

Les Olympiades Sociales vous présentent sa revue
mensuelle n°6



Flamme Sociale

Master 2 Droit Social

Promotion 2017 - 2018

Sommaire

EDITO

p.3

[Liaisons sociales quotidien n°17527, le vendredi 9 mars 2018](#) - Le gouvernement ouvre une concertation sur l'égalité professionnelle **p.5**

[Liaisons sociales quotidien n°17525, le mercredi 7 mars 2018](#) - Muriel Pénicaud annonce une réforme profonde du système de formation **p.8**

[Semaine Sociale Lamy n°1805, le 5 mars 2018](#) - La multiplication des CDD de remplacement n'est plus automatiquement abusive **p.11**

[Semaine Sociale Lamy n°1804, le 26 février 2018](#) - Un nouvel arsenal répressif pour combattre le travail illégal **p.14**

[Liaisons sociales quotidien n°17519, le mardi 27 février 2018](#) - CEDH: l'employeur peut consulter librement des fichiers informatiques non identifiés privés **p.17**

[Revue de droit du travail n°2, le mercredi 28 février 2018](#)- Les accords sur l'emploi (version ordonnances Macron) sont-ils compatibles avec la directive « licenciements collectifs » ? **p.20**

[Droit social n°2, le vendredi 9 février 2018](#)- La prescription de l'action en requalification d'un CDD en CDI : quid des aménagements contractuels ? **p.25**

[La Semaine Juridique Social n° 8-9, le mardi 27 Février 2018](#) - La phase transitoire de mise en place d'un CSE **p.29**

[La Semaine Juridique Social n° 8-9, le mardi 27 Février 2018](#)- Le forfait en jours a-t-il un avenir ? **p.35**



Edito

Depuis sa parution, la Flamme sociale ne cesse d'être nourrie d'une pluralité d'articles variés, l'actualité sociale dense permettant de développer un grand nombre de points spécifiques en droit social. Notre nouvelle Flamme Sociale en est encore une belle illustration !

Tout d'abord nous vous proposons la lecture d'un article consacré à la question de la conformité du nouvel article L.2254-2 du Code du travail au regard du droit communautaire, et plus particulièrement la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 (quant à l'information – consultation des représentants du personnel).

Nous vous proposons la lecture d'une note de jurisprudence consacrée aux potentiels aménagements contractuels en cas d'action en requalification d'un CDD en CDI.

Concernant le CSE, le législateur a prévu les situations permettant le passage des « instances historiques » au CSE, avec des dispositions transitoires.

Nous vous proposons la lecture d'une note de jurisprudence de Monsieur Michel Morand concernant le forfait et jours et une problématique qui lui est attachée : le problème de la surveillance par l'employeur de la charge de travail et de la durée de travail raisonnable de nature à garantir une amplitude de travail raisonnable. Cette note permet de mettre en avant une position ferme de la Cour de cassation concernant ce dispositif légal, que nous vous laissons découvrir ! Cette position suit la logique jurisprudentielle de la Chambre sociale qui entend garantir l'obligation de santé et de sécurité de résultat de l'employeur. C'est sur cet idéal là que le Gouvernement entend mettre en place une obligation de résultat à la charge de l'employeur dans le domaine de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Les concertations avec les syndicats ont débuté et nous attendons le résultat de ces concertations afin de déterminer la portée de cette obligation pour l'employeur.

Dans la continuité de cette ère de réforme, nous vous proposons la lecture d'un article consacré à la réforme de la formation notamment pour les salariés en activité.

Concentrons nous maintenant sur un commentaire d'arrêt (Cass. Soc., 14 février 2018, n°16-17.966) concernant la succession de CDD de remplacement dans une entreprise. La chambre sociale revient un peu sur sa position classique en se fondant sur la position de la Cour de Justice de l'Union européenne. Nous vous laissons découvrir les motifs de cet infléchissement jurisprudentiel !

La Flamme Sociale vous propose également la lecture d'un article résumant plusieurs mesures concernant la lutte contre le travail détaché, dans le cadre d'une ordonnance future (le 7 mars prochain) qui vise à réformer l'arsenal législatif dans ce domaine. Nous vous laissons découvrir ce qui est envisagé par le Gouvernement.

Ces réformes se positionnent sous l'égide de la réforme de la directive communautaire dite « directive détachement ». Le droit communautaire a impacté la position française concernant le détachement mais pas seulement. En effet, le dernier



article de notre Flamme Sociale est un arrêt de la CJUE concernant la possibilité ou non pour l'employeur de prendre connaissance, voire même d'utiliser des documents sur les ordinateurs de la société, dès lors que ces documents ne sont pas accompagnés d'une mention faisant état du caractère privé du dossier. La CJUE saisie d'une affaire jugée par la Cour de cassation en 2012 donne raison à la Haute juridiction. Nous vous laissons le plaisir de découvrir l'analyse faite de cet arrêt de la CJUE.





Le gouvernement ouvre une concertation sur l'égalité professionnelle

publié le 9 mars

Passer d'un horizon d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à une « obligation de résultat » à court terme sera l'un des objectifs du projet de loi « avenir professionnel », a indiqué Matignon lors d'une réunion avec les partenaires sociaux le 7 mars 2018, qui marque le point de départ d'une concertation sur le sujet. Pour y parvenir, le gouvernement envisage d'imposer aux entreprises un outil de mesure des écarts salariaux et un délai de mise en conformité.

Les organisations syndicales et patronales auront quatre semaines pour se prononcer sur les pistes du gouvernement en vue de l'adoption d'un « plan stratégique » en faveur de l'égalité professionnelle. Plusieurs idées d'actions leur ont ainsi été soumises lors d'un échange avec plusieurs ministres le 7 mars 2018.

Ces mesures, qui pourront évoluer au gré de la concertation, seront intégrées dans un volet « égalité professionnelle » au sein du futur projet de loi « avenir professionnel », qui sera présenté entre le 15 et le 30 avril en Conseil des ministres et qui portera également sur l'assurance chômage, la formation professionnelle et l'apprentissage.

En ligne de mire du gouvernement : l'écart salarial injustifié entre les femmes et les hommes estimé à environ 9 % (à poste et caractéristiques professionnelles identiques) et les violences sexuelles et sexistes au travail.

Faire de l'égalité salariale une obligation de résultat

Supprimer l'inégalité salariale injustifiée entre les femmes et les hommes est l'objectif de la mesure phare annoncée par le gouvernement : créer une obligation de résultat en matière d'égalité salariale, dont le non-respect sera sanctionné. Concrètement, cette obligation devra être observée dès 2019 par toutes les entreprises ayant au moins 250 salariés et à compter de 2020 par toutes celles d'au moins 50 salariés, selon une « méthodologie unique » s'appuyant sur des « critères objectifs ».

Tout d'abord, les écarts salariaux à postes et caractéristiques égaux (peu importe la nature du contrat de travail) seront mesurés grâce à un logiciel libre de droit intégré aux logiciels de paye. Quelles sont les caractéristiques professionnelles qui pourront justifier une différence de rémunération (qualification, ancienneté, etc.) ? La réponse à cette question sera donnée à l'issue de la concertation. De manière surprenante, le Premier ministre, dans son communiqué de presse, évoque l'âge, qui



est pourtant un motif prohibé de discrimination. Notons que la mise en place du logiciel aura lieu sans préjudice de l'obligation de mettre en place la base de données économiques et sociales (BDES).

Ensuite, en cas d'écart injustifié constaté, l'entreprise aura l'obligation de consacrer une enveloppe salariale « de rattrapage » dans le cadre de la négociation sur les salaires, afin d'aboutir à une mise en conformité avec le principe « à travail égal, salaire égal » dans un délai de trois ans. Enfin, en cas de non-respect de son obligation de mise en conformité, l'employeur pourra se voir infliger par l'Inspection du travail une pénalité financière d'un montant maximal de 1 % de la masse salariale. Cette sanction pourra s'ajouter, le cas échéant, à la sanction du non-respect de l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle femmes-hommes.

Les contrôles de l'Inspection du travail relatifs à l'égalité professionnelle seront multipliés par quatre, les portant à 7 000 par an, à effectif constant.

Promouvoir la transparence sur l'(in) égalité salariale

Les employeurs seront également tenus à une obligation de transparence en matière d'égalité professionnelle femmes-hommes au sein de leur entreprise. Ainsi, le résultat global des entreprises en matière d'écart de salaires injustifié devra être publié sur leur site internet et les élus du personnel et délégués syndicaux auront accès aux données ventilées par catégories de poste.

En outre, dans les sociétés cotées, les conseils d'administration et les comités de rémunération devront obligatoirement prendre une délibération sur l'égalité salariale. De plus, ces entreprises devront informer annuellement leur conseil d'administration sur la mixité dans le «top100dumanagement». Par ailleurs, chaque branche devra rendre compte de son action en matière d'égalité professionnelle dans le cadre de son bilan annuel, notamment en matière de classifications, de mixité des métiers et de certificats de qualification professionnelle (CQP).

Le label égalité sera également réformé afin de renforcer son « efficacité opérationnelle » et son attractivité auprès des entreprises.

Agir contre les violences à caractère sexuel et sexiste au travail

En matière de lutte contre les violences à caractère sexuel et sexiste, le gouvernement propose cinq actions :

– confier un rôle de prévention aux commissions paritaires régionales interprofessionnelles (CPRI) et aux branches ;

– mettre l'accent sur la formation des acteurs susceptibles d'accompagner les victimes, tels que les inspecteurs du travail, les professionnels de la médecine du travail, les délégués syndicaux et les représentants du personnel ainsi que les conseillers prud'homaux ;

– améliorer l'information sur ces violences, en sensibilisant l'encadrement et les services des ressources humaines (RH), ou les chefs des petites entreprises, dans des conditions à définir par accord de branche ou d'entreprise et par les CPRI ; en rendant obligatoire l'information sur le lieu de travail (par tout moyen, par exemple par voie d'affichage) sur les voies de recours ouvertes aux potentielles victimes (contacts du Défenseur des droits, de l'Inspection du travail et du référent en médecine du travail) ; et, de façon facultative, en établissant un plan d'action en entreprise contre les agissements sexistes qui expliquerait notamment ce qui est considéré comme un acte sexiste ;

– mieux accompagner les victimes en mettant en place des référents formés et identifiables par les salariés dans les entreprises, dont un choisi parmi les élus du personnel, un parmi les services de médecine du travail et, dans les entreprises



d'au moins 250 salariés, un au sein du service des ressources humaines. Ils auront un rôle d'écoute et d'accompagnement des victimes dans leurs démarches ;

– enfin, en cas de faits avérés, aider l'employeur à sanctionner les coupables de façon proportionnée aux violences, le cas échéant par une mutation voire un licenciement de l'agresseur, et non de la victime comme cela peut être observé dans certaines entreprises : l'employeur pourra demander conseil à la Direccte sur la sanction appropriée.





Muriel Pénicaud annonce une réforme profonde du système de formation

Publié le 7 mars 2018

Quatre ans jour pour jour après la promulgation de la loi Formation du 5 mars 2014, la ministre du Travail a présenté les grands axes de la prochaine réforme. Il en ressort que l'alimentation du compte personnel de formation (CPF) ne se fera plus en heures, mais à hauteur de 500 € par an dans la limite de 5000 €. Le compte sera directement mobilisable grâce à une application dédiée. Les Opca (organismes paritaires collecteurs agréés) seront remplacés par des opérateurs de compétences et la cotisation formation sera collectée directement par les Urssaf.

Le « big bang de la formation » promis par Muriel Pénicaud aura bien lieu. Les mesures que la ministre du Travail a annoncées le 5 mars 2018 confirment, en effet, que le paysage de la formation professionnelle va être bouleversé en 2020 pour les salariés, les demandeurs d'emploi, les entreprises, mais également pour les Opca. L'exécutif s'est certes appuyé sur l'accord national interprofessionnel (ANI) sur la formation finalisé le 22 février (v. l'actualité n° 17518 du 26 février 2018), mais il va au-delà, notamment en modifiant l'unité de mesure du compte personnel de formation (CPF). Toutes les mesures annoncées feront partie d'un projet de loi comprenant aussi la réforme de l'apprentissage et celle de l'assurance chômage, qui doit être présenté en Conseil des ministres la deuxième quinzaine d'avril. Il devrait être baptisé « pour la liberté de choisir son avenir professionnel ».

