

Revue de jurisprudence

SOLAIZE – 7 novembre 2023

Rémunération variable : inopposabilité des objectifs rédigés en anglais

- ▶ Le salarié peut obtenir un rappel de rémunération variable si les documents fixant les objectifs ne sont pas rédigés en français, sauf s'il est démontré qu'ils ont été reçus de l'étranger ou destinés à des étrangers.
- ▶ Doivent être rédigés en français les documents comportant des obligations pour le salarié et les dispositions dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail. Toutefois, cette règle peut être écartée dans le cas de documents reçus de l'étranger ou destinés à des étrangers.
- ▶ Remarque : Ce principe est issu de l'article L. 1321-6 du code du travail.
- ▶ La Cour de cassation en apporte une nouvelle illustration concernant des documents fixant les objectifs de salariés percevant une rémunération variable déterminée en fonction de ceux-ci.
- ▶ S'il n'est pas démontré que ces documents sont reçus de l'étranger ou destinés à des étrangers, les objectifs rédigés en anglais sont inopposables au salarié. Celui-ci peut ainsi demander un rappel de rémunération variable.

-
- ▶ Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle concernant une entreprise filiale d'une société américaine que l'inopposabilité s'applique même si la langue anglaise est la langue utilisée dans l'entreprise.
 - ▶ Remarque : Cette solution a déjà été rendue dans un arrêt récent (Cass. soc., 7 juin 2023, n° 21-20.322 : voir l'actualité du 16 juin 2023).
 - ▶ Outre, l'inopposabilité des documents rédigés en langue étrangère, l'employeur risque également l'amende prévue pour les contraventions de 4e classe (D. n° 95-240, 3 mars 1995, art. 3), c'est-à-dire une amende pouvant aller jusqu'à 750 € pour une personne physique et 3 750 € pour une personne morale.

 - ▶ Cass. soc., 11 oct. 2023, n° 22-13.770

L'employeur peut utiliser comme élément de preuve une photographie provenant du compte Messenger du salarié

- ▶ Pour rappel, le principe du « droit à la preuve », tiré des articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (droit à un procès équitable et droit au respect de la vie privée et familiale) et consacré par la jurisprudence de la CEDH (CEDH, 10 oct. 2006, L.L. c/ France, n° 7508/02), consiste à accepter la production d'un mode de preuve a priori non admissible en mettant en balance les intérêts que le secret protège et les autres intérêts en jeu, c'est-à-dire dès lors qu'une telle atteinte à la vie privée est proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence.
- ▶ La Chambre sociale de la Cour de cassation a fait, pour la première fois en 2020 en matière de réseaux sociaux, application de ce principe (Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058).

-
- ▶ Dans deux arrêts du 4 octobre 2023, elle a l'occasion de confirmer sa position.
 - ▶ Dans ces affaires, deux infirmières avaient été licenciées pour faute grave. Il leur était reproché, entre autres, d'avoir participé à une séance photo en maillot de bain sur leur lieu de travail et pendant leurs horaires de travail. Ces faits avaient été révélés par une aide-soignante appartenant au même groupe privé « Messenger » que la salariée et sur lequel avait été postées les photographies.
 - ▶ Remarque : l'aide-soignante attestait que lors de soirées arrosées, les infirmières s'étaient prises en photographie en maillot de bain dans le service des urgences, photographies partagées sur groupe Messenger auquel elle appartenait.

-
- ▶ Les salariées contestent leur licenciement reposant, selon elles, sur des photos privées issues d'une messagerie instantanée dont elles n'avaient pas autorisé la diffusion. Elles estiment que la production de cette preuve portant atteinte à leur vie privée n'est pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de leur employeur et n'est pas proportionnée au but poursuivi.
 - ▶ La cour d'appel reçoit toutefois ces éléments de preuve.
 - ▶ Les salariées se pourvoient alors en cassation. Leur pourvoi est rejeté.

-
- ▶ La Cour de cassation rappelle que l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant, lorsque cela lui est demandé, apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté 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, en l'espèce la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la protection des patients, confiés aux soins des infirmières employées dans son établissement.
 - ▶ C'était bel et bien le cas dans ces affaires. Ces photographies ont donc pu légitimement être produites aux débats et révèlent un comportement contraire aux obligations professionnelles des salariées.
 - ▶ Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 21-25.452
 - ▶ Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 22-18.217

Preuve illicite

- ▶ Un employeur ne peut pas, en principe, rapporter la preuve de la réalité de la faute d'un salarié en se fondant sur un enregistrement obtenu irrégulièrement. Pour pouvoir user de cette preuve illicite, l'employeur doit invoquer expressément que le rejet de cette preuve porterait atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble (Cass. soc., 4-10-23, n°22- 18105).

Les règles de computation de la convocation à l'entretien préalable sont précisées

- ▶ Selon l'article L.1232-2 du Code du travail, l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation. Peu importe que le salarié ait réceptionné tardivement la lettre recommandée.

-
- ▶ Le délai de convocation à l'entretien préalable
 - ▶ Lorsque l'employeur envisage de licencier un salarié, il doit dans un premier temps le convoquer à un entretien préalable (C. trav., art. L. 1232-2) afin de lui présenter les griefs qui lui sont reprochés et instaurer un dialogue avec l'intéressé. Le législateur a voulu que le salarié soit averti suffisamment à l'avance de l'objet de l'entretien pour pouvoir y réfléchir et recourir éventuellement à l'assistance, soit d'un membre du personnel, soit d'un conseiller du salarié.

-
- ▶ Cette formalité substantielle de la procédure de licenciement est prévue dans « le seul intérêt » du salarié qui peut donc choisir de ne pas y assister (Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-44.670). Dans cette même logique, le salarié ne saurait renoncer au délai impératif institué par les textes (Cass. soc., 28 juin 2005, n° 02-47.128). L'employeur, lui, n'a pas le choix et doit respecter un certain nombre de règles prévues aux articles L. 1232-2 et suivants du Code du travail. Parmi elles, le délai de convocation à l'entretien préalable de licenciement figure en bonne place.

-
- ▶ Si avant l'ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004, les textes (C. trav., art. L. 122-14, ancien) ne prévoyaient aucun délai pour les entreprises dotées d'institutions représentatives du personnel, de sorte que la jurisprudence exigeait que le salarié soit « averti suffisamment à l'avance du moment et de l'objet de l'entretien pour organiser sa défense » (Cass. soc., 13 juin 1991, n° 89-45.843), il en va différemment depuis. L'article L. 1232-2 ne laisse pas place au doute : « L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation. » Quelles sont les règles de computation de ce délai et que se passe-t-il lorsque le salarié réceptionne tardivement la lettre recommandée ? Ces questions sont au cœur de l'arrêt du 6 septembre rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation.

-
- ▶ Lorsque le salarié réceptionne tardivement la lettre recommandée. Dans cette affaire, une « employée de réserve » fait l'objet d'une procédure de licenciement. L'employeur adresse une lettre recommandée avec AR à un entretien préalable à un éventuel licenciement le 10 janvier 2018. L'entretien est fixé le 24 janvier. Le 12 janvier, date de la présentation de la lettre recommandée, la salariée est absente. La lettre est finalement réceptionnée le 22 janvier, soit deux jours avant la tenue de l'entretien.
 - ▶ Pour la Cour d'appel de Grenoble, la procédure est irrégulière. Le délai de cinq jours ouvrables n'a pas été respecté car seulement deux jours ont séparé la réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable au déroulement de l'entretien. La salariée n'a clairement pas eu le temps d'organiser sa défense.
 - ▶ La chambre sociale de la Cour de cassation censure cette argumentation. Le délai de cinq jours avait commencé à courir le 13 janvier, soit le jour suivant la date de la première présentation de la lettre, « en sorte qu'à la date de l'entretien fixé au 24 janvier suivant, la salariée avait bénéficié d'un délai de cinq jours ouvrables pleins ». Ce qui compte, ce n'est pas le retrait de la lettre de convocation mais la date de sa présentation.

-
- ▶ Cinq jours pleins. Dans cette affaire, la chambre sociale apporte deux précisions sur le délai de convocation à l'entretien préalable, confirmant une jurisprudence constante :
 - ▶ le délai de cinq jours commence à courir le lendemain de la présentation de la lettre recommandée ;
 - ▶ le délai est de cinq jours ouvrables.
 - ▶ [Cass. soc., 6 sept. 2023, n° 22-11.661 B](#)

Mention d'une convention collective dans le contrat de travail : elle vaut reconnaissance de son application au salarié

- ▶ Cass. soc., 5 juill. 2023, n° 22-10.424 B
- ▶ Dans un arrêt publié du 5 juillet 2023, la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle que le salarié peut demander l'application de la convention collective mentionnée dans son contrat de travail, quand bien même elle ne correspondrait pas à l'activité principale de l'entreprise.

Procédure abusive

- ▶ Une action en justice ne peut, sauf circonstances particulières qu'il appartient au juge de spécifier, constituer un abus de droit, lorsque sa légitimité a été reconnue par la juridiction du premier degré. Il importe peu que cette décision soit infirmée en appel (Cass. soc., 11-10-23, n°21-25870).

Egalité de traitement

- ▶ L'expérience professionnelle acquise auprès d'un précédent employeur, ainsi que les diplômes, ne peuvent justifier une différence de salaire qu'au moment de l'embauche (et non au cours de la relation de travail) et qu'à la condition qu'ils soient en relation avec les exigences du poste et les responsabilités effectivement exercées (Cass. soc., 11-10-23, n°22-17222)

Des infractions commises avec la voiture de fonction ne suffisent pas à justifier un licenciement

- ▶ Un motif tiré de la vie personnelle peut parfois justifier un licenciement disciplinaire.
- ▶ Mais la Cour de cassation, dans une affaire jugée le 4 octobre, a estimé que tel n'est pas le cas s'agissant d'infractions routières commises hors du temps de travail avec le véhicule de l'entreprise, notamment car aucun rattachement à la vie professionnelle ne pouvait être constaté. (Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 21-25.421, F-B)
- ▶ En principe et selon une jurisprudence constante, un fait imputé au salarié ne peut constituer une faute s'il relève de sa vie personnelle (par ex. : Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256, FS-PB). Un licenciement disciplinaire n'est alors pas envisageable. Des exceptions toutefois : si ce fait constitue un manquement à une obligation découlant de son contrat de travail (Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464, FS-PB) ou encore s'il se rattache à la vie professionnelle (Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-43.823, P). Si un salarié commet des infractions au code de la route avec son véhicule de fonction, et sur son trajet domicile-travail, entre-t-il dans le cadre de ces exceptions ? Et bien non pour la Cour de cassation, qui s'appuie sur éléments de contexte pour motiver sa décision.

