

Revue de jurisprudence

SOLAIZE – 28 avril 2023

Travailler à temps partiel n'exclut pas forcément du bénéfice de titres-restaurant

- ▶ Dans un arrêt du 13 avril 2023, la Cour de cassation rappelle qu'un salarié travaillant à temps partiel a droit à des titres-restaurant si ses horaires de travail recoupent la pause déjeuner, peu important à cet égard qu'il ait pris ou non cette pause.
- ▶ Le salarié ne peut se voir attribuer des titres-restaurant que pour les jours où il est présent dans l'entreprise, pendant la pause qui lui est accordée pour sa restauration ([C. trav., art. R. 3262-7](#)). En conséquence, le salarié dont les horaires de travail ne recouvrent pas l'interruption utilisée habituellement pour prendre un repas ne peut prétendre aux titres-restaurant. Il en est ainsi pour les salariés qui terminent leur travail quotidien en fin de matinée ou qui le commencent en début d'après-midi, et qui ont donc la possibilité de prendre leur repas après la fin de leur journée de travail ou avant le commencement de cette journée (Rép. min. n° 19169 : JOAN Q, 20 juill. 1987, p. 4128).
- ▶ Mais les salariés à temps partiel ont droit aux titres-restaurant si l'heure du déjeuner est comprise dans leur horaire de travail (Rép. min. n° 68222 : JOAN Q, 1^{er} juill. 1985, p. 3078). Et la seule constatation d'un repas « compris dans l'horaire de travail journalier » est suffisante ([Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 10-30.028](#)).

-
- ▶ **Si l'horaire de travail journalier du salarié comprend une pause repas, le salarié a droit à un titre restaurant...**
 - ▶ Dans cette affaire, un salarié travaille, depuis 2014, 36 heures hebdomadaires réparties sur 4,5 jours (8 heures par jour du lundi au jeudi et 4 heures le vendredi matin). Dans l'entreprise qui l'emploie, les plages horaires fixes sont réparties le matin de 9h15 à 11h15 et l'après-midi de 14h à 16h. Les plages mobiles sont, elles, réparties de 7h30 à 9h15, de 11h15 à 14h et de 16h à 19h et la pause méridienne doit être prise sur la plage mobile de 11h15 à 14h et être au minimum de 30 minutes.
 - ▶ Estimant que la pause méridienne du vendredi était comprise dans son horaire de travail par le jeu des plages fixes et mobiles, le salarié réclame à son employeur l'attribution d'un titre-restaurant pour chaque vendredi travaillé. Son employeur refuse de le lui attribuer. Le salarié saisit alors la justice qui fait droit à sa demande.

-
- ▶ Pour les juges du fond comme pour la Cour de cassation, « la circonstance que son horaire journalier du vendredi soit fixé sur une demi-journée n'empêche pas l'attribution d'un titre restaurant » dans la mesure où :
 - ▶ – aucune disposition contractuelle ou conventionnelle n'impose au salarié d'effectuer 4 heures de travail de manière continue ;
 - quelles que soient l'heure à laquelle le salarié commence et dont il organise son temps de travail du vendredi matin au sein des plages fixes et mobiles déterminées par l'entreprise, ses horaires de travail recoupent nécessairement la pause déjeuner, dans la plage horaire fixée par l'entreprise.

-
- ▶ et le salarié a droit à un titre-restaurant même s'il ne prend pas effectivement la pause repas
 - ▶ Pour sa défense, l'employeur soutenait, feuilles de pointage à l'appui, que le salarié n'avait qu'à très peu de reprises, interrompu ses 4 heures de travail du vendredi pour prendre une pause déjeuner puis revenir travailler. Hormis ces rares exceptions, le salarié effectuait sa journée intégralement avant le déjeuner et ne reprenait donc pas son activité après de sorte que, selon l'employeur, les repas n'étaient pas compris dans ses horaires de travail.
 - ▶ Mais la seule condition d'obtention d'un titre-restaurant est que le repas du salarié soit compris dans son horaire journalier, ce qui était bien le cas en espèce. Peu importe que le salarié ait ou non effectivement pris sa pause déjeuner. Un titre-restaurant lui était dû chaque vendredi travaillé.
 - ▶ Cass. soc., 13 avr. 2023, n° 21-11.322

Priorité d'emploi des salariés à temps partiel : la charge de la preuve pèse sur l'employeur

- ▶ En cas de litige relatif à la priorité d'emploi à temps complet des salariés à temps partiel, c'est à l'employeur de rapporter la preuve qu'il a satisfait à son obligation en établissant soit qu'il a porté à la connaissance du salarié la liste des postes disponibles de sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent, soit en justifiant de l'absence de tels postes.

▶ **Priorité d'emploi du salarié à temps partiel**

- ▶ Les salariés qui travaillent à temps partiel bénéficient d'une priorité pour l'attribution d'un emploi de leur catégorie professionnelle ou équivalente d'une durée au moins égale à la durée minimale légale de travail - 24 heures par semaine ou son équivalent - ou à la durée minimale conventionnelle ou un emploi à temps plein, ou si un accord de branche étendu le prévoit, d'un emploi présentant des caractéristiques différentes.
- ▶ Remarque : l'employeur qui ne respecte pas l'obligation de priorité d'emploi peut être condamné à verser des dommages-intérêts pour préjudice matériel et, le cas échéant, moral (CA Montpellier 12-11-1997 n° 95-1632).



L'employeur doit porter à la connaissance des salariés qui en ont fait la demande la liste des emplois disponibles correspondants (C. trav., art. L. 3123-3 et L. 3123-8).

- ▶ Remarque : en pratique, l'employeur doit diffuser la liste des postes disponibles de manière spécifique, leur seule mise en ligne sur l'intranet de l'entreprise étant insuffisante (Cass. soc., 20 avr. 2005, n° 03-41.802).



Dès l'instant qu'un salarié remplit les conditions pour occuper le poste, l'employeur a l'obligation d'accéder à sa demande (Cass. soc., 29 mars 1995, n° 91-45.378).

-
- ▶ Une obligation à la charge de l'employeur
 - ▶ Estimant que les juges du fond ont fait peser à tort la charge de la preuve du respect de l'obligation de priorité d'emploi sur elle, la salariée se pourvoit en cassation. Selon elle, c'est à l'employeur de justifier des raisons pour lesquelles il n'a pas pu accéder à sa demande de bénéficier d'un temps complet dans la mesure où le bien-fondé de sa demande dépend d'éléments détenus par lui seul.
 - ▶ La Cour de cassation lui donne raison : il résulte des articles L. 3123-3 et L. 3123-8 du code du travail précités, qu'en cas de litige, c'est « à l'employeur qu'il appartient de rapporter la preuve qu'il a satisfait à son obligation » et donc qu'il était dans l'impossibilité d'attribuer un emploi à temps complet à la salariée.
 - ▶ La Cour ajoute que la preuve est rapportée lorsque l'employeur établit :
 - ▶ – soit qu'il a porté à la connaissance du salarié la liste des postes disponibles ressortissant de sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent ;
 - ▶ – soit en justifiant de l'absence de tels postes.
 - ▶ La Cour d'appel, en demandant à la salariée de justifier que des emplois à temps plein correspondant à sa catégorie professionnelle étaient disponibles dans l'entreprise, a inversé la charge de la preuve. Sa décision est donc logiquement cassée et l'affaire est renvoyée devant la même cour autrement composée.
 - ▶ Cass. soc., 13 avr. 2023, n° 21-19.742

Présomption de démission en cas d'abandon de poste : la procédure est fixée par décret

- ▶ Un décret du 17 avril précise la procédure devant être respectée par l'employeur souhaitant faire jouer le mécanisme de présomption de démission en cas d'abandon de poste par un salarié. Il fixe également à 15 jours le délai minimal laissé au salarié pour justifier son absence et reprendre son poste. Il a été complété par un Questions-Réponses publié dans la foulée par le ministère du travail.
- ▶ Jusqu'à présent, un salarié en abandon de poste pouvait – pour ce motif – être licencié par l'employeur puis prétendre à des allocations chômage. Pour contrecarrer cet effet jugé pernicieux, la loi « marché du travail » du 21 décembre 2022 a institué une présomption (simple) de démission en cas d'abandon de poste par un salarié, ce qui a pour effet de le priver des dites allocations.
- ▶ Ainsi, un nouvel article L. 1237-1-1 du code du travail prévoit qu'un salarié ayant abandonné volontairement son poste de travail et ne le reprenant pas après avoir été mis en demeure de le faire et de justifier son absence dans un certain délai fixé par l'employeur est présumé avoir démissionné à l'expiration de ce délai.
- ▶ Il s'agit d'une présomption simple, pouvant être contestée par le salarié devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, qui statue sur la nature de la rupture et ses conséquences et ce, dans le délai d'un mois suivant sa saisine.

