

Les Olympiades Sociales vous présentent sa revue
mensuelle n°5



Flamme Sociale

Master 2 Droit Social Promotion 2017 - 2018

Sommaire

Edito..... p1

[Liaisons sociales n° 17504, 6 Février 2018-](#)

Chers lecteurs,.....	3
L'employeur peut renoncer à modifier des contrats pour éviter un PSE	4
Les députés amendent le projet de loi sur le droit à l'erreur	7
L'adoption du projet de loi de ratification des ordonnances par le Sénat.....	10
Publié le 5 Février 2018.....	10
Substitution aux clauses conventionnelles ou contractuelles.....	14
Licenciement disciplinaire : des limites au pouvoir de qualification du juge.....	21
Modification du contrat pour un motif économique et mise en œuvre d'un PSE.....	24
PSE : critères d'ordre de licenciement et contrôle de la Direccte	26
Commentaires d'arrêts: la différence de traitement entre les salariés engagé antérieurement à l'entrée en vigueur d'un accord collectif et ceux engagés postérieurement.....	30

Edito

Chers lecteurs,

L'actualité sociale est riche en ce début d'année : les projets de réformes et notamment la réforme de l'apprentissage, les projets de consultation des partenaires sociaux ... Ce début d'année s'annonce tout aussi incandescent que la fin d'année 2017, comme en témoigne notre revue !

Commençons en douceur par un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 24 janvier 2018 (n°16-22.940, FS-PB). Cet arrêt rappelle à l'employeur une alternative dans le cadre d'un projet de réorganisation impliquant une modification du contrat de travail de plusieurs salariés. En effet, quand au minimum dix salariés refusent cette modification, l'employeur aura la possibilité soit de procéder à leur licenciement en mettant en place un plan de sauvegarde de l'emploi, soit pourra aussi renoncer à cette réorganisation. Cet arrêt permet de nous faire un doux rappel des dispositions légales applicables, alors que le licenciement pour motif économique a connu quelques modifications des suites des « *ordonnances Macron* ».

Autre information concernant le « droit à l'erreur » : les députés ont amendé le dispositif. En ce sens ils ont notamment mis en place un dispositif expérimental tendant à instituer un médiateur afin de résoudre les différends pouvant naître entre les entreprises et les administrations (notamment les caisses de retraite et l'URSSAF). Nous vous proposons de découvrir plus en détail les amendements concernant le droit à l'erreur.

Dans la prolongation de cette disposition, les sénateurs ont voté la loi de ratification des ordonnances, tout en ajoutant plusieurs amendements. À titre d'exemple, ils modifient la définition du télétravail.

Nous vous proposons la lecture d'un article concernant l'articulation de certaines normes, plus particulièrement la substitution de certaines clauses contractuelles au profit de clauses issues d'un accord collectif.

La Cour de cassation, dans un arrêt de principe récent rappelle que les juges ne peuvent pas aggraver la nature de la faute invoquée à l'appui du licenciement d'un salarié. L'arrêt rappelle ici un principe jurisprudentiel ancien qui lui n'a pas connu d'évolutions et demeure toujours applicable.

Enfin, nous vous proposons une dernière lecture en lien avec l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 24 janvier 2018 (n°16-22.940, FS-PB) cité précédemment. Cet article apporte un complément riche et nécessaire à l'arrêt



que nous vous conseillons car complète parfaitement l'arrêt de la chambre sociale.

Nous vous souhaitons bonne lecture, et nous vous donnons rendez-vous le mois prochain pour les nouvelles aventures de la Flamme Sociale !





L'employeur peut renoncer à modifier des contrats pour éviter un PSE

Publié le 6 Février 2018

Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification pour motif économique de leur contrat de travail, l'employeur peut revoir l'ampleur de son projet de réorganisation et présenter un projet de licenciement collectif concernant en définitive moins de dix salariés. Il ne sera alors pas tenu de mettre en place un PSE, ainsi que le confirme la Cour de cassation dans un arrêt du 24 janvier 2018.

Si au moins dix salariés refusent la modification économique de leur contrat de travail, l'employeur qui envisage leur licenciement doit mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi (*C. trav., art. L. 1233-25*). Mais il peut également préférer renoncer à la modification des contrats et au projet de réorganisation. Ou encore, et c'est l'hypothèse intermédiaire envisagée dans un arrêt du 24 janvier 2018, revoir son projet de réorganisation en conséquence et s'orienter vers une procédure de licenciements de moindre envergure (moins de dix salariés). Dans ce cas, la Cour de cassation considère que ces licenciements n'auront pas à s'inscrire dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

21 refus de changements de lieu de travail, 9 licenciements économiques

Dans le cadre d'un projet de restructuration impliquant un déménagement partiel des salariés sur un nouveau site, et après consultation des représentants

du personnel, une société a proposé à 36 salariés la modification de leur contrat de travail pour motif économique, cette modification portant sur le transfert de leur lieu de travail dans un autre secteur géographique. 21 salariés ont refusé cette proposition. Plutôt que de procéder à leur licenciement, l'employeur a préféré modifier son projet de réorganisation pour maintenir une partie de son activité et des emplois sur le site initial. Sur les 21 salariés ayant refusé la modification de leur contrat, 12 ont ainsi pu conserver leur emploi sur le site initial. L'employeur n'a donc finalement consulté les représentants du personnel que sur un projet de



licenciement collectif concernant les 9 salariés restants.

Se posait dès lors la question de l'établissement ou non d'un PSE. D'un côté, l'article L. 1233-61 du Code du travail rend ce dernier obligatoire « lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés », ce qui n'était pas le cas du projet définitif. D'un autre côté, l'article L. 1233-25 relatif à la modification économique du contrat prévoit que « lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail [...] et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique », donc au PSE. Un salarié ayant refusé la proposition de modification et s'étant ensuite retrouvé inclus dans la procédure de licenciement, prétendait qu'à partir du moment où au moins dix refus de modification avaient été exprimés, le projet de licenciement ultérieur, quel que soit le nombre de salariés concernés, devait nécessairement donner lieu à un PSE. L'employeur devait en effet être considéré comme ayant implicitement mais nécessairement « envisagé » le licenciement des salariés ayant refusé la modification proposée.

Les juges du fond puis la Cour de cassation ont toutefois estimé que la procédure de licenciement engagée postérieurement aux 21 refus et après ajustement du projet de réorganisation, ne nécessitait pas de PSE compte tenu du nombre de salariés concernés.

Projet de licenciement collectif ne nécessitant pas de PSE

La Cour de cassation rappelle les deux conditions cumulatives rendant le PSE obligatoire : « l'article L. 1233-25 du Code du travail ne fait obligation à l'employeur de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi que lorsque dix salariés au moins ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 et que leur licenciement est envisagé. » On remarquera que cet attendu consacre l'abandon définitif de la jurisprudence Framatome-Majorette qui rendait l'établissement du PSE obligatoire dès le stade de la proposition de modification économique présentée à dix salariés au moins (*v. Cass. soc., 3 décembre 1996, nos 95-17.352 et 95-20.360*). En affirmant que la mise en œuvre du PSE ne s'impose à l'employeur « que lorsque dix salariés au moins ont refusé la modification », la Haute juridiction tire ainsi les conséquences de la réécriture de l'article L. 1233-25 précité (ancien art.L. 321-1-3) par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 (loi Borloo), qui tendait précisément à mettre fin à cette jurisprudence en faisant des décisions de refus l'élément déclencheur des dispositions sur le licenciement collectif. Dans le cas d'espèce, si la condition minimale de dix refus était bien remplie, celle tenant au licenciement envisagé de ces salariés ne l'était pas, puisque l'employeur avait, consécutivement à ces refus, « modifié son projet de réorganisation pour maintenir une partie de son activité et des emplois sur le site » et « procédé à une nouvelle consultation des représentants du personnel sur un projet de licenciement collectif concernant moins de dix salariés ». Pour la Haute juridiction, « la cour d'appel en a déduit à bon droit que l'employeur n'était pas tenu de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi ». Seule la procédure prévue



pour les procédures de « petits licenciements collectifs » (2 à 9 salariés sur 30 jours) était dès lors applicable.

Lorsque l'employeur modifie son projet de réorganisation pour tenir compte des refus opposés par les salariés, le nombre de licenciements envisagés (qui commandera l'application ou non des dispositions sur le PSE) dépendra donc de ce que prévoit le projet de licenciement collectif présenté ultérieurement aux représentants du personnel (et non pas seulement du nombre de refus exprimés initialement par les salariés). ■

Cass. soc., 24 janvier 2018, n° 16-22.940 FS-PB

Liaisons Sociales Quotidien n°17504





Les députés amendent le projet de loi sur le droit à l'erreur

Publié le 1er Février 2018

Le droit à l'erreur de l'administré ne jouerait qu'en cas de « première erreur ». C'est ce que prévoit le projet de loi pour un État au service d'une société de confiance adopté en première lecture le 30 janvier par les députés. Quant à l'entrée en vigueur de la DSN, elle serait reportée à 2022 dans la fonction publique. Le texte doit encore être examiné par le Sénat, probablement en mars.

Le projet de loi « pour un État au service d'une société de confiance », tel qu'adopté le 27 novembre 2017 par le Conseil des ministres (v. *l'actualité n° 17459 du 1er décembre 2017*), n'a pas fait l'objet de bouleversements majeurs lors de son examen par les députés. Adopté par l'Assemblée nationale, par scrutin public le 30 janvier 2018 par 405 voix pour et 41 voix contre, le projet de loi a été transmis au Sénat pour une nouvelle lecture. Celle-ci devrait avoir lieu en mars 2018, a précisé le Président du Sénat le 24 janvier avant la réunion d'une commission mixte paritaire. Nous présentons les principaux ajouts apportés par les députés.