-
- ▶ Des infractions commises hors du temps de travail...
 - ▶ En l'espèce le salarié, mécanicien, avait commis 4 infractions au code de la route alors qu'il conduisait un véhicule de fonction sur le trajet de son lieu de travail. Estimant que ces faits se rattachaient à sa vie professionnelle, l'employeur l'a licencié. Un licenciement considéré comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse par la cour d'appel et la Cour de cassation qui relèvent que les faits reprochés n'avaient pas été réalisés lors du temps de travail effectif (ce que l'employeur ne contestait pas). En effet, le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail est, par principe, hors du temps de travail effectif (C. trav., art. L. 3121-4, al. 1 ; Cass. soc., 5 nov. 2003, n° 01-43.109, FS-PBRI). Ainsi, même si le salarié était en route pour son travail, il était constaté que les infractions « avaient été commises durant les temps de trajet durant lesquels le salarié n'était pas à la disposition de l'employeur ». Un premier élément permettant d'écarter le rattachement à la vie professionnelle, peu important donc que la voiture de fonction ait été utilisée.
 - ▶ ... sans dommage sur l'outil de travail, et sans incidence sur les obligations du salarié
 - ▶ Second élément justifiant la décision de la Cour en faveur du salarié : « l'outil de travail mis à sa disposition n'avait subi aucun dommage ». Si cela est clairement énoncé dans l'arrêt, c'est qu'à l'inverse, elle a déjà pu juger récemment que lorsqu'un salarié en état d'ébriété provoque un accident de la circulation au volant de son véhicule de fonction, alors « gravement endommagé », son licenciement repose bien sur une faute grave (Cass. soc., 19 janv. 2022, n° 20-19.742). Mais tel n'est pas le cas ici, et ce d'autant moins que « le comportement de l'intéressé n'avait pas eu d'incidence sur les obligations découlant de son contrat de travail en tant que mécanicien ».
 - ▶ « De ces constatations et énonciations, dont il ressortait que les infractions au code de la route ne pouvaient être regardées comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat, ni comme se rattachant à sa vie professionnelle, la cour d'appel a exactement déduit que ces faits de la vie personnelle ne pouvaient justifier un licenciement disciplinaire ».
 - ▶ Remarque : cette nouvelle affaire montre bien que lorsqu'il s'agit d'une voiture de fonction et d'infractions routières, la frontière entre vie professionnelle et vie personnelle est mince. Par exemple, la Haute cour a reconnu le licenciement disciplinaire dans le cas d'un salarié en congé maladie qui avait prêté à un tiers, sans lui avoir remis la carte grise, un véhicule appartenant à son employeur et qui n'était assuré qu'à son seul profit. Ce fait se rattachait selon elle à la vie professionnelle de l'entreprise en ce qu'il était de nature à mettre en cause l'employeur (Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 09-40.695). En conclusion, seul le contexte compte.
 - ▶ Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 21-25.421, F-B

Rejet d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la garantie d'évolution de rémunération des représentants du personnel

- ▶ La Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, considère que la garantie d'évolution de rémunération des représentants du personnel et syndicaux titulaires de mandats "importants" ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, ne méconnaît pas le principe d'égalité et assure l'effectivité de l'exercice de la liberté syndicale. (Cass. soc. QPC, 10 oct. 2023, n° 23-13.261)
- ▶ La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social (« loi Rebsamen ») a créé plusieurs dispositifs de valorisation des parcours syndicaux. En effet, le représentant du personnel ou syndical est avant tout un salarié, mais l'exercice de son mandat peut avoir des conséquences sur sa carrière professionnelle, et notamment sur son évolution salariale. C'est pourquoi, l'article L. 2141-5-1 du code du travail prévoit une garantie d'évolution de rémunération pour les représentants du personnel et syndicaux disposant d'un crédit d'heures important, sur le modèle de la garantie salariale applicable aux femmes revenant de congé maternité prévue par l'article L. 1225-26 du code du travail.
- ▶ Elle est également appelée « garantie d'évolution salariale » ou encore « garantie de non-discrimination salariale ».
- ▶ Titulaire de plusieurs mandats réclamant l'application de la garantie d'évolution de rémunération
- ▶ Dans cette affaire, un salarié est titulaire de plusieurs mandats pendant plus de 3 ans (membre du CHSCT, délégué du personnel et représentant syndical au comité d'établissement).
- ▶ Ses mandats débutent en juin 2015, et en avril 2016, le salarié interroge l'employeur sur la possibilité de bénéficier de la garantie de rémunération prévue par l'article L. 2141-5-1 du code du travail. L'employeur l'informe immédiatement que la mise en œuvre de cette garantie ne s'apprécie qu'au terme des mandats.
- ▶ En 2019, estimant être victime de discrimination syndicale, le salarié saisit la juridiction prud'homale afin d'obtenir de l'employeur le paiement de diverses sommes de nature salariale et indemnitaire. Le conseil de prud'hommes déboute le salarié mais la cour d'appel infirme ce jugement et ordonne notamment à l'employeur de communiquer au salarié le montant correspondant aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues par les techniciens de niveau et d'ancienneté comparable à celle du salarié entre le début et la fin de son mandat, et de procéder, au vu de ces éléments, au réexamen de la rémunération du salarié au mois d'octobre 2018 (fin de son mandat) en application des dispositions de l'article L. 2141-5-1 du code du travail.

-
- ▶ Remarque : cette solution, sur laquelle la Cour de cassation ne revient pas, tranche une question sur l'interprétation de cet article. En effet, l'évolution de rémunération doit être au moins égale, « sur l'ensemble de la durée du mandat », aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles. Que cela signifie-t-il ? L'employeur doit-il seulement s'assurer que le niveau d'évolution salariale de ces représentants du personnel est conforme au texte à l'issue du mandat ou doit-il faire ce calcul chaque année, en cours de mandat ? Les commentateurs s'orientaient vers la première solution, ce que confirme la décision de la cour d'appel. C'est bien à l'issue du mandat que le réexamen de la rémunération du représentant est effectué, et elle se calcule sur l'ensemble de la période couvrant son mandat.

-
- ▶ L'employeur forme un pourvoi en cassation contre cette décision et demande notamment de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause la validité des dispositions de l'article L. 2141-5-1, comme portant atteinte aux articles 2, 4 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (principe d'égalité devant la loi, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle et droit de propriété), en ce qu'elles garantissent à ces salariés une évolution de leur rémunération qui n'est aucunement individualisée.
 - ▶ Refus de renvoi au Conseil constitutionnel : question ne présentant pas un caractère sérieux
 - ▶ La Cour de cassation reconnaît que la disposition contestée est applicable au litige car elle concerne une demande au titre de la garantie d'évolution salariale dont bénéficient les représentants du personnel et syndicaux titulaires de mandats importants.
 - ▶ Cette disposition n'a pas été déclarée conforme à la Constitution, cependant, la question posée n'est pas nouvelle, explique la Cour de cassation, et ne présente pas un caractère sérieux.
 - ▶ Elle n'est donc pas renvoyée au Conseil constitutionnel. La Cour de cassation procède à l'analyse de ces dispositions.
 - ▶ Aucune méconnaissance du principe d'égalité devant la loi
 - ▶ La Cour de cassation commence par expliquer que « le salarié, investi d'un mandat représentatif du personnel ou d'un mandat syndical, qui dispose d'un nombre d'heures de délégation dépassant sur l'année 30 % de sa durée du travail n'est pas dans la même situation que le salarié qui n'est titulaire d'aucun mandat ou qui dispose d'un nombre d'heures de délégation ne dépassant pas 30 % de sa durée de travail et les dispositions contestées, qui ne soumettent pas à des règles différentes des personnes placées dans une situation identique, ne méconnaissent pas le principe d'égalité devant la loi ».

-
- ▶ quels mandats prendre en compte pour déterminer si le représentant dépasse les 30 % d'heures de délégation de sa durée du travail ?
 - ▶ L'article L. 2141-5-1 vise les « salariés mentionnés aux 1° à 7° de l'article L. 2411-1 et aux articles L. 2142-1-1 et L. 2411-2 ». Ces renvois n'ont pas été modifiés par l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au CSE, mais les articles visés ont de leur côté évolué.
 - ▶ Ainsi, si l'on s'en tient strictement aux renvois, sont concernés : les délégués syndicaux, les membres élus à la délégation du personnel du CSE, les représentants syndicaux au CSE, les représentants de proximité, les membres de la délégation du personnel du CSE interentreprises, les membres du groupe spécial de négociation (GSN) et membres du comité d'entreprise européen, les membres du GSN et représentant au comité de la société européenne, les représentants de la section syndicale.
 - ▶ Ont donc été ajoutés au texte d'origine les représentants de proximité et des membres du CSE interentreprises, mais les membres du GSN et les représentants au comité de la société coopérative européenne et au comité de la société issue de la fusion transfrontalière ont disparu. Une autre question se pose concernant ces renvois : signifient-ils que seuls ces mandats sont pris en compte dans le calcul du mandat dit « important » ? ou faut-il inclure tous les salariés titulaires d'au moins un de ces mandats et inclure dans le décompte tous les mandats dont ils disposent effectivement ? La seconde option nous paraît plus prudente en l'absence de précisions.
 - ▶ A noter dans tous les cas qu'il s'agit bien des heures de délégation dont disposent les représentants, et pas seulement des heures effectivement prises, et il faut bien sûr cumuler les heures de délégation si le salarié est titulaire de plusieurs mandats. A titre d'exemple, pour un salarié à temps complet, c'est-à-dire à 1 607 heures annuelles, les 30 % correspondent aux titulaires de mandat disposant de $1607 \times 30 / 100 = 482$ heures, soit 40 heures mensuelles de délégation.

