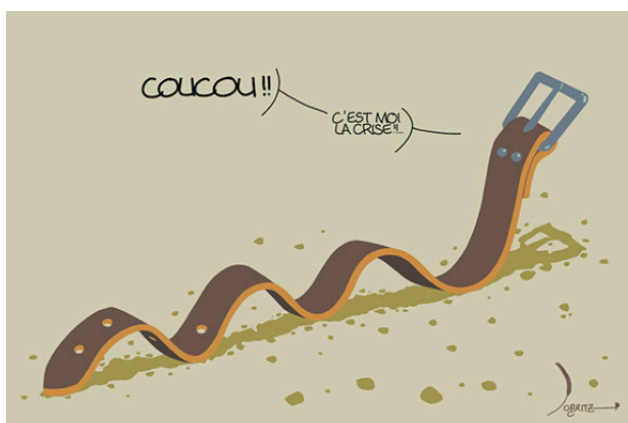


Cabinet RIERA

Lettre d'information – Février 2020

Dossier spécial : Principales jurisprudences sociales : Année 2019



AU SOMMAIRE

1. Travail du dimanche
2. Temps partiel : calcul des effectifs
3. Rémunération des temps de pause
4. Refus d'une modification du contrat de travail et licenciement
5. Barème Macron : la cour d'appel de Paris soutient la Cour de cassation
6. Modification du lieu de travail ne motive pas obligatoirement un licenciement
7. Parité femmes-hommes : composition des listes de candidats et le contentieux
8. Mise en place du CSE : autonomie de gestion d'un établissement distinct
9. Cumul : élu au CSE et représentant syndical
10. Remplacement d'un membre suppléant au CSE central
11. Représentants du personnel : volume d'heures de délégation conventionnel ou légal
12. Les NAO et la sanction du défaut de négociations
13. Ordre des licenciements économiques : substitution du critère relatif aux qualités professionnelles
14. Priorité de réembauche : fin du préjudice automatique
15. Accord de rupture conventionnelle collective : le contrôle du DIRECCTE est limité

Pour un complément d'information, les Avocats du Cabinet RIERA se tiendront à votre disposition :

✉ Maître Dominique RIERA, cabinet.riera@avocatem.com

✉ Maître Zahra AMRI-TOUCHENT, amri-touchent@avocatem.com

TEMPS DE TRAVAIL		
1	Travail du dimanche	Le recours d'un hypermarché à un prestataire de service extérieur pour s'affranchir des règles du repos dominical est illégal. Ainsi en a jugé le TGI d'Angers qui interdit au prestataire d'employer des salariés le dimanche après-midi dans cet établissement de commerce de détail alimentaire
2	Temps partiel : calcul des effectifs	Pour la prise en compte des salariés à temps partiel dans le calcul de l'effectif de l'entreprise, il appartient au juge, en cas de contestation, de vérifier que la prise en compte des heures inscrites dans leur contrat de travail correspond à la durée du travail mensuelle effectivement accomplie par les intéressés
3	Rémunération des temps de pause	Des dispositions conventionnelles qui prévoient la rémunération des temps de pause comme du temps de travail effectif n'ont aucune incidence sur la qualification de ces temps de pause en temps de travail effectif
LICENCIEMENT		
4	Refus d'une modification du contrat de travail et licenciement	Le seul refus par un salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ainsi la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique
5	Barème Macron : la cour d'appel de Paris soutient la Cour de cassation	La cour d'appel de Paris juge le barème d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse compatible avec l'article 10 de la convention 158 de l'OIT, allant ainsi dans le même sens que les avis rendus par la Cour de cassation sur le sujet
6	Modification du lieu de travail ne motive pas obligatoirement un licenciement	Ayant distingué modifications des conditions de travail avec la modification du contrat de travail, la mutation d'un salarié qui relevait de la seconde situation ne peut motiver un licenciement en cas de refus
ÉLECTIONS CSE		
7	Parité femmes-hommes : composition des listes de candidats et le contentieux	La Cour de cassation poursuit sa construction jurisprudentielle sur l'application des dispositions imposant aux listes de candidats aux élections professionnelles de respecter une représentation équilibrée entre femmes et hommes
8	Mise en place du CSE : autonomie de gestion d'un établissement distinct	Pour la Cour de cassation, l'autonomie d'un établissement peut être reconnue même si le siège de l'entreprise exerce un rôle central en matière de gestion du personnel et de fonctions support
I.R.P.		
9	Cumul : élu au CSE et représentant syndical	Un salarié ne peut pas exercer, au sein d'une même instance et dans les mêmes temps, des fonctions délibératives en tant qu'élu et des fonctions consultatives en tant que représentant syndical
10	Remplacement d'un membre suppléant au CSE central	La désignation d'un suppléant en remplacement d'un membre démissionnaire doit être prévu par un accord collectif spécifique ou une disposition spécifique du protocole d'accord préélectoral. A défaut, elle est nulle
11	Représentants du personnel : volume d'heures de délégation conventionnel ou légal	En matière de crédit d'heures de délégation, les dispositions conventionnelles plus favorables au salarié doivent primer sur le légal
12	Les NAO et la sanction du défaut de négociations	Négociations annuelle obligatoires : la Cour de Cassation rappelle que ce n'est pas l'absence d'accord qui est sanctionnée mais le défaut de négociations

LICENCIEMENTS COLLECTIFS		
13	Ordre des licenciements économiques : substitution du critère relatif aux qualités professionnelles	Le document unilatéral de l'employeur ne saurait légalement fixer des critères d'appréciation en omettant l'un de ceux fixés par le code ou en neutralisant ses effets, sauf si le critère en question ne peut être matériellement mise en œuvre lors de la détermination de l'ordre des licenciements
14	Priorité de réembauche : fin du préjudice automatique	La Cour de cassation considère qu'il n'y a pas de préjudice automatique du salarié qui n'a pas reçu l'information relative à la priorité de ré-embauchage après un licenciement économique
15	Accord de rupture conventionnelle collective : le contrôle du DIRECCTE est limité	La cour d'appel administrative de Versailles confirme que le DIRECCTE peut valider un accord de rupture conventionnelle collective en l'absence de consultation des représentants du personnel et que cet accord peut être conclu pour des raisons économiques

1. Travail du dimanche

TGI Angers, 17 octobre 2019 : ordonnance n° RG 19/00492

A savoir : le recours d'un hypermarché à un prestataire de service extérieur pour s'affranchir des règles du repos dominical est illégal. Ainsi en a jugé le TGI d'Angers qui interdit au prestataire d'employer des salariés le dimanche après-midi dans cet établissement de commerce de détail alimentaire



Le recours d'un hypermarché à un prestataire de service extérieur pour s'affranchir des règles du repos dominical est illégal. Ainsi en a jugé le TGI d'Angers qui interdit au prestataire d'employer des salariés le dimanche après-midi dans cet établissement de commerce de détail alimentaire.

En l'espèce :

En août 2019, le Groupe Casino décide, à titre expérimental, d'ouvrir son hypermarché d'Angers les dimanches après-midi de septembre avec uniquement des caisses automatiques. Ne pouvant faire travailler ses salariés le dimanche après 13h00, il fait appel, pour accompagner les clients dans leur utilisation, à un prestataire extérieur pour assurer un service d'animation de 12h30 à 21h00.

Après avoir procédé à plusieurs contrôles sur place, l'inspection du travail assigne la société prestataire en référé devant le président du TGI d'Angers, sur le fondement de l'article L 3132-31 du code du travail, pour faire cesser l'emploi illicite de salariés au sein de l'hypermarché en infraction aux dispositions relatives au repos dominical. L'union départementale des syndicats CFDT du Maine-et-Loire se porte volontaire à l'instance.

L'inspection du travail fait tout d'abord valoir que la parade utilisée par la société Casino vise uniquement à contourner l'interdiction qui s'applique à elle d'employer ses salariés le dimanche après 13 heures.

La présence des salariés de la société prestataire constitue donc, selon elle, une violation des règles d'ordre public concernant le repos dominical édictées aux articles L 3132-2 et L 3132-3 du code du travail dans la mesure où elle ne peut se prévaloir d'aucune des dérogations de droit à ce principe. En outre, l'emploi critiqué s'effectuant dans l'établissement de commerce de détail alimentaire et pour le compte de ce dernier, l'activité du prestataire entre bien dans le champ de l'article L 3132-31 du code du travail qui permet au juge des référés d'interdire l'emploi illicite de salariés le dimanche après-midi.