Consécration d'un droit à régulariser une erreur

Rappelons que le « droit à régularisation en d'erreur », mesure phare du projet de loi, aurait vocation à s'appliquer à toutes les catégories d'administrés et dans l'ensemble des champs de la politique publique. De fait, seraient concernés les organismes de sécurité sociale et notamment les organismes de recouvrement des cotisations sociales, dès lors que des dispositions spécifiques n'existent pas.

Selon le projet de loi, la personne qui rectifierait son erreur de sa propre initiative ou à la demande de l'organisme (dans un délai à fixer par décret) ne pourrait pas faire l'objet d'une sanction administrative pécuniaire (sauf fraude ou mauvaise foi). En revanche, les intérêts de retard resteraient dus.

Les députés ont encadré ce droit. Il ne serait mobilisable que si la personne a méconnu « pour la première fois » une règle applicable ou qu'elle a commis une « erreur matérielle lors du renseignement de sa situation ».

Toujours pour redonner de la confiance dans les relations entre usagers et



services publics, les députés ont décidé d'empêcher la suspension de l'instruction d'un dossier de demande d'attribution de droits lorsqu'il manque une pièce non indispensable au dossier. En contrepartie, afin d'éviter les fraudes, la décision d'attribution ne serait effective qu'après réception de la pièce manquante, selon le projet de loi.

Généralisation de la médiation

La médiation serait étendue à l'ensemble des organismes de recouvrement après avoir été expérimentée au sein de l'Urssaf d'Ile-de-France depuis janvier 2016 (v. *l'actualité no 17322 du 9 mai 2017*). Les députés ont ajouté que le médiateur devrait présenter un certain nombre de garanties (formation préalable, compétences requises, indépendance, etc.) qui seront précisées par décret. Autre ajout : les réclamations concernant les usagers des Caf et Carsat qui portent sur le service des prestations pourraient également être portées devant un médiateur national.

Les députés ont par ailleurs décidé d'étendre, à titre expérimental, le dispositif du médiateur de l'entreprise qui est chargé de résoudre les différends entre les entreprises d'une part, les administrations et établissements publics de l'État, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale, d'autre part, et non les seuls différends liés au recouvrement des cotisations.

Report de l'entrée en vigueur de la DSN dans la fonction publique

Alors que la généralisation de la déclaration sociale nominative (DSN) est intervenue au 1er janvier 2017 pour les employeurs privés, les députés ont décidé de reporter l'entrée en vigueur de la DSN dans la fonction publique du 1er janvier 2020 au 1er janvier 2022 au plus tard. Raison invoquée : assurer, en amont, la mise en place du prélèvement à la source au 1er janvier 2019.

Majoration de l'amende maximale après un premier rappel à la loi par le Direccte

Rappelons que le projet de loi prévoit de permettre au Direccte, sur rapport de l'agent de contrôle de l'inspection du travail, d'adresser à l'employeur un avertissement plutôt qu'une amende administrative en cas de manquement de ce dernier à la réglementation du travail en matière de durée maximale de travail, de repos, de décompte de la durée du travail, de salaire minimum légal ou conventionnel ainsi que d'hygiène et d'hébergement des travailleurs. Il s'agit de créer, pour le Direccte, la possibilité d'une sanction non pécuniaire de rappel à la loi dès lors que l'employeur qui a méconnu le droit du travail est de bonne foi.

En cas de nouveau manquement constaté dans un délai d'un an à compter du jour de la notification d'un avertissement concernant un précédent manquement, les députés ont décidé que le plafond de l'amende administrative pouvant être infligée par le Direccte serait majoré de 50 %.

De nouvelles expérimentations



Si le projet de loi, tel qu'adopté en Conseil des ministres, dressait une liste d'expérimentations à mener, les députés l'ont encore complétée.

Ainsi, à titre expérimental, le responsable d'une maison de services au public pourra être désigné en tant que référent unique capable de traiter, dans certains cas, les demandes qui lui sont adressées en lieu et place des personnes morales concernées. Autre expérimentation à venir, celle concernant les porteurs de projets, dans les quartiers prioritaires de la ville, qui pourraient effectuer un dépôt unique dématérialisé des demandes de concours financiers. Concernant l'expérimentation de la limitation de la durée des contrôles opérés dans les entreprises de moins de 250 salariés et dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 50 millions d'euros (deux régions concernées), les députés ont souhaité compléter l'information des entreprises contrôlées. Ces dernières seraient informées « à titre indicatif, de la durée du contrôle » et de toute prolongation. ■

Projet de loi pour un État au service d'une société de confiance adopté en première lecture
par l'Assemblée nationale le 30 janvier 2018

Liaisons Sociales Quotidien n°17501





L'adoption du projet de loi de ratification des ordonnances par le Sénat

Publié le 5 Février 2018

ORDONNANCES MACRON. Les sénateurs ont adopté, le 24 janvier dernier, le projet de loi de ratification des « ordonnances Travail », assorti d'une quarantaine d'amendements. Panorama.

L'apport du Sénat aux ordonnances

Adopté par l'Assemblée nationale le 28 novembre 2017, le projet de loi de ratification des ordonnances a été modifié par la commission des affaires sociales du Sénat (*Semaine Sociale Lamy n° 1799 p. 5*). Le 24 janvier dernier, c'était au tour des sénateurs, en séance publique, de se saisir du texte. Compte-rendu.

NÉGOCIATION COLLECTIVE

- La durée de l'accord de branche fixant le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de la négociation collective de branche ne peut ex-céder cinq ans au lieu des quatre anciennement prévus (*C. trav., art. L. 2241-5*).
- La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical est facilitée. Un amendement prévoit désormais les modalités de révision et de dénonciation des accords collectifs conclus dans ces entreprises, quels que soient leurs effectifs. L'employeur peut proposer un avenant de révision aux salariés. S'il est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme valide. L'accord ou l'avenant de révision peut être dénoncé à l'initiative de l'employeur ou des salariés dans les conditions prévues par l'accord, ou à défaut de stipulation expresse, par les articles L. 2261-9 et suivants. Toutefois, si l'employeur est libre de dénoncer un accord à tout moment, les salariés ne peuvent prendre cette initiative que pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord et doivent pour ce faire représenter les deux tiers du personnel (*C. trav., art. L. 2232-22*). Un sous-amendement du gouvernement prévoit que ce régime est



applicable aux accords conclus avec les délégués syndicaux dans une entreprise qui s'en trouverait par la suite dépourvue (*C. trav., art. L. 2232-22-1*).

- Dans les cas où aucun des candidats présentés par l'organisation syndicale aux élections professionnelles n'a recueilli 10 % des suffrages exprimés, qu'il ne reste plus aucun candidat ayant rempli cette condition, ou que l'ensemble des élus qui la remplissent renoncent par écrit à leur droit d'être désigné délégué syndical, le délégué syndical peut être désigné parmi les anciens élus ayant atteint la limite de durée d'exercice du mandat au comité social et économique (CSE) (*C. trav., art. L. 2143-3*).

- Le Sénat précise que dans le cadre d'une comparaison entre convention de branche et convention d'entreprise, le principe d'équivalence s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière.

- Lorsqu'un « *accord de compétitivité* », renommé « *accord de performance sociale et économique* », est conclu, il peut préciser les modalités d'accompagnement des salariés ainsi que l'abondement du compte personnel de formation au-delà du montant minimal défini par décret (*C. trav., art. L. 2254-2*). Si un salarié en refuse l'application à son contrat de travail, l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification de ce refus pour engager une procédure de licenciement (*C. trav., art. L. 2254-2*).

- Concernant l'obligation de publication des accords collectifs, l'employeur a la faculté d'« *occulter les éléments portant atteinte aux intérêts stratégiques de l'entreprise* ». Les accords d'intéressement, de participation, les plans d'épargne d'entreprise, interentreprises ou pour la retraite collectifs ainsi que les « *accords de compétitivité* » et portant sur un plan de sauvegarde de l'emploi ne sont pas soumis à cette obligation de publication (*C. trav., art. L. 2231-5-1*).

- Lorsque le juge est saisi d'une « *action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif* », il doit se prononcer dans un délai de trois mois (*C. trav., art. L. 2262-14-1*).

- La loi du 8 août 2016 a supprimé le régime des avantages individuels acquis au profit du maintien de la rémunération individuelle versée au salarié en cas de mise en cause ou de dénonciation d'un accord collectif. Le Sénat précise que pour le salarié, ce maintien de salaire constitue une garantie de rémunération qui peut être assurée par le versement d'une indemnité différentielle entre le montant de la rémunération qui lui était dû avant la dénonciation ou la mise en cause de l'accord et le montant de sa rémunération résultant du nouvel accord, s'il existe, et de son contrat de travail.

COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE

- Un amendement du Sénat a pour objet de permettre la mise en place du CSE de manière anticipée lorsque les mandats des anciennes institutions représentatives du personnel (IRP) arrivent à échéance entre le 1er janvier et le 31 décembre 2019, hypothèse qui n'était pas expressément prévue par les ordonnances. Des différences notables existent entre ces nouvelles dispositions et celles relatives aux entreprises



dans lesquelles les mandats expirent en 2018. D'abord, si les mandats arrivent à expiration en 2019, l'entreprise ne peut qu'avancer la mise en place du CSE : la durée des mandats peut seulement être réduite. Ensuite, cette réduction doit obligatoirement faire l'objet d'un accord collectif. L'employeur ne peut pas en décider unilatéralement. Enfin, les sénateurs ajoutent que la réduction de la durée des mandats doit être opérée en vue de faire coïncider leur échéance avec la date de mise en place du CSE et, le cas échéant, du CSE d'établissement et du CSE central. Cette dernière précision semble superflue au regard de l'article 9 III de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 qui envisage déjà ce cas de manière générale. Cette disposition permet aux entreprises de réduire **ou proroger** la durée des mandats des IRP lorsqu'il est souhaité faire coïncider les dates de toutes les élections professionnelles. Mais *specialia generalibus derogant* (les règles spéciales dérogent aux règles générales) et c'est donc l'article 9 II qu'il faudra désormais appliquer pour les mandats arrivant à expiration en 2019 et non plus l'article 9 III qui avait l'avantage d'offrir la possibilité de proroger la durée des mandats des IRP. Pour 2020, l'article 9 III trouve-t-il encore à s'appliquer dans la mesure où le cas n'est pas couvert par une disposition spéciale ? La question est posée. En outre, cet amendement vise également à prévoir que des durées de mandat différentes pour chaque établissement distinct peuvent être fixées pour le premier cycle électoral suivant la mise en place du CSE, dans une limite comprise entre deux et quatre ans.

- L'employeur est dispensé d'organiser des élections professionnelles partielles si l'annulation de l'élection de membres du CSE par le juge est motivée par le non-respect de l'obligation de refléter exactement la proportion des femmes et des hommes dans l'entreprise sur les listes (*C. trav., art. L. 2314-10*).
- Le Sénat supprime la possibilité donnée aux interlocuteurs sociaux de déroger à la limite de trois mandats successifs de représentant du personnel dans le cadre de l'accord préélectoral, étant précisé que cette limite ne concerne que les entreprises de plus de cinquante salariés (*C. trav., art. L. 2314-33*).
- Un amendement voté à l'Assemblée nationale, confirmé par la commission des affaires sociales puis par le Sénat, rétablit le droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes, de danger grave et immédiat ou de problème tenant à la santé publique ou à l'environnement dans les entreprises dont les effectifs sont compris entre 11 et 50 salariés (*C. trav., art. L. 2312-5*).

TÉLÉTRAVAIL

L'article L.1222-9 définissant le télétravail est remanié. Outre les modifications rédactionnelles, il faut retenir qu'« *en l'absence d'accord collectif ou de charte, lorsque le salarié et l'employeur conviennent de recourir au télétravail, ils formalisent leur accord par tout moyen* ». Cette disposition n'est plus réservée au télétravail occasionnel. Et en cas d'épisode de pollution, lorsque des mesures propres à limiter l'ampleur et les effets de la pointe de pollution ont été prises par le préfet, un droit au télétravail est créé pour le salarié occupant un poste éligible au télétravail.

RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL



- Un accord instituant une rupture conventionnelle collective (RCC) dans les entreprises dépourvues de CSE, notamment en cas de carence de candidats aux élections professionnelles, peut être conclu. Toutes les entreprises peuvent donc y recourir.
- Les précisions apportées par la commission des affaires sociales du Sénat au contrôle exercé par la Direccte dans le cadre de la RCC sont modifiées par les sénateurs. L'administration doit maintenant s'assurer du caractère précis et concret des mesures de reclassement et vérifier la régularité de la procédure d'information du CSE (*C. trav., art. L. 1237- 19-3*).
- Les modèles de lettres de licenciement sont fixés par arrêté et non plus par décret en Conseil d'État. Selon l'auteur de l'amendement, « *ils pourront être plus facilement et plus rapidement ajustés par arrêté* ». On peut tout de même s'interroger sur le sort réservé aux décrets déjà parus (*D. n° 2017-1702, 15 déc. 2017 ; D. n° 2017-1820, 29 déc. 2017*). La mention des droits et des obligations dans les modèles de lettre est également supprimée.
- En cas de fraude, le périmètre d'appréciation du motif économique n'est pas limité aux frontières nationales (*C. trav., art. L. 1233-3*).
- Enfin, le juge ne peut pas tenir compte de l'indemnité de licenciement versée au salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée et ayant au moins huit mois d'ancienneté pour déterminer le montant de l'indemnité versée au titre du licenciement injustifié (*C. trav., art. L. 1235-3*).

Semaine Sociale Lamy n° 1801





ACCORD COLLECTIF. Les ordonnances Macron ont mis en place un processus de substitution d'une clause d'un accord collectif par une clause d'un autre accord collectif sans disparition du premier, ou de substitution des clauses d'un contrat de travail par celles d'un accord collectif. Ces deux situations de substitution méritent réflexion.

Substitution aux clauses conventionnelles ou contractuelles

Publié le 5 Février 2018

Le formidable chambardement qui a affecté l'ordonnancement des relations entre l'accord collectif et la loi, entre les accords collectifs de différents niveaux, entre l'accord collectif et le contrat de travail, a en même temps fait émerger de nouveaux concepts applicables aux relations entre ces différentes normes. Il peut s'agir de dérogation, de verrouillage, de primauté, de suppléativité, de suspension ou de substitution. De nombreux écrits se sont intéressés au régime juridique de ces différents concepts. Toutefois, peu ont concerné les situations de substitution d'une norme par une autre, ou plus exactement d'une clause par une autre clause¹. Il ne s'agit pas de l'accord de substitution susceptible d'être conclu dans le délai de survie légal ou conventionnel d'un accord à durée indéterminée dénoncé ou mis en cause, mais du processus de substitution d'une clause d'un accord collectif par une clause d'un autre accord collectif sans disparition du premier, ou de substitution des clauses d'un contrat de travail par celles d'un accord collectif qui peut cette fois affecter l'existence même de la norme ciblée par la substitution. Ces deux situations de substitution un peu différentes quant aux effets produits méritent réflexions, lesquelles peuvent s'ordonner autour, d'une part de la substitution aux clauses conventionnelles et d'autre part de la substitution aux clauses contractuelles.

1 LA SUBSTITUTION AUX CLAUSES CONVENTIONNELLES

Le phénomène issu de l'article 23 de la loi Travail du 8 août 2016 se trouve rassemblé dans les trois articles qui consacrent cette capacité de substitution des stipulations de l'accord de groupe à celles ayant le même objet des accords des entreprises du groupe (C. trav., art. L. 2253-5), des stipulations de l'accord d'entreprise à celles ayant le même objet des accords d'établissement (C. trav., art. L. 2253-6) et celles des accords interentreprises à celles ayant le même objet des accords des entreprises dans le périmètre de cet accord (C. trav., art. L. 2253-7). L'appréciation des effets produits par ce mécanisme peut être appréhendée en



distinguant la mise en place de la substitution et la situation qui peut résulter de sa disparition en raison de celle de l'accord collectif qui en est à l'origine.

Mise en place de la substitution

La finalité du dispositif créé en 2016 était essentiellement de permettre l'harmonisation conventionnelle lorsque l'histoire des négociations d'entreprise, ou d'établissement, avait pu aboutir à créer des statuts collectifs différents au sein d'un même groupe ou d'une même entreprise. Un peu différente était la situation de l'accord interentreprises, mais il paraissait nécessaire également dans ce type de situation de permettre cette négociation d'harmonisation. Pour autant, un certain nombre d'observations peuvent être formulées relatives à la mise en œuvre du processus de substitution.

- En premier lieu, il peut s'agir de la cible de la substitution. Il s'agira selon le cas d'accords d'entreprise ou d'établissement, mais surtout des stipulations de ces accords ayant le même objet. Même si la notion est difficile à cerner, il conviendra que l'accord identifie la cible, c'est-à-dire à la fois l'accord concerné par la substitution, mais aussi les articles ou les stipulations qui sont des tinées à s'effacer. Il faudra aussi, compte tenu de la rédaction des textes précités, que l'accord de substitution indique expressément qu'il y aura substitution de ses stipulations à celles des accords concernés. On peut également admettre que cette capacité de substitution concerne des accords conclus certes avec les délégués syndicaux, mais aussi des accords conclus avec le conseil d'entreprise ou en leur absence de ceux conclus avec d'autres partenaires (salariés, élus mandatés ou non, salariés mandatés).

- Ensuite, et sauf s'agissant de l'accord interentreprises qui préserve la représentativité des organisations syndicales des entreprises concernées (C. trav., art. L. 2232-37), le niveau de négociation de l'accord de groupe ou de l'accord d'entreprise peut conduire à la négociation de ces accords avec des organisations syndicales représentatives dans le groupe ou l'entreprise, et pas nécessairement représentatives dans les entreprises concernées du groupe ou les établissements de l'entreprise. C'est un peu surprenant d'aboutir à la substitution de certaines clauses d'un accord collectif par la négociation avec des représentants d'organisations syndicales n'ayant pas participé à la négociation des clauses à substituer de cet accord.