Monétiser le CPF

Malgré le souhait des partenaires sociaux de maintenir une alimentation du compte personnel de formation en heures, la nouvelle unité du compte sera l'euro. « Les euros sont beaucoup plus concrets et lisibles pour chacun », a justifié Muriel Pénicaud, au grand dam des partenaires sociaux, qui redoutent une inflation des coûts de formation et une baisse des droits (v. « Acteurs », p. 3). 500 € seront ainsi crédités par an dans la limite d'un plafond de 5 000 € (au bout de dix ans). Les salariés non qualifiés verront leur compte alimenté de 800 € par an (plafonné à 8 000 €). Les salariés à temps partiel occupés au moins à mi-temps bénéficieront des mêmes droits que les salariés à temps plein. Pour le ministère, les femmes qui représentent 80 % des salariés à temps partiel seront les premières bénéficiaires de cette mesure.

En revanche, le compte sera crédité au prorata temporis pour les salariés en CDD et ceux travaillant moins que la moitié de la durée légale du travail, Le CPF pourra toujours être abondé par l'entreprise ou la branche, notamment



dans le cadre d'accords collectifs.

Prendre en charge les formations longues

Comme prévu, le système des listes de formations éligibles au CPF (listes nationales, régionales et de branche) disparaîtra et toutes les formations inscrites au RNCP (répertoire national de la certification professionnelle) ou à l'inventaire devraient pouvoir être prises en charge par le CPF.

Pour remplacer les droits à la reconversion liés au congé individuel de formation (CIF), le compte pourra également être abondé pour financer des formations longues avec maintien de la rémunération. Comme l'a prévu l'ANI, ce « CPF de transition » ne sera accessible qu'après validation par une commission paritaire. Il devra être pré-cédé par une prestation de positionnement personnalisé pour adapter la durée de la formation aux besoins de l'individu. L'objectif est d'aboutir à des formations à la fois plus courtes et plus pertinentes qu'avec le CIF, mais aussi moins coûteuses et donc plus nombreuses.

Faciliter l'accès à la formation

Une application mobile du CPF sera créée pour que chaque salarié et chaque demandeur d'emploi, puissent :

- consulter les droits en euros qu'il a acquis ;
- connaître les formations certifiantes accessibles ;
- comparer la différence de coût entre des formations similaires ;
- s'informer sur les taux d'insertion dans l'emploi, les taux de satisfaction ou le salaire prévisionnel à l'embauche des personnes ayant suivi l'action ;
- choisir sa formation en fonction des commentaires laissés par les personnes formées ;
- découvrir les dates de session des formations ;
- s'inscrire à la formation choisie et la payer.

Cette application doit permettre au titulaire du compte de le mobiliser sans intermédiaire et sans validation administrative. L'organisme de formation sera directement réglé par la Caisse des dépôts et consignation, qui assurera la gestion des fonds du CPF. Rappelons que la mise en place de cette application a été confiée au haut-commissaire à la Transformation des compétences, Estelle Sauvat (v. l'actualité n° 17442 du 8 novembre 2017).

Renforcer le droit à l'accompagnement

Un nouveau conseil en évolution professionnelle (CEP) sera mis en place pour les salariés afin de les accompagner dans leurs projets d'évolution professionnelle. Le conseil portera notamment sur l'évaluation des compétences du salarié et la définition de son projet professionnel. Dans chaque région, un opérateur du CEP sera sélectionné par appel d'offres selon un cahier des charges co-construit entre l'État, les partenaires sociaux et les régions. Et comme le prévoit l'ANI, cet accompagnement bénéficiera d'un financement dédié.

Quant aux demandeurs d'emploi, dès le premier mois de chômage, ils seront accompagnés pour identifier leurs besoins et aspirations puis accompagnés dans un parcours de formation adapté. Des modules de remise à niveau sur les compétences de base et les savoirs numériques leur seront proposés de manière systématique. Rappelons que, dans le cadre du plan d'investissement dans les compétences (PIC), un million de demandeurs d'emploi peu qualifiés et un million de jeunes éloignés de l'emploi supplémentaires seront formés pendant le quinquennat.

Repenser le financement et la collecte

Le financement de la formation et de l'alternance reposera sur une cotisation



unique qui regroupera à taux constant la contribution formation et la taxe d'apprentissage, soit un taux global inchangé de 1,23 % de la masse salariale dans les entreprises de moins de 11 salariés et de 1,68 % dans celles d'effectif supérieur. Cette cotisation ne sera plus collectée par les Opcv, mais par les Urssaf qui la redistribueront aux acteurs concernés (opérateurs de compétences ou Caisse des dépôts et consignations). Les entreprises ne seront donc plus sollicitées par divers organismes pour s'acquitter de leur taxe d'apprentissage et du 1 % formation, et n'auront plus aucune démarche administrative à remplir.

S'agissant des petites entreprises, elles bénéficieront d'une solidarité financière des grandes entreprises pour faciliter l'accès de leurs salariés à la formation. Environ 0,1 % de la masse salariale sera prélevé sur la collecte globale et mutualisé pour financer le plan de formation des entreprises de moins de 50 salariés.

Assouplir le plan et l'action de formation

Les entreprises ne seront plus contraintes de construire leur plan de formation en faisant la distinction entre les actions d'adaptation au poste de travail ou liées à l'évolution ou au maintien dans l'emploi dans l'entreprise, les actions de développement des compétences et les périodes de professionnalisation.

Toutes ces catégories qui complexifient inutilement le plan de formation seront supprimées. Le gouvernement reprend donc ici ce que prévoit l'accord national interprofessionnel sans remettre en cause l'obligation pour l'employeur d'adapter ses salariés à leur poste de travail et de veiller au maintien de leur employabilité.

Toujours dans la lignée de l'accord national interprofessionnel, la notion d'action de formation sera redéfinie de manière plus ouverte. D'après le ministère, il s'agit de favoriser la prise en charge des nouveaux modes de formation (Mooc, digital learning, modularisation, etc.) et d'apprentissage (formation en situation de travail), mais aussi de libérer l'innovation pédagogique.

Réformer la gouvernance

Les Opcv, dont le rôle de collecte est transféré aux Urssaf, seront remplacés par les Opérateurs de compétences au 1er janvier 2020. Ils seront bâtis sur des logiques de filières économiques cohérentes et devront anticiper la transformation des métiers entrant dans leur champ en mettant en place une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). Selon le ministère, le champ des opérateurs pourrait être défini avec les partenaires sociaux d'ici à la fin de l'année. Des fonds leur seront reversés par les Urssaf pour financer le plan de formation des petites entreprises et l'alternance (financement des CFA en fonction du coût au contrat défini par la branche). Ils appuieront aussi les branches qui le souhaitent dans la co-construction des diplômes.

Au niveau national, une nouvelle agence nationale appelée France compétences remplacera les trois instances existantes, à savoir le FPSPP (Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels), le Copanef (Comité paritaire interprofessionnel national pour l'emploi et la formation) et le Cnefop (Conseil national de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelles). Quadripartite, elle réunira trois collègues : État, partenaires sociaux et régions. Elle sera en charge de la qualité de la formation et, à ce titre, devra définir le cahier des charges de l'accréditation et de la certification des organismes de formation. Notons que cette certification deviendra nécessaire pour bénéficier de fonds publics ou paritaires. Toujours pour renforcer la qualité des formations, France compétences devra encadrer le mécanisme de certification des centres de formation d'apprentis (CFA). L'instance régulera aussi le coût au contrat des formations en alternance et assurera la péréquation des fonds de l'alternance et du plan des TPE-PME. ■

Dossier de presse du ministère du Travail relatif à la transformation de la formation professionnelle, du 5 mars 2018





CDD. La Cour de cassation assouplit sa jurisprudence relative aux CDD de remplacement successifs. Les juges du fond ne peuvent plus déduire de la systématique du recours aux CDD leur caractère abusif. Comme le préconisait déjà la Cour de Justice en 2012, il leur incombe désormais de « prendre en compte toutes les circonstances de la cause ».

La multiplication des CDD de remplacement n'est plus automatiquement abusive

publié le 5 mars 2018

Toute entreprise employant du personnel est un jour amenée à recourir au contrat à durée déterminée (CDD), ne serait-ce que pour remplacer un salarié. Maladie, maternité ou encore congé sabbatique, l'entreprise ne s'arrête pas de tourner lorsque les travailleurs s'absentent. Attention toutefois à respecter les conditions de recours à ce type de contrat. L'article L. 1242-1 du Code du travail prévient : un CDD « ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise », et ce « quel que soit son motif ». La disposition suivante prévoit pour-tant la possibilité de conclure un CDD afin de remplacer un salarié absent (C. trav., art. L. 1242-2 1°). Le nouvel embauché est bien affecté à un poste « lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise », et peut l'être de manière plus ou moins durable en fonction du nombre de contrats successifs et de leurs renouvellements respectifs (C. trav., art. L. 1244-1 et s.). Il a donc fallu trouver un moyen de concilier ces textes.

Jusqu'à présent, la chambre sociale de la Cour de cassation avait tendance à considérer qu'il pouvait se déduire, quasiment automatiquement, de la durée et du nombre de contrats successifs que le CDD avait vocation à pourvoir un emploi permanent (Cass. soc., 26 janv. 2005, n° 02-45.342, Semaine sociale Lamy n° 1201 p. 13 ; 11 oct. 2006, n° 05-42.632 ; 13 juin 2012, n° 10-26.387). Dans un arrêt rendu le 14 février dernier, la Cour de cassation revoit manifestement sa position et exige davantage de précisions de la part des juges du fond pour caractériser l'abus.

104 CDD DE REMPLACEMENT SUCCESSIFS SUR TROIS ANS

Afin de pourvoir au remplacement d'une personne en congé maladie du 17 au 30 juin 2010, une association engage un nouvel agent de service dans le cadre d'un premier CDD. Confrontée à d'autres absences, l'association fait de nouveau appel à cette salariée le 8 juillet puis le 1er août suivant. La relation de travail paraît ensuite terminée. L'association ne s'adresse plus à l'intéressée durant presque une an-



née. Elle finit malgré tout par la recontacter en avril 2011 et à compter de cette date, les CDD s'enchaînent et se ressemblent. Entre le 26 avril 2011 et le 27 février 2014, pas moins de 104 CDD de remplacement sont conclus.

Trois ans et 104 CDD. Le conseil de prud'hommes considère que la durée et la multiplicité des contrats ont pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'association. Il en déduit la requalification de l'ensemble des CDD en un contrat à durée indéterminée (CDI). La Cour d'appel de Limoges suit ce raisonnement et qualifie les remplacements de « prévisibles et systématiques ». Il s'agit d'un « équivalent à plein temps pour faire face à un besoin structurel de l'association » selon les juges d'appel.

Jusque-là, rien d'étonnant. Le conseil de prud'hommes comme la cour d'appel appliquent la jurisprudence de la Cour de cassation. Comme il a été rappelé, la chambre sociale de la Cour de cassation a en effet considéré à plusieurs reprises que le nombre important et la durée excessive des CDD successifs permettaient de caractériser l'abus. D'où une requalification en CDI dès lors que la systématicité du recours au CDD était démontrée. De fait, « il est interdit de recourir de manière systématique aux CDD de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre » (Cass. soc., 26 janv. 2005, précité ; 11 oct. 2006, précité).

En 2012, la Cour de cassation a encore pu considérer qu'un salarié ayant occupé le même emploi de manutentionnaire ou d'agent de propreté durant près de quatre années occupait un emploi « lié durablement à l'activité normale et permanente de l'entreprise » (Cass. soc., 13 juin 2012, précité). C'était pourtant l'année du changement initié par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE, 26 janv. 2012, affa. C-586/10, Küçük). La chambre sociale a attendu six ans pour l'intégrer...

VENT DE CHANGEMENT INSUFFLÉ PAR LA CJUE

La clause 5 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée porte sur les mesures visant à prévenir l'utilisation abusive des CDD (Dir. 1999/70/CE, 28 juin 1999). Pour ce faire, le point 1 impose aux États membres de choisir une ou plusieurs des trois mesures suivantes afin de prévenir les abus : des raisons objectives justifiant le renouvellement des CDD successifs (a) ; une durée maximale totale des contrats successifs (b) ; un nombre limité de renouvellements (c). On le sait, le législateur français a seulement opté pour la dernière possibilité (C. trav., art. L. 1243-13 et s.).

La durée totale des CDD successifs est laissée à la libre volonté des parties et si un CDD ne peut être conclu que dans l'un des cas limitativement énumérés par la loi, ni le renouvellement, ni la conclusion d'un nouveau contrat ne sont soumis à une autre justification. Pour autant, les juges français s'étaient jusqu'à lors inspirés de cette clause pour définir l'emploi abusif de CDD de remplacement successifs, en mettant notamment l'accent sur leur nombre et leur durée totale (voir les arrêts précités).