A l'inverse, la société prestataire considère que ces dispositions lui sont inapplicables dans la mesure où elle n'exerce pas l'activité de commerce de détail alimentaire mais une activité de prestataire de services pour entreprises. Elle soutient à ce titre que ses salariés ne sont pas mis à disposition de l'enseigne Casino pour ouvrir le magasin et effectuer le travail des préposés de celle-ci mais qu'ils sont au contraire chargés d'une mission propre.

Si, dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche (*Article L 3132-3*), de nombreuses dérogations, limitativement énumérées par le code du travail, sont toutefois prévues (*Articles L 3132-12 et s.*).

Après avoir confirmé que les actions en cause étaient régulièrement engagées sur le fondement de l'article L 3132-31 du code du travail, le juge des référés, pour faire droit aux demandes de l'inspection du travail et du syndicat, passe en revue les dérogations au repos dominical prévues par le code du travail (*dont il rappelle qu'elles sont d'interprétation et d'application strictes*) et invoquées par la société prestataire, avant d'en écarter l'application.

En l'espèce, la société prestataire ne peut se prévaloir d'aucune des dérogations permanentes de droit au principe du repos dominical prévues aux articles L 3132-12 et suivants du code du travail dès lors que ni la catégorie d'établissement à laquelle elle appartient, ni les activités effectuées par ses salariés les dimanches après-midi dans l'enceinte de l'hypermarché ne figurent dans la liste limitative visée à l'article R 3132-5 du code du travail.

La société prestataire soutenait qu'elle relevait de la dérogation de droit concernant les espaces de présentation et d'exposition permanente dont l'activité est exclusive de toute vente au public, réservés aux producteurs, revendeurs ou prestataires de services prévus par l'article R 3132-5 du code du travail.

Le juge des référés ne retient pas plus les autres dérogations prévues par le code du travail, qu'il s'agisse de dérogations conventionnelle, préfectorale, sur fondement géographique ou d'autorisation du maire.

Il écarte enfin l'existence d'une dérogation prévue par la convention collective des prestataires de service dont se prévalait le prestataire.

Celui-ci invoquait notamment un accord annexé à la convention collective nationale des prestataires de services dans le domaine du tertiaire prévoyant que *les dimanches et jours fériés sont considérés comme des jours de travail habituels dans le cadre de prestations à caractère évènementiel. Toutefois, le travail du dimanche sera limité à 20 dimanches par an et par salarié.*

Pour le président du TGI d'Angers, l'infraction au repos dominical est bien constituée. En l'absence de dérogation admise, il interdit donc à la société prestataire d'employer des salariés le dimanche après 13 heures dans l'établissement de commerce de détail alimentaire hypermarché Casino, et ce sous astreinte de 5 000 € par infraction constatée.

2. Temps partiel : calcul des effectifs

Cass. Soc., 25 septembre 2019 : n° 18-60.206

A savoir : pour la prise en compte des salariés à temps partiel dans le calcul de l'effectif de l'entreprise, il appartient au juge, en cas de contestation, de vérifier que la prise en compte des heures inscrites dans leur contrat de travail correspond à la durée du travail mensuelle effectivement accomplie par les intéressés



La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que ces salariés ne peuvent être comptés dans l'effectif au prorata des horaires inscrits dans leur contrat de travail qu'autant qu'ils sont vraiment salariés à temps partiel au sens du code du travail, le juge devant vérifier en conséquence, lors de contentieux, que la durée de travail mensuelle effectivement accomplie par les intéressés est inférieure au plafond légal (*Cass. Soc., 7 mars 1990 : n° 89-60.156*).

Ainsi, les juges du fond doivent se référer à la durée du travail effectivement accomplie par l'intéressé et ne pas s'en tenir à la durée inscrite dans son contrat, sans quoi sa décision encourt la cassation. C'est ce que confirme la chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 25 septembre 2019.

En l'espèce

Un employeur, estimant que l'effectif de son entreprise était inférieur à 50 salariés, avait saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation de la désignation d'un représentant de section syndicale.

Mais le juge avait constaté que, dans le décompte fourni par l'employeur, qui faisait apparaître un seuil d'effectifs variant entre 48,10 et 57,41 salariés au cours des 12 derniers mois, les heures de travail effectuées par les enseignants à temps partiel, en sus de leurs heures contractuelles, dans le cadre des stages proposés aux élèves, n'avaient pas été prises en compte.

Il en a déduit, à raison, que l'employeur n'apportait pas la preuve que le seuil d'effectif avait été inférieur à 50 salariés sur la période litigieuse, puisque certaines heures accomplies par les salariés à temps partiel avaient été *oubliées*.

En effet, comme le rappelle par ailleurs cet arrêt, en cas de litige, c'est à l'employeur de prouver que le seuil d'effectif de l'entreprise ou l'établissement est inférieur à celui permettant la désignation d'un représentant du personnel (*Cass. Soc., 24 mai 2006 : n° 04-44.939 ; Cass. Soc., 27 janvier 2010 : n° 09-60.249*).

3. Rémunération des temps de pause

Cass. Soc., 22 mai 2019 : n° 17-2691

A savoir : des dispositions conventionnelles qui prévoient la rémunération des temps de pause comme du temps de travail effectif n'ont aucune incidence sur la qualification de ces temps de pause en temps de travail effectif



En l'espèce :

Un salarié et 26 autres saisissent la juridiction prud'homale de demandes en paiement à titre de rappel de rémunération du temps de pause avec congés payés afférents. Ils considèrent en effet que les temps de pause, rémunérés comme du temps de travail effectif, doivent alors s'ajouter à ce dernier, permettant notamment le déclenchement d'heures supplémentaires.

La Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, dans son arrêt du 25 juillet 2017, donne dans un premier temps raison aux salariés.

Mais la Cour de cassation ne partage pas cet avis, indiquant que :

- les dispositions conventionnelles qui prévoient la rémunération des temps de pause comme du temps de travail effectif n'ont aucune incidence sur la qualification de ces temps de pause en temps de travail effectif, au regard des dispositions de l'article L 3121-1 du code du travail ;
- ces temps de pause ne doivent pas, en conséquence, être ajoutés au temps de travail effectif du salarié.

Rappel : le temps de pause minimum se retrouve au sein des articles L 3121-16 (*ordre public*) et L 3121-17 (*champ de la négociation collective*).

Ce temps de pause est fixé à 20 minutes consécutives dès que le temps de travail quotidien atteint 6 heures. La fixation d'un temps de pause supérieur peut être réalisée par :

- une convention ;
- un accord d'entreprise ou d'établissement ;
- ou, à défaut, une convention ou un accord de branche.

Il en ressort qu'il n'existe pas légalement de *temps de repas*, ce dernier se confondant avec le temps de pause (*sauf dispositions conventionnelles plus favorables ou usages dans l'entreprise*).

Le temps nécessaire à la restauration ainsi que les temps consacrés aux pauses sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque les critères définis à l'article L 3121-1 sont réunis, à savoir que le salarié :

- est à la disposition de l'employeur ;
- et se conforme à ses directives ;
- sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

Dans le cadre du champ de la négociation collective, l'article L 3121-6 (*auparavant consacré au régime d'astreinte*) confirme que les temps de restauration et de pause, même lorsque ceux-ci ne sont pas reconnus comme du temps de travail effectif, peuvent faire l'objet d'une rémunération selon :

- une convention ;
- un accord d'entreprise ou d'établissement ;
- ou à défaut, une convention ou un accord de branche.

Dans le cadre du champ des *dispositions supplétives*, l'article L 3121-8 confirme qu'à défaut d'accords prévus aux articles L 3121-6 et L 3121-7, le contrat de travail peut fixer la rémunération des temps de restauration et de pause.

4. Refus d'une modification du contrat de travail et licenciement

Cass. Soc., 28 mai 2019 : n°17-17929

A savoir : le seul refus par un salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ainsi la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique



En l'espèce :

2 salariées occupant, en dernier lieu, les fonctions respectives de responsable de magasin, directrice adjointe du magasin et responsable rayon.

Elles sont licenciées par lettre du 24 avril 2015 pour *refus de poursuivre vos fonctions sur le magasin de (...) suivant une même structure de rémunération contractuelle globale, avec un taux de commissionnement adapté à la surface (...) de votre rayon.*

Les salariés saisissent la juridiction prud'homale, contestant leur licenciement.

La Cour d'appel de Reims, par arrêt du 15 mars 2017, donne raison aux salariés. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel, indiquant à cette occasion que :

- d'une part, que le seul refus par un salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ;
- d'autre part, que la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique.