-
- ▶ Le délai laissé au salarié pour justifier son absence et reprendre son poste est fixé à 15 jours minimum
 - ▶ Un décret du 17 avril précise la procédure de mise en demeure et fixe à 15 jours le délai minimal donné au salarié pour justifier son absence et reprendre son poste après la mise en demeure (C. trav., art. R. 1237-13 nouv.). Un Questions-Réponses mis en ligne sur le site du Ministère du travail précise qu'il s'agit de jours calendaires (QR, point n° 2).
 - ▶ Le délai commence à courir à la date de présentation de cette mise en demeure. A l'issue du délai, en l'absence de réponse ou s'il ne prend pas son poste dans le délai imparti, le salarié est présumé démissionnaire. Il sera également considéré comme tel s'il répond clairement à l'employeur qu'il ne reprendra pas son poste sans davantage justifier son absence. Dans ce cas, les règles de droit commun s'appliquent et il est supposé devoir effectuer un préavis de démission (mais compte-tenu du contexte, il est peu probable qu'il l'effectue : dans ce cas, l'employeur ne lui devra aucune indemnité compensatrice). Le QR précise que si l'employeur prend l'initiative de le dispenser de préavis, il devra lui verser une indemnité compensatrice. Dans le cas où employeur et salarié se mettraient d'accord pour que le préavis ne soit pas effectué, l'indemnité compensatrice ne serait pas due.

-
- ▶ Le QR précise que le salarié sera considéré comme démissionnaire « à la date ultime de reprise du travail fixée par l'employeur », c'est-à-dire le dernier jour du délai imparti (il semblerait pourtant logique de plutôt retenir le lendemain de cet « ultime jour »).
 - ▶ Remarque : l'employeur devra alors remettre au salarié les documents de fin de contrat habituels (certificat de travail, solde de tout compte, attestation d'assurance chômage).
 - ▶ Le décret détermine également les conditions dans lesquelles le salarié peut invoquer un motif légitime susceptible de faire obstacle à cette présomption de démission.
 - ▶ Mise en demeure nécessaire
 - ▶ L'employeur constatant l'abandon de poste et souhaitant faire jouer la présomption de démission doit mettre le salarié en demeure par lettre recommandée avec avis de réception ou remise en main propre contre décharge de justifier son absence et de reprendre son poste (C. trav., art. R. 1237-13 nouv.). Il est également souhaitable de lui demander la raison de cette absence afin d'en recueillir la justification éventuelle, de lui préciser qu'à défaut de réponse dans ce délai, il sera présumé démissionnaire et qu'il ne pourra à ce titre pas prétendre à une indemnisation chômage (QR, point n° 2).
 - ▶ Remarque : s'agissant de la remise en main propre, on peut supposer que ce mode de délivrance sera peu utilisé dans la mesure où le salarié est absent de l'entreprise, et que c'est justement cette absence qui justifie d'enclencher la procédure. Pour des raisons de preuve, l'usage de la lettre recommandée avec AR est conseillé.

 - ▶ En réponse à cette mise en demeure, le salarié peut justifier son absence en invoquant et précisant un motif légitime. Le décret précise que peuvent « notamment » être invoqués les motifs suivants (ce qui laisse supposer que la liste n'est pas limitative) :
 - ▶ - raisons médicales ;
 - ▶ - exercice du droit de retrait (C. trav., art. L. 4131-1) ;
 - ▶ - exercice du droit de grève (C. trav., art. L. 2511-1) ;
 - ▶ - refus du salarié d'exécuter une instruction contraire à une réglementation ;
 - ▶ - modification du contrat de travail à l'initiative de l'employeur (sans qu'il ait donné son accord).

-
- ▶ Dans ce cadre, le salarié peut solliciter l'assistance d'une organisation représentative de salariés ou d'un avocat (QR, point n° 13)
 - ▶ Attention : l'employeur n'est pas obligé de recourir à la mise en demeure pour bénéficier de la présomption de démission. Il peut aussi décider de ne rien faire : dans ce cas, le contrat de travail du salarié est suspendu, et sa rémunération également (QR, point n° 1).
 - ▶ Remarque : dans le cas où l'employeur souhaite mettre fin à la relation de travail, le Questions-Réponses du ministère du travail (qui n'a, rappelons-le, pas de valeur juridique) donne toutefois une précision « troublante » : il doit mettre en œuvre la procédure de mise en demeure et de présomption de démission et « n'a plus vocation à engager une procédure de licenciement pour faute » . Est-ce à dire dans ce cas qu'il ne pourrait pas faire le choix de licencier directement le salarié pour abandon de poste comme il pouvait le faire auparavant et qu'il doit nécessairement passer par la phase de mise en demeure ? Le décret du 17 avril est bien moins catégorique et précise que »si « l'employeur « entend faire valoir la présomption de démission », il doit passer par la phase de mise en demeure ...
 - ▶ L'employeur n'a pas à demander au salarié qu'il confirme sa démission par écrit, y compris si la convention collective dont il relève l'exige (QR, point n° 6).
 - ▶ Décision du bureau de jugement en cas de contestation du salarié
 - ▶ Il reviendra au bureau de jugement du conseil de prud'hommes, saisi par le salarié, d'évaluer la « qualité » de la justification qu'il avance. S'il l'estime légitime, l'abandon de poste sera imputable à l'employeur et produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, justifiant le versement des indemnités de rupture afférentes et permettant le cas échéant au salarié de prétendre au bénéfice des allocations chômage. Dans le cas contraire, il produira bien les effets d'une démission, privative de toute indemnité et allocation.
 - ▶ D. n° 2023-275, 17 avr. 2023 : JO, 18 avr.
 - ▶ Questions-Réponses Présomption de démission en cas d'abandon de poste

CDD, CTT : le multi-remplacement est entré en vigueur

- ▶ Le décret fixant la liste des secteurs concernés par l'expérimentation permettant aux entreprises de conclure un seul CDD ou contrat de mission pour remplacer plusieurs salariés absents, soit simultanément, soit successivement est paru le 13 avril. Parallèlement, le ministère du travail a publié, sur son site internet, un question-réponse destiné à préciser les modalités pratiques de recours à ces contrats spécifiques.
- ▶ L'article 6 de la loi marché du travail du 21 décembre 2022 a renouvelé le principe de l'expérimentation permettant, dans certains secteurs seulement, de ne conclure qu'un seul CDD (ou contrat de mission) pour remplacer plusieurs salariés absents, soit simultanément, soit successivement pour une nouvelle durée de 2 ans (voir notre article du 22 décembre 2022).
- ▶ Le décret qui définit la liste des secteurs concernés par cette mesure est paru au journal officiel du 13 avril 2023. Parallèlement, le ministère du travail a livré son mode d'emploi sur les conditions de recours à ce dispositif à travers 27 questions-réponses.
- ▶ Il est donc désormais possible de conclure des contrats multi-remplacement depuis le 13 avril 2023 jusqu'au 13 avril 2025.
- ▶ Extension du nombre de branches professionnelles concernées
- ▶ La liste des CCN concernées a sensiblement augmenté comparé à la dernière expérimentation menée entre le 20 décembre 2019 et le 31 décembre 2020. Contrairement au précédent décret du 18 décembre 2019, le ministère du travail n'a pas regroupé les CCN par secteur d'activité "pour des raisons de clarification et de lisibilité du texte", nous a indiqué le ministère du travail.

