



SELARL Sidonie LEBLANC

Société d'Avocat

Barreau de GRENOBLE

APPLICATION DU DROIT EUROPEEN AUX CONTENTIEUX INDIVIDUELS

Nullité du licenciement du salarié protégé dont la réintégration est impossible : l'indemnité compensatrice de congés payés est désormais due

- **Nullité du licenciement du salarié protégé dont la réintégration est impossible : l'indemnité compensatrice de congés payés est désormais due**
- Lorsque le salarié protégé, dont le licenciement est nul en l'absence d'autorisation administrative de licenciement et qui a demandé sa réintégration, a fait valoir, ultérieurement, ses droits à la retraite, rendant ainsi impossible sa réintégration dans l'entreprise, l'indemnité due au titre de la violation du statut protecteur ouvre droit au paiement, au titre des congés payés afférents, à une indemnité compensatrice de congés payés.
- Cass. soc., 21 sept. 2022, pourvoi no 21-13.552, arrêt no 963 FS-B+R
- Le droit de l'Union européenne est à l'origine de cette évolution. La CJUE a en effet jugé que l'article 7§ 1 de la directive 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, s'oppose à une jurisprudence nationale en vertu de laquelle un travailleur illégalement licencié, puis réintégré dans son emploi, conformément au droit national, à la suite de l'annulation de son licenciement par une décision judiciaire, n'a pas droit à des congés annuels payés pour la période comprise entre la date du licenciement et la date de sa réintégration dans son emploi, au motif que, pendant cette période, ce travailleur n'a pas accompli un travail effectif au service de l'employeur. Il convient donc de considérer, selon le juge communautaire, que la période comprise entre la date du licenciement illégal et la date de la réintégration du travailleur dans son emploi est assimilée à une période de travail effectif aux fins de la détermination des droits au congé annuel payé.

- Le droit de l'Union européenne tend à mettre en place un socle de droits harmonisé au sein des États membres.
- À ce titre, il doit, pour être effectif, disposer d'une primauté générale et absolue par rapport aux normes internes de chaque État membre. La Constitution française reconnaît d'ailleurs elle-même dans son article 55 la supériorité des **traités** régulièrement ratifiés sur la loi.
- L'acceptation par les juges nationaux de cette suprématie du droit de l'Union européenne n'a pas été simple, et il leur a fallu admettre de faire une place de plus en plus importante aux textes et normes de l'Union européenne dans leurs décisions. En effet, le droit de l'Union européenne ne peut remplir son rôle qu'à partir du moment où les juges nationaux en assurent l'effectivité.

- C'est d'ailleurs ce qu'a indiqué la Cour de cassation dans deux arrêts par lesquels elle estime que "« [...] le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ; qu'à cet effet, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne »" (Cass. soc., 30 sept. 2013, no 12-14.752 ; Cass. soc., 30 sept. 2013, no 12-14.964).

- **Différence de traitement en raison du sexe**

- Vu les articles L. 1121-1, L. 1132-1, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, et L. 1133-1 du code du travail, mettant en oeuvre en droit interne les articles 2, § 1, et 14, § 2, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail :
- Il résulte de ces textes que les différences de traitement en raison du sexe doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle véritable et déterminante et être proportionnées au but recherché.

- la société Air France avait interdit au salarié de se présenter à l'embarquement avec des cheveux longs coiffés en tresses africaines nouées en chignon et que, pour pouvoir exercer ses fonctions, l'intéressé avait dû porter une perruque masquant sa coiffure au motif que celle-ci n'était pas conforme au référentiel relatif au personnel navigant commercial masculin, ce dont il résultait que l'interdiction faite à l'intéressé de porter une coiffure, pourtant autorisée par le même référentiel pour le personnel féminin, caractérisait une discrimination directement fondée sur l'apparence physique en lien avec le sexe, la cour d'appel, qui, d'une part, s'est prononcée par des motifs, relatifs au port de l'uniforme, inopérants pour justifier que les restrictions imposées au personnel masculin relatives à la coiffure étaient nécessaires pour permettre l'identification du personnel de la société Air France et préserver l'image de celle-ci, et qui, d'autre part, s'est fondée sur la perception sociale de l'apparence physique des genres masculin et féminin, laquelle ne peut constituer une exigence professionnelle véritable et déterminante justifiant une différence de traitement relative à la coiffure entre les femmes et les hommes, au sens de l'article 14, § 2, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, a violé les textes susvisés.
- (Cass. soc. 23 novembre 2022 n° 21-14.060 FP-BR)