Arrêt du 28 mai 2019

Mais attendu, d'une part, que le seul refus par un salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ;

Attendu, d'autre part, que la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique ;

Et attendu qu'il résulte des constatations de la cour d'appel que le motif de la modification du contrat de travail refusée par les salariées résidait dans la volonté de l'employeur de modifier le taux de rémunération variable applicable au sein du magasin de (...) compte tenu de l'augmentation sensible de la surface de vente et qu'il n'était pas allégué que cette réorganisation résultait de difficultés économiques ou de mutations technologiques ou qu'elle fût indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, en sorte que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse ;

Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation prononce un arrêt, rappelant que le seul refus du salarié ne saurait motiver son licenciement :

- Cass. Soc., 11 juillet 2018 : n° 17-12747
- Cass. Soc., 28 janvier 2005 : n° 03-40639

5. Barème Macron : la cour d'appel de Paris soutient la Cour de cassation

CA Paris, 30 octobre 2018 : n° 16/05602

A savoir : la cour d'appel de Paris juge le barème d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse compatible avec l'article 10 de la convention 158 de l'OIT, allant ainsi dans le même sens que les avis rendus par la Cour de cassation sur le sujet



Après les nombreuses décisions divergentes des conseils de prud'hommes sur la conventionnalité du barème *Macron*, la bataille se joue désormais au niveau des cours d'appel. Ainsi, après celle de Reims, c'est au tour de la cour d'appel de Paris de se prononcer : dans un arrêt moins argumenté, celle-ci valide le barème sans prévoir de dérogation possible.

Pour rappel, le barème *Macron*, inséré à l'article L 1235-3 du code du travail par l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017, prévoit une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse comprise entre un minimum et un maximum variant en fonction de l'ancienneté du salarié, le minimum étant moins élevé pour les 10 premières années d'ancienneté si l'employeur occupe moins de 11 salariés, avec un maximum de 20 mois de salaire pour les salariés ayant au moins 30 ans d'ancienneté.

Comme dans bien d'autres affaires, le salarié abusivement licencié et différentes organisations syndicales contestaient la conformité du barème aux articles 24 de la Charte sociale européenne et 10 de la Convention 158 de l'OIT exigeant l'octroi d'une indemnité adéquate appropriée aux travailleurs licenciés sans motifs valables.

La cour d'appel de Paris décide que l'article 24 de ladite Charte n'a pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers ; ses dispositions ne peuvent donc pas être invoquées par un salarié dans un litige l'opposant à son employeur.

Elle reconnaît en revanche un tel effet à l'article 10 de la Convention précitée et juge que *la mise en place d'un barème n'est pas en soi contraire aux textes [...] imposant aux États, en cas de licenciement injustifié, de garantir au salarié une indemnité adéquate ou une réparation appropriée, le juge français, dans le cadre des montants minimaux et maximaux édictés sur la base de l'ancienneté du salarié et de l'effectif de l'entreprise, gardant une marge d'appréciation.*

Cette solution va tout à fait dans le sens des avis rendus par la Cour de cassation le 17 juillet 2019 (*Avis Cass., 17 juillet 2019 : nos 19-70.010 et 19-70.011*), même si le juge parisien n'y fait pas expressément référence.

On notera que la cour d'appel a rejeté les arguments avancés par les organisations syndicales selon lesquels les dispositions de l'article L 1235-3 du code du travail porteraient une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un juge et à un procès équitable en méconnaissance des articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés

fondamentales (CEDH) et seraient contraires au principe de non-discrimination reconnu par les articles 20, 21 et 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. S'agissant du premier de ces textes, le juge décide, comme la Cour de cassation dans ses avis précités, que lesdites dispositions n'entrent pas dans son champ d'application dans la mesure elles ne constituent pas un obstacle procédural entravant l'accès des salariés à la justice.

Le barème prévu à l'article L 1235-3 du code du travail, dont la conventionalité est reconnue, doit s'appliquer.

En l'espèce :

Le salarié, ayant au jour de son licenciement une ancienneté de 16 ans, était en droit d'obtenir en vertu de ce texte entre 3 et 13,5 mois de salaire bruts.

Relevant que l'intéressé était âgé de 45 ans lors de la rupture de son contrat de travail et justifiait d'une situation de chômage indemnisé pendant 15 mois puis suivi d'une formation rémunérée, le juge lui a accordé une indemnité d'un montant de 67 900 € correspondant à l'équivalent de 13 mois de salaires bruts, somme jugée adéquate au préjudice né du caractère infondé du licenciement.

Contrairement à ce que pouvait laisser croire un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris (*CA Paris, 18 septembre 2019 : n° 17/06676*), celle-ci ne prévoit pas, dans sa décision du 30 octobre 2019, la possibilité pour le juge de déroger au barème lorsque l'indemnisation qui y est prévue apparaît inappropriée au cas particulier.

Sa position diverge ainsi de celle adoptée par la cour d'appel de Reims le 25 septembre 2019. En effet, le juge rémois distingue le contrôle de conventionalité de la règle de droit elle-même (*contrôle in abstracto*) de celui de son application dans les circonstances de l'espèce (*contrôle in concreto*). Elle juge ainsi que *le contrôle de conventionalité ne dispense pas, en présence d'un dispositif jugé conventionnel, d'apprécier s'il ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits du salarié concerné*. Ainsi, tout en reconnaissant la conformité du barème aux textes internationaux, il admet que le juge peut déterminer, dans chaque cas d'espèce, si le barème peut être appliqué ou doit être écarté lorsque son application porterait atteinte au droit à une réparation adéquate (*CA Reims, 25 septembre 2019 : n° 19/00003*).

6. Modification du lieu de travail ne motive pas obligatoirement un licenciement

Cass. Soc., 20 février 2019 : n° 17-24094

A savoir : ayant distingué modifications des conditions de travail avec la modification du contrat de travail, la mutation d'un salarié qui relevait de la seconde situation ne peut motiver un licenciement en cas de refus



En l'espèce :

- Une salariée est engagée le 21 août 1997 en qualité de comptable.
- Elle est licenciée le 21 novembre 2014 pour avoir refusé de rejoindre son nouveau lieu de travail.
- Contestant cette mesure, la salariée saisit la juridiction prud'homale.

La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 27 juin 2017, donnant raison à la salariée.

Il est en effet confirmé que :

- le nouveau lieu de travail était distant de 80 km du précédent et n'appartenait pas au même bassin d'emploi ;
- ce qui constituait une modification du contrat de travail et non un simple changement des conditions de travail ;
- de sorte que le licenciement prononcé pour faute grave en raison du refus du salarié, devait être considéré comme intervenu sans cause réelle et sérieuse.

Une fois encore, le présent arrêt de la Cour de cassation distingue la modification des conditions de travail avec la modification du contrat de travail.

Selon la situation, le refus du salarié n'a pas les mêmes conséquences.

En règle générale, une fois que les deux parties sont d'accord sur le contenu du contrat de travail, les clauses y figurant ne peuvent plus être révoquées que par leur consentement mutuel, sous réserve cependant, des clauses ayant seulement valeur informative.

C'est ainsi que nous pouvons rencontrer des situations pour lesquelles :

- une modification du contrat de travail existe ;
- ou bien seules les conditions d'exécution du travail sont modifiées.

Il n'existe pas de définition légale de la modification du contrat de travail ou des modifications des conditions de travail.

C'est la jurisprudence par ses différents jugements qui fait « avancer les choses », deux définitions peuvent être données.

La modification du contrat de travail consiste à modifier un élément essentiel ou jugé essentiel.

Lorsque la modification est désirée pour un motif personnel :

- l'employeur n'est pas en droit de l'imposer au salarié ;
- le salarié est en droit de refuser ;
- le refus par le salarié n'est pas une faute pouvant entraîner une sanction disciplinaire.

Lorsque la modification est envisagée pour un motif économique :

- la modification est alors motivée dans l'intérêt de l'entreprise ;
- elle s'intègre dans le cadre d'un licenciement économique ;
- l'employeur n'est pas en droit de l'imposer au salarié.

¶

La modification des conditions de travail : il s'agit pour les juges de simples modifications des conditions de travail. Cela ne porte pas sur un élément jugé essentiel dans le contrat de travail.

Le refus par le salarié constitue alors une cause réelle et sérieuse de licenciement, mais pas une faute grave (*ce que l'employeur avait présentement invoqué dans la présente affaire*).

