COUR DE CASSATION

AVIS DE M. HALEM,
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 409 du 24 avril 2024 (F) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-18.031

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 21 avril 2022

Fédération Nationale des Syndicats des Salariés des Mines et de l'Energie CGT
C/
Société Enedis

La SA Enedis (ci-après “l’employeur”) a mis en place le 12 mars 2020 dans le contexte de la pandémie de Covid-19 un plan de continuité d’activité prévoyant le placement de salariés en télétravail.

Une indemnité de cantine fermée a été instaurée par accord collectif du 12 juin 2020 jusqu’au 31 décembre 2020 pour les salariés déjeunant habituellement dans un restaurant d’entreprise puis maintenue, par décision unilatérale de l’employeur, à compter du 2 janvier 2021 pour les salariés contraints de se déplacer sur le lieu de travail sans solution de restauration.

Le 29 janvier 2021, la FNME-CGT (ci-après “le syndicat”) a assigné l’employeur en référé afin d’obtenir le versement de l’indemnité à l’ensemble des salariés contraints au télétravail depuis le 16 mars 2020.

Par jugement du 16 septembre 2021, le juge des référés du tribunal judiciaire de Nanterre a déclaré l’action recevable mais rejeté la demande.

Par arrêt du 21 avril 2022, la cour d’appel de Versailles a confirmé ce jugement.

Le syndicat a formé un pourvoi en cassation le 21 juin 2022.

DISCUSSION

***** Le pourvoi principal du syndicat développe un ***unique moyen*** de cassation articulé en trois branches.

1) Le télétravailleur, qui a les mêmes droits que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise, doit être considéré comme tel pour l'appréciation de ses droits.

Or la cour d'appel, pour conclure à l'absence d'identité de situation entre télétravailleurs et salariés sur site pour l'attribution de l'indemnité de cantine fermée, a jugé que le critère de fermeture de la cantine pour cause de pandémie était indifférent pour les premiers et pertinent seulement pour les seconds, ce qui ne permettait pas d'écarter toute atteinte au principe d'égalité de traitement (violation de l'article L. 1222-9 du code du travail).

2) Le télétravailleur ayant les mêmes droits que le salarié travaillant dans les locaux de l'entreprise, l'employeur ne peut traiter différemment des salariés dans la même situation au regard d'un avantage que si cette différence repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence.

Or la cour d'appel, bien que constatant que l'indemnité de cantine fermée avait pour objet de compenser la privation d'un accès à la cantine ou à la restauration alternative, a retenu que la situation des télétravailleurs était objectivement différente au regard de cet avantage. Elle a cependant relevé que ceux-ci ne se seraient pas rendus sur leur lieu de travail uniquement pour y déjeuner, ce dont il se déduisait qu'ils étaient, comme les salariés sur site avec cantine fermée, privés d'un accès à la cantine du fait de leur situation et se trouvaient dans une position identique à celle de ces salariés au regard de l'avantage en cause, sans justifier la différence de traitement observée par une raison objective et pertinente (violation de l'article L. 1222-9 du code du travail et du principe d'égalité de traitement).

3) Les mesures prises en matière de santé et de sécurité au travail ne doivent entraîner aucune charge financière pour les travailleurs. Or la cour d'appel, après avoir relevé que le télétravail était bien une mesure prise en la matière, a estimé par des motifs inopérants que même en cas de charge financière supplémentaire liée à la prise de repas à domicile dans le cadre du télétravail, la fermeture du restaurant d'entreprise était sans incidence sur la situation du télétravailleur, sans que le syndicat ne fasse d'ailleurs aucune différence entre les salariés situés sur des sites avec restaurant fermé ou ouvert (violation de l'article L. 4122-2 du Code du travail).

Le moyen, pris en ses différentes branches, pose la question suivante : **les principes (i) d'égalité de traitement et (ii) d'absence d'incidence financière pour le salarié des mesures prises en matière de santé et de sécurité au travail exigent-ils d'attribuer aux salariés placés en télétravail en raison d'une pandémie une indemnité de fermeture de cantine versée aux salariés travaillant sur le site de l'entreprise ?**

***** Par ailleurs, le moyen du pourvoi incident éventuel de l'employeur pourra faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé pour les motifs exposés au rapport.