Le DRH est-il un cadre dirigeant ?

- ▶ Le salarié qui doit, en dépit d'une grande autonomie dans l'exercice de ses fonctions, en référer au directeur général, et qui ne signe ni les lettres de convocation à l'entretien préalable, ni les lettres de licenciement, n'a pas la qualité de cadre dirigeant.
- ▶ Selon le code du travail, sont considérés comme cadres dirigeants et donc exclus notamment de la réglementation légale et réglementaire de la durée du travail, les cadres (C. trav., art. L 3111-2) :
 - ▶ – auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps ;
 - ▶ – qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome ;
 - ▶ – et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement.
- ▶ Ces critères cumulatifs impliquent que seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise.
- ▶ En cas de litige, il appartient au juge d'examiner la fonction que le salarié occupe réellement au regard de chacun de ces critères (Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 15-10.987).
- ▶ Dans une affaire récente, une cour d'appel a estimé qu'un DRH remplissait l'ensemble de ces critères et bénéficiait notamment d'une large autonomie de décision dans la mesure où celui-ci, qui était chargé de la gestion du personnel :
 - ▶ – avait la responsabilité des procédures de licenciement, quand bien même les courriers y afférents étaient signés du directeur général,
 - ▶ – avait toute latitude pour définir le quantum des provisions sur risque lié aux licenciements effectués, quand bien même il en référerait à son directeur général qui validait les chiffrages ;
 - ▶ – bénéficiait de subdélégations de la part du directeur général pour procéder à la signature des contrats de travail et de leurs avenants, à l'engagement de diverses dépenses, telles l'assistance et la sous-traitance extérieure, frais généraux incluant les impôts et taxes et frais de personnel incluant le paiement des salaires.

-
- ▶ La Cour ajoute que la tonalité des échanges entre le directeur général et le salarié confirmait la grande marge de manœuvre dont disposait ce dernier dans la définition des orientations stratégiques en matière juridique et de risque lié aux ruptures de contrats de travail envisagées.
 - ▶ Pour la Cour d'appel, le salarié avait donc bien la qualité de cadre dirigeant.
 - ▶ A tort pour la Cour de cassation. La Haute juridiction retient que si le salarié bénéficiait bien de la part du directeur général, seul titulaire des délégations de la part du conseil d'administration, de subdélégations, il devait, en dépit d'une grande autonomie dans l'exercice de ses fonctions, « en référer au directeur général », et ne signait ni les lettres de convocation à l'entretien préalable, ni les lettres de licenciement, comme l'avaient souligné les juges du fond.
 - ▶ Ces derniers auraient donc dû en déduire, selon la Haute juridiction, que le salarié n'avait pas la qualité de cadre dirigeant.
 - ▶ Le salarié est donc en droit de demander le paiement de ses heures supplémentaires.
- ▶ Cass. soc., 15 mars 2023, n° 21-21.632

Inaptitude : quand le télétravail préconisé par le médecin du travail s'impose à l'employeur

- ▶ Lorsque le médecin du travail préconise, pour le salarié déclaré inapte, un poste en télétravail compatible avec ses fonctions, il appartient à l'employeur de proposer ce poste même si le télétravail n'a pas été mis en place dans l'entreprise.
- ▶ Lorsqu'un salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, il bénéficie d'un droit au reclassement. L'employeur est tenu de rechercher un autre emploi approprié aux capacités du salarié, en tenant compte des conclusions écrites du médecin du travail, notamment des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise (C. trav., art. L. 1226-2 et L. 1226-10).
- ▶ L'emploi proposé doit être aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail (C. trav., art. L. 1226-2 et L. 1226-10).
- ▶ Par ailleurs, une jurisprudence constante exige que la proposition d'un reclassement soit sérieuse et loyale (Cass. soc., 21 mai 2008, n°07-41.277, Cass. soc., 13 mai 2015, n° 13-27 774, Cass. soc., 26 janv.2022, n°20-20.369).

-
- ▶ Pour écarter la préconisation du médecin du travail de proposer un poste en télétravail, l'employeur peut-il opposer le fait que l'entreprise n'a pas mis en place cette forme d'organisation du travail dans l'entreprise ? La Cour de cassation , pour la première fois à notre connaissance, tranche cette question.
 - ▶ En l'espèce, une salariée secrétaire médicale responsable d'un service de santé au travail, avait été déclarée inapte à son poste de travail. L'avis d'inaptitude précisait qu'elle "pourrait occuper un poste administratif sans déplacement et à temps partiel (2jours par semaine) en télétravail avec aménagement du poste approprié" ;
 - ▶ L'employeur licencie la salariée pour inaptitude et impossibilité de reclassement. Cette dernière conteste la validité de son licenciement et demande des dommages-intérêts.

-
- ▶ La cour d'appel lui fait droit au motif que l'employeur a manqué à son obligation de reclassement en n'aménageant pas le poste occupé par la salariée en télétravail. Elle estime que l'aménagement de poste de la salariée par sa transformation en un emploi à domicile faisait partie intégrante de l'obligation de reclassement incombant à l'employeur.
 - ▶ L'employeur forme un pourvoi. Il défend l'argument selon lequel l'employeur n'est pas tenu de créer spécifiquement un poste adapté aux capacités du salarié. Il considère qu'il ne peut se voir imposer d'aménager en télétravail le poste de la salariée que si le télétravail a été mis en place au sein de l'entreprise. Or il n'existait aucun poste en télétravail au sein du centre de santé au travail. En outre, le télétravail ne serait pas compatible avec l'activité de la salariée qui requiert le respect du secret médical.
 - ▶ La Cour de cassation rejette l'argumentation de l'employeur et confirme l'arrêt d'appel. Elle relève que les missions de la salariée à son poste de « coordinateur » ne supposaient pas l'accès aux dossiers médicaux et, étaient susceptibles d'être pour l'essentiel réalisées à domicile en télétravail et à temps partiel comme préconisé par le médecin du travail. Elle ajoute qu'il n'est pas nécessaire que le télétravail soit mis en place dans l'entreprise pour être proposé au salarié dans la mesure où l'aménagement d'un poste en télétravail peut résulter d'un avenant au contrat de travail.

-
- ▶ Il en résulte que l'employeur n'avait pas loyalement exécuté son obligation de reclassement.
 - ▶ Remarque : la Cour de cassation avait déjà admis que l'employeur manquait à son obligation de reclassement lorsqu'il ne proposait pas au salarié déclaré inapte un poste en télétravail alors que cette mesure était une préconisation du médecin du travail sauf à justifier de l'impossibilité du recours au télétravail (Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 11-28.898 ; Cass. soc., 23 sept. 2014, n° 13-12.663). Mais c'est la première fois qu'elle précise que l'obligation de proposer un poste de télétravail s'applique même si le télétravail n'est pas mis en place dans l'entreprise.
 - ▶ Cass. soc., 29 mars 2023, n°21-15.472

A quelles conditions un moyen de preuve illicite issu d'un système de géolocalisation de véhicule professionnel est-il recevable en justice ?

- ▶ La Cour de cassation applique les principes qu'elle avait dégagés précédemment pour d'autres moyens de contrôle des salariés : une preuve illicite peut être recevable si elle est indispensable à l'exercice du droit à la preuve.
- ▶ Après l'admission conditionnée de preuves illicites issues de systèmes de vidéosurveillance des salariés et des réseaux sociaux la Cour de cassation s'attaque à la recevabilité d'une preuve illicite provenant d'un système de géolocalisation d'un véhicule professionnel, dans deux arrêts non publiés du 22 mars 2023. Sans surprise, elle applique les principes dégagés précédemment.

