

La Robe Sociale



SOMMAIRE

I. Relations collectives de travail

- A) Contestations relatives aux conditions de désignation de la délégation du personnel au CSE central : quel est le tribunal territorialement compétent ?..... 4
- B) Précisions sur les modalités de contestation du scrutin de validation d'un accord minoritaire.....6
- C) Comment faire cesser une atteinte à l'intérêt collectif de la profession ? Illustration en cas de violation du principe d'égalité de traitement.....9
- D) Nouvel éclaircissement sur la portée de la mention « en l'absence d'accord ».....15

II. Contrat de travail - Relations individuelles de travail

- A) L'emploi d'une assistante personnelle aidant une personne handicapée peut être réservé aux personnes de la même tranche d'âge..... 24
- B) Opposabilité de documents rédigés en langue étrangère : la surveillance stricte de la Cour de cassation.....26
- C) Salarié protégé : la protection du lanceur d'alerte lui est refusée en cas de mauvaise foi..... 33

III. Cour de cassation et appréciation des difficultés économiques.....35

IV. Sécurité sociale

- A) Dispense de reclassement : vigilance de mise sur l'ensemble des mentions de l'avis d'inaptitude.....43
- B) Cadre dirigeant : une catégorie professionnelle objective.....46

V. Transfert d'entreprise et procédure d'insolvabilité 51

VI. Droit pour l'employeur de refuser l'audition des salariés par l'expert53

Édito

La commission presse de la promotion 2023/2024 du Master 2 Droit Social a le plaisir de vous retrouver pour le numéro du mois de janvier de la revue jurisprudentielle la Robe Sociale qui marquera le début de cette année 2024. En ce temps hivernal, nous vous proposons de revenir sur les actualités jurisprudentielles qu'il ne fallait pas manquer le mois dernier. Nous vous souhaitons une bonne lecture et une très belle année 2024 !

Pour débiter ce numéro, nous aborderons la thématique des **relations collectives de travail** à travers 4 articles.

Nous commencerons notre revue par un article concernant les contestations des conditions de désignation de la délégation du personnel au CSE central. Ici, Charlotte Moronval nous précise que cette contestation relève de la compétence du tribunal judiciaire du lieu où la désignation est destinée à prendre effet et ce, peu important les modalités de cette désignation

Nous nous intéresserons ensuite aux modalités de contestation du scrutin de validation d'un accord minoritaire, la haute juridiction affirmant la possibilité pour les parties de saisir le tribunal judiciaire par voie de requête, un commentaire de Christophe Mariano.

A l'occasion de deux arrêts rendus le 22 novembre 2023, la Cour de cassation propose une grille d'analyse afin d'appréhender l'objet de l'action exercée au nom de l'intérêt collectif de la profession et de déterminer l'objet de la demande.

Marie Hautefort revient sur une notion fréquemment retrouvée en droit du travail : « en l'absence d'accord ». En l'espèce, il s'agissait ici de la détermination de l'architecture, de l'organisation et du contenu de la BDESE. Dans cette hypothèse, les dispositions du Code du travail doivent être interprétées comme offrant une liberté d'option à l'employeur.

Par la suite sera évoquée la thématique du **contrat de travail** et tout ce que celui-ci englobe par le biais de 3 articles.

Nous débiterons cette seconde grande thématique par un arrêt de la CJUE abordant le cas de réservation de postes à certaines tranches d'âge. En outre, le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce que le recrutement d'une personne fournissant une assistance personnelle soit soumis à une condition d'âge, en application d'une législation nationale poursuivant un objectif tendant à la protection de l'autodétermination des personnes handicapées, à condition qu'une telle mesure est nécessaire à la protection des droits et des libertés d'autrui, un article de Charlotte Moronval.

Dans un second commentaire, César Solis nous rappelle que les documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable qui ne sont pas rédigés en français, et dont il n'est pas constaté qu'ils ont été reçus de l'étranger, sont inopposables au salarié.

Dans ce dernier commentaire d'Alice Roure, nous observerons l'impact affirmé par la Cour de cassation de la mauvaise foi, concernant la constitution de la protection du salarié lanceur d'alerte à l'encontre de son supérieur hiérarchique.

Une troisième partie portera sur **l'appréciation des difficultés économiques par la Cour de cassation**.

Si l'intervention du législateur en 2016 a permis d'apporter un certain cadre juridique et une définition du motif économique de licenciement, l'ampleur des difficultés économiques continuait de reposer sur l'appréciation des juges. C'est dans ce cadre qu'intervient l'arrêt du 18 octobre 2023 qui adopte de nouvelles exigences pour caractériser l'existence de difficultés économiques.

Une quatrième partie comportera deux articles et portera quant à elle sur la **sécurité sociale**.

Dans un commentaire de Candice Pietralunga, nous verrons que la Cour de cassation revient sur l'importance des mentions portées sur l'avis d'inaptitude, et notamment concernant les termes employés par le médecin du travail.

Enfin, nous terminerons cette quatrième grande partie dédiée aux relations individuelles de travail avec un article de Xavier Aumeran concernant les cadres dirigeants et la question de la reconnaissance d'une catégorie objective.

Une cinquième partie abordera la **thématique du transfert d'entreprise et de la procédure d'insolvabilité**.

Dans cette note de Veille juridique, nous observerons l'articulation entre les règles sur le transfert d'entreprise et celles sur les procédures d'insolvabilité lorsqu'elles sont initiées hors de France. Seules les actions qui dérivent directement d'une procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement entrent dans le champ d'application du règlement n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, ce qui n'est pas le cas de l'article L1224-1 du Code du travail.

Enfin, pour clore cette revue, une sixième partie portera sur **le droit de refus de l'employeur concernant l'audition des salariés par un expert**.

Dans cet article, Gwennaël François revient sur la décision rendue par le Tribunal Judiciaire de Nanterre le 27 octobre 2023 qui admet que l'employeur puisse s'opposer à ce que l'expert-comptable du comité auditionne les salariés de l'entreprise. Si cette décision ne fait pas débat quant à sa conformité, elle n'en demeure pas moins contestable sur certains points.

I- Relations collectives de travail

A) Contestations relatives aux conditions de désignation de la délégation du personnel au CSE central : quel est le tribunal territorialement compétent ?



Lexbase Social n°968 du 14 décembre 2023 : Comité social et économique

Contestations relatives aux conditions de désignation de la délégation du personnel au CSE central : quel est le tribunal territorialement compétent ?

Réf. : Cass. soc., 6 décembre 2023, n° 22-21.239, F-B N° Lexbase : A727417K N7762BZI

par Charlotte Moronval

le 21 Décembre 2023

► Les contestations relatives aux conditions de désignation de la délégation du personnel au CSE central sont de la compétence du tribunal judiciaire du lieu où la désignation est destinée à prendre effet, peu important les modalités de cette désignation.

Faits et procédure. Une société, divisée en plusieurs établissements distincts, dispose, d'une part, d'un comité social et économique d'établissement (CSEE) par établissement, d'autre part, d'un comité social et économique central (CSEC) au niveau du siège social.

Deux élus, respectivement membres titulaire et suppléant au sein du CSEC, ayant quitté l'entreprise, le CSEE a procédé à leur remplacement.

La société a saisi le tribunal judiciaire en annulation de ces désignations, estimant qu'elles étaient intervenues en violation des règles applicables en matière de remplacement des membres du CSEC.

Le CSEE, un syndicat et les nouveaux élus ont notamment soulevé une exception d'incompétence territoriale au profit d'un autre tribunal judiciaire. Le tribunal judiciaire la rejette. Ils forment alors un pourvoi en cassation. Ils estiment qu'en cas de contestation de l'élection des membres du CSEE, le tribunal territorialement compétent est celui du lieu de l'élection contestée.

La solution. Énonçant la solution susvisée, la Cour de cassation rejette le pourvoi sur ce point.

C'est à bon droit que les juges ont estimé qu'était compétent le tribunal judiciaire du siège de l'entreprise où est situé le CSEE, dès lors que les désignations contestées devaient prendre effet à ce siège.

Pour aller plus loin :

v. récemment, Cass. soc., 1er février 2023, n° 21-13.206, FS-B N° Lexbase : A25999BU : le tribunal judiciaire géographiquement compétent pour connaître de la contestation des désignations de représentants de proximité, est celui du lieu où la désignation du représentant de proximité est destinée à prendre effet, peu important les modalités de cette désignation définies par l'accord d'entreprise qui met en place ces représentants ;

v. ÉTUDE : Le contentieux des élections des membres de la délégation du personnel au comité social et économique, Le tribunal compétent pour le contentieux des élections des représentants du personnel, inDroit du travail, Lexbase N° Lexbase : E1909GAX.

B) Précisions sur les modalités de contestation du scrutin de validation d'un accord minoritaire

**BULLETIN JOLY
TRAVAIL**

Précisions sur les modalités de contestation du scrutin de validation d'un accord minoritaire

BJT203a6

Par Christophe Mariano

Cass. soc., 18 oct. 2023, no 21-60159, FS-B NOTE

En même temps qu'elle procédait à une généralisation échelonnée de la majorité d'engagement dans la conclusion des accords d'entreprise, la loi du 8 août 2016 a instauré un dispositif de « sauvetage » référendaire des accords minoritaires. Imaginé comme un remède au risque d'échec de certaines négociations, ce processus n'est disponible qu'à la condition que l'accord minoritaire ait reçu l'assentiment de syndicats ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections professionnelles. Dans ce cas, les syndicats signataires ou, dans un second temps, l'employeur, sous condition d'absence d'opposition, peuvent demander l'organisation d'une consultation référendaire afin de faire valider l'accord (C. trav., art. L. 2232-12, al. 2 et s.).

Si à l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande, le seuil de 50 % n'a pas été atteint grâce à de nouvelles signatures, le référendum de validation est organisé dans les deux mois. Cette consultation des salariés peut être organisée sous un format électronique et doit se dérouler dans le respect des principes généraux du droit électoral. Par ailleurs, l'organisation de ce scrutin spécial repose sur les modalités prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections professionnelles.

Si la mise en route du scrutin est clairement décrite dans le Code du travail, les modalités de contestation peuvent interroger. Certes, l'article R. 2232-5 du Code du travail, dont les dispositions sont communes au référendum de validation d'un accord minoritaire ainsi qu'au référendum d'approbation des accords négociés avec des salariés mandatés en l'absence de délégué syndical, dirige le contentieux éventuel vers la compétence du tribunal judiciaire et renvoie aux délais prévus à l'article R. 2314-24 du Code du travail. Il n'en

demeure pas moins que ce seul texte réglementaire et le renvoi opéré n'avaient pas paru suffisamment limpides dans certains litiges. Au point de pousser la Cour de cassation à préciser que la contestation de la régularité de la consultation doit être formée dans le délai de quinze jours suivant la proclamation des résultats du scrutin, peu important que l'article R. 2314-24 associe ce délai aux contestations portant sur la régularité de l'élection ou sur la désignation de représentants syndicaux et peu important que le contenu des accords soit par ailleurs contesté ou que certaines de leurs clauses aient déjà été mises en œuvre (Cass. soc., 5 janv. 2022, n° 20-60270, PB). Mais un doute pouvait également apparaître quant aux modalités de contestation de la consultation référendaire et notamment sur la nécessité ou non de suivre une procédure de saisine du tribunal judiciaire avec représentation obligatoire par avocat. Le présent arrêt chasse le doute.

En l'espèce, deux syndicats représentatifs ont sollicité l'organisation d'une consultation du personnel afin de faire valider deux accords collectifs signés le 31 décembre 2020 par des organisations syndicales représentant plus de 30 % des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles et ont informé les autres organisations représentatives de cette demande de consultation. Un protocole d'accord relatif à l'organisation de la consultation du personnel a été signé entre l'employeur et les quatre organisations syndicales représentatives. Le vote s'est ensuite déroulé par voie électronique. Quelques jours plus tard, un syndicat saisit le juge par requête pour contester la consultation en invoquant l'existence d'irrégularités dans le déroulement du scrutin. Or, le tribunal judiciaire déclare irrecevable la demande du syndicat en jugeant qu'il ne pouvait être valablement saisi par une simple requête. Pour ce faire, le jugement retient que le litige ne relève pas de l'une des hypothèses pour lesquelles les parties sont dispensées de constituer avocat, que la procédure est la procédure écrite avec représentation obligatoire et que, dans ces circonstances, le tribunal ne pouvait être saisi que par voie d'assignation ou de requête conjointe.

Ce jugement est censuré par la Cour de cassation qui mobilise, à cette occasion, les articles L. 2232-12, R. 2232-5 et R. 2314-24 du Code du travail, R. 211-3-15, 1°, R. 211-3-17 du Code de l'organisation judiciaire et les articles 761, 2°, et 817 du Code de procédure civile. D'une lecture combinée de ces différents textes, la haute juridiction en conclut que « les contestations relatives aux consultations des salariés appelés à se prononcer sur la validation d'un accord d'entreprise, qui se déroulent dans le respect des principes généraux du droit électoral, sont formées par voie de requête, les parties étant dispensées de constituer avocat ». Dès lors, une requête pouvait régulièrement saisir le tribunal judiciaire sans que ce dernier puisse exiger une saisine par assignation ou requête conjointe.

La solution n'est pas sans rappeler celle rendue il y a quelques mois en matière de représentants de proximité (Cass. soc., 1er févr. 2023, n° 21-13206, PB). De façon similaire, les dispositions relatives aux représentants de proximité se montraient lacunaires quant aux modalités de contestation.

Cela n'avait pas empêché la Cour de cassation de juger, notamment sur le fondement de l'article R. 2314-24 du Code du travail ainsi que sur celui des dispositions du Code de l'organisation judiciaire et du Code de procédure civile, que « la contestation des

désignations de représentants de proximité, qui sont membres du comité social et économique ou désignés par lui pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus, doit être formée devant le tribunal judiciaire statuant sur requête, les parties étant dispensées de constituer avocat ». Dans cet arrêt, l'extension de la dispense de constituer avocat dont bénéficie le contentieux électoral au contentieux relatif aux représentants de proximité, en l'absence de référence textuelle explicite, s'appuyait sur le mode de désignation des représentants de proximité, lesquels sont reliés soit par l'appartenance soit par l'investiture au CSE et épousent la durée des mandats de ses élus. Dans le présent arrêt, les juges insistent cette fois sur le fait que la consultation référendaire se déroule dans le respect des principes généraux du droit électoral comme pour mieux légitimer l'assimilation au contentieux électoral et la dispense de constituer avocat qui lui est attaché malgré l'absence de référence textuelle explicite en ce sens.

On peut imaginer que la Cour de cassation statuera dans le même sens concernant les contestations relatives aux consultations visant à approuver un accord collectif négocié avec un salarié mandaté (C. trav., art. L. 2232-23-1, L. 2232-24 et L. 2232-26) ou encore visant à ratifier un projet d'accord dans les entreprises de moins de onze salariés ou ayant un effectif compris entre onze et vingt salariés tout en étant dépourvues de CSE (C. trav., art. L. 2232-21 et L. 2232-23).

Accord minoritaire ; Référendum ; Contestation ; Saisine ; Requête ; Représentation par avocat 203a6.

C) Comment faire cesser une atteinte à l'intérêt collectif de la profession ? Illustration en cas de violation du principe d'égalité de traitement



Comment faire cesser une atteinte à l'intérêt collectif de la profession ? Illustration en cas de violation du principe d'égalité de traitement

26 décembre 2023

Dans deux arrêts rendus le 22 novembre 2023, la Cour de cassation propose une grille d'analyse, un guide afin d'appréhender l'objet de l'action exercée au nom de l'intérêt collectif de la profession et de déterminer l'objet de la demande, au-delà des cas d'espèce qui portaient eux sur l'égalité de traitement. Cass. soc., 22 nov. 2023, n° 22-14.807 FS-B ; Cass. soc., 22 nov. 2023, n° 22-11.238 FS-B

Si elle n'est pas nouvelle, la question au cœur de deux arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation rendus le 22 novembre 2023 retient l'attention à la faveur de la publication des rapports et avis des conseillers et avocats généraux.

L'intérêt de ces arrêts réside dans la volonté de la Cour de cassation, au moyen d'un attendu de principe, de guider, juges et syndicats, afin d'appréhender l'objet de l'action exercée au nom de l'intérêt collectif de la profession et de déterminer l'objet de la demande, au-delà des cas d'espèce qui portaient, eux, sur l'égalité de traitement. L'objectif est d'identifier les demandes qui peuvent être présentées pour mettre un terme à un comportement de l'employeur qui porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession et celles qui ne le peuvent pas parce qu'elles ont pour objet (ou pour effet) de reconnaître les droits propres des salariés. Appliqué à la violation du principe d'égalité de traitement en cause dans les espèces, ce guide conduit la Cour de cassation à juger irrecevable l'injonction de verser une prime de 13e mois dont étaient privés des salariés transférés par application de l'article L. 1224-1 du Code du travail mais à admettre que soient sollicitées des augmentations générales des salaires décidées dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire.