- Quant aux effets de cette substitution, certains considèrent qu'il pourrait s'agir d'un avenant aux accords concernés². Bien sûr l'identification juridique du phénomène est difficile à trouver. Il nous semble plutôt qu'il s'agit non d'un véritable avenant qui prendrait place dans l'accord cible, mais d'une sorte de neutralisation des stipulations concernées, remplacées par celles de l'accord de substitution. Ce remplacement ne constitue pas pour autant une incorporation, mais a pour effet seulement de s'imposer dans l'exécution de la relation contractuelle aux salariés dans le champ de l'accord ainsi substitué. Cette extraction partielle d'une clause de l'accord n'est pas non plus sans susciter interrogation quant aux principes même de négociation. En effet, l'accord collectif constitue un tout et par-fois un échange entre les clauses qui ne se conçoivent pas séparément. Cette substitution altère ainsi le caractère indissociable des clauses de l'accord. Par exemple un accord de groupe pourrait réaménager ou supprimer un treizième mois, lequel aurait pu être consenti dans un accord d'entreprise en contrepartie d'un dispositif d'aménagement annuel du temps de travail. Bizarre non !

Si les clauses de l'accord de substitution s'appliquent en « remplacement » de celles de l'accord qui sont en conséquence neutralisées, la révision des premières s'imposera également aux secondes.



• Les effets de cette substitution peuvent ne pas se limiter au contenu des seuls accords collectifs, la substitution peut aussi s'imposer aux contrats de travail dans le cadre de l'article L. 2254-2 du Code du travail issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, aboutissant ainsi à une double substitution, conventionnelle et contractuelle pour les clauses contraires et incompatibles dudit contrat. Par l'effet de cette substitution, certains éléments du contrat de travail pourraient être modifiés imposant alors à l'employeur de l'entreprise ayant conclu l'accord, de solliciter l'accord des salariés concernés en application du texte précité. Étrange non ! • Cette capacité interventionniste ne se limite pas aux accords existants puisque ces trois types d'accord de substitution pourront aussi s'imposer aux stipulations des accords conclus postérieurement. Cette disposition étonnante, sur le plan de la liberté contractuelle au moins, empêche donc toute révision des accords cibles s'agissant des stipulations capturées par l'accord de substitution, et enlevant toute efficacité à toute nouvelle tentative de négociation dont les thèmes échappent en conséquence à cette négociation interdite, et qui deviennent du domaine réservé et exclusif de la négociation de l'accord de substitution.

Ce mécanisme d'intrusion, même si on en comprend bien la finalité et d'une certaine manière la nécessité, ne sera pas pour autant sans susciter d'autres interrogations lors de la disparition de l'accord porteur de substitution.

La disparition de la substitution

Cet accord « prédateur » peut à son tour disparaître par l'arrivée du terme de cet accord à durée déterminée, par dénonciation s'il est à durée indéterminée, par mise en cause en cas de sortie du groupe, de l'entreprise ou du périmètre de l'accord interentreprises. La question qui se posera alors sera celle relative à la disparition définitive ou à la « réactivation » des proies, c'est-à-dire des stipulations neutralisées de ces accords. Les textes ne fournissent aucune précision, ce qui autorise deux approches. La première serait d'admettre que les stipulations des accords concernés par la substitution ont disparu définitivement. Dans cette hypothèse, la situation est alors très simple, l'accord continue de s'appliquer ou à « survivre » dans le contenu qui est le sien à l'exception des stipulations exclues définitivement en raison de la substitution. Cette extraction définitive nous paraît étrange et il nous semble au contraire qu'il faille plutôt considérer que la disparition de l'accord à l'origine de « l'effraction » doit permettre à l'accord de retrouver ses stipulations d'origine. En effet, quel mécanisme juridique pourrait permettre cette disparition définitive des dispositions d'un accord collectif par une négociation en dehors des parties ayant conclu l'accord cible. Cette seconde approche, qui nous paraît à retenir, n'est pas néanmoins sans poser un certain nombre de difficultés. Difficultés tout d'abord quant à la durée de la substitution. Comment en effet faire revivre des stipulations d'un accord qui auraient été neutralisées pendant plusieurs années et qui au jour de leur renaissance, pourraient ne plus avoir aucune signification, ou faire resurgir un régime juridique disparu du paysage législatif. L'accord d'origine risque d'être totalement perdu de vue et en faire renaître l'application de certaines clauses, particulièrement difficile à gérer. Considérons un accord de groupe ayant supprimé toute forme d'organisation annuelle du temps de travail dans les entreprises du groupe. La dénonciation de cet accord remettrait alors en place ce dispositif. On entrevoit bien la limite au raisonnement quand le retour à la normalité conventionnelle est défavorable aux salariés. En cas de mise en cause, la question se posera aussi de savoir si la mise en cause concerne l'accord « reconstitué » ou l'accord avec les stipulations de l'accord à l'origine de la substitution. On peut penser, avec la même « logique », que lors de la mise en cause, c'est l'accord avant substitution qu'il faudrait reconstituer.



Oui mais alors s'agissant d'un accord de groupe ayant supprimé dans un accord d'entreprise des congés supplémentaires, substitué par un élément de rémunération, après délai de survie devra-t-on constater la disparition des congés supplémentaires, ou le maintien de l'élément de rémunération issu de l'accord de substitution ? La solution ne devrait pas dépendre des conséquences pour les salariés. Donc si reconstitution il y a, ce qui nous semble inévitable, c'est donc l'accord d'origine qui affrontera la situation de mise en cause à l'issue du délai de survie, même si pendant ce délai c'est l'accord revisité par les effets de la substitution qui s'est appliqué. Néanmoins, est-il possible qu'il y ait une troisième voie ? Celle qui résulterait de la solution définie par l'accord de substitution lui-même ? Celui-ci pourrait-il préciser la situation juridique dans les hypothèses évoquées ci-dessus, et à défaut de retour aux clauses d'origine, consacrer « l'abrogation » définitive des stipulations des accords concernés ? Il nous semble possible d'admettre cette hypothèse qui aurait au moins le mérite de lever les incertitudes dans le cadre d'une négociation aux enjeux alors parfaitement connus par les acteurs de l'accord de substitution. En revanche, l'application « définitive » des clauses de substitution ne paraît pas envisageable, seule l'abrogation des clauses cibles est peut-être envisageable. Enfin, reste la situation des salariés recrutés pendant l'exécution de l'accord après substitution. Ceux-ci n'ont pas connu l'accord d'origine et il serait en conséquence paradoxal de faire revivre des stipulations d'un accord collectif qui ne leur ont pas été appliquées. En reprenant l'exemple précité, on pourrait en faisant revivre un régime d'organisation annuelle du temps de travail l'imposer à ces salariés alors que jusque-là, leur horaire de travail était dans un cadre hebdomadaire, c'est peu probable. Par l'appréciation de la situation des salariés recrutés pendant l'exécution de l'accord on entrevoit également les limites du retour au cadre conventionnel d'origine, surtout si celui-ci est susceptible d'affecter l'un des éléments du socle contractuel et pourtant. Alors reste la solution qui a pu être définie par l'accord de substitution (après une mise en cause ou dénonciation) consistant à distinguer la situation selon la date de recrutement des salariés en considérant eu égard au contenu des stipulations réactivées que celles-ci ne concernaient que les salariés présents lors de la substitution sans que pour autant il y ait violation du principe d'égalité de traitement, les salariés concernés n'étant pas dans une situation identique. Si juridiquement cela semble possible, socialement c'est plus compliqué. Mais le concept de substitution peut concerner la relation entre des normes juridiques de nature différente. Il ne s'agit plus ici d'une relation entre accords collectifs de différents niveaux ou de même niveau, mais de la relation entre accord collectif et contrat de travail. Cette substitution « contractuelle », c'est-à-dire de remplacement des clauses du contrat de travail incompatibles et contraires par l'application de celles de l'accord collectif, n'est pas de même nature même si des similitudes existent, indépendamment d'une terminologie identique pour désigner deux opérations juridiques pourtant différentes.

2 LA SUBSTITUTION AUX CLAUSES CONTRACTUELLES

Cette substitution est apparue pour la première fois avec l'accord de préservation ou développement de l'emploi né avec la loi Travail du 8 août 2016 (C. trav., art. L. art. 2254-2 anc.). Jusque-là, la relation de l'accord collectif avec le contrat avait emprunté différents chemins. Pour la bonne cause, le législateur de 2000 a imposé les 35 heures aux salariés sans leur consentement. « La seule réduction du nombre d'heures stipulée au contrat de travail en application d'un accord collectif ne modifie pas le contrat de travail. » (C. trav., art. L. 212-3 anc. issu de L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, art. 30, recodifié C. trav., art. L. 1222-7). L'agression a été plus violente avec l'intégration de l'article L. 3122-6 du Code du travail qui, prenant le contre-pied de



la jurisprudence³, posait le principe de la suprématie de l'accord collectif d'aménagement du temps de travail sur le contrat de travail (sauf pour les salariés à temps partiel). Par la suite, les accords de mobilité interne ou de maintien de l'emploi issus de la loi du 14 juin 2013 (respectivement C. trav., art. L. 2242-19 et L. 5125-2) ont eu une approche plus délicate, moins impérieuse en soumettant leur application au consentement des salariés pour lesquels les clauses contraires et incompatibles du contrat de travail étaient simplement suspendues. Ces accords sont abrogés (à l'exception de celui d'aménagement du temps de travail C. trav., art. L. 3122-6) par l'ordonnance 2017-1388 du 22 septembre 2017 qui réécrit l'article L. 2254-2 du Code du travail dans une version plus agressive laissant comme seule alternative aux salariés de se soumettre à l'accord collectif ou de se démettre dans le cadre d'un licenciement qui repose sur un motif spécifique de rupture qui constitue une cause réelle et sérieuse. Dans cette nouvelle version de l'article L. 2254-2 du Code du travail, la notion de substitution apparaît, mais cette fois dans la relation entre l'accord collectif et le contrat de travail. L'appréciation de ce concept appliqué à la relation de travail peut aussi être abordée en distinguant la mise en place de la substitution et sa disparition avec celle de l'accord collectif qui en a été à l'origine.