L'attribution aux télétravailleurs de l'indemnité de fermeture de cantine versée aux salariés sur site sera successivement abordée au regard du principe d'égalité de traitement (I - branches 1 et 2) et des mesures prises en matière de santé et de sécurité (II - branche 3).

I - L'attribution aux télétravailleurs, au titre du principe d'égalité de traitement, de l'indemnité de fermeture de cantine versée aux salariés sur site (branches 1 et 2)

Le principe général d'égalité de traitement, applicable en matière de télétravail (1), peut impliquer la prise en charge par l'employeur de frais professionnels et avantages, tels qu'une indemnité de cantine fermée, en fonction de l'objet de la mesure (2), ce que la cour d'appel a omis de caractériser en l'espèce en en refusant le bénéfice aux télétravailleurs au regard du seul lieu d'exercice de leur activité (3).

1. Le principe général d'égalité de traitement, applicable en matière de télétravail

La Cour de cassation a dégagé dans son arrêt *Ponsole*, à partir de dispositions particulières du code du travail (Soc, 29 octobre 1996, n° 92-43.680 ; Soc, 18 mai 1999, n° 98-40.201 et 98-40.202), un principe "*à travail égal, salaire égal*" selon lequel l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés pour autant qu'ils sont placés dans une situation identique, qu'elle a fait évoluer au fil de sa jurisprudence vers **un principe général d'égalité de traitement** (Soc, 10 juin 2008, n° 06-46.000 ; Soc, 7 avril 2010, n° 08-44.866, 08-44.865, 08-44.867 et 08-44.868, 08-44.869), applicable dans tous les domaines de la relation de travail.

Il en est résulté une appréciation des situations au regard de l'avantage en cause au-delà du seul enjeu salarial et l'obligation pour l'employeur de **justifier**, dans l'attribution de celui-ci, **toute différence de traitement** entre les salariés placés dans une situation identique **par des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence** (Soc, 20 février 2008, n° 05-45.601 ; Soc, 1er juillet 2009, n° 07-42.675).

Le législateur, dans le cadre de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui avait notamment pour objectif de favoriser le recours au télétravail, a **inscrit** ce principe au profit des salariés sous ce régime **à l'article L. 1222-9 du code du travail**, au départ en visant notamment "*l'accès aux informations syndicales, la participation aux élections professionnelles et l'accès à la formation*" et, après la loi de ratification n° 2018-217 du 29 mars 2018, par la formulation générale figurant toujours au III, alinéa 1er, de cet article :

"*Le télétravailleur a les mêmes droits que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise*".

Ce principe d'égalité de traitement a été **confirmé par les dispositions conventionnelles** adoptées au profit de ces salariés, notamment :

- l'article 4 relatif aux "*Conditions d'emploi*" de l'accord national interprofessionnel (ci-après "ANI") du 19 juillet 2005, selon lequel :

"*Les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits et avantages légaux et conventionnels que ceux applicables aux salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'entreprise. Cependant, pour tenir compte des particularités du télétravail, des accords spécifiques complémentaires collectifs et/ou individuels peuvent être conclus*".

- l'article 3.1 relatif au "*Rappel des principes fondamentaux et des dispositions légales et conventionnelles applicables*" de l'ANI du 26 novembre 2020, selon lequel :

"*Les dispositions légales et conventionnelles applicables aux relations de travail s'appliquent aux salariés en télétravail. Ces derniers ont les mêmes droits légaux et conventionnels que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise*".

2. La prise en charge par l'employeur des frais professionnels et avantages en fonction de l'objet de la mesure

Dans ce contexte, le paiement d'une indemnité de cantine fermée aux salariés en télétravail renvoie plus largement à la prise en charge des frais professionnels et avantages en nature par l'employeur (2.1), dont l'application égale doit être appréciée en fonction de l'objet de la mesure (2.2), c'est-à-dire des dépenses qu'elle a vocation à compenser (2.3).

