

Pourvois : n° Q1220002 et R1220003

Chambre mixte du 7 mars 2014

Décisions attaquées : 22 mars 2012 du conseil de prud'hommes de Saint-Etienne

**Société ISS Abilis devenue ISS propreté
C/
Mme Saliha Y...**

**Société ISS Abilis devenue ISS propreté
C/
Mme Nadia X...**

Arrêt ordonnant la jonction entre les pourvois et le renvoi en chambre mixte : 30 octobre n° 1912 de la chambre sociale

RAPPORT

1 - Rappel des faits et de la procédure

- Pourvoi n° Q122002

Il résulte du jugement attaqué et des pièces de procédure que la société ISS Abilis a engagé Mme Y..., le 1^{er} février 2001, comme agent de service, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée.

En juin 2007, Mme Y... a été élue en qualité, d'une part, de membre du comité d'entreprise, d'autre part de délégué syndical. Elle bénéficiait à ce double titre, respectivement, de vingt cinq et de vingt heures de délégation.

Mme Y... a subi un arrêt de travail pour maladie du 14 juin au 4 juillet 2010 puis, à la suite d'un accident du travail, à compter du 11 février 2011. Elle a perçu en conséquence les indemnités journalières versées par la sécurité sociale.

Elle a demandé, parallèlement, à la société ISS Abilis de lui payer quatre vingt dix heures de délégation qu'elle dit avoir utilisées durant ses périodes d'arrêt de travail. La société lui ayant opposé un refus, elle a saisi le conseil de prud'hommes devant lequel elle a fait valoir qu'elle avait utilisé ces heures hors du temps de travail, ainsi qu'en était informé l'employeur.

Le conseil de prud'hommes a fait droit à sa demande, motif pris de ce que l'arrêt de travail ne suspend pas les mandats, que les heures de délégation ont toutes été prises en dehors du temps de travail, donc de toute autre indemnisation et que, de plus, l'employeur n'a pas contesté, devant la juridiction prud'homale, l'utilisation de ces heures de délégation.

Le jugement a été notifié le 30 mars 2012 et la société ISS propreté, anciennement société ISS Abilis, a formé un pourvoi contre cette décision le 28 mai 2012. Le pourvoi apparaît recevable.

- Pourvoi n° R1220003

Selon le jugement attaqué et les pièces de procédure, cette même société a engagé Mme Nadia X..., comme agent de service, également dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, le 21 janvier 1993. Mme X... a été élue en qualité de délégué du personnel en juin 2007 et elle bénéficiait à ce titre de vingt heures de délégation.

Victime d'un accident du travail, elle a subi un arrêt de travail du 1^{er} juin au 20 octobre 2010 et a perçu les indemnités y afférentes.

Elle a demandé à la société ISS Abilis devenue ISS propreté de lui payer un total de cent cinquante heures de délégation et l'équivalent de vingt quatre heures de réunion. Elle a également saisi le conseil de prud'homme du refus opposé par l'employeur en exposant qu'elle avait utilisé ces heures de délégation en dehors du temps de travail et que l'employeur était d'autant mieux informé de ce fait qu'il l'avait invitée aux réunions.

Le conseil de prud'hommes a fait droit à sa demande par un jugement comportant les mêmes motifs que ceux rappelés ci-dessus.

Ce jugement, notifié le 30 mars 2010, a été frappé de pourvoi par la société ISS propreté le 28 mai 2012.

* * *

Seule la société ISS propreté a constitué avocat. La SCP J.J. Gatineau et C. Fattaccini a déposé, à l'appui de chacun des pourvois, un mémoire recevable qui propose un moyen unique de cassation, rédigé dans des termes identiques, à la différence du visa des textes du code du travail correspondant aux mandats exercés, respectivement par Mme X... et Mme Y....

2 - Analyse succincte du moyen unique de cassation proposé pour chacun des pourvois

Le moyen comporte quatre branches.

Première branche

L'attribution d'indemnités journalières à l'assuré se trouvant dans l'incapacité physique de continuer ou de reprendre le travail est subordonnée à son obligation de s'abstenir de toute activité non autorisée. Constitue une telle activité l'utilisation répétée et prolongée des heures de délégation, assimilées à du temps de travail effectif. Dès lors, l'employeur ne saurait être tenu de payer les heures de délégation prises par le représentant du personnel, l' élu au comité d'entreprise ou le délégué syndical pendant sa période d'arrêt de travail, même en dehors du temps de travail. En condamnant l'employeur à payer ces heures de délégation, au motif inopérant qu'elles auraient été prises en dehors du temps de travail, le conseil de prud'hommes a violé les articles L. 2315-1, L. 2315-3 (et L. 2143-13, L. 2143-17, L. 4614-3 et L. 4614-6, pour Mme Y... seule) du code du travail, ainsi que les articles L. 321-1 et L. 323-6 du code de la sécurité sociale.

Deuxième branche

A supposer que les heures de délégation prises dans ces circonstances mais en dehors du temps de travail puissent être indemnisées, les juges du fond, qui ont affirmé de manière péremptoire que tel était le cas, alors que la société ISS propreté faisait valoir que l'une comme l'autre des demanderessees ne le démontrait pas, n'ont pas justifié leur décision au regard de

l'article 455 du code de procédure civile.

Troisième branche

Les heures de délégation ne pouvant être prises en dehors de l'horaire de travail que si les nécessités du mandat le justifient, le conseil de prud'hommes, qui n'a pas constaté une telle nécessité, a violé les articles L. 2315-1, L. 2315-3 (et L. 2143-13, L. 2143-17, L. 4614-3 et L. 4614-6, pour Mme Y... seule) du code du travail.