7. Parité femmes-hommes : composition des listes de candidats et le contentieux

Cass. Soc., 11 décembre 2019 : n° 19-10.826
Cass. Soc., 11 décembre 2019 : n° 18-23.513
Cass. Soc., 11 décembre 2019 : n° 18-19.379
Cass. Soc., 11 décembre 2019 : n° 18-26.568
Cass. Soc., 11 décembre 2019 : n° 18-20.841
Cass. Soc., 11 décembre 2019 : n° 19-12.596

A savoir : la Cour de cassation poursuit sa construction jurisprudentielle sur l'application des dispositions imposant aux listes de candidats aux élections professionnelles de respecter une représentation équilibrée entre femmes et hommes



La chambre sociale de la Cour de cassation a rendu, le 11 décembre dernier, toute une série d'arrêts apportant plusieurs indications utiles sur la mise en œuvre des dispositions relatives à la représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidats présentées aux élections professionnelles.

1. Composition des listes quand plusieurs sièges sont à pourvoir dans un collège mixte

a. La liste doit toujours comporter au moins un représentant de chaque sexe

Les listes de candidats titulaires et suppléants aux élections professionnelles doivent comporter un nombre de femmes et d'hommes correspondant à leur part respective sur la liste électorale et alterner un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes (*article L 2314-30, al. 1*).

Lorsque l'application de ces dispositions n'aboutit pas à un nombre entier de candidats à désigner pour chacun des 2 sexes, ce nombre est arrondi à l'entier supérieur en cas de décimale supérieure ou égale à 5 et à l'entier inférieur en cas de décimale strictement inférieure à 5 (*article L 2314-30, al. 2 à 4*).

Selon la Cour de cassation, pour être conformes à ces dispositions, les listes de candidats présentées par les organisations syndicales lorsque plusieurs sièges sont à pourvoir doivent non seulement respecter la proportion de la part des hommes et des femmes dans le collège électoral considéré mais aussi comporter au moins un candidat au titre du sexe sous-représenté.

Confirmant une solution récente (*Cass. Soc., 9 mai 2018 : n° 17-14.088*), elle juge ainsi dans l'affaire n° 18-23.513 dans laquelle 2 sièges étaient à pourvoir qu'une liste ne présentant qu'un candidat homme alors qu'un des sièges devait être attribué à une femme est irrégulière et que l'élection de ce candidat doit être annulée.

Concernant les cas où plus de 2 sièges sont à pourvoir, la Haute Juridiction maintient également la position adoptée dans un arrêt du 17 avril 2019 (*Cass. Soc., 17 avril 2019 : n° 17-26.724*). Dans un tel cas, elle considère que, si un syndicat présente une liste incomplète, l'application de la règle de

l'arrondi ne peut pas conduire à éliminer toute représentation du sexe sous-représenté qui aurait été autrement représenté dans une liste comportant autant de candidats que de sièges à pourvoir (n^{os} 18-19.379 et 19-10.826). Par conséquent, le syndicat doit calculer le nombre de candidats femmes et hommes en ramenant au nombre de candidats présentés le pourcentage de salariés femmes et hommes représentés dans le collège électoral.

Exemple

Si 3 sièges sont à pourvoir, la liste doit nécessairement comporter un homme et une femme. La liste comportant un candidat unique est irrégulière.

Si 4 postes sont à pourvoir, une liste de 2 candidats doit comporter un candidat de l'un et l'autre sexe. La liste composée de 2 représentants du sexe féminin est irrégulière.

Si 5 sièges sont à pourvoir dans un collège comportant 175 hommes et 99 femmes, soit 63,87 % d'hommes et 36,13 % de femmes, une liste incomplète ne présentant que 4 candidats doit, pour être valable, comporter :

- 3 hommes : 4 candidats x 63,87 % d'hommes dans le collège = 2,55 arrondis à 3 ;

- 1 femme : 4 candidats x 36,13 % de femmes dans le collège = 1,44 arrondi à 1

b. Sauf dans les cas où un sexe est ultra minoritaire

Dans l'affaire n^o 18-26.568, la Cour de cassation admet toutefois pour la première fois une exception au principe imposant la présence d'un candidat du sexe sous-représenté sur chaque liste : si les règles de proportionnalité et d'arrondi conduisent à ce qu'un sexe n'ouvre droit à aucun siège (moins de 0,50 candidat), la liste peut ne comporter aucun candidat du sexe ultra minoritaire.

Il en résulte que la liste peut ne comporter qu'un candidat unique ou plusieurs candidats tous du sexe surreprésenté.

Se fondant sur les dispositions de l'alinéa 6 de l'article L 2314-30 du code du travail, qui prévoit que dans un tel cas les listes de candidats peuvent comporter un candidat du sexe qui, à défaut, ne serait pas représenté, ce candidat ne pouvant pas être en première position sur la liste, la Haute Juridiction précise que les syndicats ont la faculté de faire figurer malgré tout sur leur liste un représentant du sexe ultra minoritaire mais qu'ils n'y sont pas tenus. Elle ajoute, par ailleurs, que, ces dispositions étant d'ordre public, le protocole préélectoral ne peut pas y déroger.

Exemple

Si les femmes ne représentent que 11 % des effectifs du collège concerné, soit, pour 2 sièges à pourvoir, un pourcentage en application de la règle de l'arrondi ne donnant droit à aucun siège, la liste avec une candidature unique du sexe surreprésenté est régulière.

Dans le commentaire de cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation explique que l'exception à la présence sur les listes d'au moins un candidat de chaque sexe n'est applicable que lorsque l'absence de représentation d'un sexe résulte de la mise en œuvre des règles de proportionnalité et d'arrondi au regard du nombre légal de sièges à pourvoir.

Elle ne peut donc pas résulter des conséquences du choix des organisations syndicales de présenter une liste incomplète, faisant a posteriori passer la représentation d'un sexe en dessous de la barre de 0,50 par le jeu d'un recalcul en fonction du nombre de candidats présentés sur la liste (*Lettre de la chambre sociale, numéro spécial décembre 2019*).

Exemple

Si 4 sièges sont à pourvoir au sein d'un collège composé de 85 % de femmes et de 15 % d'hommes, soit une proportion femmes/hommes de 3,4 pour les femmes et 0,6 pour les hommes, la règle de l'arrondi impose la présence d'un homme sur la liste. Le syndicat présentant seulement 2 candidats

ne peut pas recalculer la proportion au regard du nombre de candidats (1,7 et 0,30) pour considérer qu'il n'a pas d'obligation de faire figurer un candidat homme sur la liste (n° 19-10.826)

Les arrêts du 11 décembre 2019 ne concernant que des listes de candidats présentées par des organisations syndicales, les solutions retenues s'appliquent à ce type de listes. On peut toutefois penser qu'elles sont transposables aux candidatures libres qui sont également visées par l'article L 2314-30 du code du travail, par renvoi à l'article L 2314-29.

2. Règles applicables au contentieux sur la composition des listes

a. Possibilité de contester la composition des listes de candidats avant les élections

En cas de non-respect des règles de parité sur les listes de candidats, l'article L 2314-32 n'envisage de sanction que dans le cadre du contentieux postélectoral. On pouvait donc se demander s'il était possible d'engager un contentieux préélectoral en la matière.

Dans l'affaire n° 18-26.568, la Cour de cassation répond par l'affirmative. Elle estime que le tribunal d'instance peut être saisi, avant l'élection, d'une contestation relative à la composition des listes de candidats en application de l'article L 2314-30 du code du travail et déclarer la liste électorale irrégulière au regard de ce texte, dès lors qu'il statue avant l'élection, en reportant, le cas échéant, la date de l'élection pour permettre la régularisation.

La chambre sociale de la Cour de cassation explique, dans le commentaire de cet arrêt, que les recours préélectoraux sont, de manière générale, admis par la jurisprudence même lorsque la loi ne les évoque pas expressément. La raison en est pratique : s'il est possible, par une décision préélectorale, de résoudre un litige et de permettre, le cas échéant, de régulariser préventivement une difficulté, cette procédure est préférable à celle qui, engagée après les élections, ne peut conduire qu'à l'annulation de ces dernières (*Lettre de la chambre sociale, numéro spécial décembre 2019*).

b. Portée de la proportion femmes-hommes indiquée dans le protocole préélectoral

Le protocole d'accord préélectoral doit mentionner la proportion de femmes et d'hommes composant chaque collège électoral (*article L 2314-13, al. 2*).

La Haute Juridiction considère que cette proportion ne peut pas être contestée, postérieurement aux élections, par un syndicat qui a, sans réserves, signé le protocole conclu à la double majorité dans lequel elle figure et présenté des candidats (n° 18-20.841).