Ce « guide » que nous appelions de nos vœux il y a quelques années dans les colonnes de cette revue, suffira-t-il à aider syndicats et juges du fond à prononcer la mesure adéquate sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail ?

1. L'attendu de principe : un guide pressenti

L'attendu de principe pouvait être pressenti à la lecture de plusieurs décisions récentes de la Cour de cassation. D'abord, la distinction entre l'objet de l'action et l'objet de la demande a, sauf erreur de notre part, fait son apparition dans un arrêt du 7 septembre 2017.

À cet égard, plusieurs arrêts récents contiennent des formulations proches de celles retenues dans les arrêts du 22 novembre : si le syndicat peut « faire constater l'irrégularité [...] affectant le paiement de cotisations de retraite complémentaire d'une catégorie de salariés [...] il ne peut prétendre obtenir la condamnation de l'employeur à régulariser la situation des salariés concernés » ou encore si le syndicat peut « contraindre un employeur à mettre fin à un dispositif irrégulier de recours au forfait en jours, il ne peut prétendre obtenir que le juge déclare inopposable les conventions de forfait ».

En matière d'égalité de traitement, un arrêt du 12 février 2013 admet la recevabilité de l'action du syndicat qui « ne tendait pas au paiement de sommes déterminées à des personnes nommément désignées mais à l'application du principe d'égalité de traitement ». L'attendu de principe des arrêts du 22 novembre a donc vocation à s'appliquer « à la variété des situations et à la diversité d'objets des demandes » présentées par les organisations syndicales. Il renseigne d'abord sur l'objet de l'action intentée sur le fondement de l'article L. 2132-3 : le syndicat peut agir en justice pour faire reconnaître l'existence d'une irrégularité commise par l'employeur au regard de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles ou au regard du principe de l'égalité de traitement. Il renseigne ensuite sur l'objet de la demande que le syndicat peut présenter : outre l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession, le syndicat peut demander qu'il soit enjoint à l'employeur de mettre fin à l'irrégularité constatée, le cas échéant sous astreinte. Enfin, il rappelle les limites de l'objet de la demande : le syndicat ne peut prétendre obtenir du juge qu'il condamne l'employeur à régulariser la situation individuelle des salariés concernés, une telle action relevant de la liberté personnelle de chaque salarié de conduire la défense de ses intérêts.

2. Le choix des formulations : une conception de l'action syndicale

En mettant l'accent sur les irrégularités commises par l'employeur au regard de la loi, du règlement ou de la convention collective, la Cour de cassation adopte une conception de l'action syndicale que ne reflète pas ou mal les textes anciens.

Sur l'objet de l'action

Du préjudice subi par la profession...

Si le fondement de l'action, la défense de l'intérêt collectif de la profession, est connu depuis sa consécration par les chambres réunies le 5 avril 1913, l'intérêt collectif défendu par les syndicats, de salariés en particulier, paraît encore difficile à appréhender, comme en témoigne le nombre de thèses récemment soutenues sur ce sujet. À l'époque, sa consécration supposait qu'on ne le confonde ni avec l'intérêt général défendu par le ministère public, ni avec la somme des intérêts individuels des personnes dont les intérêts

étaient défendus par le groupement. L'intérêt collectif a ainsi été défini comme celui d'un groupe, la profession, moyen de « personnifier » à l'époque la « victime » de l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession. Force est de constater cependant que cette approche, même 110 ans après, paraît plus adaptée aux syndicats d'employeurs qu'aux syndicats de salariés. En 1913, comme aujourd'hui, on comprend que la profession des viticulteurs subit (subissait) un préjudice du fait du comportement de certains qui ne respectaient pas les règles de fabrication du vin. Il est plus difficile de concevoir que la « profession » représentée par un syndicat de salariés est victime d'une violation de la loi par un employeur. La raison, nous semble-t-il, tient au fait que la diversité des métiers occupés par les salariés au sein d'une même profession ne favorise pas le sentiment d'appartenance à une même profession.

... À la violation de la loi

Progressivement, l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession défendu par les syndicats, particulièrement des syndicats de salariés, a été envisagée comme résultant de la violation par l'employeur de la loi. Jean-Maurice Verdier a ainsi mis en évidence qu'il y avait atteinte à l'intérêt collectif de la profession chaque fois qu'une question de principe ou de portée générale intéressait l'ensemble de la collectivité professionnelle, sous-entendue une question relative à l'interprétation de la loi ou d'une disposition conventionnelle ou une question posée dans le cadre d'un litige individuel susceptible d'intéresser un groupe de salariés. Dans son arrêt rendu le 12 janvier 2014¹², la Cour de cassation a même affirmé que la violation d'une disposition d'ordre public social constituait nécessairement une atteinte à l'intérêt collectif de la profession ; elle a également admis que la violation d'une convention collective constituait nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession. L'action des syndicats, au moins celle des syndicats de salariés, s'impose ainsi comme l'action qui permet de mettre en évidence les violations de la loi par l'employeur à l'égard des salariés. L'objet de l'action tel qu'il est présenté par la Cour de cassation dans ses arrêts du 22 novembre 2023 le confirme : « Faire reconnaître l'existence d'une irrégularité commise par l'employeur au regard de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles ou au regard du principe de l'égalité de traitement. ».

La place de la violation de l'égalité de traitement

Saisie en l'espèce d'affaires qui concernaient la violation du principe de l'égalité de traitement, la Cour de cassation « situe » la violation d'un tel principe à côté de la violation de la loi, du règlement ou de dispositions conventionnelles. Solution de circonstance parce qu'elle était saisie d'affaires mettant en cause le respect de l'égalité de traitement ou spécificité de l'égalité de traitement ? Le principe de l'égalité de traitement entre les salariés d'un même employeur n'est pas consacré par le Code du travail. La « maternité » en revient à la Cour de cassation. Difficile donc pour les juges de la Cour de cassation de rattacher la violation du principe d'égalité de traitement à la violation de la loi. Sur ce point l'attendu de la Haute Cour pourrait ne pas suffire, à l'avenir, à appréhender des atteintes à l'intérêt collectif de la profession qui ne se rattachent pas à un texte en particulier.

Sur la recevabilité de l'action

Un regret peut-être, l'attendu ne contient pas de formulation qui permette d'identifier l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession et de la distinguer avec « certitude » de l'atteinte aux seuls intérêts individuels. Même si le contentieux s'est semble-t-il déporté ces dernières années de la question de la recevabilité de l'action à celle de la recevabilité de la demande, la question première est bien celle de la recevabilité de l'action collective lorsque sont aussi atteints des intérêts individuels. Très tôt, la Cour de cassation a posé que l'action syndicale et l'action individuelle ne peuvent ni s'exclure ni se confondre, parce qu'elles n'ont ni la même cause, ni le même objet ; mais elles peuvent procéder du même fait dommageable. L'intérêt collectif défendu par les syndicats de salariés est celui d'un groupe en tant que tel, celui d'une catégorie professionnelle, celui du personnel d'une entreprise, d'un groupe, d'une branche, ou plus largement encore le groupe constitué par tous les salariés. Il faut, selon nous, prendre garde à la formulation jurisprudentielle retenue pour définir l'objet de l'action, elle pourrait laisser penser que toute violation de la loi permet au syndicat d'obtenir une régularisation. Or, toute violation de la loi dont est victime un salarié ne constitue pas toujours une atteinte à l'intérêt collectif.

3. La recevabilité de l'action en matière d'égalité de traitement

Par le passé, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la recevabilité de l'action syndicale en matière d'égalité de traitement. Il n'est pas rare de lire sous la plume d'auteurs « la méconnaissance du principe d'égalité de traitement porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession ». Dans l'arrêt du 12 février 2023 précité, la Cour juge que l'action du syndicat en application du principe de l'égalité de traitement relève de la défense de l'intérêt collectif. À n'y prendre garde, on pourrait croire l'affaire entendue.

La Cour d'appel de Versailles n'était manifestement pas du même avis. Elle a en effet déclaré irrecevable l'action du syndicat au motif que l'application du principe d'égalité de traitement suppose une appréciation de la situation de chaque salarié placé dans une situation identique et équivalente ; qu'il ne peut y avoir d'appréciation collective. Qu'en conséquence l'action tend à la revendication d'un droit appartenant au salarié et ne poursuit pas la réparation d'un préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession. L'arrêt est cassé sur ce point. L'action syndicale était recevable car elle n'entendait pas obtenir du juge qu'il condamne l'employeur à régulariser la situation individuelle des salariés. Certes, mais est-ce à dire que toute inégalité de traitement porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession ? Une distinction nous semble devoir être opérée. L'inégalité de traitement peut-être purement individuelle lorsque le manquement résulte d'une erreur d'appréciation d'une situation individuelle (l'employeur considérant que ce salarié-là n'est pas dans la même situation que les autres).

L'atteinte à l'intérêt collectif ne peut alors être que « par ricochet ». L'inégalité de traitement peut être qualifiée de « collective » lorsque c'est un groupe de salariés en tant que tel avec des caractéristiques propres qui est exclu de l'avantage (même si elle est révélée à travers un cas individuel). Dans les deux affaires ici commentées, on était bien en présence de violation du principe d'égalité de traitement à l'égard d'un groupe de salariés en tant que

tel, les salariés dont le contrat de travail avait été transféré dans le cadre d'un transfert d'entreprise d'un côté, les salariés appartenant à certaines tranches de salaires qui auraient bénéficié d'une augmentation de salaire plus conséquente, de l'autre.

Ce travail préalable d'analyse est pourtant tout à fait essentiel au risque de ne pas être en capacité de formuler la demande adaptée. L'objet de l'action syndicale est d'établir la méconnaissance du principe d'égalité de traitement non pas à l'égard de tel ou tel salarié au regard de sa situation personnelle mais la méconnaissance du principe d'égalité de traitement à l'égard d'un groupe de salariés.

4. Un guide attendu sur l'objet de la demande

Attendu, ce guide l'était au regard des difficultés rencontrées depuis plusieurs décennies par l'action syndicale pour obtenir le prononcé de la mesure qui met un terme aux violations par l'employeur des dispositions légales ou conventionnelles dont sont victimes les salariés. L'efficacité de l'action collective est ici en jeu.

Les mesures exclues/les mesures admises

La jurisprudence en offre de nombreux exemples, parfois anciens. En matière de rémunération, le juge ne peut pas ordonner le paiement de rémunération, quelle qu'en soit la nature (rappel de salaire, rappel de primes, de congés payés), même si les salariés ne sont pas nominativement désignés et les sommes ne sont pas déterminées. Il ne peut pas non plus obtenir la régularisation de bulletin de salaires. En matière de durée du travail, il ne peut obtenir la nullité ou l'inopposabilité des conventions individuelles de forfait en jours, le décompte du temps de travail des salariés et notamment un décompte individuel des heures supplémentaires, déterminer le nombre exact de jours de repos.

Par ailleurs la Cour de cassation a, par le passé, identifié des actions ou demandes réservées au salarié considérant que cette action est un droit « exclusivement attaché à la personne du salarié, obligeant alors le syndicat à exercer son action par voie d'intervention dans le litige initié par le salarié ».

Tel est le cas de l'action tendant à faire reconnaître l'existence d'un contrat de travail ; la demande tendant à la destruction des évaluations des salariés ; celle portant sur la contestation du transfert du contrat de travail ou encore la requalification d'un CDD. À propos de ruptures conventionnelles conclues en fraude au droit du licenciement collectif pour motif économique, que les syndicats ne sont pas recevables, « faute de qualité, à demander l'annulation de conventions de rupture auxquelles ils n'étaient pas parties, une telle action ne pouvant être exercée que par les salariés concernés ». Il en est de même s'agissant de la requalification du contrat de travail.

Il faut chercher dans la dimension collective de la violation de la loi, de la convention collective ou du principe d'égalité de traitement pour trouver la mesure que le juge pourra prononcer.

L'exemple de l'égalité de traitement

En rapprochant les deux décisions, on a une illustration en matière d'égalité de traitement de la mise en œuvre du « guide jurisprudentiel ». Dans l'affaire opposant la société Thalès, le syndicat était recevable à solliciter le respect de l'engagement de l'employeur à faire bénéficier les salariés d'une augmentation générale « au regard de la qualification professionnelle et suivant un coefficient technique ». Dans ce cas, le destinataire de la mesure n'est pas identifiable, il est question d'obtenir l'exécution d'une décision unilatérale prise à l'égard d'un collectif, le personnel de l'entreprise d'abord. Le syndicat peut donc obtenir l'exécution de cet engagement en tant que tel sous astreinte sans interférer dans la relation individuelle de travail. Dans l'affaire société Thui France, la fédération des services CFDT ne peut pas demander que soit ordonné à l'employeur pour mettre fin à l'inégalité de traitement de « régulariser la situation des salariés tant pour l'avenir que par le passé en versant une prime de 13e mois aux salariés qui n'en ont pas bénéficié ». On comprend ici que l'obligation de payer est « interpersonnelle », qu'elle met en cause le rapport salarié/employeur via le paiement.

Mais la solution peut être discutée. Il y a bien ici un critère objectif et commun qui exclut les salariés du bénéfice de la prime : le transfert du contrat de travail. Il nous semble que le syndicat aurait pu obtenir du juge qu'il ordonne à l'employeur de mettre un terme à l'inégalité de traitement en faisant « bénéficier de la prime tout salarié, indépendamment du transfert de leur contrat de travail ».

Faut-il toujours et nécessairement considérer que parce que la mesure ordonnée a pour objet ou pour effet de contraindre « de fait » l'employeur à régulariser la situation individuelle des salariés, elle ne peut être ordonnée à l'occasion d'une action collective ? Nous ne le pensons pas, sauf à nier ce qui fait la dimension collective de la relation de travail.

Un guide suffisant ?

Rien n'est moins sûr. Ce guide n'est pas une baguette magique. Formuler l'objet de la demande qui permettra de faire cesser l'atteinte à l'intérêt collectif et à lui seul supposera dans chaque espèce une analyse assez fine des faits et des actes juridiques en cause. Seule une réelle appréhension de la dimension collective de la relation de travail permettra une juste appréhension des attendus des arrêts du 22 novembre 2023 ! Nouvel éclaircissement sur la portée de la mention « en l'absence d'accord »

D) Nouvel éclaircissement sur la portée de la mention « en l'absence d'accord »



Nouvel éclaircissement sur la portée de la mention « en l'absence d'accord »

Jurisprudence Sociale Lamy, No 574, 6 décembre 2023

Par Marie Hautefort

Pour déterminer l'architecture, l'organisation et le contenu de la BDESE, la loi recommande de passer par une négociation mais prévoit la possibilité, « en l'absence d'accord » d'une décision unilatérale encadrée par des dispositions réglementaires. Sur ce sujet, les dispositions du Code du travail doivent être interprétées comme offrant une liberté d'option à l'employeur.

Les faits

Dans le cadre d'une réorganisation, une entreprise est amenée à actualiser les données de la base de données économiques, sociales et environnementales (BDESE) et d'en revoir l'architecture, l'organisation et le contenu. La société décide de procéder unilatéralement à cette mise à jour.

Les demandes et argumentations

S'appuyant sur l'article L. 2312-18 du Code du travail, le syndicat CGT demande au juge de suspendre la mise en place de la base de données au motif que l'employeur ne pouvait établir lui-même le contenu de la BDESE sans avoir au préalable tenté une négociation. L'employeur, pour sa part, se réfère à l'article L. 2312-36 du même code qui, « en l'absence d'accord », lui permet d'élaborer unilatéralement la BDESE, à condition de respecter le contenu obligatoire dont la liste est fixée par l'article R. 2314-15.

C'est sur la conséquence de la formule « en l'absence d'accord » que porte le débat : cette expression signifie-t-elle que l'employeur doit d'abord tenter une négociation avant de pouvoir envisager une décision unilatérale ou, au contraire, permet-elle à l'employeur de choisir entre les deux voies ouvertes par la loi ?

La décision, son analyse et sa portée

La Cour de cassation, après avoir rappelé la teneur des textes qui viennent d'être cités décide que : « Il ressort de ces textes que, le contenu de la base de données économiques et sociales étant, en l'absence d'accord, déterminé par les dispositions légales et réglementaires précitées, la négociation préalable d'un accord prévu à l'article L. 2312-21 du code du travail ne présente pas de caractère obligatoire. La cour d'appel qui a retenu que l'employeur n'avait commis aucun manquement en s'abstenant d'engager des négociations avec les organisations syndicales en vue de la conclusion d'un accord sur l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de la base de données économiques et sociales, de sorte qu'il n'y avait lieu à référé sur la demande de suspension de la mise en place de cette base de données, n'encourt pas les griefs du moyen. »

Multiplication des textes mettant en place des solutions subsidiaires à l'accord collectif

Depuis la loi no 2016-1088 du 8 août 2016 et, encore plus depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, c'est pratiquement devenu une technique d'écriture des rédacteurs de lois ou décret que d'indiquer la possibilité de mettre en place tel ou tel dispositif « à défaut ou en l'absence d'accord ».