-
- ▶ Caractère illicite d'une preuve provenant d'un système de géolocalisation des salariés
 - ▶ Les employeurs abonnés aux services de géolocalisation des véhicules professionnels disposent d'un accès direct aux données de géolocalisation en se connectant via internet et peuvent être informés du trajet effectué, des temps d'arrêt, de l'heure de départ et d'arrivée et de la vitesse des véhicules utilisés par leurs salariés.
 - ▶ Il s'agit donc d'un dispositif de contrôle des salariés qui, pour être légal, doit respecter un certain nombre de conditions : respect du RGPD, collecte des données pour des finalités déterminées, information des salariés et du CSE, droit d'opposition des salariés, sécurité des données, etc.

-
- ▶ Un système de géolocalisation ne peut pas être utilisé pour contrôler les salariés en dehors de leur temps de travail
 - ▶ Les traitements issus des dispositifs de géolocalisation des véhicules utilisés par les salariés ne peuvent être mis en oeuvre que pour certaines finalités déterminées. Les finalités autorisées sont les suivantes :
 - ▶ - le respect d'une obligation légale ou réglementaire imposant la mise en oeuvre d'un dispositif de géolocalisation en raison du type de transport ou de la nature des biens transportés ;
 - ▶ - le suivi et la facturation d'une prestation de transport de personnes ou de marchandises ou d'une prestation de services directement liée à l'utilisation du véhicule ainsi que la justification d'une prestation auprès d'un client ou d'un donneur d'ordre (ex. : ambulances dans le cadre de la dématérialisation de la facturation de l'assurance maladie) ;

-
- ▶ – la sûreté ou la sécurité de l'employé lui-même ou des marchandises ou véhicules dont il a la charge, en particulier la lutte contre le vol du véhicule (par exemple, avec un dispositif inerte activable à distance à compter du signalement du vol) ;
 - ▶ – une meilleure allocation des moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés, notamment pour des interventions d'urgence (ex. : identifier l'employé le plus proche d'une panne d'ascenseur ou l'ambulance la plus proche d'un accident) ;
 - ▶ – le contrôle du respect des règles d'utilisation du véhicule définies par le responsable de traitement, sous réserve de ne pas collecter une donnée de localisation en dehors du temps de travail du conducteur.
 - ▶ Le traitement peut avoir pour finalité accessoire le suivi du temps de travail, lorsque ce suivi ne peut être réalisé par un autre moyen, sous réserve notamment de ne pas collecter ou traiter de données de localisation en dehors du temps de travail des employés concernés.

-
- ▶ Les éléments de preuve issus d'une géolocalisation en dehors des heures de travail sont illicites
 - ▶ Dans la première affaire, un salarié chauffeur est licencié pour faute grave, son employeur lui reprochant d'avoir utilisé un véhicule professionnel pour effectuer ses trajets domicile/lieu de travail, ajoutant ainsi plus de 250 kilomètres par jour au kilométrage du camion ainsi que de la fatigue et du risque supplémentaire pour les temps de conduite. Des éléments factuels tirés du système de géolocalisation du véhicule. Le salarié saisit la justice pour faire annuler cette sanction disciplinaire mais la cour d'appel ne fait pas droit à sa demande. Il se pourvoit alors en cassation.
 - ▶ Pour la Cour de cassation, le moyen de preuve tiré de la géolocalisation était illicite. La collecte des données de localisation effectuée par l'employeur à l'aide du système de géolocalisation installé sur le véhicule professionnel mis à la disposition du salarié, destiné à la protection contre le vol et la vérification du kilométrage, avait été utilisé par celui-ci pour surveiller le salarié et contrôler sa localisation en dehors de son temps de travail.

-
- ▶ Dans la seconde affaire, un salarié conducteur scolaire est licencié pour faute grave, son employeur lui reprochant d'avoir utilisé le véhicule professionnel mis à sa disposition à des fins personnelles. Ces fautes avaient pu être découvertes grâce au système de géolocalisation embarqué sur le véhicule scolaire. Le salarié conteste son licenciement en justice et les juges du fond lui donnent raison. Les éléments de preuve tirés du système de géolocalisation étaient illicites dans la mesure où l'employeur :
 - ▶ – ne justifiait pas avoir informé individuellement le salarié de la mise en œuvre du système de géolocalisation,
 - ▶ – et ne pouvait prétendre qu'il n'avait pas d'autre moyen que ce système pour assurer le suivi du temps de travail du salarié.
 - ▶ En outre, cette géolocalisation permettait d'effectuer un contrôle permanent du salarié en collectant des données relatives à la localisation de son véhicule en dehors de ses horaires et de ses jours de travail, ce qui est interdit. Ainsi, l'utilisation du système de géolocalisation par l'entreprise apportait aux droits et aux libertés individuelles du salarié des restrictions disproportionnées à la finalité recherchée. Les preuves étaient donc illicites.
 - ▶ L'illicéité de la preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats

-
- ▶ Avant de rejeter une preuve illicite, le juge doit vérifier qu'elle n'est pas indispensable à l'exercice du droit de la preuve
 - ▶ Les deux arrêts susvisés rappellent que « l'illicéité d'un moyen de preuve [...] n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ».
 - ▶ Dans le premier arrêt, ces principes sont rappelés par la Cour de cassation dans sa motivation. Dans le second arrêt, ces principes sont évoqués par le salarié, à l'appui de son pourvoi.
 - ▶ Remarque : en présence d'une preuve illicite, le juge doit donc d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré par l'employeur et vérifier qu'il existait des raisons légitimes justifiant le recours à la géolocalisation et l'ampleur de celle-ci, puis rechercher si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique en utilisant d'autres moyens de preuve plus respectueux de la vie personnelle du salarié et, enfin, apprécier le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle au regard du but poursuivi.

-
- ▶ Mieux vaut invoquer le droit à la preuve pour que le juge procède à ses vérifications.
 - ▶ Pour que le juge procède à cette appréciation, encore faut-il que l'employeur invoque son droit à la preuve. A défaut, la preuve jugée illicite risque d'être écartée sans examen de ce droit, les vérifications du juge sur ce point ne semblant pas automatiques.
 - ▶ Dans la première espèce, le pourvoi avait été formé par le salarié. Pour la Cour de cassation, les juges du fond ayant constaté l'illicéité du moyen de preuve produit par l'employeur, ils devaient procéder aux vérifications susmentionnés mais nous ignorons si l'employeur avait invoqué l'exercice de son droit à la preuve.
 - ▶ Dans la seconde espèce, en revanche, ce droit à la preuve n'avait manifestement pas été invoqué par l'employeur. Ainsi, « la cour d'appel qui n'était pas tenue de procéder ...[aux vérifications susvisées], lesquelles ne lui étaient pas demandées, a pu déduire que les données collectées à partir du système de géolocalisation portaient une atteinte aux droits du salarié à une vie personnelle et familiale, et étaient dès lors irrecevables ».
 - ▶ Dans un arrêt du 8 mars 2023, elle avait déjà considéré que, s'il n'invoquait pas devant les juges son droit à la preuve, l'employeur ne pouvait leur reprocher de n'avoir pas vérifié si le rejet d'une preuve illicite ne porte pas atteinte au caractère équitable de la procédure.

 - ▶ Cass. soc., 22 mars 2023, n° 21-24.729
 - ▶ Cass. soc., 22 mars 2023, n° 21-22.852

Vidéosurveillance et preuve illicite : pour être recevable, encore faut-il que l'employeur invoque son droit à la preuve !

- ▶ S'il n'invoque pas devant les juges son droit à la preuve, l'employeur ne peut leur reprocher de n'avoir pas vérifié si le rejet d'une preuve illicite ne porte pas atteinte au caractère équitable de la procédure.
- ▶ La Chambre sociale de la Cour de cassation a infléchi de manière générale sa position en matière d'irrecevabilité d'une preuve illicite. Un infléchissement qui s'applique également à la production de preuves issues d'un dispositif de vidéosurveillance des salariés.
- ▶ Pour la Cour de cassation, l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi (Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 20-12.263).
- ▶ Un nouvel arrêt publié de la Chambre sociale, rendu le 8 mars dernier (et faisant écho à un autre arrêt rendu à cette même date – voir notre article du 14 mars 2023), apporte une nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel de la recevabilité d'une preuve illicite.
- ▶ Dans cette affaire, une compagnie de transports publics, s'appuyant sur des éléments de preuve obtenus de manière illicite, licencie pour faute grave un de ses chauffeurs de bus.
- ▶ Le salarié conteste son licenciement en justice. Les juges du fond lui donnent raison et condamnent l'employeur à lui verser diverses sommes pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et à rembourser à Pôle emploi les indemnités chômage versées au salarié du jour de son licenciement à celui de la décision (dans la limite de six mois).