La mise en place de la substitution

Ce nouvel accord qualifié parfois de « compétitivité » par la généralité de ses objectifs (répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, ou en vue de préserver ou de développer l'emploi) aboutit à créer un régime qui généralise et uniformise la relation entre accord collectif et contrat de travail. La résistance contractuelle s'efface peu à peu, derrière l'accord collectif d'entreprise tout puissant. Cette autre forme de substitution appelle également un certain nombre d'observations.

- Tout d'abord, les auteurs à l'origine de la substitution seront les négociateurs de l'accord d'entreprise y compris quand la négociation se déroule en l'absence de délégué syndical (avec les salariés, les élus mandatés ou non ou un salarié mandaté). Mais il pourra aussi s'agir d'un accord de groupe compte tenu de la généralité de l'article L. 2232-33 du Code du travail qui donne les mêmes capacités à l'accord de groupe que celles accordées à l'accord d'entreprise. Le doute est permis s'agissant de l'accord interentreprises qui ne bénéficie pas quant à lui des mêmes possibilités semble-t-il.

- Ensuite, la cible de la substitution est celle des éléments habituellement qualifiés du socle contractuel (durée et aménagement du temps de travail, rémunération, lieu de travail et qualification). Plus précisément encore, il s'agit de « viser » dans ces domaines les « clauses contraires et incompatibles du contrat de travail », formulation déjà utilisée par l'accord de préservation ou de développement de l'emploi de la loi de 2016. Les éléments extra-contractuels ne sont pas concernés par ce type d'accord.

- Quant aux effets de cette substitution, même si le texte évoque une substitution de plein droit, c'est néanmoins sous réserve du consentement des salariés. À la différence de la substitution des clauses d'un accord collectif par celles d'un autre dans laquelle la cible n'a pas son mot à dire, cette substitution suppose le consentement au moins tacite du salarié, même si le choix reste limité. De ce point de vue d'ailleurs, il n'est pas certain que le consentement tacite puisse être imposé à un salarié protégé, car il semble que pour cette catégorie de salariés, un consentement express soit requis par transposition de la jurisprudence relative à la modification pour motif économique du contrat en application de l'article L. 1222-6 du Code du



travail⁵. D'ailleurs, il faudrait bien se garder de se placer dans le cadre de ce dispositif même si la modification du contrat résulte d'un accord à finalité économique de préservation de l'emploi. Dans le cadre des accords de 2013 (mobilité interne, maintien de l'emploi), les clauses contraires du contrat étaient simplement suspendues. Ce changement de terminologie aurait pu signifier et consacrer la disparition définitive des clauses contraires et incompatibles du contrat de travail et leur remplacement par celles de l'accord collectif. Mais ce n'est certainement pas le sens qu'il convient de retenir puisque l'accord collectif ne peut de plein droit s'incorporer au contrat de travail des salariés. Reste à savoir si le consentement du salarié à l'application de l'accord vaut avenant à son contrat de travail ce qui équivaldrait à une contractualisation de l'accord collectif. Il ne semble pas, puisque l'accord du salarié n'est pas sollicité pour modifier son contrat de travail (l'accord collectif ne dispose pas de cette prérogative) mais pour permettre l'exécution de son contrat aux conditions de l'accord collectif dont le contenu va se substituer aux clauses contraires et incompatibles. Cette substitution réalise en réalité une sorte de neutralisation de ces clauses, mais une neutralisation acceptée permettant l'application de l'accord collectif et évitant le risque de licenciement.

- L'appréciation de la nature juridique de cette substitution renvoie également à l'évolution de l'accord collectif, à sa révision. Si le contenu de l'accord collectif était contractualisé par le consentement des salariés, la révision serait inopérante, et un nouveau consentement serait nécessaire. Si les clauses du contrat étaient définitivement extraites de la relation contractuelle pour leur appliquer celles de l'accord collectif, alors la révision de l'accord collectif devrait s'imposer aux salariés. Enfin, et c'est probablement la solution à retenir, si le consentement du salarié ne concerne que l'acceptation de l'application de l'accord collectif à son contrat, ce consentement ne vaut que selon le contenu de l'accord collectif qui lui a été soumis, ce qui signifie alors que toute révision supposera de solliciter à nouveau l'accord du salarié dans les conditions définies par le III de l'article L. 2254-2 du Code du travail. Ce deuxième mécanisme d'intrusion consentie de l'accord collectif au contrat de travail n'est pas non plus sans entraîner un certain nombre d'incertitudes en cas de disparition ou mise en cause de l'accord collectif.

La disparition de la substitution

Comme dans la situation de substitution aux clauses conventionnelles, la disparition définitive de l'accord collectif (arrivée du terme, dénonciation, mise en cause) ne sera pas sans conséquences sur la situation contractuelle de ceux des salariés ayant consentis à l'application de l'accord collectif à leur contrat de travail. La question se posera également d'apprécier la situation des salariés recrutés pendant l'application de l'accord collectif.

- Pour les premiers, il semble qu'il n'y ait guère de doute quant aux conséquences de la disparition de l'accord collectif. La substitution n'a pas eu pour effet d'emporter modification du contrat de travail, ce qui a pour effet de permettre le retour à la normalité contractuelle. La substitution n'a été que temporaire les « efforts contractuels » consentis seront dissipés, le salaire reconstitué, la durée et la répartition du temps de travail restaurées. Nul besoin de solliciter l'acceptation du salarié pour reprendre le cours contractuel antérieur. De ce point de vue d'ailleurs, l'article L. 2254-2 du Code du travail, sans en faire une clause obligatoire, indique que l'accord collectif peut comporter une clause relative à l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord. Ce retour au cadre contractuel antérieur ne pourra pas s'apprécier dans les mêmes conditions selon la nature de l'élément contractuel



concerné. Le lieu de travail, ou la qualification antérieure, auront du mal, la plupart du temps, à être rétablis lorsque l'accord aura cessé de produire effet. D'une acceptation temporaire à la mise entre parenthèses de ces éléments contractuels, il faudra s'orienter vers un consentement définitif à la modification du contrat de travail en cas de disparition définitive du lieu initial de travail, ou dans l'hypothèse d'un changement également définitif de qualification. Dans ces situations, il sera difficile d'éviter la mise en œuvre de la procédure de modification pour motif économique de l'article L. 1222-6 du Code du travail dès lors que la motivation de l'accord collectif repose sur des difficultés économiques (préservation de l'emploi) ou nécessaires à la sauvegarde dans la compétitivité de l'entreprise. Le refus à cette modification pour motif économique du contrat devrait induire pour les salariés concernés une procédure de licenciement économique. Toutefois, le préambule de l'accord peut situer la modification en dehors de tout motif de nature économique au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail, ce qui induirait une procédure de modification du contrat nécessitant non un accord tacite, mais express, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation⁶. La solution pourrait également se trouver dans le cadre de la clause de l'accord relative à l'examen de la situation des salariés à l'échéance de l'accord qui pourrait ainsi prévoir si la modification devait être « confirmée » les éventuelles mesures d'accompagnement permettant de faciliter l'acceptation du salarié (mesures d'accompagnement de la mobilité géographique, ou professionnelle). Ainsi, si d'emblée la modification du lieu de travail ou de la qualification devait être définitive, il serait opportun que l'accord collectif le prévoit de manière à ce que lors de l'expression du consentement du salarié celui-ci soit parfaitement informé. On peut penser que la proposition de modification, qu'elle soit temporaire ou définitive, ne devrait pas modifier la nature de la rupture en cas de refus du salarié.

- La situation contractuelle des salariés recrutés pendant la durée de l'application de l'accord n'est pas non plus sans susciter des interrogations puisque pour ces salariés, la substitution n'a pas eu à s'appliquer. Il va de soi que s'il s'agit d'une modification qui porte sur le lieu de travail ou la qualification, ils seront recrutés aux conditions de l'accord collectif dans un lieu de travail existant et une qualification appropriée. En revanche, si l'accord collectif affecte la rémunération ou la durée du travail, la question du contenu contractuel se pose alors différemment. Sauf contractualisation des dispositions de l'accord collectif, les éléments du contrat portant sur la rémunération ou le lieu de travail, devraient se référer à l'accord collectif dans une clause dite informative⁷ afin d'éviter précisément toute contractualisation, si bien qu'à l'issue de l'accord, les salariés se retrouveraient alors dans une situation identique à celle des salariés recrutés avant la date d'effet de l'accord. En outre, il serait nécessaire alors que l'accord collectif « règle » la situation de ces salariés en prévoyant expressément les conséquences de la disparition de l'accord collectif, c'est-à-dire l'application à ces salariés du même contenu contractuel que ceux à qui l'accord s'est appliqué. Finalement, ces développements, outre les multiples hésitations qu'ils soulèvent, soulignent également la place importante laissée aux négociateurs, rédacteurs des accords collectifs de substitution, et du contrat de travail pour par avance tenter de lever les interrogations qui pourraient naître de l'exécution ou de la disparition de l'accord collectif destiné à se substituer aux clauses conventionnelles ou contractuelles. À défaut, c'est au juge qu'il reviendra d'y répondre, et alors...

Michel Morand, Avocat, Conseil en droit social, Cabinet Barthélémy Avocats, ancien Professeur associé à l'École de droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne





Licenciement disciplinaire : des limites au pouvoir de qualification du juge

Publié le 9 Février 2018

Dans un arrêt de principe, la Cour de cassation sanctionne les juges ayant requalifié un licenciement pour cause réelle et sérieuse en licenciement pour faute grave.