À l'instar des juges français, la CJUE favorisait jusqu'à 2012 une interprétation axée sur ces deux facteurs et venant limiter l'utilisation des CDD successifs. En plaçant son examen sur le terrain de l'existence ou non de raisons objectives (clause 5 point 1 sous a), la Cour de Justice infléchit sa jurisprudence et ébrèche la réglementation stricte du CDD (CJUE, 26 janv. 2012, précité). Dans la décision qui nous occupe, la Cour de cassation vise ainsi la décision rendue par la Cour de Justice qui énonce que « le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu de CDI n'implique pas l'absence d'une raison objective au sens de la clause 5,



point 1, sous a), dudit accord-cadre ni l'existence d'un abus au sens de cette clause ».

Le juge européen commence donc par donner une définition négative des « raisons objectives » avant d'en livrer la définition positive. Afin d'apprécier si le renouvellement des contrats ou de la relation de travail est justifié par une raison objective, « toutes les circonstances de la cause » doivent être prises en compte. Ce peuvent être le nombre et la durée cumulée des CDD (point 1 sous b) et point 1 sous c) désormais inclus dans cet examen global), l'effectif de l'entreprise, ou encore la poursuite d'« objectifs reconnus comme étant des objectifs légitimes de politique sociale ».

Admettre le renouvellement quasi- ment illimité des CDD d'un côté et inviter les juges nationaux à vérifier si ce renouvellement ne vise pas à pourvoir un besoin perpétuel en personnel de l'autre paraît quelque peu nébuleux. « La Cour ne semble pas avoir été en mesure d'adopter un raisonnement cohérent, écartelée, peut-être, entre une conception qui tendrait à favoriser le recours aux CDD pour répondre aux besoins de flexibilité des entreprises, et une conception, véhiculée également par l'accord-cadre, qui veut limiter la précarité inhérente à ces contrats. » (S. Laulom, Semaine sociale Lamy suppl. n° 1582 p. 22).

UN INFLÉCHISSEMENT JURISPRUDENTIEL

Dans la décision commentée, la Cour de cassation raisonne en deux temps.

Elle reprend d'abord l'argumentation de la Cour de Justice relative au caractère nécessaire des CDD de remplacement. « Le seul fait pour l'employeur [...] de recourir à des CDD de remplacement de manière récurrente, voire permanente, ne saurait suffire à caractériser un recours systématique aux CDD pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre et pourvoir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. ». L'obligation incombant à l'employeur de « garantir aux salariés le bénéfice des droits à congés maladie ou maternité, à congés payés ou repos » justifie non seulement la conclusion de CDD de remplacement, ce qui est tout à fait logique, mais aussi, et surtout, l'usage récurrent voire permanent de ces CDD. On peut s'interroger sur la portée de cette décision au regard de l'article L. 1242-1 du Code du travail qui dispose toujours, rappelons-le, qu'un CDD ne peut pas permettre de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Est-ce encore le cas lorsqu'une succession de CDD de remplacement aboutit à pourvoir ce type d'emploi de manière pérenne ? Rien n'est moins sûr.

La chambre sociale précise ensuite que le seul fait pour l'employeur de faire appel à des CDD de remplacement successifs n'implique ni la présence de raisons objectives le justifiant, ni l'existence d'un abus. Les juges du fond doivent analyser toutes les circonstances de la cause. La durée et le nombre de CDD successifs ne suffisent donc plus à caractériser à eux seuls la systématicité du recours aux CDD de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre. Il faut davantage de précisions. En l'espèce, la Haute Cour estime d'ailleurs que le juge d'appel a caractérisé l'abus « par des motifs insuffisants ». Il aurait dû rechercher « la nature des emplois successifs occupés par la salariée et [...] la structure des effectifs de l'association ». Tout doit être passé au crible. Or, si les juges du fond doivent examiner plus précisément les circonstances de la cause, cette analyse est laissée à leur appréciation souveraine. La lisibilité de la règle n'est pas totalement évidente puisqu'elle ne repose que sur du fait. La précarité du contrat en sort renforcée.

*Cass. soc., 14 févr. 2018, n° 16-17.966 P+B
Marjorie Caro*





DÉTACHEMENT. Le 12 février dernier, la ministre du Travail, a annoncé 16 nouvelles mesures pour lutter contre le travail illégal et la fraude au détachement.

Un nouvel arsenal répressif pour combattre le travail illégal

publié le 26 février 2018

Alors que le droit de timbre sur les demandes de détachement de travailleurs en France vient d'être enterré, le gouvernement entend montrer que la lutte contre la fraude au détachement est toujours bien vivace. Cette volonté est affirmée par la ministre du Travail qui vient de présenter 16 mesures dans le cadre du bilan intermédiaire du plan national de lutte contre le travail illégal (PNLTI).

Ces propositions ne se limitent pas du détachement. Travail dissimulé, marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, emploi d'étrangers dépourvus de titre de séjour ou encore cumul irrégulier d'emplois, les formes de travail illégal visées sont multiples et l'arsenal juridique est particulièrement large. Conformément à la loi d'habilitation du 15 septembre dernier, le travail illégal en son entier fera ainsi l'objet d'une ordonnance qui sera présentée en Conseil des ministres le 7 mars prochain (L. n° 2017-1340, 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social).

HAUSSE DU DÉTACHEMENT, AUGMENTATION DES CONTRÔLES

Cette annonce n'est pas étrangère au fait que le détachement et le nombre de contrôles de l'inspection du travail sont en forte hausse. Le nombre de salariés détachés a augmenté de 46 % au cours de l'année 2017. Mais cette progression peut s'expliquer par la mise en place d'un outil statistique plus précis en 2016. On a affiné le système tout en améliorant l'information délivrée par le gouvernement sur les formalités de déclaration. Les entreprises doivent désormais remplir et transmettre leurs déclarations de détachement en utilisant la nouvelle version du téléservice SIPSI du ministère du Travail.

Le nombre de contrôles est en revanche plus révélateur : 1 330 par mois en 2016 et 74 000 interventions sur l'année pour un total de 13 000 infractions relevées. Un objectif de 1 500 contrôles par mois est fixé pour 2018, ce qui soulève une vraie question considérant la baisse d'effectifs des inspecteurs du travail amorcée depuis une dizaine d'années et encore annoncée cette année. La lutte contre le travail illégal, priorité interministérielle depuis 2016, peut-elle être menée efficacement ?

UNE ACTION MENÉE SUR DEUX FRONTS DEPUIS 2016



La coopération européenne

Placée au cœur de sa stratégie réformatrice de l'Europe, la révision de la directive de 1996 sur le détachement était une promesse de campagne d'Emmanuel Macron (Dir. 96/71/CE, 16 déc. 1996, du Parlement européen et du Conseil concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services). Les ministres européens du Travail et des Affaires sociales ont fini par s'accorder sur cette révision le 23 octobre dernier. Selon Jean-Philippe Lhernould et Barbara Palli, ce texte est une « occasion manquée d'établir une concurrence plus saine entre entreprises européennes » (J.-P. Lhernould et B. Palli, La révision de la directive détachement : deuxième épisode d'une saga décevante, Semaine sociale Lamy n° 1794, p. 6).

Le compromis signé par les ministres cible trois axes prioritaires :

- une durée de détachement de 12 mois maximum pouvant être prorogée de 6 mois à la demande de l'entreprise ;
- l'application des règles de l'État d'accueil aux salariés détachés, notamment en ce qui concerne la rémunération ;
- l'utilisation de la plateforme de lutte contre le travail illégal afin, notamment, d'encourager les activités conjointes. La ministre du Travail propose d'y ajouter la coopération administrative entre les pays membres en créant un bureau de liaison pour une coordination européenne. Il permettra un meilleur échange d'informations ainsi que la mise en œuvre de contrôles bilatéraux.

Le renforcement des instances de contrôle françaises

Le PNLTI 2016-2018 prévoyait déjà un renforcement de l'arsenal juridique et la mobilisation d'un corps de contrôle mieux coordonné.

Dans cette optique, la loi Travail a, entre autres, étendu l'obligation de vigilance du maître d'ouvrage à toute la chaîne de sous-traitance au regard de l'obligation de déclaration (L. n° 2016-1088, 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels). Par ailleurs, depuis le 22 mars 2017, les salariés des BTP qui sont détachés d'entreprises établies à l'étranger doivent être munis d'une carte d'identification professionnelle (Arr. 20 mars 2017 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel de la carte d'identification professionnelle des salariés du bâtiment et des travaux publics).

S'agissant des agents de contrôle, l'accent est mis sur le partenariat. L'ensemble des services de contrôle a vocation à présenter un front uni face à la déferlante du travail illégal. En ce sens, le Groupe national de veille d'appui et de contrôle (GN-VAC) et l'Office central de lutte contre le travail illégal (OCLTI) travaillent en étroite collaboration avec la gendarmerie et les services de police. Pour continuer sur cette voie, le plan souligne la nécessité de donner accès aux bases de données d'organismes sociaux, fiscaux et douaniers à tous les agents de contrôle, qu'il s'agisse de la GNVAC, de l'OCLTI, des comités opérationnels départementaux anti-fraude (CODAF) ou encore de l'inspection du travail. L'idée est de rendre la mise en œuvre des mesures proposées la plus aisée et la plus cohérente possible.



16 mesures pour lutter contre le travail illégal	
Des sanctions financières plus efficaces	Renforcer les sanctions administratives (de 2 000 à 3 000 €) en cas de fraudes et suspendre la prestation de service en cas de non-paiement de l'amende.
	Créer une amende administrative en cas de défaut de déclaration de chantier forestier ou sylvicole.
Des outils permettant d'agir immédiatement	Assurer un meilleur recouvrement des contributions spéciales et forfaitaires (rappel du rôle du CODAF).
	Étendre les pouvoirs du préfet pour ordonner la fermeture ou la cessation d'activité d'entreprises extérieures ou d'intérim.
	Rendre applicables les sanctions administratives de suspension temporaire d'une prestation en cas de fraude à l'établissement.
	Élargir les possibilités de rendre publiques les sanctions en matière de travail illégal et de fraude au détachement.
	Établir des cartographies par secteurs d'activité pour mieux évaluer les zones de risque et adapter les méthodologies de contrôle avec, entre autres, la création d'un Observatoire de la fraude au sein de l'ACOSS.
Un cadre juridique mieux défini	Créer une entité centralisée en charge du traitement des fraudes complexes en matière de lutte contre le travail illégal au sein de l'ACOSS.
	Inciter les partenaires institutionnels à s'engager à appliquer une charte sociale « Paris 2024 » pour la construction et l'organisation de l'événement.
	Mieux sanctionner l'abus de droit dans le recours au détachement en cas d'activité habituelle stable et continue en France (ajout d'un 3° à l'article L. 8221-3 du Code du travail).
Des contrôles facilités	Élaborer une charte du volontaire olympique et paralympique dans la perspective des jeux olympiques de Paris 2024.
	Garantir le respect des règles applicables aux entreprises de spectacles.
	Renforcer les actions des CODAF (coopération des organismes de lutte contre le travail illégal sous son égide).
	Permettre aux officiers de police judiciaire d'accéder au fichier national des interdits de gérer (FNIG).
	Renforcer les pouvoirs d'enquête des inspecteurs du travail (introduction d'un droit de communication aligné sur le cadre de référence des services fiscaux).
	Faciliter l'accès des agents de contrôle aux données essentielles pour lutter contre le travail illégal et les fraudes au détachement dont l'accès aux principales données de la déclaration sociale nominative.



CEDH: l'employeur peut consulter librement des fichiers informatiques non identifiés privés

publié le 27 février 2018

Saisie d'un dossier français posant la question de l'accès de l'employeur aux fichiers contenus sur l'ordinateur professionnel des salariés, la Cour européenne des droits de l'Homme a validé, le 22 février 2018, la position adoptée avant elle par la Cour de cassation: l'employeur peut consulter librement un fichier qui n'a pas été identifié comme étant «privé», selon les préconisations de la charte informatique applicable dans l'entreprise.