Quatrième branche

L'obligation pour l'employeur de payer à l'échéance normale les heures de délégation, sauf à contester ensuite devant la juridiction compétente l'utilisation de ces heures, ne s'applique pas lorsque la contestation de l'employeur porte, non sur l'utilisation des heures de délégation conformément au mandat, mais sur la compatibilité de l'activité du représentant du personnel avec son arrêt de travail et son droit de cumuler le paiement d'heures de délégation avec celui d'indemnités journalières. En retenant que l'employeur n'avait pas contesté l'utilisation des heures de délégation, alors que celui-ci invoquait uniquement l'incompatibilité de l'activité de représentant du personnel de chacune des demandresses avec son arrêt de travail et, par voie de conséquence, l'impossibilité de cumuler le paiement d'heures de délégation avec la perception d'indemnités journalières, le conseil de prud'hommes a violé l'article L. 2315-3 du code du travail (ainsi que les articles L. 2143-17 et L. 4614-6, pour Mme Y... seule).

3 - Identification des points de droit à juger

Le représentant du personnel, qu'il soit délégué du personnel, élu au comité d'entreprise ou délégué syndical, peut-il, alors qu'il est en arrêt de travail pour cause de maladie ou d'accident, et qu'il perçoit à ce titre des indemnités journalières, prétendre au paiement d'heures de délégation dès lors qu'il utilise ces heures en dehors de l'horaire de travail ?

A supposer que le principe en soit admis, une telle possibilité est-elle soumise à des conditions, et, dans ce cas, auxquelles ?

Ainsi suffirait-il que l'utilisation de ces heures de délégation soit portée à la connaissance de l'employeur, sous une forme qu'il conviendrait d'ailleurs de définir ? Ou devrait-elle faire l'objet d'une autorisation préalable du médecin traitant ?

4 - Dispositions applicables

4.1) Dispositions du code du travail

- dispositions relatives au temps de délégation du délégué syndical :

Article L. 2143-15 :

“Le délégué syndical central prévu au premier alinéa de l'article L. 2143-5 dispose de vingt heures par mois pour l'exercice de ses fonctions.

Ces heures s'ajoutent à celles dont il peut disposer à un titre autre que celui de délégué syndical d'établissement”.

Article L. 2143-17 :

“Les heures de délégation sont de plein droit considérées comme temps de travail et payées à l'échéance normale.

L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation saisit le juge judiciaire”.

- dispositions relatives au temps de délégation du délégué du personnel :

Article L. 2315-1 :

“L'employeur laisse aux délégués du personnel le temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions dans les limites d'une durée qui, sauf circonstances exceptionnelles, ne peut excéder :

- 1 °) dix heures par mois dans les entreprises de moins de cinquante salariés ;*
- 2 °) quinze heures par mois dans les entreprises de cinquante salariés et plus”.*

Article L. 2315-3 :

“Le temps passé en délégation est de plein droit considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale.

L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation saisit le juge judiciaire.”

Article L. 2315-5 :

“(…)

Ils peuvent également, tant durant les heures de délégation qu'en dehors de leurs heures habituelles de travail, circuler librement dans l'entreprise et y prendre tous contacts nécessaires à l'accomplissement de leur mission (…)”.

- Dispositions relatives au temps de délégation des membres élus du comité d'entreprise

Article L. 2325-6 :

“L'employeur laisse le temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, dans la limite d'une durée qui, sauf circonstances exceptionnelles, ne peut excéder vingt heures par mois :

- 1 °) Aux membres titulaires du comité d'entreprise ;*
- (…).”*

Article L. 2325-7 :

“Le temps passé en heures de délégation est de plein droit considéré comme temps de travail et payé à l'échéance normale.

L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation saisit le juge judiciaire”.

- Dispositions relatives au bulletin de paie

Article R. 3243-4 :

“Il est interdit de faire mention sur le bulletin de paie de l'exercice du droit de grève ou de l'activité de représentation des salariés.

La nature et le montant de la rémunération de l'activité de représentation figurent sur une fiche annexée au bulletin de paie qui a le même régime juridique que celui-ci et que l'employeur établit et fournit au salarié”.

4.2) Dispositions du code de la sécurité sociale

Article L. 322-1 :

*“L'assurance maladie comporte :
(...)*

5°) L'octroi d'indemnités journalières à l'assuré qui se trouve dans l'incapacité physique constatée par le médecin traitant, selon les règles définies par l'article L. 162-4-1, de continuer ou de reprendre le travail ; l'incapacité peut être également constatée, dans les mêmes conditions, par la sage-femme dans la limite de sa compétence professionnelle et pour une durée fixée par décret ; toutefois, les arrêts de travail prescrits à l'occasion d'une cure thermale ne donnent pas lieu à indemnité journalière, sauf lorsque la situation de l'intéressé le justifie suivant des conditions fixées par décret. (...).”

Article L. 323-6 :

“Le service de l'indemnité journalière est subordonné à l'obligation pour le bénéficiaire :

- 1°) D'observer les prescriptions du praticien ;*
- 2°) De se soumettre aux contrôles organisés par le service du contrôle médical prévus à l'article L. 315-2 ;*
- 3°) De respecter les heures de sorties autorisées par le praticien selon des règles et des modalités prévues par décret en Conseil d'Etat après avis de la Haute Autorité de santé ;*
- 4°) De s'abstenir de toute activité non autorisée.*

En cas d'inobservation volontaire des obligations ci-dessus indiquées, la caisse peut retenir, à titre de pénalité, tout ou partie des indemnités journalières dues.

En cas de recours formé contre les décisions de la caisse, les juridictions visées à l'article L. 142-2 contrôlent l'adéquation du montant de la sanction prononcée par la caisse à l'importance de l'infraction commise par l'assuré.

En outre, si l'activité mentionnée au 4° a donné lieu à une rémunération, à des revenus professionnels ou à des gains, il peut être prononcé une sanction financière dans les conditions prévues à l'article L. 162-1-4”.