L'alternative proposée varie : une décision patronale avec ou sans consultation du CSE, un contrat de travail (C. trav., art. L. 3121-8, sur la rémunération des temps de restauration et de pause et les contreparties des temps d'habillage et de déshabillage), ou encore l'application de la loi ou d'un décret, comme dans l'article L. 3131-3 du Code du travail qui énonce qu'« À défaut d'accord, en cas de surcroît exceptionnel d'activité, il peut être dérogé à la durée minimale de repos quotidien dans des conditions définies par décret ». On ne saurait tous les citer, on dénombre 98 articles comportant l'une ou l'autre de ces mentions.

Généralement, le choix est binaire. Par exemple, à l'article L. 3133-3-2 du Code du travail : « À défaut d'accord, l'employeur fixe les jours fériés chômés. ». En matière de télétravail, il est ternaire, accord collectif, charte ou contrat de travail.

Problématique et enjeu

Les expressions sont ambiguës. Qu'a voulu faire la loi ? Imposer une hiérarchie « en cascade », c'est-à-dire faire de l'engagement de la négociation un passage obligé dont seul l'échec permet de s'orienter dans la voie supplétive ou ne s'agit-il que de rappeler à l'entreprise qu'elle pourrait passer par un accord, en d'autres termes, inciter à la négociation mais ne pas la rendre obligatoire à tous propos ?

L'enjeu n'est pas négligeable : si la thèse de l'obligation d'engager une négociation est retenue, l'employeur qui passe outre s'expose à différents risques, action des syndicats en délit d'entrave ou en dommages-intérêts pour atteinte aux intérêts de la profession ou encore, comme c'était ici le cas, en suspension de l'action entreprise, sans oublier les salariés qui peuvent invoquer son inopposabilité.

Deux décisions précédentes dans le sens inverse : l'arrêt du 4 octobre 2023 doit-il être pris pour un revirement ?

Dans les deux premiers contentieux jugés par la Cour de cassation sur la signification du « à défaut ou en l'absence d'accord », celle-ci avait tranché en faveur de l'obligation de tenter une négociation.

Premier cas, interprétation des trois articles du Code du travail, présentant aux entreprises la marche à suivre pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts, articles L. 2313-2, L. 2313-3, L. 2313-4. Le premier indique la voie : l'accord d'entreprise. Le second énonce le substitut « En l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées à l'article L. 2313-2 et en l'absence de délégué syndical », un accord entre l'employeur et le CSE (cet article est interprété par le ministère du Travail comme ne visant que les entreprises dépourvues de délégués syndicaux). Le troisième met en place « En l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées aux articles L. 2313-2 et L. 2313-3 », la solution de la décision unilatérale homologuée par l'Administration. Cette présentation « en escalier » est vue par la Cour de cassation comme instituant une hiérarchie, la dernière solution n'étant qu'un palliatif en cas d'échec de la négociation (Cass. soc., 17 avr. 2019, no 18-22.948).

Le deuxième arrêt interprète l'article R. 2314-5 du Code du travail relatif au vote électronique et va dans le même sens que l'arrêt précité du 17 avril 2019 : il faut tenter de négocier avant de recourir à la décision unilatérale.

Dans les deux cas le litige s'inscrivait dans le cadre d'un processus électoral. Or les règles régissant un scrutin sont d'application stricte car elles doivent garantir la neutralité et la sincérité du vote. L'employeur évolue dans un cadre très surveillé.

L'arrêt du 4 octobre ici commenté constitue-t-il un revirement ? En décider ainsi serait un contresens. En effet, les mots « En l'absence ou à défaut d'accord » sont employés pour instituer des alternatives si différentes qu'il est impossible de dégager une règle d'interprétation unique.

La thèse de l'option est plausible quand le choix s'exerce entre la négociation ou l'application de dispositions légales ou réglementaires

Dans la présente affaire, l'alternative est ouverte entre un contenu négocié ou réglementaire. L'employeur n'a pas carte blanche et la négociation présente autant d'avantages pour lui que pour les syndicats. S'il décide de s'en passer, il devra se plier aux exigences du décret. On comprend mieux, à partir de là, pourquoi la Cour de cassation considère que les textes instituent une option.

On peut donc supposer qu'elle retiendra cette solution, chaque fois que l'alternative sera posée entre la négociation et l'application de dispositions supplétives légales et/ou réglementaires.

Incertitude dans les autres cas

Il est moins facile de prendre un pari quand l'alternative offerte est entre la négociation et, soit le contrat de travail, soit une charte ou une mesure prise unilatéralement. En attendant que la tendance jurisprudentielle se précise, on peut avancer quelques pions pour effectuer un diagnostic.

Premièrement, l'implantation syndicale est un élément important : en effet, la théorie du passage obligé par la négociation aboutit à créer une nouvelle variété de négociation obligatoire. Or, à l'exception de ce qui concerne la mise en place d'aménagements dérogatoires à la loi, la négociation obligatoire est réservée aux entreprises « où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales représentatives » (C. trav., art. L. 2242-1).

Deuxièmement, la matière traitée doit être prise en considération. On en a vu un exemple, en ce qui concerne le domaine électoral. On peut imaginer que la vision jurisprudentielle sera la même en matière de dérogation aux règles de la durée du travail.

Enfin, le contexte économique et social ne saurait être négligé. Prenons l'exemple de l'article L. 1222-9 du Code du travail, relatif à la mise en place du télétravail, qui ouvre un large éventail de possibilités : accord collectif, charte ou, en l'absence d'accord ou de charte, « arrangement » entre l'employeur et le salarié. Sur le site du ministère du Travail, le dispositif apparaît nettement comme une option, ce qui est logique. S'il est en effet possible d'imaginer une hiérarchie entre l'accord collectif et la charte, la seconde ne se justifiant qu'en cas d'échec du premier, comment peut-on imaginer que l'employeur échouant à établir une charte, pourrait ainsi glisser du collectif à l'individuel ? La thèse de la hiérarchie ne tient pas. Outre cet argument de bon sens, il faut également prendre en compte l'historique des textes : il est clair que le législateur cherche, depuis 2020, à faciliter le télétravail. Si la question est posée aux tribunaux, nul doute qu'ils trancheront dans le même sens que le ministère.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 23 septembre 2021), statuant en matière de référé, le groupe Fiducial, dont le métier historique est l'expertise comptable, a développé plusieurs autres branches d'activité. Les opérations d'acquisition sont opérées par la holding Fiducial security services. Celle-ci a fait l'acquisition au 1er octobre 2020 de 100 % des actions de la société Prosegur security holding France, ainsi que 100 % des actions de la société Prosegur services France, ces dernières devenant des filiales autonomes de la holding. La société Fiducial private security est une autre filiale de la holding.

2. Une information a été notamment faite auprès du comité social et économique de la société Fiducial private security (le CSE) le 10 juin 2020, portant sur le projet de cession des titres des sociétés françaises de la division sécurité du groupe Prosegur à la société Fiducial security services.

3. Le 23 septembre 2020, M. [U], mme [S] et M. [N], membres élus du CSE, et le syndicat CGT Fiducial private security Ile-de-France (le syndicat) ont fait assigner la société Fiducial private security (la société) aux fins notamment d'obtenir la suspension des opérations de cession des titres des sociétés françaises de la division sécurité du groupe Prosegur au profit de la holding Fiducial security service en l'absence de consultation du CSE ou à tout le moins la suspension du projet de réorganisation interne nécessairement engendré par l'achat du groupe Prosegur, la communication par la société au CSE des informations complètes sur la division sécurité du groupe Prosegur, la consultation sous astreinte du CSE relative à l'achat du groupe Prosegur et la condamnation de la société à leur verser certaines sommes à titre de provisions.

Examen des moyens

Sur les premier, deuxième, cinquième et sixième moyens

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le troisième moyen

Énoncé du moyen

5. Le syndicat et MM. [U] et [N], membres élus du CSE, font grief à l'arrêt de rejeter leurs demandes tendant à ce que soit suspendue la mise en place actuelle d'une base de données économiques et sociales dépourvue de toute négociation préalable avec les organisations syndicales représentatives et que soit ordonnée la mise en place d'une négociation loyale avec les organisations syndicales représentatives sur l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement d'une base de données économiques et sociales, sous astreinte, alors : « que l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de la base de données économiques sociales sont définies par un accord d'entreprise ; que la conclusion d'un tel accord revêt donc un caractère obligatoire ; qu'en retenant que l'employeur n'avait commis aucun manquement en s'abstenant d'engager des négociations avec les organisations syndicales représentatives en vue de la conclusion d'un accord sur l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de la base de données économiques et sociales au motif erroné qu'un tel accord n'est pas obligatoire, la cour d'appel a violé l'article L. 2312-21 du code du travail, ensemble l'article 835 du code de procédure civile ; que l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de la base de données économiques sociales sont définies par un accord d'entreprise ; que l'employeur est tenu d'engager des négociations avec les organisations syndicales représentatives en vue de la conclusion d'un tel accord ; qu'en rejetant les demandes tendant à la suspension de la base de données mise en place sans négociation et à l'engagement de négociations en vue de la conclusion d'un accord sur la base de données économiques et sociales sans rechercher si, comme l'y invitaient les conclusions des parties, l'employeur avait ou non engagé des négociations loyales avec les

organisations syndicales représentatives en vue de la conclusion d'un tel accord, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 2312-21 du code du travail et 835 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

6. Aux termes de l'article L. 2312-18 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi no 2018-771 du 5 septembre 2018 : « Une base de données économiques et sociales rassemble l'ensemble des informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur met à disposition du comité social et économique. Ces informations comportent en particulier des indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment sur les écarts de rémunération et les informations sur la méthodologie et le contenu des indicateurs prévus à l'article L. 1142-8. Les éléments d'information transmis de manière récurrente au comité sont mis à la disposition de leurs membres dans la base de données et cette mise à disposition actualisée vaut communication des rapports et informations au comité, dans les conditions et limites fixées par un décret en Conseil d'État. Lorsque les dispositions du présent code prévoient également la transmission à l'autorité administrative des rapports et informations mentionnés au deuxième alinéa, les éléments d'information qu'ils contiennent sont mis à la disposition de l'autorité administrative à partir de la base de données et la mise à disposition actualisée vaut transmission à cette autorité. »

7. Aux termes de l'article L. 2312-21 du même code :

« Un accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 ou, en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité, définit : 1o L'organisation, l'architecture et le contenu de la base de données économiques et sociales ; 2o Les modalités de fonctionnement de la base de données économiques et sociales, notamment les droits d'accès et le niveau de mise en place de la base dans les entreprises comportant des établissements distincts, son support, ses modalités de consultation et d'utilisation.

La base de données comporte au moins les thèmes suivants : l'investissement social, l'investissement matériel et immatériel, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise, les fonds propres, l'endettement, l'ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants, les activités sociales et culturelles, la rémunération des financeurs, les flux financiers à destination de l'entreprise.

L'accord peut également intégrer dans la base de données les informations nécessaires aux négociations obligatoires prévues à l'article L. 2242-1, au 1o de l'article L. 2242-11 ou à l'article L. 2242-13 et aux consultations ponctuelles du comité social et économique prévues à l'article L. 2312-8 et à la sous-section 4.

L'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données sont tels qu'ils permettent au comité social et économique et, le cas échéant, aux délégués syndicaux d'exercer utilement leurs compétences.

À défaut d'accord prévu à l'alinéa premier, un accord de branche peut définir l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données économiques et sociales dans les entreprises de moins de trois cents salariés. »

8. Aux termes de l'article L. 2312-36 du même code, dans sa rédaction issue de l'ordonnance no 2017-1718 du 20 décembre 2017 :

« En l'absence d'accord prévu à l'article L. 2312-21, une base de données économiques et sociales, mise régulièrement à jour, rassemble un ensemble d'informations que l'employeur met à disposition du comité social et économique. »

La base de données est accessible en permanence aux membres de la délégation du personnel du comité social et économique ainsi qu'aux membres de la délégation du personnel du comité social et économique central d'entreprise, et aux délégués syndicaux.

Les informations contenues dans la base de données portent sur les thèmes suivants :

1o Investissements : investissement social (emploi, évolution et répartition des contrats précaires, des stages et des emplois à temps partiel, formation professionnelle et conditions de travail), investissement matériel et immatériel et, pour les sociétés mentionnées aux I et II de l'article L. 225-102-1 du code de commerce, les informations en matière environnementale présentées en application du III du même article ;

2o Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise : diagnostic et analyse de la situation comparée des femmes et des hommes pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail, de sécurité et de santé au travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, analyse des écarts de salaires et de déroulement de carrière en fonction de l'âge, de la qualification et de l'ancienneté, évolution des taux de promotion respectifs des femmes et des hommes par métiers dans l'entreprise, part des femmes et des hommes dans le conseil d'administration ;

3o Fonds propres et endettement ;

4o Ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants ;

5o Activités sociales et culturelles ;

6o Rémunération des financeurs ;

7o Flux financiers à destination de l'entreprise, notamment aides publiques et crédits d'impôts ;

8o Sous-traitance ;

9o Le cas échéant, transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe.

Ces informations portent sur les deux années précédentes et l'année en cours et intègrent des perspectives sur les trois années suivantes. Le contenu de ces informations ainsi que les modalités de fonctionnement de la base sont déterminés par un décret en Conseil d'État, le

contenu pouvant varier selon que l'effectif de l'entreprise est inférieur ou au moins égal à trois cents salariés.

Les membres de la délégation du personnel du comité social et économique, du comité social et économique central d'entreprise et les délégués syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations contenues dans la base de données revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur. »

9. Aux termes de l'article R. 2312-10 du même code :

« En l'absence d'accord prévu à l'article L. 2312-21, les informations figurant dans la base de données portent sur l'année en cours, sur les deux années précédentes et, telles qu'elles peuvent être envisagées, sur les trois années suivantes. Ces informations sont présentées sous forme de données chiffrées ou, à défaut, pour les années suivantes, sous forme de grandes tendances. L'employeur indique, pour ces années, les informations qui, eu égard à leur nature ou aux circonstances, ne peuvent pas faire l'objet de données chiffrées ou de grandes tendances, pour les raisons qu'il précise. »

10. Il ressort de ces textes que, le contenu de la base de données économiques et sociales étant, en l'absence d'accord, déterminé par les dispositions légales et réglementaires précitées, la négociation préalable d'un accord prévu à l'article L. 2312-21 du code du travail ne présente pas de caractère obligatoire.

11. La cour d'appel qui a retenu que l'employeur n'avait commis aucun manquement en s'abstenant d'engager des négociations avec les organisations syndicales en vue de la conclusion d'un accord sur l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de la base de données économiques et sociales, de sorte qu'il n'y avait lieu à référer sur la demande de suspension de la mise en place de cette base de données, n'encourt pas les griefs du moyen.

Sur le quatrième moyen

Énoncé du moyen

12. Le syndicat et les deux élus du CSE font grief à l'arrêt de rejeter leurs demandes tendant à ce qu'il soit jugé que la société a manqué à son obligation de mettre un local aménagé à la disposition du CSE et que soit ordonnée la mise à disposition d'un local aménagé conformément aux dispositions légales pour le CSE, sous astreinte, alors « que l'employeur est tenu de mettre un local aménagé à la disposition du comité social et économique ; que la mise à disposition d'un local constitue une obligation de résultat dont l'employeur ne peut s'exonérer que s'il justifie d'un cas de force majeure ; qu'en retenant que l'absence de mise à disposition du CSE de la société d'un local aménagé ne caractérisait pas un manquement de l'employeur sans constater qu'un cas de force majeure avait empêché ce dernier de satisfaire à son obligation de mise à disposition d'un local, la cour d'appel a violé l'article L. 2312-25 du code du travail. »

Réponse de la Cour

13. L'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, d'une part que le CSE dispose des locaux qui étaient affectés aux anciens comités d'entreprise, d'autre part que la question du choix d'un nouveau local a été inscrite à l'ordre du jour mais sans cesse reportée par les élus eux-mêmes.

14. Le moyen est, dès lors, inopérant.

PAR CES MOTIFS, la Cour :
REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. [U], ès qualités, M. [N], ès qualités, et le syndicat CGT Fiducial private security Ile-de-France aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du quatre octobre deux mille vingt-trois.

II- Contrat de travail - Relations individuelles de travail

A) L'emploi d'une assistante personnelle aidant une personne handicapée peut être réservé aux personnes de la même tranche d'âge



Lexbase Social n°968 du 14 décembre 2023 : Discrimination

L'emploi d'une assistante personnelle aidant une personne handicapée peut être réservé aux personnes de la même tranche d'âge

Réf. : CJUE, 7 décembre 2023, aff. C-518/22 N° Lexbase : A726817C N7769BZR

par Charlotte Moronval

le 13 Décembre 2023

► Le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce que le recrutement d'une personne fournissant une assistance personnelle soit soumis à une condition d'âge, en application d'une législation nationale poursuivant un objectif tendant à la protection de l'autodétermination des personnes handicapées, si une telle mesure est nécessaire à la protection des droits et des libertés d'autrui.

