert célérité, le juge peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés. Le but étant d'obtenir au moins une 1<sup>ère</sup> audience avant l'expiration du délai. Selon les travaux parlementaires, il serait à ce stade loisible au juge saisi d'ordonner, à titre de mesure provisoire et avant dire droit, afin de préserver les droits du CE, une prolongation du délai jusqu'à la décision.

Mais si le délai imparti au CE pour rendre son avis n'a pas été prorogé avant dire droit, l'instance représentative du personnel se retrouve sans recours si le juge ne statue pas avant son expiration. Y compris si le retard est imputable à la juridiction, celle-ci n'ayant pas respecté le délai de 8 jours dans lequel elle doit en principe statuer. Eu égard au risque d'atteinte au droit du justiciable à un recours effectif, on peut se demander si une question prioritaire de constitutionnalité ne serait pas justifiée.

### **Un différend sur la nécessité de saisir le CHSCT porte-t-il le délai à 3 mois ?**

Dans l'affaire GDF Suez, le CCE avait été informé d'un projet le 25 mars 2014. Au cours d'une réunion tenue le 23 avril 2014, les membres du comité avaient demandé la consultation préalable des CHSCT des établissements concernés afin de disposer de leurs avis avant de se prononcer lui-même. Le 21 mai 2014, le comité central avait saisi le président du TGI afin d'obtenir la suspension de la mise en œuvre du projet dans l'attente de la saisine de ces CHSCT. Ce juge puis la cour d'appel avaient fait droit à sa demande.

La Cour de cassation désapprouve les juges du fond. Elle reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le délai de 3 mois dont disposait le CE pour donner son avis sur le projet sur lequel il avait reçu communication d'informations précises et écrites et, s'agissant d'un projet relatif à l'organisation du travail, souhaitait disposer de l'avis des CHSCT, n'était pas expiré au moment où le 1<sup>er</sup> juge avait rendu sa décision, soit le 9 juillet 2014, en sorte que ce dernier ne pouvait plus statuer sur les demandes.

Quels enseignements peut-on tirer de cette décision ?

### **L'employeur estimait que le comité aurait dû agir dans le mois**

L'employeur invoquait l'irrecevabilité de la demande du comité comme introduite plus d'1 mois après le point de départ du délai de consultation, c'est-à-dire à un moment où le comité était légalement réputé avoir été consulté. Ce point de vue de l'employeur pouvait se soutenir. Le délai qu'on pourrait qualifier de normal, ou de principe, n'est-il pas en effet le délai d'1 mois ? Si l'employeur estime que le projet ne nécessite pas la consultation des CHSCT, et ne les saisit donc pas, le comité est implicitement mais nécessairement invité à se prononcer dans le délai d'1 mois. Si le comité entend contester la décision patronale, ne doit-il pas saisir le juge sans attendre l'expiration du délai de principe (et pas seulement demander à l'employeur de bien vouloir consulter les CHSCT comme il l'a fait en l'espèce) ? La saisine du juge après l'écoulement du délai de principe peut-elle, a posteriori, tenir en échec les dispositions légales selon lesquelles le comité est réputé avoir été consulté et avoir exprimé son avis ? Pour prendre un autre exemple, on imagine mal que le comité puisse porter le délai à 2 mois en décidant plus d'1 mois après le début de la consultation de faire appel à un expert. Dans cette affaire GDF Suez, l'avis de l'avocat général était d'ailleurs à la cassation pour ce motif. Mais si la cassation est en définitive prononcée, c'est parce que la cour d'appel n'a pas recherché si le délai de 3 mois était expiré au jour où le 1<sup>er</sup> juge a statué.

Faut-il en conclure que la thèse de l'employeur était erronée ?

Si tel est le sens qu'il faut donner à l'arrêt, l'employeur, dès lors qu'existent des CHSCT et que la nécessité de les saisir pourrait être envisagée, serait bien inspiré d'attendre 3 mois avant de mettre effectivement en œuvre son projet pour le cas où le comité saisirait le juge dans ce délai. Une telle interprétation irait assurément à l'encontre des objectifs de rapidité et de sécurité juridique poursuivis par la loi et par les négociateurs sociaux puisque, pour les employeurs prudents, le délai normal deviendrait en fait un délai de trois mois...

Aussi, il convient selon nous d'être prudent sur cette interprétation de l'arrêt. A cet égard, on pourrait relever que la Cour de cassation ne reprend pas l'affirmation de la cour d'appel selon laquelle le comité *devait* disposer de l'avis des CHSCT, ce qui renvoie à une consultation obligatoire de ces derniers par l'employeur, mais seulement qu'il *souhaitait* disposer de cet avis, ce qui peut tout aussi bien renvoyer à la saisine facultative prévue par l'article L 4612-13 du code du travail, susceptible d'émaner du comité lui-même et dont il n'a pas fait usage dans le délai d'1 mois (article R 2323-1-1 dans sa rédaction résultant du décret 2016-868 du 29 juin 2016, laissant supposer que cette saisine par le CE lui-même aurait pour effet de porter le délai de consultation à 3 mois).