Article R. 321-2 :

“En cas d'interruption de travail, l'assuré doit envoyer à la caisse primaire d'assurance maladie, dans les deux jours suivant la date d'interruption de travail, et sous peine de sanctions fixées, conformément à l'article L. 321-2, une lettre d'avis d'interruption de travail indiquant, d'après les prescriptions du médecin, la durée probable de l'incapacité de travail.

En cas de prolongation de l'arrêt de travail initial, la même formalité doit, sous peine des mêmes sanctions, être observée dans les deux jours suivant la prescription de prolongation.

L'arrêté mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 321-2 est pris par le ministre chargé de la sécurité sociale”.

5 - Régime des heures de délégation, dans la jurisprudence et la doctrine

5.1) L'utilisation des heures de délégation et sa contestation par l'employeur.

Dans les limites de temps fixées par les textes susvisés, le représentant du personnel a la libre utilisation des heures de délégation. Il est important de souligner ici qu'il peut utiliser ses heures de délégation en dehors des horaires de travail, ainsi qu'il se déduit de l'article L. 2315-5, alinéa 2, du code du travail. Les conséquences en avaient été tirées par la chambre criminelle, selon laquelle, *"la mise en chômage technique de l'entreprise, si elle suspend le contrat de travail, n'entraîne pas la suspension des fonctions de délégué du personnel"* (Crim. 25 mai 1983, *Bull. crim.* N° 153).

D'une manière plus générale, les heures de délégation peuvent être prises en dehors du temps de travail si les nécessités du mandat l'exigent (Soc., 30 mai 2007, pourvoi n° 04-45.774). Elles doivent alors être rémunérées comme du temps de travail (Soc., 21 janvier 2004, pourvoi n° 01-43.229, *Bull.* 2004, V, n° 25), c'est-à-dire être payées comme heures supplémentaires s'il y a eu dépassement de la durée légale (Soc., 30 mai 2007, pourvoi n° 04-45.774 précité).

L'employeur ne peut contrôler avant paiement l'utilisation des heures de délégation, la loi prévoyant une présomption d'utilisation conforme au mandat, selon l'interprétation qui en a été donnée, d'abord par la doctrine, citée par René de Quénauon dans le Répertoire de droit du travail (*Dalloz, édition 2010, n°241 pour les délégués du personnel et 637 pour les délégués syndicaux*), puis par la Cour de cassation (notamment Soc. 2 mai 1989, *Bull. civ.* N° 320). Toutefois, l'employeur doit être informé de leur réalisation, ce qui s'opère, en général, par la remise qui lui est faite, par le représentant du personnel, de bons de délégation.

Le paiement des heures de délégation, au taux des heures supplémentaires lorsqu'elles ont été utilisées en dehors de l'horaire de travail, en raison des nécessités du mandat (Soc. 11 juin 2008, pourvoi n° 07-40.823, *Bull.* n° 133) précède donc la contestation de leur utilisation, mais cette dernière n'est pas interdite à l'employeur. Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, la résistance opposée par un employeur à une réclamation du salarié tendant au paiement des heures de délégation est nécessairement fautive et peut donner lieu à des dommages et intérêts (Soc. 18 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 231). Lorsqu'il saisit le juge judiciaire d'une telle contestation, se pose la question de la charge de la preuve. Pour limiter le risque d'actions imprudentes, la jurisprudence lui a fait progressivement l'obligation de demander au préalable au représentant du personnel d'indiquer l'utilisation qu'il a faite du temps pour lequel il a été payé (Soc. 4 février 2004, pourvoi n° 01-46.478, *Bull. civ.* V n° 36, pour un représentant au CHSCT). Il a été jugé que cette obligation s'impose à l'employeur, même lorsqu'il estime avoir la preuve d'une utilisation non conforme des heures de délégation (Soc. 13 juin 1996, pourvoi n° 95-41.460).

Il convient de souligner dès à présent que le code du travail ne prévoit pas d'autre motif de contestation possible pour l'employeur que celui de l'utilisation des heures de délégation, ce qui peut s'entendre aussi de la nécessité, pour le représentant du personnel, de les utiliser en dehors du temps de travail, avec la conséquence du paiement en heures supplémentaires évoqué supra. Selon la chambre sociale (Soc., 23 février 1994, pourvoi n° 92-44.145), la contestation peut avoir pour objet la demande des explications, laquelle a un caractère indéterminé.

5.2) Les effets de la suspension du contrat de travail sur le paiement des heures de délégation.

Au préalable devait être résolue la question des effets de la suspension du contrat de

travail sur le mandat, quelle que soit sa nature, du représentant du personnel. Il a été jugé, notamment par la chambre criminelle, que le mandat n'est pas suspendu par un conflit collectif du travail (Crim. 26 février 1979, commenté au *Recueil Dalloz* 1979, page 426) ou en cas de chômage technique (Crim. 25 mai 1983, *Bull. crim.* N° 153, précité). C'est aussi la position de la chambre sociale (Soc. 27 février 1985, *Bull. civ.* V n° 124).

Selon Bernard Teyssié (*Droit du travail, Relations collectives*, Lexinexis, 8^{ème} édition, octobre 2012, n° 297), *“De même qu'il peut utiliser des heures de délégation (et en demander paiement) en dehors de ses horaires de travail pour l'accomplissement de tâches relevant de son mandat, un représentant du personnel a la faculté d'en faire usage pendant une période de suspension du contrat de travail dès lors qu'elle n'emporte pas également suspension de ses fonctions représentatives. Ainsi, la grève ne suspendant pas le mandat de représentation, le temps passé par les titulaires d'un tel mandat, associés au conflit, en réunions avec l'employeur doit être payé en s'imputant sur les heures de délégation. Encore faut-il que les intéressés, une fois encore, en formulent la demande”*.