2.1. En effet, si le principe de ce paiement a été supprimé de l'article L. 1222-10 du code du travail par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précitée[1], il demeure présent au sein des deux ANI précités[2] ainsi qu'en application de la règle posée par la Cour de cassation selon laquelle **les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle** et dans l'intérêt de l'employeur **doivent être remboursés**, sans pouvoir être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il ait été contractuellement prévu de lui en laisser la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération du travail proprement dite reste au moins égale au SMIC (Ass plén, 2 mai 1997, n° 94-42.521 ; Soc, 25 mars 2005, n° 02-45.423 ; Soc, 14 septembre 2005, n° 03-40.180 ; Soc, 23 septembre 2009, n° 07-44.477 ; Soc, 7 avril 2010, n° 08-44.865).

[1] Article L. 1222-10, 1°, dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017: "*Outre ses obligations de droit commun vis-à-vis de ses salariés, l'employeur est tenu à l'égard du salarié en télétravail :*

1° De prendre en charge tous les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail, notamment le coût des matériels, logiciels, abonnements, communications et outils ainsi que de la maintenance de ceux-ci".

[2] Essentiellement sur les dépenses liées aux équipements de travail :
- article 7, alinéa 1er, de l'ANI du 19 juillet 2005 : "*Sous réserve, lorsque le télétravail s'exerce à domicile, de la conformité des installations électriques et des lieux de travail, l'employeur fournit, installe et entretient les équipements nécessaires au télétravail. Si, exceptionnellement, le télétravailleur utilise son propre équipement, l'employeur en assure l'adaptation et l'entretien*" ;

- article 3.1.5, alinéa 1er, de l'ANI du 26 novembre 2020 : "*Le principe selon lequel les frais engagés par un salarié dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail doivent être supportés par l'employeur s'applique à l'ensemble des situations de travail. À ce titre, il appartient ainsi à l'entreprise de prendre en charge les dépenses qui sont engagées par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'entreprise, après validation de l'employeur*".

2.2. L'application du principe d'égalité en ce qui concerne l'indemnité de cantine litigieuse **peut être éclairée par le régime juridique applicable aux titres-restaurant**, qui constitue un avantage en nature payé par l'employeur entrant dans la rémunération du salarié (Soc, 1er mars 2017, n° 15-18.333 et 15-18.709 ; Soc, 9 avril 2008, n° 06-45.286 et 06-45.287 ; Soc, 29 novembre 2006, n° 05-42.853 ; dans le même sens : Civ 2ème, 30 mars 2023, n° 21-21.070).

Les administrations sociales, aussi bien du travail[3] que de sécurité sociale[4], adoptent à leur égard une conception large de l'égalité entre salariés, postulant que les titres remis aux salariés en présentiel doivent être accordés aux télétravailleurs.

La Cour de cassation soumet l'octroi de ces titres au principe d'égalité de traitement (voir les trois arrêts de sa chambre sociale précités sur la qualification d'avantage en nature), de sorte que **l'employeur doit justifier les différences constatées par des éléments objectifs en lien avec la nature de l'avantage**, à charge pour le juge d'en contrôler la réalité et la pertinence (Soc, 20 février 2008, n° 05-45.601, précité).

Sa jurisprudence **invite à prendre en considération**, pour apprécier l'éventuelle rupture d'égalité entre salariés placés dans une situation identique, **l'objet de l'avantage**, selon deux conceptions que résume un auteur de la manière suivante :

"*Il convient donc d'identifier l'objet de l'avantage en nature pour savoir s'il est possible d'exclure les télétravailleurs du bénéfice des tickets restaurant au motif qu'ils déjeunent chez eux. Deux approches sont concevables. Soit il s'agit d'aider le salarié à faire face au surcoût lié à sa restauration car il est dans l'impossibilité de prendre son repas à son domicile. Dans ce cas, l'exclusion des télétravailleurs à domicile paraît justifiée. Un vieil arrêt, autorisant l'employeur à opérer des différences en raison de la distance séparant le lieu de travail du domicile, plaide en faveur de cette lecture (Soc. 22 janv. 1992, n° 88-40.938). Soit il s'agit juste de permettre au salarié de se restaurer lorsque son horaire de travail journalier inclut un repas. Tous les salariés, en télétravail ou sur site, sont alors dans la même situation*"[5].

Deux décisions récentes de tribunaux judiciaires, abondamment commentées en doctrine, illustrent cette alternative.