La qualification s'entend comme l'opération qui consiste à attribuer une dénomination légale à une situation de fait. Aux termes de l'article 12 du Code de procédure civile, le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

En droit du travail, le licenciement disciplinaire est le terrain privilégié de cette prérogative du juge. C'est à lui qu'il appartient de qualifier la faute invoquée à l'appui d'un licenciement. Mais s'il ne fait pas de doute qu'il peut en atténuer la qualification, reste à savoir s'il peut aussi l'aggraver. Dans le cas d'espèce et dans un arrêt publié, la chambre sociale de la Cour de cassation répond par la négative.

Pas de session de rattrapage

Un salarié, victime de maladie professionnelle, est en arrêt maladie. En application de l'article L. 1226-7 du Code du travail, il bénéficie de ce fait de dispositions protectrices : son contrat de travail est suspendu et ne peut être rompu qu'en cas de faute grave ou d'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la maladie.

Or, le salarié est licencié sans que l'employeur ne se place sur l'un de ces deux terrains dans la lettre de licenciement. Il est reproché au salarié d'avoir, entre autres,



« agressé verbalement et physiquement à plusieurs reprises, une collègue intérimaire », et « eut des gestes équivoques envers [une autre collègue] (baisers forcés, vous asseoir à califourchon sur elle contre son gré) ». Dispensé d'effectuer son préavis, il est licencié pour cause réelle et sérieuse. Deux explications possibles : soit l'employeur est peu au fait des règles juridiques, soit il ne souhaite pas accabler son collaborateur. Toujours est-il que le résultat est le même : le licenciement prononcé en contradiction des dispositions protectrices ne peut qu'être annulé (C. trav., art. L. 1226-13).

Compte tenu de la nature de l'affaire en cause et des faits reportés, les juges du fond « rectifient le tir ». Ils requalifient la faute sérieuse en faute grave. L'impact est immédiat : le cadre légal est respecté, le licenciement validé.

De la situation exposée dans la lettre de licenciement, les juges du fond déduisent donc que les faits, « à savoir des propos à connotation sexuelle, un comportement indécent, des attitudes et gestes déplacés, revêtaient une gravité certaine compte tenu de leur nature même et rendaient impossible le maintien du salarié au sein de l'entreprise ». Eu égard aux circonstances, ils considèrent que l'employeur aurait dû rompre pour faute grave le contrat de travail du salarié placé en arrêt maladie. Saisie du pourvoi, la chambre sociale casse l'arrêt de la Cour d'appel de Riom pour violation de la loi.

Pas de droit à l'erreur

La Cour de cassation invalide le licenciement et affirme que « le juge ne peut aggraver la qualification de la faute retenue » dans la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige. Même si les faits invoqués sont bel et bien constitutifs d'une faute grave, les juges du fond n'ont pas le pouvoir de pallier la défaillance de la partie patronale.

L'arrêt pose une limite à l'immixtion du juge dans le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Il est capital pour ce dernier de veiller à la juste qualification des faits pour lesquels il souhaite sanctionner un salarié. Une fois la sanction prononcée, il n'y a plus de retour en arrière possible. L'employeur n'a pas droit à l'erreur, contrairement aux administrés. Le projet de loi comprenant le « droit à l'erreur » et permettant d'éviter des sanctions de l'administration dès le premier manquement a en effet été adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 30 janvier dernier (Projet de loi pour un État au service d'une société de confiance, n° 424, déposé le 27 novembre 2017).

Un arrêt de principe

Rarement saisie de la question, la chambre sociale n'a eu que peu d'occasions de rendre des arrêts sur le sujet. Mais traditionnellement, elle laissait un large pouvoir de qualification au juge. Comme l'énonçait Jacques Normand en 2008, en matière de licenciement, il incombe au juge, « le cas échéant, de donner ou de restituer aux causes du licenciement leur exacte qualification, de dire si les faits établis sont constitutifs d'une cause réelle et sérieuse, d'une faute lourde ou d'une faute grave » (Jacques Normand, « L'office du juge du travail en matière de droit », Procès du travail. Travail du procès, LGDJ, 2008).

La Cour de cassation a progressivement revu sa position. D'abord, dans des litiges concernant des salariés grévistes ([Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-40.139](#), [Cass. soc., 26 juin 2013, n° 11-27.413](#)). Lorsque des salariés exercent leur droit de grève, leur contrat de travail est suspendu et ne peut être rompu que pour faute lourde. À défaut, leur licenciement est nul de plein droit. La chambre sociale, revenant sur une ancienne solution ([Cass. soc., 30 juin 1993, n° 91-44.824](#)), en déduit que le juge ne



peut aggraver la qualification de la faute retenue par l'employeur afin de « sauver » le licenciement. Ensuite, dans le cas d'un capitaine de navire dont le contrat de travail ne peut être rompu qu'en cas de faute lourde, le raisonnement de la Cour de cassation est similaire, bien que dans le cas d'espèce, elle se contente de casser l'arrêt d'appel au motif que « l'employeur n'imputait au salarié qu'une faute grave » sans se prononcer expressément sur le pouvoir de qualification des juges ([Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-400.94](#)). Enfin, dans l'affaire commentée, la chambre sociale est saisie du cas d'un salarié placé en arrêt maladie. Et cette fois, les limites au pouvoir de qualification des juges du fond sont clairement posées.

Au vu de ces différents arrêts, on aurait pu penser que la solution ne valait que pour les salariés bénéficiant de dispositions protectrices. Tel n'est pas le cas. La décision commentée est non seulement publiée, mais aussi rendue en termes généraux. C'est un attendu de principe. D'où une solution, certes discutable en équité au vu des griefs dont le degré de gravité ne laisse aucune place au doute, mais incontestable en droit. Le pouvoir du juge est limité, celui de l'employeur encadré. Le principe est ancré.

Marjorie Caro





Modification du contrat pour un motif économique et mise en œuvre d'un PSE

Publié le 7 Février 2018

L'obligation pour l'employeur de mettre en œuvre un PSE en cas refus par des salariés d'une modification de leur contrat de travail pour une raison économique mentionnée à l'article L. 1233-3 du Code du travail ne s'applique que lorsque 10 salariés au moins ont refusé cette modification et que leur licenciement est envisagé.

Selon l'[article L. 1233-25 du Code du travail](#) : « *Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, proposée par leur employeur pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique.* ». Donc l'employeur se trouve dans ce cas soumis à l'obligation de consulter les institutions représentatives du personnel et de mettre en place un PSE.

Mais lorsque qu'après un premier projet soumis au IRP et que 21 salariés avaient refusé la modification de leur contrat de travail, l'employeur qui revisite son projet dans lequel ne sont finalement licenciés que 9 salariés ayant refusé la modification, est-il toujours tenu de mettre en place un PSE ?

Du nombre de salariés visés par la proposition...

La Cour de cassation répond par la négative. L'employeur qui est revenu sur son projet initial et qui a procédé à une nouvelle consultation des IRP sur un projet de licenciement concernant moins de 10 salariés n'est pas tenu de mettre en œuvre un PSE.

C'est donc bien le nombre final de salariés dont le refus est acté, et qui oblige l'employeur à envisager leur licenciement, qui détermine si un PSE doit être mis en place.

L'on est bien loin des arrêts du 3 décembre 1996 ([Cass. soc., 3 déc. 1996, n° 95-17.352, Bull. civ. V, n° 411, Framatome](#) ; [Cass. soc., 3 déc. 1996, n° 95-20.360, Bull. civ. V, n° 411, Majorette](#)) par lesquels la Haute juridiction rendait l'établissement du



PSE obligatoire dès lors que la proposition de modification du contrat de travail concernait au moins 10 salariés. Cette jurisprudence avait été mise à mal par la [loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005](#) qui a modifié le Code du travail pour faire de la décision de refus de la modification par le salarié l'élément déclencheur du recours à un PSE.

... au nombre de salariés ayant refusé la proposition finale faite par l'employeur

Mais comme le démontre l'arrêt du 24 janvier 2018, même si dans un premier temps au moins 10 salariés ont refusé la modification, l'employeur a toujours la possibilité de revoir son projet pour réduire les licenciements envisagés. C'est ce qui s'est produit en l'espèce puisqu'après révision du projet, seul 9 salariés avaient refusé la modification de leur contrat de travail. Dès lors, la procédure mettre en œuvre était celle applicable aux licenciements collectifs de 2 à 9 salariés ne nécessitant pas le recours à un PSE.

L'on notera que l'[article L. 1233-25 du Code du travail](#) fait partie des articles relatifs au licenciement économique qui n'ont pas fait l'objet de changement ni avec la loi du 8 août 2016 ni par les ordonnances du 22 septembre 2017. En fait, seul l'[article L. 1233-3 du Code du travail](#) auquel il renvoie a été modifié par les ordonnances [n° 2017-1387](#) et [n° 2017-1718](#) du 22 septembre 2017 et du 20 décembre 2017 définissant la cause économique.

Dominique Jullien



PSE : critères d'ordre de licenciement et contrôle de la Direccte

Publié le 8 Février 2018

Même avec l'accord des représentants élus du personnel, l'employeur ne peut pas omettre un critère d'ordre prévu par la loi, dans le document établi unilatéralement et fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, y compris si la neutralisation d'un critère serait plus favorable aux salariés. Il appartient à la Direccte de vérifier la conformité de ces critères et de leurs règles de pondération aux dispositions légales et conventionnelles applicables.