Qu'en est-il lorsque l'origine de la suspension du contrat de travail peut être rattachée à la personne même du représentant du personnel ? Là encore, la chambre sociale (Soc. 2 mars 2004, n° 02-16.554, *Bull. civ.* V n° 301) et la chambre criminelle (Crim. 11 septembre 2007, pourvoi n° 06-82.410, *Bull. crim.* N° 199) ont désormais une unité de vue pour affirmer que *“la mise à pied d'un représentant du personnel, qu'elle soit de nature conservatoire ou disciplinaire, n'a pas pour conséquence de suspendre l'exécution de son mandat”* (sommaire de l'arrêt du 11 septembre 2007 précité). Il s'agit d'une précision particulièrement importante pour l'employeur dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée.

Ainsi que le relève Pascal Lokiec, (*Droit du travail, Tome II : Relations collectives* Puf, 2011, n° 167), *“Les représentants des salariés, qu'ils soient élus ou désignés par un syndicat, ont la double qualité de salarié et de titulaire d'un mandat représentatif. Un certain nombre de règles leur sont applicables en leur seule qualité de représentant du personnel, en dehors de toute considération liée à leur contrat de travail. Ces règles d'ordre public forment un “satut” qui leur donne principalement accès à un crédit d'heures ainsi qu'à un dispositif spécial de protection contre le licenciement, sous l'égide de l'administration”*.

Pour un autre auteur, Maurice Cohen (*Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^{ème} édition, page 868), *“L'exercice du mandat représentatif est une liberté d'ordre public qui ne peut pas être limitée par une clause du contrat de travail. Le membre du comité tient son mandat de ses électeurs et de son organisation syndicale et non pas du contrat de travail. Par suite, la suspension de l'exécution du contrat de travail, improprement appelée suspension du contrat de travail, ne devrait avoir aucune incidence sur le mandat représentatif, car elle laisse subsister le lien d'entreprise”*.

Il se déduit du maintien du mandat, malgré la suspension du contrat de travail, que les délégations sont également maintenues. La conséquence en est que les heures de délégation effectuées ouvrent droit à paiement, dès lors que ***“le délégué ne doit subir aucune perte de rémunération du fait de l'exercice de sa mission”*** (par exemple, Soc. 14 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 212). Cette jurisprudence sur le droit à une rémunération intégrale a été confirmée par deux arrêts récents de la chambre sociale (Soc 12 juin 2013, pourvois n° 12-12.806, *Bull.* 2013, V, n° 155 et n° 12-15.064, *Bull.* 2013, V, n° 154), d'où il résulte, tant pour le délégué du personnel que pour le représentant syndical au comité d'entreprise, *“que le temps de trajet, pris en dehors de l'horaire normal de travail et effectué en exécution des fonctions représentatives, doit être rémunéré comme du temps de travail effectif pour la part excédant le temps normal de déplacement entre le domicile et le lieu de travail”*. Dans un autre domaine, qui est celui des heures passées par le représentant du personnel aux réunions à l'initiative de l'employeur, qui ne sont pas imputables sur les temps de délégation (article L. 2143-18 du code du travail), la chambre sociale a fait application de ce principe au cas d'un salarié ayant effectué ces heures pendant ses congés payés alors qu'en raison de son départ à la retraite, il n'avait pu bénéficier

de ceux-ci (Soc., 27 novembre 2013, pourvoi n° 12-24.465, en cours de publication).

Il doit être noté que les modes de calcul en vue d'assurer ce paiement et les distinctions applicables n'entrent pas dans le cadre du présent rapport, le principe du droit au paiement faisant seul l'objet des pourvois.

Mais, dans les hypothèses de suspension du contrat évoquées ci-dessus, la capacité physique du salarié représentant du personnel à accomplir son mandat ne fait pas question et seule est en cause la relation entre le salarié et l'employeur.

Qu'en est-il lorsque la suspension procède d'un arrêt de travail du salarié pour cause de maladie ou d'accident du travail ?

6 - Incidence de l'arrêt pour cause de maladie ou d'accident du travail sur l'exécution du contrat de travail

6.1) La suspension du contrat de travail

Il est rappelé pour mémoire, ce point ne faisant pas discussion à l'occasion des présents pourvois, qu'en application des articles L. 1226-2 et L. 1226-7 du code du travail, le contrat est suspendu pendant la période d'arrêt de travail consécutive à une maladie ou à un accident du travail.

6.2) Le maintien du mandat de représentant du personnel

S'agissant d'un salarié qui était en congé de maladie, par ailleurs désigné comme membre du CHSCT, la chambre sociale a jugé que *"la suspension du contrat de travail n'est pas un cas de cessation des fonctions des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, lesquels sont désignés pour une durée de deux ans."* (Soc. 8 juillet 1998, pourvoi n° 97-60.333, *Bull. civ. V*, n° 376).

Si l'on rapproche cette jurisprudence de celle de la chambre criminelle, rappelée supra, il en résulte que, sous peine de s'exposer à commettre une entrave aux fonctions de représentant du personnel, l'employeur est tenu à l'égard de celui dont il sait, par ailleurs qu'il est en congé consécutif à une maladie ou à un accident, de respecter ses propres obligations, notamment celle de le convoquer aux réunions prescrites par la loi.

C'est à ce moment que peut survenir une contradiction entre l'obligation ainsi maintenue à la charge de l'employeur et le risque, pour l'élu répondant à la convocation, de s'exposer à une contestation de son arrêt-maladie et, conséquence la plus grave, à une perte des indemnités journalières qui lui sont versées. C'est pour prévenir ce dernier risque que certains ouvrages destinés à guider les élus leur recommandent de se faire représenter par un suppléant en cas d'arrêt-maladie (*Guide Lamy de l'Elu au CE*, partie III, n° 320-10).