[3] Le ministère du travail explique, dans un document "*Questions-réponses*" sur le télétravail du 9 novembre 2020, que les télétravailleurs bénéficient des titres-restaurants si les autres salariés exerçant leur activité dans l'entreprise à conditions de travail équivalentes en bénéficient également, en application du principe général d'égalité de traitement entre salariés (LexisNexis, *Conditions de travail - Covid-19 : nouvelles précisions ministérielles sur l'organisation du télétravail en entreprise - Commentaire*, D.O actualité n° 46, 12 novembre 2020, 5).

[4] Voir le Bulletin officiel de la sécurité sociale, Frais professionnels, § 1800 : "*Au regard des dispositions de l'article 4 de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 sur le télétravail, lorsque les travailleurs bénéficient des titres restaurants, il peut en être de même pour les télétravailleurs à domicile, nomades ou en bureau satellite. Ces titres restaurants bénéficient des mêmes exonérations, sous les mêmes conditions, que pour les autres travailleurs*".

[5] Rép de droit du travail Dalloz, C. Mathieu, *Travail à domicile et télétravail*, § 267.

Suivant la première conception, un jugement du tribunal judiciaire de Nanterre du 10 mars 2021 a considéré qu'une entreprise pouvait ne pas attribuer des titres-restaurant aux salariés en télétravail dès lors que leur situation n'était pas comparable à celle des salariés travaillant sur site sans restaurant d'entreprise puisqu'ils se trouvaient à leur domicile, sans surcoût lié à leur restauration hors de leur domicile (TJ Nanterre, 10 mars 2021, n° RG 20/09616 : LexisNexis D.O actualité 12/2021, n° 12 ; dans le même sens : Riom, 4 décembre 2018, n° RG 17/00463).

Suivant la seconde, un jugement du tribunal judiciaire de Paris du 30 mars 2021 a condamné une société qui avait, dans le cadre de la pandémie de Covid-19, réservé l'attribution des titres-restaurant aux seuls salariés travaillant sur site, excluant de leur bénéfice ceux exerçant leur activité en télétravail (TJ Paris, 30 mars 2021, n° RG 20/09805 : LexisNexis D.O Actualité 14/2021, n° 15 ; dans le même sens : Besançon, 6 février 2018, n° RG 16/01568).

La position du Conseil d'Etat à l'égard des fonctionnaires en télétravail, qui pourrait s'apparenter à la première conception, consiste à vérifier si l'agent aurait bénéficié de l'avantage s'il avait exercé ses fonctions sur son lieu d'affectation. Dès lors qu'un service de restauration existe sur le lieu de travail, il n'a pas droit au ticket-restaurant lorsqu'il se trouve sur site et ne peut dès lors y prétendre pour les jours en télétravail, même si son lieu d'activité se situe à plus d'une heure du lieu de restauration collective (CE, 7 juillet 2022, n° 457140).

La jurisprudence récente de **la Cour de cassation**, proche de la seconde conception, **tend à faire du titre-restaurant mis en place par l'employeur un avantage rémunératoire octroyé en contrepartie du travail effectué**, devant être accordé à tous les salariés sans discrimination[6]. Ainsi, la seule condition à l'obtention de ce titre est que le repas soit compris dans l'horaire journalier du salarié (Soc, 13 avril 2023, n° 21-11.322), sans qu'il soit exigé qu'il ait effectivement déjeuné sur place ou à proximité (Soc, 20 février 2013, n° 10-30.028).

2.3. Une lecture attentive conduira à conclure que les deux approches ne sont en réalité pas très éloignées l'une de l'autre. **La portée du principe d'égalité de traitement** à l'égard du versement aux salariés d'une somme telle que l'indemnité de cantine fermée litigieuse **dépend** dans les deux cas, comme l'analysait l'auteur précité, **de l'objet de l'avantage**, **qui conditionne sa nature juridique**.

[6] Le titre-restaurant doit donc être octroyé aux salariés à temps partiel (Soc, 19 décembre 2001, n° 99-45.295) et aux salariés intérimaires dans les mêmes conditions qu'aux salariés propres de l'entreprise utilisatrice (Soc, 29 novembre 2006, n° 05-42.853 ; Soc, 14 février 2007, n° 05-42.037), obligation qui pèse également sur l'entreprise de travail temporaire qui peut se retourner contre la société utilisatrice si celle-ci lui a fourni des informations inexactes ou tronquées quant aux éléments de cette rémunération (Soc, 9 avril 2008, n° 06-45.286 et n° 06-45.287).