- **Temps de travail effectif – Temps de trajet**

- La Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'article 2, point 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, dans lesquelles les travailleurs n'ont pas de lieu de travail fixe ou habituel, constitue du "temps de travail", au sens de cette disposition, le temps de déplacement que ces travailleurs consacrent aux déplacements quotidiens entre leur domicile et les sites du premier et du dernier clients désignés par leur employeur (CJUE, 10 septembre 2015, Tyco, C-266/14).
- Eu égard à l'obligation d'interprétation des articles L. 3121-1 et L. 3121-4 du code du travail à la lumière de la directive 2003/88/CE, il y a donc lieu de juger désormais que, lorsque les temps de déplacements accomplis par un salarié itinérant entre son domicile et les sites des premier et dernier clients répondent à la définition du temps de travail effectif telle qu'elle est fixée par l'article L. 3121-1 du code du travail.

- La cour d'appel a constaté que le salarié, qui soutenait, sans être contredit sur ce point par l'employeur, qu'il devait en conduisant, pendant ses déplacements, grâce à son téléphone portable professionnel et son kit main libre intégré dans le véhicule mis à sa disposition par la société, être en mesure de fixer des rendez-vous, d'appeler et de répondre à ses divers interlocuteurs, clients, directeur commercial, assistantes et techniciens, exerçait des fonctions de "technico-commercial" itinérant, ne se rendait que de façon occasionnelle au siège de l'entreprise pour l'exercice de sa prestation de travail et disposait d'un véhicule de société pour intervenir auprès des clients de l'entreprise répartis sur sept départements du Grand Ouest éloignés de son domicile, ce qui le conduisait, parfois, à la fin d'une journée de déplacement professionnel, à réserver une chambre d'hôtel afin de pouvoir reprendre, le lendemain, le cours des visites programmées.
- Elle a ainsi fait ressortir que, pendant les temps de trajet ou de déplacement entre son domicile et les premier et dernier clients, le salarié devait se tenir à la disposition de l'employeur et se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles et a décidé à bon droit que ces temps devaient être intégrés dans son temps de travail effectif et rémunérés comme tel.
- Cass. soc. 23 novembre 2022 n° 20-21.924 FP-BR)

- **Astreinte**

- La Cour de justice de l'Union européenne juge que relève de la notion de "temps de travail effectif", au sens de la directive 2003/88, l'intégralité des périodes de garde, y compris celles sous régime d'astreinte, au cours desquelles les contraintes imposées au travailleur sont d'une nature telle qu'elles affectent objectivement et très significativement la faculté, pour ce dernier, de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités et de consacrer ce temps à ses propres intérêts. Inversement, lorsque les contraintes imposées au travailleur au cours d'une période de garde déterminée n'atteignent pas un tel degré d'intensité et lui permettent de gérer son temps et de se consacrer à ses propres intérêts sans contraintes majeures, seul le temps lié à la prestation de travail qui est, le cas échéant, effectivement réalisée au cours d'une telle période constitue du "temps de travail", aux fins de l'application de la directive 2003/88 (CJUE 9 mars 2021, C-344/19, D.J. c/Radiotelevizija Slovenija, points 37 et 38).

- Pour débouter le salarié de ses demandes à titre d'heures supplémentaires, l'arrêt retient que, conformément aux dispositions de la convention collective applicable, les dépanneurs de la société étaient tenus de se tenir en permanence ou à proximité immédiate des ou dans les locaux de l'entreprise, en dehors des heures et jours d'ouverture, afin de répondre sans délai à toute demande d'intervention. L'arrêt ajoute qu'il était constitué des équipes de trois ou quatre dépanneurs, munis d'un téléphone qui intervenaient à la demande du dispatcheur, lequel contrairement aux autres salariés, était spécialement affecté à la réception continue des appels d'urgence. L'arrêt en déduit que ces périodes étaient des astreintes et non pas des permanences constituant un temps de travail effectif.
- En se déterminant ainsi, alors que le salarié invoquait le court délai d'intervention qui lui était imparti pour se rendre sur place après l'appel de l'utilisateur, sans vérifier si le salarié avait été soumis, au cours de ses périodes d'astreinte, à des contraintes d'une intensité telle qu'elles avaient affecté, objectivement et très significativement, sa faculté de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels n'étaient pas sollicités et de vaquer à des occupations personnelles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. Cass. soc. 26 octobre 2022 n° 21-14.178 FS-BR