6.3) L'obligation faite au salarié de s'abstenir de toute activité qui n'a pas été autorisée

Ne sont plus en cause, comme précédemment, seulement l'employeur et le salarié, mais également la caisse de sécurité sociale qui, devant verser à ce dernier des indemnités propres à compenser la perte ou la diminution momentanée de son salaire, doit en vérifier la nécessité au nom de l'intérêt général qu'elle représente.

L'article L. 323-6 du code de la sécurité sociale, dont les dispositions sont rappelées supra, énonce de manière claire que le versement des indemnités journalières est subordonné

à l'obligation, pour le salarié, de ne se livrer à aucune activité qui n'a pas été autorisée. L'autorisation est celle qui a été donnée par le médecin traitant.

Cette obligation, énoncée au 4° de ce article, ne peut être confondue avec celle qui figure au 3°, laquelle impose au salarié de respecter les heures de sortie que le médecin a dû prévoir en application de l'article R. 323-11-1 du même code. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation l'a dit de la manière la plus nette dans un arrêt du 9 décembre 2010 (pourvoi n°09-16.140, *Bull. 2010*, II, n° 206). Il était indifférent que l'activité non autorisée, en l'espèce une activité sportive, ait été pratiquée pendant les horaires de sortie prescrits par le médecin traitant.

Par un autre arrêt rendu le même jour et publié avec le précédent, cette chambre a levé toute interrogation sur le fait que l'autorisation doit être expresse et que l'assuré doit être à même d'en rapporter la preuve en cas de manquement avéré et de contestation de la caisse. En l'espèce, l'activité était la participation à une compétition sportive (pourvoi n° 09-14.575).

6.4) L'assimilation de l'exercice d'un mandat de représentation du personnel à une activité soumise à autorisation

Tout en rappelant encore une fois la distinction entre l'autorisation des heures de sortie et l'autorisation d'activité, la deuxième chambre civile, dans un troisième arrêt (pourvoi n° 09-17.449, faisant l'objet de la même publication) a considéré *“qu'avait manqué à son obligation de s'abstenir de toute activité non autorisée un assuré qui avait exercé son mandat de membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail durant son arrêt de travail pour maladie, activité assimilée à du temps de travail effectif (...)”* (extrait du sommaire de l'arrêt).

Ainsi, répondant à l'interrogation du conseiller rapporteur, Mme Agnès Martinel, qui attirait l'attention sur l'importance des fonctions de membre du CHSCT, l'impossibilité d'une suppléance et le fait que, en outre, le salarié concerné était le secrétaire du comité, la deuxième chambre civile a entendu affirmer que, lorsque le salarié est en congé consécutif à une maladie ou à un accident, l'exercice de son mandat de représentant du personnel est soumis à l'autorisation prévue par l'article L 323-6, 4°, du code de la sécurité sociale.

Cette assimilation a fait l'objet de critiques de la doctrine. Pierre-Yves Verkindt écrit à ce sujet (*“Maladie et inaptitude médicale”, in Répertoire de droit du travail*, juin 2012, mise à jour octobre 2013, n° 77) que *“La réponse de la Cour de cassation apparaît particulièrement sévère. Faisant une application stricte des articles L. 321-1 et L. 323-6 du code de la sécurité sociale, elle considère que l'attribution d'indemnités journalières à l'assuré se trouvant dans l'incapacité physique de continuer ou de reprendre le travail est subordonnée à l'obligation pour le bénéficiaire de s'abstenir de toute activité non autorisée. La solution pourra paraître discutable dans la mesure où elle vient contredire le droit à la représentation collective des salariés”*

Il faut relever, au passage, que l'autorisation du médecin traitant devrait comporter, logiquement, l'indication de la durée hebdomadaire autorisée pour cette activité, ce qui peut être une limitation à l'exercice du mandat.

7 - Vers une nécessaire conciliation des intérêts en présence ?

Le terme est repris du rapport précité de Mme Martinel et l'on voudrait y insister.

Les intérêts à concilier sont les suivants.

Il s'agit en premier lieu de celui du **salarié**, dont on peut présumer qu'il souhaite son rapide rétablissement mais qui peut méconnaître ses propres capacités physiques.

Ensuite vient l'intérêt de l'**employeur**, dont il faut supposer également qu'il souhaite un retour prochain du salarié dans l'entreprise. Il peut se montrer très réticent à l'idée de devoir

payer, en plus de l'indemnité complémentaire prévue par l'article L. 1226-1 du code du travail, des heures de délégation, dès lors que celle-ci n'auraient pas été comprises dans l'assiette de calcul des indemnités journalières au titre de la période de cotisation de référence et ne pourraient être assimilées à un cumul prohibé, s'il constate que celui qui le prive de sa force de travail conserve tout de même assez d'énergie pour remplir des missions assimilées à ce même travail.

On ne saurait oublier l'intérêt de la **collectivité des salariés** dont les représentants élus, dans les différentes fonctions prévues par le code du travail, jouent un rôle essentiel pour la défense de leurs conditions de travail, voire de leur emploi, et sur lequel il n'est guère besoin d'insister ici.

Enfin, il faut prendre en considération, et ce n'est pas le moindre, l'intérêt de la **caisse de sécurité sociale**, déjà évoqué, comptable des fonds qu'elle gère et qui doivent être utilisés strictement aux fins qui leur sont assignées, en dehors de tout gaspillage, voire de fraude, de sorte que la reprise du travail par le salarié dès que c'est possible est un objectif d'intérêt général.