Cette solution est l'application d'une jurisprudence constante selon laquelle le protocole préélectoral répondant à la condition de double majorité s'impose aux syndicats qui, sans émettre expressément de réserves, l'ont signé ou ont présenté des candidats (*Cass. Soc., 2 mars 2011 : n° 10-60.201 ; Cass. Soc., 25 janvier 2012 : n° 11-60.033 ; Cass. Soc., 15 mai 2013 : n° 12-23.073*).

c. Les ratures sont prises en compte pour identifier les candidats dont l'élection est annulée

La constatation du non-respect de la composition alternée des listes de candidats entraîne l'annulation de l'élection du ou des élus dont le positionnement sur la liste de candidats ne respecte pas cette alternance (*article L 2314-32, al. 3*).

Pour l'application de cette règle, la Cour de cassation, reprenant une solution déjà retenue dans un arrêt du 17 avril 2019 (*Cass. Soc., 17 avril 2019 : n° 18-60.173*), précise, dans l'affaire n° 19-12.596, que le juge tient compte de l'ordre des élus tel qu'il résulte, le cas échéant, de l'application des règles relatives à la prise en compte des ratures dont le nombre est égal ou supérieur à 10 % des suffrages exprimés.

8. Mise en place du CSE : autonomie de gestion d'un établissement distinct

Cass. Soc., 11 décembre 2019 n° 19-17.298

A savoir : pour la Cour de cassation, l'autonomie d'un établissement peut être reconnue même si le siège de l'entreprise exerce un rôle central en matière de gestion du personnel et de fonctions support



En l'espèce :

Après avoir vainement tenté de négocier un accord collectif pour la mise en place d'un ou plusieurs CSE, un employeur a décidé unilatéralement de mettre en place 3 CSE dans l'entreprise correspondant à ses 3 secteurs d'activité.

Les syndicats ont contesté cette décision devant le DIRECCTE, qui a fixé à 24 le nombre d'instances à mettre en place.

L'employeur, en application des règles de compétence fixées par les articles L 2313-5 et R 2313-2 du code du travail, a saisi le tribunal d'instance d'un recours. Celui-ci a décidé que l'entreprise n'était pas dotée d'établissements distincts au sens du code du travail et qu'un CSE unique devait être mis en place.

La Cour de cassation, dans l'arrêt du 11 décembre 2019, censure cette décision en appliquant les principes dégagés par la chambre sociale en 2018.

Principe : en l'absence d'accord collectif majoritaire et d'accord conclu avec la majorité des membres élus titulaires du CSE, l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel (*article L 2313-4*).

Cette autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel, notion issue de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017, a donné lieu à un arrêt fondateur de la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. Soc., 19 décembre 2018 : n° 18-23.655), aux termes duquel l'établissement distinct est celui qui présente, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service.

Dans la note explicative jointe à l'arrêt, la Cour a précisé qu'elle avait repris la définition retenue par le Conseil d'État (*CE, 29 juin 1973 n° 77982 ; CE, 27 mars 1996 : n° 155791*), qui s'attachait ainsi essentiellement à vérifier les pouvoirs consentis au responsable de l'établissement et l'autonomie de décision dont il pouvait disposer pour que le *fonctionnement normal des comités d'établissement puisse être assuré à son niveau*, pouvoirs qui devaient être caractérisés en matière de gestion du personnel et d'exécution du service.

S'appuyant sur le principe dégagé en 2018, la Cour de cassation en fixe les modalités d'application : la centralisation de fonctions support et l'existence de procédures de gestion définies au niveau du siège ne sont pas de nature à exclure l'autonomie de gestion des responsables d'établissement.

Ainsi, le fait qu'en l'espèce les contrats de travail soient uniformisés dans le cadre d'une procédure définie par le siège, et que leur conclusion soit au préalable autorisée par l'entreprise, ou encore que les services achats et comptabilité de l'entreprise soient centralisés ne suffit pas, en soi, à exclure l'autonomie de gestion des établissements.

Remarque : en décider autrement aurait conduit à exclure la qualification d'établissement distinct dans bon nombre de situations, dans lesquelles l'entreprise fixe les lignes directrices et rationalise les coûts en regroupant des fonctions transverses

La Cour de cassation met en évidence deux indices qui, relevés par les juges du fond, auraient dû les amener à rechercher le niveau caractérisant un établissement distinct pour la mise en place du comité social et économique :

- d'une part, l'existence de délégations de pouvoirs dans des domaines variés : en l'espèce, l'entreprise était organisée par délégation et subdélégation de pouvoir en matière de droit du travail, de sécurité des biens et des personnes et de gestion économique et financière, assorties d'une responsabilité pénale du délégataire ;
- d'autre part, le fait que des accords collectifs aient été négociés au niveau de l'établissement.

Il appartiendra, en conséquence, au tribunal d'instance de renvoi de se prononcer sur le niveau adéquat de mise en place des CSE d'établissement.

Remarque : l'établissement distinct ne correspond pas nécessairement à un établissement physique. Le critère de l'autonomie de gestion permet en effet de regrouper plusieurs établissements au sens de l'Insee (*QR ministère du travail du 18 décembre 2019 : n° 25*) ou, au contraire, distinguer 2 établissements sur un même site (*CE, 27 mars 1996 : n° 155791*)

9. Cumul : élu au CSE et représentant syndical

Cass. Soc., 11 septembre 2019 : n° 18-23.764

A savoir : un salarié ne peut pas exercer, au sein d'une même instance et dans les mêmes temps, des fonctions délibératives en tant qu'élu et des fonctions consultatives en tant que représentant syndical



En l'espèce :

Un employeur a contesté la désignation d'une salariée pour siéger simultanément dans le même comité social et économique en tant que membre suppléant et représentante syndicale.

Dans un arrêt du 12 octobre 2018, le tribunal d'instance de La Roche-sur-Yon a invité la salariée à faire un choix, dans un délai d'1 mois à compter de la signification du jugement, entre la fonction de membre du comité social et économique et celle de représentante syndicale auprès du même comité. Le tribunal d'instance ajoute qu'à défaut de choix réalisé dans le délai imparti, la fonction de représentante syndicale va être annulée.

La Cour de cassation rejette le pourvoi du syndicat et de la salariée le 11 septembre 2019 et valide la décision du tribunal d'instance.

Elle estime qu'un salarié ne peut pas siéger simultanément dans le même comité social et économique en tant que membre élu, titulaire ou suppléant, et de représentant syndical.

Principe : en effet, un salarié ne peut pas exercer, au sein d'une même instance et dans le même temps, des fonctions délibératives en tant qu'élu et des fonctions consultatives en tant que représentant syndical

10. Le remplacement d'un membre suppléant au CSE central doit être prévu par le protocole d'accord préélectoral

Cass. Soc., 29 mai 2019 : n° 17-31.029

A savoir : la désignation d'un suppléant en remplacement d'un membre démissionnaire doit être prévu par un accord collectif spécifique ou une disposition spécifique du protocole d'accord préélectoral. A défaut, elle est nulle



Le comité central d'entreprise (CCE) est une instance présente dans les entreprises à établissements distincts. Il est informé et consulté sur les mesures ayant un impact global sur l'entreprise, et peut se voir confier par délégation des comités d'établissement tout ou partie des missions en matière d'activités sociales et culturelles. Si les règles concernant le remplacement d'un titulaire absent au CCE sont claires, celles concernant le remplacement d'un élu suppléant ne sont pas limpides.

Les membres du CCE doivent impérativement faire partie d'un comité d'établissement. Ils sont élus par les membres titulaires des différents comités d'établissement lors d'un scrutin majoritaire uninominal à un tour, sauf si le protocole d'accord préélectoral en dispose autrement.

Un membre qui est titulaire au CCE, doit impérativement l'être également dans son comité d'établissement.

A contrario, les postes de suppléants au CCE peuvent être pourvus tant par des élus titulaires que suppléants des différents comités d'établissement.

Ces règles spécifiques sont transposables au comité social et économique central (CSEC).

Le CSE central est composé	De l'employeur ou son représentant, qui a une voix délibérative. Il préside le CSE central et peut éventuellement être assisté de 2 collaborateurs qui n'ont qu'une voix consultative
	D'un nombre égal de titulaires et suppléants, désignés par chaque comité d'établissement parmi ses membres, qui ont une voix délibérative ; Sauf accord conclu entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives, le nombre des membres du CSE central ne peut dépasser 25 titulaires et 25 suppléants
	Du médecin du travail, de l'agent de contrôle de l'inspection du travail, de l'agent de la CARSAT, de l'agent de l'OPPBTP dans le secteur du BTP, du responsable du service de sécurité et des conditions de travail ou de l'agent chargé de la sécurité et des conditions de travail, lorsque les réunions portent sur la santé, la sécurité et les conditions de travail. Ces personnes n'ont qu'une voix consultative
	Du représentant syndical désigné par chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise, qui n'a qu'une voix consultative

Le nombre de sièges et leur répartition entre les différents établissements est fixé par le protocole d'accord préélectoral. Néanmoins, *chaque établissement peut être représenté au comité central d'entreprise soit par un seul délégué, titulaire ou suppléant, soit par un ou deux délégués titulaires et un ou deux délégués suppléants* (article D 2327-2 ancien).

Lorsque qu'un salarié élu suppléant démissionne de son mandat, la question s'est posée de savoir comment il pouvait être remplacé. La Cour de Cassation a rendu une décision concernant un CCE (*comité central d'entreprise*) transposable au nouveau CSE central.

La désignation d'un suppléant en remplacement d'un membre démissionnaire doit être prévu par un accord collectif spécifique ou une disposition spécifique du protocole d'accord préélectoral. A défaut, elle est nulle.

En l'absence de disposition négociée, il est donc impossible de procéder à une nouvelle désignation.

11. Représentants du personnel : volume d'heures de délégation conventionnel ou légal

Cass. Soc, 6 février 2019 : n° 17-17.190

A savoir : en matière de crédit d'heures de délégation, les dispositions conventionnelles plus favorables au salarié doivent primer sur le légal



Les salariés investis d'un mandat de représentation du personnel bénéficient d'un crédit d'heures pour leur permettre de mener à bien leur mission. Certaines conventions collectives se sont emparées de la question.

Si l'entreprise est dotée de représentants du personnel (*RP*), une nouvelle instance représentative du personnel, le comité social et économique (*CSE*), a fait son entrée dans le code du travail. Cette instance se substitue aux délégués du personnel dans les entreprises d'au moins 11 salariés et, dans celles de plus de 50 salariés, aux 3 instances que sont les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT.

Le calendrier de mise en place est progressif : dans les entreprises déjà pourvues de *RP*, le *CSE* doit être mis en place au terme des mandats des élus, et au plus tard, le 31 décembre 2019, fin de la période transitoire.

Au 1^{er} janvier 2020, tous les mandats des anciennes instances représentatives du personnel auront pris fin et le *CSE* devra avoir été institué dans toutes les entreprises d'au moins 11 salariés.

Afin qu'ils puissent exercer leur mandat, l'employeur doit accorder, tous les mois, aux représentants du personnel, des heures dites de délégation. Ces heures sont considérées comme du temps de travail et rémunérées comme tel.

Le code du travail prévoit un volume d'heures de délégation fixé en fonction de la taille de l'entreprise.

La convention collective peut se montrer plus favorable vis-à-vis des salariés. Cette amélioration conventionnelle peut intervenir à plusieurs niveaux. Par exemple :

- en prévoyant une augmentation du crédit légal ;
- ou en accordant des heures à des *RP* qui en principe n'en bénéficient pas ;
- ou encore, en ne décomptant pas certaines heures.

Dès lors que ces dispositions conventionnelles sont plus favorables aux salariés que les dispositions légales, ce sont les premières qui doivent s'appliquer. Telle était la situation dans une affaire jugée récemment.

En l'espèce :

Un salarié, délégué du personnel, avait saisi en référé la juridiction prud'homale, avec un syndicat, d'une demande de paiement d'heures de délégation et de dommages et intérêts.

La convention collective applicable était la convention collective des transports routiers. Son article 7.3, relatif à l'exercice des fonctions de délégué du personnel, prévoit : *Les délégués du personnel titulaires doivent disposer du temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions dans la limite d'une durée qui - sauf circonstances exceptionnelles - ne peut excéder 15 heures par mois ; les délégués du personnel qui exercent les attributions économiques du comité d'entreprise dans les conditions prévues par les dispositions légales et réglementaires bénéficient, en outre, d'un crédit de 20 heures par mois.*

L'employeur n'avait octroyé au salarié qu'un crédit mensuel de 10 heures par mois. Il faisait notamment valoir que l'article 7.3 devait être interprété à la lumière des dispositions de l'article L 2315-1 du code du travail (*Dans sa rédaction applicable à l'époque des faits*), auxquelles renvoie explicitement l'article 7.1 (*Dans toute entreprise ou établissement occupant plus de 10 salariés, il est institué des délégués du personnel conformément à la législation en vigueur [..]*).

L'employeur estimait donc que c'était au code du travail qu'il devait se conformer, lequel prévoit un crédit d'heures de délégation pour les délégués du personnel d'au maximum de 10 heures par mois dans les entreprises de moins de 50 salariés, et de 15 heures par mois dans les entreprises de plus de 50 salariés.

Mais les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, n'ont pas suivi le raisonnement de l'employeur.

Ils relèvent que l'article 7.3.a de la convention collective des transports routiers prévoit que les délégués du personnel titulaires doivent disposer du temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions dans la limite d'une durée qui ne peut excéder 15 heures par mois quelle que soit la taille de l'entreprise.

Par conséquent, c'est cette disposition conventionnelle, plus favorable aux salariés que les dispositions du code du travail, que l'employeur devait appliquer.

12. Les NAO et la sanction du défaut de négociations

Cass. 2^{ème} civ., 14 mars 2019 : n° 18-12.313

A savoir : négociations annuelle obligatoires : la Cour de Cassation rappelle que ce n'est pas l'absence d'accord qui est sanctionnée mais le défaut de négociations



Les entreprises soumises aux NAO sont les entreprises ayant un ou plusieurs délégués syndicaux, donc des entreprises :

- de 50 salariés et plus,
- de 11 à 49 salariés ayant un délégué du personnel ou membre du CSE (*comité social économique*) désigné comme délégué syndical.

Depuis le 1^{er} janvier 2016, les négociations obligatoires ont été regroupées en 3 grands thèmes :

- la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ;
- l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail ;
- la gestion des emplois et des parcours professionnels (*dans les entreprises de 300 salariés et plus uniquement*).

L'employeur qui n'a pas engagé la NAO sur les salaires risque une pénalité de 10 % du montant des exonérations de cotisations sociales telles que la réduction Fillon, les exonérations applicables dans les ZRR, ZFU, etc...

En cas de contrôle, la pénalité peut être prononcée sur les 3 années précédentes si aucune NAO n'a été engagée sur ces années.

Si une entreprise a déjà été pénalisée dans les 6 années antérieures pour ce motif, la pénalité est égale à 100 % du montant des exonérations de cotisations sociales.

Principe : *l'employeur est seulement tenu d'engager les négociations. Il n'est pas contraint d'aboutir à la conclusion d'un accord. C'est donc l'absence de négociations qui est sanctionnée et non pas l'absence d'accord.*

Dans les entreprises de 50 salariés et plus, l'employeur qui n'a pas engagé la NAO sur l'égalité professionnelle risque également une pénalité égale à 1 % des rémunérations versées sur la période concernée.

Le délit d'entrave peut également être caractérisé.

Enfin, le défaut de convocation des DS à la NAO et de négociations peut être puni d'un emprisonnement d'1 an et d'une amende de 3 750 €.

13. Ordre des licenciements économiques : substitution du critère relatif aux qualités professionnelles

CE, 22 mai 2019 : n° 418090 et n° 413342

A savoir : le document unilatéral de l'employeur ne saurait légalement fixer des critères d'appréciation en omettant l'un de ceux fixés par le code ou en neutralisant ses effets, sauf si le critère en question ne peut être matériellement mise en œuvre lors de la détermination de l'ordre des licenciements



Le contenu du PSE est défini par accord collectif négocié avec les délégués syndicaux. A défaut d'accord collectif, un document élaboré après la dernière réunion du CSE (ou CE si le CSE n'est pas encore en place au sein de votre entreprise) fixe le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

Si c'est un document unilatéral qui est mis en place au sein de l'entreprise, l'employeur doit définir les critères d'ordre des licenciements en respectant notamment 4 critères légalement définis, à savoir (Article L 1233-5) :

- les charges de famille, en particulier celle des parents isolés ;
- l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise ;
- la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés ;
- les qualités professionnelles appréciées par catégorie.

L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères susmentionnés.