Dans une décision du 22 février, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a débouté un cadre de la SNCF contestant une mesure de radiation prononcée après que son employeur a découvert, sur le disque dur de son ordinateur professionnel, de nombreux fichiers images et vidéos à caractère pornographique ainsi que des attestations frauduleuses rédigées au bénéfice de tiers. Bien que les fichiers litigieux aient été ouverts par l'employeur en l'absence de l'intéressé, les juges de Strasbourg ont écarté toute violation du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans la mesure où ces fichiers n'avaient pas été dûment identifiés comme étant « privés » ainsi que le préconisait la charte informatique de l'entreprise. L'employeur était donc en droit de les consulter et de s'en servir à l'appui d'une mesure disciplinaire. L'intérêt de la décision réside dans le fait que l'affaire avait été précédemment tranchée par la Cour de cassation, ce qui a par conséquent conduit la CEDH à examiner les principes posés par la chambre sociale en matière d'accès de l'employeur aux fichiers stockés par les salariés sur leur ordinateur professionnel. L'approche de la jurisprudence française en sort largement confortée.

Disque dur renommé « D :/données personnelles »

L'affaire dont était saisie la CEDH avait été tranchée par la Cour d'appel d'Amiens puis la Cour de cassation en 2012, en application de la jurisprudence habituelle selon laquelle les dossiers et fichiers créés à partir de l'ordinateur professionnel et qui n'ont pas été identifiés par le salarié comme étant personnels sont présumés avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence (Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025). Quant aux fichiers identifiés comme personnels, ils ne peuvent être ouverts qu'en présence du salarié ou si celui-ci a été dûment appelé, sauf risque ou événement particulier (Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017).

En l'espèce, les fichiers consultés par l'employeur, au cours d'une période d'ab-



sence du salarié, ne comportaient pas l'intitulé « personnel » requis par la jurisprudence pour échapper à la présomption de caractère professionnel, mais uniquement les dénominations « Rires », « Fred P », « Socrif », ou « Catherine ». En revanche, ils figuraient dans un dossier contenu sur un disque dur nommé par défaut « D :/Données » qui servait aux agents à stocker leurs documents professionnels, mais qui, sur l'ordinateur du salarié, avait été renommé par lui-même « D :/données personnelles ». L'intéressé pensait ainsi pouvoir conférer un caractère personnel à l'ensemble des données accumulées dans ce disque dur et en limiter, de fait, l'accès à l'employeur.

Ni les juges d'appel ni la Cour de cassation n'avaient admis le stratagème : « La dénomination donnée au disque dur lui-même ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient; la cour d'appel, qui a retenu que la dénomination "D :/données personnelles" du disque dur de l'ordinateur du salarié, ne pouvait lui permettre d'utiliser celui-ci à des fins purement privées et en interdire ainsi l'accès à l'employeur, en a légitimement déduit que les fichiers litigieux, qui n'étaient pas identifiés comme étant "privés" selon les préconisations de la charte informatique, pouvaient être régulièrement ouverts par l'employeur. » Écartant toute violation de la vie privée, la mesure de radiation a donc été jugée fondée et parfaitement proportionnée au regard du volume de fichiers concerné (Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11- 12.502 D ; v. l'actualité n° 16142 du 13 juillet 2012).

Applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne

Le salarié a tenté un ultime recours devant la CEDH en contestant à nouveau cette consultation de fichiers personnels, en dehors de sa présence, sur le fondement de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »).

Une disposition que la CEDH juge tout à fait invocable en matière de fichiers informatiques : « Dans certaines circonstances, des données non professionnelles, par exemple des données clairement identifiées comme étant privées et stockées par un employé sur un ordinateur mis à sa disposition par son employeur pour l'accomplissement de ses fonctions, sont susceptibles de relever de sa vie privée. » Il est d'ailleurs relevé qu'en l'espèce la charte informatique applicable au sein de la SNCF tolérerait l'utilisation ponctuelle des moyens informatiques à titre privé et imposait alors que les informations à caractère privé soient clairement identifiées comme telles (répertoire « privé »). Cependant, ce droit à la vie privée doit être mis en balance avec les droits de l'employeur, qui, selon la décision, « peut légitimement vouloir s'assurer que ses salariés utilisent les équipements informatiques qu'il met à leur disposition pour l'exécution de leurs fonctions en conformité avec leurs obligations contractuelles et la réglementation applicable ».

Compatibilité du dispositif français visant à la protection de la vie privée

Il ne restait plus qu'à s'assurer que la législation et la pratique internes offraient des garanties adéquates et suffisantes contre les abus et l'arbitraire, et sur ce point la Cour de Strasbourg constate que « le droit positif français contient un dispositif visant à la protection de la vie privée ». Le dispositif décrit est celui qui résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation : « Le principe est en effet que, si l'employeur peut ouvrir les fichiers professionnels qui se trouvent sur le disque dur des ordinateurs qu'il met à disposition de ses employés dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, il ne peut, "sauf risque ou événement particulier", ouvrir subrepticement les fichiers identifiés comme étant personnels. Il ne peut procéder à l'ouverture de fichiers ainsi identifiés qu'en présence de l'employé concerné ou après que celui-ci ait été dûment appelé. »



La CEDH valide ensuite clairement l'application qui en a été faite par les juridictions internes dans le cas d'espèce. En estimant, en application de cette jurisprudence, que l'employeur pouvait ouvrir les fichiers litigieux, « ceux-ci n'ayant pas été identifiés comme étant privés », les juridictions internes « n'ont pas excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient et il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 de la Convention », conclut la CEDH. Les juridictions internes se sont en effet fondées sur des « motifs pertinents et suffisants » pour valider l'ouverture des fichiers litigieux par l'employeur, motifs que la Cour de Strasbourg prend soin de rappeler :

- un salarié ne peut, en utilisant l'intitulé « D :/Données personnelles », utiliser l'intégralité d'un disque dur censé enregistrer des données professionnelles, pour un usage privé ;
- intituler un fichier « rires » ne lui confère pas d'évidence un caractère nécessairement privé, cette désignation pouvant se rapporter par exemple à des échanges entre collègues. La charte informatique prévoyait d'ailleurs que les informations à caractère privé devaient être clairement identifiées comme telles (mention « privé »), de même que les supports recevant ces informations ;
- la mesure de radiation était proportionnée compte tenu des fonctions occupées et du fait que le requérant avait « massivement contrevenu » à la charte informatique tolérant une simple utilisation ponctuelle des outils informatiques à titre privé (1 562 fichiers représentant un volume de 787 méga octets avaient été dénombrés).

Le requérant n'est donc pas parvenu à remettre en cause la mesure de radiation prononcée à son encontre, mais l'arrêt peut encore faire l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre de la Cour dans les trois mois afin que l'affaire soit réexaminée.

Mention « Personnel » ou « Privé » ?

On notera que si la décision de la CEDH paraît implicitement préconiser l'utilisation de l'intitulé « privé », plutôt que celui de « personnel » qui figure habituellement dans la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est en raison du fait que, dans le présent cas d'espèce, la charte informatique interne à la SNCF indiquait spécifiquement que les supports comportant des informations privées devaient être identifiés sous le terme « privé ». Au-delà de cette affaire, s'il n'existe pas de dispositions similaires applicables dans l'entreprise, un fichier intitulé « Personnel » continuera logiquement à ne pas pouvoir être ouvert par l'employeur en dehors de la présence du salarié. ■

CEDH, 22 février 2018, n° 588/13



Les accords sur l'emploi (version ordonnances Macron) sont-ils compatibles avec la directive « licenciements collectifs » ?

publié 28 février 2018

CJUE 21 septembre 2017, aff. C-149/16, Halina Socha e.a. c. Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu et CJUE 21 septembre 2017, aff. C-429/16, Malgorzata Ciupa

Nicolas Moizard

« L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998, relative aux licenciements collectifs, doit être interprété en ce sens qu'une modification unilatérale, au détriment des travailleurs, par l'employeur, des conditions de rémunération qui, en cas de refus du travailleur, entraîne la cessation du contrat de travail est susceptible d'être qualifiée de « licenciement », au sens de cette disposition, et l'article 2 de cette directive doit être interprété en ce sens qu'un employeur est tenu de procéder aux consultations prévues à ce dernier article lorsqu'il envisage de procéder à une telle modification unilatérale des conditions de rémunération, dans la mesure où les conditions prévues à l'article 1er de ladite directive sont remplies, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier [...] »

La directive relative aux licenciements collectifs a été adoptée au milieu des années 1970 dans un contexte où des restructurations de grande ampleur s'opéraient dans l'espace européen sans information ni consultation des représentants des travailleurs. La réforme du texte au début des années 1990 avait pour objet de couvrir des opérations de départs négociés massifs. Il en est résulté une modification du champ d'application de la directive. Celle-ci pourrait concerner les licenciements prononcés suite aux accords compétitivité emploi dont le dispositif a été refondu à l'article L. 2254-2 du Code du travail par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective. L'interprétation livrée récemment par la Cour de justice, interroge sur la compatibilité de l'article L. 2254-2 du Code avec le droit de l'Union (1). Si la directive 98/59 a subi les assauts de la liberté d'entreprendre sur la procédure de licenciements collectifs(2), la Cour de justice assure en effet le maximum d'effectivité au texte en lui donnant le plus large champ d'application possible (3).

Saisie de deux renvois préjudiciels de juridictions polonaises, la Cour de justice, dans deux décisions du 21 septembre 2017(4), livre une interprétation intéressante de la modification substantielle des éléments essentiels du contrat de travail au détriment du travailleur au sens de la directive 98/59. Elle distingue clairement la nature de la modification, de la rupture de la relation de travail qui fait suite au refus par le travailleur de cette modification. Dans les deux espèces, des hôpitaux en difficultés financières avaient notifié la cessation des relations de travail de travailleurs en « congés-modification », sans qu'ait été suivie la procédure de licenciements collectifs. Selon la loi polonaise, les congés-modifications permettent à l'employeur de proposer une réduction temporaire de salaire et des conditions de travail en cas de difficultés économiques. Le refus de la modification des conditions



contractuelles en question peut entraîner pour les salariés concernés, la résiliation définitive de leurs contrats de travail. Cette modification par l'employeur, au détriment des travailleurs, des conditions de rémunération qui, en cas de refus du travailleur, entraîne la cessation du contrat de travail, doit-elle être qualifiée de « licenciement » au sens de la directive 98/59 ? L'employeur est-il dans ce cas tenu d'informer et de consulter les représentants des travailleurs, selon le même texte de l'Union ? Pour la Cour, la rupture du contrat de travail qui fait suite au refus du salarié d'accepter une modification unilatérale de son contrat de travail est un licenciement au sens de la directive 98/59 (I). Des doutes sérieux pèsent donc sur la compatibilité du droit français (II).

I. - La rupture consécutive au refus de la modification unilatérale du contrat est un licenciement au sens de la directive 98/59

Dans la détermination de son champ d'application, la directive 98/59 assimile à des licenciements, certaines ruptures du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, second alinéa de la directive, « pour le calcul du nombre de licenciements prévus au premier alinéa, point a), sont assimilées aux licenciements les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs, à condition que les licenciements soient au moins au nombre de cinq ». La directive distingue bien les « licenciements » qui doivent être au moins au nombre de cinq, des autres cessations des contrats de travail (5).

La directive 98/59 n'impose pas que les travailleurs concernés par les ruptures assimilées à des licenciements bénéficient des garanties de la directive. Comme l'a déjà exprimé un avocat général dans une affaire précédente, « les cessations de contrat assimilables à des licenciements sont simplement prises en compte - et ajoutées - pour le calcul des seuils d'application de la directive »(6). Selon la Cour de justice, relève de la notion de « licenciement » visée par la directive (7), « le fait pour un employeur de procéder, unilatéralement et au détriment du travailleur, à une modification substantielle des éléments essentiels de son contrat de travail pour des motifs non inhérents à la personne de ce travailleur relève de cette notion » (8). La Cour qualifie de substantielle la modification d'un élément essentiel du contrat de travail. Elle le fait en partie, laissant l'appréciation définitive aux juges nationaux. Cela peut être vu comme un signe d'emprise progressive de la Cour sur cette notion. Dans l'affaire *Malgorzata Ciupa* (affaire C-429/16), il s'agissait d'une réduction temporaire de 15 % de salaire. Si, selon la Cour, « la rémunération constitue un élément essentiel du contrat de travail et qu'une réduction de 15 % de celle-ci pourrait, en principe, être qualifiée de « modification substantielle », il n'en demeure pas moins que le caractère temporaire de cette réduction diminue sensiblement la portée de la modification du contrat de travail envisagée » (9). La Cour de justice renvoie l'appréciation définitive à la juridiction nationale. Elle précise toutefois que si cette juridiction rejette la qualification de licenciement, la résiliation du contrat faisant suite au refus de la modification devra être considérée comme constituant une cessation du contrat de travail intervenue à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 98/59, de telle sorte qu'il doit en être tenu compte pour le calcul du nombre total de licenciements intervenus. Dans l'affaire *Halina Socha* (affaire C-149/16), la CJUE va prendre parti sur le caractère substantiel du contrat. L'hôpital avait proposé à des employés un congé-modification imposant des modalités plus sévères de calcul de l'ancienneté. Seules les périodes de travail accomplies auprès de l'employeur seront désormais prises en compte pour déterminer la date d'exigibilité de la prime d'ancienneté de telle sorte que le congé- modification concerne uniquement le moment d'acquisition du droit à la prime d'ancienneté. La Cour estime que cela n'entraîne pas une modification substantielle du contrat et que ce congé ne relève pas de la notion de « licenciement » au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de



la directive 98/59. Toutefois, comme dans l'affaire précédente, la résiliation du contrat de travail faisant suite au refus du travailleur doit être considérée comme constituant une cessation du contrat de travail intervenue à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs, au sens de la directive, de telle sorte qu'il doit en être tenu compte pour le calcul du nombre total de licenciements intervenus.