-
- ▶ Illicéité de la preuve
 - ▶ A la suite d'une plainte déposée par le chauffeur de bus, qui avait constaté la disparition d'un bloc de tickets dans un des bus qu'il conduisait, l'employeur avait remis aux services de police les bandes du système de vidéoprotection équipant les véhicules, au mépris de la charte de vidéoprotection applicable dans l'entreprise. Cette charte limitait la remise aux services de police des enregistrements vidéo aux seules infractions ou perturbations afférentes à la sécurité des personnes. Or, en l'espèce, aucune infraction de ce type n'était en cause ; il s'agissait seulement de l'allégation d'un vol de titres de transport sans violences.
 - ▶ En visionnant ces enregistrements, la police avait relevé des infractions au code de la route commises par le salarié (appels téléphoniques au volant, consommation de cigarettes dans le bus). Compte tenu des relations étroites qu'elle entretenait avec l'employeur, elle lui avait remis le procès-verbal établissant ces infractions, au mépris de l'article R. 156 alinéa 1 du code de procédure pénale qui interdit la délivrance de pièce issue d'une procédure pénale à un tiers sans une autorisation du procureur de la République.
 - ▶ A la suite de cette révélation, l'employeur décidait de licencier le salarié pour faute grave alors même qu'il s'était engagé dans la charte susvisée à ne pas recourir au système de vidéoprotection pour apporter la preuve d'une faute du salarié lors d'affaires disciplinaires internes.
 - ▶ Compte tenu de ces éléments, la preuve des fautes du salarié sur laquelle reposait son licenciement était illicite et le procédé d'obtention de cette preuve était déloyal, même si l'employeur n'avait usé d'aucun stratagème pour obtenir le procès-verbal (celui-ci lui avait été remis spontanément par la police).
 - ▶ Les juges du fond étaient donc en droit d'écarter cette preuve illicite des débats.

-
- ▶ Nécessité d'invoquer le droit à la preuve pour que cette preuve illicite soit recevable
 - ▶ L'employeur fait grief aux juges du fond de n'avoir pas mis en balance les droits du salarié et son droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments obtenus illicitement à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte aux droits du salarié soit proportionnée au but poursuivi.
 - ▶ L'employeur n'avait cependant pas invoqué ce droit à la preuve devant les juges du fond.
 - ▶ Les juges sont-ils tenus d'examiner d'office le respect du droit à la preuve dans un tel contexte ?
 - ▶ Non, répond la Cour de cassation.
 - ▶ Il appartient à la partie produisant une preuve illicite de soutenir que son irrecevabilité porterait atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble. Ce n'est qu'à cette condition que les juges du fond doivent apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté une telle atteinte, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve.

 - ▶ Cass. soc., 8 mars 2023, n° 20-21.848

Rupture conventionnelle : une situation de violence morale entraîne la nullité de la convention

- ▶ Un arrêt du 1er mars 2023 de la chambre sociale de la Cour de cassation fournit un exemple de situation de violence morale, au moment de la signature de la convention de rupture conventionnelle, entraînant la nullité de cette convention.
- ▶ La rupture conventionnelle doit être librement consentie entre l'employeur et le salarié (C. trav., art. L. 1237-11).
- ▶
- ▶ L'existence d'un différend entre les parties, ou d'un contexte conflictuel au moment de la conclusion de la convention de rupture, n'affecte pas, par elle-même, la validité de cette convention (Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-13.865). Elle ne sera annulée que si le salarié démontre que le différend s'est accompagné de pressions ou de contraintes ayant vicié son consentement. Ainsi, en présence d'un contexte de harcèlement moral au moment de la signature de la convention, le salarié doit démontrer que cette situation a vicié son consentement.
- ▶
- ▶ L'arrêt du 1er mars 2023 en fournit un exemple.
- ▶ Dans cette affaire, une salariée conclut une rupture conventionnelle individuelle avec son employeur. Elle saisit par la suite le conseil de prud'hommes aux fins d'annulation de la convention de rupture. Elle soutient avoir été victime de harcèlement moral au moment de la signature de cette convention et qu'un tel harcèlement constitue une violence morale caractérisant un vice du consentement.
- ▶
- ▶ Les juges du fond font droit à sa demande. Ils considèrent qu'au moment de la signature de la convention de rupture, la salariée se trouvait dans une situation de violence morale en raison du harcèlement dont elle était victime, et des troubles psychologiques qui en ont résulté. Ils relèvent notamment l'existence de propos déplacés réguliers, voire quotidien de nature discriminatoire à l'encontre de la salariée.
- ▶
- ▶ L'employeur se pourvoit en cassation. Il soutient que la cour d'appel d'une part, ne précise pas en quoi les agissements de harcèlement moral auraient altéré la liberté de consentement de la salariée lors de la conclusion de la rupture conventionnelle et, d'autre part, n'indique pas sur quels éléments de preuve elle se fonde pour reconnaître l'existence de troubles psychologiques.
- ▶
- ▶ La Cour de cassation rejette le pourvoi de l'employeur. Elle indique que la caractérisation d'une situation de violence morale relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, la cour d'appel ayant considéré que la salariée se trouvait dans une situation de violence morale au moment de la signature de la convention de rupture, du fait du harcèlement moral dont elle était victime, elle a pu valablement conclure que cette convention de rupture conventionnelle était nulle.
- ▶ Cass. soc., 1er mars 2023, n° 21-21.345

Irrégularité d'une procédure disciplinaire conventionnelle et garantie de fond

- ▶ Dans un arrêt du 8 mars 2023, la Cour de cassation rappelle que l'irrégularité constatée au cours d'une procédure disciplinaire conventionnelle peut être assimilée à la violation d'une garantie de fond et rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse sous certaines conditions, notamment si le salarié a été privé des droits de sa défense.

-
- ▶ Pour reprendre l'attendu : « l'irrégularité commise dans le déroulement de la procédure disciplinaire prévue par une disposition conventionnelle ou un règlement intérieur n'est assimilée à la violation d'une garantie de fond et ne rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse que lorsqu'elle a privé le salarié des droits de sa défense ou lorsqu'elle est susceptible d'avoir exercé en l'espèce une influence sur la décision finale de licenciement par l'employeur » (Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-19.340 B ; voir aussi Cass. soc., 8 sept. 2021, n° 19-15.039 B).
 - ▶ En l'espèce, un salarié avait été licencié pour faute grave après que le conseil de discipline, prévu par la convention collective nationale de travail du 8 février 1957 du personnel des organismes de sécurité sociale, s'est réuni.
 - ▶ Il reprochait aux juges du fond d'avoir dit que la procédure devant le conseil était régulière et son licenciement fondé, alors que selon lui, elle n'aurait pas été respectée. En effet, aux termes de l'article 48 de la convention collective, « le conseil de discipline ne peut valablement délibérer que si le quorum est atteint dans chaque collège et si la parité est assurée. A défaut, le conseil de discipline se réunit à nouveau dans un délai maximum de 8 jours francs et se prononce à la majorité des membres présents », ce qui n'aurait pas été le cas.