Cela est très important car lors de l'examen du document unilatéral pour homologation, la DIRECCTE vérifie la validité de ces critères.

L'annulation d'une décision d'homologation pour un motif autre que l'insuffisance du PSE entraîne l'obligation pour l'employeur de verser aux salariés licenciés en application de ce plan de sauvegarde une indemnité qui s'élève, au minimum, aux salaires des 6 derniers mois.

Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de fixer le cadre de ce contrôle et a notamment précisé que ce document unilatéral ne peut en aucun cas écartier un des critères légaux ou le neutraliser.

Toutefois, les juges admettent une unique exception : pour que l'employeur puisse faire l'impasse sur un critère, il faut que, dans la situation particulière de l'entreprise et au vu de l'ensemble des personnes susceptibles d'être licenciées, aucune des modulations légalement envisageables pour le critère en question ne puisse être matériellement mise en œuvre lors de la détermination de l'ordre des licenciements.

Le Conseil d'État vient d'apporter un éclairage :

- sur la question concernant les qualités professionnelles si l'entreprise n'est pas en mesure d'évaluer le personnel.
- si l'entreprise dispose d'un système d'évaluation l'employeur peut-il lui substituer un autre système ?

Dans une première affaire, l'employeur avait, en remplacement des qualités professionnelles, choisi de retenir le nombre d'absences injustifiées. Néanmoins, il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis que l'employeur avait mis en œuvre, depuis plusieurs années, un processus d'évaluation professionnelle de ses salariés et qu'une version préparatoire du PSE avait d'ailleurs prévu des critères d'ordre des licenciements prenant en compte les qualités professionnelles à partir des résultats de ces évaluations professionnelles. Pour autant, l'employeur avait fait le choix de prendre en compte le nombre d'absences injustifiées.

Selon le Conseil d'État, en présence d'un tel processus d'évaluation permettant de mesurer les qualités professionnelles, le seul recours au nombre d'absences injustifiées ne permettait pas de prendre en compte les qualités professionnelles des salariés. Dans ces conditions, le DIRECCTE n'aurait pas dû homologuer le document unilatéral. L'employeur doit donc nécessairement tenir compte du système d'évaluation mis en place au sein de l'entreprise.

Dans une seconde affaire, l'entreprise, dépourvue de système d'évaluation des salariés, avait élaboré un indicateur tiré du montant des primes d'assiduité versées par l'entreprise, corrigé des variations liées aux motifs légaux d'absence.

Selon le Conseil d'État, en l'absence de mécanisme d'évaluation, cet indicateur de substitution était valable car permettant d'apprécier les qualités professionnelles des salariés en l'absence de tout système d'évaluation. L'homologation du document unilatéral par le DIRECCTE n'avait donc pas à être remise en cause.

14. Priorité de réembauche : fin du préjudice automatique

Cass. Soc., 30 janvier 2019 : n° 17-27796

A savoir : la Cour de cassation considère qu'il n'y a pas de préjudice automatique du salarié qui n'a pas reçu l'information relative à la priorité de ré-embauchage après un licenciement économique

Constitue un licenciement pour motif économique, celui :

- effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs, non inhérents à la personne du salarié (article L 1233-3) ;
- résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification d'un élément essentiel du contrat de travail refusée par le salarié ;
- consécutifs notamment à des difficultés économiques, à des mutations technologiques, à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou à la cessation d'activité de l'entreprise.

Ces trois critères sont cumulatifs. Le motif économique ne doit pas cacher un motif personnel.



L'employeur qui décide de procéder au licenciement économique d'un salarié est tenu, quels que soient l'effectif de l'entreprise et l'ancienneté du salarié concerné, de mettre en œuvre une procédure spécifique.

La procédure de licenciement économique individuel comporte 4 étapes		
1	Application des critères d'ordre des licenciements	<p>L'employeur doit identifier, au sein de la catégorie professionnelle concerné par la suppression de poste, le salarié qui sera effectivement licencié</p> <p>Pour cela, il doit appliquer les critères d'ordre des licenciements fixés par la convention collective ou par un accord d'entreprise ou d'établissement (articles L 1233-5 et L 1233-7)</p>
2	Propositions de reclassement	<p>Une fois que le salarié ou les salariés visés par le projet de licenciement ont été identifiés (<i>en raison de leur poste et non en raison de leur personne</i>), l'employeur doit lui ou leur proposer les postes disponibles en France dans l'entreprise, voire, le cas échéant, dans le groupe auquel appartient l'entreprise</p> <p>Ce n'est que si le reclassement est impossible que l'employeur peut poursuivre la procédure de licenciement</p> <p>Les motifs qui empêcheraient un reclassement portent sur :</p> <ul style="list-style-type: none">- le refus du salarié qui ne souhaite pas être reclassé sur le poste proposé,- l'absence de poste disponible pour un reclassement (<i>aucun poste n'a donc été proposé au salarié</i>)
3	La procédure de licenciement	<p>Une fois ces étapes terminées, la procédure de licenciement classique se met en place. Elle est identique à tout licenciement pour motif personnel (<i>dans le cas où un seul salarié est visé par la procédure de licenciement économique</i>)</p> <p>Le salarié est convoqué à un entretien préalable (article L 1233-11) par lettre recommandée AR ou lettre remise en main propre contre décharge</p> <p>Lorsque l'entreprise compte moins de 1000 salariés, l'employeur doit remettre au salarié un contrat de sécurisation professionnelle (CSP) au cours de cet entretien</p>

		Le salarié dispose, à partir de sa remise (<i>le jour de l'entretien</i>) d'un délai de réflexion de 21 jours pour prendre sa décision
		Une fois l'entretien passé, l'employeur adresse la lettre de licenciement pour motif économique au salarié concerné en respectant un délai minimal de 7 jours ouvrables (<i>article L 1233-15</i>). Ce délai est augmenté à 15 jours ouvrables si le salarié fait partie du personnel d'encadrement
		Ce délai court à compter de la date prévue de l'entretien préalable
		Cette lettre, adressée par lettre recommandée AR doit indiquer le ou les motifs du licenciement
4	Information de la DIRECCTE	L'employeur informe, par écrit, le DIRECCTE du licenciement prononcé dans les 8 jours de l'envoi au salarié de la lettre de licenciement (<i>article L 1233-19</i>)

Tout salarié qui a été licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche pendant 1 an à compter de la date de la rupture de son contrat.

Pour cela, il doit se manifester auprès de son employeur pour lui indiquer qu'il souhaite user de cette priorité de réembauchage au cours de ces 12 mois (*article L 1233-45*).

La priorité de réembauche ne s'impose à l'employeur qu'à compter du jour où le salarié a demandé à en bénéficier (*Cass. Soc., 30 mars 1999 : n° 97-41265 ; Cass. Soc., 9 juin 1999 : n° 97-41762*), généralement par écrit, en lettre recommandée idéalement.

À compter de cette demande, l'employeur doit informer (*article L 1233-45*) :

- le salarié de tout emploi disponible et compatible avec sa qualification (*y compris dans le cas où le salarié a retrouvé un autre emploi*) (*Cass. Soc., 5 mars 2002 : n° 00-41429*) ;
- les représentants du personnel des postes disponibles.

La date de la rupture est celle de la fin du préavis exécuté ou non (*Cass. Soc., 27 novembre 2001 : n° 99-44240*).

La priorité de réembauche et ses conditions de mise en œuvre doivent être mentionnées dans la lettre de notification du licenciement (*articles L 1233-16 et L 1233-42*).

La référence dans la lettre de licenciement à l'article du code du travail qui précise les conditions de mise en œuvre de la priorité de ré-emploi est insuffisante.

L'employeur doit bien spécifier que le salarié bénéficie de cette priorité durant 1 an s'il manifeste le désir d'user de cette faculté au cours de cette année.

L'absence de précision rend le licenciement irrégulier et le salarié peut obtenir des dommages et intérêts à ce titre (*Cass. Soc., 16 mai 2016 : n° 11-28831*).

A défaut d'information totale du salarié de cette priorité de réembauche dans la lettre de licenciement, l'employeur commet une faute.

La jurisprudence de la Cour de cassation, en constante évolution, connaît un revirement par l'arrêt du 30 janvier 2019 (*Cass. Soc., 30 janvier 2019 : n° 17-27796*).

Jusqu'à présent, la Haute Juridiction considérait qu'un tel oubli dans la lettre de licenciement causait nécessairement et obligatoirement un préjudice au salarié, ce qui lui donnait droit automatiquement à des dommages et intérêts (*Cass. Soc., 26 juin 2008 : n° 07-42355*).