▶ **Effectivité de l'exercice de la liberté syndicale, sans atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre**

- ▶ Pour se prononcer sur l'atteinte à la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle et au droit de propriété, la Cour de cassation s'appuie sur un autre texte constitutionnel. Elle précise en effet que « l'article L. 2141-5-1 du code du travail, dont les dispositions ne sont applicables qu'en l'absence d'accord collectif de branche ou d'entreprise plus favorable, tend à favoriser le dialogue social par la présence de représentants syndicaux et de représentants du personnel au sein des entreprises et ainsi à assurer l'effectivité de l'exercice de la liberté syndicale et du droit des travailleurs à participer à la détermination collective des conditions de travail, découlant des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, en garantissant aux salariés protégés qui disposent d'un nombre d'heures de délégation dépassant sur l'année 30 % de leur durée du travail, pendant la durée de leur mandat, une évolution de rémunération au moins égale aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant cette période par les salariés relevant de la même catégorie et dont l'ancienneté est comparable ou, à défaut de tels salariés, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues dans l'entreprise, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, à la liberté contractuelle et au droit de propriété de l'employeur ».

-
- ▶ concernant les modalités de calcul de cette garantie de rémunération, il nous semble que pour grande partie, les précisions apportées par la circulaire de 2007 relative à l'application de la loi du 23 mars 2006 sur l'égalité salariale entre les femmes et les hommes concernant le rattrapage salarial dû aux salariées en retour de congé maternité peuvent s'appliquer à la garantie salariale des représentants du personnel, les deux dispositifs étant très proches. Cependant une différence importante demeure : le mandat a en général une durée plus importante que le congé maternité. Il convient donc d'adapter ces règles à cette durée notamment dans la comparaison avec les salariés de la même catégorie. La circulaire donne des réponses sur le périmètre à prendre en compte, la notion de rémunération et de catégorie ([Circ. 19 avr. 2007, NOR : SOCK0751799C : JO, 17 mai](#)). A noter également, concernant une éventuelle disposition conventionnelle sur ce sujet, que la Cour de cassation a précisé que la disposition de l'accord d'entreprise prévoyant un mécanisme de garantie d'évolution de rémunération ne peut s'appliquer qu'à compter du premier mandat acquis par le salarié postérieurement à l'accord ([Cass. soc., 20 juin 2018, n° 17-12.491](#)). Les faits tranchés par cette décision sont antérieurs à l'entrée en vigueur du dispositif de garantie salariale, mais cette solution devrait toutefois s'appliquer.
[Cass. soc. QPC, 10 oct. 2023, n° 23-13.261](#)

Travail de nuit : il y a droit à réparation dès lors que la durée hebdomadaire maximale est dépassée

- ▶ Dans la droite lignée de plusieurs arrêts récents sur le non-respect des durées du travail, la Cour de cassation se montre très claire concernant les travailleurs de nuit : « le dépassement de la durée hebdomadaire maximale de travail du travailleur de nuit ouvre, à lui seul, droit à la réparation ». (Cass. soc., 27 sept. 2023, n° 21-24.782, F-B)
- ▶ Pour rappel, des règles spécifiques quant aux durées maximales de travail existent en présence de travailleurs de nuit. Ainsi pour eux la durée maximale hebdomadaire de travail, calculée sur une période de 12 semaines consécutives, ne peut dépasser 40 heures en principe (C. trav., art. L. 3122-7). Toutefois, et sous certaines conditions, un accord d'entreprise, d'établissement ou de branche peut prévoir le dépassement de cette durée lorsque les caractéristiques propres à l'activité d'un secteur le justifient (C. trav., art. L. 3122-18). Mais qu'advient-il si le plafond de la durée hebdomadaire de travail n'est pas respecté ? Le salarié peut-il être indemnisé ? C'est ce que tranche la chambre sociale dans un arrêt du 27 septembre.
- ▶ Une nouvelle exception au fait qu'un préjudice est nécessaire pour pouvoir être indemnisé
- ▶ En 2016, la chambre sociale, s'alignant sur la jurisprudence des autres chambres de la Cour de cassation ainsi que sur celle du Conseil d'État, avait fixé une règle générale sans ambiguïté : tout manquement de l'employeur doit en principe causer un préjudice au salarié pour ouvrir droit à des dommages-intérêts (Cass. soc., 13 avr. 2016, n° 14-28.293). Mais depuis, de nombreuses exceptions ont été dégagées. Cette affaire en est un nouvel exemple.
- ▶ En l'espèce, un conducteur de transports ayant le statut de travailleur de nuit avait, suite à son licenciement, demandé le paiement d'une indemnité pour non-respect des durées maximales de travail. Selon sa convention collective, la durée du travail effectif hebdomadaire calculée sur une période quelconque de 12 semaines consécutives ne pouvait pas excéder 46 heures, durée régulièrement dépassée selon l'intéressé. Pour rejeter sa demande, la cour d'appel avait notamment retenu qu'il ne justifiait pas d'un préjudice distinct de celui réparé au titre du repos compensateur. Fin de non-recevoir pour la Cour de cassation, qui réaffirme que « le dépassement de la durée maximale de travail ouvre, à lui seul, droit à la réparation ».

▶ Une exception prévisible, et qui pourrait encore se généraliser

- ▶ Pas de surprise dans le raisonnement tenu par la Cour, puisqu'elle avait déjà suivi le même à plusieurs reprises concernant le dépassement des durées maximales hebdomadaire (Cass. soc., 26 janv. 2022, n° 20-21.636) et quotidienne de travail (Cass. soc., 11 mai 2023, n° 21-22.281) des travailleurs « de jour ».
- ▶ Pour elle, les dispositions du code du travail sur le travail de nuit participent de l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs et le respect effectif des limitations de durées maximales de travail concrétisé par les directives européennes 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et 2002/15/CE relative à l'aménagement du temps de travail des personnes exécutant des activités mobiles de transport routier. De plus, en vertu de l'article 1315 (devenu 1353) du code civil, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. « Il en résulte que la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne et des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur », or la cour d'appel n'avait pas constaté que ce dernier justifiait avoir respecté la durée hebdomadaire maximale de travail du travailleur de nuit.
- ▶ Logiquement et au vu des arrêts précédents en la matière, la solution dégagée pourrait bien, dans de prochaines affaires, s'étendre aux cas de non-respect de la durée maximale quotidienne de travail des travailleurs de nuit. A suivre donc...

▶ Cass. soc., 27 sept. 2023, n° 21-24.782, F-B

Impossible d'imposer une modification du contrat à un salarié qui acquiert le statut protecteur pendant la procédure disciplinaire

- ▶ **Impossible d'imposer une modification du contrat à un salarié qui acquiert le statut protecteur pendant la procédure disciplinaire**
- ▶ L'employeur ne peut imposer une modification de ses conditions de travail sans son accord à une salariée qui s'est portée candidate aux élections professionnelles, et ce même si cette candidature est postérieure à la convocation de la salariée à l'entretien préalable à la sanction disciplinaire.
- ▶ **Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 22-12.922**
 - ▶ Qu'elle résulte d'une sanction disciplinaire ou d'un autre motif, il est impossible d'imposer à un salarié protégé une modification de son contrat ou de ses conditions de travail sans son accord. Cette règle conserve toute sa vigueur, même si la jurisprudence s'est assouplie et considère que le refus d'un simple changement des conditions de travail d'un salarié protégé peut constituer une faute, à l'instar des salariés « ordinaires ».
 - ▶ Cette décision publiée de la Cour de cassation du 4 octobre 2023 le confirme dans un cas particulier inédit. Ainsi, qu'en est-il si le salarié acquiert le statut protecteur pendant la procédure disciplinaire, à l'origine de ladite modification du contrat ou des conditions de travail ?

-
- ▶ En matière de modification du contrat ou des conditions de travail, peu importe que la candidature soit postérieure à la convocation
 - ▶ La Cour de cassation est d'accord avec les juges du fond. Elle rappelle sa jurisprudence constante : « il résulte des articles L. 1221-1, L. 1231-1 et L. 2411-1 du code du travail qu'aucune modification de son contrat de travail ou changement de ses conditions de travail ne peut être imposé à un salarié protégé. En cas de refus par celui-ci de cette modification ou de ce changement, l'employeur doit poursuivre le contrat de travail aux conditions antérieures ou engager la procédure de licenciement en saisissant l'autorité administrative d'une demande d'autorisation de licenciement » .
 - ▶ Or, poursuit la chambre sociale, « ayant constaté qu'au moment où il a imposé une mutation à la salariée l'employeur avait connaissance de sa candidature aux élections professionnelles, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'employeur ne pouvait lui imposer de modification de ses conditions de travail sans son accord, peu important que cette candidature soit postérieure à la convocation de la salariée à l'entretien préalable à la sanction disciplinaire ».
 - ▶ En d'autres termes, la modification ne peut être imposée à la salariée quoi qu'il arrive, et ce même si l'acquisition de son statut protecteur est postérieure à la convocation à l'entretien. C'est donc la date de la notification de la modification du contrat ou des conditions de travail qui compte.
 - ▶ C'est le cas ici, la salariée se porte candidate aux élections professionnelles après la convocation à l'entretien disciplinaire, mais avant la notification de la sanction, laquelle constitue une modification de ses conditions de travail. Elle refuse cette mutation, et l'employeur la lui impose néanmoins.
 - ▶ Remarque : à noter que si l'employeur avait opté pour le licenciement disciplinaire à l'issue de l'entretien, il n'aurait pas eu à respecter la procédure protectrice. Dans ce cas, c'est en effet la date d'envoi de la convocation à l'entretien préalable qui compte (par exemple, Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 08-41.633 ; CE, 31 mars 2014, n° 363967) : elle n'était pas salariée protégée à ce moment-là, l'employeur n'a donc pas à demander l'autorisation de la licencier à l'inspecteur du travail.