Dans les faits. En 2018, une société allemande, spécialisée dans l'assistance et le conseil aux personnes handicapées, recherche des assistantes personnelles pour une étudiante de 28 ans, en vue de l'aider dans tous les aspects de sa vie quotidienne. L'annonce indique « une préférence pour les personnes âgées de 18 à 30 ans ». Une candidate n'appartenant pas à cette tranche d'âge et dont la candidature est rejetée s'estime discriminée du fait de son âge. La question préjudicielle.

La Cour fédérale du travail allemande demande à la Cour de justice dans quelle mesure la protection contre la discrimination liée à l'âge, d'une part, et la protection contre la discrimination fondée sur le handicap, d'autre part, peuvent être conciliées dans une telle situation.

Les éléments de réponse de la CJUE. Dans son arrêt, la Cour de justice souligne que la préférence pour des assistantes personnelles d'une certaine tranche d'âge exprimée par la personne handicapée est susceptible de promouvoir le respect du droit à son autodétermination.

En l'occurrence, la législation allemande exige expressément de satisfaire aux souhaits individuels des personnes handicapées dans le cadre de la fourniture des services d'assistance personnelle. Par conséquent, les personnes concernées doivent être en mesure de choisir comment, où et avec qui elles vivent.

Dans ce contexte, il semble raisonnable de s'attendre à ce qu'une assistante personnelle appartenant à la même tranche d'âge que la personne handicapée s'intègre plus facilement dans l'environnement personnel, social et universitaire de cette dernière. L'imposition d'une condition d'âge peut donc être nécessaire et justifiée au regard de la protection du droit à l'autodétermination de la personne handicapée concernée.

Pour aller plus loin : v . ETUDE : Le principe de non-discrimination, L'âge, in Droit du travail, Lexbase N° Lexbase : E192203L.

B) Opposabilité de documents rédigés en langue étrangère : la surveillance stricte de la Cour de cassation



Opposabilité de documents rédigés en langue étrangère : la surveillance stricte de la Cour de cassation

Par César Solis

Avocat en droit social Cabinet Steering Legal

[Cass. soc., 11 oct. 2023, no 22-13.770 F-B]

Déclinaison en droit social du principe constitutionnel, inscrit à l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, selon lequel « la langue de la République est le français », le Code du travail énonce aux termes de l'alinéa 2 de l'article L. 1321-6 le principe selon lequel doit être rédigé en français « tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail ».

Le législateur a expressément limité les exceptions légales à ce principe, aux « documents destinés à des étrangers » ou « reçus de l'étranger » à l'alinéa 3 de l'article L. 1321-6 du Code du travail. L'application concrète de ces règles prend une importance particulière pour les filiales de groupes étrangers situées en France, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer, en cas de contentieux, si des documents rédigés en langue étrangère, fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable contractuelle d'un salarié, lui sont opposables.

L'arrêt du 11 octobre 2023 nous donne une nouvelle illustration de l'interprétation stricte de la Cour de cassation en la matière. L'occasion de revenir sur une jurisprudence bien établie aux enjeux majeurs dans les relations de travail internationales.

Un bref rappel des faits et procédure

Un salarié avait été engagé initialement en qualité de directeur de mission par une société située en France, filiale d'un groupe étranger, spécialisée dans le secteur de solutions informatiques et nouvelles technologies, dont la société- mère se trouve aux États-Unis.

Après que son contrat de travail ait été rompu, le salarié en question a saisi le Conseil de prud'hommes. Au soutien de sa demande en paiement de rappels de salaire sur rémunération

variable, au titre des années 2014 à 2017, le salarié invoquait le fait que les documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de sa rémunération variable contractuelle étaient rédigés en anglais et, partant, qu'ils lui étaient inopposables.

Pour débouter le salarié de sa demande, et conclure à l'opposabilité des dits documents, les juges d'appel avaient relevé que les documents de travail étaient certes « rédigés en langue anglaise » mais que cette langue étrangère était couramment « utilisée au sein de l'entreprise », qui était « par ailleurs filiale d'une société américaine ».

À tort, juge la chambre sociale au visa de l'article L. 1321-6 du Code du travail. La Haute cour censure la cour d'appel qui, alors qu'elle avait relevé que « les documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable contractuelle n'étaient pas rédigés en français », n'avait pourtant « pas constaté qu'ils avaient été reçus de l'étranger » pour en conclure à l'opposabilité au salarié. Par conséquent, les documents en question étaient inopposables au salarié. La confirmation de l'application stricte de l'exception à l'obligation de rédiger les documents contractuels en français

Promis à une large diffusion, puisque publié au bulletin, par cet arrêt la Cour de cassation entend rappeler et entériner sa lecture stricte de l'exception à l'obligation de rédiger les documents contractuels en français découlant de l'article L. 1321-6 du Code du travail.

En l'occurrence, pour la chambre sociale, peu importe le fait que le salarié était employé par une filiale d'un groupe étranger (américain) et qu'il évoluait, dans les faits, dans un environnement de travail international, dès lors qu'il n'est pas constaté que les documents rédigés en anglais « proviennent de l'étranger », ils n'entrent pas dans l'exception à l'obligation de rédiger les documents en français.

Les conséquences sont importantes puisque, les documents fixant les modalités de calcul de la rémunération variable rédigés en anglais étant inopposables au salarié concerné, celui-ci est en droit de demander le paiement intégral de sa rémunération variable, et ce, peu importe que les objectifs en question aient été atteints ou non.

Cette solution sévère n'est pas nouvelle.

Par le passé, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de rappeler que tout écrit qui fixe les objectifs nécessaires à la détermination variable d'un salarié doit, en principe, être rédigé en français, et cette obligation s'impose à l'employeur même si l'activité de l'entreprise revêt un « caractère international (1) ».

Récemment la Haute juridiction s'est prononcée dans le même sens dans une affaire qui concernait cette fois-ci un plan de commissionnement rédigé en anglais, d'un salarié travaillant également dans une filiale française d'un groupe américain, dans lequel le salarié soutenait qu'étant rédigé en anglais ce plan ne lui était pas applicable, de sorte que l'employeur ne pouvait pas effectuer une reprise de commissions sur son bulletin de paie.

Similairement aux faits d'espèce de l'arrêt du 11 octobre 2023, pour débouter le salarié, la cour d'appel avait avancé que la langue de l'entreprise était l'anglais, que de nombreux courriels échangés entre les parties étaient rédigés en anglais, et que, de ce fait, le document litigieux rédigé en anglais pouvait être opposé au salarié.

Là aussi, la Cour de cassation considère que l'argument relatif à l'« environnement international » est inopérant et censure la cour d'appel. Faute pour les juges d'appel de ne pas avoir vérifié la « provenance » du plan de commissionnement, après avoir constaté que le document en question n'était pas rédigé en français, le plan de commissionnement rédigé en anglais était inopposable au salarié (2) .

La seule exception jurisprudentielle admise quant à la nature de l'« activité » demeure, à la marge, celle de l'activité spécifique de transport aérien dont le « caractère international » implique l'utilisation d'une « langue commune » (anglais) dans la rédaction des documents techniques, et où la maîtrise de la langue anglaise est une condition d'exercice des fonctions des pilotes de nature à assurer la garantie de la sécurité des vols (3) .

Dans tout autre cas, selon la Haute Cour, peu importe que, dans le cadre de ses fonctions, le salarié concerné maîtrise l'utilisation de la langue étrangère et qu'il soit ainsi, en théorie, en mesure de comprendre les objectifs qui lui sont assignés dans cette langue (4) . La Cour de cassation est intransigeante : en principe, dès lors que les documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable contractuelle sont rédigés en anglais, le salarié peut se prévaloir de leur inopposabilité.

Cette solution inflexible s'explique par la protection des intérêts du salarié : le fait de travailler quotidiennement dans une langue étrangère ne signifie pas forcément que le salarié en question dispose d'une connaissance suffisante et approfondie de cette langue pour en apprécier toutes les subtilités et partant, qu'il soit en mesure d'appréhender les conditions d'obtention, les objectifs à accomplir, ainsi que les modalités de calcul de sa rémunération variable et vérifier le montant de celle-ci.

Notons toutefois que, selon la Cour de cassation, l'employeur peut régulariser la situation, et remplir ainsi son obligation, si un document fixant les objectifs permettant la détermination de la rémunération variable est rédigé en français et diffusé rapidement sur le site intranet de l'entreprise, après avoir été communiqué, dans un premier temps, exclusivement en anglais (5) .

Ainsi que le rappelle le jugement du 11 octobre 2023, ce n'est que par exception, lorsqu'il est établi que le document en question « provient de l'étranger », qu'il rentre alors dans l'exception de l'alinéa 3 de l'article L. 1321-6 du Code du travail et peut être opposable au salarié quand bien même il serait rédigé entièrement dans une langue étrangère.

En pratique, afin de vérifier la provenance étrangère du document litigieux, soulignons qu'il convient de se référer aux conditions de rédaction et de transfert initial du document. Et ce, peu importe que le document ait ensuite été transmis au salarié par un membre du personnel de l'entreprise situé en France. Par exemple, relève de cette exception, une fiche d'objectifs

rédigée en anglais par le « managing director » de la société mère domiciliée en Allemagne, document qui « provient de l'étranger » et partant, est opposable au salarié (6) .

Il en va de même d'un document rédigé en langue étrangère, établi pour l'ensemble du groupe par la direction du groupe située à l'étranger, et « reçu de l'étranger », par courriel, par le salarié situé en France, auquel il est alors opposable (7) .

Dans tous les cas, en cas de contentieux, la charge de la preuve de la « provenance » du document litigieux pèse toujours sur l'employeur (8) .

En dehors de cette hypothèse exceptionnelle de « document provenant de l'étranger », la Cour de cassation interprète aussi strictement la deuxième exception légale qui conduit à écarter l'utilisation de la langue française pour les salariés étrangers travaillant en France : si les objectifs n'ont pas à être traduits en français pour les salariés de nationalité étrangère, ils doivent néanmoins être rédigés dans la langue maternelle du salarié étranger concerné. Il en a ainsi été décidé pour une salariée américaine, destinataire de documents rédigés en anglais destinés à la détermination de la part variable de sa rémunération contractuelle. Eu égard à la nationalité américaine de la salariée, les objectifs fixés dans ce document en anglais lui sont opposables, sans qu'il y ait lieu de rechercher si ce document avait été traduit en français (9) .

Un (r)appel à la vigilance de la langue utilisée pour rédiger les documents relatifs à la rémunération variable des salariés

Dans un contexte de forte internationalisation des relations de travail et où, selon les dernières statistiques disponibles de l'Insee (10) , les firmes multinationales emploient 48 % des salariés en France, il n'est pas rare que les objectifs contractuels de certains salariés (cadres clés en particulier), pour l'année à venir, soient rédigés en langue étrangère, particulièrement en anglais.

Dans ce cadre, les enseignements de l'arrêt du 11 octobre 2023 s'avèrent précieux et utiles, notamment pour les DRH, et autres acteurs des ressources humaines, des filiales françaises de groupes étrangers présents en France.

En amont, lors de la rédaction des plans de rémunération variable fixant les objectifs du salarié concerné, il convient de veiller à communiquer au salarié concerné une version en français dudit document, et ce, peu importe qu'une langue étrangère soit la langue de travail usuelle au sein de l'entreprise ou que le salarié, évoluant dans un environnement international, maîtrise cette langue.

Plus largement, lors de la mise en place de toute politique de rémunération, l'arrêt du 11 octobre 2023 souligne l'importance de communiquer des documents rédigés en français et, a minima, notamment afin de régulariser a posteriori toute situation non conforme, d'être en mesure de communiquer rapidement une traduction en français dudit document, soit collectivement, à travers l'intranet de l'entreprise, ou individuellement, par courrier ou mail, selon la nature du document concerné.

L'enjeu est crucial puisqu'à défaut, en cas de contentieux, et à moins de pouvoir rentrer dans l'une des exceptions légales mentionnées ci-dessus, strictement interprétées par la Cour de cassation, les documents concernés sont inopposables au salarié en question qui peut alors réclamer l'intégralité de sa rémunération variable dont le montant peut être parfois substantiel.

La vigilance s'impose également pour la rédaction de tout document nécessaire à l'exécution du travail du salarié.

Si les enseignements de l'arrêt du 11 octobre 2023 concernent au premier abord la rémunération variable, l'obligation de rédaction en français a une portée plus étendue.

Tout d'abord, en matière disciplinaire, cette obligation concerne le règlement intérieur qui est spécifiquement visé par l'alinéa 1 de l'article L. 1321-6 du Code du travail, et qui pour être opposable, doit être rédigé en français même s'il « peut être accompagné de traductions en une ou plusieurs langues étrangères » selon le même texte.

Les chartes éthiques et autres codes de conduites rédigées en langue étrangère (11) , et qui comportent des obligations générales et permanentes pour les salariés, doivent être rédigées (ou traduites) en français pour leur être opposables en plus de leur annexion au règlement intérieur.

L'alinéa 2 de l'article L. 1321-6 du Code du travail va plus loin et vise « tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail ».

Il en va ainsi de tout dispositif, ou outil, d'évaluation des capacités professionnelles des salariés utilisé dans une filiale en France d'un groupe étranger, dont une version française devra obligatoirement être prévue pour être valable, et ce, quand bien même une large part des salariés concernés serait constituée de « cadres très qualifiés pour lesquels la langue anglaise ne présente pas de difficulté » et que cet outil serait « utilisé partout dans le monde » dans les entités du groupe international « multiculturel », puisque, sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article L. 1321-6 du Code du travail, les « salariés français travaillant sur un site français doivent avoir accès dans leur langue maternelle à des documents ayant un impact sur leur vie professionnelle » (12) .

Enfin, la loi prévoit spécifiquement l'obligation de rédaction en français de certains documents qui sont au cœur des relations sociales en France, tels que le contrat de travail (13) , les conventions et accords collectifs (14) ou encore les offres d'emploi (15) . Et en cas de contentieux, le juge est fondé à écarter comme élément de preuve tout document écrit en langue étrangère en l'absence de production d'une traduction du document en langue française (16) .

En définitive, en France, la langue professionnelle doit, en principe, demeurer la langue française. La vigilance est de mise. La Cour de cassation veille...

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 20 janvier 2022), M. [D] a été engagé en qualité de directeur de mission par la société Unisys France à compter du 15 mars 2004. En dernier lieu, il exerçait les fonctions de chef de projet avant- vente ressources.

2. Le 27 décembre 2017, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes relatives à l'exécution et à la rupture de son contrat de travail.

3. La relation de travail a pris fin le 31 décembre 2017. Examen des moyens
Sur le premier moyen, pris en sa première branche Énoncé du moyen

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes en paiement de rappels de rémunération variable et d'indemnités conventionnelles et incitatives de départ volontaire à la retraite et de le condamner au paiement d'une certaine somme sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, alors « que les documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable d'un salarié qui ne sont pas rédigés en français lui sont inopposables ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a constaté que les documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable du salarié étaient rédigés en langue anglaise, mais a néanmoins décidé que « cette circonstance ne peut suffire à rendre inopposable au salarié les plans de rémunération » et a débouté le salarié de sa demande de rappel de rémunération variable, a ainsi violé l'article L. 1321-6 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 1321-6 du code du travail :

5. Selon ce texte, tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail doit être rédigé en français. Cette règle n'est pas applicable aux documents reçus de l'étranger ou destinés à des étrangers.

6. Pour débouter le salarié de sa demande en paiement de rappels de salaire sur rémunération variable, l'arrêt relève que les documents de travail, donnant lieu à des traductions dans le cadre du présent litige, étaient rédigés en langue anglaise, utilisée au sein de l'entreprise, par ailleurs filiale d'une société américaine. Il retient que cette circonstance ne peut suffire à rendre inopposables au salarié les plans de rémunérations.

7. En statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que les documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable contractuelle n'étaient pas rédigés en français, la cour d'appel, qui n'a pas constaté qu'ils avaient été reçus de l'étranger, a violé le texte susvisé.

Et sur le second moyen

Énoncé du moyen

8. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail et de le condamner au paiement d'une certaine somme sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, alors « que la cassation qui sera prononcée sur le premier moyen, en ce que la cour d'appel a débouté le salarié de sa demande en paiement de rappels de rémunération variable, entraînera l'annulation par voie de conséquence, en application de l'article 625 du code de procédure civile, du chef de l'arrêt le déboutant de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail motivé par la circonstance que "l'argumentaire déjà développé par le salarié critiquant la politique salariale appliquée pour le priver du paiement de l'intégralité de sa rémunération variable a été rejetée". »

Réponse de la Cour

Vu l'article 624 du code de procédure civile :

9. La cassation prononcée entraîne la cassation, par voie de conséquence, des chefs de dispositif déboutant le salarié de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail et le condamnant au paiement d'une indemnité de procédure, qui s'y rattachent par un lien de dépendance nécessaire.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

Document Lamy Liaisons soumis au respect des Conditions Générales d'Utilisation et des Conditions Générales de Vente des produits et services Lamy Liaisons.