La CJUE est silencieuse sur sa méthode de qualification des caractères, d'une part, essentiel d'un élément du contrat et, d'autre part, substantiel de la modification du contrat. Il y a pourtant un enjeu fort. La qualification de licenciement permet de s'affranchir de la présence obligatoire d'au moins cinq licenciements. Si la modification est non substantielle ou si la modification substantielle n'affecte pas un élément essentiel du contrat, il reste encore un rattrapage possible pour l'application de la directive. La résiliation du contrat faisant suite au refus par le salarié sera prise en compte dans le calcul du nombre total de licenciements intervenus. Mais il faudra alors cinq licenciements.

La CJUE détermine, dans les deux affaires, si l'employeur est tenu de procéder aux consultations des représentants des travailleurs lorsqu'il envisage de procéder à une telle modification unilatérale des conditions de rémunération. Suivant sa position constante, la Cour de justice rappelle que la procédure de consultation doit être déclenchée par l'employeur au moment où a été adoptée une décision stratégique ou commerciale le contraignant à envisager ou à projeter des licenciements collectifs. En l'espèce, la décision de procéder à la notification des congés-modification impliquait nécessairement que soient envisagés des licenciements collectifs. Il appartenait dès lors à l'hôpital de procéder aux consultations des représentants des travailleurs. La Cour conforte cette analyse en rapprochant l'objectif de la directive, éviter des résiliations de contrats de travail ou en réduire le nombre ainsi qu'en atténuer les conséquences, et celui des congés-modification, à savoir prévenir des licenciements individuels. La Cour de justice en déduit l'obligation pour l'employeur d'informer et de consulter les représentants des travailleurs.

II. - De sérieux doutes sur la comptabilité du droit français

Le dispositif prévu à l'article L. 2254-2 du Code du travail, sur les accords collectifs répondant « aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi » est-il compatible avec la position de la CJUE ?

Le droit français peut donner tous les intitulés qu'il veut aux ruptures des contrats de travail résultant de ces accords collectifs. Comme l'affirme Emmanuelle Lafuma, « la notion de licenciement collectif étant une notion autonome, rien n'interdit de penser qu'une rupture consécutive à la mise en oeuvre d'un tel accord puisse s'analyser en un « licenciement collectif » au sens du droit de l'Union »(10).

Selon l'article L. 2254-2, « les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail ». Le salarié « peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord » et « si l'employeur engage une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ayant refusé l'application » de l'accord collectif, « ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse ». La première interrogation que suscite cette disposition porte sur le caractère unilatéral de la modification du contrat de travail, alors que cette dernière est l'application d'un accord collectif(11). Le salarié refuse la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord et non d'une modification unilatérale émanant de l'employeur. Le fait que ce type de négociation se fasse en pratique à l'initiative de l'employeur doit-il entrer en compte ? Le licenciement qui fait suite au refus est bien, quant à lui, à l'initiative et même à la discrétion de l'employeur (« si l'employeur engage... »). Pour le droit français, il ne s'agit pas d'un licenciement écono-



mique (12). Au regard de la directive, le motif est non inhérent à la personne du salarié et donc couvert par le texte de l'Union. Le licenciement est une notion de droit de l'Union. Pour la Cour de justice, elle « englobe toute cessation du contrat de travail non voulue par le travailleur, et donc sans son consentement » (13), ce qui devrait englober les licenciements prévus à l'art. L. 2254-2 du Code du travail.

Plus que tout autre argument, c'est la finalité de la directive qui doit prévaloir : éviter des résiliations de contrats de travail ou en réduire le nombre ainsi qu'en atténuer les conséquences. Celle-ci ne s'oppose pas aux licenciements qui font suite à l'application des accords collectifs sur l'emploi. Au nom de la liberté d'entreprendre, la Cour de justice estime que la directive n'a pas pour objet de restreindre la liberté de l'employeur de licencier les personnels ni d'entraver sa liberté de gestion des effectifs de l'entreprise (14). Mais dès qu'un accord collectif est signé sur le fondement de l'article L 2254-2 du Code du travail, il s'agit bien d'un acte qui est susceptible d'avoir un impact sur l'emploi, même si l'accord n'a pas directement pour objet de mettre fin aux contrats. On pourrait penser que la CJUE redonnerait vie à la jurisprudence EDF de la chambre sociale de la Cour de cassation(15), brisée par la loi Rebsamen du 17 août 2015 (16), qui imposait une information-consultation des instances représentatives sur les projets d'accord collectif. Mais la logique de la directive va beaucoup plus loin et le niveau d'informations requises est plus important.

Si l'opération entrerait bien dans le cadre de la directive, il resterait encore la possibilité d'une compatibilité du droit français actuel, évoquée par Hélène Tissandier, en estimant que l'information et la consultation des représentants du personnel a bien eu lieu lors de la négociation de l'accord collectif (17). Il arrive à la Cour de justice d'exprimer son respect de l'autonomie des partenaires sociaux, ce qui n'autorise pas toutefois de violation du droit de l'Union (18). Tout dépend de savoir si la directive impose une information-consultation auprès d'une instance « en vue d'aboutir à un accord »(19) ou si un accord collectif suffit à considérer que les exigences de la directive sont remplies. La Cour de justice a déjà spécifiquement attribué des droits de nature collective à ces représentants dans le cadre de la directive 98/59(20). Là encore, la finalité de la directive dicte la solution. Il faudrait explicitement imposer que les négociations visent à éviter ou réduire les ruptures qui feraient suite au refus par les travailleurs de l'application de l'accord et prévoir toutes les obligations prévues par la directive lors de cette procédure, non seulement en matière de contenu de l'information mais également sur l'objet de la négociation (21). En l'état du Code du travail, rien n'est dit et la compatibilité du droit français avec le droit de l'Union est discutable(22).

(1) V. A. Gardin et J.-P. Lhernould, « L'Union européenne en sous-marin ? », *Dr. soc.* 2018. 75.

(2) CJUE 21 déc. 2016, AGET Iraklis, aff. C-201/15, RDT 2017. 127, obs. A. Fabre .

(3) Il en résulte parfois certaines lectures curieuses de la notion de « travailleurs » ; v. par ex. CJUE 9 juill. 2015, Balkaya, aff. C-229/14, RTD eur. 2016. 846, obs. S. Robin-Olivier, qui assimile au « travailleur », un gérant d'une société, dès lors que celui-ci est contrôlé par les organes sociaux ; sur cette jurisprudence, v. S. Hennion, M. Le Barbier et M. Del Sol, *Droit social européen et international*, 3e éd., PUF, coll. « Thémis droit », 2017, spéc. n° 441.

(4) V. RJS 1/2018, p. 6, obs. E. Lafuma.

(5) CJUE 20 déc. 2017, aff. C-419/16, pt 24 ; 11 nov. 2015, aff. C-422/14, P. c. Gestora Clubs Dir, SL et Fondo de Garantía Salarial, pts 44 et 45, RDT 2016. 37, obs. A. Fabre ; RTD eur. 2016. 846, obs. S. Robin-Olivier.

(6) Concl. rendues par l'avocat général J. Kokott le 3 sept. 2015 dans CJUE 11 nov. 2015, aff. C-422/14, préc. (7) Dir. 98/59, art. 1, § 1, al. 1er, ss a), dir. 98/59.

(8) CJUE 20 déc. 2017, C-419/16, pt 25 ; 11 nov. 2015, aff. C-422/14, pt 55, préc.

(9) CJUE 20 déc. 2017, C-419/16, préc., pt 29.

(10) V. E. Lafuma, RJS 1/2018, préc.

(11) La question est soulevée par E. Lafuma dans son commentaire des présentes affaires (RJS 1/2018, préc.) et par H. Tissandier dans son commentaire de la décision CJUE 11 nov. 2015, aff. C-422/14, RJS 3/2016, p. 204, RDT 2016. 37, obs. A. Fabre ; RTD eur. 2016. 846, obs. S. Robin-Olivier .

(12) V. A. Fabre, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *Sem. soc. Lamy* 2017, n° 1784, p. 3 ; F. Géa, « Un nouveau droit du licenciement ? », RDT 2017. 637 .



- (13) CJUE 11 nov. 2015, *Christian Pujante Rivera contre Gestora Clubs Dir SL*, aff. C-422/14, préc., pt 48 ; RJS 3/2016, obs. H. Tissandier, préc.
- (14) CJCE 7 déc. 1995, aff. C-449/93, *Rockfon*, D. 1996. 22 ; Dr. soc. 1996. 431, obs. M.-A. Moreau ; ibid. 1997. 510, chron. S. Van Raepenbusch.
- (15) Soc. 5 mai 1998, n° 96-13.498, *Bull. civ. V*, n° 219 ; D. 1998. 608, note G. Auzero ; Dr. soc. 1998. 579, rapp. J.-Y. Frouin .
- (16) C. trav., art. L. 2323-2.
- (17) RJS 3/16, obs. H. Tissandier, préc.
- (18) V. not. *s'agissant des discriminations*, CJUE 28 févr. 2013, aff. 247/11, *Kenny*, point 50 ; 31 mai 1995, *Royal Copenhagen*, C-400/93, point 46.
- (19) Dir. 98/59, art. 2, § 1.
- (20) *S'agissant de l'action en justice*, v. CJUE 12 juill. 2009, *Mono Car Styling SA*, aff. C-12/08, Dr. soc. 2009. 1217, note F. Kessler ; RTD eur. 2010. 673, chron. S. Robin-Olivier.
- (21) La compatibilité avec la directive des accords de mobilité interne et de maintien de l'emploi prévus par la loi de sécurisation de l'emploi pouvait s'entendre différemment, compte tenu de la plus grande précision de la loi ; v. E. Wurtz et G. Auzero, « Accords de mobilité et accords de maintien de l'emploi », *BICC* 15 sept. 2014, spéc. p. 35 s. (*Actes des rencontres de la chambre sociale 2014, Table ronde n° 2*) ; D. Baugard, « Le droit international et européen dans le processus : prévenir les risques d'inconventionnalité », in G. Couturier et J.-F. Akandji-Kombé (dir.), *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi. Le passage de l'accord à la loi*, IRJS Éditions, 2013, p. 27, spéc., nos 40 s.
- (22) V., en ce sens, S. Laulom dans ses obs. sur l'aff. C-422/14, RDT 2016. 37, obs. A. Fabre ; RTD eur. 2016. 846, obs. S. Robin-Olivier ; Sem. soc. Lamy, 14 déc. 2015, n° 1702.



La prescription de l'action en requalification d'un CDD en CDI : quid des aménagements contractuels ?

Publié le 9 février 2018

Jean Mouly, Professeur émérite de l'université de Limoges

L'essentiel

L'action en requalification de contrats à durée déterminée (CDD) en un contrat à durée indéterminée (CDI) et en paiement d'une indemnité de requalification qui en découle ne sont pas des actions en paiement de salaires. Elles sont donc soumises aux dispositions de l'article 2254 du code civil, autorisant des aménagements conventionnels de la prescription extinctive.

(Chambre sociale)
22 novembre 2017
Mme X. c/ Société Itep-Algeei
Arrêt n° 2598 FS-P+B, pourvoi n° 16-16.561, publié au Bulletin, D. 2017. 2432 ; RDT 2017. 812, obs. F. Guiomard

À l'occasion d'un précédent commentaire dans ces colonnes, nous relevions que le régime juridique de l'action en requalification de CDD successifs en un contrat de travail unique à durée indéterminée se précisait progressivement, même si la question de la prescription n'était pas encore clairement élucidée (Dr. soc. 2017. 1079). L'arrêt commenté contribue quelque peu à lever le voile.