Sur ce dernier point, il est très éclairant de lire le rapport établi par la Cour des comptes en septembre 2012. Certaines des expressions employées sont significatives, ainsi l'objectif indiqué d'"*Un contrôle des assurés à mieux structurer*" (page 527), ou celui de "*La nécessité de reconsidérer la démarche de lutte contre la fraude*" (page 534). Le faible pourcentage de fraude constatée ne constitue pas, contrairement aux apparences, un indice rassurant pour la Cour des comptes pour qui, "*Il doit inviter cependant la CNAMTS à s'interroger au contraire sur le dispositif de détection des fraudes qu'elle met en oeuvre*" (même page).

Ceci étant posé, n'y a-t-il pas un certain paradoxe à considérer que le mandat du représentant du personnel n'est pas suspendu par l'arrêt de maladie, que l'employeur doit se comporter à son égard comme si ce représentant était en activité mais que, dans le même temps, il soit interdit à celui-ci d'exercer son mandat ? Le résultat ne risque-t-il pas, dans certains cas, de se révéler disproportionné par rapport à l'intérêt de la collectivité des salariés privée de ses représentants légitimes ?

En effet, l'incapacité physique causée par la maladie ou l'accident peut être totale au regard de la tâche assurée par le salarié à son poste de travail (ainsi un travailleur manuel privé de l'usage de ses mains) sans pour autant constituer un obstacle à l'exercice de son mandat d'élu.

Peut-on envisager que le salarié arrêté par la maladie ou l'accident apprécie seul sa capacité physique de remplir son mandat ? Cela apparaît hasardeux car, ainsi qu'il a déjà été énoncé, l'intéressé peut présumer de ses forces, un exercice prolongé du mandat peut contribuer à accroître un état de fatigue et à retarder la reprise d'activité. Ce risque a été mis en évidence dans l'arrêt du 9 décembre 2010 (n° 09-17.449), le tribunal aux affaires de sécurité sociale, dont la décision a été approuvée, ayant relevé un exercice répété et prolongé de l'activité de représentant du personnel, incompatible avec l'arrêt de travail et le service des indemnités journalières.

C'est en tout cas exclu par la jurisprudence de la 2^{ème} chambre civile et il faut insister sur le fait que, même si l'employeur n'y voit rien à redire, dès lors que les délégations ne seraient pas prises en dehors de l'horaire de travail et qu'elles seraient donc sans incidence financière sur ses propres obligations, le représentant du personnel s'expose à devoir rembourser les indemnités qui lui ont été versées par la caisse de sécurité sociale.

La conciliation, dans les **rapports entre la caisse et l'assuré** représentant du personnel, paraît résider dans les termes de l'arrêt susvisé qui n'exclut pas l'applicabilité du régime d'autorisation en la matière, avec les recours spécifiques à la matière de la sécurité sociale qui sont prévus.

Qu'en est-il des **rapports entre l'employeur et le salarié** ? Un arrêt de la chambre sociale rendu le 16 octobre 2013 (pourvoi n° 12-15.638) ne peut qu'inciter l'employeur à la plus grande prudence. La chambre sociale rappelle que *"l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt"* et que, *"pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer un préjudice à l'employeur ou à l'entreprise"*. Antérieurement, la doctrine déduisait de la jurisprudence de la chambre sociale que celle-ci opérait une distinction, au regard de l'obligation de loyauté du salarié vis à vis de l'employeur, selon que le premier, au cours de son arrêt pour maladie, exerçait une activité bénévole ou rémunérée (Soc. 11 juin 2003, pourvoi n° 02-42.818, et Soc. 12 janvier 2005, pourvoi n° 02-46.002, commentés, respectivement, par Marie-Christine Haller et Marie Hautefort, dans *Jurisprudence sociale Lamy, 2003/128 et 2005/161*).

Dès lors que le mandat de représentant du personnel n'est pas suspendu par l'arrêt-maladie, il apparaît difficile d'envisager que l'exercice effectif de ce mandat, même de manière répétée, puisse constituer un manquement à l'obligation de loyauté. La nature exacte de cette activité est d'ailleurs mixte car, si elle est considérée comme du temps de travail et rémunérée à ce titre, il s'agit aussi d'un engagement qui doit être qualifié d'altruiste et, en principe, de désintéressé, pour ne pas employer le terme moins approprié de bénévole. Reste la question des incidences financières de cette activité pour l'employeur.

S'agissant des indemnités complémentaires à l'allocation journalière, au versement desquelles il est tenu par l'article L. 1226-1 du code du travail précité, l'employeur, s'il constate que le salarié se livre à des activités, alors que ce dernier lui a notifié un arrêt de travail, peut faire procéder à la contre-visite prévue par ce même texte. Les conséquences de la contre-visite peuvent d'ailleurs être redoutables pour le salarié, au regard du droit aux indemnités journalières, puisque, selon l'article L. 315-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi du 24 décembre 2009, lorsqu'un contrôle effectué par un médecin, à la demande de l'employeur, *"conclut à l'absence de justification d'un arrêt de travail ou fait état de l'impossibilité de procéder à l'examen de l'assuré, ce médecin transmet son rapport au service du contrôle médical de la caisse dans un délai maximal de quarante-huit heures"*. Sur ces questions, il y a lieu de lire les développements de Sylvie Bourgeot et Michel Blatman relatifs au régime juridique de la suspension du contrat de travail en cas de maladie (*"L'état de santé du salarié"*, éditions *Liaisons, collection "Droit vivant"*), ainsi que de Gilles Auzero et Emmanuel Dockès (*"Droit du travail"*, précis Dalloz, édition 2014, n° 336 à 338).