Par un revirement de sa jurisprudence, la Cour de Cassation considère désormais que le préjudice n'est plus automatique.

Si le salarié veut obtenir une indemnisation du fait du défaut de mention dans la lettre de licenciement de son droit à user de la priorité de ré-embauchage, il doit rapporter la preuve du préjudice qu'il subit. Son préjudice doit être distinct de celui résultant du licenciement économique lui-même.

C'est bien l'absence d'information sur la priorité de ré-embauchage qui doit causer un préjudice au salarié. Il doit donc le démontrer.

A défaut, il ne se verra pas allouer de dommages et intérêts, même si l'employeur n'a pas mentionné la priorité de ré-embauchage dans la lettre de licenciement.

Cet arrêt s'inscrit dans la droite ligne de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation sur l'abandon du préjudice automatique. Cette nouvelle position a été initiée dans un arrêt du 13 avril 2016 (*Cass. Soc.*, 13 avril 2016 : n° 14-28293) sur la remise tardive des documents de fin de contrats.

Ont ensuite été rendues les décisions suivantes, pour mémoire :

- clause de non-concurrence illicite (*Cass. Soc.*, 25 mai 2016 : n° 14-20578) ;
- défaut de remise de l'attestation Pôle Emploi (*Cass. Soc.*, 22 mars 2017 : n° 16-12930) ;
- absence de convocation à l'entretien préalable (*Cass. Soc.*, 30 juin 2016 : n° 15-16066) ;
- défaut d'organisation d'une visite médicale obligatoire (*Cass. Soc.*, 27 juin 2018 : n° 17-15438).

Contrairement à l'obligation de mettre en place des IRP (*Cass. Soc.*, 15 mai 2019 : n° 17-22.224). L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise relève en principe de l'initiative de l'employeur.

Ainsi, s'il n'accomplit pas, bien qu'il y soit légalement tenu, les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, il commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts (*Cass. Soc.*, 17 octobre 2018 : n° 17-14.392).

C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans l'arrêt du 15 mai 2019 en censurant le raisonnement des juges du fond qui, pour débouter une salariée de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour absence de mise en place d'institutions représentatives du personnel, retient que ladite salariée ne justifie pas de l'existence d'un préjudice en lien avec cette carence.

Il s'agit là d'une dérogation au principe, posé en 2016 suite à l'abandon de la notion de *préjudice nécessaire*, selon lequel les salariés demandant des dommages-intérêts doivent prouver l'existence de leur préjudice, les juges du fond appréciant souverainement l'existence et l'importance de celui-ci (voir article précédant *Cass. Soc.*, 13 avril 2016 : n° 14-28.293).

15. Accord de rupture conventionnelle collective : le contrôle du DIRECCTE est limité

CAA Versailles, 14 mars 2019 : n° 18VE04158

A savoir : la cour d'appel administrative de Versailles confirme que le DIRECCTE peut valider un accord de rupture conventionnelle collective en l'absence de consultation des représentants du personnel et que cet accord peut être conclu pour des raisons économiques



Un arrêt du 14 mars 2019 de la cour d'appel administrative de Versailles confirme le jugement rendu par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise ayant validé l'accord de rupture conventionnelle collective (RCC) signé le 2 mai 2018 au sein de Téléperformance France (*TA Cergy-Pontoise, 16 octobre 2018 : n° 1807099*).

Les requérants soutenaient que cet accord n'aurait pas dû être validé par le DIRECCTE aux motifs notamment que les représentants du personnel auraient dû être consultés sur le projet de réorganisation de l'entreprise à l'origine de l'accord et que l'employeur aurait dû mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), dès lors qu'il justifiait son projet par des raisons économiques. Ces arguments ont été écartés par la cour d'appel.

Pour le juge administratif, lorsque le DIRECCTE est saisi d'une demande de validation d'un accord de RCC, il doit uniquement s'assurer de la régularité de la procédure d'information du CSE ou du CE au regard des prescriptions dudit accord, ainsi que le prévoit l'article L 1237-19-1 du code du travail. Il ne lui appartient pas, au titre de ce contrôle, de s'assurer que l'employeur a procédé, avant la signature de l'accord, à une consultation des représentants du personnel (*CSE ou CE et CHSCT*) sur le projet de réorganisation, de restructuration et de compression des effectifs qu'impliquerait la mise en œuvre de cet accord.

On observe que le juge administratif ne se prononce pas sur l'obligation pour l'employeur de consulter les représentants du personnel sur le projet de réorganisation. Il considère seulement que cette modalité n'entre pas dans le champ du contrôle administratif. Autrement dit, il renvoie au juge judiciaire la question de savoir si, préalablement à un projet de compression des effectifs dans le cadre d'une RCC, l'employeur doit consulter les représentants du personnel.

Remarque : l'obligation pour l'employeur de consulter et d'informer le CSE résulterait du seul article L 2312-8 du code du travail relatif à ses attributions générales qui prévoit cette procédure pour toutes les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs. En effet, l'article L 2312-39 du même code, qui oblige l'employeur à consulter le CSE sur les projets de restructuration et de compression des effectifs, exclut expressément cette modalité en cas d'accord de RCC.

Enfin, à supposer que le juge judiciaire estime obligatoire cette consultation, les conséquences de son non-respect par l'employeur devraient se traduire uniquement par l'octroi de dommages et intérêts aux salariés ayant adhéré à l'accord de RCC, à condition qu'ils démontrent que ce défaut de

consultation leur a causé un préjudice. Ce manquement ne devrait pas pouvoir remettre en cause la validité de l'accord et des ruptures d'un commun accord qui en ont découlé.

Selon les requérants, l'administration, en validant l'accord de RCC, a méconnu l'obligation de mise en œuvre d'un PSE, dès lors que l'employeur a clairement justifié son projet par des raisons économiques et a prévu des suppressions de poste, tout en privant les salariés concernés des protections afférentes à un PSE, lequel aurait pu comporter des mesures de départ volontaire. En clair, l'existence de raisons économiques interdirait à l'employeur de recourir à un accord de RCC, ce procédé pouvant s'analyser en une fraude au PSE.

Là encore, pour rejeter cet argument, le juge s'en tient aux prescriptions du code du travail et notamment de l'article L 1237-19-3 du code du travail qui définit le champ du contrôle administratif d'une demande de validation. Ainsi, le DIRECCTE doit seulement s'assurer :

- de la conformité de cet accord à l'article L 1237-19, selon lequel un accord collectif peut déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective excluant tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois ;
- de la présence dans l'accord de toutes les clauses prévues à l'article L 1237-19-1 ;
- du caractère précis et concret des mesures d'accompagnement et de reclassement prévues par l'accord.

Ainsi, poursuit le juge, à supposer que les suppressions de poste envisagées dans le cadre de l'accord reposent sur un motif économique, cette circonstance ne fait pas obstacle à la mise en place d'une RCC. En effet, il ressort de l'accord en question que les postes ne seront supprimés qu'au fur et à mesure des départs individuels des salariés sur la base du volontariat. Rien ne permet de considérer que, sur les 226 postes dont la suppression est envisagée, il y aura des départs contraints, alors que, au contraire, l'employeur s'est engagé à ne procéder à aucun licenciement, ce qui aurait pour finalité d'atteindre les objectifs en termes de suppression d'emploi, pendant une période de 12 mois après les premiers départs.

La cour d'appel écarte, par adoption des motifs retenus à bon droit par le tribunal de Cergy-Pontoise, la demande des requérants soutenant que l'accord n'aurait pas dû être validé, dès lors que les modalités de validation des candidatures à la procédure de RCC et les critères de départage entre les salariés en cas de pluralités de demandes sur un même poste étaient contraires au principe d'égalité de traitement.

Ainsi, la cour d'appel confirme que l'administration ne doit pas contrôler le contenu des clauses fixées par l'accord, librement négociées entre l'employeur et les organisations syndicales. On rappelle toutefois que cette position est contraire à celle de l'administration qui invite au contraire les DIRECCTE à vérifier que les clauses de l'accord respectent bien le principe d'égalité de traitement et ne contiennent pas de mesures discriminatoires, notamment en raison de l'âge (*Questions-réponses ministre du travail 19 avril 2018*).

Pour plus d'informations, contactez un avocat du Cabinet RIERA via l'adresse Internet cabinet.riera@avocatem.com



Les dessins sont prêtés avec l'aimable autorisation de Dobritz
« Le placard a horreur du vide »
Editions Bruno Leprince, 2010