En l'espèce, une salariée avait été embauchée par 89 CDD successifs, de surcroît à temps partiel, puis, ayant finalement obtenu un CDI à temps complet, elle avait été licenciée par son employeur pour des raisons disciplinaires. Elle saisit alors le juge afin de faire requalifier ses premiers contrats en un contrat unique à durée indéterminée et à temps plein. Elle obtint gain de cause devant les juges d'appel, mais leur arrêt est cassé par la cour régulatrice. En effet, les contrats de travail qu'avait souscrits la salariée stipulaient une clause de prescription abrégée suivant laquelle les actions nées du contrat devaient être engagées dans le délai d'une année ; or, en l'espèce, la salariée avait exercé son action tardivement, une fois le délai convenu expiré. Les juges du fond avaient néanmoins accueilli la demande de requalification de la salariée en écartant la prescription annale convenue au motif que l'action intentée était une action de nature salariale, exclusive, selon les termes mêmes de l'article 2254 du code civil, de tout aménagement contractuel relatif à sa prescription. Telle n'est pas la position de la Cour de cassation pour laquelle, au contraire, « l'action en requalification de contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée et en paiement d'une indemnité de requalification qui en découle ne sont pas des actions en paiement de salaires ». Elle en déduit qu'il est permis aux parties d'aménager la prescription d'une telle action. La Cour de cassation prend ainsi position, au moins de manière négative, sur la nature de



l'action en requalification d'un CDD ou d'une suite de CDD en CDI. À défaut de savoir exactement ce qu'elle est, l'arrêt sous examen nous renseigne au moins sur ce qu'elle n'est pas.

Pour résoudre le problème posé, il convenait, en l'espèce, de déterminer si l'action en requalification - requalification- sanction s'entend - d'un CDD en CDI entre dans la catégorie des actions de nature salariale pour lesquelles tout aménagement conventionnel de prescription est prohibé. À cette question, la Cour de cassation apporte donc une réponse négative, en se fondant sur le fait qu'une telle action n'a pas pour objet le paiement de salaires. Pendant longtemps, la cour régulatrice a appliqué à cette action en requalification la prescription trentenaire de droit commun (Soc., 18 mai 2004, n° 01-45.622, NP), à laquelle s'est substituée, à partir de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, la prescription quinquennale de l'article 2224 du code civil (Soc., 9 avr. 2014, n° 12-29.418, NP), peu important d'ailleurs la nature salariale ou indemnitaire des demandes fondées sur l'éventuelle requalification du contrat. D'autres décisions, en revanche, semblent, dans la période récente, faire une distinction selon que l'action intentée vise à obtenir des rappels de salaires ou, au contraire, des indemnités et, notamment, l'indemnité de requalification. Dans le premier cas, la Cour fixe la prescription à trois années, conformément aux nouvelles dispositions de l'article L. 3245-1 du code du travail issues de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative, notamment, à la prescription des rémunérations (Soc., 23 juin 2010, n° 08-45.241, NP - Soc., 23 oct. 2013, n° 12-23.722, NP), dans le second, elle la soumet aux dispositions de l'article 2224 du code civil fixant le droit commun de la prescription à cinq ans (Soc., 9 oct. 2013, n° 11-28.415, NP). C'est cette jurisprudence qui est appliquée, en l'espèce, par la Cour de cassation. Constatant que le salarié demandait le paiement de l'indemnité de requalification, qui, bien que calculée à partir du montant du salaire, n'en a pas néanmoins la nature, contrairement à l'indemnité de fin de contrat, elle en déduit que l'action intentée par la salariée n'était pas une action en paiement de salaires et pouvait donc faire l'objet d'aménagements contractuels en ce qui concerne la prescription.

Cette façon de faire peut se comprendre ; elle a pour elle l'avantage de la simplicité. Elle repose néanmoins, à notre sens, sur une confusion entre l'objet de l'action, la requalification du contrat, et les effets que celle-ci produit au profit du salarié en lui ouvrant la faculté de demander des indemnités et des rappels de salaires. Elle pourrait même conduire à nier l'autonomie de l'action en requalification en la faisant absorber par les actions qui en découlent. En l'espèce, par exemple, si la Cour de cassation, par la formule qu'elle utilise, paraît bien distinguer l'action en requalification proprement dite de l'action en paiement de l'indemnité, c'est néanmoins pour conférer aussitôt à la première un régime juridique calqué sur celui de la seconde, alors que, pourtant, la requalification est le préalable aux demandes « monétaires » ultérieures du salarié. Par ailleurs, la solution de la Cour de cassation plonge dans l'embarras lorsque, ce qui est l'hypothèse la plus fréquente, le salarié demande à la fois des indemnités et un rappel de salaire. La requalification du contrat peut, en effet, avoir des conséquences sur l'ancienneté du salarié et impliquer une reconstitution de carrière. L'action en requalification devrait alors obéir à un double régime, indemnitaire et salarial, selon la demande examinée. À suivre la Cour, il faudrait, par exemple, décider, dans l'espèce commentée, que l'action en requalification est éteinte en ce qui concerne la demande d'indemnité, mais recevable en ce qui concerne d'éventuels rappels de salaires pour lesquels aucun aménagement de la prescription n'est possible. Une telle solution est éminemment contraire à « l'unité » de l'action en requalification. Celle-ci doit obéir à un régime juridique unique, même si les demandes qui en découlent peuvent évidemment être soumises à des modalités différentes. Par le passé, d'ailleurs, la Cour de cassation analysait l'action en requalification de manière « autonome » par rapport aux demandes ultérieures du salarié puisque, par exemple, elle considérait qu'une telle demande était nécessairement indéterminée et donc susceptible d'appel, indépendamment du montant effectif des sommes demandées par le salarié (Soc., 12



mars 1996, n° 93-43.129, Bull. civ. V, n° 93). Une telle solution ne se comprend que si l'action en requalification est envisagée de manière indépendante par rapport aux demandes ultérieures formulées par le salarié. Reste à savoir quel régime appliquer à cette action en requalification s'agissant de la prescription.

Certains se montrent favorables à l'application de l'article L. 1471-1 du code du travail prévoyant une prescription biennale pour les actions portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail (J. Icard, Requalification-sanction et prescription, CSB 2015, n° 276). L'action en requalification n'est pourtant pas une action ayant un tel objet ; cette solution est, par ailleurs, peu compatible avec la prescription triennale des salaires prévue par l'article L. 3245-1 du code du travail et appliquée, on l'a vu, par la Cour de cassation. L'action en requalification tendant, en réalité, à faire constater l'illicéité du terme stipulé lors de la conclusion du contrat, elle devrait plutôt être soumise à la prescription quinquennale de l'ancien article 1304 du code civil, relatif aux actions sanctionnant une irrégularité dans la formation du contrat, aujourd'hui absorbée par l'article 2224 du même code. De toute façon, que l'on opte pour l'application de ce dernier ou de l'article L. 1471-1 du code du travail, la solution est la même en ce qui concerne la prescription : les aménagements contractuels de celle-ci restent autorisés.

En ce qui concerne ces derniers, la difficulté vient de l'article 2254 du code civil qui, pour le droit du travail, n'interdit les aménagements contractuels de la prescription que pour les actions en paiement de salaire. C'est évidemment la nature partiellement alimentaire de cette créance qui explique cette interdiction, capitale certes, mais néanmoins très limitée. On ne saurait en tout cas reprocher à la Cour de cassation de faire application, en l'occurrence, de cette disposition du code civil. Il est clair, en effet, qu'en excluant du principe de licéité des aménagements contractuels de prescription le seul cas, très particulier des salaires, le législateur a implicitement mais nécessairement exprimé sa volonté d'appliquer ce principe aux relations subordonnées du travail. Il ne saurait donc, en la matière, être dérogé à l'article L. 1221-1 du code du travail, qui soumet les relations salariées au droit commun des obligations. La solution se trouve d'ailleurs confirmée par le code du travail lui-même qui ne prohibe les aménagements de la prescription que dans le domaine très particulier des discriminations (art. L. 1234-5, al. 2). Cette solution est pourtant très insuffisante.

D'abord, ses effets ont été amplifiés par la loi de 2008 qui, portée par un « vent libéral », est allée au-delà de ce que la jurisprudence antérieure admettait en matière d'aménagement de la prescription (L. Leveneur, Le nouvel article 2254 du code civil, *Liber amicorum Christian Larroumet, Economica*, 2010. 283 ; v. déjà, D. Mazeaud, *Ordre public et aménagement de la prescription*, in P. Courbe [dir.], *Les désordres de la prescription*, PU Rouen, 2000. 85). Ensuite, et surtout, dans d'autres matières elles aussi marquées, comme le droit du travail, par une forte inégalité entre les parties, c'est le principe inverse qui prévaut, le législateur interdisant tout aménagement de la prescription. Ainsi l'article L. 137-1 du code de la consommation précise que, « par dérogation à l'article 2254 du code civil, les parties au contrat entre un professionnel et un consommateur ne peuvent, même d'un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci ». Et l'article L. 114-1 du code des assurances reprend la même interdiction pour ce qui est des relations entre l'assureur et l'assuré. On a du mal à comprendre qu'une semblable prohibition générale des aménagements de la prescription extinctive ne soit pas édictée au profit du salarié, tout aussi vulnérable, on en conviendra, que le consommateur ou l'assuré. Cet espace de liberté laissée aux parties, c'est-à-dire, en l'occurrence, à l'employeur, n'est guère compatible avec le caractère d'ordre public des règles de droit du travail, alors surtout que les dispositions relatives à la prescription extinctive ne sont pas purement procédurales, mais présentent également un caractère substantiel. De lege ferenda, il serait donc souhaitable qu'une solution analogue à celle du droit



de la consommation ou du droit des assurances soit consacrée en droit du travail. Il n'est pas certain que les orientations récentes de celui-ci lui permettent d'en prendre le chemin. Il resterait peut-être alors aux salariés à mobiliser l'article 1171 du code civil qui, dans les contrats d'adhésion, permet de réputer non écrites les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (v. déjà en ce sens, mais sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, Paris, 14 déc. 2010, JCP 2011. 435, n° 12, obs. P. Stoffel-Munck). Ainsi le droit commun des contrats, revivifié par la réforme du 10 février 2016, viendrait-il suppléer un droit du travail défaillant.



LA Semaine JURIDIQUE

Social

La phase transitoire de mise en place d'un CSE

publié le 27 février 2018

Etude par Arnaud Teissier (docteur en droit - avocat associé – Capstan)

Parmi les mesures phares des ordonnances du 22 septembre 2017 figure en bonne place celle relative à la fusion des instances de représentation du personnel. Depuis longtemps, s'était installée la critique lancinante d'une organisation des instances de représentation du personnel nuisant à la fluidité et l'efficacité du dialogue social dans l'entreprise.

La multiplicité des interlocuteurs du chef d'entreprise et la spécialisation de chaque instance étaient de plus en plus contestées. Les critiques suggéraient une évolution radicale du dispositif. En tout état de cause, le mille-feuille des instances de représentation du personnel, composé des délégués du personnel, du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel et du CHSCT ne semblait pouvoir rattraper au choc de simplification affirmé par le Gouvernement. Les heures des instances de représentation du personnel « historiques » semblaient donc comptées.

Le législateur a finalement tranché en faveur d'une fusion des instances existantes qui ne se résout pas en une addition, mais en une consécration d'une nouvelle instance aux compétences élargies. « La représentation morcelée des salariés en quatre instances différentes dans l'entreprise (...) ne favorise ni la qualité du dialogue social, qui est éclaté et alourdi, ni la capacité d'influence des représentants des salariés qui se spécialisent sur certaines questions mais sont privés d'une vision d'ensemble » 1.

1. Rappel du nouveau dispositif

Une instance unique. – Le comité social et économique (CSE) est désormais consacré comme l'instance unique de représentation élue du personnel. Il se substitue aux instances de représentation du personnel existantes (délégués du personnel, comité d'entreprise, délégation unique du personnel et CHSCT) qui ont vocation à disparaître 2.

Seuil d'effectif. – Le CSE est rendu obligatoire dans les entreprises d'au moins 11 salariés ; l'instance dispose de prérogatives élargies lorsque l'entreprise atteint le pallier d'au moins 50 salariés. Conformément aux dispositions de l'article L. 2311-2 du Code du travail, l'effectif se mesure sur une période de douze mois consécutifs ; ce qui constitue une évolution par rapport aux règles qui existaient jusqu'alors puisque la condition d'effectif devait être remplie sur une période de douze mois, qui pouvait s'apprécier de façon continue ou discontinue sur les trois années précédant les élections (C. trav., art. L. 2312-2 et L. 2321-1, anciens).