S'il a vocation à compenser des frais professionnels exposés par le salarié dans l'intérêt de l'entreprise, il se trouve soumis au régime juridique appliqué à de telles dépenses, qui implique leur prise en charge par l'employeur. Il est en ce cas envisageable de **retenir une conception relative de l'égalité**, **conduisant à comparer la situation de chaque catégorie de salariés concernée au regard de la finalité de cet avantage**. Si certaines d'entre elles - par exemple les salariés sur site et les télétravailleurs - sont exposées, à défaut d'octroi de l'indemnité compensatoire, au paiement d'une dépense de même nature pour les besoins de leur activité professionnelle, elles sont légitimes à en réclamer la prise en charge par l'employeur au titre du principe d'égalité. Si à l'inverse un groupe de salarié ne se voit pas grever d'une telle dépense compte tenu de sa situation particulière, l'employeur pourra décider, sans violer le principe d'égalité, mais sur la base de raisons objectives contrôlées par le juge, de ne pas lui octroyer ou de fixer des conditions d'octroi différenciées en fonction des contraintes et frais réellement subis[7].

Si à l'inverse **la somme constitue un pur avantage rémunératoire** ayant la nature juridique de salaire, versée au seul titre de la contrepartie du travail accompli par le salarié et sans corrélation avec des frais professionnels particuliers avancés par l'intéressé pour les besoins de son activité, **une conception plus absolue de l'égalité** de traitement **pourra être envisagée**. Ainsi lorsqu'une catégorie de salariés s'en trouve bénéficiaire sans autre condition que l'exercice d'une activité salariée, par exemple les salariés travaillant sur site au titre du temps de travail effectif, **il sera difficile d'en justifier le refus aux salariés exerçant leur activité selon une autre modalité** d'organisation du travail, notamment aux salariés en télétravail.

En d'autres termes, pour apprécier le respect par l'employeur, dans l'octroi d'une somme à certains salariés, du principe d'égalité de traitement, il convient au préalable de **déterminer le type de dépense qu'elle a vocation**, au regard des dispositions légales ou conventionnelles, **à compenser**.

3. L'appréciation erronée de l'objet de l'indemnité de cantine fermée par la cour d'appel

En l'espèce, l'employeur décrit la finalité de l'indemnité de fermeture de cantine en ces termes :

"*L'indemnité de cantine fermée était prévue à l'article 21 de l'accord entré en vigueur le 13 juin 2020 qui disposait que :*

"A l'heure de la mise en place de la relance des activités d'Enedis, il est possible qu'un certain nombre de restaurants d'entreprise n'aient pas encore repris leurs activités. Aussi lorsqu'aucune solution de restauration alternative ne peut être mise en œuvre (possibilité de commander ou faire livrer des repas sur site), les salariés bénéficieront de l'indemnité de fermeture de cantine (60 % du forfait local) (…)"" (mémoire en défense, p. 12).

[7] Par exemple, dans le cas des titres-restaurants, il a été jugé que l'employeur pouvait faire varier la valeur des titres en fonction de l'éloignement du domicile des salariés, afin de privilégier ceux se trouvant véritablement dans l'impossibilité de regagner celui-ci (Soc, 22 janvier 1992, n° 88-40.938) ou imposer une condition d'au moins quinze jours de travail au cours du mois (Soc, 16 septembre 2009, n° 08-42.040).

Cette indemnité a ensuite été maintenue, après le 31 décembre 2020, au bénéfice des seuls salariés travaillant sur site sans solution de restauration (mémoire en défense, p. 13).

3.1. Ainsi, **l'avantage en cause n'a pas pour objet de compenser, pour les salariés sur site, l'impossibilité de déjeuner à domicile**, situation qui les exposerait contrairement aux télétravailleurs à des frais supplémentaires d'alimentation à l'extérieur que l'indemnité viendrait couvrir, **mais la fermeture d'accès au restaurant d'entreprise, laquelle s'impose à l'ensemble des salariés** de l'entreprise quel que soit leur mode de travail. En d'autres termes, la cause efficiente des dépenses supplémentaires que cette indemnité a vocation à couvrir n'est pas la localisation géographique des salariés de l'entreprise mais la privation d'accès à un restaurant professionnel, proposant des repas à un coût moindre que ceux vendus à l'extérieur par les commerces de restauration ou d'alimentation. Or, l'ensemble des salariés sont objectivement placés dans une situation identique au regard de l'objet de l'avantage en cause.