4/ 5

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 janvier 2022, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

Remet l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Versailles autrement composée ;

Condamne la société Unisys France aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Unisys France et la condamne à payer à M. [D] la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, prononcé et signé par mme monge, conseiller doyen faisant fonction de président en ayant délibéré en remplacement du conseiller rapporteur empêché, conformément aux dispositions des articles 452 et 1021 du code de procédure civile en l'audience publique du onze octobre deux mille vingt-trois.

C) Salarié protégé : la protection du lanceur d’alerte lui est refusée en cas de mauvaise foi



Salarié protégé : la protection du lanceur d’alerte lui est refusée en cas de mauvaise foi

Par Alice Roure

20 décembre 2023

Le salarié protégé qui formule de manière répétée des accusations en des termes généraux et outranciers à l’encontre de son supérieur hiérarchique, sans apporter d’éléments factuels les corroborant, ne peut pas être considéré comme ayant agi de bonne foi et ne peut, en conséquence, bénéficier de la protection accordée aux lanceurs d’alerte. L’administration, après avoir contrôlé l’alerte, peut donc autoriser son licenciement pour faute grave, a affirmé le Conseil d’État dans un arrêt du 8 décembre 2023.

CE, 8 déc. 2023, n° 435266

Protection du lanceur d’alerte

Un salarié de la SNCF, représentant syndical, a été mis à pied à titre conservatoire pour avoir proféré, par plusieurs mails et courriers adressés à des dirigeants et autres agents, des accusations graves et imprécises à l’encontre de son ancien supérieur hiérarchique. Le salarié accusait notamment ce dernier d’avoir commis un « délit d’abus de bien social », il dénonçait « une longue liste de délits et des affaires de clientélisme, de népotisme, de conflits d’intérêts et de prises illégales d’intérêts », sans donner plus de précisions. Il avait également qualifié son supérieur hiérarchique de « sinistre personnage » et de « truand corrompu ».

L’inspecteur du travail a refusé d’autoriser son licenciement pour faute grave, mais le ministre, saisi sur recours hiérarchique, a délivré cette autorisation. Le salarié conteste la décision, affirmant qu’il aurait dû bénéficier de la protection applicable aux lanceurs d’alerte.

Rappelons en effet qu’aucun salarié ne peut être licencié pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d’un délit ou d’un crime dont il aurait eu connaissance dans l’exercice de ses fonctions (C. trav., art. L. 1132-3-3). Sa demande est rejetée par l’ensemble des juridictions administratives.

Contrôle de l'administration du travail

En cas de litige portant sur l'application du statut de protecteur d'alerte, le salarié présente des éléments factuels qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime et son employeur, au vu de ces éléments, prouve que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé.

Dans notre affaire, le Conseil d'État livre le mode d'emploi à suivre lorsque le lanceur d'alerte dont le licenciement est envisagé est un salarié protégé. L'autorité administrative doit ainsi rechercher :

- . si les faits dénoncés sont susceptibles de recevoir la qualification de crime ou de délit ;
- . si le salarié en a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ;
- . et s'il peut être regardé comme ayant agi de bonne foi.

Ce n'est que lorsque ces trois conditions sont remplies que l'autorité administrative doit refuser d'autoriser le licenciement.

Dans notre affaire, l'administration a estimé que les accusations formulées n'étaient étayées par aucun élément factuel et a souligné le salarié n'avait fourni aucune précision à la direction de l'éthique de l'entreprise, qu'il avait pourtant saisi lui-même. Les termes employés dans ses courriers sont en outre jugés outranciers. La Haute juridiction administrative estime en conséquence que la bonne foi nécessaire à l'application de la protection du lanceur d'alerte n'est pas caractérisée. Elle en conclut que le licenciement pour faute grave du salarié pouvait bien être autorisé.

Notons pour finir que l'affaire soulevait également plusieurs questions de procédure, relatives aux conséquences de la méconnaissance de délais applicables en cas de mise à pied conservatoire du salarié protégé. Le Conseil d'État a notamment affirmé que le dépassement du délai de 48 heures prévu entre le prononcé d'une mise à pied conservatoire et la notification de celle-ci à l'inspecteur du travail (C. trav., art. L. 2421-1) est sans incidence sur la régularité de la demande d'autorisation de licenciement ultérieure.

III. Cour de cassation et appréciation des difficultés économiques



De nouvelles exigences de la Cour de cassation pour caractériser l'existence de difficultés économiques

11 décembre 2023

Un article de Semaine Sociale Lamy

Doit en être censuré l'arrêt qui, pour dire fondé sur une cause réelle et sérieuse un licenciement pour motif économique, retient que l'employeur produit un tableau faisant apparaître, s'agissant du secteur d'activité en cause, l'existence, nonobstant un chiffre d'affaires en hausse, des pertes en 2015, 2016 et 2017 et en déduit que les difficultés sont avérées. En effet, estime la Cour de cassation dans un arrêt du 18 octobre 2023, le juge d'appel aurait dû rechercher si l'évolution de l'indicateur économique retenu était significative, les motifs retenus étant insuffisants pour caractériser le caractère sérieux et durable des pertes d'exploitation dans le secteur d'activité considéré. Décryptage par Katia Chebbah, Avocate of counsel, et Leslie Nicolai, Avocate associée, du cabinet Factorhy Avocats.

Cass. soc., 18 oct. 2023, n° 22-18.852 F-B

© D.R. Katia Chebbah, Avocate of counsel et Leslie Nicolai, Avocate associée du cabinet Factorhy Avocats

Sur les difficultés économiques de nature à justifier un licenciement, vaut-il mieux en dire trop, ou pas assez ? C'est la question qui anime le microcosme du droit du licenciement pour motif économique depuis plus de 10 ans.

Avant 2016, le législateur avait fait le choix du minimalisme, refusant de poser une définition sur les difficultés économiques et laissant au prétoire la guise (certains diront la panacée) d'en définir les contours.

Pour la première fois avec la loi du 8 août 2016 puis à plusieurs reprises au cours des années 2017 et 2018, le législateur est intervenu pour tenter d'apporter un cadre juridique et une définition tangible du motif économique de licenciement et plus particulièrement des

difficultés économiques caractérisant un tel motif. L'objectif de sécurisation était assumé par le législateur mais a-t-il seulement été atteint ?

En partie seulement, car en matière de difficultés économiques, tous les indicateurs économiques ne sont pas traités de la même manière, de sorte que repose toujours sur le juge l'appréciation de l'ampleur des difficultés économiques.

Un indicateur économique n'en vaut pas un autre

L'article L. 1233-3 du Code du travail prévoit des indicateurs économiques à trois vitesses. Les difficultés économiques d'une entreprise peuvent être caractérisées :

- soit par une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires, laquelle doit être considérée comme constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à un, deux, trois ou quatre trimestres consécutifs, en fonction des effectifs de l'entreprise ;
- soit par l'évolution significative des pertes d'exploitation, de la dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation (EBE) ;
- soit « par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés ».

Les indicateurs économiques par excellence : la baisse de commandes ou du chiffre d'affaires .

Ces indicateurs économiques se suffisent à eux-mêmes.

À l'instar des autres indicateurs, leur évolution défavorable doit être significative. Une différence majeure toutefois : pour ces deux indicateurs uniquement, la loi offre à l'employeur, aux partenaires sociaux et au juge le luxe d'une présomption d'évolution significative, qui tait son nom mais n'en produit pas moins les effets.

Pour justifier la dégradation significative d'un de ces deux indicateurs économiques caractérisant les difficultés économiques de la société, il suffit ainsi de démontrer :

- qu'en comparaison avec l'année précédente, le volume des commandes ou le chiffre d'affaires a diminué ;
- et que cette diminution des commandes ou de chiffre d'affaires a duré entre un et quatre trimestres, selon la taille de l'entreprise.

Ces deux critères suffisent.

Dès lors, la dégradation de l'un de ces indicateurs économiques par excellence ne peut souffrir la contradiction d'autres indicateurs économiques qui, par le jeu d'opérations financières, pourraient avoir si ce n'est pour objet au moins pour effet de faire apparaître des indicateurs dégradés, décorrélés de la véritable santé économique de la société concernée.

Tel est bien là la véritable justification de la hiérarchisation légale des indicateurs économiques. Le législateur considère que la baisse des commandes et la baisse du chiffre d'affaires sont des données brutes et objectives, qui ne sont pas le fruit de moult manipulations comptables ou arithmétiques et qui sont indifférentes à d'éventuelles opérations financières. L'employeur ne peut, en principe, influencer sur ces indicateurs en

manipulant ses fonds, en réalisant des opérations financières ou en modifiant sa gestion comptable.

Ce faisant, il s'agit bien des indicateurs principaux de la santé économique d'une entreprise qui méritent probablement leur traitement légal préférentiel.

Toutefois, d'aucuns pourraient s'émouvoir de l'absence de garde-fou posée par le législateur. Il pourrait être des situations comptables – peu courantes en pratique mais envisageables cependant – dans lesquelles une réduction de chiffre d'affaires pourrait ne pas équivaloir de facto à des difficultés économiques. Quid par exemple d'une société, in bonis, qui bénéficierait sur une année seulement de niveaux de vente records puis qui retrouverait peu à peu son niveau de chiffre d'affaires de « croisière », suffisant pour lui permettre d'être rentable ?

Bien que le constat d'une situation de décroissance soit indéniable (CA en baisse), la société ne souffrirait d'aucune perte et resterait non seulement solvable mais également rentable.

En tout état de cause, la différence d'appréciation est si grande entre ces indicateurs préférentiels et les autres, qu'on pourrait qualifier de secondaires ou d'indirects, qu'il est cohérent de s'interroger sur le traitement de ces derniers.

Les indicateurs économiques « secondaires » dont l'évolution significative doit être démontrée

Si les indicateurs dégradés ne procèdent plus des données économiques principales que sont le volume des commandes et le chiffre d'affaires, ils ne bénéficient pas de la présomption prévue par l'article L. 1233-3 du Code du travail.

L'employeur devra alors démontrer que l'évolution de l'indicateur est « significative » pour caractériser les difficultés économiques de nature à justifier un licenciement.

Le législateur vise ici trois indicateurs économiques – que l'on pourrait qualifier d'indirects ou de secondaires – que sont :

– les pertes d'exploitation, c'est-à-dire un résultat d'exploitation négatif qui découle d'une situation où le chiffre d'affaires est inférieur aux charges.

Le caractère secondaire de cet indicateur se comprend aisément, dans la mesure où un employeur pourrait influencer sur le montant de ses charges d'exploitation (en augmentant ostensiblement ses stocks ou ses provisions, par exemple), ce qui justifie que pour que cet indicateur reflète de façon pertinente les difficultés économiques d'une société, il faut que son évolution soit réelle et significative et non isolée et/ou manœuvrée ;

– la trésorerie, c'est-à-dire les disponibilités financières de l'entreprise.

Là encore, l'employeur peut influencer sur l'état de cet indicateur en décidant, par exemple, de distribuer des dividendes de manière excessive, d'accroître inutilement les stocks ou encore s'il assouplit les délais de paiement à destination de ses clients, ce qui justifie que cet

indicateur ne bénéficie pas davantage sur les pertes d'exploitation d'une quelconque présomption et que l'employeur doive en démontrer l'évolution significative ;
– l'excédent brut d'exploitation, qui permet de mesurer la performance de l'exploitation d'une entreprise, en comparant les revenus d'exploitation et les charges d'exploitation.

De la même manière, cet indicateur ne permet pas nécessairement à lui seul de donner un aperçu exact et exhaustif de la situation financière d'une société dès lors que son calcul ne prend pas en compte un certain nombre de données financières (données liées aux investissements, au financement ou encore aux amortissements).

Pour éviter qu'un licenciement pour motif économique se trouve fondé par des indicateurs économiques au mieux insuffisants à caractériser des difficultés économiques, voire trompeurs sur la réelle santé financière de l'entreprise, il appartient à l'employeur de démontrer, et au juge de contrôler, l'évolution significative de tels indicateurs.

La difficulté réside ici dans l'absence de grille de lecture proposée par le législateur. Que recouvre donc l'exigence d'une « évolution significative » ?

Devant l'imprécision de ces termes légaux, le statut quo ante 2016 est, en partie, retrouvé, laissant au juge le soin de caractériser l'évolution significative, ce qu'il entreprend dans l'arrêt du 18 octobre 2023.

La masse silencieuse des indicateurs économiques tus par la loi

Il est un troisième type d'indicateurs économiques, oublié de la plupart des commentateurs. Les difficultés économiques peuvent également être caractérisées « par tout élément de nature à justifier de ces difficultés ». La lapalissade est trop belle pour ne pas être soulevée. En d'autres termes, il est possible de justifier de difficultés économiques en invoquant des éléments de nature à justifier de difficultés économiques !

Justifier de difficultés économiques en invoquant des éléments de nature à justifier de difficultés économiques !

Au regard du nombre et de la variété des indicateurs pouvant être mobilisés (par exemple : résultats nets, valeurs mobilières, disponibilités (1) ou encore capitaux propres en berne et un niveau d'endettement trop important (2)), la motivation économique devient un réel casse-tête à la portée incertaine.

La question de savoir quels sont les indicateurs économiques qui seraient considérés comme pertinents et mobilisables pour les juges se pose nécessairement. La tâche est d'autant plus compliquée pour un DRH qui ne maîtrisera pas nécessairement parfaitement les notions de comptabilité et qui devra travailler le sujet avec un DAF qui, quant à lui, ne maîtrisera pas nécessairement les enjeux de la motivation économique au sens du droit du licenciement économique.

À cela s'ajoutera, en outre, l'incertitude de la portée qui sera donnée par le juge à ces indicateurs économiques et aux critères qui seront éventuellement ajoutés pour justifier de leur « validité ».

Seuls les indicateurs « secondaires » semblent concernés, à ce stade, par l'arrêt du 18 octobre dernier qui impose aux juges du fond et donc à l'employeur de « caractériser le caractère sérieux et durable » de l'évolution de l'indicateur pour en démontrer le caractère significatif. Toutefois, ces mêmes critères pourraient trouver à s'appliquer aux indicateurs économiques non expressément visés par le texte.

Une évolution significative, durable et sérieuse

L'économie d'adjectif n'est pas à l'ordre du jour tant et si bien que la Haute juridiction ajoute à son tour des qualificatifs supplémentaires pour s'assurer de l'exactitude du motif économique.

Quand l'ambiguïté jurisprudentielle s'ajoute à la nébulosité du texte de loi

Dans son arrêt du 18 octobre 2023, la Cour de cassation juge en ces termes :

« Pour justifier de sa situation économique, la société produit un tableau faisant apparaître, s'agissant du secteur d'activité en cause, l'existence, nonobstant un chiffre d'affaires en hausse, des pertes en 2015, 2016 et 2017 et en déduit que les difficultés sont avérées en ce qui concerne le secteur de référence. En se déterminant ainsi, par des motifs insuffisants à caractériser le caractère sérieux et durable des pertes d'exploitation dans le secteur d'activité considéré, sans rechercher si l'évolution de l'indicateur économique retenu était significative, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

La Haute juridiction reprend ainsi la formule déjà usitée dans son arrêt du 1er février 2023 (n° 20-19.661), comme suit :

« [la cour d'appel] a pu en déduire, au regard du caractère sérieux et durable de la dégradation de l'excédent brut d'exploitation, que cet indicateur avait subi une évolution significative. »

La Cour de cassation juge désormais que pour que l'évolution d'un indicateur économique, autre que la baisse des commandes ou de chiffre d'affaires, soit significative, elle doit être « sérieuse et durable ».

Si le moyen de droit était similaire dans ces deux affaires, la solution retenue par la Haute juridiction est drastiquement différente :

– dans l'arrêt du 1er février 2023, la société justifiait d'une dégradation de son EBE sur deux ans tandis que la requérante contestait le caractère significatif de cette évolution dans la mesure où le chiffre d'affaires de la société avait augmenté au cours de la même période.

La Cour de cassation a validé l'appréciation des juges du fond qui ont retenu une évolution

<https://www-actualitesdudroit-fr.ezproxy.uca.fr/browse/social/format...-cassation-pour-caracteriser-l-existence-de-difficultes-economiques> Page 4 sur 7

08/01/2024 12:05

significative de l'EBE, compte tenu du caractère durable et sérieux de la dégradation de l'EBE ;

– dans l'arrêt du 18 octobre 2023, la société justifiait de pertes d'exploitation sur une période de trois ans, sur le secteur d'activité en cause, malgré un chiffre d'affaires en hausse sur la même période.

Cette fois, la Cour de cassation a jugé que la motivation de la cour d'appel était insuffisante pour caractériser le caractère sérieux et durable des pertes d'exploitation, de sorte que l'évolution significative de l'indicateur ne pouvait être retenue.

Depuis 2016, nous nous demandons ce qu'est une « évolution significative ». L'incertitude n'est pas levée. Au contraire, elle est renforcée puisque l'unique qualificatif imprécis laisse place à trois attributs tout aussi incertains.

D'une part, il convient de s'interroger sur le caractère sérieux de l'évolution.