- **le paiement des heures supplémentaires**
- La Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'un litige collectif portant sur l'enregistrement du temps de travail journalier et des éventuelles heures supplémentaires réalisées, est venue affirmer, dans un arrêt du 14 mai 2019 (C-55/18), que « les articles 3, 5 et 6 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lus à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de l'article 4, paragraphe 1, de l'article 11, paragraphe 3, et de l'article 16, paragraphe 3, de la directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui, selon l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence nationale, n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur ».

- Dans les motifs de son arrêt, la Cour de justice précise que :
- - contrairement à un système mesurant la durée du temps de travail journalier effectué, les moyens de preuve pouvant être produits par le travailleur, tels que, notamment, des témoignages ou des courriers électroniques, afin de fournir l'indice d'une violation de ses droits et entraîner ainsi un renversement de la charge de la preuve, ne permettent pas d'établir de manière objective et fiable le nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire effectuées par le travailleur, compte tenu de sa situation de faiblesse dans la relation de travail (points 53 à 56) ;
- - afin d'assurer l'effet utile des droits prévus par la directive 2003/88 et du droit fondamental de chaque travailleur à une limitation de la durée maximale de travail et à des périodes de repos journalières et hebdomadaires consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, les Etats membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur, avec toutefois une marge d'appréciation dans la mise en œuvre concrète de cette obligation pour tenir compte des particularités propres à chaque secteur d'activité concerné et des spécificités de certaines entreprises (points 60 à 63).

- Prenant en compte cette décision, la chambre sociale décide, sans modifier l'ordre des étapes de la règle probatoire, puisque, conformément à l'article 6 du code de procédure civile, tout demandeur en justice doit rapporter des éléments au soutien de ses prétentions, d'abandonner la notion d'étalement, pouvant être source de confusion avec celle de preuve, en y substituant l'expression de présentation par le salarié d'éléments à l'appui de sa demande. Il est enfin rappelé que, lorsqu'ils retiennent l'existence d'heures supplémentaires, les juges du fond évaluent souverainement, sans être tenus de préciser le détail de leur calcul, l'importance de celles-ci et les créances salariales s'y rapportant
- Dans un arrêt du 18 mars 2020 la Chambre sociale (N° 18-10.919) est venue rappeler que les juges du fond doivent apprécier les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande au regard de ceux produits par l'employeur et ce afin que les juges, dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un minimum de précision, se livrent à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, ce qui est en définitive la finalité du régime de preuve partagée.

- Puis de manière encore plus récente, par un arrêt du 27 janvier 2021 (17-31.046) la Cour de cassation Chambre sociale a précisé que :
- *« En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.*
- *Fait peser sur le seul salarié et viole l'article L. 3171-4 du code du travail, la cour d'appel qui, pour rejeter la demande au titre des heures supplémentaires, retient que le décompte produit est insuffisamment précis en ce qu'il ne précise pas la prise éventuelle d'une pause méridienne, alors qu'il résultait de ses constatations, d'une part, que le salarié présentait des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, d'autre part, que ce dernier ne produisait aucun élément de contrôle de la durée du travail. »*

- **Le dépassement de la durée maximale de travail**

- Vu l'article L. 3121-35, alinéa 1^{er} du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, interprété à la lumière de l'article 6 b) de la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 Selon lequel au cours d'une même semaine, la durée du travail ne peut dépasser quarante-huit heures.
- Il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire fixée à l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 constitue, en tant que tel, une violation de cette disposition, sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique (CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, Fuß c. Stadt Halle, point 53). Cette directive poursuivant l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant, le législateur de l'Union a considéré que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire, en ce qu'il prive le travailleur d'un tel repos, lui cause, de ce seul fait, un préjudice dès lors qu'il est ainsi porté atteinte à sa sécurité et à sa santé (CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, Fuß c. Stadt Halle, point 54). La Cour de Justice de l'Union européenne a précisé que c'est au droit national des États membres qu'il appartient, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, d'une part, de déterminer si la réparation du dommage causé à un particulier par la violation des dispositions de la directive 2003/88 doit être effectuée par l'octroi de temps libre supplémentaire ou d'une indemnité financière et, d'autre part, de définir les règles portant sur le mode de calcul de cette réparation (CJUE, 25 novembre 2010, Fuß c. Stadt Halle, C-429/09, point 94).