Commentant l'arrêt du 16 octobre 2013 susvisé (*Jurisprudence sociale Lamy 2013, 355/356*), Carole Vercheyre-Grard a écrit, à propos de la chambre sociale : *"Il aurait été préférable qu'elle rappelle que l'employeur n'avait pas contesté l'arrêt maladie et que cela l'empêchait de se prévaloir de la contradiction entre l'activité sportive exercée et l'arrêt de travail"*. Rien ne paraît exclure *a priori* qu'il en aille ainsi lorsque l'employeur constate que le représentant du personnel en arrêt de maladie continue à exercer son mandat. Mais, comme il a déjà été souligné, l'hésitation peut être forte pour l'employeur si, par ailleurs, le bien fondé de l'arrêt de travail, au regard de la nature des tâches remplies par le salarié à son poste de travail, ne fait pas de doute. En outre, même si les heures de délégation sont assimilées à un temps de travail et si leur paiement équivaut à celui d'un salaire (*cf. les dispositions reproduites en tête de ce rapport*), leur régime est distinct de celui des indemnités complémentaires, y compris dans le mécanisme de leur règlement et de leur contestation.

Le recours à la **contre-visite**, qui trouve sa légitimité dans l'interrogation de l'employeur décrite ci-dessus, présente donc l'avantage d'être incontestable tant dans son fondement que dans son mécanisme et du point de rencontre qu'il constitue avec la caisse de sécurité sociale, mais apparaît délicat.

Est-ce plutôt dans une articulation entre l'autorisation prévue par l'article L. 326-6, 4°, du code de la sécurité sociale et le régime des délégations prévu par le code du travail que résiderait la réponse ?

Dans ce cas, et en l'absence de précision dans les textes sur ce point, la question est posée de savoir si l'employeur serait fondé à demander au représentant du personnel dans la

situation en cause de justifier qu'il détient une **autorisation du médecin traitant** pour exercer son mandat, **préalablement au paiement** des heures correspondant aux bons de délégation qui lui ont été adressés.

Devrait-il **d'abord payer ces heures**, puis, conformément à la jurisprudence de la chambre sociale rappelée supra, demander au représentant du personnel de justifier qu'il détient cette autorisation, avant de saisir le juge judiciaire, à défaut, pour le salarié, d'avoir pu apporter cette justification ? Il s'agirait là de la transposition à cette hypothèse non expressément prévue par le code du travail de la procédure prévue en matière de **contestation de l'utilisation des heures de délégation** décrite en tête de ce rapport.

Il faut relever qu'en l'état des textes actuels, l'information donnée à l'employeur, dans l'avis d'arrêt de travail qui lui est remis, se limite à indiquer les heures de sortie autorisées. Le secret médical s'opposerait à ce que l'employeur dispose d'informations lui permettant d'apprécier la capacité physique du représentant du personnel à exercer son mandat. Le code du travail ne prévoit pas qu'il soit informé des activités qui ont fait l'objet d'une autorisation par le médecin traitant, ces renseignements ayant pour seul objet de permettre à la caisse d'exercer son contrôle.

C'est ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999 : *“Considérant qu'il ressort des termes mêmes de la disposition critiquée que les informations d'ordre médical en cause sont destinées au seul service du contrôle médical ; que les médecins-conseils composant ce service sont, en vertu de l'article 104 du code de déontologie médicale, astreints au secret sur les renseignements médicaux directement ou indirectement nominatifs qui leur sont transmis, y compris envers l'organisme qui fait appel à leurs services ; que devront toutefois être mises en place des modalités d'acheminement de ces documents aux médecins-conseils de nature à assurer la stricte confidentialité de la transmission des informations qu'ils contiennent ; qu'eu égard à sa finalité, qui est de remédier à l'augmentation excessive des dépenses en cause et à leur caractère éventuellement injustifié, la disposition critiquée ne porte pas au respect de la vie privée, sous la réserve ci-dessus énoncée, une atteinte de nature à méconnaître l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ”* ;

Il faut également insister sur le fait que ces autorisations portent, le plus souvent, sur des activités qui sont du domaine de la vie privée du salarié et qu'il n'est pas légitime que l'employeur en prenne connaissance.

En conséquence, si était reconnu à l'employeur le droit d'exiger du représentant du personnel la justification d'une autorisation d'exercer effectivement son mandat durant son arrêt de travail, il ne pourrait s'agir que d'un document spécifique, non prévu, à l'heure actuelle, dans les mentions figurant sur les différents volets des formulaires *Cerfa* de déclaration des arrêts-maladie consultés à l'occasion de la rédaction du présent rapport.

Les textes ne prévoient pas que l'employeur puisse se tourner directement vers la caisse de sécurité sociale pour se faire confirmer que son assuré est autorisé à exercer ses mandats électifs. L'assuré pourrait-il obtenir de la caisse un document attestant qu'il dispose de l'autorisation nécessaire ? Rien ne contraint la caisse, à l'heure actuelle, à satisfaire une telle demande. Mais rien ne l'interdit, dans l'intérêt de son assuré, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une information portant atteinte au secret médical.

Pour être complet, la question pourrait se poser d'une coordination entre l'obligation pesant sur l'employeur de payer des heures de délégation, dans la limite de l'autorisation du médecin-traitant, et sa possibilité d'être subrogé dans les droits de l'assuré auprès de la caisse. Mais il est apparu qu'une étude sur ce point excéderait le cadre du problème posé par les présents pourvois et appartient plutôt au domaine d'éventuelles modifications législatives.

8 - Discussion au regard des jugements déferés par les pourvois.

Dans les motifs succincts, de ses deux décisions, le conseil de prud'hommes a fait abstraction des dispositions du code de la sécurité sociale, bien que celles-ci aient été invoquées par la société ISS propreté dans ses conclusions. La juridiction a situé le litige exclusivement dans le régime des heures de délégation prises en dehors de l'horaire de travail, au paiement desquelles seul l'employeur serait, le cas échéant, tenu. Il ne résulte, en effet, pas des jugements et des pièces de procédure que la caisse de sécurité sociale aurait exercé un recours contre Mmes Y... et X... à raison de l'exercice, par elles, répété et prolongé, ainsi qu'elles l'ont fait valoir, de leurs mandats respectifs durant le temps de leur arrêt de travail.