Le caractère sérieux des diligences de l'employeur est bien connu des praticiens du licenciement économique. Il se retrouvait déjà dans la recherche de reclassement (le sérieux renvoie à une exigence de réalité de la recherche de reclassement et de bonne foi dans sa conduite) ou encore dans la cause réelle et sérieuse de licenciement (le sérieux est cette fois empreint de gravité et semble imposer un certain degré de gravité du motif de licenciement pour que celui-ci puisse le justifier). Par analogie, nous pourrions argumenter que l'évolution d'un indicateur économique a un caractère sérieux dès lors qu'il procède d'une réelle évolution, exclusive de toute manipulation comptable ou financière. D'autres pourraient arguer que pour qu'une telle évolution soit sérieuse, elle ne saurait souffrir d'une trop grande contradiction avec d'autres indicateurs de la santé économique d'une société...

D'autre part, il est nécessaire de déterminer ce qu'est une évolution durable. Il ressort d'une lecture comparée des arrêts des 1er février et 18 octobre 2023 que le seul constat de difficultés économiques passées ne semble plus suffire. En effet, l'évolution significative a été retenue dans le premier arrêt, où la cour d'appel avait relevé que la note d'information adressée au CSE sur le motif économique de licenciement estimait que la dégradation de l'EBE devrait se poursuivre sur le prochain exercice comptable, ce qui s'est avéré exact, et non dans le second dans lequel ni l'employeur ni les juges du fond ne semblaient s'être intéressés à la poursuite des difficultés économiques pour l'avenir.

La notion de durabilité ne renverrait donc pas seulement à la durée des difficultés mais également à leur longévité (prévisionnelles a minima).

Si l'exigence d'une évolution sérieuse n'est pas de nature à surprendre, une telle exigence de durabilité est d'autant plus étonnante qu'elle accentuerait, plus encore le fossé, entre les indicateurs économiques.

À titre d'exemple, une société de 40 salariés peut se contenter de la démonstration d'une baisse de chiffre d'affaires sur deux trimestres consécutifs en comparaison avec les mêmes trimestres de l'année N-1 pour justifier d'un motif réel et sérieux de licenciement économique. Dans cette hypothèse, cette société n'aurait nul besoin d'apporter d'éléments complémentaires au titre de l'année précédente (N-2), ou de fournir un prévisionnel de son chiffre d'affaires au titre de l'année suivante (N+1).

Au contraire, la même société ne pourrait pas justifier d'un motif économique de licenciement en raison de pertes d'exploitations récurrentes et régulières sur plusieurs années, faute de pouvoir démontrer la probabilité que cette dégradation se poursuive a minima sur l'exercice à venir. La motivation est, en conséquence, beaucoup plus exigeante lorsque les entreprises sont amenées à se fonder sur les indicateurs économiques « secondaires ».

En retenant une telle analyse qui s'attache à la durabilité des difficultés économiques, la Cour de cassation applique à l'appréciation des difficultés économiques un raisonnement qui était, jusqu'à présent, réservé à l'analyse prospective de la nécessité de sauvegarder la compétitivité.

Quand la complexité des « difficultés économiques » fait la part belle à la nécessité de sauvegarder la compétitivité

La portée de cet arrêt est multiple.

Tout d'abord, elle confirme et exacerbe le constat que la preuve des difficultés économiques est (beaucoup) plus ou (beaucoup) moins simple à apporter, en fonction des indicateurs dont l'évolution est alléguée.

Ensuite, l'employeur pourra être tenté de mobiliser non pas les pertes d'exploitation, la trésorerie et l'EBE, mais « tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés », auxquels les qualificatifs sérieux, durable et significatif ne semblent pas devoir, à date, s'appliquer. Ceci étant, on imagine mal, en pratique, comment le juge pourrait décider de ne pas appliquer ces mêmes exigences, quel que soit l'indicateur, si tant est qu'il ne s'agisse pas du niveau de commandes ou du chiffre d'affaires.

Par ailleurs, tant l'incertitude inhérente à ces trois qualificatifs génériques que la nouvelle exigence de durabilité (la projection des difficultés pour l'avenir étant déjà un exercice auquel sont habitués les partenaires sociaux lorsque le motif économique repose non pas sur des difficultés économiques mais sur une nécessité de sauvegarder la compétitivité) pourraient inciter les employeurs à se tourner vers un motif moins cadré juridiquement et qui permettrait de s'affranchir de l'évolution significative d'un critère au profit d'une appréciation globale de tous les indicateurs pour apprécier l'état de santé économique et financière de la société et la pérennité de sa stratégie (via le sacro-saint faisceau d'indices).

Aux termes de cet arrêt, la Cour de cassation souhaite reprendre du terrain par rapport à l'assaut jeté par le législateur en 2016 sur sa marge d'appréciation des motivations

économiques. Sans aller jusqu'à parler de retour au droit antérieur, le prétoire reprend en partie la marge d'appréciation qui avait été amoindrie par le législateur. La terminologie utilisée dans l'arrêt du 18 octobre 2023, en ce qu'il exige une évolution « sérieuse et durable » de la dégradation des indicateurs économiques avait déjà été mobilisée à plusieurs reprises par des juges du fond, y compris avant l'entrée en vigueur de la loi Travail du 8 août 2016 (3).

Si des arguments pourraient être invoqués pour tenter de contester, notamment l'exigence déraisonnée de durabilité (en comparaison avec la durée exigée pour les difficultés économiques « principales »), la sécurité voudrait que les employeurs prennent garde non seulement à faire référence à ces nouveaux attributs dans les lettres de licenciement mais également de les caractériser, autant que faire se peut.

(1) CA Angers, 12 juill. 2022, RG n° 20/00245.

(2) Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-18.511.

(3) Pour des exemples : CA Douai, 31 mai 2016, RG n° 14/04254 ; CA Rennes, 20 avr. 2016, RG n° 14/01413 ; CA Paris, 31 janv. 2007, RG n° 05/06023.

IV - Sécurité sociale

A) Dispense de reclassement : vigilance de mise sur l'ensemble des mentions de l'avis d'inaptitude



Dispense de reclassement : vigilance de mise sur l'ensemble des mentions de l'avis d'inaptitude

19 décembre 2023 - Candice Pietralunga

Dans une décision du 13 décembre 2023, la Cour de cassation revient sur l'importance des mentions portées sur l'avis d'inaptitude. L'employeur se doit d'être attentif aux termes employés par le médecin du travail dès lors que celui-ci a indiqué une dispense de reclassement sur le site en sus d'un état de santé du salarié faisant obstacle à tout reclassement dans l'emploi.

Cass. soc., 13 déc. 2023, n° 22-19.603 B

Un préparateur de fabrication d'une société du secteur pharmaceutique est déclaré inapte par le médecin du travail. Dans l'avis, le médecin du travail a coché la case mentionnant que son état de santé fait obstacle à tout reclassement dans un emploi, mais il est en outre indiqué que cet état de santé fait obstacle sur le site à tout reclassement dans un emploi. Le salarié fait l'objet d'un licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Une dispense de reclassement à interpréter restrictivement

En principe, suite au constat d'inaptitude d'un salarié, l'employeur est tenu de tenter de le reclasser avant d'envisager un licenciement. Mais certaines formules utilisées dans le document peuvent en principe le dispenser de toute recherche de reclassement. Il faut se référer dans le modèle officiel d'avis aux cas de dispense de l'obligation de reclassement (et aux deux hypothèses envisagées). Pour être dispensé de reclassement, l'avis d'inaptitude doit comporter une mention d'un cas de dispense coché mais y compris dans cette hypothèse l'employeur devra rester vigilant et porter une attention particulière à d'autres mentions portées sur l'avis. L'ensemble des mentions portées sur l'avis d'inaptitude sont à prendre en considération par l'employeur.

Ainsi, en dépit de la création de modèles d'avis d'inaptitude (conséquence de la réforme de la médecine du travail et des services de santé au travail portée par l'article 102 de la loi n° 2016- 1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels), le contentieux sur le sujet perdure.

En l'espèce, fort de la case cochée, l'employeur s'est en effet considéré comme autorisé à licencier le salarié. Mais sans grande surprise, le couperet de la cour d'appel comme celui de la Cour de cassation sont tombés.

La dispense de reclassement sur le site ne vaut pas dispense de reclassement totale

Dès lors que le médecin du travail a précisé que l'inaptitude faisait obstacle sur le site à tout reclassement dans un emploi, et qu'il est relevé par le juge que l'employeur dispose d'autres établissements, l'avis ne vaut que pour le site en Mayenne. L'employeur ne pouvait se dispenser de rechercher un reclassement en dehors de l'établissement sur lequel le salarié était affecté et en procédant de la sorte avait manqué à son obligation de reclassement.

En l'absence d'autres établissements, le groupe demeure un périmètre de reclassement à prendre en compte. Ainsi, la Cour de cassation qui s'est déjà positionnée dans le même sens à l'égard d'un avis d'inaptitude portant la mention : « l'état de santé de la salariée faisait obstacle à tout reclassement dans cette entreprise ». Un tel avis dispense bien d'un reclassement au niveau de l'entreprise mais maintient l'obligation de reclassement au niveau du groupe (Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-12.970 ; voir Obligation ou dispense de reclassement : tous les termes de l'avis d'inaptitude comptent, Actualités du droit, 26 sept. 2023)

Il demeure par conséquent recommandé à l'employeur de porter une attention particulière à la formulation retenue et d'échanger avec le médecin du travail en cas de doute.

De l'importance de la preuve de la notification au salarié de l'avis d'inaptitude

Le même jour, la Cour de cassation vient rappeler dans une autre décision publiée (Cass. soc., 13 déc. 2023, n° 21-22.401) que le délai de contestation (via la saisine du conseil de prud'hommes statuant selon la procédure accélérée au fond ; C. trav., art. R. 4624-45) dans les 15 jours de la notification (date de sa réception par les parties) de l'avis d'inaptitude ne commence à courir que lorsqu'il est démontré qu'un tel avis mentionnant bel et bien les voies et délais de recours a été remis au salarié. Ainsi, dès lors que les juges ont pu estimer qu'aucun élément ne permettait de retenir que l'avis dactylographié, mentionnant les voies et délais de recours par le salarié ou l'employeur, avait été remis personnellement à la salariée à l'issue de la visite de reprise, ils ont pu acter que le délai de 15 jours n'avait pas commencé à courir.

Ainsi, dans l'affaire en cause, la reprise dans la lettre de convocation à un entretien préalable au licenciement des conclusions portées sur l'avis d'inaptitude est insuffisante à justifier la connaissance par la salariée, des délais et voies de recours. En l'espèce

l'employeur avait produit un courriel du médecin du travail attestant de ce que la salariée s'était rendue personnellement dans les locaux de la médecine du travail afin notamment de récupérer son avis d'inaptitude au cours d'une semaine X. Mais sans que cela soit précisément daté. Les éléments avaient été écartés. En l'espèce l'avis d'inaptitude avait été remis personnellement au salarié mais la date de remise demeurait incertaine. D'où l'importance, en cas de remise en main propre, d'effectuer une remise contre émargement ou récépissé pour donner date certaine qui seule permet de faire courir le délai.

B) Cadre dirigeant : une catégorie professionnelle objective

**BULLETIN JOLY
TRAVAIL**

Cadre dirigeant : une catégorie professionnelle objective

BJT203a8

Cass. 2e civ., 28 sept. 2023, no 21-21633, F-B – Cass. soc., 4 oct. 2023, no 22-12387

Protection sociale

Par Xavier Aumeran

Des régimes de prévoyance et de retraite supplémentaire peuvent être instaurés dans les entreprises pour les seuls cadres dirigeants, au sens de l'article L. 3111-2 du Code du travail. Tant en droit du travail, au regard du principe d'égalité de traitement, qu'en droit de la sécurité sociale, s'agissant des exonérations de cotisations sociales applicables aux contributions patronales finançant ces régimes, cette faculté est confortée par deux arrêts publiés par la Cour de cassation des 28 septembre et 4 octobre 2023. Ces solutions sont salutaires afin de permettre aux acteurs de mettre en place des garanties sociales adaptées aux attentes des salariés et aux capacités financières de leurs employeurs. Elles témoignent aussi de la nécessité de penser ensemble et de manière cohérente les deux dimensions du droit social, particulièrement en ce qui concerne la construction des régimes de protection sociale complémentaire (D. Asquinazi-Bailleux, « L'exonération de cotisations sociales et sa conjugaison avec le principe d'égalité de traitement », Dr. soc. 2013, p. 907 ; J. Barthélémy, « Égalité de traitement : cohérence entre droits du travail et de la sécurité sociale », Dr. soc. 2015, p. 264).

Exonérations de cotisations et catégories objectives

La première décision, rendue par la deuxième chambre civile, confirme l'annulation d'un redressement d'assiette au titre de la catégorisation retenue entre les salariés par l'employeur afin de structurer ses régimes de protection sociale complémentaire (PSC). Les garanties de prévoyance et de retraite supplémentaire étaient différenciées selon la qualité de « cadre dirigeant » ou non des salariés. Dans les faits, seule une salariée était cadre dirigeant. Elle était par ailleurs mandataire social de la société.

De l'avis de l'organisme de recouvrement, cette dernière qualité était décisive. La catégorisation aurait été réalisée opportunément par la dirigeante afin de bénéficier d'un

régime social de faveur pour des garanties avantageuses à son seul profit. En outre, s'agissant des cadres dirigeants, la Direction de la sécurité sociale considère que « Sauf s'ils peuvent constituer une catégorie par application des critères n° 3 et 4 ci-dessous, il est rappelé que les cadres dirigeants, au sens de l'article L. 3111-2 du Code du travail, ne peuvent constituer en tant que tels une catégorie objective » (DSS, circ. n° DSS. SD5B/2013/344, 25 sept. 2013, p. 6, alors applicable ; désormais BOSS, Protection sociale complémentaire, 1er nov. 2023, § 1050). Pour le cas des « mandataires sociaux titulaires d'un contrat de travail », ils « bénéficient des mêmes garanties que l'ensemble des salariés ou, lorsque les garanties sont réservées à une ou plusieurs catégories établies dans les conditions rap- pelées ci-dessus, à raison de leur appartenance ou non, en tant que salariés, à cette ou ces catégories.

En revanche, ils ne peuvent, en tant que tels et à eux seuls, constituer une catégorie objective pour le bénéfice de l'exemption d'assiette. » (DSS, circ. n°DSS.SD5B/2013/344, préc., p. 12 ; désormais BOSS, Protection sociale complémentaire, préc., § 1200). Aussi, l'intéressée aurait dû être rattachée à une catégorie de salarié existante, sans pouvoir constituer à elle seule une catégorie objective distincte.

En outre, même à supposer que la tolérance applicable aux « mandataires sociaux non titulaires d'un contrat de travail mais assimilés aux salariés en application de l'article L. 311-3 du Code de la sécurité sociale » soit envisageable, une délibération de l'organe décisionnel compétent (conseil d'administration ou conseil de surveillance) aurait dû être adoptée (DSS, circ. n° DSS.SD5B/2013/344, préc., p. 13 ; désormais BOSS, Protection sociale complémentaire, préc., § 1200). C'est là le cadre prévu par la branche du recouvrement s'agissant des cadres dirigeants et mandataires sociaux. L'URSSAF entendait l'appliquer.

Ce n'est pas l'analyse retenue par la cour d'appel et la Cour de cassation (v. déjà en ce sens, pour la période antérieure au décret du 9 janvier 2012 : Cass. 2e civ., 10 juill. 2014, n° 13-21101). Qu'importe le nombre de salariés concernés par la catégorie en cause ou le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, celles-ci retiennent en l'occurrence qu'une catégorie est constituée par les seuls cadres dirigeants de l'entreprise. De leur avis, cette catégorie, couvrant les salariés visés par l'article L. 3111-2 du Code du travail, est bien une « catégorie établie à partir de critères objectifs » au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale. Les exonérations étaient bien acquises au titre du financement des contrats d'assurance garantissant les engagements de couverture complémentaire. La doctrine de la branche est désavouée et probablement que le Bulletin officiel de la sécurité sociale devrait être actualisé.

La solution, satisfaisante au regard des pratiques existantes en matière de prévoyance, et plus encore de retraite supplémentaire, était loin d'être acquise. Les catégories envisageables au sens de l'article L. 242-1 sont celles fixées « par décret en Conseil d'État ». Or l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale, s'il envisage bien la différenciation des garanties selon « l'appartenance aux catégories de cadres et non-cadres », ne vise aucunement les seuls « cadres dirigeants ». L'hypothèse la plus courante est néanmoins que les cadres dirigeants figurent parmi les plus hauts niveaux de

classification conventionnelle. Ils peuvent alors bénéficier du critère objectif n° 3 ou 4 visé par l'article R. 242-1-1 (P. Morvan, Droit de la protection sociale, LexisNexis, 11e éd., 2023, n° 1263, p. 1300).