De plus, **la prise en compte** dans le cas d'espèce **du lieu d'exercice de l'activité ne saurait être considérée comme pertinente compte tenu de la diversité des modalités pratiques du télétravail**, celui-ci pouvant se dérouler, lorsque le logement du salarié ne permet pas la mise en place d'un poste de travail adapté, dans un espace extérieur de bureaux partagés, une bibliothèque, un café, un moyen de transport, contraignant le salarié à exposer des dépenses de restauration hors de son domicile, à un coût supérieur à celui de la restauration administrative. Ce télétravail "nomade" n'exclut d'ailleurs pas, en théorie, que certains télétravailleurs exercent leur activité dans un espace tiers situé à une distance leur rendant le restaurant d'entreprise accessible, et qu'ils puissent ainsi bénéficier des repas à des tarifs inférieurs à ceux proposés par les entreprises de restauration du secteur marchand.

Le développement du temps partiel rend la distinction encore moins pertinente, en fonction des horaires de prise et de fin de poste de chaque salarié. En effet, un salarié sur site le matin peut choisir de prendre son repas à son retour à domicile en tout début d'après-midi ou peut préférer à l'inverse, lorsqu'il travaille l'après-midi, arriver plus tôt dans les locaux de l'entreprise pour y déjeuner et bénéficier des tarifs plus avantageux du restaurant d'entreprise. L'hypothèse d'une combinaison du télétravail et du temps partiel rendrait caduque une telle segmentation, en permettant une alternance de télétravail et de travail sur site par demi-journées, avec prise de repas au domicile ou dans l'entreprise selon les jours de la semaine.

En outre, la prise en compte d'un tel critère apparaît d'autant moins justifiée que **les salariés concernés ont été placés en situation de télétravail de manière contrainte**, dans le cadre des mesures restrictives de circulation prises en réponse à la pandémie de Covid-19, en fonction de la nature de leur poste et non sur la base du volontariat, de même que d'autres salariés, s'agissant d'une entreprise œuvrant pour un service public de fourniture d'électricité essentiel à la continuité de la vie de la Nation, ont dû d'office être maintenus sur site au regard de leurs fonctions particulières sans pouvoir bénéficier du télétravail. Refuser l'octroi de la prime de cantine fermée aux télétravailleurs **reviendrait** donc **à créer une différence de traitement à raison d'une organisation de travail subie par l'ensemble des salariés**.

Par conséquent, aucune raison objective et pertinente ne paraît pouvoir justifier, en l'espèce, une différence de traitement entre les salariés sur site et les salariés en télétravail, dans l'octroi de la prime de cantine fermée objet du litige.

3.2. La cour d'appel, pour refuser aux salariés en télétravail le bénéfice de l'indemnité de cantine fermée, **a** cependant **considéré à tort qu'ils étaient placés dans une situation différente de celle des salariés sur site** :

"*Il sera tout d'abord retenu qu'il n'y a pas d'identité de situation au regard de l'avantage en cause puisque le critère retenu pour distinguer les catégories de salariés, tenant notamment à la fermeture de la cantine en raison de la pandémie, est indifférent pour les salariés en position de télétravail. Ceux-ci en effet, ne se seraient pas rendus sur leur lieu de travail uniquement pour y déjeuner. Ce critère n'a donc d'intérêt que pour les salariés travaillant sur site. Dès lors, la situation des salariés concernés est objectivement différente et il ne peut être allégué pour caractériser un trouble manifestement illicite, de la violation d'une différence de traitement*" (arrêt attaqué, p. 8).

Pour parvenir à une telle conclusion, la juridiction a statué, non en fonction de l'objet précis de la mesure - l'indemnisation de la privation d'accès de tous les salariés à la restauration d'entreprise -, mais en fonction du lieu d'exercice de leur activité par les deux catégories de salariés, en assimilant l'indemnité de cantine fermée à la prise en charge de frais professionnels ordinaires de restauration à l'extérieur du domicile, auxquels les salariés en télétravail ne seraient pas exposés.