 - ▶ Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 22-12.922

CTT suivi d'un CDD dans la même entreprise utilisatrice : le fait de ne pas respecter de délai de carence n'entraîne pas la requalification en CDI

- ▶ L'entreprise utilisatrice qui conclut un CDD immédiatement après un CTT ne respecte pas le délai de carence nécessaire en cas de succession de contrats. La requalification en CDI du dernier CDD n'est pas encourue, faute d'être expressément prévue par le code du travail. (Cass. soc., 27 sept. 2023, n°21-21.154)
- ▶ Dans un arrêt du 27 septembre, la Cour de cassation se penche, pour la première fois, sur la question de savoir si l'entreprise utilisatrice qui n'a pas respecté, avant de réengager le même salarié, un délai de carence entre le dernier CTT conclu et le CDD qui lui a succédé pouvait être sanctionnée par la requalification en CDI.
- ▶ Il s'agissait, en l'espèce, d'un plombier qui avait été mis à disposition d'une entreprise utilisatrice par plusieurs CTT pour accroissement temporaire d'activité du 7 septembre au 6 novembre 2015. La même entreprise utilisatrice l'avait engagé comme plombier-chauffagiste par CDD, toujours pour accroissement temporaire d'activité, le 6 novembre 2015 (jour de terme du dernier CTT) jusqu'au 12 février 2016.
- ▶ Quelques mois plus tard, il saisit la juridiction prud'homale afin d'obtenir la requalification de son CDD en CDI. La cour d'appel le déboute au motif que le code du travail ne prévoit pas, la requalification en CDI à l'égard de l'entreprise utilisatrice qui a conclu un CDD immédiatement après un CTT. En effet, l'article L.1251-40 du code du travail qui énumère les cas dans lesquels la requalification en CDI doit s'appliquer, ne vise pas l'article L.1251-36 imposant un délai de carence à l'expiration d'un CTT avant de conclure un nouveau contrat (CDD ou CTT).

-
- ▶ Le salarié réfute cette argumentation et forme un pourvoi en cassation. Il fait valoir que le recours à des contrats de mission successifs pour faire face à un accroissement temporaire d'activité nécessite de respecter le délai de carence prévu par ce texte. En l'occurrence comme les contrats avec l'entreprise utilisatrice s'étaient succédés sans interruption, il y avait lieu de requalifier le premier de ces contrats en CDI à l'égard de celle-ci.
 - ▶ La Cour de cassation rejette le pourvoi du salarié et confirme ainsi l'interprétation stricte de l'article L.1251-40 du code du travail proposée par la cour d'appel. Elle énonce tout d'abord qu'aucune disposition régissant le travail temporaire ne prévoit, dans le cas d'une succession entre un CTT et un CDD avec la même entreprise utilisatrice la sanction de la requalification en CDI pour non-respect du délai de carence. Elle en conclut, qu'il était donc logique que la cour d'appel rejette la demande de requalification du salarié pour inobservation par l'entreprise utilisatrice, de ce délai.
 - ▶ Si les juges ont considéré qu'aucune sanction n'était encourue sur le plan civil, l'entreprise utilisatrice qui ne respecte pas de délai de carence à l'expiration d'un CTT pourrait faire l'objet de sanctions pénales prévues par l'article L.1255-9 du code du travail (soit une amende de 3 750 euros ; en cas de récidive, un emprisonnement de 6 mois et une amende de 7 500 euros).
 - ▶ Remarque : si la succession de contrats avait concerné des CDD, l'on peut penser que la situation aurait été différente. L'article L.1245-1 du code du travail prévoit la requalification du CDD en CDI pour l'employeur qui a conclu un nouveau CDD sur le même poste à l'issue du précédent sans avoir respecté de délai de carence. Ce texte cite les articles L.1244-3 et L.1244-3-1 qui fixent le principe et la durée de ce délai.

 - ▶ Cass. soc., 27 sept. 2023, n°21-21.154

Arrêts récents en matière de discrimination

▶ Communication de documents nominatifs

▶ Dans une affaire du 1er juin 2023, la Cour de cassation a pu décider que " la communication des noms, prénoms, était indispensable et proportionnée au but poursuivi qui est la protection du droit à la preuve de salariés éventuellement victimes de discrimination et que la communication des bulletins de salaire avec les indications y figurant étaient indispensables et les atteintes à la vie personnelle proportionnées au but poursuivi ". À cet égard, les salariés ont également obtenu la communication d'un tableau récapitulatif portant sur un panel de comparaison, celle-ci étant jugée nécessaire. La chambre sociale précise également que la cour d'appel n'était pas tenue de s'expliquer sur chaque mention des bulletins de salaire dont la cancellation ne lui était pas demandée.

▶ Cass. soc., 1er juin 2023, n° 22-13.238, n° 636 F-B

▶ Preuve plus lourde pour l'employeur

▶ Lorsque le licenciement du salarié demandant l'organisation d'élections professionnelles sans mandat syndical est jugé sans cause réelle et sérieuse, l'employeur doit démontrer que cette rupture n'est pas une mesure de rétorsion à la demande du salarié. La charge de la preuve se trouve donc inversée. L'employeur doit alors prouver qu'il n'y a pas de lien entre le licenciement du salarié et sa demande.

▶ Cass. soc., 28 juin 2023, n° 22-11.699, n° 769 Recrutement

▶ Exclure du processus de recrutement un candidat refusant de révéler son âge peut être discriminatoire. C'est ce que retient la Cour de cassation dans une affaire où le dossier d'une candidate avait été écarté du processus de recrutement après qu'elle avait refusé de communiquer sa date de naissance à l'employeur potentiel. Il n'avait pas été établi en quoi la date de naissance de la candidate était "objectivement et raisonnablement justifié par un but légitime", ni démontré que la décision de l'employeur d'exclure la candidate du processus de sélection suite à son refus de communiquer cette fameuse date de naissance était "nécessaire et approprié".

▶ Cass. soc., 6 sept. 2023, n° 22-15.514

▶ Évolution professionnelle

▶ Être rémunéré sous les minima conventionnels, sans évaluation professionnelle ni formation pendant plusieurs années peut révéler l'existence d'une discrimination. Le salarié avait établi ces faits sur une période de 13 ans, mais l'employeur n'avait pas prouvé que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

▶ Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-12.931

▶ Relation de travail

▶ Le fait de désigner une salariée « la Libanaise », soit directement devant elle, soit en son absence, constitue un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'origine de la salariée. La chambre sociale rappelle, à ce propos, que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés, comme l'avait exigé la cour d'appel.

▶ Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-16.130

▶ Situation de famille

▶ Le fait d'imposer à deux compagnons travaillant dans le même service des horaires décalés allant jusqu'à l'empêchement de la prise de repos en commun est discriminatoire. Dans l'affaire qui lui est soumise, le Défenseur des droits estime qu'il ressort des éléments que l'entreprise a bien appliqué un usage au sein de la société consistant à ne pas faire travailler ensemble au service client des salariés ayant un lien de parenté ou en couple. Il considère que cet usage est discriminatoire. Les salariés n'ont, en effet, aucune obligation de préciser la teneur de leur relation, ni au moment de leur embauche, ni pendant l'exécution de leurs contrats de travail. L'employeur ne peut pas non plus prendre en compte la situation de famille d'un salarié pour arrêter des décisions le concernant, notamment en matière de mutation ou d'horaires de travail. Il en tire une discrimination liée à la situation de famille, l'employeur ne rapportant pas la preuve que ces décisions étaient justifiées par des éléments objectifs et licites étrangers à toute discrimination.

▶ Décision n° 2023-0001, 23 juin 2023 : JO, 12 sept. Voir notre article.

Barème Macron : l'Europe demande à la France de revoir sa copie

- ▶ **Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe recommande au gouvernement français de modifier sa législation relative à l'indemnisation du licenciement abusif.**
- ▶ A la suite des réclamations contre la France présentées entre mars 2018 et mai 2019 par plusieurs syndicats et des rapports qui lui ont été transmis par le Comité européen des droits sociaux (CEDS), le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation à destination de l'État français relative au barème Macron que les juges nationaux sont contraints d'appliquer, depuis septembre 2017, pour fixer le montant de l'indemnisation à accorder aux salariés victimes d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et qui a été validé à plusieurs reprises par la Cour de cassation.
- ▶ Le CEDS n'ayant jamais ménagé ses critiques ...
- ▶ Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) estime que les plafonds du barème, prévus par l'article L. 1235-3 du code du travail, ne sont pas suffisamment élevés pour réparer le préjudice subi par la victime et être dissuasifs pour l'employeur. En outre, le juge ne dispose que d'une marge de manoeuvre étroite dans l'examen des circonstances individuelles des licenciements injustifiés. Pour cette raison, le préjudice réel subi par le salarié en question lié aux circonstances individuelles de l'affaire peut être négligé et, par conséquent, ne pas être réparé. Par ailleurs, les autres voies de droit sont limitées à certains cas. Le Comité considère que le droit à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée au sens de l'article 24.b de la Charte sociale européenne n'est ainsi pas garanti (CEDS, déc., 23 mars 2022, n° 160/2018). Ce qu'il a confirmé dans une décision du 5 juillet 2022 (CEDS, déc., 5 juill. 2022, n° 175/2019), soit postérieurement aux premiers arrêts rendus en la matière par la Cour de cassation le 11 mai 2022 et validant l'application du barème (Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-14.490 ; Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-15.247). La Cour de cassation, dans le communiqué accompagnant les arrêts précités, avait pris soin de préciser que les décisions du CEDS ne produisaient aucun effet contraignant en droit français, sa saisine n'ayant pas de caractère juridictionnel. Et elle avait ajouté que l'article 24 de la Charte sociale européenne n'avait pas d'effet direct, les employeurs et les salariés ne pouvant pas s'en prévaloir devant le juge en charge de trancher leur litige.