La catégorisation est en revanche bien plus discutable lorsque les cadres dirigeants ne sont pas visés conventionnellement. Le dernier alinéa de l'article R. 242-1-1 exclut même toute définition des catégories « en fonction du temps de travail ». Or, précisément, la notion de « cadre dirigeant » est prévue par l'article L. 3111-2 du Code du travail, au sein des dispositions relatives à la « durée du travail ». Au regard des responsabilités dont ils ont la charge, les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux dispositions relatives au temps de travail. C'est la particularité unique de leur statut. Ces obstacles éventuels ne sont finalement pas considérés comme tel, sans même que la question de la classification ne soit évoquée. La cour d'appel « a déduit à bon droit que les contrats de retraite et de prévoyance complémentaires souscrits par la société bénéficiaient à une catégorie objective de salariés, de sorte qu'elle pouvait déduire le montant de la contribution afférente à ces contrats de l'assiette de ses cotisations de sécurité sociale ».

Un doute persiste par ailleurs au regard des périodes contrôlées. Il s'agit des années 2011 à 2013. Pour 2012 et 2013, le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012 était bien entré en vigueur, mais il prévoyait néanmoins un maintien des exonérations jusqu'au 31 décembre 2013 pour les régimes ne remplissant pas les conditions prévues par les articles R. 242-1-1 à R. 242-1-6 (D. n° 2012-25, 9 janv. 2012, art. 3). C'est là un point passé sous silence dans l'arrêt du 28 septembre 2023. Doit-il être considéré que la position pourrait être remise en cause pour des périodes de contrôle postérieures, pour lesquelles le décret du 9 janvier 2012 serait pleinement applicable, sans tolérance de mise en conformité ? Au regard de la formulation retenue, mais également du caractère publié de l'arrêt, ce qui n'avait pas été le cas de celui portant explicitement sur des années antérieures au décret (Cass. 2e civ., 10 juill. 2014, n° 13-21101), nous ne le pensons pas. Afin de totalement sécuriser les exonérations, les entreprises ne souhaitant couvrir que les cadres dirigeants seraient néanmoins avisées de se référer aux classifications et sous-classifications de branche applicables, à condition néanmoins que celles-ci les évoquent (P. Sandres, « Cadres dirigeants et catégories objectives : ne pas se précipiter », LEDA nov. 2023, n° DAS201p6).

Égalité de traitement et particularité de la protection sociale complémentaire

Dans la seconde décision, rendue par la chambre sociale, une inégalité de traitement était soulevée par un salarié, vraisemblablement cadre, à propos de deux régimes de retraite supplémentaires réservés aux seuls « membres du comité de conjoncture » (pour le premier) et « cadres dirigeants » (pour

le second) du groupe L'Oréal. Ces régimes, clos en 2010 et en 2015, étaient à prestations définies et ne bénéficiaient, respectivement, qu'à 63 et 262 salariés. Ils avaient très probablement été mis en place par décision unilatérale, dès lors qu'aucune référence à un accord collectif – et à la présomption de justification qui lui est attachée – n'est faite.

Afin de rejeter la demande du salarié, dans le cadre d'un motif de pur droit substitué aux éléments soulevés par la cour d'appel, la chambre sociale rappelle qu'en matière de régime

de protection sociale complémentaire, « l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle » (Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-13645, 11-20490, 11-23761 et 11-28022 : Bull. civ. V, n° 70 ; Cah. DRH 2013, n° 200, p. 30, note E. Andreo, L. Lautrette et S. Ogez ; SSL 2013, n° 1576, p. 11, entr. J-M. Béraud ; Dr. ouvrier 2014, p. 154, note L-E. Camaji ; JCP S 2013, 1144, note Ph.Coursier ; JCP G 2013, 382, note G. Dedessus- le-Moustier ; SSL 2013, n° 1601, p. 11, obs. M. Del Sol ; D. actu. 29 mars 2013, note W. Fraisse ; JCP S 2013, n° 14, 1145, note M. Hallopeau et P. Klein ; JCP S 2013, act. 142, note N. Leger ; D. 2013, p. 1026, obs. J. Porta ; JCP E 2013, 1209, note B. Serizay ; JCP S 2013, act. 190, obs. F. Wismer et J. de Calbiac).

Or, en se référant expressément à sa juris- prudence antérieure en ce sens, elle affirme que « les cadres dirigeants relèvent d'une catégorie professionnelle distincte » (Cass. soc., 24 sept. 2014, n° 13-15074 : Bull. civ. V, n° 204 ; Cah. soc. nov. 2014, n° 114s0, p. 649, note F. Canut ; JCP S 2014, 1452, note G. Duchange ; JCP G 2014, act. 1258, note J. Grangé et R. Guichard ; Cah. soc. nov. 2014, n° 114t6, p. 639, note J. Icard ; D. actu. 9 oct. 2014, note M. Peyronnet ; D. 2015, p. 829, obs. J. Porta ; Dr. soc. 2015, p. 183, note R. Vatinet).

L'acception du principe d'égalité de traitement dans le champ de la PSC est très singulière (G. Vachet, « Égalité de traite- ment et protection sociale », Mél. J.-P. Laborde, Dalloz, 2015, p. 537). L'arrêt du 13 mars 2013 était d'ailleurs le premier réel coup d'arrêt donné par la chambre sociale à l'expansion constante du principe d'égalité de traitement. Selon les précisions apportées par la Cour, cela s'explique par trois raisons : 1/ les « particularités des régimes de prévoyance couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite, qui reposent sur une évaluation des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle » ; 2/ l'« objectif de solidarité » poursuivi par ces régimes ; 3/ l'intervention à titre de garantie de l'engagement patronal « d'un organisme extérieur ». Afin d'en marteler toujours davantage le caractère exceptionnel, ces justifications sont constamment rappelées par la chambre sociale dans ses arrêts (Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-12121 : Bull. civ. V, n° 184 ; D. 3 sept. 2014, note W. Fraisse ; JSL 2014, n° 373, p. 23, obs. M. Hautefort ; JCP S 2014, n° 49, act. 435, obs. F. Wismer et J. de Calbiac – Cass. soc., 9 juin 2021, n° 19-23656). Chacune d'elles pourrait être discutée et, le cas échéant, contestée. Ce n'était d'ailleurs pas la solution initialement envisagée par la chambre (J.-G. Huglo, « L'influence des normes européennes sur la jurisprudence sociale », in Les rencontres de la chambre sociale 2012, Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 768, 1er oct. 2012, p. 10. p. 12).

En réalité, l'argument financier a très largement pesé. La protection sociale complémentaire des cadres n'est pas celle des non-cadres, notamment s'agissant de l'obligation de cotisation à hauteur de 1,50 % de la tranche 1 imposée aux employeurs de cadres (sur la prévoyance des cadres : P. Morvan, op. cit., n° 989-991, p. 1047-1051). Comme le relatait Françoise Champeaux en 2013, « si l'égalité devait s'appliquer et que cette garantie soit étendue aux non-cadres, le coût pour les employeurs a été évalué entre 4 et 5 milliards d'euros. (...) La Cour de cassation s'est refusée à s'engager sur un terrain qu'elle considère comme n'étant pas le sien. » (F. Champeaux, « La prévoyance chasse l'égalité », SSL 18 mars 2023, n° 1576, p. 10). Le conseiller Béraud s'en était rapidement expliqué, précisant que ces

décisions avaient été « murement réfléchies », après consultation « des experts » et des « principaux négociateurs sociaux » (J.-M. Béraud, « L'égalité conduit à une impasse », SSL 18 mars 2013, n° 1576, p. 11). C'est heureux. Il énumérait les différentes raisons pratiques s'opposant à l'intégration du principe d'égalité de traitement en matière de protection sociale complémentaire : équilibres financiers des régimes, augmentation des contributions imposées aux non-cadres, incidence sur les organismes assureurs, ou encore absence de volonté des partenaires sociaux de s'engager en faveur d'une telle égalité. Ainsi, s'interrogeait-il : « on peut même se demander si ces systèmes constituent bien des avantages pour les salariés au sens de notre jurisprudence sur l'égalité de traitement ».

C'est un questionnement, de manière plus générale, que nous partageons. Indépendamment du régime social de faveur prévu par la loi, il apparaît quelque peu discutable, tant en droit du travail qu'en droit de la sécurité sociale, de traiter les garanties de protection sociale complémentaire, ainsi que les contributions patronales les finançant, comme d'authentiques « rémunérations », identiques à des salaires.

Ces différents éléments amènent donc la Cour, au cas d'espèce, à approuver la décision de l'employeur de réserver le bénéfice de régimes de retraite supplémentaire aux seuls cadres dirigeants, qu'ils soient dénommés comme tel ou en tant que « membres du comité de conjoncture ». En revanche, il n'est pas répondu à l'argument du salarié visant à exiger la vérification de la qualité de cadre dirigeant de chacun des salariés bénéficiaires. Il semble néanmoins que l'objectivation des catégories retenues impose à l'employeur de répartir ses salariés selon des critères contrôlables. Pour les cadres dirigeants, il s'agit de la définition de l'article L. 3111-2 du Code du travail.

Les solutions contenues dans ces deux arrêts, parfaitement convergentes, sont particulièrement favorables aux employeurs de cadres dirigeants. Elles contribuent à permettre la mise en place de régime de prévoyance et de retraite supplémentaire particuliers, bien souvent afin de favoriser leur recrutement et leur fidélisation.

Cadre dirigeant ; Mandataire social ; Exonérations de cotisations ; Protection sociale complémentaire ; Prévoyance ; Retraite supplémentaire ; Cadre ; Catégories objectives ; Égalité de traitement 203a8

V. Transfert d'entreprise et procédure d'insolvabilité



Articulation entre les règles sur le transfert d'entreprise et celles sur les procédures d'insolvabilité lorsqu'elles sont initiées hors de France

Cass. soc., 20 déc. 2023, n° 21-18.146, FS-B

Seules les actions qui dérivent directement d'une procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement entrent dans le champ d'application du règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Or l'action fondée sur l'article L. 1224-1 du Code du travail ne dérive pas directement d'une procédure d'insolvabilité.

Les salariés ont été engagés par la société de droit italien Alitalia, laquelle a été placée sous administration extraordinaire (« amministrazione straordinaria ») le 29 août 2008. Par jugement du 5 septembre 2008, le tribunal ordinaire de Rome a déclaré la cessation de paiement de la société Alitalia. Le 12 décembre 2008, a été conclu un acte de cession, produisant effet le 12 janvier 2009, par lequel la société CAI a acquis certains actifs de la société Alitalia. Les salariés ont été licenciés pour motif économique par lettres du 9 janvier 2009. Ils ont saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes en invoquant, en particulier, à l'égard de la société CAI, une violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

La cour d'appel a retenu que le litige relatif à la rupture du contrat de travail, pour être intervenu en violation cet article, ne relevait pas de la procédure d'insolvabilité, mais était régi par la loi de l'État membre applicable aux contrats de travail. Elle en a déduit, après avoir relevé que la loi française était la loi des contrats de travail des salariés, que les conditions d'un éventuel transfert de ces contrats de travail devaient être examinées au regard de la loi française.

La Cour de cassation approuve ce raisonnement, rappelant que dans le contexte de l'interprétation de l'article 3 § 1, du règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la Cour de justice de l'Union européenne a retenu que seules les actions qui dérivent directement d'une procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement entrent dans le champ d'application de ce règlement. Or l'action fondée sur l'article L. 1224-1 du Code du travail, qui a pour objet la poursuite des contrats de travail des salariés, ne requiert pas l'ouverture préalable d'une procédure d'insolvabilité ni l'intervention d'un syndic au sens du règlement n° 1346/2000 et ne tend pas au remboursement partiel des créanciers, de sorte qu'elle ne dérive pas directement d'une procédure d'insolvabilité.

L'article L. 1224-1 du Code du travail trouve-t-il à s'appliquer dans l'hypothèse d'une cession isolée d'actifs prononcée par le juge-commissaire dans le cadre d'une procédure de liquidation des actifs ? Réponse positive de la Cour de cassation qui, s'appuyant sur la directive 2001/23, rappelle, d'une part, que l'article L. 1224-1 précité, sous la réserve des dispositions prévues à l'article L. 1224-2 du même code, s'applique au transfert d'une entité économique autonome intervenant à l'occasion d'une procédure collective et, d'autre part, que le fait qu'une cession ordonnée à l'occasion d'une procédure collective ne concerne que certains des actifs de la société liquidée n'est pas de nature à faire échec à son application.

VI. Droit pour l'employeur de refuser l'audition des salariés par l'expert

BULLETIN JOLY TRAVAIL

Droit pour l'employeur de refuser l'audition des salariés par l'expert : quelle conséquence sur la durée de l'expertise ?

BJT202y6

Par Gwennhaël François

Maître de conférences HDR à l'université Clermont-Auvergne Avocat associé, Barthélémy Avocats Centre Michel de l'Hospital (UPR 4232)

L'ESSENTIEL

Le tribunal judiciaire de Nanterre vient d'admettre que l'employeur peut s'opposer à ce que l'expert-comptable du comité auditionne les salariés de l'entreprise. Le jugement, en apparence conforme à la jurisprudence récente de la Cour de cassation, n'en demeure pas moins contestable, en ce qu'il estime que même en cas de refus systématique des auditions, la durée de l'expertise ne doit pas être réduite, au motif que les informations non obtenues par la voie de l'audition devront l'être autrement.

Contrat de travail

Exposé du litige

Le 6 juillet 2023, la direction a engagé une procédure de consultation du comité social et économique sur la situation économique et financière de l'entreprise en 2022. Le même jour, le comité a décidé de faire appel à un expert-comptable, la société Ekiteo expertise, pour l'assister dans l'évaluation de ce nouveau dispositif. Le 11 juillet 2023, l'expert a adressé à l'employeur sa lettre de mission.

Le 20 juillet 2023, la société Lifescan France a assigné son comité et la société Ekiteo expertise devant le tribunal judiciaire suivant la procédure accélérée au fond. Dans le dernier état de ses prétentions, elle demande au tribunal :

- De réduire le taux journalier de la rémunération de l'expert « entre 1 000 et 1 200 euros » ;
- De réduire à dix le nombre de jours facturés ; [...]

Motifs de la décision

En ce qui concerne le nombre de jour prévisionnels

En l'espèce, la société demanderesse ne démontre pas en quoi le caractère injustifié de certaines demandes de documents par l'expert, à le supposer caractérisé, serait de nature à réduire le nombre de jours de travail. Si elle affirme que le nombre de jours envisagé est excessif au regard des diligences envisagées par l'expert, elle se borne pour étayer son allégation à proposer sa propre appréciation du nombre d'heures qui devraient être consacrées à telle ou telle diligence, sans jamais s'appuyer sur les caractéristiques économiques et sociales spécifiques de l'entreprise.

A supposer que la direction refuse d'une façon systématique que l'expert ne s'entretienne avec ses salariés, cette circonstance ne saurait par ailleurs être de nature à réduire le nombre de jours de travail prévisionnel, les informations n'ayant pu être obtenues par la voie de l'audition devant l'être autrement. Enfin, la circonstance que l'expert ait déjà procédé à une analyse partielle de la situation économique et sociale de l'entreprise en 2019 est sans incidence sur les diligences qui devront être réalisées pour apprécier la situation de l'entreprise depuis cette date.

En revanche, il apparaît que l'article 4.1 de l'accord collectif du 6 novembre 2020 relatif au fonctionnement du comité social et économique circonscrit à l'année « en cours » et au deux années précédentes les informations figurant dans la base de données économique et sociale et, partant, le périmètre de la consultation du comité en la matière. L'accord énonce par ailleurs expressément que ses stipulations se substituent aux dispositions supplétives du code du travail.

Il s'ensuit qu'à partir du moment où la consultation a été initiée en 2023, même si elle porte sur l'année 2022, le périmètre des informations communiquées au comité social et économique ne peut excéder l'année 2023 (soit l'année en cours) et les années 2021 et 2022 (soit les deux années précédentes). L'année 2020 ne pouvant dès lors figurer dans le périmètre de la consultation, il y a lieu de réduire le nombre de jours prévisibles à due concurrence en le portant à 43 jours au lieu de 49 jours. [...]

Le tribunal judiciaire de Nanterre, dans le cadre d'une procédure accélérée au fond prévue à l'article L. 2315-86 du Code du travail, visant à contester le coût prévisionnel et la durée d'une expertise relative à la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise, a jugé, dans une décision récente « [qu'à] supposer que la direction refuse de façon systématique que l'expert ne s'entretienne avec ses salariés, cette circonstance ne saurait par ailleurs être de nature à réduire le nombre de jours de travail prévisionnel, les informations n'ayant pu être obtenues par la voie de l'audition devant l'être autrement ». La décision sous commentaire est évidemment contestable, en ce qu'elle est le signe d'une volonté de résistance des juges du fond vis-à-vis de la juris- prudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation relative à la pratique consistant, pour l'expert-comptable du comité social et économique, à auditionner les salariés de l'entreprise : en effet, celle-ci

affirme qu'il résulte des articles L. 2315-82 et L. 2315-83 du Code du travail « que l'expert-comptable (...), s'il considère que l'audition de certains salariés de l'entreprise est utile à l'accomplissement de sa mission, ne peut y procéder qu'à la condition d'obtenir l'accord exprès de l'employeur et des salariés concernés » (Cass. soc., 28 juin 2023, n° 22-10293 : JCP S 2023, 1220, note L. Dauxerre ; JCP E 2023, 1261, note F.-G. Laprèvote et M. Jauering ; BJT sept. 2023, n° BJT202r3, note A. Lucchini ; Dr. soc. 2023, p. 733, note G. François). Ce droit pour l'employeur de refuser l'audition des salariés par l'expert-comptable doit entraîner nécessairement, contrairement à ce qu'indique le tribunal judiciaire de Nanterre, une réduction de la durée et du coût prévisionnel de l'expertise. Il convient de présenter l'affaire (I) avant de procéder à l'analyse du jugement (II).