-
- ▶ Selon les juges du fond, le conseil de discipline s'était réuni une première fois dans la matinée et, compte tenu de ce que la parité n'avait pas été respectée, il s'était réuni à nouveau dans l'après-midi, ce que ne lui interdisait pas les dispositions conventionnelles.
 - ▶ La Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la cour d'appel en ce qu'il a dit que la procédure était régulière.
 - ▶ Toutefois, l'irrégularité commise dans le déroulement de la procédure ne peut être assimilée à la violation d'une garantie de fond et n'est pas de nature à rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse.
 - ▶ En effet, « le salarié qui ne s'est pas opposé, lors de la seconde réunion du conseil de discipline, à ce que celui-ci statue dans la même composition que le matin même et qui ne démontre pas en quoi ses droits de la défense n'auraient pas été respectés ni ne justifie de l'influence qu'aurait exercée l'irrégularité commise sur la décision finale de licenciement, n'est pas fondé à soutenir que cette irrégularité rendrait le licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

 - ▶ Source commentée :
 - ▶ Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-19.340 B

La clause de mobilité doit se cantonner au périmètre géographique de l'entreprise à laquelle le salarié est rattaché

- ▶ Dès lors qu'un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur, la clause de mobilité par laquelle le salarié s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe, est nulle. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 14 décembre 2022.

-
- ▶ De l'art de rédiger la clause de mobilité figurant dans le contrat de travail. On croyait le sujet éculé et désormais maîtrisé. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, certes non publié, nous incline à penser le contraire. Une piqûre de rappel n'est donc pas inutile et la décision du 14 décembre nous en offre l'occasion.
 - ▶ Une mobilité dans un autre établissement ou filiale du groupe
 - ▶ L'arrêt concerne un délégué commercial itinérant sur la zone géographique du Languedoc-Roussillon. Son contrat de travail comporte une clause de mobilité stipulant que le salarié « s'engage à accepter toute mutation dans un autre établissement ou filiale, situés en France métropolitaine ». Huit ans après le recrutement, l'employeur envisage une mobilité « vers le siège de la société situé dans le département du Rhône [que le salarié] connaissait parfaitement pour s'y rendre deux fois par mois pour l'exercice de ses fonctions ». La clause de mobilité est donc actionnée par l'employeur. Le salarié refuse ; il est alors licencié.

-
- ▶ Pour la cour d'appel, le licenciement est justifié. La clause de mobilité n'encourt pas la nullité mais doit « être cantonnée aux seuls établissements de la société existants au moment de la conclusion du contrat ». Autrement dit, lorsque le salarié a été recruté, il connaissait l'étendue géographique de la clause laquelle n'apparaissait pas disproportionnée aux yeux des juges. La clause de mobilité devait donc recevoir application, d'autant plus que le salarié se rendait régulièrement dans l'établissement visé.

-
- ▶ Mobilité vs changement d'employeur
 - ▶ La Cour de cassation n'approuve pas l'analyse et censure l'arrêt d'appel. Ce faisant, elle réaffirme une jurisprudence classique selon laquelle un salarié ne saurait accepter par avance un changement d'employeur (Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200). Aussi, une clause de mobilité par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle. La clause de mobilité doit se cantonner au périmètre géographique strictement limité à l'entreprise à laquelle est rattaché le salarié.
 - ▶ Pour la cour d'appel, le licenciement est justifié. La clause de mobilité n'encourt pas la nullité mais doit « être cantonnée aux seuls établissements de la société existants au moment de la conclusion du contrat ». Autrement dit, lorsque le salarié a été recruté, il connaissait l'étendue géographique de la clause laquelle n'apparaissait pas disproportionnée aux yeux des juges. La clause de mobilité devait donc recevoir application, d'autant plus que le salarié se rendait régulièrement dans l'établissement visé.

-
- ▶ Pour la cour d'appel, le licenciement est justifié. La clause de mobilité n'encourt pas la nullité mais doit « être cantonnée aux seuls établissements de la société existants au moment de la conclusion du contrat ». Autrement dit, lorsque le salarié a été recruté, il connaissait l'étendue géographique de la clause laquelle n'apparaissait pas disproportionnée aux yeux des juges. La clause de mobilité devait donc recevoir application, d'autant plus que le salarié se rendait régulièrement dans l'établissement visé.

Insuffisance professionnelle et faute grave : enjeu de la distinction

- ▶ Par un arrêt d'espèce rendu le 15 février 2023, la Cour de cassation rappelle la distinction entre faute grave et insuffisance professionnelle. Même en l'absence de volonté de ne pas respecter les obligations contractuelles, la négligence fautive d'un chef de chantier ayant 22 ans d'ancienneté, qui s'abstient de vérifier que les opérations de branchement électrique sont réalisées en conformité avec les règles de sécurité, compte tenu notamment de la dangerosité potentielle des travaux, rend impossible son maintien dans l'entreprise et justifie son licenciement pour faute grave. (Cass. soc., 15 févr. 2023, no 22-10.398, arrêt no 150 F-D)

-
- ▶ es faits, la demande et la procédure
 - ▶ L'affaire portée devant la Cour de cassation est presque banale. Un chef, de chantier, disposant d'une ancienneté de 22 ans, est licencié pour faute grave. Il lui est reproché de pas s'être assuré que les opérations étaient réalisées en conformité des règles de sécurité en vigueur dont il avait parfaitement connaissance, compte tenu notamment de la dangerosité potentielle des travaux, alors qu'il était présent sur le chantier lors de travaux de tranchée et branchements électriques effectués par des salariés qui disposaient de moins de compétences et de responsabilités. Il conteste son licenciement qui ne serait pas fondé, selon lui sur une faute grave mais sur une insuffisance professionnelle.
 - ▶ Débouté de sa demande par les juges du fond, il se pourvoit en cassation. Il expose que « en l'absence de mauvaise volonté délibérée de la part du salarié, ce mauvais contrôle des travaux relevait tout au plus de la négligence et de l'insuffisance professionnelle, si bien que le licenciement, prononcé à titre disciplinaire pour des faits relevant de l'insuffisance professionnelle non fautive, était sans cause réelle et sérieuse ».

-
- ▶ Si la Cour de cassation rend un arrêt de rejet, qui n'est manifestement qu'un arrêt d'espèce, la décision permet de revenir sur la distinction entre faute grave et insuffisance professionnelle dans la motivation du licenciement. Les faits de l'espèce l'illustrent particulièrement bien.
 - ▶ •Insuffisance professionnelle versus faute grave
 - ▶ L'insuffisance professionnelle peut-être définie comme l'incapacité du salarié à accomplir les tâches qui lui sont confiées en raison d'un manque de compétences. La faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (Cass. soc., 27 sept. 2007, no 06-43.867, Jurisprudence sociale lamy du 13 nov. 2007, no 221-5). Ces deux motifs de licenciement sont exclusifs l'un de l'autre. Le principe est que l'insuffisance professionnelle ne présente pas par elle-même un caractère fautif (Cass. soc., 25 janv. 2006, no 04-40.310 ; Cass. soc., 9 janv. 2019, no 17-20.568). Elle ne peut donc justifier qu'un licenciement non disciplinaire.
 - ▶ Pour la cour d'appel, le licenciement est justifié. La clause de mobilité n'encourt pas la nullité mais doit « être cantonnée aux seuls établissements de la société existants au moment de la conclusion du contrat ». Autrement dit, lorsque le salarié a été recruté, il connaissait l'étendue géographique de la clause laquelle n'apparaissait pas disproportionnée aux yeux des juges. La clause de mobilité devait donc recevoir application, d'autant plus que le salarié se rendait régulièrement dans l'établissement visé.

-
- ▶ Pour la cour d'appel, le licenciement est justifié. La clause de mobilité n'encourt pas la nullité mais doit « être cantonnée aux seuls établissements de la société existants au moment de la conclusion du contrat ». Autrement dit, lorsque le salarié a été recruté, il connaissait l'étendue géographique de la clause laquelle n'apparaissait pas disproportionnée aux yeux des juges. La clause de mobilité devait donc recevoir application, d'autant plus que le salarié se rendait régulièrement dans l'établissement visé.

-
- ▶ L'enjeu de la distinction est pourtant considérable : en cas d'insuffisance professionnelle, la procédure disciplinaire n'a pas à être mise en œuvre (Cass. soc., 25 janv. 2006, no 04-40.310) et un licenciement disciplinaire fondé sur l'insuffisance professionnelle sera jugé sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 11 mars 2008, no 07-40.184 ; Cass. soc., 13 janv. 2016, no 14-21.305 ; Cass. soc., 27 févr. 2013 no 11-28.948).