-
- ▶ ... le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en vient aux recommandations
 - ▶ Sensible à ces critiques, le Comité recommande au gouvernement français :
 - ▶ – de poursuivre ses efforts visant à garantir que le montant des dommages et intérêts pécuniaires et non pécuniaires accordés aux victimes de licenciement injustifié sans motif valable soit dissuasif pour l'employeur, afin d'assurer la protection des travailleurs contre ces licenciements injustifiés ;
 - ▶ – de réexaminer et modifier, le cas échéant, la législation et les pratiques pertinentes afin de garantir que les indemnités accordées dans les cas de licenciement abusif, et tout barème utilisé pour les calculer, tiennent compte du préjudice réel subi par les victimes et des circonstances individuelles de leur situation ;
 - ▶ – de rendre compte des décisions et mesures prises pour se conformer à la présente recommandation dans le rapport sur le suivi des décisions relatives aux réclamations collectives, à fournir dans deux ans.
 - ▶ Remarque : notons que les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe permettent de donner aux gouvernements membres des pistes d'action, des lignes directrices. Cependant, elles ne sont en aucun cas contraignantes, mais simplement incitatives. En d'autres termes, elles ne s'imposent pas aux États membres. Malgré cela, le Comité des ministres a la possibilité de suivre la mise en œuvre des recommandations édictées et peut ainsi demander aux gouvernements membres de l'informer des suites qui auront été données à ces dernières.

 - ▶ Recommandation CM/RecChS(2023)3, 6 sept. 2023

La Cour de cassation valide à nouveau le barème Macron

- ▶ Une cour d'appel vient d'être censurée par la Cour de cassation pour avoir octroyé le double de l'indemnisation maximale prévue par le code du travail en cas de licenciement injustifié.
- ▶ La question de la conformité du barème Macron, instauré en 2017, aux normes internationales, et particulièrement à l'article 10 de la convention 158 de l'organisation internationale du travail (OIT) et à l'article 24 de la charte sociale européenne ont divisé les conseils de prud'hommes, saisis depuis septembre 2018 par des salariés contestant l'application du barème Macron.
- ▶ Ces textes internationaux exigent en la matière « une indemnité adéquate ou une réparation appropriée ». Des droits qui, encore aujourd'hui pour certains conseils de prud'hommes et certaines cours d'appel, sont incompatibles avec le respect des plafonds d'indemnisation imposés par ce barème. Et ce, malgré les deux avis rendus le 17 juillet 2019 par la Cour de cassation (Cass. avis, 17 juill. 2019, n° 19-70.010 ; Cass. avis, 17 juill. 2019, n° 19-70.011), qui avait alors notamment estimé :
 - ▶ – que les dispositions relatives au barème étaient compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT, d'application directe en droit interne, qui prévoient une « indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée » en cas de licenciement injustifié ;
 - ▶ – et que les dispositions de la Charte sociale européenne n'étaient, elles, pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers.
- ▶ Position que la Cour de cassation a depuis reprise dans deux arrêts du 11 mai 2022 (Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-14.490 ; Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-15.247) puis, plus récemment, dans un arrêt du 6 septembre dernier.
- ▶ Cass. soc., 6 sept. 2023, n° 22-10.973

-
- ▶ Dans cette dernière affaire, une salariée ayant 5 ans d'ancienneté est licenciée par une entreprise de plus de 10 salariés. Elle obtient devant la cour d'appel des dommages et intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse représentant 12 mois de salaire, soit le double du maximum prévu par le barème Macron. Les juges relèvent que l'intéressée n'avait aucun diplôme, qu'elle n'avait retrouvé, depuis son licenciement, qu'un emploi à temps partiel et qu'elle était âgée de 58 ans. Ils estiment que, dans ces circonstances, l'application du barème ne permet pas une réparation adéquate et appropriée du préjudice subi.
 - ▶ Mais, une fois de plus, la Cour de cassation s'oppose à un tel raisonnement.
 - ▶ Elle réaffirme que les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention 158 de l'OIT, qui prévoit qu'en cas de licenciement injustifié le juge doit pouvoir ordonner le versement d'une indemnité adéquate au salarié.
 - ▶ Remarque : pour mémoire, selon l'article L. 1235-3 du code du travail, si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés par le barème.
 - ▶ Elle ajoute qu'il appartenait seulement à la cour d'appel « d'apprécier la situation concrète de la salariée pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux » fixés par ce barème.

La clause de non-concurrence d'un an, renouvelable une fois par l'employeur, est nulle

- ▶ La jurisprudence admet la validité d'une clause de non-concurrence si, elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et qu'elle comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière. Dernière condition à remplir : elle doit être limitée dans l'espace et dans le temps. C'est sur ce dernier point que la Cour de cassation vient d'apporter des éclaircissements dans un arrêt du 13 septembre 2023.
- ▶ La question était la suivante : la clause de non-concurrence d'une durée d'un an par laquelle l'employeur se réserve, la faculté de la renouveler pour la même durée que sa durée initiale, peut-elle être considérée comme limitée dans le temps ? La Cour de cassation répond sans ambiguïté qu'une telle clause n'est pas valable.
- ▶ L'affaire concerne un l'employeur qui avait saisi la juridiction prud'homale reprochant à un salarié de ne pas avoir respecté la clause de non-concurrence inscrite à son contrat après sa démission.
- ▶ La cour d'appel avait fait droit à sa demande considérant que la clause litigieuse était licite : elle était limitée dans le temps à deux ans au maximum. De plus, le salarié en était informé depuis le début de la relation contractuelle et au moment de la rupture du contrat de travail. Il ne pouvait donc pas soutenir avoir été maintenu dans l'incertitude de sa durée d'application.
- ▶ Le salarié conteste cette analyse et se pourvoit en cassation. Il invoque que la clause est nulle dans la mesure où l'employeur se réserve la possibilité de prolonger sa durée d'application d'un an après sa durée initiale.
- ▶ La Cour de cassation valide son raisonnement et casse l'arrêt. En effet, n de concurrence pour une durée égale à la durée initiale est nulle ». Par conséquent, la Cour de cassati« la clause incluse dans le contrat de travail aux termes de laquelle l'employeur se réserve seul la faculté, après la rupture du contrat de travail qui fixe le droit des parties, de renouveler la durée de l'interdiction considère qu'une telle clause n'est pas limitée dans le temps. Elle n'est pas valable car elle ne remplit pas une condition essentielle.

- ▶ Cass. soc., 13 sept. 2023, n°21-12.006

Résiliation judiciaire : le juge doit prendre en compte tous les faits invoqués par le salarié même les anciens

- ▶ La Cour de cassation indique que l'action en résiliation judiciaire peut être introduite par le salarié tant que le contrat n'est pas rompu, et ce quelle que soit la date des faits invoqués dans la demande.
- ▶ La jurisprudence admet de longue date que le salarié puisse demander, devant la juridiction prud'homale, la résiliation de son contrat de travail aux torts de l'employeur lorsque celui-ci a commis des manquements suffisamment graves pour rendre impossible la poursuite de son contrat de travail.
- ▶ Dans un arrêt du 27 septembre 2023, la Cour de cassation revient sur les conditions de recevabilité de cette action, plus précisément sur la question de savoir quels faits les juges peuvent prendre en compte lors de l'examen de la demande de résiliation.
- ▶ La Haute-Cour avait déjà indiqué qu'ils doivent examiner l'ensemble des griefs invoqués par le salarié, quelle que soit leur ancienneté. Ce qui tendait à prouver qu'ils ne pouvaient pas rejeter certains motifs parce qu'ils étaient anciens et prescrits (Cass. soc., 30 juin 2021, n° 19-18.533).
- ▶ La Cour de cassation vient de confirmer cette position dans un arrêt récent concernant une salariée engagée en 1990. Elle avait introduit une demande de résiliation judiciaire 25 ans après son embauche reprochant à son employeur de ne pas avoir organisé de visite de reprise devant le médecin du travail après que celui-ci l'ait informé, par courrier daté du 23 février 2009, avoir eu connaissance de son classement en invalidité 2e catégorie.
- ▶ La cour d'appel avait déclaré sa demande irrecevable considérant qu'elle était prescrite le 26 mars 2015 (jour de l'introduction de la demande de résiliation). Elle avait fixé le point de départ de ce délai au 23 février 2009 (date du courrier de l'employeur au salarié).
- ▶ La salariée estime au contraire que la date des faits invoqués lors de sa demande était sans importance puisque le contrat de travail était toujours en cours au moment de l'introduction de celle-ci. Elle conteste cette décision.
- ▶ La Cour de cassation lui donne raison.
- ▶ Reprenant le principe posé dans sa décision du 21 janvier 2021, elle indique que l'action en résiliation judiciaire peut être introduite tant que le contrat n'est pas rompu, et ce quelque soit la date des faits invoqués dans la demande.
- ▶ Elle casse l'arrêt reprochant à la cour d'appel d'avoir considéré que les faits litigieux étaient prescrits. Selon elle, elle aurait dû examiner le bien-fondé de la demande de résiliation judiciaire sans tenir compte de la date des griefs invoqués dans sa demande.
- ▶ Cass. soc., 27 sept. 2023, n°21-25.973

Être rémunéré sous les minimas conventionnels, sans évaluation professionnelle ni formation pendant plusieurs années peut révéler l'existence d'une discrimination

- ▶ Dans cette affaire, un salarié, responsable de rayon dans un magasin de grande distribution alimentaire, saisit la juridiction prud'homale de différentes demandes et, notamment, d'une reconnaissance de discrimination.
- ▶ Il établit :
 - ▶ – qu'il était l'un des seuls salariés à être rémunéré en dessous du seuil conventionnel ;
 - ▶ – et qu'il n'a bénéficié ni d'entretiens annuels d'évaluation professionnelle ni d'une quelconque formation en treize ans d'ancienneté dans l'entreprise.
- ▶ Même s'ils lui allouent un rappel de salaire pour non-respect des minima conventionnels, les juges du fond rejettent sa demande. Ils considèrent que le salarié ne démontre pas l'existence d'un lien entre ces faits et les motifs de discrimination invoqués, à savoir son état de santé et son origine.
- ▶ La Cour de cassation estime, au contraire, que le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. La cour d'appel aurait ainsi dû rechercher si l'employeur prouvait que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
- ▶ Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-12.931