I. Présentation de l'affaire

On notera tout d'abord que dans la décision sous commentaire, le comité social et économique a décidé de faire appel à un expert-comptable pour l'assister dans le cadre de la procédure de consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise. L'employeur a assigné le comité social et économique et l'expert-comptable devant le tribunal judiciaire de Nanterre, en vue de contester le coût prévisionnel et la durée de l'expertise. Il était notamment demandé de réduire le taux journalier de la rémunération de l'expert et le nombre de jours facturés. À travers les motifs de la décision, on comprend que l'expert avait sollicité la possibilité d'auditionner les salariés de l'entreprise et l'employeur s'y était systématiquement opposé. L'employeur avait vraisemblablement invoqué la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, citée plus haut, en vue de réduire le nombre de jours prévisionnels de l'expertise. On relèvera que l'employeur était parfaitement fondé à invoquer la solution dégagée dans l'arrêt précité, même si la question de l'audition des salariés par l'expert n'avait été posée à la Cour de cassation qu'à propos de l'expertise réalisée dans le cadre de la consultation sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi.

En effet, la solution visant à conditionner l'audition des salariés à l'accord de l'employeur est susceptible de s'appliquer à d'autres hypothèses d'expertises : les textes mobilisés dans l'arrêt relèvent d'un paragraphe intitulé « Dispositions générales » au sein de la sous-section relative à l'expertise. Ainsi, tous les experts pouvant être désignés par le comité social et économique devront recueillir l'accord exprès de l'employeur et des salariés dès lors qu'ils envisagent de procéder à l'audition de ces derniers, qu'il s'agisse de l'expert-comptable désigné dans le cadre de la consultation sur la situation économique et financière (comme en l'espèce) ou de l'expert habilité – lequel peut être désigné « lorsqu'un risque grave, identifié et actuel » est constaté dans l'entreprise (C. trav., art. L. 2315-94, 1°) ou, encore, en cas « de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail » (C. trav., art. L. 2315-94, 2°).

Pour l'employeur, le fait que les auditions de salariés ne puissent être menées par l'expert, avait pour conséquence de réduire le nombre de jours facturés. On imagine en effet que l'expert avait, dans sa lettre de mission adressée à l'employeur, précisé la durée d'expertise en tenant compte, notamment, de la durée totale des auditions à partir d'une durée théorique

pour chaque entretien et du nombre de salariés dont l'entretien était envisagé. L'employeur, en refusant l'audition des salariés (comme la jurisprudence le permet), souhaitait que la durée prévisionnelle des auditions envisagées par l'expert soit déduite de la durée prévisionnelle totale de l'expertise relative à la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise. Pour le tribunal judiciaire, même en l'absence d'audition, en raison du refus systématique de l'employeur, il n'y avait pas lieu à réduction du nombre de jours facturés : il est en effet jugé que les informations qui n'ont pu être obtenues par la voie de l'audition devront, de toute façon, être obtenues autrement.

II. Analyse du jugement

Si le tribunal judiciaire admet, à l'instar de la Cour de cassation, que l'employeur est en droit de s'opposer à l'audition des salariés (A), il en déduit, de manière très surprenante, que le refus par l'employeur des auditions est sans conséquence sur la durée de l'expertise et le montant des honoraires de l'expert (B).

A. L'application de la jurisprudence

Une première observation s'impose : le tribunal judiciaire de Nanterre admet, comme la Cour de cassation, que l'employeur est en droit de s'opposer à l'audition des salariés de l'entreprise par l'expert-comptable. C'est, de prime abord, une décision conforme à la position très claire exprimée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 28 juin 2023. On rappellera que cette solution doit être approuvée : l'audition des salariés par l'expert-comptable est une pratique à la fois dénuée de fondement juridique et source de désorganisation pour l'entreprise.

L'audition des salariés par l'expert est d'abord une pratique infondée juridiquement. Aucun des textes généraux relatifs aux pouvoirs de l'expert ne permet de justifier cette pratique.

- L'article L. 2315-83 du Code du travail dispose que « l'employeur fournit à l'expert les informations nécessaires à l'exercice de sa mission ». La jurisprudence estime que cette disposition confère le droit, pour l'expert du comité, de se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission. Il n'y a pas lieu de rechercher, pour les juges, si les documents demandés par l'expert-comptable ou l'expert habilité sont nécessaires à l'accomplissement de sa mission (Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 08-18228). Pour autant, les pièces contenant les informations utiles à l'exercice de la mission de l'expert doivent, en application de l'article L. 2315-83 du Code du travail, exister. Si celui-ci peut donc exiger la communication des documents que l'entreprise est tenue d'établir ou qu'elle a spontanément confectionnés (Cass. soc., 18 mai 2022, n° 20-21444 : il importe peu que les informations demandées par l'expert-comptable ne soient pas au nombre de celles devant figurer dans la base de données économiques, sociales et environnementales), il ne saurait, en revanche, lui imposer la production de pièces, notes et documents n'existant pas et dont l'établissement n'est pas obligatoire pour l'entreprise (Cass. soc., 27 mai 1997, n° 95-20156 – Cass. soc., 9 mars 2022, n° 20-18166). L'article L. 2315-83 du Code du travail, en ce qu'il permet à l'expert de se faire communiquer tous les documents utiles à l'exercice de sa

mission, pour peu qu'ils existent, ne saurait, en définitive, lui permettre de procéder à l'audition des salariés de l'entreprise, sans le consentement de l'employeur. Tant que l'entretien n'a pas été réalisé et qu'un compte rendu écrit de l'audition n'a pas été établi par l'expert du comité social et économique, « l'information » n'existe pas. Ce premier article, tel qu'il est interprété par la jurisprudence, n'est donc d'aucun secours pour permettre l'audition, par l'expert, des salariés de l'entreprise.

- L'article L. 2315-82 du Code du travail n'autorise pas davantage l'expert du comité à auditionner les salariés de l'entreprise. Celui-ci dispose que « les experts (...) ont libre accès dans l'entreprise pour les besoins de leur mission ». Si le précédent article permet à l'expert d'accéder à des éléments d'information, cette dernière disposition lui permet plus concrètement de venir chercher au sein de l'entreprise ces éléments d'information. Le principe de libre accès posé par le législateur n'emporte pas, toutefois, un « droit de visite » permettant à l'expert du comité d'accéder à tous les lieux de l'entreprise : la finalité de l'expertise restreint nécessairement l'étendue du droit d'accès de l'expert à l'entreprise (B. Teyssié, « L'exécution de sa mission par l'expert-comptable du comité social et économique », JCP S 2023, 1125, spéc. n° 20). Ainsi, seuls demeurent accessibles les lieux où l'expert peut obtenir communication des documents utiles à la réalisation de sa mission. En tout état de cause, « le libre accès n'emporte pas, en soi, un pouvoir d'audition ou d'interrogation du personnel » (B. Teyssié, « L'exécution de sa mission par l'expert-comptable du comité social et économique », art. préc., n° 21).

L'interprétation littérale de l'article L. 2315-82 du Code du travail doit conduire à considérer, en somme, comme l'a très justement indiqué la Cour de cassation, que l'expert est tenu d'obtenir l'accord préalable exprès de l'employeur et des salariés concernés, s'il estime nécessaire de prévoir des entretiens avec les salariés de l'entreprise. En l'absence d'autres textes généraux précisant les pouvoirs de l'expert du comité social et économique, il y a lieu de relever que le législateur n'autorise nullement celui-ci à auditionner les salariés de l'entreprise, sans l'accord exprès de l'employeur.

Outre qu'elle est juridiquement infondée, la pratique de l'audition des salariés par l'expert est également inopportune au regard de la désorganisation de l'entreprise qu'elle est susceptible d'engendrer. L'arrêt précité du 28 juin 2023 démontre en effet que la haute juridiction a perçu les difficultés pratiques pouvant être engendrées par de telles auditions, en ce qu'elles peuvent désorganiser l'entreprise et son fonctionnement le temps où l'expert les réalisera, en particulier lorsqu'elles seront effectuées sur un nombre conséquent de salariés.

Dans l'affaire où la Cour de cassation a eu à se prononcer sur cette pratique, il était prévu que l'expertise relative à l'analyse de la politique sociale de l'entreprise porterait seulement sur les conditions de travail et qu'elle serait exclusivement réalisée au moyen d'entretiens individuels d'une durée d'une heure trente chacun avec vingt-cinq salariés sur cinq à six jours. De même que les représentants du personnel ne peuvent pas, dans le cadre de leurs missions, apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés (C. trav., art. L. 2143-20, concernant les délégués syndicaux ; C. trav., art. L. 2315-14, pour les élus

au comité social et économique ainsi que les représentants syndicaux au comité), les experts du comité social et économique ne sauraient venir perturber l'exécution, par les salariés, de leur prestation de travail. Il paraît normal, dans ces conditions, de permettre à l'employeur de refuser l'audition des salariés de l'entreprise, en particulier lorsque l'expert envisage de s'entretenir avec un nombre important de salariés – ce qui est parfois le cas en matière d'expertise réalisée à la suite d'un risque grave.

L'employeur pourra bien entendu, au regard de l'intérêt que peut présenter une telle expertise dans une perspective de prévention des risques professionnels, autoriser les auditions des salariés, tout en limitant l'échantillon des salariés auditionnés. Un accord « sous condition » de l'employeur, pour la réalisation des auditions des salariés, permettra à l'expert de mener à bien sa mission et ainsi aux élus du comité d'obtenir des informations précises.

De son côté, l'employeur pourra disposer, en particulier lorsqu'il est question de risque grave ou de projet important impactant les conditions de travail, d'informations nécessaires à la prévention des risques sans pour autant qu'il soit apporté de gêne excessive à l'accomplissement du travail des salariés. L'autorisation des auditions, sous réserve que le panel des salariés auditionnés soit « raisonnable », permettra ainsi de concilier les intérêts des représentants du personnel et de l'entreprise.

B. Le contournement de la jurisprudence

Le tribunal judiciaire vient toutefois préciser, tout en admettant que la direction peut refuser de façon systématique que l'expert ne s'entretienne avec ses salariés, que cette circonstance ne saurait être de nature à réduire le nombre de jours de travail prévisionnels, « les informations n'ayant pu être obtenues par la voie de l'audition devant l'être autrement ». Cette affirmation est contestable dans la mesure où le droit pour l'employeur de refuser l'audition des salariés de l'entreprise « entraîne nécessairement un surcoût prévisionnel de l'expertise » (F.-G. Laprévotte et M. Jauerling, note préc. sous Cass. soc., 28 juin 2023, n° 22-10293). En jugeant le contraire, le tribunal judiciaire rend « ineffectif » le droit reconnu à l'employeur de refuser l'audition des salariés par l'expert du comité.

Pour s'en convaincre, commençons par rappeler qu'il résulte des dispositions réglementaires du Code du travail sur les droits et obligations de l'expert que celui-ci demande à l'employeur, au plus tard dans les trois jours de sa désignation, toutes les informations complémentaires qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission (C. trav., art. R. 2315-45). L'employeur répond à cette demande dans les cinq jours (C. trav., art. R. 2315-45). L'expert notifie alors à l'employeur le coût prévisionnel, l'étendue et la durée de l'expertise dans un délai de dix jours à compter de sa désignation. En pratique, la conciliation de ces principes réglementaires et de la règle posée par la Cour de cassation devrait amener l'expert à formuler sa demande d'audition des salariés dans les trois jours de sa désignation, en même temps qu'il demandera à l'employeur toutes les informations complémentaires qu'il juge nécessaire.

L'expert aura bien sûr tout intérêt à être précis quand il formulera sa demande, en indiquant par écrit le nombre de salariés auditionnés, leur fonction, la date, l'heure de début d'entretien et la durée de celui-ci. En cas de silence gardé par l'employeur, ce dernier sera réputé avoir refusé l'audition des salariés. L'employeur pourra également refuser explicitement ces auditions dans les cinq jours de la demande formulée par l'expert.

En tout état de cause, le refus de l'employeur doit conduire à considérer que la durée prévisionnelle de l'expertise sera plus courte, ce qui aura nécessairement un impact sur le coût prévisionnel de l'expertise : l'expert devra en tenir compte lorsqu'il notifiera à l'employeur le coût prévisionnel et la durée d'expertise, dans les dix jours de sa désignation. En effet, la durée d'expertise prévue par l'expert dépend étroitement des diligences que celui-ci entend réaliser, lesquelles doivent être précisées et décrites dans la lettre de mission qu'il adresse à l'employeur. Dès lors que les auditions que l'expert entendait réaliser ne sont pas autorisées par l'employeur, il convient de considérer que la durée d'expertise est nécessairement réduite : le juge doit dans ce cas réduire la durée d'expertise eu égard à la durée prévisionnelle d'audition qu'avait évalué l'expert dans sa demande adressée à l'employeur, dans les trois jours de sa désignation. Il n'est donc pas possible de juger, comme le fait le tribunal judiciaire, que les informations n'ayant pu être obtenues par la voie de l'audition devront l'être autrement, sans préciser les diligences que l'expert accomplira en remplacement des auditions qui n'ont pu être réalisées.

Il faudrait, au contraire, pour que la durée de l'expertise ne soit pas réduite, que l'expert précise les diligences qu'il entend accomplir en remplacement des auditions pour obtenir les informations (et il faudra même que ces diligences supposent un travail d'une durée équivalente à celle des auditions qui n'ont pas été autorisées, à défaut de quoi, la durée d'expertise devra être minorée).

En pratique, on imagine que l'expert disposera éventuellement d'une alternative si l'employeur refuse l'audition des salariés. En effet, la Cour de cassation, dans l'arrêt rendu le 28 juin 2023, ne paraît nullement faire obstacle à d'autres modalités de réalisation de l'expertise à partir du moment où elles permettent, sans désorganiser l'entreprise et son fonctionnement, de recueillir l'avis des salariés sur différents points et d'éclairer les élus du comité social et économique.

On pense à l'envoi de sondages et de questionnaires à destination des salariés (v. notamment sur cette pratique : G. François, « L'audition des salariés par l'expert du CSE : une pratique infondée et inopportune », RDT 2023, p. 597 et s., spéc. p. 600). Il semble effectivement possible de penser que cette pratique parfois mise en œuvre par les experts ne sera pas soumise à l'accord préalable exprès de l'employeur si elle ne désorganise pas l'activité de l'entreprise. Ce sera le cas, par exemple, si l'expert prévoit que les salariés destinataires de ces questionnaires pourront, s'ils le souhaitent et en dehors de leur temps de travail, répondre aux questions qui leur sont posées (le fait de répondre au questionnaire en dehors du temps de travail ne devrait pas entraîner, selon nous, la qualification de temps de travail effectif, malgré le lien du questionnaire avec le travail, car les salariés ne sont pas contraints par l'employeur d'y répondre et qu'ils ne sont pas, à ce moment précis, à la disposition de l'employeur).

Dans ce cas, on voit mal comment l'employeur pourrait s'opposer à cette modalité de réalisation de l'expertise (l'accord de l'employeur devra toutefois être de nouveau sollicité si cet instrument d'investigation au bénéfice de l'expert doit aboutir à ce que les salariés répondent, pendant leur temps de travail, à des questionnaires « volumineux »). Dans le jugement commenté, il semble que l'expert n'avait nullement précisé les diligences qu'il entendait accomplir en remplacement des auditions non réalisées (suite à l'opposition de l'employeur) – il aurait parfaitement pu, en effet, « se rabattre » sur l'envoi de questionnaires aux salariés. Ainsi, faute de justifier de diligences précises pour recueillir les informations qu'il entendait initialement obtenir via l'audition des salariés, l'expert s'expose, à notre avis, à la réduction de la durée de l'expertise et, par voie de conséquence, à la réduction de son coût prévisionnel. On notera que si l'expert décide de substituer à l'audition des salariés un questionnaire qui ne gêne pas l'accomplissement du travail des salariés, le temps d'analyse des réponses au questionnaire devra, en toute hypothèse, être raisonnable (il devrait même, en toute logique, être inférieur à la réalisation d'entretiens avec les salariés). À défaut, l'employeur pourrait être amené à contester la durée de l'expertise, en application de l'article L. 2315-86, 3°, du Code du travail.

Bulletin Joly Travail • Décembre 2023

La commission presse vous remercie pour votre lecture !

Estéban RONDET

Benjamin ROUSTIDE

Marine DE ROSSO

Roseanne RAYNAUD

Benoit BOULMIER

François-Baptiste BAUDINO

Emma ROQUES