Ce faisant, elle a bien violé, comme le soutiennent les deux premières branches du moyen, l'article L. 1222-9 du code du travail et le principe d'égalité de traitement.

Il conviendra par conséquent de prononcer la **cassation** de ce chef.

II - L'attribution aux télétravailleurs, au titre des mesures de santé et de sécurité, de l'indemnité de fermeture de cantine versée aux salariés sur site (branche 3)

L'employeur est tenu de prendre en charge les incidences financières des mesures prises en matière de santé et de sécurité des salariés, ce que le juge du fond doit caractériser (1), contrairement aux motifs retenus par la cour d'appel en l'espèce (2).

1. La prise en charge par l'employeur des incidences financières des décisions en matière de santé et de sécurité

Reprenant dans une formulation plus générale l'ancien article L. 231-11 du code du travail[8], créé par la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 afin d'assurer la transposition de la directive n° 89-391 du 12 juin 1989 sur l'amélioration de la santé et de la sécurité des travailleurs, l'article L. 4122-2 du code du travail dispose que "*Les mesures prises en matière de santé et de sécurité au travail ne doivent entraîner aucune charge financière pour les travailleurs*".

[8] Article L. 231-11 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991: "*Les mesures concernant la sécurité, l'hygiène et la santé au travail ne doivent en aucun cas entraîner de charges financières pour les travailleurs*".

Il a été mobilisé en jurisprudence essentiellement pour assurer le respect par l'employeur de son obligation de prise en charge des frais professionnels, par exemple des frais d'entretien et de nettoyage des vêtements de travail imposés pour des raisons d'hygiène, de sécurité et de santé au travail (Soc, 2 décembre 2014, n° 13-21.722, 13-21.723, 13-21.725, 13-21.724, 13-21.726, 13-21.727 et 13-21.728 ; Soc, 15 octobre 2014, n° 13-17.134 et 13-17.135 ; CE, 17 juin 2014, n° 368867 ; Soc, 21 mai 2008, n° 06-44.044) ou de l'achat d'une seconde paire de lunettes indiqué dans une ordonnance du médecin du travail (Soc, 5 juillet 2017, n° 15-29.424).

Ce dernier arrêt confirme que la prise en charge par l'employeur des mesures protectrices de la santé du salarié peut être justifiée aussi bien sur le fondement du droit commun des frais professionnels que de l'article L. 4122-2 du code du travail, ce que les juges du fond doivent précisément caractériser, sous le contrôle lourd de la Cour de cassation (Soc, 19 septembre 2013, n° 12-15.137, 12-15.138 et 12-15.139).

Il est donc envisageable que les conséquences financières de mesures de protection de la santé et de la sécurité des salariés imposées par l'employeur dans le cadre d'une crise sanitaire soient couvertes par celui-ci en application de l'article L. 4122-2 du code du travail, pour l'ensemble des salariés auxquels elles s'appliquent.

2. Le défaut de caractérisation par la cour d'appel de l'absence de lien entre la décision de fermeture de la cantine pour raisons sanitaires et les frais de restauration, couverts par l'indemnité, de l'ensemble des salariés concernés

La règle posée par l'article L. 4122-2 du code du travail se présente comme une modalité particulière du principe exposé plus haut de prise en charge par l'employeur des frais professionnels, lorsqu'ils sont induits par les mesures prises par l'employeur au titre de la protection de la santé et de la sécurité des salariés.

Ainsi, dès lors qu'une décision prise par l'employeur relève de ce domaine et emporte des conséquences financières, celles-ci doivent être supportées par l'intéressé pour tous les salariés concernés. Il en résulte que si l'objet de la mesure relève de la protection de la santé et de la sécurité de l'ensemble des salariés et implique pour eux un effet financier, ce dernier doit être supporté par l'employeur en totalité, sans exclure d'office certaines catégories de salariés, notamment pour des motifs tirés des modalités d'accomplissement du travail. La règle doit recevoir application quelles que soient les modes de prise en charge de ces frais, y compris lorsque celle-ci intervient au moyen d'une indemnité compensatoire.