Exclure du processus de recrutement un candidat refusant de révéler son âge est potentiellement discriminatoire

- ▶ La Cour de cassation accueille favorablement la demande d'une candidate à un emploi s'estimant discriminée en raison de son âge : son dossier avait été écarté du processus de recrutement après qu'elle avait refusé de communiquer sa date de naissance à l'employeur potentiel.
- ▶ Dans cette affaire, la candidate, qui a postulé à la RATP par CV anonymisé, est présélectionnée pour un poste d'animateur agent mobile et convoquée à une journée de test. N'étant pas disponible le jour prévu, elle prend contact avec la RATP afin de convenir d'une nouvelle date. Dans des circonstances non détaillées dans l'arrêt, la RATP lui demande à cette occasion sa date de naissance mais, la salariée n'ayant pas voulu la lui communiquer, elle refuse de la convoquer une nouvelle fois.
- ▶ L'âge, une donnée sensible ?
- ▶ La candidate, soutenue par le Défenseur des droits, saisit la justice pour discrimination fondée sur l'âge et relève à ce sujet l'incohérence de la RATP, qui a instauré une Charte de la Diversité garantissant notamment l'anonymat de la phase de sélection des candidatures et affirme veiller "à une pratique professionnelle du recrutement respectueuse de l'égalité des chances de tous dans l'accès à tous ses emplois".
- ▶ Sa demande est rejetée par les juges du fond qui estiment que la phase d'anonymat a pris fin dès la première convocation de la candidate à une journée de présélection et rappellent qu'il est "d'usage courant" que les entreprises ou les administrations utilisent la donnée de l'âge (dont la collecte n'est pas interdite par la CNIL) pour vérifier l'identité des personnes qui les sollicitent.
- ▶ L'âge n'est pas considéré comme une donnée sensible ne pouvant être collectée ou utilisée par une entreprise ou une organisation sans l'accord exprès des intéressés. Figurent en revanche au rang des données sensibles les opinions politiques, l'appartenance syndicale, les convictions religieuses ou philosophiques ...
- ▶ Ils précisent par ailleurs que, ne connaissant pas l'âge de l'intéressée, la RATP ne pouvait la discriminer pour ce motif et qu'elle avait en tout état de cause un motif légitime pour demander leur date de naissance aux candidats "au regard des exigences d'âge requises pour l'accès éventuel au statut". En gage de sa bonne foi, la régie avait d'ailleurs produit un listing des agents récemment embauchés par tranche d'âge, le plus âgé d'entre eux ayant 56 ans. Or, la demandeuse en avait elle-même 57...

-
- ▶ Différences de traitement fondées sur l'âge : elles doivent être objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime
 - ▶ L'affaire remonte devant la Cour de cassation, qui rappelle tout d'abord que "des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination, lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés" (articles L. 1132-1 et L. 1133-2 du code du travail).
 - ▶ Or, elle constate que les juges du fond ont statué sans établir en quoi le fait que la RATP ait besoin de connaître la date de naissance de la candidate était "objectivement et raisonnablement justifié par un but légitime" et qu'ils n'ont pas non plus démontré que la décision de la RATP d'exclure la candidate du processus de sélection suite à son refus de communiquer cette fameuse date de naissance était "nécessaire et approprié".
 - ▶ L'arrêt d'appel est cassé et l'affaire renvoyée devant la même Cour d'appel (Paris) autrement composée pour être rejugée sur le fond.

 - ▶ Cass. soc., 6 sept. 2023, n° 22-15.514

Les congés payés non pris lors du départ en congé parental ne sont plus perdus

- ▶ Se conformant au droit européen, la Cour de cassation décide désormais que le salarié qui n'a pas réussi à prendre tous ses congés payés avant de partir en congé parental peut en bénéficier après sa reprise du travail.
- ▶ Une salariée dont le contrat de travail a été suspendu pour cause de maladie, puis de congé pathologique et prénatal du 1er au 19 août 2018 et en raison d'un congé maternité du 20 août suivant au 16 février 2019 et enfin d'un congé parental d'éducation à compter du 17 février, a saisi, quelques mois après la rupture conventionnelle de son contrat de travail, le conseil de prud'hommes afin d'obtenir une indemnité compensatrice au titre de congés payés non pris.
- ▶ Déboutée, conformément à la législation et la jurisprudence alors en vigueur, l'intéressée s'est pourvue en cassation. L'occasion pour la Haute Cour de revenir sur cette jurisprudence.
- ▶ Une position de la Cour de cassation défavorable au salarié...
- ▶ Jusqu'à présent, selon la jurisprudence française, le salarié partant en congé parental d'éducation sans avoir pris ses congés payés perdait le bénéfice de ces derniers. Partant du principe que seule l'impossibilité de prendre les congés du fait de l'employeur peut donner lieu à indemnisation, la Cour de cassation jugeait, en effet, que, la décision du salarié de prendre un congé parental s'imposant à l'employeur, l'intéressé rendait lui-même impossible l'exercice de son droit à congés et ne pouvait donc pas prétendre à une indemnité pour les congés non pris (notamment : Cass. soc., 5 mai 1999, n° 97-41.241 ; Cass. soc., 28 janv. 2004, n° 01-46.314).
- ▶ Remarque : il en allait toutefois différemment si l'employeur avait mis le salarié dans l'impossibilité de prendre le solde de ses congés payés avant son départ en congé parental (Cass. soc., 2 juin 2004, n° 02-42.405).

-
- ▶ et contraire au droit de l'Union européenne...
 - ▶ Cette solution, sévère pour le salarié, était contraire au droit européen.
 - ▶ Ainsi, aux termes de la clause 5 (Droits en matière d'emploi et de non-discrimination), point 2 de l'accord-cadre révisé sur le congé parental figurant à l'annexe de la directive 2010/18/UE du 8 mars 2010, les droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental sont maintenus en l'état jusqu'à la fin dudit congé, et ces droits s'appliquent à l'issue de celui-ci.
 - ▶ Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, notamment, que la clause 2, point 6 de l'accord-cadre sur le congé parental du 14 décembre 1995, qui figure à l'annexe de la directive 96/34/CE du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental, telle que modifiée par la directive 97/75/CE du 15 décembre 1997 – qui a été repris dans la directive 2010/18/UE précitée –, s'oppose à une disposition nationale selon laquelle les travailleurs, faisant usage de leur droit au congé parental, perdent, à l'issue de ce congé, des droits à congés annuels payés acquis durant l'année précédant la naissance de leur enfant (CJUE, 22 avr. 2010, aff. 486/08).
 - ▶ ... aujourd'hui abandonnée
 - ▶ Le pourvoi formé en l'espèce par la salariée, qui invoquait expressément la clause 5 de l'accord-cadre figurant à l'annexe de la directive 2010/18/UE du 8 mars 2010, a fourni à la Cour de cassation l'occasion de se mettre en conformité avec le droit européen.
 - ▶ Par un arrêt de revirement du 13 septembre 2023, la chambre sociale de la Cour de cassation, après avoir rappelé les éléments de droit européen visés ci-dessus ainsi que sa jurisprudence selon laquelle il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congés payés, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement (Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929 ; Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-18.898), juge désormais qu'il résulte des articles L. 3141-1 et L. 1225-55 du Code du travail, interprétés à la lumière de la directive 2010/18/UE que, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année de référence en raison de l'exercice de son droit au congé parental, les congés payés acquis à la date du début du congé parental doivent être reportés après la date de reprise du travail.

 - ▶ Cass. soc., 13 sept. 2023, n° 22-14.043

Quel point de départ pour la prescription de l'action en paiement de l'indemnité de congés payés ?

- ▶ La Cour de cassation applique la jurisprudence européenne et décide que, lorsque, dans un litige relatif aux congés payés, l'employeur oppose la prescription, celle-ci ne peut être admise que s'il démontre avoir accompli toutes les diligences qui lui incombent légalement pour mettre le salarié en mesure d'exercer effectivement son droit à congé.
- ▶ Une personne ayant collaboré avec un institut de formation de mars 2001 à juin 2018 saisit le conseil de prud'hommes le 28 septembre 2018 d'une demande de reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail et de diverses demandes salariales et indemnitaires. Déboutée en première instance, elle obtient partiellement satisfaction devant la cour d'appel. Son statut d'enseignante en CDI est reconnu, la rupture intervenue le 20 juin 2018, annulée, sa réintégration, prononcée ; une indemnité d'éviction lui est allouée, ainsi que des rappels de salaires, de primes et d'indemnité au titre des congés payés 2015-2016, 2016-2017 et 2017-2018.
- ▶ Toutefois, l'enseignante réclamait des indemnités compensatrices de congés payés à compter de la période de référence 2005-2006. Déboutée sur ce point par la cour d'appel en application de la jurisprudence classique de la Cour de cassation, elle forme un pourvoi et permet à la Haute Juridiction de faire évoluer sa jurisprudence dans le sens fixé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).
- ▶ La prescription court à l'expiration de la période de prise des congés...
- ▶ Le paiement des indemnités de congés payés étant soumis aux règles applicables au paiement des salaires (C. trav., art. D. 3141-7), l'action en paiement est soumise à la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail applicable aux salaires.

-
- ▶ Remarque : selon ce texte, dans sa version applicable depuis le 14 juin 2013, l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par 3 ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La demande peut porter sur les sommes dues au titre des 3 dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des 3 années précédant la rupture du contrat. Auparavant, c'est la prescription quinquennale issue de l'article 2224 du code civil qui s'appliquait.