En retenant que l'arrêt de travail ne suspend pas les mandats, les jugements sont conformes à la jurisprudence de la chambre sociale.

Le constat fait par les juges du fait que ces heures ont été réalisées en dehors de l'horaire de travail paraît relever de leur pouvoir souverain d'appréciation des faits soumis à leur contrôle.

Au regard de la question de principe posée par la société ISS propreté, relative à l'incompatibilité de principe entre l'arrêt de travail et l'exercice effectif du mandat, il faut souligner qu'il est indifférent que les heures de délégation aient été prises pendant ou en dehors du temps de travail, et ce indépendamment des conséquences financières différentes qui peuvent en résulter pour l'employeur..

Le motif par lequel les juges ont retenu que la société ISS propreté n'avait pas contesté l'utilisation de ces heures de délégation devant le conseil de prud'hommes, ce qui, malgré l'imprécision des termes employés, paraît s'entendre plutôt de l'absence de recours à la procédure prévue par le code du travail que d'une insuffisance de la défense, serait justifié si l'on retenait, comme eux, que seule était en cause l'application stricte de ce code.

Si vous considérez que les dispositions susvisées du code de la sécurité sociale et du code du travail sont, entre elles, étrangères par leur objet, et que l'employeur est tenu de payer les heures de délégation, dès lors que ce paiement n'est pas assuré par ailleurs, sauf à en contester, le cas échéant, l'utilisation, ce qui n'était pas en cause dans le cas présent, vous approuverez le raisonnement des juges du fond, sur ce seul motif, et rejetterez le pourvoi.

Cela signifiera que l'employeur doit user exclusivement du moyen que met à sa disposition, de manière explicite, le code du travail, c'est-à-dire, son droit, qui ne connaît pas de limitation, de faire procéder, en cas de doute naissant, à propos de l'arrêt de maladie lui-même, de l'exercice effectif, par le représentant du personnel, de son mandat, de faire procéder à une contre-visite, avec toutes les conséquences que cela implique.

En revanche, si vous estimez que, en droit, l'employeur pouvait faire dépendre l'application, par lui, des textes du code du travail relatifs aux heures de délégation, du respect ou du non respect des prescriptions de l'article L. 326-6 du code de la sécurité sociale par les deux salariées en cause, vous casserez ces décisions.

Ce sera, pour vous, l'occasion de préciser si la poursuite des activités de représentant du personnel entre dans le champ de l'autorisation prévue par ce texte. Il y aura là une précieuse indication pour les employeurs et les élus du personnel, à l'avenir. Il ne sera pas nécessaire que votre arrêt précise les modalités selon lesquelles il devra être justifié d'une telle autorisation. Il est vraisemblable que, si le salarié doit s'adresser à la caisse de sécurité sociale, détentrice de l'information, pour pouvoir apporter à l'employeur la justification demandée, ainsi qu'il a été envisagé supra, il en résultera un renforcement du contrôle de la caisse pour prévenir de possibles cumuls indus, dans le sens souhaité par le rapport de la Cour des comptes précité.

Toutefois, la difficulté demeurera du procédé utilisé en l'espèce par la société ISS propreté qui s'est elle-même abstenue de transposer à ces situations la procédure prévue par les articles L. 2143-17, L. 2315-3 et L. 2325-7 du code du travail et de saisir elle-même le juge judiciaire. Elle a bien été vue par la demanderesse au pourvoi qui, dans la quatrième branche

de son moyen, vous demande de dire que ces textes du code du travail ne trouvent pas à s'appliquer dans la présente hypothèse.

Dans l'hypothèse d'une cassation avec renvoi, la juridiction de renvoi risque de s'interroger sur la portée de votre arrêt au regard de cette difficulté. Il pourrait y avoir une contradiction entre la référence faite aux procédures prévues par le code du travail et l'admission, implicite, du droit de l'employeur de ne pas y recourir, obligeant le représentant du personnel à prendre l'initiative de la saisine du juge judiciaire. La doctrine ne manquera pas d'y voir un danger d'atteinte au statut de la représentation édifié par le code du travail et d'envoyer aux employeurs d'un message ambigu, alors que ceux-ci disposent déjà du pouvoir important de faire procéder à une contre-visite médicale.

En conséquence, si vous retenez le principe de la nécessité d'une autorisation pour l'exercice effectif du mandat de représentation, vous pourrez également envisager de tirer d'éventuelles conséquences du fait que l'employeur, plutôt que de demander aux salariées de justifier d'une autorisation de poursuivre leur activité de représentant du personnel malgré leur arrêt de maladie ou pour accident de travail, situation dont il avait connaissance, s'est borné à leur opposer un refus, de sorte que, contrairement à ce qui est la règle en matière de paiement des heures de délégation, ce sont elles qui ont saisi le juge judiciaire et non lui.

Dans ce cas, vous ne ferez pas droit à la demande que vous présente la société ISS propriété dans la quatrième branche de son moyen. Mais vous aurez clarifié, pour l'avenir, la part de responsabilité qui incombe au représentant du personnel en arrêt-maladie persistant à exercer effectivement son mandat, celle de disposer d'une autorisation du médecin-traitant et de pouvoir en justifier, et la part de responsabilité revenant à l'employeur qui, s'il n'entend pas contester l'arrêt-maladie lui-même en recourant à une contre-visite, mais seulement l'exercice effectif du mandat, doit respecter la seule procédure prévue par le code du travail en matière de contestation d'heures de délégation.

9 - Nombre de projets préparés

Trois projets ont été préparés.