Ce changement n'est pas totalement anodin. En retenant une mesure continue au cours des douze mois précédant les élections, plutôt que sur une période discontinue de trois années, le législateur colle au plus près de l'effectif réel constaté au jour de l'élection. Jusqu'alors, la logique qui présidait visait à « gommer » les effets de variation des effectifs pour préférer une « pesée » moyenne.

Date butoir. – Pour favoriser un passage effectif au CSE à une échéance raisonnable, et éviter que ne cohabitent trop longtemps instances anciennes et CSE, le législateur a encadré la durée de la période transitoire pour la mise en place du CSE. Lorsque l'arrivée du terme des mandats des instances existantes se situe au-delà du 31 décembre 2019, les mandats en cours tombent d'eux-mêmes et une élection de CSE doit être organisée pour qu'un CSE puisse exister à compter du 1er janvier 2020. En effet, à cette date, toutes les entreprises justifiant d'un effectif suffisant devront avoir organisé les opérations électorales en vue de la mise en place d'un CSE. A cette date, il ne pourra subsister dans les entreprises aucune des instances de représentation du personnel « historiques ».

Date de mise en place. – Les dispositions relatives au CSE ont vocation à s'appliquer depuis la date d'entrée en vigueur des décrets pris pour l'application de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, soit depuis le 1er janvier 2018. Toutefois, le législateur a organisé un dispositif transitoire n'imposant pas le passage au CSE à une même date à l'ensemble des entreprises justifiant d'un effectif suffisant pour la mise en place de cette instance.

Pour les entreprises pourvues d'instances de représentation du personnel élues au 23 septembre 2017⁴, ont été fixées un certain nombre de règles permettant d'organiser, dans le temps, le passage au CSE. Le principe consiste à organiser la mise en place du CSE à l'arrivée du terme du mandat des instances en place⁵. Cela signifie, en creux, que les instances existantes (délégués du personnel, comité d'entreprise et CHSCT) demeurent en place jusqu'au terme des mandats en cours. Dans la mesure où la consécration du CSE a pour conséquence la disparition des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du CHSCT, cette progressivité donne aux entreprises la possibilité d'organiser cette échéance, d'en définir le rythme, sans brusquer leurs relations sociales.

2. Principales hypothèses de passage en CSE durant la phase transitoire

A. - Entreprises n'ayant pas procédé à leurs opérations électorales avant le 23 septembre 2017

Hypothèse 1 : absence de protocole d'accord préélectoral conclu le 23 septembre 2017 dans les entreprises dépourvues d'IRP

L'ordonnance du 22 septembre 2017 ayant abrogé l'ensemble des dispositions relatives à la mise en place des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du CHSCT, il n'est plus possible depuis le 23 septembre 2017 de procéder à l'élection d'instances relevant des dispositions antérieures. Les entreprises placées dans cette hypothèse doivent, conformément aux dispositions de l'article 9-I de l'ordonnance précitée, procéder aux élections d'un CSE à compter du 1er janvier 2018⁶.

Hypothèse 2 : conclusion d'un protocole d'accord préélectoral avant le 23 septembre 2017 ; processus électoral finalisé après le 23 septembre 2017

Lorsqu'un protocole d'accord préélectoral a été conclu avant la publication de l'ordonnance du 22 septembre 2017, en vue de la constitution ou du renouvellement des instances représentatives du personnel, le protocole devait être appliqué ; de sorte que les élections d'instances « historiques » devaient se poursuivre malgré l'abrogation des dispositions relatives aux délégués du personnel, comité d'entreprise et CHSCT⁷.



Dans ces entreprises, un CSE devra, en tout état de cause, être mis en place à compter du 1er janvier 2020 ; de sorte que les mandats en cours des instances « historiques » en place cesseront de plein droit à cette échéance.

Le législateur a toutefois ouvert la possibilité d'une mise en place anticipée du CSE. L'employeur dispose de la faculté soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation des instances en place, d'anticiper la date des élections. Dans cette hypothèse, les élections peuvent être envisagées à tout instant. La seule contrainte temporelle est en définitive la date butoir du 1er janvier 2020. Il s'agit d'offrir aux entreprises la possibilité de définir leur propre rythme pour le passage au CSE. 8

Hypothèse 3 : annulation judiciaire d'un protocole d'accord pré- électoral conclu avant le 23 septembre 2017

L'article 9-I de l'ordonnance n° 1017-1386 rappelle que le principe est la mise en place du CSE à compter du 1er janvier 2018. S'en suit toute une série d'exceptions, dont celle associée à l'existence d'un protocole d'accord préélectoral conclu avant le 23 septembre 2017, donc en vue de la mise en place d'instances régies par les dispositions antérieures. Le législateur n'avait pas envisagé la situation d'un contentieux relatif à la validité d'un protocole préélectoral répondant à ces conditions. Le tribunal d'instance de Courbevoie, saisi de la question, a apporté une réponse. Dans une décision du 17 octobre 2017, constatant que le protocole d'accord préélectoral qui lui était soumis ne répondait pas aux conditions de double majorité, de sorte qu'il devait être annulé, le tribunal a ordonné l'organisation de nouvelles élections professionnelles en vue de la mise en place d'un CSE 9.

B. - Entreprises pourvues d'IRP « historiques » au 23 septembre 2017

Hypothèse 4 : les mandats en cours arrivent à échéance entre le 23 septembre et le 31 décembre 2017

Depuis la publication de l'ordonnance du 22 septembre 2017, il n'est plus possible de procéder à de nouvelles élections en faisant application des dispositions antérieures, celles-ci ayant été abrogées. Pour autant, dans l'attente des décrets d'application, la mise en place d'un CSE ne pouvait pas davantage être envisagée. C'est la raison pour laquelle, le législateur a organisé une prorogation automatique des mandats arrivant à expiration dans cet intervalle de temps, jusqu'au 31 décembre 2017 10. A cette date, un choix était offert à l'employeur : (i) soit procéder à l'organisation d'élections en vue de la mise en place d'un CSE ; (ii) soit décider d'une nouvelle prorogation des mandats en cours pour une durée maximale d'une année complémentaire, par accord collectif ou par décision unilatérale après consultation des instances en place 11.

Hypothèse 5 : les mandats en cours arrivent à échéance entre le 1er janvier et le 31 décembre 2018

Dans cette hypothèse, les élections en vue de la mise en place du CSE doivent être organisées à l'échéance des mandats en cours. Toutefois, la durée des mandats en cours peut être réduite ou prorogée pour une période d'un an maximum, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation des instances en place.

Hypothèse 6 : les mandats en cours arrivent à échéance entre le 1er janvier et le 31 décembre 2019

Dans cette hypothèse, des élections doivent être organisées en vue de la mise en



place d'un CSE au terme des mandats en cours. Il n'est pas possible de proroger la durée des mandats. En revanche, il est possible d'envisager de la réduire d'une année au maximum, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation des instances en place 12, le législateur souhaitant permettre aux entreprises d'anticiper, si elles le souhaitent, le passage au CSE.

Hypothèse 7 : les mandats en cours arrivent à échéance au-delà du 1er janvier 2020

Dans tous les cas, quelle que soit la durée des mandats restant à courir à cette date, l'élection d'un CSE doit être organisée pour que soit envisagée sa mise en place au 1er janvier 2020. A cette échéance, les mandats des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du CHSCT qui existaient jusqu'alors n'auront plus lieu d'être.

L'article 9-II-1° de l'ordonnance n°2017-1386 a ouvert la possibilité d'une mise en place anticipée du CSE, c'est-à-dire avant le 1er janvier 2020, par accord ou décision unilatérale. Une lecture stricte de ces dispositions semble conduire à considérer qu'il faut réserver cette possibilité aux élections intervenues après le 23 septembre 2017 sur la base d'un protocole d'accord préélectoral conclu avant cette date. Le passage au CSE ne serait donc pas possible – avant l'échéance ultime du 31 décembre 2019 – pour les entreprises dont les élections ont déjà eu lieu le 23 septembre 2017 13. Pourtant, la volonté du législateur est de permettre aux entreprises de définir leur rythme de passage au CSE, par l'extension des possibilités de réduction ou de prorogation des mandats en cours. Créer une distinction selon la date de survenance des élections (avant ou après le 23 septembre 2017) – alors même que la date d'échéance des mandats est identique (après le 31 décembre 2019) – semble trahir l'esprit du dispositif. Il est d'ailleurs difficilement compréhensible de réserver l'anticipation du passage au CSE aux hypothèses des élections les plus récentes (donc une réduction des mandats en cours nécessairement plus significative...). Une précision de l'administration sur cette question serait utile.

C. - Cas particuliers

1° Mandats en cours arrivant à échéance de manière échelonnée sur plusieurs années

Hypothèse 8 : le terme des mandats en cours ne coïncide pas pour l'ensemble de l'entreprise ou des établissements d'une même entreprise

Pour de multiples raisons, les instances de représentation du personnel en place au sein d'une même entreprise peuvent avoir des mandats dont l'échéance ne coïncide pas. Pour autant, la mise en place d'un CSE ne peut s'envisager que d'une manière parfaitement synchronisée. Il apparaît peu envisageable de faire co-exister au sein d'une même entreprise des instances de représentation du personnel « anciennes » avec un CSE, même temporairement.

Dans l'hypothèse où le terme des différents mandats ne coïnciderait pas mais surviendrait tous au cours d'une même année (2018, 2019 ou 2020), la réponse à apporter se retrouve dans chacun des hypothèses précédemment évoquées [hypothèses 4 à 7].

En revanche, il en va différemment si le terme des différents mandats survient de manière échelonnée sur plusieurs années. Le législateur a envisagé cette hypothèse en fixant des modalités permettant de mettre en place le CSE de manière synchronisée 14 à une date unique. L'article 9, III, de l'ordonnance n° 2017-1386 prévoit que la durée des mandats en cours peut être prorogée ou réduite soit par accord collectif soit par décision unilatérale de l'employeur 15. À la différence des



autres hypothèses, le législateur ne fixe pas de limite à la durée de la réduction ou de la prorogation des mandats, donnant à l'employeur une certaine latitude pour adapter le calendrier et les échéances électorales aux spécificités de chaque situation.

2° Transferts d'entreprise

Durant la période transitoire courant jusqu'au 31 décembre 2019, l'ensemble des entreprises n'organiseront pas leur passage au CSE selon le même calendrier. En cas d'opération juridique modifiant le périmètre de l'entreprise, en particulier en cas de transfert d'entreprise, le législateur a envisagé diverses hypothèses pour éviter que puissent coexister dans la même entreprise des instances de nature différente (comité d'établissement et CSE d'établissement, par exemple).

a) L'entreprise absorbante est dotée d'un CSE tandis que l'entreprise absorbée n'en dispose pas

Hypothèse 9 : l'entreprise absorbée devient un établissement distinct de l'entreprise absorbante

Dans cette hypothèse, il est procédé à des élections pour la mise en place du CSE d'établissement pour l'entité absorbée, sauf si le renouvellement du comité social et économique central (CSEC) dans l'entreprise absorbante doit intervenir dans un délai de moins de douze mois suivant la modification dans la situation juridique 16.

Hypothèse 10 : la modification porte sur un ou plusieurs établissements de l'entreprise absorbée qui conservent ce caractère au sein de l'entreprise absorbante

Il est procédé à des élections au sein de chaque établissement concerné pour la mise en place du CSE d'établissement (au sein de l'entité absorbée), sauf si le renouvellement du CSEC dans l'entreprise absorbante doit intervenir dans un délai de moins de douze mois suivant la modification dans la situation juridique 17.

b) L'entreprise absorbante n'est pas dotée d'instances de représentation du personnel et l'entreprise absorbée n'est pas dotée d'un CSE

Hypothèse 11 : la modification porte sur un ou plusieurs établissements qui conservent ce caractère au sein de l'absorbante

En l'absence d'un accord collectif en disposant autrement, il est procédé à des élections au sein de chaque établissement concerné pour la mise en place d'un comité social et économique d'établissement, couvrant l'ensemble du périmètre du nouvel ensemble issu de la fusion (entité absorbée et absorbante). Il est également procédé à des élections pour la mise en place d'un comité social et économique central 18.

Note 1 Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, exposé des motifs.

Note 2 La refonte des institutions représentatives du personnel : JCP S 2017, 1313, note J.-Y. Korbourec'h.

Note 3 Art. 9, I : « Les dispositions de la présente ordonnance, autres que celles mentionnées à l'article 8, entrent en vigueur à la date d'entrée en vigueur des décrets pris pour leur application, et au plus tard le 1er janvier 2018, sous réserve des dispositions prévues par le présent article ». – V. D. n° 2017-1819 du 29 décembre 2017, art. 6 : « les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er janvier 2018 ».