 - ▶ En jugeant prescrite la demande d'indemnité de congés payés afférente à des périodes de référence antérieures aux 3 années couvertes par la prescription triennale, la cour d'appel a fait application de la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle le point de départ de la prescription de l'action en paiement de l'indemnité de congés débute à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés auraient pu être pris (Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-17.409 , Cass. soc., 29 mars 2017, n° 15-22.057).
 - ▶ ... si l'employeur a mis le salarié en mesure d'exercer ce droit
 - ▶ La jurisprudence européenne s'oppose à la perte des congés si l'employeur a été défaillant
 - ▶ Dans un arrêt du 22 septembre 2022, la CJUE a jugé que la perte du droit au congé annuel payé à la fin d'une période de référence, ou d'une période de report, ne peut intervenir qu'à la condition que l'employeur ait mis le travailleur en mesure d'exercer ce droit en temps utile (CJUE, 22 sept. 2022, aff. 120/21).
 - ▶ Remarque : pour la CJUE, il ne saurait être admis, sous prétexte de garantir la sécurité juridique, que l'employeur puisse invoquer sa propre défaillance, à savoir avoir omis de mettre le travailleur en mesure d'exercer effectivement son droit au congé annuel payé, pour en tirer bénéfice dans le cadre du recours de ce travailleur en lui opposant la prescription de ce droit.

-
- ▶ La chambre sociale complète sa jurisprudence
 - ▶ Tirant les enseignements de cet arrêt de la CJUE, la chambre sociale juge désormais que, lorsque l'employeur oppose la fin de non-recevoir tirée de la prescription, le point de départ du délai de prescription de l'indemnité de congés payés doit être fixé à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés payés auraient pu être pris dès lors que l'employeur justifie avoir accompli les diligences qui lui incombent légalement afin d'assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé.
 - ▶ Remarque : la chambre sociale s'appuie sur la règle de preuve précédemment posée en matière de congés payés suivant laquelle il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement (Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929 ; Cass. soc., 21 sept. 2017 n° 16-18.898).
 - ▶ Le juge doit vérifier si l'employeur justifie avoir accompli les diligences qui lui incombent légalement
 - ▶ La chambre sociale censure l'arrêt d'appel pour violation de la loi. Elle reproche au juge du fond de ne pas avoir constaté que l'employeur justifiait avoir accompli les diligences mises à sa charge par le code du travail. Le juge devra donc vérifier que l'employeur est bien en mesure d'opposer la prescription à l'action du salarié.
 - ▶ Dorénavant, l'employeur ne pourra soulever la prescription de l'action en paiement d'indemnités compensatrices de congés payés que s'il démontre avoir satisfait à ses obligations d'information des salariés sur la période de prise de congés et sur l'ordre des départs. À défaut, la prescription n'aura pas commencé à courir.
 - ▶ En l'espèce, la sanction pourrait être sévère pour l'employeur si la cour d'appel de renvoi constatait que l'employeur n'a pas permis à la salariée de prendre l'intégralité de ses droits à congés payés pendant 10 ans.

 - ▶ Cass.soc., 13 sept. 2023, n°22-10.529,

Tout arrêt de travail pour maladie ou accident ouvre droit à congés payés

- ▶ Se conformant à la réglementation européenne, la Cour de cassation décide d'écarter partiellement les dispositions des articles L.3141-3 et L.3141-5 du code du travail et juge désormais que le salarié malade acquiert des congés payés pendant les périodes de suspension du contrat de travail pour maladie non professionnelle et pour accident du travail au-delà d'un an.
- ▶ Contrairement au droit européen, le code du travail ne prend en compte, pour le calcul des congés payés, ni les périodes d'absence pour maladie non professionnelle ni celles pour maladie ou accident d'origine professionnelle au-delà d'un an. La chambre sociale de la Cour de cassation alertait les pouvoirs publics dès son Rapport annuel de 2013 sur la nécessité d'une réforme des articles L. 3141-3 et L. 3141-5 du code du travail, lesquels ne sont pas conformes à l'article 7 de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 et à l'article 31 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Sans intervention du législateur, le juge français ne peut pas, en application de la directive 2003/88/CE, écarter les effets d'une disposition nationale contraire dans un litige entre des particuliers, et donc entre un salarié et un employeur de droit privé (Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285).
- ▶ Remarque : la directive est en revanche directement applicable dans les relations entre salariés et un employeur public ou un employeur privé assurant la gestion d'un service public (Cass. soc., 22 juin 2016, n° 15-20.111).
- ▶ Mais en 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a précisé que l'article 31 § 2 de la Charte précité est directement invocable par un salarié dans un litige qui l'oppose à son employeur de droit privé, et que le juge national doit alors laisser inappliquée la réglementation nationale non conforme (CJUE 6 nov.2018 aff. 569/16). C'est ce que la Haute Juridiction rappelait dans son Rapport annuel au titre de l'année 2018 en appelant à nouveau de ses vœux une réforme. Elle précisait que la Direction générale du travail, compétente sur cette question, avait été sollicitée et n'avait pas donné de réponse en l'état (Rapport 2018 p. 98 s.).
- ▶ Remarque : l'État a été condamné récemment à indemniser des organisations syndicales pour retard de transposition de l'article 7 de la directive 2003/88/CE (CAA Versailles, 17 juill.2023, n°22VE00442).

-
- ▶ En l'absence de réaction du législateur, la chambre sociale réunie en formation plénière fait évoluer spectaculairement sa jurisprudence afin de garantir l'effectivité des droits à congé garantis par le droit européen. Dans deux arrêts du 13 septembre 2023, qui seront publiés au Bulletin des chambres civiles et au Rapport annuel de la Cour de cassation, elle décide de laisser inappliquées les règles contraires au droit européen. Elle juge que, désormais, le salarié peut acquérir des droits à congés payés pendant les périodes de suspension de son contrat de travail pour cause de maladie non professionnelle ou pour cause de maladie professionnelle ou accident du travail au-delà d'un an ininterrompu.
 - ▶ C'est la première fois, à notre connaissance, que la chambre sociale de la Cour de cassation met en œuvre ce mécanisme d'éviction d'une partie d'une disposition légale.
 - ▶ Selon nous, la solution s'applique dès maintenant aux litiges en cours. La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que la sécurité juridique ne pouvait pas faire obstacle à l'application d'une nouvelle jurisprudence (Cass. soc., 18- mai 2011, n° 09-72.959, Cass. soc., 10 avr. 2013, n° 12-16.225).
 - ▶ Remarque : se pose la question de la prescription applicable à l'action en rappel d'indemnité compensatrice de congés payés, laquelle a une nature salariale. Désormais, le point de départ du délai triennal ne doit être fixé à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés payés auraient pu être pris que si l'employeur justifie avoir accompli les diligences qui lui incombent légalement afin d'assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé (voir Cass. soc., 13 sept. 2023, n°22-10.529). Dans la mesure où l'employeur n'aura pas pris en compte les absences pour maladie dans le calcul des droits à congés payés avant ce revirement, doit-il être considéré comme n'ayant pas accompli les diligences à sa charge, empêchant ainsi les salariés de prendre leurs congés payés ? Dans l'affirmative la prescription n'aurait alors pas commencé à courir.
 - ▶ Les dispositions du code du travail...
 - ▶ La durée des congés payés est calculée en tenant compte du travail effectivement accompli...
 - ▶ L'article L. 3141-3 du code du travail lie le droit au congé à l'accomplissement d'un travail effectif en ces termes : « Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur. » Il en résulte que les périodes d'absence du salarié ne sont pas retenues pour le calcul du nombre de jours de congés payés. Le législateur a tempéré cette règle en assimilant certaines périodes d'absence à du travail effectif. C'est l'objet de l'article L. 3141-5 du code du travail en premier lieu et, au surplus, de nombreuses dispositions éparses.

-
- ▶ ... sauf assimilation des absences à du travail effectif
 - ▶ Aux termes de l'article L. 3141-5 précité, les périodes de suspension du contrat de travail en raison d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle sont assimilées à du travail effectif pour la détermination de la durée du congé, mais uniquement dans la « limite d'une durée ininterrompue d'un an » (C. trav., art. L. 3141-5, 5°). Au-delà d'un an, le salarié arrêté n'acquiert plus aucun droit à congés payés.
 - ▶ En revanche les périodes d'absence pour maladie d'origine non professionnelle ne sont pas visées parmi les absences assimilées énumérées à l'article L. 3141-5 du code du travail. Elles ne permettent donc pas d'acquérir des congés payés pendant toute la durée de l'arrêt de travail.
 - ▶ environ 200 conventions collectives prévoient des dispositions supra-légales et assimilent, sous conditions, tout ou partie des périodes d'absence pour maladie non professionnelle à du travail effectif pour l'acquisition des congés payés. C'est le cas par exemple de la convention collective nationale unique de la métallurgie, qui assimile l'absence pour maladie dans la limite de 2 mois par période de référence ou de Syntec à la condition que le salaire soit maintenu pendant l'arrêt de travail. Par ailleurs, la règle des équivalences permet à un salarié ayant été absent 4 semaines ou 20 jours au cours de la période de référence de bénéficier de la totalité de ses congés payés (C. trav. art. L 3141-4).

-
- ▶ ... qui sont contraires au droit européen...
 - ▶ L'article 7 de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, prévoit un droit à congés payés d'au moins 4 semaines par an. Ce droit à congé n'est pas affecté en cas d'absence du salarié pour raisons de santé au cours de la période d'acquisition des congés, le droit européen n'opérant aucune distinction entre les salariés absents pour maladie pendant la période de référence et ceux ayant effectivement travaillé pendant la période d'acquisition des congés (CJUE, 24 janv. 2012, aff. 282/10).
 - ▶ ... sont écartées par le juge national
 - ▶ Deux pourvois formés par des salariés, qui invoquaient expressément l'article 31 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, fournissent à la Cour de cassation l'occasion de se conformer au droit de l'Union. Par arrêts de revirement du 13 septembre 2023, la chambre sociale de la Cour de cassation, après avoir rappelé les éléments de droit européen visés ci-dessus et appliquant les solutions dégagées par la CJUE, constate qu'elle ne peut pas procéder à une interprétation du code du travail conforme au droit européen qui serait contra legem et, en conséquence, elle décide de laisser inappliquées les seules dispositions nationales non conformes.
 - ▶ S'agissant des absences pour maladie non professionnelle
 - ▶ La Cour écarte l'application des dispositions de l'article L. 3141-3 du code du travail en ce qu'elles subordonnent à l'exécution d'un travail effectif l'acquisition de droits à congés payés par un salarié dont le contrat de travail est suspendu par l'effet d'un arrêt de travail pour cause de maladie non professionnelle et juge que ce salarié peut prétendre à ses droits à congés payés au titre de cette période (1e espèce).
 - ▶ Et des absences au-delà d'un an s'agissant des AT/MP
 - ▶ Elle écarte également l'application des dispositions de l'article L.3141-5 du code du travail en ce qu'elles limitent à une durée ininterrompue d'un an les périodes de suspension du contrat de travail pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle assimilées à du temps de travail effectif pendant lesquelles le salarié peut acquérir des droits à congés payés et juge que le salarié peut prétendre à ses droits à congés payés au titre de la totalité de cette période (2e espèce).