En l'espèce, la mesure de fermeture des restaurants d'entreprise, dictée par des motifs sanitaires, s'appliquait à l'ensemble des salariés indépendamment des modalités d'exercice de leur activité. Elle était susceptible d'engendrer pour eux un surcoût, qu'ils travaillent à distance ou sur site, lié à l'achat à leurs frais de nourriture ou de prestations de restauration, sans pouvoir bénéficier des tarifs préférentiels et de la prise en charge patronale intervenant dans le prix plus avantageux facturé au sein d'un restaurant d'entreprise[9].

[9] Voir sur ce point les conclusions d'appel du syndicat : "*Il est totalement incohérent de considérer qu'un salarié déjeunant 5 jours par semaine au restaurant d'entreprise à la charge de la société ENEDIS, et devant une fois contraint de travailler à domicile, procéder aux achats nécessaires avec ses deniers personnels pour assurer son déjeuner face à la fermeture de la cantine, n'aurait aucune charge financière supplémentaire.*

Dès lors, si l'employeur considérait que la protection des agents, face à une pandémie de l'ampleur de celle du Covid-19, nécessitait la fermeture d'un tel service pour tous des salariés, il ne pouvait donc refuser le bénéfice d'une indemnité servie à ce titre à une partie d'entre eux sans établir l'absence de tout lien, pour ces salariés, entre la mesure de protection et les charges financières subséquentes que l'indemnité compensatoire avait vocation à couvrir. Il incombait alors au juge du fond, saisi de la contestation d'un refus d'octroi, de caractériser cette absence de lien.

Or la cour d'appel a au contraire postulé - par des motifs de surcroît hypothétiques - que l'indemnité réclamée était bien la contrepartie d'une charge financière supplémentaire résultant de la fermeture par l'employeur de la cantine au titre des mesures en matière de santé et de sécurité. Elle s'est cependant bornée, pour en refuser l'octroi aux seuls télétravailleurs, à distinguer entre les salariés selon leur lieu d'activité, alors qu'elle établissait au contraire un lien entre les charges supplémentaires ainsi supportées et la mesure elle-même, qui visait l'ensemble des salariés.

Elle n'a pas même nuancé sa prémisse en ce qui concerne les salariés en télétravail auxquels l'indemnité était refusée, en établissant l'absence de lien entre ces frais et l'indemnité compensatoire d'une part, leur affectation à l'activité professionnelle et à l'intérêt de l'employeur d'autre part, en application du droit commun des frais professionnels :

"*Concernant le second grief, à supposer qu'il s'agisse bien d'une mesure prise en matière de santé et sécurité et acquis le principe d'une charge financière supplémentaire induite par la prise de repas à domicile dans le cadre du télétravail, il est observé ainsi qu'il a été dit précédemment, que la fermeture administrative du restaurant d'entreprise est sans incidence sur la situation du salarié placé, même d'autorité par son employeur, en télétravail, la preuve en est que le syndicat appelant ne fait aucune différence entre les salariés qui dépendent de sites où il serait fermé et ceux où il serait ouvert. La demande qui consiste dans le versement d'une "indemnité pour cantine fermée" qui suppose la privation d'un accès à la cantine (ou à une solution de restauration alternative) n'est donc pas transposable à la situation de télétravail et ne peut donc aboutir*" (arrêt attaqué, p. 8).

Reprenant les considérations de fait tirées du lieu d'exercice de l'activité développées au sujet du principe d'égalité de traitement, contestables au regard des frais d'alimentation supplémentaires induits par la fermeture de la restauration administrative pour l'ensemble des salariés, sans constater l'absence de lien entre la mesure sanitaire indemnisée et les charges induites, elle a ainsi statué par des **motifs inopérants au regard de l'article L. 4122-2 du code du travail**, la violation de ce texte justifiant la **cassation**, sur le fondement de la troisième branche du moyen, de l'arrêt attaqué.

De la même manière que le salarié travaillant sur site a été contraint d'exposer des frais pour se restaurer (achat en magasin ou commande de livraisons de repas), le salarié travaillant à son domicile a dû lui aussi procéder aux achats ou aux commandes nécessaires pour assurer son déjeuner.

Il est donc incontestable, et relevant du simple bon sens, que le travailleur à distance, du fait de la fermeture de la cantine, a exposé des frais de repas supplémentaire qu'il n'exposait pas en temps normal" (p. 33).

PROPOSITION

- Cassation sur l'ensemble des branches du moyen du pourvoi principal ;

- rejet non spécialement motivé du pourvoi incident