-
- ▶ La caractérisation de la faute grave, exclusive de l'insuffisance professionnelle
 - ▶ Selon le pourvoi, l'absence de mauvaise volonté délibérée dans l'accomplissement des obligations professionnelles impliquait de ne pas retenir de faute grave.
 - ▶ Pourtant, la bonne ou mauvaise volonté du salarié dans l'exécution de ses obligations professionnelles n'est un critère de caractérisation de la faute grave – tout au plus permet-elle de distinguer l'insuffisance professionnelle non-fautive de l'insuffisance professionnelle « fautive ». Mais dès lors que, comme en l'espèce, l'insuffisance professionnelle n'est pas retenue, ce critère n'est pas pertinent.
 - ▶ C'est en ce sens que se prononce la cour d'appel, qui constate qu'il entrait dans les missions du salarié, en sa qualité de chef de chantier disposant en outre d'une ancienneté de 22 ans et présent sur le chantier lors des travaux de tranchée et branchements électriques, de s'assurer que les opérations étaient réalisées en conformité des règles de sécurité en vigueur dont il avait parfaitement connaissance, compte tenu notamment de la dangerosité potentielle des travaux.

-
- ▶ Elle relève ensuite que, si le salarié n'avait pas volontairement manqué aux règles de conformité, c'était l'absence de vérification de la conformité des branchements qui est fautive et constituait une violation de ses obligations professionnelles. La cour d'appel a ainsi caractérisé une faute grave, dès lors qu'elle résulte d'une violation des obligations professionnelles du salarié sans que ses compétences soient mises en cause. Comme toujours dans ce contentieux de la qualification de la faute qui repose sur l'appréciation empirique du comportement du salarié, les juges ont tenu compte de divers éléments pour apprécier la faute et sa gravité : la connaissance des règles de sécurité non respectées, le manquement aux obligations professionnelles résultant de l'absence de vérification mais également l'ancienneté qui, ce qui est notable, tend plutôt à renforcer la gravité de la faute qu'à l'atténuer (ce qui est plus fréquent, voir par ex. Cass. soc., 14 mai 1987, no 84-41.837 ; Cass. soc., 10 déc. 2003, no 01-44.732).
 - ▶ Dès lors que l'affaire porte sur la qualification du comportement du salarié, la Cour de cassation s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond et se contente de conclure, fort logiquement, que « la cour d'appel a pu déduire que ce manquement à ses obligations professionnelles rendait impossible son maintien dans l'entreprise ».

Ordre des licenciements : les choix de l'employeur doivent être pertinents et honnêtes

- ▶ Dans deux arrêts du 18 janvier 2023 visant le même employeur, la Cour de cassation condamne la manière dont celui-ci a déterminé ou appliqué les critères d'ordre des licenciements. L'un des arrêts concerne le critère toujours délicat des qualités professionnelles, l'autre celui des charges de famille
- ▶ Cass. soc., 18 janv. 2023, no 21-19.633, arrêt no 18 F-D
- ▶ Cass. soc., 18 janv. 2023, no 21-19.675, arrêt no 38 F-D

▶ Les faits

- ▶ Une association rurale de la région Auvergne-Rhône Alpes a décidé d'alléger son service comptable pour des raisons économiques en supprimant deux postes. Elle établit les critères d'ordre des licenciements ce qui la conduit à désigner les deux employées qui doivent être licenciées.

▶ Les demandes et argumentations

- ▶ Chacune des salariées licenciées va contester cette désignation en critiquant, l'une, la détermination du critère de charge de famille, l'autre, l'application du critère des qualités professionnelles.
- ▶ Dans l'arrêt no 21-19.633, c'est la manière dont le critère des charges familiales a été établi qui est remis en cause. En effet, l'employeur a décidé de les pondérer par tranches d'âge, en attribuant deux points par enfant de moins de six ans, un point par enfant de sept à douze ans et zéro point au-delà de cet âge. La salariée qui a été choisie était la seule qui n'avait pas d'enfant en bas âge, néanmoins, elle assumait la charge d'un enfant étudiant. L'intéressée reproche à l'employeur le caractère subjectif de son raisonnement, étant donné qu'il n'a pas expliqué en quoi sa distinction en fonction de l'âge des enfants était « pertinente et objectivement justifiée quant à la charge réelle des enfants eu égard à leur âge ».

-
- ▶ Dans l'arrêt no 21-19.675, l'employée s'en prend également à ce découpage des charges de famille en fonction de l'âge mais c'est essentiellement l'application du critère des qualités professionnelles qu'elle réproouve. Le choix se situait entre deux personnes d'expérience équivalente. L'employeur avait donc jugé que cet élément n'était pas discriminant et avait décidé de conserver, selon ses dires, celle qui avait un diplôme d'espagnol. Un diplôme d'espagnol, pour être comptable dans une association rurale en Auvergne-Rhône Alpes ? Cela ressemblait plus à un prétexte qu'à un critère objectif et pertinent.

-
- ▶ La décision, son analyse et sa portée
 - ▶ La cour d'appel de Grenoble, dans les deux cas, va donner raison aux salariées et la Cour de cassation l'approuve totalement :
 - ▶ Arrêt no 21-19.633 :« Il appartient à l'employeur en cas de contestation sur l'application des critères d'ordre de communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix. La cour d'appel après avoir constaté, que l'employeur avait pondéré le critère des charges de famille par tranches d'âge, en allouant 2 points par enfant de moins de six ans, 1 point par enfant de sept à douze ans, aucun point au-delà, et que la salariée n'ayant qu'un enfant étudiant à charge n'avait obtenu aucun point à ce titre, alors que ses deux collègues, ayant des enfants de moins de six ans, avaient bénéficié de points supplémentaires, a estimé qu'il ne démontrait pas en quoi cette distinction opérée selon l'âge des enfants était pertinente et objectivement justifiée quant à la charge réelle des enfants eu égard à leur âge ».
 - ▶ Arrêt no 21-19.675 :« La cour d'appel a relevé que pour l'appréciation du critère professionnel, la salariée avait été notée en fonction du niveau de diplôme et non sur ses qualités professionnelles, alors que, l'intéressée et sa collègue disposant toutes deux d'une expérience équivalente, cet élément ne permettait pas de déterminer objectivement laquelle des deux salariées était la plus apte à occuper le seul poste restant du service administratif, le motif invoqué par l'employeur selon lequel il avait intérêt à conserver une linguiste espagnole dans un établissement agricole n'étant pas pertinent. Par ces seuls motifs, dont il résultait une application inégalitaire et déloyale des critères d'ordre relatifs à l'ordre des licenciements, elle a légalement justifié sa décision ».

-
- ▶ Bref rappel des règles régissant l'ordre des licenciements
 - ▶ C'est l'article L. 1233-5 du Code du travail qui dicte à l'employeur la démarche à suivre quant à la fixation de l'ordre des licenciements :
 - ▶ « Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité social et économique.
 - ▶ Ces critères prennent notamment en compte :
 - ▶ 1o Les charges de famille, en particulier celles des parents isolés ;
 - ▶ 2o L'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise ;
 - ▶ 3o La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés ;
 - ▶ 4o Les qualités professionnelles appréciées par catégorie.
 - ▶ L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article ».
 - ▶ L'article L. 1233-6 y ajoute une interdiction d'ordre public :
 - ▶ « Les critères retenus par la convention et l'accord collectif de travail ou, à défaut, par la décision de l'employeur ne peuvent établir une priorité de licenciement à raison des seuls avantages à caractère viager dont bénéficie un salarié ».
 - ▶ Nous ne nous étendons pas ici sur les marges de manœuvre laissées aux négociateurs d'un accord d'entreprise car, dans l'affaire qui nous occupe, il est patent que rien n'avait été négocié. Nous noterons simplement qu'en dehors du critère d'ancienneté, tous les critères prêtent à interprétation. Les charges de famille peuvent se réduire aux enfants à charge ou inclure les ascendants, la difficulté de réinsertion est loin d'être claire et nette, quant aux qualités professionnelles, aucune directive n'est donnée sur la manière de les apprécier.
 - ▶ C'est donc à l'employeur qu'il revient de leur donner une consistance, après consultation du CSE s'il existe.