-
- ▶ La solution concerne l'ensemble des congés payés
 - ▶ Le droit européen consacre un droit annuel à congés payés de 4 semaines. Mais la Cour de cassation précise que le principe de non-discrimination au regard de l'état de santé conduit à appliquer ce revirement aux 5 semaines légales de congés payés et aux congés conventionnels.
 - ▶ Remarque : selon nous, sont concernés les congés conventionnels pour ancienneté, en raison de l'âge ou d'un handicap. En revanche, la solution n'a pas d'impact sur le nombre de jours de repos ou RTT car la législation sur les congés payés n'est pas applicable en matière de durée du travail.
 - ▶ Quelles conséquences pour les entreprises ?
 - ▶ S'agissant de la période d'acquisition en cours, le revirement de jurisprudence conduit à tenir compte des absences pour maladie pour calculer le nombre de jours de congés payés en cours d'acquisition. Des précisions du ministère du travail seraient les bienvenues, de même qu'une modification législative.
 - ▶ S'agissant des périodes de référence antérieures, les entreprises doivent se poser la question d'une régularisation avec leurs conseils, qui aboutirait à l'octroi de jours de congés payés acquis.

-
- ▶ Concrètement, un salarié en arrêt maladie simple pendant 1,5 ans aurait acquis 45 jours de congés payés sur cette période (18 mois x 2,5) qu'il devrait prendre, à l'issue de son arrêt, sans que puisse lui être opposée la clôture de la période de prise des congés applicable dans l'entreprise car il doit bénéficier d'un droit au report (Cass. soc., 24 févr. 2009, n° 07-44.488 ; Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-43.767).
 - ▶ Remarque : le report du congé acquis non pris doit être effectif, ce dernier ne pouvant pas être remplacé par une compensation financière (Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 08-40.375).
 - ▶ Une des solutions pratiques pourrait passer par la possibilité de limiter la période de report des congés non pris. La jurisprudence européenne accepte en effet que le report des congés acquis soit limité dans le temps par une disposition nationale ou une convention collective car la finalité du droit au congé annuel payé (se reposer et disposer d'une période de détente et de loisirs) ne requiert pas d'accorder un droit à un cumul illimité de jours de congés ; la CJUE a jugé conforme une période de report de 15 mois (CJUE, 22 nov., 2011 aff. 214/10). La Cour de cassation admet également que la période de report des congés payés soit limitée dans le temps sous réserve de dépasser substantiellement la durée de la période de référence et précise qu'à défaut de limite légale, il n'appartient pas au juge d'en fixer une (Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-24.022). Un mécanisme de limitation du droit à report pourrait être mis en œuvre soit par le législateur, soit par convention ou accord collectif. À ce jour, le législateur n'a pas fixé de limite au report des congés payés acquis dans un tel cas de figure.

 - ▶ Cass. soc., 13 sept. 2023, n°22-17.340

 - ▶ Cass. soc., 13 sept. 2023, n°22-17.638

Congés payés et arrêt maladie : la Cour d'appel de Paris s'aligne sur la position de la Cour de cassation

- ▶ Dans deux arrêts du 27 septembre et du 12 octobre 2023, la cour d'appel de Paris fait l'une des premières applications de la solution dégagée le 13 septembre dernier par la Cour de cassation permettant aux salariés qui ont été en arrêt maladie de pouvoir bénéficier de congés payés au titre de ces périodes de suspension du contrat de travail.
- ▶ Afin de se mettre en conformité avec le droit de l'Union européenne, la Cour de cassation a rendu le 13 septembre 2023 plusieurs arrêts dans lesquels elle améliore les droits des salariés aux congés payés. Elle permet notamment l'acquisition de congés payés pendant un arrêt de travail pour maladie ou accident non professionnelle (Cass. soc., 13 sept. 2023, n°22-17.340).
- ▶ Saisie de deux litiges sur cette même thématique, la Cour d'appel de Paris s'aligne instantanément et logiquement sur cette nouvelle position.
- ▶ 6 000 euros d'indemnité compensatrice de congés payés dans la première affaire...
- ▶ Dans la première affaire jugée le 27 septembre 2023, une salariée avait été embauchée le 23 octobre 2008 ; son contrat de travail avait été plusieurs fois transféré en application de l'article L.1224-1 du code du travail. Pendant sa période d'activité, la salariée avait été placée en arrêt maladie à compter du 28 octobre 2017, arrêt régulièrement prolongé jusqu'à sa demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail le 25 février 2020. Par la suite, la société a été placée en liquidation judiciaire.
- ▶ Le conseil de prud'hommes avait rejeté sa demande le 13 novembre 2020. Ce rejet est confirmé en appel le 27 septembre dernier. En effet constatent les juges, le magasin dans lequel elle travaillait avait été transféré à une autre société en location-gérance à compter du 19 mai 2021. Dès lors, "à défaut d'être dirigée contre son actuel employeur, la demande de résiliation judiciaire de la salariée est mal fondée".
- ▶ La salariée, à cette occasion, demande le versement d'une indemnité compensatrice de congés payés. Pour ce faire, elle invoque la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne telle que résultant de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003. La salariée rappelle que ce texte et la jurisprudence "n'opèrent aucune distinction entre les travailleurs qui sont absents du travail en vertu d'un congé maladie, pendant la période de référence, et ceux qui ont effectivement travaillé au cours de ladite période".
- ▶ La cour d'appel fait droit à la demande de la salariée et écarte partiellement l'application des dispositions de l'article L.3141-3 du code du travail "en ce qu'elles subordonnent à l'exécution d'un travail effectif l'acquisition de droits à congés payés dont le contrat de travail est suspendu par l'effet d'un arrêt de travail pour cause de maladie non professionnelle et de juger que le salarié peut prétendre à ses droits à congés payés au titre de cette période en application des articles L.3141-3 et L.3141-9 du code du travail".
- ▶ L'employeur est ainsi condamné à verser à la salariée trois années d'indemnité compensatrice de congés payés. La salariée a "droit à des congés payés pour la période durant laquelle elle a été en arrêt de travail. N'ayant pu exercer ses droits à congés, elle a droit à une indemnité correspondante ainsi qu'elle sollicite, pour les années 2018, 2019 à novembre 2020 inclus, soit 6 000 euros", décide la cour d'appel.

-
- ▶ ... et plus de 7 000 euros dans la seconde affaire
 - ▶ Dans la seconde affaire du 12 octobre 2023, la salariée avait été embauchée le 18 février 1991. Au cours de l'exécution de son contrat de travail, la salariée avait été placée plusieurs fois en arrêt maladie : du 4 mars au 4 septembre 2014, du 26 septembre 2014 au 8 novembre 2015, du 27 décembre 2016 au 17 février 2017, puis du 28 février 2017 au 5 mars 2018 avant d'être reconnue invalide de catégorie 2 et d'être licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement.
 - ▶ Dans le cadre de ce contentieux, la salariée réclamait des rappels d'indemnité compensatrice de congés payés. Cette dernière invoquait l'article 27 de la convention collective des travailleurs au sol du transport aérien qui lui était applicable qui fixe le nombre de congés payés au regard de l'ancienneté du salarié, ainsi qu'une prise en compte des périodes de maladie dans certaines conditions fixées à l'article 26 de la CCN.
 - ▶ La salariée estimait ainsi qu'elle pouvait prétendre à 32 jours ouvrables de congés payés au cours des trois dernières années de présence dans l'entreprise, sauf pour l'année 2015 en raison de la cessation du maintien de son indemnisation pendant une durée d'un mois. L'employeur estimait que les calculs de la salariée étaient erronés car seules les périodes de travail effectives peuvent ouvrir un droit à congés payés et que les absences pour maladie ne permettent pas l'acquisition d'un droit à congés payés.

-
- ▶ La cour d'appel, se fondant sur les mêmes arguments que la Cour de cassation dans ses arrêts du 13 septembre 2023 invoque la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et la directive 2003/88/CE pour écarter les articles L.3141-3 et suivants du code du travail. Elle rappelle que ce texte "n'opère aucune distinction entre les salariés absents en raison d'un congé maladie, pendant la période de référence, et ceux qui ont effectivement travaillé et qu'en cas d'absence pour congé maladie dûment prescrit" et que, dès lors, "un Etat membre ne peut pas subordonner le droit au congé annuel payé à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence".
 - ▶ La cour d'appel constate en effet que dans l'affaire en cause, il n'existait pas d'accord d'entreprise, de règlement intérieur ou de dispositions de la convention collective applicable "permettant d'atteindre la finalité poursuivie par la directive, permettant d'interpréter la réglementation nationale de manière à en assurer la conformité avec l'article 7 de la directive 2003/88/CE et l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux".
 - ▶ Remarque : effectivement, d'une part la CCN ne permet pas la prise en compte de l'intégralité des périodes de maladie. D'autre part, alors que le droit européen accepte que le droit national ou un accord collectif limite dans le temps le droit au report des congés payés (CJUE, 22 nov. 2011, aff. C-214/10) aucune disposition en ce sens n'existe ni dans le droit français, ni dans les dispositions conventionnelles applicables en l'espèce
 - ▶ En l'absence de dispositions en ce sens, la cour ordonne à l'employeur de verser à la salariée 7 336,69 euros au titre des congés payés.

 - ▶ CA Paris, Pôle 6, Ch. 9, 27 sept. 2023, n° 21/01244
 - ▶ CA Paris, Pôle 6, Ch. 10 - 12 oct. 2023, n° 20/03063

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