La question pourrait donc ne pas être réglée et l'observateur particulièrement circonspect pourrait voir, sous-entendue dans l'arrêt, la formule selon laquelle *à supposer même que le délai fut de trois mois* », *le juge ne pouvait pas* « en tout état de cause statuer après l'écoulement de ce délai.



**A savoir :** si le juge peut dans certaines circonstances décider de prolonger le délai de consultation du comité d'entreprise, il n'est pas autorisé à lui accorder un nouveau délai après expiration du délai de consultation initial

## Dispense d'activité et congé maternité : la protection repoussée

Cass. Soc., 14 septembre 2016 : n° 15-15943

En l'espèce, une salariée d'un grand groupe voit son contrat suspendu du 11 décembre 2009 au 6 août 2010 en raison d'un congé maternité. Entre temps, l'entreprise où elle exerce est en difficulté et se trouve contrainte de mettre en place un plan de restructuration. A la clé, 26 suppressions d'emplois, dont celui de la jeune femme.

Un plan de sauvegarde de l'emploi, validé par le comité d'entreprise, est mis en place pour préparer les reclassements à venir. Par lettre du 20 mai 2010, elle est informée de l'existence de 2 postes pouvant lui convenir, sur lesquels elle pourrait être reclassée, si elle se porte candidate dans les 15 jours.

A l'issue de son congé de maternité, soit le 6 août 2010, son employeur place la salariée en dispense d'activité avec maintien de sa rémunération, jusqu'au 17 septembre 2010.

Le 27 septembre 2010, la salariée est licenciée pour motif économique.

La salariée demande alors la nullité, intervenue selon elle durant la période de protection contre le licenciement d'une durée de 4 semaines, commençant à courir au jour de la reprise effective de celle-ci, à savoir le 18 septembre 2010.

Le problème ici posé est celui de la protection contre le licenciement de la salariée de retour d'un congé maternité : à partir de quand cette protection commence-t-elle à courir ? Au retour effectif de la salariée ou au terme du congé de maternité ?

Pour la salariée, la dispense d'activité avec maintien de la rémunération applicable jusqu'au 17 septembre



2010, prolongeait la protection contre le licenciement à son retour effectif dans l'entreprise, c'est-à-dire au 18 septembre.

De plus, cette protection contre le licenciement s'applique à tous les actes préparatoires au licenciement, y compris les propositions de reclassement qui lui ont été faites le 20 mai 2010.

Mais les juges ne l'entendent pas de cette oreille : la période de protection de 4 semaines commence à courir au terme du congé maternité, soit le 6 août 2010 dans cette affaire. Seule la période de congés payés accolée au congé maternité reporte d'autant cette protection.

La Cour de cassation a également soulevé l'absence d'actes préparatoires au licenciement durant le congé maternité.

Le licenciement n'est donc pas considéré comme nul et il n'est pas fait droit à la demande de la salariée.

Une solution différente avec la loi Travail

La Cour de cassation vient réaffirmer, comme elle avait déjà eu l'occasion de le faire dans un arrêt du 30 avril 2014 (n°13-12321), la suspension de la période de protection durant les congés payés accolés au congé de maternité. La période de protection contre le licenciement est donc reportée au retour de la salariée de cette période de congés payés.

Ce principe a été ajouté dans le code du travail à l'article L 1225-4, par la loi Travail du 8 août 2016. Une solution jurisprudentielle est donc devenue loi.

Cependant, en l'espèce, à l'issue du congé de maternité, le contrat de la salariée était suspendu par une dispense d'activité et non par une période de congés payés, la prorogation de la protection ne valait donc pas. Le licenciement était donc intervenu régulièrement, en dehors de toute période de protection.

Mais qu'en aurait-il été si cette affaire s'était déroulée sous l'égide de la loi Travail ? Cette loi a porté la période de protection de 4 à 10 semaines, période qui commence à courir à l'issue du congé de maternité ou à l'expiration de la période de congés payés accolée.

Si cette nouvelle rédaction du code du travail s'appliquait, le licenciement intervenu le 27 septembre aurait alors été annulé puisque la période de protection de 10 semaines aurait couru jusqu'en octobre. La loi Travail aurait donc eu un impact considérable sur cette solution.



**A savoir :** *la suspension de la période de protection durant les congés payés accolés au congé de maternité. La période de protection contre le licenciement est donc reportée au retour de la salariée de cette période de congés payés*