La SAS Avaya France a saisi la direction des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) de l'Ile de France pour homologation d'un document unilatéral élaboré sur le fondement des dispositions de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail et portant sur un projet de licenciement pour motif économique collectif.

Par décision du 16 juillet 2015, la Direccte d'Ile de France a prononcé l'homologation du document unilatéral fixant le plan de sauvegarde de l'emploi élaboré dans le cadre de ce projet. Le comité d'entreprise de la société Avaya France a demandé l'annulation de cette décision.

Demandes et argumentations

Par jugement du 1^{er} décembre 2015, le tribunal administratif a annulé cette décision d'homologation de la Direccte. Par arrêt du 14 avril 2016, la cour administrative d'appel a rejeté l'appel formé par la société Avaya France contre ce jugement.

La société Avaya France a formé un pourvoi contre l'arrêt de la cour administrative d'appel. À l'appui de sa demande d'annulation de la décision d'homologation, le comité d'entreprise soutenait que la décision était entachée d'une erreur de droit au regard de l'article L. 1233-5 du Code du travail, en l'absence de prise en compte du critère d'appréciation des qualités professionnelles, légalement obligatoire.

La société Avaya France faisait valoir que :

- le comité d'entreprise avait suggéré « *d'attribuer un point à tous les salariés au titre du critère d'ordre professionnel en raison du défaut d'homogénéité, d'objectivité et de vérifiabilité du dispositif d'évaluation annuelle de la performance individuelle* » ;
- en réponse, l'employeur avait proposé « *plus simplement d'annuler ce critère de performance, et de répartir les 10% affectés aux critères sociaux : 5% pour l'âge, 5% pour les charges de famille* » ;



- le principe de faveur résultant de l'article L. 2251-1 du Code du travail aux termes duquel « *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur* » devait s'appliquer dès lors que le fait d'avoir écarté le critère des qualités professionnelles était plus favorable aux salariés.

La décision, son analyse et sa portée

Le Conseil d'État a rejeté le pourvoi considérant qu'il appartient à l'autorité administrative, saisie de la demande d'homologation de vérifier la conformité des critères déterminant l'ordre des licenciements et leur pondération aux dispositions législatives et conventionnelles applicables. La haute cour administrative précise que la position exprimée par le comité d'entreprise quant à l'absence de prise en compte du critère des qualités professionnelles, et l'acceptation de cette position par l'employeur ne pouvaient être regardés comme revêtant le caractère d'un accord collectif de travail au sens des dispositions de l'article L. 2251-1 du Code du travail. Enfin, les magistrats du Palais Royal indiquent que le « principe de faveur » ne pouvait utilement faire obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 1233-5 du Code du travail, d'ordre public.

Le Conseil d'Etat confirme par cette décision sa jurisprudence relative aux dispositions des alinéas 1 à 7 de l'article L. 1233-5 du Code du travail. Selon ces dispositions :

« Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité social et économique.

Ces critères prennent notamment en compte :

1° Les charges de famille, en particulier celles des parents isolés ;

2° L'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise ;

3° La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés ;

4° 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 prévus au présent article. [...] »

• Obligation de prise en compte de tous les critères légaux, en l'absence de dispositions conventionnelles

L'employeur doit respecter les règles relatives à l'ordre des licenciements, quelque soit le nombre envisagé de suppression ou de modification d'un poste, dès lors que cette suppression ou cette modification concerne un ou des salariés relevant de la même catégorie professionnelle. La notion de catégorie professionnelle est définie comme l'ensemble des salariés qui exercent dans l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune ([Cass. soc., 13 fév. 1997](#))



[n° 95-16648](#) ; [Cass. soc., 3 mars 1998 n° 95-41610](#)).

Les critères d'ordre résultent soit de la convention collective de branche soit d'un accord d'entreprise. À défaut, l'employeur doit appliquer l'ensemble des critères prévus par la loi. Ces critères ne constituent pas une liste limitative et l'employeur peut en privilégier certains. L'employeur peut ainsi pondérer les critères en leur appliquant un coefficient, sans pouvoir les neutraliser, ce que confirme le Conseil d'État dans le cas d'espèce. ([CE, 1^{er} févr. 2017 n° 387886](#))

Toutefois, il existe des hypothèses dans lesquelles l'employeur est dispensé d'appliquer les critères d'ordre de licenciement. Tel est le cas si le projet de licenciement concerne tous les postes d'une même catégorie professionnelle ou le seul poste d'une catégorie professionnelle ([Cass. soc., 27 mai 1997 n° 95-42419](#) ; [Cass. soc., 14 janv. 2003, n° 00-45700](#)), la cessation totale d'activité ([Cass. soc., 5 fév. 2014, n° 1229703](#)) ou lorsqu'une modification du contrat de travail pour motif économique est proposée à tous les salariés et que le projet de licenciement concernent tous ceux l'ayant refusée ([Cass. soc., 28 oct. 2015 n° 14-17712](#)).

- **L'étendue du contrôle de l'administration sur la définition et les modalités de mise en œuvre des critères déterminant l'ordre des licenciements**

Lorsque l'employeur a fixé le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi par un document élaboré unilatéralement, la Direccte doit homologuer ce document, après avoir vérifié, notamment la conformité de son contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles relatives aux éléments mentionnées aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2 du Code du travail.

Or, le point 2° de l'article L. 1233-24-2 du Code du travail vise la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5. Il appartient donc à la Direccte de s'assurer que l'employeur a pris en compte l'ensemble des critères déterminant l'ordre de licenciement prévus par l'article L. 1233-5 du Code du travail, dès lors qu'il n'existe pas de dispositions conventionnelles applicables et ayant prévu d'autres critères. Le non-respect de l'article L. 1233-5 du Code du travail entraîne ainsi le refus d'homologation de la Direccte .

L'annulation d'une décision d'homologation est ainsi lourde de conséquence pour l'employeur dans la mesure où elle l'expose à un contentieux prud'homal. En effet, si l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements pour motif économique ne remet pas en cause le bien-fondé du licenciement, elle constitue une irrégularité qui entraîne pour le salarié un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé, selon son étendue, par les juges du fond. ([Cass. soc., 12 mars 2003 n° 98-44.682](#))

- **L'indifférence de l'accord des partenaires sociaux et l'inapplicabilité du principe de faveur**

La définition par l'employeur des critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements doit faire l'objet de la consultation des représentants élus du personnel.

Dans la présente affaire, la société Avaya France faisait valoir que, dans le cadre de l'information et la consultation, (i) le comité d'entreprise avait demandé à neutraliser ce critère dans la mesure où il n'existait pas d'évaluation suffisamment fiable, et (ii) que l'accord de l'employeur sur cette proposition entraînait en réalité la reconnaissance d'un accord collectif au sens des dispositions de l'article L. 2251-1



du Code du travail.

L'article L. 2251-1 du Code du travail dispose que : « *Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.* »

En invoquant l'existence d'un accord collectif, la société Avaya France entendait ainsi se prévaloir de l'application du principe de faveur applicable dans les rapports entre la loi et la convention collective.

Toutefois, à la date des faits examinés par l'arrêt, un accord avec les représentants du personnel, sauf domaine spécifique et/ou modalités dérogatoires de négociation, ne pouvait valoir accord collectif, et en tout état de cause, selon le Conseil d'État, « *le principe de faveur ne pouvait utilement faire obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 1233-5 du code du travail* » au regard de leur caractère d'ordre public.

- **Sur l'application impossible d'un critère d'ordre**

L'application de certains critères peut s'avérer difficile voir impossible. Tel est souvent le cas des qualités professionnelles car l'appréciation de ce critère dépend de la mise en place préalable d'un système d'évaluation fiable. Le Conseil d'État a ainsi jugé que l'autorité administrative ne saurait homologuer un document unilatéral n'appliquant pas l'ensemble des critères, « *sauf s'il est établi de manière certaine, dès l'élaboration du plan de sauvegarde, 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 pourra être matériellement mise en œuvre lors de la détermination de l'ordre des licenciements.* » (CE, 1^{er} févr. 2017 n° 387886).

Toutefois, dans cette affaire, le Conseil d'État a considéré que « *le fait que l'administrateur judiciaire de la société Aninov ne disposait, au moment de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, ni de fiches de postes ni d'évaluation antérieures des salariés, ne l'empêchait pas de fixer tout de même, pour le critère des « qualifications professionnelles » un ou plusieurs éléments de pondération susceptibles d'être ultérieurement mis en œuvre.* »

L'impossibilité d'appliquer un critère pour déterminer l'ordre des licenciements ne sera vraisemblablement pas aisée à démontrer et l'employeur aura tout intérêt à faire son affaire des difficultés concrètes auxquelles il pourrait être confronté au stade de leur mise en œuvre, sauf à risquer le refus d'homologation par la Direccte de son plan ou l'engagement d'une procédure contentieuse en annulation.

Si les nombreuses réformes intervenues ont permis de clarifier certaines problématiques liées aux critères déterminant l'ordre des licenciements, le contentieux n'en sera vraisemblablement pas moins réduit.

Philippe Pacotte, avocat associé, et Julie Layat-Le Bourhis, avocat, du Cabinet Delsol





Publié le 8 Février 2018

Commentaires d'arrêts: la différence de traitement entre les salariés engagé antérieurement à l'entrée en vigueur d'un accord collectif et ceux engagés posérieurement

Constitue un élément objectif pertinent propre à justifier la différence de traitement entre les salariés engagés antérieurement à l'entrée en vigueur d'un accord collectif et ceux engagés postérieurement, et découlant du maintien, pour les premiers, des dispositions de leur contrat de travail.