-
- ▶ Au stade du choix, le maître mot est la pertinence

 - ▶ Dans un premier temps, l'employeur reprend la liste de la loi, sachant qu'il ne peut exclure totalement aucun des critères (Cass. soc., 20 janv. 1993, no 91-42.032 ; Cass. soc., 2 mars 2004, no 01-44.084). Il la précise et il détermine une pondération, c'est-à-dire qu'il attribue un nombre de points à chaque critère : c'est le salarié qui recueille le nombre de points le plus faible qui doit être licencié.

 - ▶ On savait déjà que l'employeur devait s'abstenir de toute approche discriminatoire comme le cas caricatural où l'employeur avait apprécié les charges de famille de façon différente selon que la famille était ou non d'origine maghrébine (Cass. soc., 8 avr. 1992 no 88-40.552). Avant même la législation actuelle (Ord. no 2017-1718, 20 déc. 2017), la jurisprudence avait tordu le cou aux pratiques abusives consistant à désigner comme licenciable, du seul fait de son absence, un salarié en congé parental (Cass. soc., 7 oct. 1992, no 89.45.503) ou un travailleur handicapé du seul fait de son handicap (Cass. soc., 26 févr. 1992, no 88-40.552).

 - ▶ Mais c'est la première fois à notre connaissance (et à ce titre, l'arrêt aurait mérité d'être publié) que la Cour de cassation se penche sur des choix patronaux ne relevant pas d'un abus criant.

 - ▶ Qu'on se le dise : l'employeur ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de préciser les critères : il doit s'appuyer sur des éléments objectifs et pertinents dont il aura à justifier en cas de contestation. L'illustration ici donnée se passe de commentaire : on se demande sur quoi l'employeur avait bien pu fonder sa conviction que des enfants de moins de six ans coûtaient plus cher à leurs parents que ceux de sept à douze ans et qu'à partir de douze ans, ils n'étaient plus une charge !

-
- ▶ Au stade de la mise en œuvre, c'est la loyauté
 - ▶ Les précisions apportées lors de la détermination des critères, lorsqu'elles reposent sur des considérations objectives et pertinentes, mettent les employeurs à l'abri des accusations de manquement à l'égalité de traitement et de déloyauté. Mais nombreux sont encore ceux qui ne rentrent pas dans le détail du critère, se bornant à l'interpréter au moment de sa mise en œuvre.
 - ▶ Or, plus encore que d'autres, le critère des qualités professionnelles gagne à être objectivé par avance, sinon, la tentation est grande de voir – comme c'était le cas dans notre affaire – l'employeur chercher un élément prétendument objectif pour expliquer un choix en réalité profondément subjectif.
 - ▶ Un tel procédé, on le sait clairement depuis l'arrêt no 21-19.675, est un manquement à l'obligation de loyauté ou encore de « bonne foi » tel qu'il est imposé par l'article L. 1222-1 du Code du travail, au terme duquel « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ».

La mobilité intragroupe doit reposer sur une convention écrite tripartite

- ▶ Une mobilité intragroupe doit reposer sur une convention tripartite écrite signée entre la salariée et ses employeurs successifs organisant la poursuite du même contrat de travail (no 21-10.495 : pourvoi no 1). Par ailleurs, un salarié ne peut pas accepter par avance un changement d'employeur dans le cadre d'une clause de mobilité intragroupe (no 21-18.633 : pourvoi no 2).
- ▶ Cass. soc. 26 oct. 2022, pourvoi no 21-10.495, arrêt no 1122 FS-B
- ▶ Cass. soc. 14 déc. 2022, pourvoi no 21-18.633, arrêt no 1347 F-D

-
- ▶ dès lors « qu'aucune convention tripartite n'avait été signée entre la salariée et ses employeurs successifs organisant la poursuite du même contrat de travail », la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil et l'article L. 1231-1 du Code du travail. Ne valent donc pas convention tripartite des accords séparés signés par le salarié avec chacun des employeurs concernés par la mobilité professionnelle.
 - ▶ La décision pourra sembler sévère en raison du formalisme rigoureux qui la sous-tend. Elle n'est pourtant pas sans fondement solide. Dans le processus conduisant à un changement d'employeur, il faut en effet s'assurer de plusieurs choses.
 - ▶ D'une part, que l'objet de l'opération n'a pas été de rompre le premier contrat de travail avant qu'en soit conclu un autre avec un nouvel employeur. Dans ce cas en effet, les règles légales de la rupture du contrat de travail, d'ordre public, seraient applicables. Après tout, même si elle reste assez théorique, c'est une modalité envisageable de transfert intragroupe, laquelle doit cependant respecter les contraintes légales d'ordre public de la rupture du contrat de travail d'un côté, de l'embauche de l'autre. C'est la raison pour laquelle l'article L. 1231-1 du Code du travail est visé à la cassation, cet article disposant que le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou, d'un commun accord, dans les conditions prévues par la loi.

-
- ▶ D'autre part, que les modalités du changement d'employeur soient clairement définies par les parties concernées. Des questions importantes méritent en effet d'être réglées dans le cadre de l'accord tripartite : date du changement d'employeur, reprise d'ancienneté, rémunération, qualification, classification, sort des congés payés, sort des clauses contractuelles, éventuelle période probatoire... De tels objectifs ne peuvent être atteints qu'en présence d'une convention écrite tripartite dont l'importance a été soulignée récemment dans une décision qui concernait le sort des dettes de rémunération du premier employeur (Cass. soc., 23 mars 2022, no 20-21.518). C'est dans le sens d'un tel formalisme que pousse l'article 1216 du Code civil, selon lequel, d'une part, un contractant peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ; d'autre part, la cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité.

-
- ▶ Nullité des clauses de mobilité intragroupe (pourvoi no 2)
 - ▶ Sans surprise, le pourvoi du salarié est accueilli : « un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur [...] la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par un contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe, est nulle ». La jurisprudence sur ce point est en effet parfaitement établie (par ex. Cass. soc., 23 sept. 2009, no 07-44.200). Elle est également solidement fondée : la loi n'aménageant le changement d'employeur que dans un cas précis, celui du transfert d'entreprise (art. L. 1224-1 du Code du travail), il n'est pas possible à un salarié de valider par avance un tel changement à travers une clause contractuelle de mobilité. Placé en position de faiblesse par une telle clause, le salarié qui refuserait d'accepter le changement d'employeur en vertu de la clause risquerait de subir un licenciement fautif. Par conséquent, seul un consentement donné par le salarié au moment du changement d'employeur, accompagné de l'ensemble des modalités du transfert auxquels il devra consentir, est concevable.

-
- ▶ • Convention tripartite écrite
 - ▶ Le sens de ces décisions est clair : sans convention tripartite écrite formalisant la continuation de la relation de travail entre deux employeurs successifs du même groupe, point de mobilité intragroupe. Depuis que l'on sait que l'employeur ne peut plus céder à la facilité en incluant, en amont, une clause de mobilité intragroupe, ce que confirme l'arrêt du 14 décembre 2022, la pratique avait pu s'interroger sur la technique contractuelle permettant de sécuriser une telle mobilité. L'arrêt du 26 octobre 2022 apporte une précision utile : il faut prévoir, en aval, une convention tripartite écrite clarifiant, dans l'intérêt du salarié, la continuité contractuelle et ses aménagements. Des accords séparés sont insuffisants.
 - ▶ Étant entendu que d'autres techniques juridiques peuvent être mises en œuvre pour organiser un déplacement du salarié à l'intérieur du groupe : mise à disposition, détachement, prêt de main-d'œuvre...sans compter le recours au transfert d'entreprise légal (C. trav., art. L. 1224-1), conventionnel ou d'application volontaire.

TNAVOCATS

Téléphone : 04.37.57.11.40

Mail : contact@tnavocats.com

Adresses :

26 Rue de la République | 2 rue de Poissy
69002 LYON | 75005 PARIS