Note 4 Date de publication de l'ordonnance du 22 septembre 2017.



Note 5 Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, art. 9-II, § 1.

Note 6 « Les dispositions de la présente ordonnance, autres que celles mentionnées à l'article 8, entrent en vigueur à la date d'entrée en vigueur des décrets pris pour leur application, et au plus tard le 1er janvier 2018, sous réserve des dispositions prévues par le présent article » (Ord. n° 2017-1386 22 sept. 2017, art. 9, I).

Note 7 Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, art. 9, II, 1°.

Note 8 « Lorsqu'a été conclu, avant la publication de la présente ordonnance, un protocole d'accord préélectoral en vue de la constitution ou du renouvellement des instances représentatives du personnel, il est procédé à l'élection de celles-ci conformément aux dispositions en vigueur avant cette publication et le comité social et économique est mis en place à compter du 1er janvier 2020 ou à une date antérieure fixée, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, le cas échéant, de la délégation unique du personnel ou de l'instance regroupée. » (Ord. n° 2017-1386 22 sept. 2017, art. 9-II, 1°).

Note 9 TI Courbevoie, n° 11-17-000805 : Cah. soc. 2017, n° 301, p. 531, note Y. Pagnerre.

Note 10 « Lorsque, en dehors du cas prévu au 1° du présent I, les mandats des délégués du personnel, des membres élus du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel, de l'instance regroupée mise en place par accord et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail arrivent à échéance entre la date de publication de la présente ordonnance et le 31 décembre 2017, ces mandats sont prorogés jusqu'à cette date ; leur durée peut être également prorogée au plus d'un an, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, le cas échéant, de la délégation unique du personnel ou de l'instance regroupée. » (art. 9, II, 2°).

Note 11 Comité d'entreprise ou, à défaut, délégués du personnel, ou délégation unique du personnel ou instance regroupée

Note 12 « Lorsque, en dehors du cas prévu au 1° du présent II, les mandats des délégués du personnel, des membres élus du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel, de l'instance regroupée mise en place par accord et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail arrivent à échéance entre le 1er janvier et le 31 décembre 2019, leur durée peut être réduite d'une durée maximum d'un an soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, le cas échéant, de la délégation unique du personnel ou de l'instance regroupée (Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, art. 9, II, 4° modifié par projet de loi de ratification, adopté définitivement 14 févr. 2018, art. 3 ter).

Note 13 « Il est procédé à l'élection de celles-ci conformément aux dispositions en vigueur avant cette publication » : l'utilisation de la forme active semble viser spécifiquement les élections organisées après la publication de l'ordonnance (soit le 23 septembre 2017).

Note 14 C'est-à-dire pour toutes les anciennes instances de représentation du personnel au même moment.

Note 15 « Pour assurer la mise en place du comité social et économique, la durée du mandat des délégués du personnel, des membres élus du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel, de l'instance regroupée mise en place par accord et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut être, pour un établissement ou pour l'ensemble de l'entreprise, prorogée ou réduite, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, le cas échéant, de la délégation unique du personnel ou de l'instance regroupée, de manière à ce que leur échéance coïncide avec la date de la mise en place du comité social et économique et, le cas échéant, du comité social et économique d'établissement et du comité social et économique central ».

Note 16 Ord. n° 2017-1386, art. 9, IV, 1°.

Note 17 Ord. n° 2017-1386, art. 9, IV, 2°.

Note 18 Ord. n° 2017-1386, art. 9, IV, 3°.



LA Semaine JURIDIQUE

Social

Le forfait en jours a-t-il un avenir ?

Publié le 27 février 2018

Commentaire par Michel Morand avocat, conseil en droit social, cabinet Barthélemy avocats - ancien professeur associé, école de droit de Clermont-Ferrand, université d'Auvergne

Est nulle la convention de forfait en jours qui ne permet pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail.

Cass. soc., 17 janv. 2018, n° 16-15.124, F-P+B : JurisData n° 2018-000296

LA COUR – (...)

• *Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X..., engagée par la société Embraer Europe en qualité d'ingénieur technico-commercial suivant contrat à durée déterminée du 15 octobre 2004 puis par contrat à durée indéterminée du 22 avril 2005, occupait en dernier lieu les fonctions de chef de service administratif et marketing, statut cadre ; que du 1er janvier au 30 novembre 2011, la salariée a été en congé sabbatique et a réintégré la société Embraer Europe le 1er décembre 2011 ; que le 5 janvier 2012, elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation de son contrat de travail aux torts de l'employeur ; qu'elle a été licenciée pour motif économique par lettre du 15 février 2012 ;*

(...) *Sur le deuxième moyen :*

Vu l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du Code du travail dans sa rédaction alors applicable, interprété à la lumière de l'article 17, §§ 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

• *Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;*

• *Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des directives de l'Union européenne que les États membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ;*



• Attendu, enfin, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;

• Attendu que pour débouter la salariée de sa demande d'annulation de la convention de forfait en jours et de ses demandes en paiement d'heures supplémentaires, d'indemnité au titre du repos compensateur, d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, l'arrêt retient, après avoir rappelé les dispositions de l'article 10.3.2. de la convention collective nationale des entreprises de commission, de courtage et de commerce intracommunautaire et d'importation exportation de France Métropolitaine, que la salariée ne conteste pas sa qualité de cadre pouvant bénéficier du forfait jour, que l'article 10.3.2 de la convention collective précitée prévoit l'ensemble des garanties de nature à répondre aux exigences relatives au droit à la santé et au repos de sorte que la salariée, qui ne justifie pas sur quel fondement les dispositions relatives à la convention forfait jour devraient être annulées, doit être déboutée de sa demande de ce chef et de toutes les demandes subséquentes relatives aux heures supplémentaires, à l'astreinte, au repos compensateur et au travail dissimulé ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions de l'article 10.3.2 de l'accord RTT du 7 juin 2000 pris en application de la convention collective nationale des entreprises de commission, de courtage et de commerce intracommunautaire et d'importation exportation de France métropolitaine du 18 décembre 1952 qui se bornent à prévoir que le salarié doit bénéficier d'un temps de repos quotidien d'au moins 11 heures consécutives et d'un temps de repos hebdomadaire de 24 heures auquel s'ajoute le repos quotidien de 11 heures, sauf dérogation dans les conditions fixées par les dispositions législatives et conventionnelles en vigueur, que le forfait en jours s'accompagne d'un contrôle du nombre de jours travaillés, que l'employeur est tenu d'établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées travaillées ainsi que la qualification des jours de repos en repos hebdomadaire, congés payés, congés conventionnels ou jours de repos au titre de la réduction du temps de travail, ce document pouvant être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur et, enfin, que le salarié ayant conclu une convention de forfait en jours bénéficie chaque année d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé, l'amplitude de ses journées d'activité, ne sont, en ne permettant pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs (...) :

• Casse et annule, mais seulement en ce qu'il déboute la salariée de ses demandes en paiement d'heures supplémentaires, d'indemnité au titre du repos compensateur et de contrepartie financière pour les heures d'astreintes réalisées entre le 6 novembre 2007 et décembre 2010, l'arrêt rendu le 9 décembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris

Note :

L'arrêt commenté reprend pratiquement mot pour mot une décision du 5 octobre 2017 (Cass. soc., 5 oct. 2017, n° 16-23.106 à n° 16-23.211 : JurisData n° 2017-019293 ; JCP S 2017, 1379, note M. Morand) quant à l'exigence de suivi effectif et



Au cas d'espèce, l'accord d'entreprise, pris en application d'un accord de branche à l'origine du forfait en jours, avait intégré un certain nombre de dispositions concernant des seuils à respecter (repos quotidien de 12 heures, repos hebdomadaire de 24 heures auquel s'ajoute le repos quotidien de 11 heures) ; un mécanisme déclaratif et de contrôle de l'activité pouvant être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur (nombre et dates des jours travaillés, qualification des jours de repos en repos hebdomadaire, congés payés, congés conventionnels, jours de repos au titre de la réduction du temps de travail) ; un entretien annuel avec le supérieur hiérarchique pour évoquer l'organisation et la charge de travail de l'intéressé, l'amplitude des journées d'activité. Pour la Cour de cassation, c'est insuffisant car ces dispositions « ne permettent pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps du travail de l'intéressé ». Il en résulte donc que la convention individuelle de forfait est nulle. La motivation de cette décision ne surprend pas car elle s'inscrit dans les principes tracés par la jurisprudence depuis plusieurs années et dont le contenu a été repris par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

La nécessité d'un suivi effectif et régulier de l'activité du salarié renvoie aux propos du conseiller Florès quand celui-ci évoquait un contrôle de la charge de travail « au fil de l'eau » (Ph. Florès, Le forfait en jours et l'effectivité des garanties offertes : SSL 2014, n° 1635, p. 5). L'objectif poursuivi est assurément compréhensible : il s'agit de vérifier périodiquement qu'il n'y a pas de « dérapage » du fait d'un volume d'activité trop important, ceci pour permettre de remédier et de permettre une bonne répartition dans le temps du travail du salarié. De ce point de vue, il va de soi qu'un entretien annuel de fin d'année ne peut répondre à cet objectif. Il faut donc créer des procédures d'alerte à l'initiative du salarié ou mettre en place des entretiens périodiques (au moins un par trimestre) pour apprécier l'activité du salarié. Cette exigence a été intégrée dans la partie « ordre public » du Code du travail dans la rédaction issue de la loi du 8 août 2016. En effet, l'article L. 3121-60 indique que « l'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail ». En outre, l'article L. 3121-64 qui définit le contenu des accords collectifs dont la négociation est postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016, prévoit que l'accord détermine « les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail ». Le doute n'est donc pas permis : la loi et la jurisprudence exigent la mise en place de ce suivi régulier, sauf à priver d'effet l'accord. Dès lors, l'interrogation que suggèrent ces différentes « prescriptions » est relative à l'avenir du forfait en jours.

Dispositif particulièrement novateur de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 qui a abaissé à 35 heures la durée légale hebdomadaire de travail, le forfait en jours a été d'emblée, sans doute pour cette raison, mal compris. La confusion a été presque totale avec celui des JRTT avec lequel pourtant il n'a aucune similitude juridique si ce n'est que des jours non travaillés s'ajoutent aux congés payés, repos hebdomadaires et jours fériés. La confusion est originelle mais subsiste encore. S'il fallait s'en convaincre, il n'est qu'à se reporter aux faits de l'arrêt. D'ailleurs, on pourrait se demander si la qualification des JRTT pour des jours non travaillés du forfait en jours n'aurait pas pour effet de « disqualifier » le dispositif.

Ambiguïté, mais aussi incertitude juridique dans le prolongement de l'arrêt fondateur (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 : JurisData n° 2011-012756 ; JCP S 2011, 1333, Étude par M. Morand) qui a posé les principes destinés à essayer de préserver la pérennité d'un mécanisme détaché du cadre horaire d'organisation et du décompte du temps de travail, seul cadre connu depuis 1936. Les grands titres



des revues spécialisées et leurs commentaires, pour chaque intervention de la Cour de cassation sanctionnant un accord de branche insuffisant, n'ont pas été de nature à vraiment rassurer les entreprises prises au piège d'un accord de branche dont elles ne pouvaient soupçonner les insuffisances.

Ce déficit d'image a pu être comblé par les rédacteurs de la loi du 8 août 2016 qui ont parfaitement sécurisé les accords anciens ou à venir, pour éviter tout nouveau risque judiciaire. Au moins, désormais, les règles du jeu sont parfaitement établies. Pour autant, elles sont particulièrement contraignantes par les mécanismes de contrôle et de suivi de l'activité du salarié qu'elles imposent, si bien que « l'enthousiasme » de certains envers le mécanisme d'origine fait place à l'interrogation sur l'intérêt d'un dispositif qui suppose de comparer les avantages d'une activité aux bornes horaires allégées avec les exigences et contraintes inhérentes à la protection de la santé et au droit au repos des salariés.

Dès lors, ne faut-il pas « oublier » un dispositif dont les vices apparents de fabrication ont été réparés mais dont certains vices cachés demeurent encore ? Nous le pensons vraiment.



La Commission presse vous remercie

LAVAUX Cécile (Présidente)

COMPAROT Laura (Vice-Présidente)

BOUQUARD Paul

GAYOU Sophie

HADDAD Sonia

MATTOT Florence

PAIE Vaiana

Retrouvez-nous sur horizonsocial.fr