Le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle à ce que les salariés embauchés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un nouveau barème conventionnel soient appelés dans l'avenir à avoir une évolution de carrière plus rapide dès lors qu'ils ne bénéficient à aucun moment d'une rémunération plus élevée que celle des salariés embauchés antérieurement.

Cass. soc., 7 déc. 2017, pourvoi n° 16-15.109, arrêt n° 2605 FS-P+B ;

Cass. soc., 7 déc. 2017, pourvoi n° 16-14.235, arrêt n° 2601 FS-P+B

Les faits

Dans l'affaire n° 16-15.109, le salarié été engagé le 3 mai 1994 en qualité de kinésithérapeute moyennant un salaire mensuel brut fixé par son contrat de travail. Un accord d'entreprise du 22 novembre 1994 a instauré une grille salariale prévoyant un indice maximum de 390 pour les kinésithérapeutes. Cette grille était défavorable au salarié engagé avant son entrée en vigueur.

Comme l'employeur n'a pas la faculté de modifier unilatéralement la rémunération du salarié et qu'un accord collectif ne peut pas non plus modifier les contrats de travail en cours, l'employeur a affecté au salarié concerné l'indice maximum de 390 augmenté d'un complément permanent d'indice de 172 points. La rémunération contractuelle du salarié a ainsi pu lui être garantie.

Les demandes et argumentations



D'autres salariés de l'entreprise, engagés les 8 avril 2003 et 7 février 2006 en qualité de kinésithérapeutes, ont perçu une rémunération correspondant à la grille salariale fixée par l'accord d'entreprise du 22 novembre 1994, par conséquent inférieure à celle du salarié engagé le 3 mai 1994. Invoquant une différence de traitement en matière de rémunération, ils ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'un rappel de salaire.

Pour faire droit à cette demande, la Cour d'appel a retenu que le fait que l'employeur ne puisse modifier sans son accord la rémunération du salarié engagé le 3 mai 1994, n'est pas à lui seul de nature à rendre légitime une disparité de traitement entre des salariés effectuant le même travail.

Dans son pourvoi, l'employeur fait valoir que constitue une raison objective justifiant une différence de traitement entre salariés effectuant un même travail ou un travail de niveau égal l'obligation pour l'employeur de maintenir le niveau de rémunération d'un salarié tel que fixé dans son contrat de travail avant l'entrée en vigueur d'un accord d'entreprise instaurant une grille salariale. En jugeant le contraire, la cour d'appel aurait violé le principe « à travail égal, salaire égal ».

La décision, son analyse et sa portée

• Inégalité de traitement (il)licite ?

Le pourvoi de l'employeur est accueilli : *« sauf disposition légale contraire, un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié, seules les dispositions plus favorables de cet accord pouvant se substituer aux clauses du contrat ; qu'il en résulte que cette règle constitue un élément objectif pertinent propre à justifier la différence de traitement entre les salariés engagés antérieurement à l'entrée en vigueur d'un accord collectif et ceux engagés postérieurement, et découlant du maintien, pour les premiers, des stipulations de leur contrat de travail ».*

La solution consistant à assouplir le principe d'égalité de traitement au regard de la date d'embauche est pragmatique. Elle évite à l'employeur de se trouver dans une situation délicate, consistant à devoir étendre à tous les salariés un avantage accordé à l'un d'entre eux pour des raisons particulières, en l'occurrence pour régler la contradiction entre la stipulation d'un contrat de travail et un accord collectif ultérieur moins favorable. Elle évite même la tentation que pourrait avoir l'employeur de rompre le contrat de travail de ce salarié « privilégié », préférant assumer le coût d'une rupture plutôt que celui de l'extension de ses conditions salariales aux nouveaux embauchés. Elle permet également de ne pas dissuader l'employeur de négocier un accord, dissuasion qui proviendrait des effets collatéraux de propagation que cet accord (certes moins favorable que le traitement réservé à un salarié il est vrai par voie contractuelle) serait susceptible de produire. Naturellement, la solution ne présente pas que des avantages puisqu'elle valide le schéma consistant à identifier au sein d'une même entreprise, à un moment donné, des salariés rémunérés différemment pour un même travail en fonction de leur date d'embauche. Elle porte également une impression de régression sociale au sein de l'entreprise dès lors que l'accord collectif succède à un régime contractuel plus favorable. Cela dit, [l'article L. 2254-2 du Code du travail](#) issu des ordonnances Macron permet désormais à un accord d'entreprise conclu pour « *répondre aux nécessités liées au*



fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi », de se substituer de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération. Sous l'empire de la loi nouvelle, il sera donc possible d'imposer au salarié une régression salariale malgré le rempart du contrat.

Le même jour que l'arrêt rendu, la Cour de cassation a tranché dans un contexte voisin une affaire encore plus délicate (Cass. soc., 7 déc. 2017, n° 16-14.235). À la suite de l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention collective, une salariée embauchée antérieurement a considéré être victime d'une différence de traitement par rapport à une salariée embauchée après. Les faits sont utiles pour comprendre la demande de rappel de salaire. Embauchée avant l'entrée en vigueur de l'avenant à l'accord du 11 juillet 1994, la salariée était classée au coefficient 453,50 sur la base de 20 ans d'ancienneté. Avec l'entrée en vigueur de l'avenant, sur la base de son salaire, elle a été classée au coefficient 460, correspondant à une ancienneté de 7 ans dans la nouvelle grille. À son départ de l'entreprise en 2011, son coefficient était de 511, correspondant à 20 ans d'ancienneté dans la nouvelle grille, alors qu'elle en comptait 40. Par comparaison, une salariée de la même qualification engagée après l'entrée en vigueur de l'avenant commence avec un coefficient de 406 et atteint le coefficient 511 après 20 ans et le coefficient 544 après 28 ans d'ancienneté. Y a-t-il une différence de traitement entre deux salariées ayant la même qualification ?

Non, selon la Cour de cassation, qui pose le principe inédit suivant : « *le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle à ce que les salariés embauchés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un nouveau barème conventionnel soient appelés dans l'avenir à avoir une évolution de carrière plus rapide dès lors qu'ils ne bénéficient à aucun moment d'une classification ou d'une rémunération plus élevée que celle des salariés embauchés antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau barème et placés dans une situation identique ou similaire* ». La date d'embauche est donc un élément qui permet de considérer comme différentes les situations. Une limite est toutefois posée : il ne faut pas qu'à aucun moment, le salarié embauché avant l'avenant ait un salaire inférieur à celui embauché après. Le principe « *à travail égal, salaire égal* » joue pleinement. La décision est encore marquée du sceau du pragmatisme. Elle permet notamment d'éviter de bloquer la négociation collective, un employeur pouvant être réticent à négocier un accord plus favorable si un tel accord devait avoir pour conséquence d'améliorer la situation de tous les salariés, y compris ceux embauchés antérieurement à l'accord, en quelque sorte de manière rétroactive. Hormis la borne importante du « *salaire égal* » à laquelle les employeurs devront prêter attention, cette décision légitime donc les différences de traitement favorables aux nouveaux embauchés par application d'une nouvelle classification.

Le point commun des deux arrêts du 7 décembre est donc d'endiguer les effets collatéraux d'un nouvel accord collectif, l'un (16-14.235) encadrant les demandes des salariés embauchés avant l'entrée en vigueur et l'autre (16-15.109) celles des salariés embauchés postérieurement.

• *Transformation du principe « à travail égal, salaire égal »*

Le principe « *à travail égal, salaire égal* » est en pleine transformation. Les illustrations de son caractère flexible se sont multipliées.



Quelques jours avant l'arrêt commenté, la Cour de cassation en a fait une autre entaille, jugeant dans le contexte d'un litige relatif au paiement d'un treizième mois de salaire, que « *la différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve dès lors justifiée au regard du principe d'égalité de traitement* » (Cass. soc., 30 nov. 2017, pourvoi n° 16-20.532). Cet arrêt généralise le droit à l'inégalité de traitement entre salariés dans le contexte d'un transfert (légal ou conventionnel) d'entreprise.

Alors que le principe d'égalité salariale était appliqué de manière abstraite (même travail, même ancienneté, même qualification = même salaire), la Cour de cassation introduit des éléments de souplesse qui tiennent compte d'éléments temporels que sont l'entrée en vigueur de nouveaux accords collectifs et de nouvelles lois. La date d'embauche devient un repère pour différencier entre salariés.

Les arrêts commentés prolongent l'évolution profonde engagée par la Cour de cassation autour des marges de manœuvre conférés aux négociateurs d'accords collectifs. Sous réserve qu'elles ne soient pas étrangères à toute considération de nature professionnelle, sont ainsi validées les différences de traitement entre salariés relevant de catégories juridiques différentes (Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179), exerçant des fonctions distinctes au sein d'une même catégorie juridique (Cass. soc., 8 juin 2016 n° 15-11.324), affectés à des établissements différents (Cass. soc., 3 nov. 2016 n° 15-18.444).

*Jean-Philippe Lhernould- Professeur à la faculté de droit et des sciences sociales
Université de Poitiers*





La Commission Presse vous remercie

LAVAUX Cécile (Présidente)

COMPAROT Laura (Vice-Présidente)

BOUQUARD Paul

GAYOU Sophie

HADDAD Sonia

MATTOT Florence

PAIE Vaïana

Retrouvez-nous sur horizonsocial.fr