- Dans cette affaire, l'employeur n'avait pas respecté les 48 heures maximales de temps de travail hebdomadaires, ce qui caractérise là encore la violation de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003. La décision de la Cour de cassation vise expressément l'arrêt précité de la CJUE selon lequel « *le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire fixée à l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 constitue, en tant que tel, une violation de cette disposition, sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique* » (CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-243/09, Fuß c. Stadt Halle).
- Cass. soc., 26 janv. 2022, n° 20-21.636 FS-B

- **Durée maximale de travail et mi-temps thérapeutique**
- [Cass. soc., 14 déc. 2022, n° 21-21.411 D](#)
- La Cour de cassation applique pour la première fois la notion de « préjudice nécessaire » au dépassement des durées maximales du temps de travail d'un salarié en mi-temps thérapeutique, dans un arrêt du 14 décembre 2022. Autrement dit, la violation des durées du temps de travail maximales en matière de mi-temps thérapeutique entraîne un préjudice au salarié qu'il n'a pas besoin de prouver.
- **La mise en œuvre du droit de l'union**
- Pour caractériser l'existence du préjudice nécessaire, « *une disposition d'une directive de l'Union européenne d'effet direct* » devrait être concernée C'est le cas dans notre affaire.

- La durée maximale du temps de travail est fixée par l'article L. 3121-35, alinéa 1er, du Code du travail. Ce texte assure la transposition de l'article 6 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail qui poursuit l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant. Dans cette logique, « *le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire, en ce qu'il prive le travailleur d'un tel repos, lui cause, de ce seul fait, un préjudice dès lors qu'il est ainsi porté atteinte à sa sécurité et à sa santé* » (CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-243/09, Fuß c. Stadt). Le salarié n'a donc pas besoin de démontrer très exactement en quoi ces horaires chargés lui ont porté préjudice. Dans la droite ligne de ce raisonnement, l'arrêt commenté affirme que « *le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation* ». Il s'appuie sur « *l'article L. 3121-35, alinéa 1er, du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, interprété à la lumière de l'article 6 b) de la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003* ». Une disposition d'une directive de l'Union européenne est donc bien concernée, ce qui justifie une nouvelle application de la jurisprudence sur le « préjudice nécessaire ».

-

Cour Appel de Grenoble 16/03/2023 n°21/02048 :

Il est dès lors mis à la charge du Gouvernement français une obligation particulière dans le cadre de l'application de l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT par le Conseil d'administration de l'OIT. Il s'ensuit que si le juge national n'a pas le pouvoir de vérifier que le barème institué par l'article L. 1235-3 du code du travail garantit au salarié ayant fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse jugé compatible avec l'article 10 de la convention OIT n°158 une indemnisation adéquate de son préjudice dans le cadre de cet accord international, un salarié est fondé à solliciter que le barème soit écarté au regard du préjudice dont il justifie, dans un litige l'opposant à son employeur, à raison de l'absence d'examen à intervalles réguliers par le Gouvernement, en concertation avec les partenaires sociaux, des modalités du dispositif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-3, de façon à assurer que les paramètres d'indemnisation prévus par le barème permettent, dans tous les cas, une réparation adéquate du préjudice subi pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il est d'ailleurs important de souligner que dans l'arrêt précité, la Cour de cassation a jugé les barèmes compatibles avec l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT mais ne les a pas jugés conformes ; ce qui implique que ceux-ci sont susceptibles de devoir faire l'objet d'adaptation.

Lesdits barèmes sont entrés en vigueur le 24 septembre 2017 et aucune évaluation n'a été faite de ceux-ci dans les conditions sus-mentionnées de sorte qu'il manque une condition déterminante pour que les barèmes de l'article L. 1235-3 du code du travail puissent trouver application dans le litige soumis à la juridiction si bien qu'il y a lieu de les écarter purement et simplement.

Il appartient en conséquence souverainement au juge d'apprécier l'étendue du préjudice causé au salarié par la perte injustifiée de son emploi en motivant l'indemnité allouée conformément à l'article L. 1235-1 du code du travail devant lui assurer une réparation adéquate au sens de l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT.