



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

Table des matières

	<i>Pages</i>
<i>Avant-propos</i>	3
<i>par le professeur Grégoire Loiseau</i>	
<u>I. - Propos du président de la chambre sociale</u>	6
<u>II. - Les rencontres de la chambre sociale</u>	7
1. - <i>Libertés fondamentales et droit du travail</i>	7
Présentation J.-G. Huglo	7
Arrêt Soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-14.281	
Arrêt Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-11.122	
2. - <i>Qualification du contrat entre un coursier et une société utilisant une plate-forme numérique et une application de mise en relation des restaurateurs partenaires et des particuliers</i>	10
Présentation F. Salomon	10
Arrêt Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079	
3. - <i>La jurisprudence de l'Union européenne et le droit des contrats de travail à durée déterminée</i>	13
Présentation A. David	13
Arrêt Soc., 26 avril 2017, pourvoi n° 16-13.790	
Arrêt Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 16-17.966	
4. - <i>La responsabilité extracontractuelle de la société mère à l'égard des salariés de sa filiale</i>	19
Présentation B. Chauvet	19
Arrêt Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-22.881 et s.	
Arrêt Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-18.621 et s.	
Arrêt Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-15.630 et s.	
<u>III. - Les panoramas de jurisprudence</u>	25
1. - <i>Le panorama annuel (de novembre 2017 à octobre 2018)</i>	25
2. - <i>Le panorama thématique : la preuve de l'existence du contrat de travail</i>	47

Avant-propos

par Grégoire Loiseau¹

1. - Peut-on parler d'une « jurisprudence 2018 » de la chambre sociale de la Cour de cassation ? En volume, 1915 arrêts ont été rendus au cours de cette année, dont 244 publiés au *Bulletin* et 15 mentionnés au *Rapport annuel*. En substance, il serait cependant décevant de désolidariser douze mois de décisions de celles qui les ont précédées et de celles qui leur ont succédé. Leur enchaînement fait la solidité des constructions prétoriennes, ce qui n'est pas incompatible avec l'opportunité de les faire évoluer. Ce sont, on s'en doute, ces évolutions, voire les changements de trajectoire, qui retiennent l'attention parmi la multitude d'arrêts qui témoigne, à l'inverse, de la stabilité des positions de la jurisprudence. Il y a aussi, qui se remarquent autant, les décisions inaugurales ou celles, plus simplement, qui sont l'entame de règles appelées à s'appliquer à des situations nouvelles. Ce sont ces décisions qui, sorties du lot, font date.

L'année 2018 a tout de même une raison particulière d'être mémorisée. On retiendra que la chambre sociale a rendu son premier arrêt en forme développée, rédigé sans « attendu » dans un style favorisant la lisibilité et l'intelligibilité et présentant surtout une motivation renforcée². La chambre sociale avait déjà manifesté sa faveur pour une justification augmentée des décisions les plus importantes en les accompagnant d'une note explicative, dont il est attendu une meilleure compréhension de ses orientations. L'intérêt pédagogique est sensible mais la méthode interroge sur l'autorité de ce complément explicatif qui n'a pas de valeur juridique en soi, ni n'emprunte celle de l'arrêt, dont il constitue, tout au plus, une extension sans faire corps avec lui. Davantage qu'une opinion, puisque la note explicative a pour objet de faire connaître le sens et les raisons de la jurisprudence, son autorité fait difficulté lorsqu'elle comporte des indications qui ne figurent pas dans la décision elle-même. La forme développée évite à cet égard cet écueil et a d'ailleurs, semble-t-il, convaincu la Cour de cassation dans son ensemble puisque celle-ci a annoncé l'abandon, au 1^{er} octobre 2019, de la phrase unique qui composait ses arrêts sous l'impulsion du séculaire « attendu ». Le changement chagriner certains professionnels du droit attachés à des traditions qui n'ont pas, il faut l'avouer, démérité. Mais on n'est pas surpris par cette initiative : c'est dans l'état d'esprit de la chambre sociale de se donner une liberté de mouvement qui n'a pas son pareil au sein des autres formations de la Cour de cassation.

2. - Ce mouvement se manifeste, dans la jurisprudence, par des flux aussi bien que par des reflux. De ce dernier point de vue, la chambre sociale a encore montré cette année qu'elle peut faire marche arrière et revenir sur des solutions qu'elle a elle-même adoptées. Elle a ainsi renoncé à sa fameuse jurisprudence sur le compte 641 pour le calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise³. La fin était, il est vrai, programmée avec le changement de règle de calcul décidé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017. La nouvelle règle devait progressivement être mise en œuvre à mesure que se mettent en place les nouveaux comités sociaux et économiques. Mais la chambre sociale n'a pas souhaité attendre l'obsolescence de sa jurisprudence et en a assumé l'abandon en l'expliquant par sa propre évolution qui avait conduit à priver de pertinence le recours à la règle initialement promue. En prenant la responsabilité de cette évolution, la chambre s'est donné la possibilité d'appliquer immédiatement la mesure qu'elle lui a substituée et d'éviter un traitement dissocié, pour le calcul de la subvention, selon le type, ancien ou nouveau, d'institution représentative du personnel.

Moins net parce qu'opéré graduellement, le délaissement de la jurisprudence sur le coemploi est un autre renoncement à une création qui fut, en son temps, innovante. On peut discuter à l'envi de ce qu'il reste du coemploi à l'exception de sa figure classique sous les traits d'un double lien de subordination. Les juges de cassation lui ont en tout cas clairement tourné le dos en refusant de le retenir dans une situation rigoureusement identique, s'agissant des mêmes faits, à celle dans laquelle ils l'avaient admis six ans auparavant⁴. La conception du coemploi dans les groupes de sociétés, originale et astucieuse, a été victime, tout bien considéré, d'excès de la part de praticiens et de juges du fond qui ont cherché à en tirer profit au-delà de ses utilités comme instrument correcteur des abus manifestes de puissance économique. La chambre sociale a bien tenté de corriger le tir en durcissant les conditions d'application, mais elle s'est finalement résolue à assécher sa propre jurisprudence. Le message qu'elle a fait passer à cette occasion est de se placer plutôt sur le terrain de la responsabilité délictuelle de la société mère ou grand-mère ayant concouru, voire provoqué, par sa faute, le dépérissement de la filiale ayant dû licencier⁵. Seulement, cette voie de dérivation n'est pas d'un intérêt équivalent pour les salariés victimes des agissements fautifs, dont le préjudice indemnisable est sans commune mesure avec ce à quoi ils pouvaient prétendre à l'encontre d'un coemployeur ayant manqué à ses obligations en matière de licenciement. Elle ne laisse de surcroît aucun espoir au coemploi, qui ne peut être plaidé alternativement devant la même juridiction, les juges de cassation ayant logiquement indiqué que l'action en responsabilité ne relève pas de la compétence prud'homale⁶. La jurisprudence n'est pas ici à l'équilibre.

3. - Les discontinuités restent toutefois isolées. La chambre sociale œuvre davantage, dans son quotidien, au déploiement des normes légales, dont elle aménage, avec sa liberté de mouvement, l'installation dans l'ordre juridique. Les très nombreux chantiers ouverts ces dernières années par le législateur lui garantissent dans ce cadre une activité au long cours. Pour s'en tenir aux plus récents, la loi du 14 juin 2013 continue d'alimenter des

¹ Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

² Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-14.520, publié au *Bulletin*.

³ Soc., 7 février 2018, pourvoi n° 16-24.231, publié au *Bulletin* ; Soc., 7 février 2018, pourvoi n° 16-16.086, publié au *Bulletin*.

⁴ Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-15.630, publié au *Bulletin*. Comp. Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-12.278 ; Soc., 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-12.343.

⁵ Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-22.881, publié au *Bulletin*.

⁶ Soc., 13 juin 2018, pourvoi n° 16-25.873, publié au *Bulletin*.

mesures de réglage qui ont plus spécialement porté, cette année, sur l'articulation des pouvoirs du juge judiciaire et de ceux de l'autorité administrative et du juge administratif dans le domaine des « grands » licenciements économiques collectifs.

La Cour de cassation a affirmé à ce sujet sa volonté de faire strictement respecter l'intention du législateur de sanctuariser le bloc de compétence de l'administration, ce qui l'amène à traiter les questions de frontière de manière à préserver cette compétence de toute interférence du juge judiciaire⁷. Elle ne laisse rien passer : alors qu'il est traditionnellement au pouvoir du juge judiciaire d'apprécier l'exécution par l'employeur de son obligation de reclassement, celui-ci est empêché de se fonder sur ce qu'il estime être une insuffisance des dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi relatives au reclassement quand ce plan a été homologué par l'autorité administrative⁸.

Le travail de suivi des lois a aussi été l'occasion de trancher des questions soulevées par la mise en application des dispositions de la loi du 17 août 2015, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017, relatives aux nouvelles obligations des organisations syndicales dans la constitution des listes électorales. Les syndicats, depuis ce texte, doivent faire figurer un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la proportion de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale et composer les listes alternativement d'un candidat de chaque sexe. La chambre sociale a joué ici son rôle de jurislature adjoint en comblant les silences de la loi par des règles qu'elle a cherché à ajuster aux objectifs du texte. Sa valeur ajoutée a principalement porté sur l'hypothèse d'une candidature unique, possibilité que la Cour régulatrice a écarté en exigeant, à partir du moment où au moins deux sièges sont à pourvoir dans un collège électoral, que chaque liste présente au moins un représentant de chaque sexe⁹. Pour le reste, les juges de cassation ont rendu des décisions « passerelle » concernant en particulier la sanction du non-respect par une liste de candidats de la règle de l'alternance. « Passerelle » car la solution retenue, à savoir l'annulation de l'élection de tout élu dont le positionnement sur la liste de candidats ne respecte pas la règle de l'alternance¹⁰, est celle qui a été codifiée par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017¹¹. Les arrêts ont tout de même une plus-value qui pourrait persister sous l'empire du droit nouveau en apportant une exception à l'application de la sanction lorsque la liste irrégulière correspond à la proportion de femmes et d'hommes au sein du collège concerné et que tous les candidats de la liste sont élus.

Déjà se profile le droit nouveau issu des ordonnances du 22 septembre 2017, qui donneront matière à de multiples interventions de la Cour de cassation. Le champ d'action est considérable, à la mesure de l'importance et des enjeux des nouveaux textes. Sans attendre longtemps, on doit d'ailleurs à la célérité du contentieux devant le juge d'instance une première décision rendue en fin d'année 2018 sur la notion d'établissement distinct pour la mise en place des nouvelles instances de représentation du personnel¹². Il faut également compter, dès à présent, sur les décisions de la chambre sociale qui règlent par anticipation un certain nombre de questions, aujourd'hui posées sous l'empire du droit antérieur à la réforme. Ces contentieux de l'entre-deux sont l'occasion d'apporter des solutions qui pourront encore faire l'affaire, demain, lorsque le droit nouveau sera seul applicable. La technique a l'avantage de dégager dans l'immédiat quelques orientations que la chambre se réserve de reprendre ou de faire évoluer lors du passage à la nouvelle législation. Elle fait particulièrement ses preuves en ce qui concerne le droit de la représentation du personnel, la réglementation du comité social et économique n'impliquant pas de faire table rase de règles prétoriennes expérimentées auparavant. La chambre sociale s'est ainsi notamment prononcée, dans une perspective de solutions durables, sur le différé du point de départ du délai de consultation du comité d'entreprise en l'absence dans la base de données économiques et sociales des informations imposées par la loi en vue de la consultation¹³. Elle a aussi pris parti sur l'absence d'effet rétroactif de la nullité d'un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel¹⁴. Et, dans un autre domaine, elle s'est intéressée au contrat de chantier pratiqué dans certains secteurs d'activité avant que l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 en ouvre plus largement le recours, avec un régime spécifique, à condition qu'un accord de branche étendu le prévoie¹⁵.

La moisson, pour l'instant, est, il est vrai, modeste car on ne prête attention qu'aux décisions qui ont été rendues, tout en sachant très bien que leur flux ira croissant dans les prochaines années. Pourtant, on peut penser que la jurisprudence se prépare et que, en amont des solutions qui seront apportées à des problèmes pointus, il y a des choix d'orientations qui pèsent et pèseront sur l'exercice de l'office de la Cour de cassation. Une de ces orientations compte plus que d'autres. La faveur pour la règle conventionnelle, soutenue par la législation contemporaine et avec une force décuplée par les ordonnances du 22 septembre 2017, pose incidemment la question de l'étendue du contrôle auquel cette règle est susceptible de donner lieu. Un choix devra à cet égard être fait entre une conception donnant leur plein effet aux dispositions légales auxquelles il est attendu que la règle conventionnelle se conforme et une conception en réduisant au contraire la portée afin que ces dispositions ne brident pas la liberté conventionnelle et ne contrarient pas les règles mises au point par accord collectif. L'enjeu est de taille puisque la chambre sociale pourra aussi bien faire de la règle légale qu'elle est appelée à interpréter un outil de régulation de la liberté conventionnelle pour en canaliser l'exercice qu'une norme peu contraignante laissant d'importantes marges d'action à cette liberté.

⁷ Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 15-21.372, publié au *Bulletin*.

⁸ Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-16.766, publié au *Bulletin*.

⁹ Soc., 9 mai 2018, pourvoi n° 17-14.088, publié au *Bulletin*.

¹⁰ Soc., 9 mai 2018, pourvoi n° 17-60.133, publié au *Bulletin* ; Soc., 6 juin 2018, pourvoi n° 17-60.263, publié au *Bulletin*.

¹¹ Article L. 2314-32 du code du travail.

¹² Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-23.655, publié au *Bulletin*.

¹³ Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-13.081, publié au *Bulletin*.

¹⁴ Soc., 6 juin 2018, pourvoi n° 17-21.068, publié au *Bulletin*.

¹⁵ Soc., 11 avril 2018, pourvoi n° 17-10.899, publié au *Bulletin*.

4. - Cette parenthèse en tête, on se doute bien que les juges de cassation n'ont pas consacré leurs décisions les plus saillantes au seul accompagnement des lois les plus récentes. Ils se sont également préoccupés, lorsque l'opportunité s'est présentée, de donner les premiers éléments de traitement à des problématiques suscitées par l'utilisation des technologies du numérique et de l'intelligence artificielle. Pourquoi ces questions en particulier ? C'est un domaine dans lequel le législateur est encore peu intervenu sous l'angle du droit social, ce qui donne corrélativement une importance accrue au travail jurisprudentiel, pour le présent et pour l'avenir. On passera rapidement sur la première décision que la Cour de cassation a rendue à propos d'un système d'intelligence artificielle, en l'occurrence l'IA Watson, dont la chambre sociale a eu à connaître à l'occasion d'un contentieux sur la consultation du CHSCT¹⁶. Si l'arrêt livre peu d'enseignements, il étrenne l'acculturation des règles de droit au développement de cette technologie dont l'impact sur le travail et sur l'emploi est promis à une accélération considérable. Moins spectaculaire parce que déjà largement déployé, le numérique suscite aussi des adaptations d'ordres divers. C'est ici la généralisation de l'emploi du courrier électronique comme mode de communication d'informations par l'employeur équivalent aux moyens « classiques »¹⁷. C'est là les limites posées à la possibilité pour un employeur de se prévaloir du caractère injurieux et offensant de propos diffusés par un salarié sur le réseau social Facebook lorsque les propos ne sont accessibles qu'à des personnes peu nombreuses et agréées par l'auteur des messages¹⁸. Les indications données à ce sujet par la chambre sociale sont précieuses pour gérer les contentieux, nombreux et diversement traités par les juridictions du fond, liés à l'utilisation d'un réseau social, souvent dans un cadre extraprofessionnel, pour poster des messages dont le contenu attentatoire à la considération de l'employeur excède la liberté d'expression du salarié. Cette jurisprudence constitue, plus généralement, un guide utile pour cadrer l'utilisation par l'employeur de contenus postés sur un réseau social lorsqu'ils ne présentent pas un caractère confidentiel au titre du respect de la vie privée.

Cela étant, on ne peut pas penser numérique dans un panorama de la jurisprudence 2018 sans que vienne aussitôt à l'esprit l'arrêt rendu à propos du statut des travailleurs exécutant des prestations en lien avec une plateforme numérique¹⁹. Cette décision, plus que toute autre, montre le rôle instigateur de la chambre sociale lorsqu'il est nécessaire de faire évoluer les règles juridiques pour les adapter à de nouveaux environnements économiques et sociaux. Elle ne réglera pas, on en est conscient, de façon générale et invariable la question du statut des travailleurs des plateformes de mise en relation par voie électronique, ne serait-ce que parce que la condition juridique de ces nouveaux tâcherons du XXI^e siècle ne peut dépendre d'un traitement occasionnel et *a posteriori*.

Mais un signal fort est donné aux exploitants de plateformes numériques que, aux premiers signes de subordination juridique, une requalification en contrat de travail est encourue. Le message est aussi, et probablement davantage, à l'attention du législateur, qui traite mollement du statut de ces travailleurs en s'obstinant à les tenir le plus éloigné possible du salariat. L'avis de la Cour de justice de l'Union européenne, que la Cour de cassation pourrait solliciter si elle en a l'opportunité, serait dans ce contexte profitable.

5. La chambre sociale, peut-être plus que les autres formations de la Cour de cassation, a, au demeurant, souvent montré sa sensibilité aux normes supranationales et notamment européennes. Elle l'a encore manifesté au cours de l'année 2018²⁰, allant même jusqu'à prendre en compte, dans l'une de ses décisions, la position exprimée dans un rapport par le Comité de l'Organisation internationale du travail²¹. Et c'est aussi à la faveur du droit de l'Union européenne que, après avoir donné l'impression de lâcher progressivement le principe d'égalité de traitement à coup d'arrêts en écartant continûment l'application²², la chambre sociale s'est reprise, le 3 avril 2019²³, en réduisant l'utilité d'un accord collectif pour instaurer une différence de traitement entre salariés. Mais une nouvelle année de jurisprudence avait alors commencé.

¹⁶ Soc., 12 avril 2018, pourvoi n° 16-27.866.

¹⁷ Soc., 13 juin 2018, pourvoi n° 16-17.865, publié au *Bulletin*.

¹⁸ Soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 16-11.690, publié au *Bulletin*.

¹⁹ Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079, publié au *Bulletin*.

²⁰ Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 16-17.966, publié au *Bulletin*.

²¹ Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-18.259, somm. 2, publié au *Bulletin*.

²² Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 16-19.260, publié au *Bulletin* ; Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 16-27.703, publié au *Bulletin* ; Soc., 3 mai 2018, pourvoi n° 16-11.588, publié au *Bulletin* ; Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-16.484, publié au *Bulletin* ; Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 17-12.782, publié au *Bulletin* ; Soc., 28 juin 2018, pourvoi n° 17-16.499, publié au *Bulletin* ; Soc., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-15.101, publié au *Bulletin*.

²³ Soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-11.970, publié au *Bulletin*.

I. - Propos du président de la chambre sociale

La justice est une terre de traditions... successives.

Que le numéro de septembre du célèbre *Bulletin d'information de la Cour de cassation* soit désormais dédié à la jurisprudence du droit du travail est devenue une heureuse nouvelle tradition.

Quelques mots de sa genèse. Elle remonte à 2012. Il s'agissait alors de trouver un support pour publier les actes des Rencontres de la chambre sociale, qui réunissent, chaque année, les universitaires spécialistes de droit du travail et les magistrats de la chambre sociale. Ce fut un succès.

En 2018, la décision a été prise de ne plus rendre publics les propos échangés au cours des Rencontres de la chambre sociale, pour favoriser des débats plus interactifs, plus spontanés, plus libres. L'exemple des Rencontres cette année a encore montré que ce choix de la confidentialité a été un pari payant. La liberté de parole provoque des échanges et modifie les postures des différents intervenants.

Dès lors, le *Bulletin* de septembre aurait pu revenir à un format classique de présentation de la jurisprudence des chambres de la Cour de cassation.

Et pourtant, grâce au soutien du président Pireyre, directeur du service de documentation, des études et du Rapport (SDER), le *Bulletin* de septembre est et reste consacré à la chambre sociale. Le numéro de 2018, cosigné par de nombreux magistrats de la chambre sociale et les plus grands auteurs de doctrine de droit du travail, a été consacré à « quatre ans de la jurisprudence sociale », et ce, à l'occasion du départ de mon prédécesseur, Jean-Yves Frouin.

Aujourd'hui, en 2019, l'objectif qui a présidé à la création de cette publication demeure, même si le format évolue. Tourné d'abord vers les juges du fond, qui doivent mettre en œuvre un droit du travail souvent décrit comme mouvant et complexe, le *Bulletin* doit s'attacher à décrire et à expliciter les lignes directrices de la jurisprudence dans les différents domaines de contentieux social.

Nous ne pouvons, comme nous venons de l'expliquer, reproduire la richesse hors du commun des échanges qui se sont déroulés durant les Rencontres de mai 2019 : le présent *Bulletin* contient la reproduction des seules présentations, préparées par des conseillers de la chambre, d'arrêts ou de mouvements jurisprudentiels de l'année écoulée qui ont été les thèmes de ces débats. Par ailleurs, le lecteur y trouvera les arrêts importants de l'année et un très intéressant panorama thématique réalisé par le bureau du contentieux de la chambre sociale du SDER.

Persuadés que le sens se constitue par l'extérieur, nous avons estimé nécessaire de d'ouvrir ces colonnes à la plume avertie, précise et acérée du professeur Grégoire Loiseau. Sa contribution permet, nous semble-t-il, de mieux appréhender les idées-forces des balancements de la jurisprudence, qui oscille, parce qu'elle est confrontée à la vraie vie, entre mouvement et constance.

Nous tendons nos efforts vers l'amélioration de ce bulletin pour toujours mieux rendre le service jurisprudentiel dont nous sommes redevables tant il est vrai qu'une tradition, pour survivre, doit se nourrir de renouvellement. De nouvelles questions se posent à nous : le développement de la motivation des arrêts de la chambre sociale va-t-il nous amener à changer la présentation de la jurisprudence ? Notre volonté de développer nos échanges avec les juges du fond doit-il nous conduire à modifier la présentation et la forme du bulletin ? Etc. Nous en reparlerons en 2020.

Pour l'instant, profitez de cette lecture mais n'hésitez pas à nous faire connaître vos observations, qui nous serons profitables pour développer l'utilité de cet outil.

II. - Les rencontres de la chambre sociale

1. - Libertés fondamentales et droit du travail

(Soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-14.281, *Bull.* 2017, V, n° 193 ; Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-11.122, publié au *Bulletin*)

Présentation par Jean-Guy Huglo,
conseiller doyen

La chambre sociale, pour ouvrir ces Rencontres annuelles avec la doctrine, a souhaité, à travers les deux arrêts cités, recevoir l'écho universitaire quant à la problématique des libertés fondamentales.

Si la question des effets de la reconnaissance de l'existence d'une liberté fondamentale est assez facile à discerner - nullité du licenciement, possibilité de saisir le juge des référés pour obtenir à titre provisoire la réintégration du salarié, absence de prise en compte des revenus de remplacement durant la période d'éviction, vraisemblablement contrôle des accords collectifs d'entreprise ou d'établissement par le juge - effets auxquels, comme on le sait, les ordonnances ont ajouté l'exception apportée au plafonnement des indemnités prud'homales en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, c'est, en amont, au regard de la définition de la notion même de liberté fondamentale que résident les difficultés.

Le débat sur ce point s'est essentiellement focalisé sur la question de savoir si l'indemnité d'éviction doit ou non tenir compte des revenus de remplacement perçus durant la période d'éviction. Il convient de rappeler que la jurisprudence excluant une telle déduction et instaurant par là même une sorte de « sanction renforcée » a été instaurée à l'origine pour distinguer le licenciement d'un salarié protégé prononcé sans aucune autorisation administrative de celui prononcé sur le fondement d'une autorisation de l'inspecteur du travail ultérieurement annulée (Soc., 10 octobre 2006, pourvoi n° 04-47.623, *Bull.* 2006, V, n° 297). Soucieuse de trouver un fondement juridique à cette solution, la chambre sociale a recouru à l'alinéa 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Sur le fondement du même alinéa, cette jurisprudence a été étendue aux licenciements nuls en raison d'une discrimination syndicale (Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-43.277 ; Soc., 9 juillet 2014, pourvois n° 13-16.434 et n° 13-16.805, *Bull.* 2014, V, n° 186). Sur le fondement cette fois de l'alinéa 7 du même préambule, la chambre sociale a retenu la même règle de non-déduction des revenus de remplacement en cas de licenciements constituant une mesure de rétorsion à l'exercice du droit de grève (Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-20.527, *Bull.* 2015, V, n° 236). Elle a décidé de même, sur le fondement de l'alinéa 11 du préambule précité, s'agissant des licenciements prononcés en raison de l'état de santé du salarié (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-15.905, *Bull.* 2012, V, n° 218 ; Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-28.734, *Bull.* 2013, V, n° 136).

En revanche, elle a refusé - il est vrai par un arrêt non publié - de faire application de cette règle en cas de licenciement prononcé en raison de la maternité, alors même que l'alinéa 3 du préambule garantit l'égalité entre les hommes et les femmes (Soc., 30 septembre 2010, pourvoi n° 08-44.340). Elle l'a exclue également s'agissant de la dénonciation par le salarié de faits de harcèlement moral, bien que la liberté d'expression ait été invoquée (Soc., 14 décembre 2016, pourvoi n° 14-21.325, *Bull.* 2016, V, n° 248), ainsi que pour le harcèlement moral lui-même, en réponse à un moyen fondé sur le principe de la dignité humaine (Soc., 8 décembre 2009, pourvois n° 08-43.764 et n° 08-43.863).

S'agissant du principe de non-discrimination en raison de l'âge, sur lequel le premier arrêt cité a statué, la chambre sociale a estimé que l'on ne pouvait pas, pour définir les contours de la notion de liberté fondamentale, se fonder sur d'autres textes que les textes constitutionnels français. Dès lors que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ne connaît pas le principe de non-discrimination en raison de l'âge puisque le droit français l'ignorait jusqu'à l'adoption de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la chambre a jugé que l'indemnité d'éviction devait tenir compte des revenus de remplacement. Certes, ce principe de non-discrimination en raison de l'âge est désormais consacré par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans l'arrêt du 15 novembre 2017, la chambre sociale tranche implicitement par la négative la question de savoir si la reconnaissance d'un droit fondamental en droit de l'Union européenne ou d'un principe général du droit de l'Union entraîne *ipso facto* la reconnaissance d'une liberté fondamentale en droit constitutionnel français. Il sera rappelé par ailleurs que l'article 17 de la directive du 27 novembre 2000 laisse aux États membres une certaine marge de manœuvre en ce qui concerne le régime des sanctions et n'oblige pas à prévoir la non-déduction des revenus de remplacement en cas de nullité du licenciement. Enfin, le principe de non-discrimination en raison de l'âge, à la différence d'autres cas de discrimination, connaît de nombreuses exceptions visées à l'article 6 de la directive et tenant notamment à l'existence d'objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle. La question de l'étendue des exceptions au principe de non-discrimination, et donc indirectement de la force de ce principe, doit peut-être être prise en considération.

Le second arrêt, du 21 novembre 2018, attire l'attention, non pas parce qu'il décide que le droit d'agir en justice constitue une liberté fondamentale - ce que la chambre sociale avait déjà dit depuis un certain temps dans de nombreux arrêts - mais parce qu'il intègre dans le « bloc de constitutionnalité », définissant la notion, en droit du travail, de liberté fondamentale, à côté du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, où se trouve reconnu le principe fondamental du droit au juge. Dans cette décision, la chambre sociale en déduit la création d'une hypothèse nouvelle de non-déduction des revenus de remplacement en cas de licenciement nul pour avoir porté atteinte au droit du salarié d'agir en justice. La question se pose alors de savoir s'il existe d'autres droits fondamentaux reconnus par la Déclaration susceptibles de fonder la nullité d'un licenciement avec la sanction renforcée de la non-prise en compte des revenus de remplacement

comme le principe d'égalité devant la loi, c'est-à-dire tout le contentieux de la discrimination. L'on rejoint dès lors la problématique précédente, avec la préoccupation de l'inflation considérable que connaît l'article L. 1132-1 du code du travail quant aux motifs prohibés de discrimination, tels que la domiciliation bancaire ou la connaissance, vraie ou supposée, d'une autre langue que le français - ce qui vise, mais il faut consulter les débats parlementaires pour s'en apercevoir - non les langues étrangères mais les langues régionales.

Si l'on devait intégrer les droits fondamentaux reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la notion de liberté fondamentale en droit du travail français, pourrait-on effectuer une distinction entre les articles reconnus d'effet direct - en considérant que la reconnaissance d'un effet direct leur permet en quelque sorte de « transpercer » le plafond du droit national puisque, par définition, ils sont dès lors directement applicables dans l'ordre juridique interne de chaque État membre - et ceux qui ne bénéficient pas d'une telle reconnaissance ? Dans cette optique, il faudrait avoir égard à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 avril 2018 (CJUE, arrêt du 17 avril 2018, Egenberger, C-414/16), dans lequel la Cour de justice a reconnu l'effet direct de l'article 21 de la Charte sur le principe de non-discrimination (ainsi que de l'article 47 de la Charte sur le droit au juge). Telles sont les multiples questions à débattre.

Reproduction de l'arrêt Soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-14.281, Bull. 2017, V, n° 193 :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 20 janvier 2016) rendu sur renvoi après cassation (Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-17.569), que M. Y... a été engagé à compter du 1^{er} juin 1998, par la société AGF IART, aux droits de laquelle se trouve la société Allianz, en qualité de responsable des achats informatiques et télécoms, selon contrat de travail à durée indéterminée ; qu'il a été convoqué le 30 avril 2008 à un entretien préalable à un éventuel licenciement et a reçu notification de son licenciement pour cause réelle et sérieuse, le 13 juin 2008 ;

Sur le pourvoi incident de l'employeur, qui est préalable :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen unique du pourvoi incident de l'employeur, ci-après annexé, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal du salarié :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de condamner l'employeur à lui payer la totalité des salaires ou des sommes non perçues entre la date du licenciement et la réintégration, déduction faite des revenus tirés d'une autre activité professionnelle ou des ressources perçues d'un organisme social alors, selon le moyen, que tout licenciement prononcé à l'égard d'un salarié en raison son âge est nul ; que, dès lors qu'il caractérise une atteinte au principe de non-discrimination dans le travail, garanti par la Constitution, le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période ; qu'en décidant le contraire au motif inopérant que l'article 6, paragraphe 1, de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 indique que « les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires », la cour d'appel a violé l'article 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et les articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail, ensemble l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 10 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne et les articles 1 à 3 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 ;

Mais attendu que le principe de non-discrimination en raison de l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ni par la Constitution du 4 octobre 1958 qui justifierait, en cas de nullité du licenciement prononcé en violation de cette prohibition, la non-déduction des revenus de remplacement perçus par le salarié entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration ; que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a jugé qu'il y avait lieu de déduire de l'indemnité qu'elle allouait les revenus de remplacement perçus par le salarié ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ».

Reproduction de l'arrêt Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-11.122, publié au Bulletin :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'engagé le 9 février 2005 par la société Atos Euronext en qualité de chef de projet, M. Y... a été affecté ultérieurement par avenant auprès d'Atos Origin Malaisie pour une mission de deux ans renouvelable, jusqu'au 30 juin 2012, l'activité informatique de cotation de marché exercée par l'employeur étant reprise par la société Nyse technologies aujourd'hui dénommée Euronext technologies ; que par lettre du 13 août 2012, M. Y... a été licencié pour motif personnel ; qu'estimant que son licenciement était nul, il a saisi la juridiction prud'homale ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois premières branches, les deuxième, troisième, quatrième et cinquième moyens du pourvoi principal de l'employeur et sur les premier et deuxième moyens du pourvoi incident du salarié :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de prononcer la nullité du licenciement, d'ordonner la réintégration du salarié dans un emploi équivalent en matière de fonction, de responsabilités et de rémunération ainsi qu'à lui verser, en deniers ou en quittance, le montant des salaires entre le 15 novembre 2012 jusqu'à la date de réintégration, sur la base d'une rémunération mensuelle brute de 6 750 euros, revalorisée sur la base de la moyenne des augmentations générales dans l'entreprise depuis 2000 augmentée d'un treizième mois, dont sont à déduire les sommes qui ont été versées à titre de revenus de remplacement, alors, selon le moyen, que seule la référence, dans la lettre de licenciement, à une action judiciaire effectivement engagée par le salarié est susceptible de constituer une atteinte effective au droit d'agir en justice et, ce faisant, de justifier l'annulation du licenciement ; qu'en affirmant que la référence à la procédure envisagée par le salarié était constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice entraînant à elle seule la nullité du licenciement, la cour d'appel a violé, par fausse application, les dispositions de l'article L. 1121-1 du code du travail, ensemble l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu qu'ayant constaté que la lettre de licenciement reprochait notamment au salarié d'avoir menacé l'employeur d'entamer des procédures à l'encontre de la société, la cour d'appel en a exactement déduit que la seule référence dans la lettre de rupture à une procédure contentieuse envisagée par le salarié était constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice entraînant à elle seule la nullité de la rupture ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le troisième moyen du pourvoi incident du salarié :

Vu l'alinéa premier du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;

Attendu qu'il résulte de ces textes qu'est nul, comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur ; que le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont il a pu bénéficier pendant cette période ;

Attendu que la cour d'appel, après avoir prononcé la nullité du licenciement pour atteinte au droit d'agir en justice, ordonne que soit déduit du rappel de salaires dû entre la date du licenciement et la date effective de réintégration du salarié dans l'entreprise les sommes perçues à titre de revenus de remplacement ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit qu'il convient de déduire des sommes dues à M. Y... au titre du rappel de salaires entre le 15 novembre 2012 et jusqu'à la date effective de réintégration les sommes versées au salarié à titre de revenu de remplacement, l'arrêt rendu le 23 novembre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ».

2. - Qualification du contrat entre un coursier et une société utilisant une plate-forme numérique et une application de mise en relation des restaurateurs partenaires et des particuliers

(Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079, publié au *Bulletin*)

Présentation par Françoise Salomon,
conseiller référendaire

Avec l'arrêt *Take Eat Easy*, la chambre sociale de la Cour de la cassation se prononce pour la première fois sur la nature du contrat liant un livreur à une plate-forme numérique, en procédant à la requalification du contrat de prestation de service en un contrat de travail.

Pour ce faire, elle a recours à la notion de subordination juridique, en reprenant sa formulation classique en la matière, et non, comme proposé par une partie de la doctrine, à celle de la dépendance économique ou de l'intégration à un service organisé, comme l'a fait la deuxième chambre civile de la Cour dans l'arrêt *Formacad* (2^e Civ., 7 juillet 2016, pourvoi n° 15-16.110, *Bull.* 2016, II, n° 190).

On sait que la qualification de contrat de travail est d'ordre public, que les parties ne peuvent pas en disposer et qu'elle dépend des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité (Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-40.981, *Bull.* 2009, V, n° 141), nonobstant toute clause contraire, le lien de subordination ne se manifestant pas avec la même intensité selon le statut du travailleur, son degré d'autonomie, son niveau d'expertise.

En l'absence de définition légale, la chambre décide qu'est salarié celui qui accomplit un travail dans un lien de subordination, lequel est caractérisé par l'exécution d'un contrat sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné (Soc., 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-13.187, *Bull.* 1996, V, n° 386 ; Soc., 23 avril 1997, pourvoi n° 94-40.909, *Bull.* 1997, V, n° 142 ; Soc., 1^{er} décembre 2005, pourvoi n° 05-43.031, *Bull.* 2005, V, n° 349 ; Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.573, *Bull.* 2011, V, n° 100 ; Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.553, *Bull.* 2013, V, n° 301).

Se fondant sur ces pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction, elle a déjà procédé à la requalification en contrat de travail des relations unissant un médecin à une clinique privée, ainsi que des participants à une émission de télé-réalité. À première vue, le lien de subordination d'un livreur à vélo à son commanditaire est plus immédiat. Il est au demeurant intéressant de comparer l'arrêt *Take Eat Easy* à l'arrêt dit *Ile de la tentation*, dans lequel au premier abord les critères d'un contrat de travail n'étaient pas réunis : quatre couples non mariés et non pacés, sans enfant, testent leurs sentiments réciproques lors d'un séjour d'une durée de douze jours sur une île exotique, séjour pendant lequel ils sont filmés dans leur quotidien, notamment pendant les activités (plongée, équitation, ski nautique, voile, etc.) qu'ils partagent avec des célibataires de sexe opposé. À l'issue de ce séjour, les participants font le point de leurs sentiments envers leur partenaire. Il n'y a ni gagnant ni prix. Pour autant la chambre sociale avait requalifié la relation en un contrat de travail en se fondant sur l'existence d'une subordination juridique.

La difficulté résidait en l'espèce non dans la nature de la prestation réalisée mais dans la « qualité » du donneur d'ordre, une plate-forme numérique.

Selon l'article L. 111-7, I, du code de la consommation, est qualifiée d'opérateur de plate-forme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public reposant sur « (...) la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ».

Nous le savons tous, ces plate-formes numériques revêtent un champ particulièrement vaste, allant du simple partage d'informations à des sites d'entraide ou, comme en l'occurrence, à la réalisation d'une prestation complète, allant bien au-delà de la définition légale de « mise en relation ».

Si la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a introduit l'idée d'une responsabilité sociale des plate-formes numériques en créant les articles L. 7342-1 à L. 7342-6 du code du travail, cette responsabilité est toutefois très limitée, principalement axée sur la protection du travailleur du numérique en matière d'accident du travail - or, qu'il s'agisse d'un coursier à vélo ou d'un chauffeur Uber, les risques en la matière sont considérables -, puis sur la formation professionnelle et la possibilité de constituer ou d'adhérer à une organisation syndicale et de participer à un mouvement de refus concerté.

Le législateur a donc choisi de mettre en œuvre une protection sociale minimale et n'a pas souhaité instaurer une présomption de non-salariat.

Dans l'affaire qui lui était soumise, la chambre sociale était saisie par un ancien livreur à vélo d'une demande de requalification de la relation contractuelle unissant à la société *Take Eat Easy*, laquelle utilisait une plate-forme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plate-forme et des livreurs à vélo exerçant sous un statut d'indépendant. Postérieurement à la saisine de la juridiction prud'homale, cette société avait fait l'objet d'une liquidation judiciaire et le mandataire liquidateur avait refusé d'inscrire au passif de cette liquidation les demandes du livreur.

Se livrant, comme la jurisprudence de la chambre sociale l'exige (Soc., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-40.572, *Bull.* 2000, V, n° 437 ; Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-40.981, *Bull.* 2009, V, n° 141), à une appréciation concrète de ses conditions de travail, le conseil de prud'hommes puis la cour d'appel avaient refusé de faire droit à sa demande en se fondant essentiellement sur deux éléments : l'absence d'exclusivité et le libre choix par le coursier de ses horaires de travail, voire de ne pas travailler. Ils avaient toutefois relevé que la plate-forme était à l'initiative

de l'inscription du coursier en qualité d'auto-entrepreneur, un matériel de travail en partie imposé, l'absence de clientèle propre, une surveillance constante tout au long de la prestation et surtout l'existence d'un pouvoir de sanction.

S'agissant du libre choix de ses horaires par le salarié, voire de la possibilité de ne pas travailler, la chambre sociale a déjà, par le passé, considéré que l'absence d'instruction quant aux horaires ne suffisait pas à écarter la qualification de contrat de travail (Soc., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-40.572, *Bull.* 2000, V, n° 437). En outre, le temps de connexion est nécessairement beaucoup plus important que le temps de livraison. Autrement dit, pour effectuer par exemple deux heures de livraison, un coursier doit être connecté, et donc à la disposition de la plate-forme, pendant un temps nettement supérieur. Ce critère n'a pas été jugé pertinent par la chambre.

En l'occurrence, le pouvoir de sanction de la plate-forme était caractérisé par la mise en place d'un système de bonus et de pénalités (« *strikes* ») distribuées en cas de manquement du coursier à ses obligations contractuelles et pouvant, dès deux « *strikes* », porter à conséquence, le cumul de quatre « *strikes* » sur un mois conduisant à la désactivation du compte du coursier et à ses désinscriptions des plages horaires (« *shifts* ») réservées.

Pour la cour d'appel, ces pénalités, évocatrices « *du pouvoir de sanction que peut mobiliser un employeur* », n'étaient « *prévues que pour des comportements objectivables du coursier constitutifs de manquements à ses obligations contractuelles* » : or, pouvaient être ainsi sanctionnées une connexion partielle lors d'une plage horaire réservée, une absence de réponse à son téléphone pendant cette plage, l'incapacité de réparer une crevaillon, une connexion en-dehors de la zone de livraison ou sans inscription, la conservation des données d'un client (punie de trois « *strikes* ») ainsi que la circulation avec un véhicule à moteur. Il s'agissait donc d'un véritable pouvoir de sanction, qui privait de surcroît le salarié de la possibilité de se constituer une clientèle personnelle, alors que cet élément est essentiel dans la définition du contrat d'entreprise.

Enfin, la cour d'appel avait relevé l'existence d'une surveillance constante du salarié, tout au long de sa prestation de travail, excédant dès lors la simple mise en relation des parties en vue de la fourniture d'un service prévue par le code de la consommation.

Se fondant sur ces deux éléments, la chambre sociale censure la cour d'appel : elle devait déduire de ses constatations l'existence d'un lien de subordination. En définitive, le coursier fournissait simplement sa force de travail et non une réelle prestation de service, et le rôle de la plate-forme numérique ne se limitait pas à la mise en relation entre restaurateurs et livreurs. Elle offrait une véritable prestation de service - la livraison de repas dans les meilleurs délais - dont les coursiers constituaient un rouage essentiel.

En l'absence d'existence d'un statut intermédiaire que seul le législateur pourrait instaurer, la chambre sociale ne pouvait, en se fondant sur les critères classiques de la subordination juridique, vus toutefois sous le prisme des nouvelles technologies, que requalifier en contrat de travail la relation contractuelle qui lui était soumise. Elle est parfaitement consciente de l'importance des enjeux de cette requalification, tant en matière de protection sociale des « salariés », de garantie des salaires en cas de liquidation judiciaire, comme tel était le cas en l'occurrence, de calcul de la durée de travail, mais également des incidences quant à une éventuelle concurrence déloyale et un impact fiscal.

La cour d'appel de Paris, le 10 janvier 2019, vient également de procéder à une requalification du contrat liant un chauffeur à la société Uber.

Cette requalification en contrat de travail a déjà été effectuée par des juridictions étrangères, qui ont également considéré que le libre choix de ses horaires par le livreur ou le chauffeur n'était pas suffisant pour écarter la qualification de « *worker* » ou d'« *employee* », qualifications n'ayant pas les mêmes implications que celle de salarié.

Si les décisions concernant des chauffeurs Uber vont toutes dans le sens d'une requalification, en ce qui concerne les livraisons de repas à domicile par des coursiers à vélo, les décisions sont plus partagées. Ainsi, le comité central d'arbitrage de Londres a décidé, le 15 novembre 2017, que les coursiers de la société Deliveroo devaient être considérés comme des travailleurs indépendants. En Espagne, en revanche, un tribunal de Valence a conclu à l'existence d'une « relation de travail » entre l'application Deliveroo et un livreur renvoyé et a ordonné sa réintégration. Selon le jugement daté du 1^{er} juin 2018, le juge a conclu « à l'existence d'une relation de travail entre les deux parties » caractérisée par une forme de « dépendance » qui est « seulement concevable dans le travail salarié » et non dans le travail indépendant. La société a retiré son appel. Cependant, dans un jugement du 3 septembre dernier rendu par l'équivalent de notre conseil de prud'hommes de Madrid, le *Juzgado de la social* de Madrid a refusé de requalifier en contrat de travail la relation unissant la société Glovo à un livreur à vélo, en écartant notamment l'existence d'un lien de subordination.

Reproduction de l'arrêt Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079, publié au Rapport annuel de la Cour de cassation :

« Donne acte à la CGT de son intervention volontaire ;

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 8221-6, II, du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société *Take Eat Easy* utilisait une plate-forme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plate-forme et des livreurs à vélo exerçant leur activité sous un statut d'indépendant ; qu'à la suite de la diffusion d'offres de collaboration sur des sites internet spécialisés, M. Y... a postulé auprès de cette société et effectué les démarches nécessaires en vue de son inscription en qualité d'auto-entrepreneur ; qu'au terme d'un processus de recrutement, les parties ont conclu le 13 janvier 2016 un contrat de prestation de services ; que

M. Y... a saisi la juridiction prud'homale le 27 avril 2016 d'une demande de requalification de son contrat en un contrat de travail ; que, par jugement du 30 août 2016, le tribunal de commerce a prononcé la liquidation judiciaire de la société *Take Eat Easy* et désigné en qualité de mandataire liquidateur Mme E... ;

Attendu que pour rejeter le contredit, dire que M. Y... n'était pas lié par un contrat de travail à la société *Take Eat Easy* et dire le conseil de prud'hommes incompétent pour connaître du litige, l'arrêt retient que les documents non contractuels remis à M. Y... présentent un système de bonus (le bonus « *Time Bank* » en fonction du temps d'attente au restaurant et le bonus « *KM* » lié au dépassement de la moyenne kilométrique des coursiers) et de pénalités (« *strikes* ») distribuées en cas de manquement du coursier à ses obligations contractuelles, un « *strike* » en cas de désinscription tardive d'un « *shift* » (inférieur à 48 heures), de connexion partielle au « *shift* » (en-dessous de 80 % du « *shift* »), d'absence de réponse à son téléphone « *wiko* » ou « *perso* » pendant le « *shift* », d'incapacité de réparer une crevaison, de refus de faire une livraison et, uniquement dans la foire aux questions (« *FAQ* »), de circulation sans casque, deux « *strikes* » en cas de « *No-show* » (inscrit à un « *shift* » mais non connecté) et, uniquement dans la « *FAQ* », de connexion en dehors de la zone de livraison ou sans inscription sur le calendrier, trois « *strikes* » en cas d'insulte du « *support* » ou d'un client, de conservation des coordonnées de client, de tout autre comportement grave et, uniquement dans la « *FAQ* », de cumul de retards importants sur livraisons et de circulation avec un véhicule à moteur, que sur une période d'un mois, un « *strike* » ne porte à aucune conséquence, le cumul de deux « *strikes* » entraîne une perte de bonus, le cumul de trois « *strikes* » entraîne la convocation du coursier « pour discuter de la situation et de (sa) motivation à continuer à travailler comme coursier partenaire de *Take Eat Easy* » et le cumul de quatre « *strikes* » conduit à la désactivation du compte et la désinscription des « *shifts* » réservés, que ce système a été appliqué à M. Y..., que si, de prime abord, un tel système est évocateur du pouvoir de sanction que peut mobiliser un employeur, il ne suffit pas dans les faits à caractériser le lien de subordination allégué, alors que les pénalités considérées, qui ne sont prévues que pour des comportements objectivables du coursier constitutifs de manquements à ses obligations contractuelles, ne remettent nullement en cause la liberté de celui-ci de choisir ses horaires de travail en s'inscrivant ou non sur un « *shift* » proposé par la plate-forme ou de choisir de ne pas travailler pendant une période dont la durée reste à sa seule discrétion, que cette liberté totale de travailler ou non, qui permettait à M. Y..., sans avoir à en justifier, de choisir chaque semaine ses jours de travail et leur nombre sans être soumis à une quelconque durée du travail ni à un quelconque forfait horaire ou journalier mais aussi par voie de conséquence de fixer seul ses périodes d'inactivité ou de congés et leur durée, est exclusive d'une relation salariale ;

Attendu cependant que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ; que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors qu'elle constatait, d'une part, que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci et, d'autre part, que la société *Take Eat Easy* disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations dont il résultait l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation caractérisant un lien de subordination, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 avril 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ».

3. - La jurisprudence de l'Union européenne et le droit des contrats de travail à durée déterminée

(Soc., 26 avril 2017, pourvoi n° 16-13.790 ; Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 16-17.966, publié au *Bulletin*)

Présentation par Alexandre David,
conseiller référendaire

Deux arrêts récents permettent de rendre compte des évolutions et de la portée de la jurisprudence de la Cour de cassation se prononçant, à la lumière du droit de l'Union européenne, sur la requalification de contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

Par l'arrêt du 14 février 2018 (Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 16-17.966, publié au *Bulletin*), la Cour de cassation, se fondant sur l'arrêt Küçük rendu le 26 janvier 2012 par la CJUE²⁴, a affirmé que le seul fait pour l'employeur de recourir à des contrats à durée déterminée de remplacement de manière récurrente, voire permanente, ne suffisait pas à caractériser un recours systématique aux contrats à durée déterminée pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre et pourvoir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Cette décision a suscité de nombreux commentaires doctrinaux²⁵.

Par l'arrêt du 26 avril 2017 (Soc., 26 avril 2017, pourvoi n° 16-13.790), passé plus inaperçu, la Cour de cassation s'est prononcée sur la requalification en relation de travail à durée indéterminée d'une succession de contrats à durée déterminée d'usage dans le domaine du secteur de l'audiovisuel. Elle a, sur le fondement l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999, mis en œuvre par la directive n° 1999/70/CE du 28 juin 1999, ci-après « l'accord-cadre », réaffirmé que la détermination par accord collectif de la liste précise des emplois pour lesquels il peut être recouru au contrat de travail à durée déterminée d'usage ne dispensait pas le juge, en cas de litige, de vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné.

Il n'est pas inutile de rappeler, en préambule de cette présentation, que la Cour de cassation ne peut mobiliser l'accord-cadre, et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne l'interprétant, que pour une partie du contentieux de la requalification du contrat à durée déterminée, celui dans lequel est invoquée l'utilisation de contrats successifs pour pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

En effet, la Cour de justice rappelle régulièrement que la clause 5 de l'accord-cadre, qui concerne la prévention de l'utilisation abusive de contrats à durée déterminée successifs, porte uniquement sur le renouvellement de ces contrats et ne s'applique donc pas à la conclusion d'un premier ou unique contrat de travail à durée déterminée²⁶.

Les arrêts précités des 14 février 2018 et 26 avril 2017 s'inscrivent dans le cadre d'une jurisprudence cohérente sur les « raisons objectives » justifiant le recours à des contrats à durée successifs et sur l'office du juge en la matière. Cette jurisprudence émane tant de la Cour de justice que de la Cour de cassation.

Caractérisation de l'abus de recours aux contrats à durée déterminée de remplacement

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 14 février 2018, la juridiction prud'homale était saisie d'une demande de requalification de la relation de travail en un contrat à durée indéterminée par une salariée qui avait conclu, sur une période de trois ans, une centaine de contrats à durée déterminée de remplacement avec la même association.

Pour faire droit à cette demande, la cour d'appel a retenu que l'association, qui disposait d'un nombre de salariés conséquent, était nécessairement confrontée à des périodes de congés, maladie, stage, maternité, qui impliquaient un remplacement permanent des salariés absents pour diverses causes ponctuelles. Elle en a déduit que, nonobstant la régularité formelle des contrats, les remplacements prévisibles et systématiques assurés par la salariée pendant trois années constituaient un équivalent à un emploi à temps plein pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre. Elle a en conséquence prononcé leur requalification en un contrat à durée indéterminée.

Le pourvoi articulait un moyen en une branche, invoquant les motifs de l'arrêt Küçük, sur lequel il convient de revenir brièvement. La Cour de justice s'est prononcée dans un contentieux dans lequel la requérante, employée en qualité d'assistante de greffe au sein d'un tribunal pendant onze ans, selon treize contrats à durée déterminée conclus pour le remplacement de salariés temporairement absents, avait saisi la juridiction allemande du travail en se prévalant du caractère à durée indéterminée de la relation de travail.

La Cour de Luxembourg rappelle en premier lieu que l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée fondée sur des raisons objectives est un moyen de prévenir les abus (arrêt Küçük précité, point 26). Elle précise que cette notion de « raisons objectives » vise des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée. Ces circonstances peuvent résulter, notamment, de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles de tels contrats ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre (arrêt Küçük précité, point 27).

²⁴ CJUE, arrêt du 26 janvier 2012, Küçük, C-586/10.

²⁵ Notamment : avis de C. Courcol-Bouchard, premier avocat général, et commentaire de G. Duchange, « Le besoin récurrent de remplacer des salariés absents prive-t-il l'employeur d'un motif objectif de recours au CDD ? », *JCP* 2018, éd. S, n° 11, p. 1096 ; T. Aubert-Monpeyssen, « Conditions de recours récurrent à des contrats à durée déterminée de remplacement : la Cour de cassation précise sa jurisprudence », *JCP* 2018, éd. E, n° 10, p. 1126 ; J. Mouly, « Les suites de CDD de remplacement : simple *aggiornamento* européen ou recul de la protection des salariés ? », *Dr. soc.* 2018, p. 364.

²⁶ Ordonnance du 11 novembre 2010, Vîno, C-20/10, point n° 58.

Pour la Cour de justice, le remplacement temporaire d'un travailleur afin de satisfaire des besoins provisoires de l'employeur en termes de personnel peut, en principe, constituer une « raison objective » au sens de la clause 5 de l'accord-cadre (arrêt Küçük précité, point 30). Elle relève à cet égard que le renouvellement de contrats à durée déterminée en cas de remplacement temporaire poursuit des objectifs reconnus comme étant des objectifs légitimes de politique sociale, consistant notamment à protéger la grossesse et la maternité ainsi qu'à permettre aux hommes et aux femmes de concilier leurs obligations professionnelles et familiales (arrêt Küçük précité, points 32 et 33).

La Cour de justice ajoute que la seule circonstance que des contrats de travail à durée déterminée soient conclus en vue de couvrir un besoin permanent ou récurrent de l'employeur en matière de personnel de remplacement ne saurait, en tant que telle, suffire à exclure que chacun de ces contrats, pris individuellement, a été conclu en vue d'assurer un remplacement ayant un caractère temporaire et, partant, permettre de caractériser l'existence d'un abus (arrêt Küçük précité, point 38).

Par conséquent, selon la Cour de justice, le fait d'exiger automatiquement la conclusion de contrats à durée indéterminée lorsque la taille de l'entreprise implique que l'employeur est confronté à un besoin récurrent ou permanent en personnel de remplacement irait au-delà des objectifs poursuivis par l'accord-cadre et méconnaîtrait la marge d'appréciation laissée aux États membres (arrêt Küçük précité, point 54).

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, la critique du moyen pointait avec pertinence la contradiction entre les énonciations de l'arrêt Küçük et les motifs de la décision objet du pourvoi.

La cassation intervient pour violation de la loi, au visa des articles L. 1242-1 et L. 1242-2 du code du travail, interprétés à la lumière de la clause 5 de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée. Ce texte n'est en effet, selon la jurisprudence de la Cour de justice, pas d'effet direct²⁷.

La Cour de cassation censure les juges du fond pour s'être déterminés, pour caractériser un recours systématique aux contrats à durée déterminée pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre, sur les effectifs de l'association, de nature, selon eux, à rendre prévisibles les remplacements pour lesquels il a été fait appel, de façon systématique, à la salariée.

La question a été posée de savoir si cet arrêt marque un revirement ou une simple évolution de jurisprudence²⁸.

Une partie de la doctrine considère que la cassation n'empêchera pas la cour d'appel de renvoi de se prononcer dans le même sens que la juridiction primitivement saisie. Mais les juges du fond devront pour ce faire caractériser qu'il a été recouru à des contrats à durée déterminée pour pourvoir à un besoin permanent en personnel. Ils devront ainsi rechercher si les fonctions exercées par la salariée étaient ou non identiques ou s'il y a eu interruption entre les remplacements²⁹.

Une autre partie de la doctrine a exprimé des inquiétudes sur la référence par la Cour de cassation à l'arrêt Küçük, se demandant si la décision du 14 février 2018 ne traduisait pas l'adoption d'une nouvelle orientation jurisprudentielle, plus sensible aux demandes de flexibilité des employeurs qu'aux besoins de protection des salariés³⁰.

Sans trancher cette controverse doctrinale, il est intéressant de relever un arrêt récent (Soc., 23 janvier 2019, pourvoi n° 17-21.796) par lequel la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir procédé à la requalification de contrats à durée déterminée conclus pour pourvoir au remplacement de salariés absents. Les juges du fond ont constaté que le salarié avait été lié à son employeur par soixante contrats à durée déterminée, avec de courtes périodes d'interruption, pendant trois années et qu'il avait occupé des postes d'infirmier et d'aide soignant, moyennant une rémunération identique. Ils ont relevé que le registre du personnel faisait apparaître que le recours aux contrats à durée déterminée était pour l'employeur un mode habituel de gestion du personnel. La cour d'appel a donc pu en déduire que ces contrats avaient eu pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

L'encadrement du recours au contrat à durée déterminée d'usage

En matière de contrats à durée déterminée d'usage, la Cour de cassation a considéré que les principes dégagés par la Cour de justice dans l'arrêt Adeneler³¹ lui imposaient de renforcer son contrôle, ce qu'elle a fait dans un arrêt du 23 janvier 2008³².

En effet, selon cette jurisprudence, réaffirmée dans l'arrêt Küçük précité (point 28), une disposition nationale qui se bornerait à autoriser, de manière générale et abstraite, le recours à des contrats de travail à durée déterminée successifs ne serait pas conforme aux exigences de l'accord-cadre³³.

L'arrêt du 26 avril 2017 précité reprend l'attendu de principe de la décision précitée du 23 janvier 2008, selon lequel « la détermination par accord collectif de la liste précise des emplois pour lesquels il peut être recouru au

²⁷ CJCE (grande chambre), arrêt du 15 avril 2008, Impact, C-268/06.

²⁸ J.-J. Perrin, « CDD : revirement sur les modalités de détermination d'un besoin structurel de main-d'œuvre », *RJS* 2018, p. 371.

²⁹ En ce sens, notamment : Mensuel du droit du travail (Cour de cassation) février 2018 ; observations *RJS* 2018, p. 240.

³⁰ J. Mouly, « Les suites de CDD de remplacement : simple *aggiornamento* européen ou recule de la protection des salariés ? », *Dr. soc.* 2018, p. 240.

³¹ CJCE (grande chambre), arrêt du 4 juillet 2006, Adeneler e.a., C-212/04.

³² Soc., 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-43.040, *Bull.* 2008, V, n° 16, et rapport de D. Ludet, « Contrats à durée déterminée d'usage successifs, les justifications nécessaires au regard de la jurisprudence communautaire », *RJS* 2008, p. 189.

³³ CJCE, arrêt du 23 avril 2009, Angelidaki e.a., C-378/07, point 97.

contrat de travail à durée déterminée d'usage ne dispense pas le juge, en cas de litige, de vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné ». Ce faisant, la chambre sociale a réaffirmé une jurisprudence constante³⁴ qui est également celle de la chambre criminelle³⁵.

L'arrêt du 26 avril 2017 approuve une cour d'appel qui a requalifié en contrat à durée indéterminée la centaine de contrats à durée déterminée d'usage conclus, sur une période de six années, par un réalisateur de bandes-annonces d'émissions et de programmes télévisuels, après avoir relevé que l'employeur faisait régulièrement appel, chaque jour, à des réalisateurs de bandes-annonces. Ces motifs font en effet ressortir que les contrats à durée déterminée successifs avaient pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

L'arrêt du 14 février 2018, relatif aux contrats à durée déterminée de remplacement, n'a bien entendu eu aucune incidence sur la jurisprudence relative aux contrats à durée déterminée d'usage. Ainsi, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir reconnu l'existence d'une relation de travail à durée indéterminée entre un machiniste et une société ayant pour activité le montage et le démontage de décors (Soc., 13 mars 2019, pourvoi n° 18-10.857). Dans cette affaire, les juges du fond, après avoir constaté que le salarié avait, entre 2005 et 2011, travaillé en moyenne plus de cent cinquante jours par an sous le régime du contrat à durée déterminée, ont estimé que, « *par son objet et sa nature, l'emploi de ce dernier [du salarié] était objectivement indispensable à l'activité normale et permanente de la société* » et ont en déduit que l'employeur n'établissait pas le caractère par nature temporaire de l'emploi.

En conclusion, il peut être observé, s'agissant des raisons objectives justifiant le recours au contrat à durée déterminée et la caractérisation de l'abus, que les motifs des arrêts du 26 avril 2017 et du 14 février 2018 reposent non seulement sur les dispositions de l'accord-cadre, dans la portée qui leur est donnée par la Cour de justice de l'Union européenne, mais également sur des notions de droit interne, telles que le « caractère par nature temporaire de l'emploi » ou « l'emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise », résultant de l'article L. 1242-1 du code du travail, ou le « besoin structurel de main-d'œuvre », dégagé pour la première fois dans un arrêt du 26 janvier 2005³⁶. Il résulte de l'attendu de principe de l'arrêt du 26 avril 2017 que le raisonnement de la Cour de cassation procède d'une combinaison des normes de droit interne et de droit de l'Union³⁷.

Il est à cet égard tentant d'opérer un parallèle entre le raisonnement attendu des juges du fond saisis d'une demande de requalification de contrats à durée déterminée et la jurisprudence de la Cour de justice dans l'arrêt Küçük invitant la juridiction de renvoi à vérifier si un examen global des circonstances entourant le renouvellement des contrats à durée déterminée révèle que les prestations requises du travailleur ne correspondent pas à un simple besoin temporaire et, pour ce faire, à prendre en compte toutes les circonstances de la cause, y compris le nombre et la durée cumulée des contrats ou des relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même employeur (arrêt Küçük précité, points 51 et 56).

Reproduction de l'arrêt Soc., 26 avril 2017, pourvoi n° 16-13.790 :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé par la société Multithématiques en qualité de réalisateur bandes-annonces à compter du 5 septembre 2007 et jusqu'au 22 août 2013 dans le cadre de contrats à durée déterminée successifs pour la chaîne TPS Star ; que le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes de requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée et en paiement de diverses sommes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de requalifier la relation de travail en contrat à durée déterminée et de le condamner au paiement de diverses sommes, alors, selon le moyen :

1° Qu'il résulte de la combinaison des articles L. 1242-1, L. 1242-2, L. 1244-1 et D. 1242-1 du code du travail que dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats à durée déterminée successifs lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ; qu'en l'espèce il résulte de l'accord cadre du 12 octobre 1998 que des contrats à durée déterminée d'usage peuvent être conclus par les entreprises dont l'activité principale relève de l'une des branches du spectacle, notamment en ce qui concerne les fonctions de « réalisateur » ; que, sauf à constater qu'il a été employé afin de pourvoir à un emploi durable de l'entreprise, le recours aux contrats à durée déterminée d'usage est en conséquence régulier pour l'emploi d'un salarié aux fonctions de réalisateur de bandes-annonces ; qu'en se fondant néanmoins, pour requalifier la relation de travail de M. X... en un contrat à durée indéterminée, d'une part, sur « la nature de son emploi, absolument nécessaire pour de nombreuses émissions et programmes diffusés par la société » et, d'autre part, sur « la fréquence du recours par la société Multithématiques à M. X... », circonstances insusceptibles à prouver que le recours aux services du salarié visait à pourvoir un emploi durable de la société sur la période en cause, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 1242-1, L. 1242-2, L. 1244-1 et D. 1242-1 du code du travail, ensemble l'accord-cadre du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 ;

³⁴ Soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-68.609, *Bull.* 2010, V, n° 269, et Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-17.882, *Bull.* 2013, V, n° 226.

³⁵ Crim., 6 mai 2008, pourvoi n° 06-82.366, *Bull. crim.* 2008, n° 105, et Crim., 11 mars 2014, pourvoi n° 09-88.073, *Bull. crim.* 2014, n° 73.

³⁶ Soc., 26 janvier 2005, pourvoi n° 02-45.342, *Bull.* 2005, V, n° 21.

2° Que constitue une « raison objective », au sens de la clause 5 de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive n° 1999/70 du 28 juin 1999, la démarche consistant pour les partenaires sociaux du secteur de l'audiovisuel à déterminer, après une concertation approfondie entre spécialistes ayant une connaissance exacte et complète des particularités des différents emplois concernés et des conditions de leur exercice, les emplois qui présentent un caractère « par nature temporaire » et ceux dont ce n'est pas le cas afin de déterminer les emplois pouvant être pourvus par contrat dit d'usage ; qu'en l'espèce, la société exposante faisait valoir que l'accord interbranches du 12 octobre 1998, applicable à l'entreprise et négocié et signé par les syndicats représentatifs, avait prévu que le poste de réalisateur était un poste pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée ; qu'en examinant si le recours aux contrats à durée déterminée successifs était en l'espèce justifié par des éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi occupé par M. X..., cependant qu'elle avait constaté que l'emploi de réalisateur de bandes-annonces figurait dans la liste des fonctions pour lesquelles il est d'usage de recourir au contrat à durée déterminée annexée à l'accord interbranche, ce dont il résultait que le recours à ces contrats successifs reposait sur des raisons objectives établissant la nature temporaire de l'emploi, la cour d'appel a violé la clause 5 de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive n° 1999/70 du 28 juin 1999, ensemble les articles L. 1242-2, L. 2221-2 du code du travail, l'accord national professionnel interbranches relatif au recours au contrat à durée déterminée d'usage concernant le secteur du spectacle du 12 octobre 1998 étendu par arrêté du 21 mai 1999 et l'article 1134 du code civil ;

3° Que la répétition des contrats à durée déterminée, le rattachement au cœur de l'activité de l'entreprise des tâches confiées au salarié ou l'emploi sous contrat à durée indéterminée de salariés de qualification identique ne suffisent pas à caractériser le caractère permanent de l'emploi et le besoin structurel de main-d'œuvre de l'employeur ; qu'en se bornant à faire état de « la fréquence du recours par la société Multithématiques à M. X... », du recours par la société à « des réalisateurs de bandes-annonces comme lui-même employés sous CDD, mais aussi à des salariés en CDI » et de la « nature de son emploi, absolument nécessaire pour de nombreuses émissions et programmes diffusés par la société », pour en déduire que M. X... avait été engagé pour pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, cependant que ces constatations n'étaient pas suffisantes pour caractériser son emploi sous CDI, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 1242-1, L. 1242-2 et L. 1245-1 du code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que s'il résulte de la combinaison des articles L. 1242-1, L. 1242-2, dans sa rédaction applicable, L. 1245-1 et D. 1242-1 du code du travail que, dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, et que des contrats à durée déterminée successifs peuvent, en ce cas, être conclus avec le même salarié, l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999, mis en œuvre par la directive n° 1999/70/CE du 28 juin 1999, en ses clauses 1 et 5, qui a pour objet de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi ;

Attendu, ensuite, que la détermination par accord collectif de la liste précise des emplois pour lesquels il peut être recouru au contrat de travail à durée déterminée d'usage ne dispense pas le juge, en cas de litige, de vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le salarié avait travaillé selon une centaine de contrats pendant six ans comme réalisateur graphiste pour réaliser des bandes-annonces, que ces bandes-annonces étaient quasi systématiques sur la plupart des émissions, que la nature de cet emploi absolument nécessaire pour de nombreuses émissions et programmes diffusés par l'employeur expliquait qu'il soit régulièrement fait appel, chaque jour, à des réalisateurs de bandes-annonces, a pu en déduire que les contrats à durée déterminée successifs avaient pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen :

Vu les articles L. 1245-1 et L. 1245-2 du code du travail, ensemble les articles 1134 et 1315 du code civil, dans leur rédaction applicable ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer au salarié un rappel de salaire ainsi qu'une indemnité de préavis, outre les congés payés et des indemnités conventionnelle de licenciement, de requalification et de licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que le salarié n'étant pas à la disposition permanente de son employeur principal pendant les mois où il a travaillé pour lui, son contrat de travail demeure à temps partiel, qu'il est en droit de réclamer le paiement de ce salaire à temps partiel sur douze mois, les rappels de salaire portant sur la différence entre la moyenne des salaires qu'il aurait dû percevoir et les salaires effectivement perçus, que cette différence est en grande partie liée aux deux mois (voire trois mois en 2012) non travaillés qui correspondent à la période des congés où l'employeur ne lui fournissait aucun travail, que ce temps partiel doit être déterminé par rapport à la moyenne des douze derniers mois travaillés d'une activité régulière ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier, ainsi qu'elle y était invitée, si le salarié était resté à la disposition de l'employeur pendant les périodes séparant deux contrats de travail à durée déterminée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Multithématiques à payer à M. X... les sommes de 29969 euros à titre de rappels de salaire, outre 2996,90 euros au titre des congés payés, 8016 euros à titre d'indemnité de préavis et 801,16 euros au titre des congés payés, 3323,96 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, 8016 euros à titre d'indemnité de requalification, 35000 euros à titre d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 19 janvier 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ».

Reproduction de l'arrêt Soc.. 14 février 2018, pourvoi n° 16-17.966, publié au Bulletin :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Y... a été engagée en qualité d'agent de service en contrat à durée déterminée par l'association La Croisée des ans du 17 au 30 juin 2010 afin de pourvoir au remplacement d'une personne en congé maladie ; qu'après deux contrats de remplacement conclus du 8 au 29 juillet 2010 puis du 1^{er} au 29 août 2010, elle a été à nouveau sollicitée en avril 2011 et a conclu, entre le 26 avril 2011 et le 27 février 2014, 104 contrats à durée déterminée ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification du contrat conclu le 24 avril 2011 en un contrat à durée indéterminée ;

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 1242-1 et L. 1242-2 du code du travail, interprétés à la lumière de la clause 5, point 1, a, de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 2000 ;

Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, le contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ; qu'il résulte du deuxième qu'un contrat à durée déterminée peut être conclu pour le remplacement d'un salarié en cas d'absence ou de suspension du contrat de travail ;

Attendu que la Cour de justice de l'Union européenne, par arrêt du 26 janvier 2012 (CJUE, 26 janv. 2012, Bianca A... c/Land [...]), a dit pour droit : « La clause 5, point 1, sous a, de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999, qui figure en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, doit être interprétée en ce sens que le besoin temporaire en personnel de remplacement, prévu par une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, peut, en principe, constituer une raison objective au sens de ladite clause. Le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu de contrats de travail à durée indéterminée n'implique pas l'absence d'une raison objective au sens de la clause 5, point 1, sous a, dudit accord-cadre ni l'existence d'un abus au sens de cette clause. Toutefois, lors de l'appréciation de la question de savoir si le renouvellement des contrats ou des relations de travail à durée déterminée est justifié par une telle raison objective, les autorités des États membres, dans le cadre de leurs compétences respectives, doivent prendre en compte toutes les circonstances de la cause, y compris le nombre et la durée cumulée des contrats ou des relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même employeur » ;

Attendu que la Cour de justice a précisé, dans les motifs de cette décision, que dans une administration disposant d'un effectif important, il est inévitable que des remplacements temporaires soient fréquemment nécessaires en raison, notamment, de l'indisponibilité d'employés bénéficiant de congés de maladie, de congés de maternité ou de congés parentaux ou autres, que le remplacement temporaire de salariés dans ces circonstances est susceptible de constituer une raison objective au sens de la clause 5, point 1, sous a, de l'accord-cadre CDD, justifiant tant le caractère déterminé de la durée des contrats conclus avec le personnel de remplacement que le renouvellement de ces contrats en fonction de la survenance des besoins, sous réserve du respect des exigences fixées par l'accord-cadre CDD à cet égard (§ 31), que cette conclusion s'impose d'autant plus lorsque la réglementation nationale justifiant le renouvellement de contrats à durée déterminée en cas de remplacement temporaire poursuit également des objectifs reconnus comme étant des objectifs légitimes de politique sociale (§ 32), que des mesures visant à protéger la grossesse et la maternité ainsi qu'à permettre aux hommes et aux femmes de concilier leurs obligations professionnelles et familiales poursuivent des objectifs légitimes de politique sociale (§ 33) ;

Attendu qu'il en résulte que le seul fait pour l'employeur, qui est tenu de garantir aux salariés le bénéfice des droits à congés maladie ou maternité, à congés payés ou repos que leur accorde la loi, de recourir à des contrats à durée déterminée de remplacement de manière récurrente, voire permanente, ne saurait suffire à caractériser un recours systématique aux contrats à durée déterminée pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre et pourvoir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ;

Attendu que pour prononcer la requalification des contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée, l'arrêt, après avoir énoncé qu'en application des dispositions de l'article L. 1243-3, alinéa 3, du code du travail, la mise en œuvre de contrats à durée déterminée successifs pour remplacer des salariés absents ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, retient qu'une entreprise telle que l'association La Croisée des ans, qui dispose d'un nombre de salariés conséquent, est nécessairement confrontée à des périodes de congés, maladie, stage, maternité qui impliquent un remplacement permanent des salariés absents pour diverses causes ponctuelles, que dès lors que les remplacements prévisibles et systématiques assurés par la salariée pendant trois années constituent un équivalent à plein temps pour faire face à un besoin structurel de l'association La Croisée des ans, c'est à juste titre que le conseil de prud'hommes a procédé à la requalification sollicitée même si ces contrats sont formellement réguliers (cause de l'absence, nom et qualification professionnelle du salarié remplacé, durée) ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs insuffisants pour caractériser, au regard de la nature des emplois successifs occupés par la salariée et de la structure des effectifs de l'association, que ces contrats avaient pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'association, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu que la cassation à intervenir sur le premier moyen entraîne la cassation par voie de conséquence des chefs de dispositif critiqués par le deuxième et le troisième moyens en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il déboute l'employeur de sa demande reconventionnelle, l'arrêt rendu le 4 avril 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Limoges ; remet, en conséquence, sur les points restant en litige, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Poitiers ».

4. - La responsabilité extracontractuelle de la société mère à l'égard des salariés de sa filiale
(Soc., 24 mai 2018, pourvois n° 16-22.881, n° 16-18.621 et n° 17-15.630, publié au *Bulletin*)

Présentation par Bernard Chauvet,
conseiller

Nous avons choisi de présenter des arrêts rendus par la première section de la chambre lors d'une audience thématique du mois de mai 2018 : je parle de trois arrêts du 26 mai, les arrêts Lee Cooper, Bouyer-Funkwerk et Métaeurop, relatifs à la responsabilité extracontractuelle, donc délictuelle, au sein des groupes de sociétés.

Cette problématique n'est pas récente mais elle s'est trouvée revivifiée depuis que notre chambre, et singulièrement depuis l'arrêt Mollex de juillet 2014, a retenu une conception restrictive du coemploi.

Pas récente, car dès un arrêt du 3 avril 1990 (Soc., 3 avril 1990, pourvoi n° 87-44.904) les éléments relatifs à cette responsabilité étaient posés à l'égard d'une société mère italienne et la motivation de l'arrêt n'est pas sans rappeler celle de notre arrêt Bouyer-Funkwerk du 24 mai 2018, dont je parlerai tout à l'heure, même si la demande des salariés était écartée, après un contrôle léger de notre part, par lequel on retenait que la cour d'appel a pu en déduire que la société n'avait pas abusé de sa position à l'égard de sa filiale et n'avait donc pas commis de faute :

« Mais attendu qu'ayant relevé à la fois que l'organisation du service commercial plus onéreux pour la société MF n'avait pas été mis en place par la société mère pour en tirer un bénéfice hors de proportion avec sa capacité de production, que l'utilisation des licences et du savoir-faire facturée par la société MSPA n'avait jamais été réglée, que les frais excessifs supportés par la société MF n'étaient pas consécutifs à des prélèvements injustifiés mais à la poursuite d'une exploitation déficitaire compensée par des augmentations de capital réelles et que la signature en 1978 d'un moratoire coûteux avait été négociée dans le but de ne pas interrompre la production et donc de sauvegarder les emplois des salariés, qu'enfin, aucune solution n'avait pu être trouvée, le seul "repreneur" sérieux exigeant une importante subvention, la cour d'appel a pu en déduire que la société n'avait pas abusé de sa position à l'égard de sa filiale et n'avait donc pas commis de faute ; que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches ».

C'est quasiment le seul arrêt qui développe une motivation sur le fondement délictuel car notre arrêt du 14 novembre 2007 (Soc., 14 novembre 2007, pourvoi n° 05-21.239, *Bull.* 2007, V, n° 188) se bornait à reconnaître, du point de vue des procédures collectives, la recevabilité de l'action engagée à l'encontre de la société mère, par des salariés qui invoquaient le préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale qui les employait, de la perte de leur emploi et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social de la société mère : nous avons alors seulement jugé que la recevabilité de l'action engagée par un créancier d'un débiteur en procédure collective contre un tiers dépend seulement du point de savoir s'il justifie d'un préjudice spécial et distinct de celui évoqué par les autres créanciers. Nous étions uniquement dans un raisonnement relatif à une procédure collective.

« Qu'en statuant ainsi, alors que les salariés invoquaient le préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi ainsi que de la diminution de leur droit à participation dans la société BEA et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe Bull, ce qui constituait un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective de la société Act MF, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

L'arrêt Eurodec-Briffaz de 2010 (Soc., 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.243) se limite également, en cassant, à déclarer recevable une demande fondée sur l'article 1382 du code civil à l'encontre de la société mère, s'agissant d'un problème de compétence :

« Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que les salariés étaient en droit d'agir contre la société Eurodec sur le terrain délictuel, même si elle n'était pas leur employeur, et, d'autre part, que l'incompétence ne pouvait pas être relevée d'office, l'affaire ne relevant pas de la compétence d'une juridiction répressive, administrative ou étrangère, la cour d'appel, qui devait se prononcer sur le fond de la demande dont elle était saisie, a violé les textes susvisés ».

Il en est de même pour l'arrêt Sofarec du 8 juillet 2014 (Soc., 8 juillet 2014, pourvoi n° 13-15.573, *Bull.* 2014, V, n° 180), très souvent cité, dans lequel seule était discutée la réalité d'une faute et non le principe même de la possibilité d'actionner la société mère.

Dès lors, les arrêts du 24 mai 2018 nous semblent intéressants.

Je ferai état de trois arrêts, les deux premiers étant symétriques.

Le premier arrêt, le plus important, dit Lee Cooper (Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-22.881, publié au *Bulletin*), a retenu le principe de la responsabilité délictuelle de la société grand-mère, dénommée Sun capital Partners : la société Sun capital Partners, dont la responsabilité était recherchée par les salariés, avait acquis, par le biais de fonds d'investissement dont les sièges sociaux étaient dans l'État américain du Delaware, le groupe Lee Cooper, dont la société mère était la société de droit luxembourgeois Lee Cooper group, lequel contrôlait une société néerlandaise, Vivat holdings, elle-même contrôlée par la société Avatar holding. Le capital social de Lee Cooper France était détenu par la société Vivat holding.

Les éléments factuels des fautes imputables à la société grand-mère figurent dans l'arrêt et ne me semblent guère discutables : rapidement, la décision relève qu'à l'initiative, donc, de la vaillante arrière grand-mère Sun Capital, la société Lee Cooper France avait financé le groupe pour des montants hors de proportion avec ses moyens financiers, que la marque Lee Cooper avait été transférée à titre gratuit à une autre société du groupe, qu'en retour les redevances dues au titre du contrat de licence étaient facturées à la société Lee Cooper France,

que cette dernière avait dû donner en garantie un immeuble pour un financement bancaire destiné exclusivement à une autre société du groupe, que cet immeuble avait été vendu au profit des organismes bancaires et qu'un stock important de marchandises gagées avait été vendu à la société Lee Cooper France, qui s'était vu opposer ensuite le droit de rétention du créancier du groupe.

Notre chambre approuve donc la cour d'appel qui a pu déduire de ces éléments que la société Sun Capital partners avait pris, par l'intermédiaire des sociétés du groupe, des décisions préjudiciables dans son seul intérêt d'actionnaire, décisions qui avaient entraîné la liquidation de la société Lee Cooper France. La cour d'appel avait donc pu retenir que la société Sun capital Partners avait, par sa faute, concouru à la déconfiture de l'employeur.

Ce qui fait de cet arrêt une décision importante, me semble-t-il, c'est que la chambre a retenu une simple faute de la personne morale, écartant ainsi toute faute qualifiée et surtout la notion de faute détachable des prérogatives attachées à la qualité d'associé ou d'actionnaire direct ou indirect.

La chambre avait bien sûr connaissance (et c'était soutenu par le moyen) de l'existence de l'arrêt de la chambre commerciale du 18 février 2014 par lequel cette dernière a jugé que « *la responsabilité d'un associé vis-à-vis d'un tiers au contrat de société, cocontractant de la société, ne peut être engagée qu'à la condition que soit caractérisée une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, (seule) de nature à engager sa responsabilité personnelle envers le tiers cocontractant de la société. Pour engager sa responsabilité à l'égard d'un tiers, la faute de l'associé doit donc être séparable de sa qualité d'associé, intentionnelle et d'une particulière gravité* » (Com., 18 février 2014, pourvoi n° 12-29.752, Bull. 2014, IV, n° 40).

En réalité, cette limitation, ici transposée aux associés, de la responsabilité des dirigeants aux fautes détachables de leurs fonctions s'explique par la « théorie de l'organe », qui veut que « *lorsque le dirigeant agit pour le compte de la société, et même lorsqu'il commet une faute, il n'est en réalité que l'organe de la société et il se confond donc avec celle-ci. C'est donc, du point de vue des tiers, la société qui commet la faute* » (B. Dondero, « La faute séparable des prérogatives de l'associé : une solution claire mais des difficultés en perspective », *JCP* 2014, éd. E, n° 13, p. 1160).

Il faut rappeler que cet arrêt de la chambre commerciale est relatif au vote par une assemblée générale, à l'initiative du dirigeant de la société, d'une décision susceptible de créer un préjudice à un tiers, cocontractant de la société : il s'agissait de la mise en cause de la responsabilité d'un actionnaire, personne physique, d'une société, à l'égard d'un tiers cocontractant, dans l'exercice de ses prérogatives d'associé.

Nous ne nous trouvons pas dans la même configuration : la société Sun capital Partners n'était pas actionnaire ou associé de la société Lee Cooper France, sinon à travers ses filiales, et ce n'est pas dans l'exercice, je cite, de « *prérogatives attachées à sa qualité d'associée* », comme le retient la chambre commerciale, que les décisions qui lui sont reprochées ont été prises, ni lors d'une assemblée générale de la société Lee Cooper France ou au sein de son conseil d'administration. Ce qui est sanctionné, c'est le comportement de la société Sun Capital partners à l'égard de la société employeur, dont les tiers salariés ne sont que des victimes indirectes.

On pourra s'interroger sur le point de savoir si, si la société Sun capital Partners avait été associée de la société Lee Cooper France, la solution aurait été identique.

Deuxième point : dans un autre arrêt du même jour (le symétrique), l'arrêt Funkwerk-Bouyer, la chambre a tout-à-fait respecté le principe de l'indépendance des personnes morales entre société mère et filiale, en écartant, par les éléments de faits précis relevés par la cour d'appel, toute faute ou abstention fautive de cette société mère actionnaire unique de la filiale : la mise en perspective de ces deux décisions montre bien que ce que sanctionne la chambre, ce sont des comportements totalement anormaux de sociétés mères ou grand-mères. En l'espèce, la société mère s'était comportée en bon père de famille si je puis dire...

Troisième arrêt de cette trilogie, l'arrêt Métaeurop du même jour, intéressant en ce qu'il montre les écueils pour les salariés, en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de la société mère. L'action en recherche de responsabilité, et notamment la demande de dommages-intérêts, sera irrecevable au regard du principe de l'interdiction des poursuites individuelles. Du fait de la procédure collective, les instances sont suspendues - n'oublions pas que la société mère n'est pas l'employeur et que les demandeurs ne sont pas ses salariés - et que les salariés dont la créance est antérieure doivent déclarer leurs créances. J'indique, de plus, que la chambre commerciale juge de manière constante que le moyen tiré de l'arrêt des poursuites individuelles est une fin de non-recevoir pouvant être soulevée d'office s'agissant d'une règle d'ordre public.

Il faut également citer un arrêt du 13 juin 2018 (Soc., 13 juin 2018, pourvoi n° 16-25.873, publié au *Bulletin*) consacrant l'incompétence de la juridiction prud'homale en cas d'une seule demande en responsabilité extracontractuelle à l'encontre de la société mère et l'incompétence du tribunal de commerce, ne s'agissant pas d'une contestation née de la procédure collective ni soumise à son influence juridique au sens de l'article R. 662-3 du code de commerce.

La cour d'appel, au visa de l'article L. 1411-1 du code du travail, relatif à la compétence prud'homale, avait estimé que « *si cette juridiction est seule compétente pour connaître au premier degré les litiges nés à l'occasion du contrat de travail, nonobstant leur connexité avec un autre différend non susceptible de leur être soumis, il ne saurait en être déduit qu'elle est compétente pour connaître de demandes formées par les salariés à l'encontre d'un tiers, qui n'est pas leur employeur, quand bien même aurait-il commis une faute ayant abouti ou contribué à leur licenciement.* ».

On peut se demander, comme le soutient un article récent à la *Semaine sociale Lamy* (D. Métin, « Quelle compétence pour les actions en responsabilité extracontractuelle ? », *SSL* 2019, n° 1851), si, au nom de l'efficacité des actions et de la sécurité juridique et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, l'interprétation de l'article L. 1411-1 du code du travail pourrait suffire à elle seule pour permettre l'extension de la compétence prud'homale, et ce, sur le fondement des liens très étroits entre la société tierce et le contrat de travail.

Par contre, en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'Union européenne, la compétence pour la recherche de la responsabilité de la société mère est celle du tribunal de la procédure collective (en l'espèce, en Angleterre) :

« Vu les articles 1 et 3, § 1, du règlement du Conseil n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, ensemble les articles 1 et 5, § 3, du règlement (CEE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors qu'elle avait constaté que la procédure principale d'insolvabilité à l'encontre des filiales de la société NNUK, dont la société NNSA, avait été ouverte par arrêt de la High Court of Justice of England and Wales du 14 janvier 2009 en application de l'article 3, § 1, du règlement (CE) n° 1346/2000, ce dont il résultait que cette décision devait être reconnue en France en application de l'article 16, § 1, de ce même règlement et que l'action en responsabilité litigieuse était de la compétence de cette juridiction, la cour d'appel a violé les textes susvisés (Soc., 10 janvier 2017, pourvoi n° 15-12.284, Bull. 2017, V, n° 5).

Reproduction de l'arrêt Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-22.881, publié au Bulletin :

« Vu la connexité, joint les pourvois n° 16-22.881 à n° 16-22.908 ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon les arrêts attaqués (Amiens, 28 juin 2016), que la société Lee Cooper France a été placée en redressement judiciaire le 26 mars 2010 et qu'elle a fait l'objet d'un plan de cession par jugement du tribunal de commerce du 9 juillet 2010 ; qu'à la suite du prononcé de la liquidation judiciaire de la société, le licenciement économique des soixante-quatorze salariés non repris dans le cadre du plan a été notifié les 22 juillet et 19 août 2010 après la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi ; que M. Y... et vingt-sept autres salariés ont saisi la juridiction prud'homale afin que soit reconnue la qualité de coemployeur de la société Sun Capital Partners Inc. et qu'elle soit condamnée au paiement de dommages-intérêts en raison de sa responsabilité extracontractuelle ayant conduit à la perte de leur emploi ;

Attendu que la société Sun Capital Partners Inc. fait grief aux arrêts de dire que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse, de constater que les salariés n'avaient formé de demandes indemnitaires à l'égard de la société Lee Cooper France qu'à titre subsidiaire et de la condamner à payer aux salariés des dommages-intérêts pour la perte de leur emploi, alors, selon le moyen :

1° Que le juge a l'obligation de motiver sa décision ; qu'il doit préciser sur quels éléments de preuve il fonde ses affirmations ; qu'en l'espèce, la société Sun Capital Partners Inc. contestait détenir, directement ou indirectement, une participation au sein des sociétés du groupe Lee Cooper et soulignait qu'elle n'apparaissait pas sur les différents organigrammes du groupe Lee Cooper établis, dans le cadre de la procédure collective de la société Lee Cooper France, par l'administrateur judiciaire de cette dernière et par l'expert mandaté par le tribunal de commerce pour analyser les liens juridiques, économiques et financiers entre la société Lee Cooper France et les sociétés du groupe Lee Cooper ; qu'en se bornant à affirmer, pour retenir que la société Sun Capital Partners Inc. est au final l'actionnaire principal du groupe Lee Cooper, que la société de droit luxembourgeois Lee Cooper Group SCA, qui détient indirectement le capital de la société Lee Cooper France, « est détenue à 100 % par Sun Capital Partners Inc. », sans préciser sur quel élément de preuve elle fondait une telle affirmation, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2° Que seule est de nature à engager la responsabilité personnelle d'un associé envers un tiers (cocontractant de la société) une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé ; qu'en l'absence de toute immixtion dans la gestion économique et sociale caractérisant une situation de coemploi, une faute simple et, *a fortiori*, une légèreté blâmable sont insuffisantes à engager la responsabilité délictuelle de l'actionnaire principal d'un groupe vis-à-vis des salariés d'une filiale de ce groupe ; qu'en se bornant à relever, pour condamner la société Sun Capital Partners Inc. à payer aux salariés de la société Lee Cooper France des dommages-intérêts au titre de la perte de leur emploi, que « des fautes de gestion et à tout le moins la légèreté blâmable » sont établies par les pièces du dossier, la cour d'appel n'a pas caractérisé de faute intentionnelle d'une particulière gravité, privant ainsi sa décision de base légale au regard des articles 1382 et 1842 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige ;

3° Que la société mère n'encourt aucune responsabilité personnelle du fait de ses filiales et que l'actionnaire principal d'une société n'est pas davantage responsable personnellement des fautes commises par cette société ; que la responsabilité délictuelle de la société mère ou de l'associé principal d'un groupe vis-à-vis des salariés de l'une des sociétés de ce groupe ne peut être engagée qu'à la condition que soit caractérisée une faute personnelle de leur part à l'origine du préjudice invoqué ; qu'en l'espèce, après avoir écarté toute immixtion de la société Sun Capital Partners Inc. dans la gestion des sociétés du groupe Lee Cooper, la cour d'appel a relevé une série d'opérations défavorables à la société Lee Cooper France passées entre cette dernière et différentes sociétés du groupe Lee Cooper, sans constater aucune participation de la société Sun Capital Partners Inc. à ces opérations ; qu'en retenant néanmoins que ces opérations caractérisaient « des fautes de gestion et à tout le moins la légèreté blâmable » de l'actionnaire principal du groupe Lee Cooper - identifié comme étant la société Sun Capital Partners Inc. - et engageaient la responsabilité extracontractuelle de ce dernier à l'égard des salariés, au motif inopérant que ces opérations ont été faites « dans le seul intérêt de l'actionnaire principal », sans à aucun moment caractériser la part personnelle prise par la société Sun Capital Partners Inc. dans ces opérations, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1382 et 1383 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige ;

4° Qu'en vertu du principe d'autonomie des personnes morales et du principe d'intangibilité des engagements des associés, la société mère ou l'actionnaire principal d'une société n'est pas tenu de remédier aux difficultés économiques de cette société ; qu'en relevant, pour retenir la responsabilité extracontractuelle de la société Sun

Capital Partners Inc., que cette dernière n'a pris aucune disposition pour remédier aux difficultés économiques de la société Lee Cooper France que les opérations imputées à d'autres sociétés ont engendrées, la cour d'appel n'a pas davantage caractérisé de faute personnelle susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de la société Sun Capital Partners Inc., privant encore sa décision de base légale au regard des articles 1382 et 1383 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige ;

5° Que la société mère ou l'actionnaire principal d'un groupe dont la responsabilité extracontractuelle est engagée vis-à-vis des salariés d'une filiale ne peut être condamné qu'à réparer le préjudice directement causé, par sa faute, à ces salariés ; que sa faute ne peut priver les licenciements de cause réelle et sérieuse et ne peut, en conséquence, justifier la condamnation de ce tiers au contrat de travail à réparer la perte injustifiée de l'emploi des salariés ; qu'en retenant, en l'espèce, que la société Sun Capital Partners Inc., dont la qualité de coemployeur était pourtant écartée, devait être condamnée, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, à payer à chaque salarié de la société Lee Cooper France des dommages-intérêts au titre de la perte de son emploi, tout en constatant que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse du fait de l'insuffisance des recherches de reclassement et, plus généralement, de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi établi par la société Lee Cooper France, la cour d'appel a violé les articles 1382 et 1383 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige ;

Mais attendu que la cour d'appel, par une décision motivée, a constaté, d'une part, que la société Sun Capital Partners Inc. était l'actionnaire principal du groupe Lee Cooper, qui détenait la société Lee Cooper France, à travers les sociétés qu'elle contrôlait ; que la cour d'appel a constaté, d'autre part, qu'à l'initiative de la société Sun Partners Inc. la société Lee Cooper France avait financé le groupe pour des montants hors de proportion avec ses moyens financiers, que notamment le droit d'exploiter la licence de la marque Lee Cooper avait été transféré à titre gratuit à une autre société du groupe, les redevances dues au titre du contrat de licence étaient facturées à la société Lee Cooper France, que celle-ci avait dû donner en garantie un immeuble pour un financement bancaire destiné exclusivement à une autre société du groupe et que cet immeuble avait été vendu au profit des organismes bancaires, qu'un stock important de marchandises gagées d'une société du groupe avait été vendu à la société Lee Cooper France, qui s'était vue opposer le droit de rétention du créancier du groupe, que les facturations établies aux autres sociétés du groupe pour les services rendus par la société Lee Cooper France n'avaient été que très partiellement acquittées ; qu'en l'état de ces constatations dont il résultait que la société Sun Capital Partners Inc. avait pris, par l'intermédiaire des sociétés du groupe, des décisions préjudiciables dans son seul intérêt d'actionnaire, lesquelles avaient entraîné la liquidation partielle de la société Lee Cooper France, la cour d'appel a pu en déduire que la société Sun Capital Partners Inc. avait, par sa faute, concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résultée ; que le moyen, inopérant en sa cinquième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ».

Reproduction de l'arrêt Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-18.621, publié au *Bulletin* :

« Vu la connexité, joint les pourvois n° 16-18.621 à n° 16-18.665 ;

Attendu, selon les arrêts attaqués (Toulouse, 7 avril 2016), que la société Bouyer, jusqu'alors gérée par son fondateur et ayant une activité de production de systèmes de sonorisation des lieux publics et des moyens de transport, a été cédée en 1989 à la société SonoFinance appartenant au groupe REL puis, en 1994, a été rachetée par la société Montalbanaise de sonorisation, appartenant au groupe Natexis, auquel a succédé en octobre 2000 le groupe Tyco ; qu'en janvier 2008, la société Funkwerk a pris le contrôle de la société Bouyer en devenant son actionnaire unique ; que par jugement du 12 janvier 2010, le tribunal de commerce a ordonné l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire au profit de la société Bouyer, puis, par décision du 26 mai 2010, a autorisé sa cession au profit de la société Coflec et le licenciement de soixante-quatre salariés ; que par jugement du 26 août 2010, le tribunal de commerce a prononcé la liquidation judiciaire de la société Bouyer, M. RR... ayant été désigné en qualité de liquidateur ; que M. X... et quarante-quatre autres salariés de la société Bouyer, licenciés pour motif économique courant juin 2010, ont saisi la juridiction prud'homale de demandes de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail et manquement à l'obligation de prévention de sécurité ainsi que de dommages-intérêts pour licenciements sans cause réelle et sérieuse notamment à l'encontre de la société Funkwerk sur le fondement d'une situation de coemploi et, à titre subsidiaire, sur le fondement de fautes délictuelles de cette dernière ayant conduit à la liquidation judiciaire de l'employeur ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les salariés font grief aux arrêts de dire que la société Funkwerk ne pouvait être qualifiée de coemployeur et de rejeter l'ensemble de leurs demandes formulées à son encontre, alors selon le moyen :

1° Que la qualité de coemployeur peut être reconnue à une société juridiquement distincte d'une autre, elle-même employeur, quand est caractérisée entre elles une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la filiale à l'égard de la société mère ; qu'ayant relevé que la société Funkwerk avait acquis 100 % du capital de la société Bouyer, que le directeur général de cette dernière, M. VV..., avait été nommé par la société Funkwerk, qu'il était placé sous la dépendance hiérarchique directe d'un dirigeant de cette dernière, à laquelle il devait rendre compte régulièrement de sa gestion, et que les deux sociétés avaient des activités complémentaires, il en résultait une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre les deux sociétés ; qu'en considérant néanmoins que la société Funkwerk ne pouvait être qualifiée de coemployeur du personnel de sa filiale, la société Bouyer, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant par là même l'article L. 1221-1 du code du travail ;

2° Que la qualité de coemployeur de deux sociétés juridiquement distinctes ne peut être retenue que s'il est caractérisé entre ces sociétés une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la filiale à l'égard de la société mère ; qu'ayant relevé que M. VV..., directeur général de la société Bouyer, était rattaché à l'autorité hiérarchique d'un dirigeant de la société Funkwerk et qu'il devait rendre compte à la direction de la société mère de l'avancement des négociations quant au plan de sauvegarde de l'emploi, sans en déduire une immixtion dans la gestion de la société Bouyer, la cour d'appel a encore violé l'article L. 1221-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre, hors l'existence d'un lien de subordination, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ;

Et attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve produits devant elle, la cour d'appel a constaté la réalité d'une autonomie décisionnelle de la société Bouyer par rapport à la société mère Funkwerk, notamment dans la gestion sociale et financière de l'entreprise ainsi que dans la stratégie commerciale ou la production, et que leurs activités et clientèles étaient différentes ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu en déduire l'absence, entre les deux sociétés, d'une confusion d'intérêts, d'activité et de direction et qu'en conséquence, la société Funkwerk n'avait pas la qualité de coemployeur ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen :

Attendu que les salariés font grief aux arrêts de dire que la société Funkwerk n'avait commis aucune faute à leur égard, alors, selon le moyen :

1° Qu'ayant constaté que la société Bouyer, détenue à 100 % par la société Funkwerk, avait connu une dégradation extrêmement rapide de sa trésorerie et que la société mère avait refusé de financer à perte un plan de sauvegarde, la cour d'appel devait en déduire que cette société avait concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résulté ; qu'en considérant néanmoins que la société Funkwerk n'avait commis aucune faute, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, dans sa version alors applicable ;

2° Que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la cour d'appel, après avoir constaté que la société Bouyer était détenue à 100 % par la société Funkwerk, a jugé que les deux sociétés constituant des entités juridiquement distinctes, la société mère n'avait pas la possibilité de s'immiscer dans la gestion de sa filiale pour mettre en œuvre en ses lieu et place une stratégie industrielle et commerciale ainsi qu'une politique de gestion des ressources humaines, que ce soit en termes de plan de formation ou de prévention des risques psychosociaux ; qu'en se prononçant ainsi sans rechercher si la société Funkwerk, qui avait pourtant nommé le directeur général de la société Bouyer et qui en était l'actionnaire à 100 %, n'était pas en mesure de prévenir la dégradation de sa situation économique et financière, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa version alors applicable ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté que la situation de la société Bouyer était compromise depuis le début des années 2000 en l'absence de mise en œuvre de moyens commerciaux, technologiques ou industriels par les acquéreurs successifs, qu'une large partie de la trésorerie injectée avant la cession au profit de la société Funkwerk avait été absorbée au cours de l'exercice 2008 par les pertes de la société, dont la dégradation extrêmement rapide de la trésorerie n'avait pu être empêchée malgré de multiples actions menées au sein de l'entreprise au cours de l'année 2009, que l'avance en compte courant de la société Bouyer au profit de la société Funkwerk constatée au 26 novembre 2009 avait été remboursée et que la facturation de « *management fees* » entre les deux sociétés correspondait à de réelles prestations, que la société Funkwerk n'avait pas à mettre en œuvre au lieu et place de sa filiale une stratégie industrielle et commerciale ainsi qu'une politique de gestion des ressources humaines notamment par des plans de formation ou de prévention des risques psychosociaux, et que la dégradation rapide de la trésorerie de la société Bouyer était de nature à légitimer le refus de financer un plan de sauvegarde de l'emploi par la société Funkwerk, qui était elle-même en difficultés économiques ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu décider que la société Funkwerk n'avait pas, par les décisions de gestion prises, commis de faute ayant compromis la bonne exécution par sa filiale de ses obligations ni contribué à sa situation de cessation des paiements ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ».

Reproduction de l'arrêt Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-15.630, publié au Bulletin :

« Vu la connexité, joint les pourvois n° 17-15.630 à n° 17-15.759, n° 17-15.790 à n° 17-15.799, n° 17-15.801 à n° 17-15.810, n° 17-15.820 à n° 17-15.826, n° 17-15.841 à n° 17-15.850, n° 17-15.854 à n° 17-15.858, n° 17-15.861 à n° 17-15.865, n° 17-15.868 à n° 17-15.872 et de n° 17-15.875 à n° 17-15.879 ;

Met hors de cause MM. Y... et X... pris en leur qualité de liquidateurs judiciaires de la société Métaleurop Nord ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, que la société Métaleurop Nord, filiale à 99 % de la société Métaleurop SA, devenue depuis la société Recylex, exploitait à Noyelles-Godault une unité de production et de commercialisation de métaux non ferreux ; qu'envisageant de reconvertir cette unité dans le recyclage des métaux non ferreux, la société Métaleurop a préparé, en 2001 et 2002, un projet de restructuration de l'entreprise et de plan de sauvegarde de l'emploi ; que par jugement du 28 janvier 2003, la société Métaleurop Nord a été placée en redressement judiciaire, converti le 10 mars 2003 en liquidation judiciaire ; que par lettre du 21 mars 2003, les mandataires judiciaires à la liquidation désignés, MM. X... et Y..., ont licencié tous les salariés, pour motif économique ; que la société Métaleurop SA a été, à son tour, placée en redressement judiciaire le 13 novembre 2003, un plan de

redressement étant ensuite arrêté le 24 novembre 2005 ; que le 16 novembre 2010, M. Z... et cent quatre-vingt-six autres salariés de la société Métaleurop Nord ont saisi la juridiction prud'homale de demandes formées contre les sociétés Métaleurop Nord et Recylex pour obtenir des dommages-intérêts pour licenciement nul ou sans cause réelle et sérieuse et subsidiairement réparation d'un préjudice lié à la perte d'une chance de conserver leur emploi ou de bénéficier d'un plan social ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident éventuel des salariés :

Attendu que les salariés font grief aux arrêts de rejeter leur demande tendant à ce qu'il soit dit que la société Recylex avait la qualité de coemployeur et de les débouter de leurs demandes aux fins de condamnation de la société Recylex à leur verser des dommages-intérêts pour licenciement nul ou, subsidiairement, sans cause réelle et sérieuse et pour non-respect de la priorité de réembauchage alors, selon le moyen, que, hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ; qu'ayant constaté qu'au-delà de la communauté d'intérêts et d'activités résultant de l'appartenance à un même groupe, qui se manifestait par la décision de restructuration de la filiale prise au niveau de la direction de la société mère et par la tenue de la trésorerie de sa filiale par la société Métaleurop, laquelle assurait également la gestion de la carrière des cadres de Métaleurop Nord, la société mère s'était directement chargée de négocier un moratoire à la place et pour le compte de sa filiale, que le dirigeant de la Métaleurop Nord était placée sous la dépendance hiérarchique directe d'un dirigeant de Métaleurop et que cette dernière décidait unilatéralement de l'attribution de primes exceptionnelles aux cadres de direction de sa filiale, tout en refusant d'en déduire qu'il existait une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre les deux sociétés, se manifestant notamment par une immixtion dans la gestion du personnel de la filiale, et qu'en conséquence la société Métaleurop était coemployeur du personnel de sa filiale, sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la société Métaleurop Nord à l'égard de la société mère, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve soumis à son examen, la cour d'appel, qui a constaté que la société Métaleurop Nord avait conservé son autonomie décisionnelle dans ses fonctions de production et le respect des réglementations, dans sa gestion comptable et dans celle des ressources humaines pour le personnel non cadre, et retenu que l'intervention de la société mère dans la nomination des instances dirigeantes et du contrôle de leur action ou l'attribution d'une prime exceptionnelle aux cadres dirigeants, ainsi que dans la gestion financière de la filiale par le biais d'une convention d'assistance technique et de gestion de trésorerie n'excédait pas la nécessaire coordination des actions économiques entre deux sociétés appartenant à un même groupe, a pu en déduire l'absence de la qualité de coemployeur de la société Métaleurop SA ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Sur la recevabilité du moyen, contestée par la défense :

Attendu que les salariés soutiennent que le moyen tiré de l'arrêt des poursuites individuelles serait nouveau et, mélangé de fait et droit, irrecevable ;

Mais attendu que le moyen, qui ne se prévaut d'aucun fait qui n'ait été connu des juges du fond, est de pur droit et peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation ; que la fin de non-recevoir ne peut être accueillie ;

Et sur le moyen :

Vu les anciens articles L. 621-40 et L. 621-43 du code de commerce et l'article 122 du code de procédure civile ;

Attendu que les arrêts condamnent la société Recylex à payer certaines sommes aux salariés à titre de dommages-intérêts au motif d'une perte de chance ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la société Métaleurop SA, devenue Recylex, avait fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ouverte par jugement du 13 novembre 2003, puis qu'elle avait bénéficié d'un plan de redressement par voie de continuation arrêté par jugement du 24 novembre 2005, la cour d'appel, qui était tenue de relever, au besoin d'office, le moyen tiré de l'irrecevabilité de l'action des salariés au regard du principe de l'interdiction des poursuites individuelles, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen du pourvoi principal :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'ils condamnent la société Recylex à payer aux salariés une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour perte de chance, les arrêts rendus le 31 janvier 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Amiens ».

III. - Les panoramas de jurisprudence

1. - Le panorama annuel (de novembre 2017 à octobre 2018)

A. - Les évolutions importantes

a) *Principe d'égalité de traitement : l'harmonisation de l'application du principe en cas de transfert de contrats de travail entre deux employeurs*

Soc., 30 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.532, *Bull.* 2017, V, n° 204 :

L'évolution générale de la législation du travail en matière de négociation collective et de la jurisprudence en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement à l'égard des accords collectifs conduit à apprécier différemment la portée du principe d'égalité de traitement à propos du transfert des contrats de travail organisé par voie conventionnelle.

La différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve dès lors justifiée au regard du principe d'égalité de traitement.

Encourent, dès lors, la cassation les jugements qui, pour condamner la société entrante à payer à chaque salarié une somme à titre de prime de treizième mois, retiennent que les différents salariés demandeurs accomplissent le même travail pour le même employeur sur le même chantier, s'agissant tant des salariés dont le contrat de travail a été transféré lorsque le marché a fait l'objet d'un changement de prestataire au 1^{er} janvier 2010 que des salariés faisant déjà partie des effectifs de la société entrante à cette date et que l'employeur ne démontre pas l'existence d'une raison objective et pertinente justifiant la différence de rémunération liée à la nécessité de compenser un préjudice spécifique à une catégorie de travailleurs.

Note :

Dans cette affaire, en application de l'accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire annexé à la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011, la société AAF La Providence, attributaire depuis le 1^{er} janvier 2010 du marché de nettoyage du site « banque de France », a repris à son service différents salariés affectés sur ce site à la suite de la perte du marché par leur employeur. D'anciens salariés de la société AAF la Providence ont saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir, au nom du principe de l'égalité de traitement, le paiement d'une prime de treizième mois versée à certains salariés issus de transferts antérieurs et passés au service de la société AAF La Providence. La chambre sociale de la Cour de cassation casse les jugements ayant accueilli ces demandes et, procédant à une cassation sans renvoi, rejette la demande des salariés.

Elle énonce que « *la différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve dès lors justifiée au regard du principe d'égalité de traitement* ».

Par cet arrêt du 30 novembre 2017 ici commenté, la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence et décide d'harmoniser ses solutions en ce qui concerne l'application du principe de l'égalité de traitement en cas de transfert de contrats de travail entre deux employeurs résultant de l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail ou résultant de dispositions conventionnelles.

Dans la mesure en effet où la Cour de cassation juge de manière constante que les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ne sont pas applicables dans le cas de la seule perte du marché (assemblée plénière, 16 mars 1990, pourvoi n° 85-44.518, *Bull.* 1990, Ass. plén., n° 3 ; Soc., 20 décembre 2006, pourvoi n° 04-19.829, *Bull.* 2006, V, n° 389), les partenaires sociaux, tirant les conséquences de ces arrêts et afin de garantir leur emploi aux salariés affectés à l'exécution d'un marché, ont conclu dans les secteurs d'activité les plus concernés, tels le gardiennage, la sécurité ou le domaine de la propreté, des accords de branche étendus imposant au nouveau prestataire la reprise des contrats de travail des salariés affectés à ce marché et remplissant certaines conditions. Dans tous les cas, le nouvel employeur est tenu de maintenir pour les salariés transférés les avantages dont ils bénéficiaient auprès de l'ancien employeur.

Consacré par l'arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996 (Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, *Bull.* 1996, V, n° 359), le principe de l'égalité de traitement implique, en matière de rémunération, de traiter de façon identique les travailleurs effectuant le même travail ou un travail de valeur égale et placés dans une même situation au regard de l'avantage en cause, sauf à l'employeur d'établir que la différence de traitement est justifiée par des raisons objectives dont il revient au juge de vérifier concrètement la réalité et la pertinence.

Appliqué au domaine du transfert des contrats de travail entre deux employeurs, la chambre sociale de la Cour de cassation opérait jusqu'alors une distinction selon que le transfert était d'origine légale et résultait de plein droit des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ou qu'il était d'origine conventionnelle.

Dans le cas du transfert légal, la chambre sociale a admis que les avantages dont les salariés disposaient avant le transfert ne s'étendaient pas aux salariés de l'entreprise ayant repris l'entité économique autonome (Soc., 21 septembre 2005, pourvoi n° 03-43.532, *Bull.* 2005, V, n° 260 ; Soc., 17 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.335 ; Soc., 7 décembre 2005, pourvoi n° 04-44.594, *Bull.* 2005, V, n° 356, et Soc., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-42.718) et a dit par un arrêt du 11 janvier 2012 (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-14.622, *Bull.* 2012, V, n° 15) que l'obligation légalement faite au nouvel employeur de maintenir les avantages prévus dans les contrats de travail des salariés repris était de nature à constituer une raison objective pouvant justifier la différence de traitement qui en résultait par rapport aux autres salariés pour refuser l'extension aux salariés de l'entreprise absorbante le bénéfice de la prime d'ancienneté dont les salariés de l'entreprise absorbée bénéficiaient avant le transfert.

Distinguant la force normative de la loi et de l'accord collectif, la chambre sociale de la Cour de cassation a refusé de transposer une telle solution en matière de transferts conventionnels prévoyant des dispositifs de garantie d'emplois et a dit, par deux arrêts du 15 janvier 2014 (Soc., 15 janvier 2014, pourvoi n° 12-25.402, *Bull.* 2014, V, n° 23, concernant le domaine de la propreté) et du 16 septembre 2015 (Soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 13-26.788, *Bull.* 2015, V, n° 168, concernant le domaine des entreprises de prévention et de sécurité), que le maintien des contrats de travail des salariés de l'entreprise sortante ne résultant pas de la loi et n'étant pas destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de travailleurs, l'inégalité qui en résultait entre salariés accomplissant le même travail pour le même employeur sur le même chantier n'était pas justifiée par des raisons pertinentes et méconnaissait ainsi le principe d'égalité de traitement. En application de cette jurisprudence, l'entreprise entrante sur le marché se devait de généraliser à l'ensemble de ses salariés le bénéfice des avantages ou primes dont bénéficiaient les salariés de l'entreprise sortante au moment du transfert.

Cette jurisprudence a été fortement critiquée par la doctrine, qui contestait la distinction opérée selon l'origine légale ou conventionnelle du transfert, et par les organisations professionnelles, qui en dénonçaient les conséquences financières et l'aléa économique pour le repreneur du marché, qui n'était pas nécessairement en capacité d'évaluer le coût des avantages à étendre alors que la reprise des contrats de travail et le maintien des avantages des salariés repris s'imposaient à lui. Ces critiques ont conduit dans un premier temps à l'adoption de l'article L. 1224-3-2 du code du travail issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels interdisant aux salariés d'autres sites de l'entreprise entrante de pouvoir invoquer utilement les différences de rémunération résultant d'avantages obtenus auprès de leur ancien employeur par les salariés dont les contrats de travail ont été transférés. Cet article a été lui-même modifié par l'article 24 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, lequel prohibe désormais toute possibilité pour les salariés du nouveau prestataire de pouvoir utilement invoquer le principe d'égalité de traitement.

Indépendamment de cette évolution législative, la chambre sociale de la Cour de cassation a amorcé elle-même depuis plusieurs années un changement significatif quant à la place et à la force de la négociation collective en consacrant l'existence d'une présomption de justification des différences de traitement créées par voie de conventions ou d'accords collectifs, le salarié devant désormais établir que la différence de traitement est étrangère à toute considération de nature professionnelle : Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, *Bull.* 2015, V, n° 9, publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2015, p. 169 (différences de traitement entre catégories professionnelles) ; Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324, *Bull.* 2016, V, n° 130, publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2016, p. 187 (différences de traitement opérées au sein d'une même catégorie professionnelle) ; Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, *Bull.* 2016, V, n° 206, publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2016, p. 190 (différences de traitement entre des salariés d'un employeur affectés à des établissements distincts régis par des accords d'établissement distincts), et encore Soc., 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-17.517, *Bull.* 2017, V, n° 170 (extension de la présomption aux accords d'entreprises), le fondement juridique de ces solutions étant que les partenaires sociaux agissent par délégation de la loi et doivent, en conséquence, se voir reconnaître une marge d'appréciation comparable à celle dont dispose le législateur, qui peut déroger à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

Cette volonté de donner à la négociation collective toute sa place est justifiée par l'évolution générale de la législation du travail en matière de négociation collective.

L'arrêt ici commenté, rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 30 novembre 2017, s'inscrit dans ce nouvel environnement jurisprudentiel et législatif.

b) *Subvention de fonctionnement du comité d'entreprise : le retour à la définition sociale de la rémunération*

Soc., 7 février 2018, pourvoi n° 16-16.086, publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation :

Sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la subvention de fonctionnement comme de la contribution aux activités sociales et culturelles s'entend de la masse salariale brute constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale, en application de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale.

Il résulte par ailleurs de l'article L. 3312-4 du code du travail que les sommes attribuées en application de l'accord d'intéressement n'ont pas le caractère de rémunération, au sens de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale.

Viola en conséquence les articles L. 2323-86 et L. 2325-43 du code du travail, alors applicables, la cour d'appel qui refuse de déduire de cette masse salariale les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, les indemnités de retraite et les sommes versées au titre de l'intéressement.

Soc., 7 février 2018, pourvoi n° 16-24.231, publié au Rapport annuel de la Cour de cassation :

Sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise comme de la contribution aux activités sociales et culturelles s'entend de la masse salariale brute constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale, en application de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale.

Il résulte par ailleurs des articles L. 1251-24 et L. 8241-1 du code du travail que les salariés mis à disposition ont accès, dans l'entreprise utilisatrice, dans les mêmes conditions que les salariés de cette entreprise, aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives, notamment de restauration, dont peuvent bénéficier ces salariés ; que lorsque des dépenses supplémentaires incombent au comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice, celles-ci doivent lui être remboursées suivant des modalités définies au contrat de mise à disposition ; il en découle que la rémunération versée aux salariés mis à disposition par leur employeur n'a pas à être incluse dans la masse salariale brute de l'entreprise utilisatrice servant de base au calcul de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles.

C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel a refusé d'intégrer dans la masse salariale brute les provisions sur congés payés, les indemnités légales et conventionnelles de licenciement et les indemnités de retraite, ainsi que les rémunérations versées aux salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, toutes sommes qui ne figurent pas dans la déclaration annuelle des données sociales de l'entreprise.

Note commune aux deux arrêts :

Les deux arrêts du 7 février 2018 constituent un revirement de jurisprudence. En effet, depuis une décision du 30 mars 2011 (Soc., 30 mars 2011, pourvoi n° 09-71.438, non publié), la chambre sociale affirmait que la masse salariale servant au calcul à la fois de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles versées par l'employeur aux comités d'entreprise correspondait aux postes « rémunérations du personnel » définis par le compte 641 du plan comptable général.

Cette assiette de calcul n'était pas celle communément adoptée par les entreprises, qui se référaient généralement à la déclaration annuelle de données sociales (la DADS), laquelle n'inclut pas certaines rubriques figurant au compte 641. Un contentieux important a de ce fait surgi après la décision du 30 mars 2011, obligeant la chambre sociale à apporter certaines précisions, en soustrayant des postes, figurant au compte 641, de la base de calcul des subventions : ainsi de la rémunération des dirigeants sociaux, des remboursements de frais et des indemnités dues au titre de la rupture du contrat de travail autres que les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, et les indemnités de retraite (Soc., 20 mai 2014, pourvoi n° 12-29.142, *Bull.* 2014, V, n° 123). La chambre sociale a également, par un arrêt du 31 mai 2016 (Soc., 31 mai 2016, pourvoi n° 14-25.042, *Bull.* 2016, V, n° 120), dit que devaient être déduites de l'assiette les indemnités transactionnelles pour leur montant supérieur aux indemnités légales et conventionnelles.

Le nombre croissant d'exceptions faites à l'application du compte 641 ainsi que l'abondance du contentieux et la résistance de nombreux juges du fond ont amené la chambre sociale à un réexamen complet de la question de l'assiette de fixation des subventions dues au comité d'entreprise sur la base de la masse salariale. Dans ses arrêts du 7 février 2018, elle abandonne, aux termes d'un revirement explicitement annoncé, le fondement comptable du compte 641, pour se référer à la notion de « gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale, en application de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ». Il s'agit là d'un retour à la définition sociale de la rémunération.

La chambre sociale précise en outre que les sommes attribuées au titre d'un accord d'intéressement ou de participation ne sont pas incluses dans la masse salariale, puisqu'il ne s'agit pas d'une rémunération ni de sommes soumises à cotisations de sécurité sociale (article L. 3312-4 du code du travail).

Enfin, elle indique que ne sont pas incluses dans la masse salariale de l'entreprise servant de base au calcul des subventions les rémunérations versées aux salariés mis à disposition, dès lors que ces derniers ne sont pas rémunérés par l'entreprise d'accueil, et que les dépenses éventuellement engagées par le comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice en leur faveur doivent être remboursées par l'employeur (articles L. 1251-24 et L. 8241-1 du code du travail). Ce revirement devrait permettre de mettre fin aux contentieux en cours. Pour l'avenir, la question est en tout état de cause tranchée par les articles L. 2312-81 et L. 2315-61 du code du travail.

c) Élections professionnelles : une représentation équilibrée des femmes et des hommes

Soc., 9 mai 2018, pourvoi n° 17-14.088, publié au Rapport annuel de la Cour de cassation :

Viola les dispositions des articles L. 2324-22-1 et L. 2324-23 du code du travail, alors applicables, le tribunal d'instance qui rejette la demande d'annulation de l'élection d'un candidat de sexe masculin figurant sur une liste ne comportant que son nom alors que, deux postes étant à pourvoir et le collège composé de 77 % de femmes et de 23 % d'hommes, l'organisation syndicale était tenue de présenter une liste conforme à l'article L. 2324-22-1, interprété conformément à la décision n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018 du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire comportant nécessairement une femme et un homme, ce dernier au titre du sexe sous-représenté dans le collège considéré.

Note :

Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur la marge de liberté laissée aux organisations syndicales dans la constitution de leurs listes de candidats aux élections professionnelles à la suite de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2017, de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015.

Cette loi fait en effet désormais obligation aux organisations syndicales de faire figurer sur leurs listes de candidats un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la proportion de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale, les listes devant en outre être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe, afin de garantir la présentation de candidats du sexe sous-représenté en position éligible. Cette obligation figurait aux articles L. 2314-24-1, pour l'élection des délégués du personnel, et à l'article L. 2324-22-1, pour l'élection des représentants du personnel au comité d'entreprise, et a été reprise par l'article L. 2314-30 du code du travail, issu de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, pour l'élection des membres du comité social et économique.

Dans l'affaire soumise à la Haute juridiction, un syndicat avait déposé en vue des élections professionnelles une liste ne comportant qu'un seul candidat titulaire de sexe masculin au sein du collège « cadres », deux sièges étant à pourvoir et la liste électorale au sein de ce collège étant composée de 77 % de femmes et de 23 % d'hommes.

L'employeur avait saisi le tribunal d'instance afin d'obtenir l'annulation de l'élection de ce candidat et le tribunal avait rejeté cette demande en se fondant sur une interprétation littérale des nouvelles dispositions légales, aux termes desquelles « *Pour chaque collège électoral, les listes mentionnées à l'article L. 2314-24 qui comportent plusieurs candidats sont composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale.* ». Ainsi, pour le tribunal, l'obligation pour les listes d'être représentatives du nombre de femmes et d'hommes au sein d'un collège ne s'appliquait qu'aux listes comportant plusieurs candidats.

Or, selon l'exposé des motifs du projet de loi, « *L'article 5 vise à améliorer la représentation équilibrée des femmes et hommes dans les institutions représentatives du personnel. Il introduit l'obligation pour les listes aux élections professionnelles de comporter une proportion de femmes et d'hommes qui reflète leur proportion respective dans les collèges électoraux. Le non-respect de cette obligation entraîne l'annulation de l'élection du ou des candidats du sexe sur-représenté au regard de la composition sexuée que devait respecter la liste électorale.* ».

L'interprétation à la lettre des nouvelles dispositions apparaissait ainsi très éloignée non seulement de l'objectif visé, mais également des moyens mis en œuvre, puisque le législateur est allé jusqu'à empêcher la présentation de candidats du sexe sous-représenté en position inéligible au moyen de la règle de l'alternance. L'interprétation retenue par le tribunal pouvait, en outre, apparaître comme un moyen de contourner les obligations résultant de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015.

La chambre sociale n'a pas validé cette analyse des nouvelles dispositions légales retenue par le tribunal d'instance, dont la décision est censurée. Restait à la haute Cour à préciser les nouvelles conditions de validité des listes de candidats.

Ainsi, la chambre sociale aurait pu considérer que le premier alinéa des articles L. 2314-24-1 et L. 2324-22-1 ne renvoyant qu'au constat selon lequel, par hypothèse, la mixité ne peut s'appliquer qu'aux listes comportant plusieurs candidats, seule l'obligation pour la « liste » d'être représentative de la composition du corps électoral demeurerait, y compris en cas de candidature unique. Autrement dit, le syndicat en question aurait pu présenter une « liste » comportant une unique candidature, à condition qu'il s'agisse en l'occurrence d'une femme. Une telle solution aurait présenté l'avantage de limiter l'atteinte au principe de la liberté de choix par les syndicats de leurs candidats, constamment rappelé par la chambre sociale (Soc., 19 mars 1986, pourvoi n° 85-60.439, *Bull.* 1986, V, n° 101 ; Soc., 16 novembre 1993, pourvoi n° 92-60.306, *Bull.* 1993, V, n° 275), qui a par ailleurs toujours admis la validité des candidatures uniques y compris lorsque plusieurs sièges sont à pourvoir au sein d'une instance collégiale et que cette admission des candidatures uniques aboutit à ce qu'un seul représentant soit élu au comité d'entreprise (Soc., 17 décembre 1986, pourvoi n° 86-60.278, *Bull.* 1986, V, n° 608). Mais une telle solution ne risquait-elle pas de faire obstacle à l'objectif de mixité voulu par le législateur, en particulier dans les entreprises et les secteurs professionnels dans lesquels les femmes sont minoritaires ?

Aussi, par le présent arrêt, et prenant ses distances avec sa jurisprudence évoquée ci-dessus, la chambre sociale a fait le choix d'une troisième voie, celle consistant à considérer que les dispositions des articles L. 2314-24-1 et L. 2324-22-1, dans leur rédaction issue de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, imposent désormais aux organisations syndicales de présenter une liste de candidats conforme à ces dispositions, c'est-à-dire, au cas particulier, deux sièges étant à pourvoir, de présenter deux candidats, une femme et un homme, ce dernier au titre du sexe sous-représenté dans le collège considéré, conformément à la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018, aux termes de laquelle la règle dite de l'arrondi ne « *peut faire obstacle à ce que les listes de candidats puissent comporter un candidat du sexe sous-représenté dans le collège électoral* » (ce qui ici aurait abouti à ce qu'aucun homme ne soit élu dans ce collège).

B. - Actualité jurisprudentielle par thèmes

a) *Contrat de travail, organisation et exécution du travail*

- Emploi

Soc., 28 février 2018, pourvoi n° 15-24.181, publié au *Bulletin* :

Les organisations syndicales d'employeurs et de travailleurs, auxquelles les articles L. 351-8 et L. 352-2 du code du travail, alors en vigueur, donnent compétence pour négocier et conclure des accords ayant pour objet de déterminer les mesures d'application des dispositions légales relatives au régime d'assurance chômage, ne méconnaissent pas leur pouvoir en insérant au règlement annexé à une convention d'assurance chômage des dispositions qui prévoient, dès lors que le législateur donne au service public de l'emploi pour mission l'accueil,

l'orientation, la formation, l'insertion et l'accompagnement des demandeurs d'emploi, que l'attribution et le paiement de l'allocation d'aide au retour à l'emploi sont subordonnés à la résidence du bénéficiaire sur le territoire relevant du champ d'application du régime d'assurance chômage.

Soc., 28 février 2018, pourvoi n° 16-19.450, publié au *Bulletin* :

Compte tenu du statut des entreprises adaptées, dont l'un des objectifs prioritaires est de permettre aux personnes handicapées d'exercer une activité professionnelle dans des conditions adaptées à leurs possibilités grâce à l'accompagnement spécifique qu'elles leur proposent, celles-ci ne sont pas soumises, à l'égard des salariés non handicapés, à la garantie d'emploi instaurée par l'accord professionnel du 7 juillet 2009 relatif à la garantie de l'emploi et à la poursuite des relations de travail en cas de changement de prestataire dans le transport interurbain de voyageurs.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui retient que l'entreprise adaptée, nouvelle adjudicataire du marché de transport, n'est pas tenue de reprendre, en application de ce texte, les salariés affectés au marché par l'entreprise sortante.

- Essai

Soc., 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-17.998, *Bull.* 2017, V, n° 222 :

Selon l'article L. 1221-21 du code du travail, la période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit.

Il résulte de l'article 2 de l'avenant « mensuels » du 2 mai 1979 à la convention collective régionale des industries métallurgiques, mécaniques et connexes de la région parisienne du 16 juillet 1954 que seule la période d'essai des mensuels occupant un emploi classé au niveau I peut être prolongée.

L'accord national du 10 juillet 1970 sur la mensualisation du personnel ouvrier conclu dans la branche de la métallurgie dispose qu'il ne s'applique qu'à défaut d'une convention collective ou d'un avenant applicable aux ETAM ou ouvriers d'un établissement parce que celui-ci ne se trouve pas dans le champ d'application territorial d'une convention collective territoriale.

Par conséquent, viole ces dispositions, ensemble les articles L. 2252-1 et L. 2253-3 du code du travail, l'arrêt qui retient la validité de la clause contractuelle prévoyant la possibilité de renouveler la période d'essai d'un salarié occupant un emploi classé au niveau V de la convention collective régionale des industries métallurgiques, mécaniques et connexes de la région parisienne du 16 juillet 1954, alors que les dispositions conventionnelles ne prévoyant pas de renouvellement de la période d'essai devaient primer sur celles, moins favorables, du contrat de travail.

Soc., 27 juin 2018, pourvoi n° 16-25.756, publié au *Bulletin* :

Aux termes de l'article 4.1.2 de la convention collective nationale des entreprises de propreté, dès lors que cela est prévu dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail, la période d'essai peut être renouvelée une fois pour une durée équivalente ou inférieure en cas de nécessité technique.

La cour d'appel qui a constaté que le renouvellement était motivé par la nécessité d'apprécier l'ensemble des qualités professionnelles du salarié a caractérisé la condition fixée par la convention collective.

Soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 16-26.333, publié au *Bulletin* :

Selon l'article L. 1231-1 du code du travail, les dispositions du titre III du livre II du code du travail, relatif à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, ne sont pas applicables pendant la période d'essai.

Il en résulte qu'en cas d'annulation de la rupture de la période d'essai survenue pour un motif discriminatoire, le salarié ne peut prétendre à l'indemnité de préavis.

- Contrats précaires

Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-16.561, *Bull.* 2017, V, n° 199 :

L'action en requalification de contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée et l'action en paiement d'une indemnité de requalification qui en découle n'étant pas des actions en paiement de salaires, le contrat de travail à durée déterminée peut prévoir, par application de l'article 2254 du code civil, une durée de prescription qui peut être abrégée ou allongée par accord des parties.

Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 16-17.966, publié au *Bulletin* :

Il résulte des articles L. 1242-1 et L. 1242-2 du code du travail, interprétés à la lumière de la clause 5, point 1, a, de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 2000 que le seul fait pour l'employeur, qui est tenu de garantir aux salariés le bénéfice des droits à congés maladie ou maternité, à congés payés ou repos que leur accorde la loi, de recourir à des contrats à durée déterminée de remplacement de manière récurrente, voire permanente, ne saurait suffire à caractériser un recours systématique aux contrats à durée déterminée pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre et pourvoir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Soc., 9 mai 2018, pourvoi n° 16-20.423, publié au *Bulletin* :

Le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de séparation des pouvoirs, en l'état d'une autorisation administrative de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée en application des articles L. 2412-13 et L. 2421-8 du code du travail devenue définitive, statuer sur une demande de requalification du contrat de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée.

Une cour d'appel, ayant constaté que, par décision du ministre chargé du travail, dont la légalité n'était pas contestée par voie d'exception par la salariée, le non-renouvellement du contrat de travail avait été autorisé, en a déduit à bon droit que la demande de requalification présentée devant le juge judiciaire était irrecevable.

Soc., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-18.294, publié au *Bulletin* :

Une succession de contrats de travail à durée déterminée, sans délai de carence, n'est licite, pour un même salarié et un même poste, que si chacun des contrats a été conclu pour l'un des motifs prévus limitativement par l'article L. 1244-4 du code du travail.

Viola les articles L. 1244-3 et L. 1244-4 du code du travail, ensemble l'article L. 1245-1 du même code, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, la cour d'appel qui rejette une demande tendant à la requalification d'une succession de deux contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée après avoir constaté que le premier contrat de travail à durée déterminée avait été conclu entre les parties en raison d'un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, soit pour un motif non prévu à l'article L. 1244-4 du code du travail, de sorte qu'un délai de carence répondant aux exigences de l'article L. 1244-3 du même code devait être observé avant la conclusion du second contrat de travail à durée déterminée pour remplacement d'un salarié.

- Contrats particuliers

Soc., 18 janvier 2018, pourvoi n° 16-18.936, publié au *Bulletin* :

Le contrat d'accueillant familial prévu par les dispositions de l'article L. 442-1 du code de l'action sociale et des familles n'étant pas un contrat de travail, il en résulte que le contrat du remplaçant de l'accueillant familial ne saurait constituer un contrat de travail.

Soc., 18 janvier 2018, pourvoi n° 16-18.956, publié au *Bulletin* :

Selon l'article L. 5134-103 du code du travail, le contrat relatif à des activités d'adultes-relais est un contrat de travail de droit privé à durée indéterminée ou à durée déterminée conclu en application de l'article L. 1242-3 dans la limite de trois ans renouvelable une fois. Il en résulte que lorsqu'un tel contrat est conclu pour une durée déterminée, aucune durée minimale n'est imposée.

Soc., 28 juin 2018, pourvoi n° 17-17.842, publié au *Bulletin* :

Une cour d'appel qui relève qu'un salarié avait bénéficié d'une formation en interne et d'une adaptation aux postes de travail occupés dont la réalité était confirmée par les informations données par l'intéressé dans son *curriculum vitae* faisant état de l'obtention, en juin 2009, d'un certificat informatique et internet, ainsi que de sa connaissance des outils informatiques et de sa capacité à assurer le secrétariat et l'administration courante de trois écoles, peut en déduire que l'employeur avait satisfait à son obligation de formation et d'accompagnement.

- Statuts particuliers

Soc., 7 décembre 2017, pourvoi n° 16-12.809, *Bull.* 2017, V, 210 :

Il résulte de la combinaison des articles L. 3123-14 et L. 7221-2 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, que les dispositions de ce code relatives à la durée du travail et au travail à temps partiel ne sont pas applicables aux employés de maison qui travaillent au domicile privé de leur employeur et sont soumis à la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999.

Soc., 18 janvier 2018, pourvoi n° 16-21.215, publié au *Bulletin* :

En l'absence de contrat écrit conclu dans l'un des cas énumérés par l'article L. 1242-2 du code du travail où il peut être recouru à un contrat à durée déterminée, le contrat conclu avec un pigiste est, en principe, un contrat à durée indéterminée, forme normale du contrat de travail.

Sauf la faculté pour l'intéressé de solliciter la requalification de la relation de travail en collaboration permanente dès lors qu'il est tenu de consacrer une partie déterminée de son temps à l'entreprise de presse à laquelle il collabore, les dispositions de l'article L. 3123-14 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, ne trouvent pas à s'appliquer au contrat de travail du journaliste rémunéré à la pige.

Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 16-25.649, publié au *Bulletin* :

Il résulte de l'application combinée des articles L. 7112-3 et L. 7112-4 du code du travail que la commission arbitrale des journalistes est seule compétente pour statuer sur l'octroi et le montant d'une indemnité de licenciement, quelle qu'en soit la cause.

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-26.415, publié au *Bulletin* :

Il résulte de l'article L. 7111-3 du code du travail que le correspondant de presse n'est réputé journaliste professionnel qu'à la double condition de recevoir des appointements fixes et de tirer de son activité, exercée à titre d'occupation principale et régulière, l'essentiel de ses ressources.

Doit en conséquence être censurée une cour d'appel qui, pour retenir la compétence de la juridiction prud'homale, énonce que la qualité de journaliste professionnel s'acquiert au regard des ressources que l'intéressé tire principalement de la profession de journaliste, sans rechercher si les rémunérations versées au titre de son activité de correspondant auprès de l'entreprise de presse présentaient un caractère de fixité.

Soc., 28 juin 2018, pourvoi n° 16-27.544, publié au *Bulletin* :

Ayant relevé que l'établissement de bulletins de salaire était rendu nécessaire par l'obligation faite à l'entreprise de presse de prélever diverses cotisations liées au statut de journaliste pigiste, une cour d'appel en déduit exactement l'absence de contrat de travail apparent.

- Étendue des obligations de l'employeur

Soc., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-21.021, publié au *Bulletin* :

En présence d'une clause de non-concurrence prévoyant au profit de l'employeur le droit de lever l'interdiction dans le délai maximal de trente jours suivant la fin effective du travail, une cour d'appel, ayant constaté que la salariée avait démissionné le 13 janvier 2011 et que l'employeur ne l'avait pas dispensée de l'exécution de son préavis de trois mois, en a exactement déduit que la notification de la levée de la clause de non-concurrence faite le 6 avril 2011, en cours de préavis, était valable.

Soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 17-10.853, publié au *Bulletin* :

Une clause interdisant, avant l'expiration d'un certain délai, au salarié quittant une entreprise d'entrer dans une autre entreprise exerçant une activité similaire ne s'applique pas dès lors que les deux entreprises ne sont pas en situation réelle de concurrence mais appartiennent au même groupe économique, et que le passage du salarié de l'une à l'autre est le résultat d'une entente entre lui et ses deux employeurs successifs. Elle reprend cependant ses effets normaux à partir du jour où le contrat de travail avec le second employeur a été rompu, sans que ce délai puisse s'en trouver reporté ou allongé.

- Modification du contrat de travail

Soc., 11 juillet 2018, pourvoi n° 17-12.747, publié au *Bulletin* :

Le seul refus par un salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement.

La rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique.

Viole dès lors les articles 1134 du code civil et L. 1233-3 du code du travail, dans leur rédaction applicable en la cause, la cour d'appel qui dit le licenciement du salarié consécutif à son refus d'une modification de son contrat de travail proposée par l'employeur fondé sur une cause réelle et sérieuse, alors qu'il résultait de ses constatations que le motif de la modification résidait dans la volonté de l'employeur de réorganiser le service financier de l'entreprise et qu'il n'était pas allégué que cette réorganisation résultait de difficultés économiques ou de mutations technologiques ou qu'elle fût indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

- Transfert du contrat de travail

Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-16.465, publié au *Bulletin* :

Le règlement intérieur s'imposant aux salariés avant le transfert de plein droit de leur contrat de travail, aux termes de l'article L. 1224-1 du code du travail, vers une société nouvellement créée n'est pas transféré avec ces contrats de travail, dès lors que ce règlement constitue un acte réglementaire de droit privé dont les conditions sont encadrées par la loi et que l'article R. 1321-5 du même code impose à une telle entreprise nouvelle d'élaborer un règlement intérieur dans les trois mois de son ouverture.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui a constaté que l'application par la société nouvellement créée de ce règlement intérieur en matière disciplinaire constituait un trouble manifestement illicite qu'il lui appartenait de faire cesser.

b) *Durée du travail et rémunération*

- Temps de déplacement

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-20.634, publié au *Bulletin* :

Ainsi que l'a énoncé l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, Tyco, C-266/14, points 48 et 49) du 10 septembre 2015, il résulte de la jurisprudence de la Cour que, exception faite de l'hypothèse particulière visée à l'article 7, § 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 en matière de congé annuel payé, celle-ci se borne à réglementer certains aspects de l'aménagement du temps de travail, de telle sorte que, en principe, elle ne trouve pas à s'appliquer à la rémunération des travailleurs et que, partant, le mode de rémunération des travailleurs dans une situation telle que celle en cause au principal, dans laquelle les travailleurs n'ont pas de lieu de travail fixe ou habituel et effectuent des déplacements quotidiens entre leur domicile et les sites du premier et du dernier clients désignés par leur employeur, relève, non pas de ladite directive, mais des dispositions pertinentes du droit national.

La cour d'appel a dès lors exactement retenu qu'en application de l'article L. 3121-4 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, le temps de déplacement qui dépasse le temps normal de trajet doit faire l'objet d'une contrepartie soit sous forme de repos, soit sous forme financière.

- Travail de nuit

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-26.394, publié au *Bulletin* :

Si le fait, pour un employeur, de recourir au travail de nuit en violation des dispositions de l'article L. 3122-32, devenu L. 3122-1, du code du travail constitue un trouble manifestement illicite, il appartient à celui qui se prévaut d'un tel trouble d'en rapporter la preuve.

- Temps partiel

Soc., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-11.102, publié au *Bulletin* :

Si le principe d'égalité entre travailleurs à temps complet et travailleurs à temps partiel, posé par l'article L. 3123-13 du code du travail, dans sa rédaction applicable, impose de calculer l'indemnité conventionnelle de licenciement

en tenant compte, à défaut de dispositions conventionnelles contraires, proportionnellement des périodes d'emploi effectuées à temps plein et à temps partiel, la règle de proportionnalité ne trouve pas à s'appliquer, sauf dispositions contraires de la convention collective, au plafond qui a un caractère forfaitaire.

- Forfait annuel de jours

Soc., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-10.248, publié au *Bulletin* :

Selon l'article 1, alinéa 1, du code civil, les lois et, lorsqu'ils sont publiés au *Journal officiel de la République française*, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

Viola ce texte, ensemble l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs, la cour d'appel qui refuse de reporter l'entrée en vigueur du forfait annuel de 258 jours prévu par l'article L. 433-1 du code de l'action sociale et des familles pour les permanents responsables et les assistants permanents exerçant au sein des lieux de vie et d'accueil autorisés en application de l'article L. 313-1 du même code, alors qu'elle constate que le décret d'application auquel renvoie l'article L. 433-1 pour la détermination des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, nécessaire à la garantie du droit à la santé et au repos par une amplitude et une charge de travail raisonnables assurant une bonne répartition dans le temps du travail du salarié, n'était pas intervenu à la date d'exécution de la prestation de travail.

- Intéressement et participation

Soc. 6 juin 2018, pourvoi n° 17-14.372, publié au *Bulletin* :

Il résulte de l'article L. 3342-1 du code du travail que tous les salariés de l'entreprise où a été conclu un accord de participation ou d'intéressement doivent avoir la possibilité de bénéficier de la répartition des résultats de l'entreprise, sans que puisse leur être opposé le fait qu'ils n'exécutent pas leur activité en France ou qu'ils n'y sont pas rémunérés, et que la clause d'un accord d'intéressement ou de participation excluant les salariés détachés à l'étranger dans une succursale est réputée non écrite.

Ayant constaté que les salariés n'avaient jamais cessé d'appartenir à l'effectif de la société durant leur période de détachement dans les succursales concernées, une cour d'appel a par ces seuls motifs légalement justifié sa décision de condamner la société à leur verser diverses sommes à titre de participation et d'intéressement, abstraction faite des motifs erronés mais surabondants tenant à l'application du principe d'égalité de traitement s'agissant de la clause de l'accord d'intéressement.

- Égalité de traitement

Soc., 7 décembre 2017, pourvoi n° 16-14.235, *Bull.* 2017, V, n° 212, et 3 mai 2018, pourvoi n° 16-11.588, publié au *Bulletin* :

Le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle à ce que les salariés embauchés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un nouveau barème conventionnel soient appelés dans l'avenir à avoir une évolution de carrière plus rapide dès lors qu'ils ne bénéficient à aucun moment d'une classification ou d'une rémunération plus élevée que celle des salariés embauchés antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau barème et placés dans une situation identique ou similaire.

Soc., 7 décembre 2017, pourvoi n° 16-15.109, *Bull.* 2017, V, n° 213 :

Sauf disposition légale contraire, un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié, seules les dispositions plus favorables de cet accord pouvant se substituer aux clauses du contrat.

Cette règle constitue un élément objectif pertinent propre à justifier la différence de traitement entre les salariés engagés antérieurement à l'entrée en vigueur d'un accord collectif et ceux engagés postérieurement, et découlant du maintien, pour les premiers, des stipulations de leur contrat de travail.

Soc., 13 décembre 2017, pourvoi n° 16-12.397, *Bull.* 2017, V, n° 214 :

En application du principe d'égalité de traitement, si des mesures peuvent être réservées à certains salariés, c'est à la condition que tous ceux placés dans une situation identique, au regard de l'avantage en cause, aient la possibilité d'en bénéficier, à moins que la différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes et que les règles déterminant les conditions d'éligibilité à la mesure soient préalablement définies et contrôlables.

Doit être approuvé l'arrêt qui, relevant que le protocole de fin de grève ne définissait de manière précise ni la catégorie correspondant aux salariés grévistes pouvant prétendre au bénéfice de ses dispositions, celle-ci ne reposant sur aucun critère objectif et vérifiable, ni la nature et l'importance de la participation au conflit susceptibles d'entraîner l'inclusion des grévistes dans ladite catégorie, de sorte qu'il n'était pas établi que seuls des grévistes dont le reclassement serait compromis auraient bénéficié de l'indemnité prévue par le protocole, a estimé qu'il n'était pas justifié de raisons objectives et pertinentes justifiant la différence de traitement dont l'existence était constatée, la liste établie par les organisations syndicales signataires étant en soi insuffisante à constituer une justification objective et pertinente à la différence de traitement.

L'atteinte au principe d'égalité de traitement peut être réparée par l'octroi, aux salariés concernés, de l'avantage dont ils ont été irrégulièrement privés.

Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 16-27.703, publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation :

Selon la délibération du 25 janvier 1995 du conseil d'administration de La Poste, les primes et indemnités perçues par les agents de droit public et les agents de droit privé et initialement regroupées au sein d'un complément indemnitaire ont été supprimées et incorporées dans un tout indivisible appelé « complément Poste » constituant désormais de façon indissociable l'un des sous-ensembles de la rémunération de base de chaque catégorie de personnel et, selon la décision n° 717 du 4 mai 1995 du président du conseil d'administration de La Poste, la rémunération des agents de La Poste se compose de deux éléments : d'une part, le traitement indiciaire pour les fonctionnaires ou le salaire de base pour les agents contractuels, lié au grade et rémunérant l'ancienneté et l'expérience, d'autre part, le « complément Poste » perçu par l'ensemble des agents, qui rétribue le niveau de fonction et tient compte de la maîtrise du poste.

En application du principe d'égalité de traitement, pour percevoir un complément Poste du même montant, un salarié doit justifier exercer au même niveau des fonctions identiques ou similaires à celles du fonctionnaire auquel il se compare.

Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.680, publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation :

Ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que les fonctionnaires percevant un complément Poste « seuil haut » auxquels les salariés se comparaient, quoiqu'exerçant en dernier lieu au même niveau des fonctions identiques ou similaires de facteur, avaient tous, à la différence des salariés, occupé des fonctions qui, par leur diversité et leur nature, leur conféraient une meilleure maîtrise de leur poste, la cour d'appel en a exactement déduit, sans inverser la charge de la preuve, qu'aucune atteinte au principe d'égalité de traitement n'était établie.

Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.814, publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation :

Ayant constaté que le salarié ne se comparait à aucun fonctionnaire déterminé exerçant au même niveau des fonctions identiques ou similaires, la cour d'appel en a exactement déduit, sans inverser la charge de la preuve, qu'aucune atteinte au principe d'égalité de traitement n'était caractérisée.

Note commune aux trois arrêts :

Réunie dans sa formation la plus solennelle pour évoquer, au cours d'une audience thématique consacrée à un élément de rémunération alors applicable aux agents de La Poste et dénommé « complément Poste », la chambre sociale de la Cour de cassation s'est efforcée d'apporter une solution claire et efficace aux questions posées par les différents pourvois, s'inscrivant dans un contentieux sériel particulièrement nourri.

On sait que depuis la réforme issue de la loi du 2 juillet 1990, La Poste emploie deux catégories de personnel : des fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique et des salariés de droit privé soumis au régime des conventions collectives.

Afin d'harmoniser le régime de rémunération de ces deux catégories de personnels, La Poste a, en avril 1993, regroupé les primes versées aux fonctionnaires au sein d'une indemnité unique dénommée « complément Poste » et s'est engagée à faire converger le montant de cette indemnité de manière à ce que les agents d'un même niveau de fonctions, quel que soit leur statut, perçoivent un complément indemnitaire d'un montant équivalent, sauf à distinguer les intéressés selon leurs mérites individuels. Et par une décision du 4 mai 1995 (« codifiée » au sein de La Poste sous la référence RH 32), le président du conseil d'administration de La Poste a défini les règles d'évolution du « complément Poste » en énonçant notamment qu'il « rétribue le niveau de fonction et tient compte de la maîtrise du poste ».

La chambre sociale de la Cour de cassation s'est à plusieurs reprises prononcée sur l'interprétation qu'il convenait de donner de ce dispositif, en appliquant les règles propres au principe d'égalité de traitement, qui a toujours fondé les demandes des salariés.

Ainsi, avant de faire droit aux demandes, les juges du fond doivent constater que les fonctionnaires auxquels les agents de droit privé se comparent occupent des fonctions identiques ou similaires aux leurs et au même niveau (Soc., 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-23.865 ; Soc., 12 juillet 2017, pourvoi n° 16-13.901).

Pour écarter le constat d'une différence de traitement injustifiée, La Poste doit ensuite démontrer la plus grande maîtrise de son poste par le fonctionnaire, laquelle ne peut reposer sur sa seule ancienneté, déjà prise en compte dans la rémunération de base (Soc., 9 décembre 2015, pourvoi n° 14-18.042, *Bull.* 2015, V, n° 249), mais peut reposer sur la plus grande diversité des postes occupés par le fonctionnaire, lui conférant par là même une meilleure maîtrise de son poste (Soc., 9 décembre 2015, pourvoi n° 14-23.563).

Par les arrêts ici commentés, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme ces solutions en apportant une précision.

La Cour rappelle d'abord que la règle précitée issue de la « RH 32 » ne doit pas être lue comme signifiant que le « complément Poste » ne rétribuerait que le niveau de fonction, ainsi que le soutenaient les salariés. Cet élément de rémunération rétribue au contraire un travail effectué à un certain niveau et selon une certaine maîtrise du poste.

Aussi, la chambre sociale approuve un arrêt de la cour d'appel de Toulouse qui avait rejeté la demande présentée par une salariée qui ne se comparait à aucun fonctionnaire exerçant au même niveau des fonctions identiques ou similaires aux siennes (Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.814, publié au *Bulletin*). Elle approuve de la même manière les arrêts ayant rejeté les demandes des salariés qui se comparaient à un fonctionnaire qui exerçait comme eux des fonctions identiques ou similaires de facteur, mais qui, à la différence des salariés, avait occupé des fonctions qui, par leur diversité et leur nature, lui conféraient une meilleure maîtrise de son poste (Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.680, publié au *Bulletin*).

À l'inverse, la Haute juridiction censure les décisions qui avaient fait droit aux demandes sans égard pour les fonctions exercées respectivement par le salarié et le fonctionnaire de comparaison, ces décisions faisant une application erronée du principe d'égalité de traitement. À titre d'exemple, on relèvera que, selon les classifications d'emplois applicables au sein de La Poste, le personnel d'accueil et les chauffeurs poids-lourds exercent au même niveau « 1 - 3 » (cf. sur ce point l'avis conforme de Mme l'avocate générale).

Cette série de pourvois a également conduit la Cour de cassation à préciser que c'est à celui qui invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement de démontrer qu'il se trouve dans une situation identique ou similaire à celui auquel il se compare (Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 16-27.703, publié au *Bulletin*). Il appartenait au cas particulier à chaque salarié de démontrer qu'il exerçait des fonctions identiques ou similaires à celles du fonctionnaire auquel il se comparait.

En l'occurrence, conformément à la thèse qu'ils soutenaient, selon laquelle le « complément Poste » n'aurait rétribué que le niveau, indépendamment des fonctions exercées, les salariés s'étaient refusés à préciser les fonctions exercées aussi bien par eux-mêmes que par le fonctionnaire auquel ils se comparaient. Ils ne démontraient donc pas se trouver dans une situation identique ou similaire à celle du collègue dont ils demandaient à percevoir un « complément Poste » de même montant. C'est pourquoi, prenant en compte ces éléments de fait constants, la Cour de cassation a estimé qu'elle pouvait, en statuant sans renvoi, mettre fin elle-même à ces litiges.

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-16.484, publié au *Bulletin* :

Selon l'article L. 2231-9 du code du travail, dans sa version applicable en la cause, les accords frappés d'opposition majoritaire sont réputés non écrits.

Il en résulte que l'avenant n° 2 applicable aux salariés non-cadres, qui avait modifié les heures d'accès à l'entreprise, les plages de présence obligatoires et le nombre de jours d'autorisation d'absence, ne pouvant être maintenu en vigueur par l'employeur pour cette catégorie de salariés, la différence de traitement par rapport aux cadres, qui bénéficiaient des mêmes dispositions par un accord distinct, se trouvait justifiée par un élément objectif et pertinent.

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 17-12.782, publié au *Bulletin* :

Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou établissements distincts, opérées par voie d'accords collectifs négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

D'une part, un protocole de fin de conflit constitue un accord collectif dès lors que, conclu avant l'expiration de la période transitoire instaurée aux articles 11 à 13 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, il a été signé après négociation avec les délégués syndicaux par l'un d'entre eux et que, conclu postérieurement à l'expiration de la période transitoire précitée, il a été négocié et signé avec des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement dans les conditions visées aux articles L. 2232-12 et L. 2232-13 du code du travail, dans leur rédaction applicable en la cause.

D'autre part, les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou des établissements distincts, opérées par voie d'un protocole de fin de conflit ayant valeur d'accord collectif, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

Soc., 28 juin 2018, pourvoi n° 17-16.499, publié au *Bulletin* :

Les salariés engagés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un accord de substitution ne peuvent revendiquer, au titre du principe d'égalité de traitement, le bénéfice des dispositions prévues par l'accord collectif antérieur.

Soc., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-15.101, publié au *Bulletin* :

Une prime de treizième mois, qui n'a pas d'objet spécifique étranger au travail accompli ou destiné à compenser une sujétion particulière, participe de la rémunération annuelle versée, au même titre que le salaire de base, en contrepartie du travail à l'égard duquel les salariés cadres et non-cadres ne sont pas placés dans une situation identique.

Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 16-26.729, publié au *Bulletin* :

Le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle à ce que les salariés embauchés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un nouveau barème conventionnel soient appelés dans l'avenir à avoir une évolution de carrière plus rapide dès lors qu'ils ne bénéficient à aucun moment d'une classification ou d'une rémunération plus élevée que celle des salariés embauchés antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau barème et placés dans une situation identique ou similaire.

Viola, en conséquence, le principe d'égalité de traitement, ensemble la convention collective du personnel des organismes de la sécurité sociale et des allocations familiales du 8 février 1957 et le protocole du 14 mai 1992, la cour d'appel qui dit que deux salariés ont été victimes d'une différence de traitement en ce que l'URSSAF leur a refusé le bénéfice de l'article 32 de la convention collective du personnel des organismes de la sécurité sociale et des allocations familiales, sans constater que des salariés engagés après l'entrée en vigueur du nouveau barème conventionnel et placés dans une situation identique ou similaire avaient bénéficié d'une classification ou d'une rémunération supérieures à celles de ces deux salariés.

- Frais professionnels

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-24.734, publié au *Bulletin* :

L'obligation d'inscription auprès de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes permettant l'exercice de la profession étant imposée, quelles qu'en soient les conditions d'exercice, à l'ensemble des masseurs-kinésithérapeutes, les cotisations ordinaires ne constituent pas des frais professionnels engagés dans l'intérêt de l'employeur.

Doit être cassé le jugement qui condamne l'employeur à rembourser, au titre de la prise en charge des frais professionnels, le montant des cotisations ordinaires dont la salariée, exerçant en qualité de masseur-kinésithérapeute, s'est acquittée.

- Action en paiement ou en répétition du salaire

Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 12-28.606, publié au *Bulletin* :

Sous le couvert d'une demande de dommages-intérêts, un salarié ne peut demander le paiement d'une créance de rappel de salaire prescrite.

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-25.557, publié au *Bulletin* :

Selon l'article L. 3245-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, entrée en vigueur le 16 juin 2013, l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois 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 trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat est rompu, sur les trois années précédant la rupture du contrat.

Aux termes de l'article 21, V, de la loi du 14 juin 2013, les dispositions du code du travail prévues aux III et IV du présent article s'appliquent aux prescriptions en cours à compter de la date de promulgation de la présente loi, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure.

Doit être approuvée la cour d'appel qui, après avoir constaté qu'à la date de la citation en justice interruptive de prescription, le 6 février 2014, plus de cinq années s'étaient écoulées pour les créances salariales nées antérieurement au 6 février 2009, en a déduit que l'application immédiate des dispositions nouvelles aux prescriptions en cours ne permettait pas d'excéder la durée de la prescription quinquennale prévue par la loi antérieure.

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 17-10.227, publié au *Bulletin* :

Selon l'article 21, V, de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, les dispositions du nouvel article L. 3245-1 du code du travail s'appliquent aux prescriptions en cours à compter du 16 juin 2013, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure, soit cinq ans.

Doit être censurée une cour d'appel qui, ayant relevé que le salarié avait saisi la juridiction prud'homale le 14 août 2015, retient, pour condamner l'employeur à payer au salarié une certaine somme, celle dont il est redevable pour la période du 1^{er} octobre 2007 au 1^{er} août 2012, alors que la durée totale de la prescription ne peut excéder la durée prévue par la loi antérieure et que, dès lors, les sommes dues antérieurement au 14 août 2010 étaient prescrites.

- Congés

Soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 17-15.060, publié au *Bulletin* :

Il résulte de l'article 27, 6°, de l'avenant « Mensuels » de la convention collective de travail pour l'industrie du travail des métaux de la Moselle que les jours de congés supplémentaires pour fractionnement ne sont automatiquement dus que si l'employeur est à l'initiative du fractionnement.

Doit en conséquence être approuvée une cour d'appel qui a retenu que l'obligation pour les salariés de prendre six jours ouvrables de congés payés en fin d'année du fait de la fermeture de l'entreprise ne saurait suffire à démontrer que les intéressés étaient empêchés de prendre vingt-quatre jours de congé entre le 1^{er} mai et le 31 octobre.

Soc., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.890, publié au *Bulletin* :

Selon l'article L. 3141-19 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, le congé principal d'une durée supérieure à douze jours ouvrables ne peut être fractionné qu'avec l'accord du salarié.

Ne déroge pas à ces dispositions l'article 23 de la convention collective des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils et sociétés de conseils du 15 décembre 1987, qui prévoit que des jours ouvrés de congés supplémentaires soient attribués au salarié lorsque l'employeur exige qu'au moins cinq jours de congés à l'exclusion de la cinquième semaine soient pris en dehors de la période du 1^{er} mai au 31 octobre.

c) *Santé et sécurité au travail*

- Désignation d'un expert

Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 16-28.561, publié au *Bulletin* :

Aux termes des articles L. 4614-13 et L. 4614-13-1, dans leur rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, interprétés à la lumière de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'employeur qui entend contester le coût prévisionnel de l'expertise tel qu'il ressort, le cas échéant, du devis saisi le juge judiciaire dans un délai de quinze jours à compter de la délibération du

comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, et peut également contester le coût final de l'expertise devant le juge judiciaire, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'employeur a été informé de ce coût.

Il en résulte que le délai de quinze jours pour contester le coût prévisionnel de l'expertise ne court qu'à compter du jour où l'employeur en a été informé.

Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 16-29.106, publié au *Bulletin* :

Eu égard à la mission du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), définie à l'article L. 4612-1 du code du travail, de contribuer à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure, le CHSCT ne relève pas des personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général au sens de l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, quand bien même il exerce sa mission au sein d'une personne morale visée audit article.

Doit être en conséquence approuvée la décision du juge des référés qui dit régulière la délibération d'un CHSCT d'un établissement hospitalier public désignant dans le cadre de ses missions un expert en dehors des règles de la commande publique.

- Préjudice d'anxiété

Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.666, *Bull.* 2017, V, n° 203 :

Le préjudice d'anxiété, qui ne résulte pas de la seule exposition au risque créé par l'amiante, est constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance de ce risque par les salariés et naît à la date à laquelle les salariés ont connaissance de l'arrêté ministériel d'inscription de l'établissement sur la liste des établissements permettant la mise en œuvre de l'allocation de cessation anticipée des travailleurs de l'amiante (ACAATA). Par conséquent, lorsque le transfert des contrats de travail en application de l'article L. 1224-2 du code du travail est antérieur à l'arrêté ministériel d'inscription, ce préjudice ne constitue pas une créance due à la date de la modification de la situation juridique de l'employeur.

Viola en conséquence les articles L. 1224-2 et L. 4121-1 du code du travail et l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 l'arrêt qui refuse de mettre hors de cause le premier employeur et condamne celui-ci à rembourser au nouvel employeur le montant des indemnités accordées en réparation du préjudice d'anxiété au prorata de la durée d'emploi de chacun des salariés.

- Intervention du médecin du travail

Soc., 20 décembre 2017, pourvoi n° 15-28.367, *Bull.* 2017, V, n° 227 :

La substitution à l'avis d'aptitude délivré par le médecin du travail d'une décision d'inaptitude de l'inspecteur du travail ne fait pas naître rétroactivement l'obligation de reprendre le paiement du salaire prévue à l'article L. 1226-11 du code du travail. Cette obligation ne s'impose à l'employeur qu'à l'issue du délai d'un mois suivant la date à laquelle l'inspecteur du travail prend sa décision.

- Services de santé au travail

Soc., 19 septembre 2018, pourvoi n° 17-16.219, publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation :

Aux termes de l'article L. 4622-6 du code du travail, les cotisations dues par les employeurs lorsqu'ils adhèrent à un service de santé au travail interentreprises correspondent aux dépenses afférentes à ces services réparties proportionnellement au nombre de salariés.

Il en résulte que la cotisation doit être fixée à une somme, par salarié équivalent temps plein de l'entreprise, correspondant au montant total des dépenses engagées par le service de santé interentreprises auquel adhère l'employeur rapporté au nombre total de salariés pris en charge par l'organisme. Seul peut le cas échéant être appliqué à ce calcul un coefficient déterminé correspondant au nombre de salariés nécessitant une surveillance médicale renforcée.

Note :

Le code du travail confie aux entreprises le soin d'organiser des services de santé au travail. Pour les entreprises employant moins de 500 salariés, les textes imposent l'adhésion à des services de santé au travail interentreprises, administrés de manière paritaire. Les entreprises de 500 salariés et plus peuvent également y adhérer. En 2010, 94,5 % des salariés étaient suivis par un service interentreprises et le coût total direct de la médecine du travail était évalué à 1,3 milliard d'euros par an (rapport de la Cour des comptes sur les services de santé au travail interentreprises publié en novembre 2012).

La chambre sociale de la Cour de cassation était saisie, pour la première fois, d'un litige portant sur le mode de répartition des dépenses à la suite de la radiation d'un employeur qui refusait de payer ses cotisations en en contestant le mode de calcul.

Les dépenses afférentes à ces services sont à la charge des employeurs. Selon le deuxième alinéa de l'article L. 4622-6 du code du travail, « *les frais sont répartis proportionnellement au nombre de salariés* ». Cette répartition *per capita* est issue de la loi n° 73-4 du 2 janvier 1973 relative au code du travail. La seule exception résulte de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, qui prévoit que, s'agissant de salariés relevant de certaines professions (mannequins, journalistes pigistes, professions artistiques), la répartition des frais est proportionnelle à la masse salariale (article L. 4622-6, alinéa 3, du code du travail).

En l'espèce, le règlement de l'organisme gérant le service de santé au travail interentreprises prévoyait que la cotisation annuelle était calculée « en fonction des risques spécifiques du poste de travail et de la masse salariale avec un plancher et un plafond par salarié » et, dans ses conclusions, l'organisme confirmait calculer la cotisation en prenant en compte à la fois la masse salariale et le risque pour ensuite les rapporter au nombre de salariés.

Souhaitant mesurer l'impact du litige, la chambre sociale a procédé à une consultation de la direction générale du travail, qui a indiqué que, selon un rapport de la Cour des comptes de 2012, près de la moitié des services interentreprises établissent une cotisation fondée, non sur une répartition *per capita*, mais sur la masse salariale des entreprises ou sur un système mixant les deux critères.

Au regard du texte actuel du code du travail, le seul mode légal de répartition des dépenses de santé entre les entreprises est la répartition par salarié équivalent temps plein. C'est ce qu'avait déjà rappelé le Conseil d'État dans une décision du 30 juin 2014 (CE, 30 juin 2014, n° 365071) et ce que réaffirme le présent arrêt de la chambre sociale, qui approuve la cour d'appel d'avoir considéré que la cotisation appliquée à l'employeur devait être calculée en rapportant les dépenses globales du service interentreprises au nombre total de salariés de l'ensemble des entreprises adhérentes puis en multipliant la somme obtenue par le nombre de salariés de la société. Toutefois, la Cour de cassation admet la possibilité d'appliquer à ce calcul un coefficient déterminé correspondant au nombre de salariés de l'entreprise nécessitant une surveillance médicale renforcée.

- Maternité

Soc., 19 septembre 2018, pourvoi n° 17-11.618, publié au *Bulletin* :

Un bonus de coopération, expressément subordonné à la participation active et effective des salariés à une activité destinée à rémunérer une activité spécifique et à récompenser le service rendu à ce titre, n'est pas dû à la salariée pendant son congé de maternité, faute pour elle d'avoir exercé les fonctions spécifiques dans les conditions particulières prévues.

d) *Accords collectifs et conflits collectifs du travail*

- Aide au reclassement

Soc., 16 novembre 2017, pourvoi n° 16-14.572, *Bull.* 2017, V, n° 198 :

Il résulte de la convention collective nationale de la fabrication de l'ameublement du 14 janvier 1986 et de l'accord du 5 octobre 1988 relatif à la commission paritaire nationale de l'emploi annexé à ladite convention que les partenaires sociaux n'ont pas attribué à cette commission une mission particulière de reclassement externe préalablement aux licenciements envisagés.

Un salarié ne peut dès lors reprocher à l'employeur l'absence de saisine de la commission paritaire avant son licenciement.

- Réduction du temps de travail

Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 16-23.831, publié au *Bulletin* :

Selon l'article 8.2 de l'accord d'entreprise sur l'aménagement et la réduction du temps de travail conclu au sein de la société Qualicosmetics et intervenu dans le cadre de la loi du 19 janvier 2000, l'indemnité différentielle visant à assurer le maintien de salaire devait être intégrée au salaire de base à l'issue de la première année d'application de l'accord et le salaire brut de base devait être calculé sur la base du nouvel horaire et majoré de 11,43 %, temps de pause rémunérés y compris.

Doit en conséquence être approuvée une cour d'appel qui déboute les salariés de leurs demandes de rappels de salaire au titre des temps de pause après avoir constaté que même si, à partir de 2005, la ligne relative au temps de pause avait été supprimée, l'examen des bulletins de salaire montrait que le salaire de base n'avait pas été modifié et qu'il avait continué à intégrer la rémunération au titre des temps de pause.

- Cadres dirigeants

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-25.557, publié au *Bulletin* :

La convention collective nationale des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes du 9 décembre 1974 ne comporte aucune disposition plus favorable que les dispositions légales, subordonnant l'exclusion, pour les cadres dirigeants, de la réglementation de la durée du travail à l'existence d'un document contractuel écrit.

- Compétence des partenaires sociaux

Soc., 12 juillet 2018, pourvoi n° 16-26.844, publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation :

L'accord collectif de branche du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires, en instaurant le contrat à durée indéterminée intérimaire permettant aux entreprises de travail temporaire d'engager, pour une durée indéterminée, certains travailleurs intérimaires, crée une catégorie nouvelle de contrat de travail, dérogeant aux règles d'ordre public absolu qui régissent, d'une part, le contrat de travail à durée indéterminée, d'autre part, le contrat de mission, et fixe, en conséquence, des règles qui relèvent de la loi.

En conséquence, doit être cassé le jugement qui retient que les partenaires sociaux avaient compétence pour négocier l'ensemble des éléments constitutifs de l'accord collectif de branche conclu le 10 juillet 2013.

e) *Représentation du personnel et élections professionnelles*

- Négociation préélectorale

Soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-60.268, Bull. 2017, V, n° 195 :

Il résulte des articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du code du travail qu'en l'absence d'organisation syndicale reconnue représentative dans l'entreprise ou l'établissement ou d'organisation ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, l'invitation d'une organisation syndicale reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel à la négociation du protocole d'accord préélectoral en vue des élections de représentants du personnel est valablement adressée à la confédération syndicale représentative nationale et interprofessionnelle.

- Liste de candidature

Soc., 6 juin 2018, pourvoi n° 17-60.263, publié au *Bulletin* :

La constatation par le juge, après l'élection, du non-respect par une liste de candidats de la règle de l'alternance prévue par la deuxième phrase du premier alinéa des articles L. 2314-24-1 et L. 2324-22-1 du code du travail entraîne l'annulation de l'élection de tout élu dont le positionnement sur la liste de candidats ne respecte pas ces prescriptions, à moins que la liste corresponde à la proportion de femmes et d'hommes au sein du collège concerné et que tous les candidats de la liste aient été élus.

- Vote électronique

Soc., 3 octobre 2018, pourvoi n° 17-29.022, publié au *Bulletin* :

Le recours au vote électronique pour les élections professionnelles, subordonné à la conclusion d'un accord collectif garantissant le secret du vote, ne permet pas de déroger aux principes généraux du droit électoral. L'exercice personnel du droit de vote constitue un principe général du droit électoral auquel seul le législateur peut déroger.

- Nullité en matière d'institutions représentatives du personnel

Soc., 6 juin 2018, pourvoi n° 17-21.068, publié au *Rapport annuel* de la Cour de cassation :

La nullité d'un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel n'a pas d'effet rétroactif.

Ayant relevé qu'un accord conclu en mai 2011 entre deux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) pour modifier leurs périmètres respectifs n'avait été déclaré invalide que par un arrêt de la Cour de cassation du 22 février 2017 et qu'il avait, bien qu'illicite, reçu exécution, un tribunal d'instance en a déduit à bon droit qu'un accord entre l'employeur et le comité d'entreprise du 18 août 2015 avait procédé à une modification des périmètres des CHSCT pour mettre fin à une situation de fait illicite et que la demande d'annulation des élections organisées en exécution de cet accord, laquelle tendait ainsi au maintien des effets d'une illégalité à laquelle l'accord du 18 août 2015 avait remédié, devait être rejetée.

Note :

Dans l'arrêt ici commenté, la chambre sociale de la Cour de cassation énonce un principe général sur les effets de la nullité en matière d'institutions représentatives du personnel. Ce principe s'inscrit dans la ligne de plusieurs arrêts aux termes desquels la chambre sociale a déjà exclu la rétroactivité de certaines décisions d'annulation dans ce domaine.

Saisie de la question des effets de la cassation d'un jugement ayant reconnu l'existence d'une unité économique et sociale sur les institutions représentatives mises en place en exécution de cette décision et sur les mandats en cours, la chambre sociale a ainsi jugé, le 2 décembre 2008, que « *l'annulation d'un jugement reconnaissant l'existence d'une unité économique et sociale ne fait perdre aux salariés élus leur qualité de membre de l'institution représentative mise en place dans ce cadre qu'à compter du jour où elle est prononcée* » et que « *doit dès lors être cassé l'arrêt qui retient que l'annulation d'une décision reconnaissant l'existence d'une unité économique et sociale produit des effets rétroactifs sur le mandat d'un salarié protégé élu dans ce cadre* » (Soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-41.832, Bull. 2008, V, n° 238).

Elle a également jugé, le 15 avril 2015, que « *l'annulation des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel ne fait perdre aux salariés élus leur qualité de membre de ces institutions représentatives du personnel qu'à compter du jour où elle est prononcée* » (Soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 14-19.139, Bull. 2015, V, n° 80) et, le 11 mai 2016, que « *l'annulation des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel n'a pas d'effet rétroactif* » (Soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 15-60.171, n° 15-60.172, Bull. 2016, V, n° 91).

Rappelons également que selon une jurisprudence ancienne et constante, l'annulation, par le syndicat désignataire ou le tribunal d'instance, du mandat d'un représentant syndical n'a pas d'effet rétroactif sur le statut protecteur, la perte de la qualité de salarié protégé intervenant à la date à laquelle le jugement d'annulation est prononcé, y compris lorsque le motif de l'annulation est la fraude (Soc., 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-42.019, Bull. 2000, V, n° 396 ; Soc., 28 février 2007, pourvoi n° 05-42.553, Bull. 2007, V, n° 36 ; Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 08-41.408, Bull. 2009, V, n° 63 ; Soc., 16 décembre 2014, pourvoi n° 13-15.081, Bull. 2014, V, n° 290).

Au cas présent, en mai 2011, deux CHSCT avaient, par accord unanime, modifié leurs périmètres d'implantation respectifs par le transfert d'un site du périmètre du premier à celui du second. Des élections ont eu lieu en février 2015 dans ce cadre. En août de la même année, un accord entre le comité d'entreprise et l'employeur a remis en état les périmètres d'origine ; de nouvelles élections ont été organisées en octobre 2015, avant l'expiration des mandats en cours.

Soutenant que l'accord de mai 2011 était illicite et que celui d'août 2015 avait rétabli la situation d'origine, en sorte que de nouvelles élections étaient prématurées, le syndicat CGT et deux salariés en ont demandé l'annulation. Par arrêt du 22 février 2017, la chambre sociale a cassé le jugement du 8 janvier 2016 faisant droit à cette demande, pour ne pas avoir tiré les conséquences de ses constatations selon lesquelles l'accord de mai 2011, conclu sans saisine de l'employeur et du comité d'entreprise, n'était pas conforme à l'article L. 4613-4 du code du travail. Le tribunal d'instance de renvoi a rejeté la demande d'annulation, retenant, en substance, qu'elle se fondait sur une posture paradoxale au détriment d'autrui consistant à soutenir l'illicéité de l'accord de mai 2011 tout en sollicitant son maintien.

Le pourvoi faisait essentiellement valoir qu'ainsi que cela était soutenu depuis l'introduction de l'instance, aucune modification n'étant intervenue en 2015, les élections étaient sans objet, en sorte que leur annulation s'imposait et qu'il ne pouvait être reproché aux demandeurs aucune contradiction procédurale.

La critique est écartée par un attendu de principe énonçant que n'a pas d'effet rétroactif l'annulation d'un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel. Il en résulte qu'ayant relevé que l'accord de 2011, bien qu'illicite, avait été exécuté et que sa nullité n'avait pas été prononcée avant février 2017, en sorte qu'en août 2015, il ne pouvait être regardé comme n'ayant jamais existé, c'est à bon droit que le tribunal a retenu qu'il avait alors bien été procédé à une modification des périmètres d'implantation pour mettre fin à une situation de fait illicite et que la demande d'annulation des élections, laquelle tendait au maintien d'une illégalité à laquelle il avait été remédié, devait être rejetée.

- Attributions du comité d'entreprise

Soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 15-26.338, Bull. 2017, V, n° 197 :

Il résulte de la combinaison des articles R. 2323-1 et R. 2323-1-1 du code du travail, alors applicables, que pour l'ensemble des consultations mentionnées au troisième alinéa de l'article L. 2323-3 du même code, pour lesquelles la loi n'a pas fixé de délai spécifique, le délai de consultation du comité d'entreprise est de trois mois en cas de saisine d'un ou de plusieurs CHSCT et que l'avis du ou des CHSCT est transmis au comité d'entreprise au plus tard sept jours avant l'expiration du délai.

En conséquence, sont irrecevables les demandes de communication par l'employeur d'un certain nombre de pièces et d'informations formées en référé par le CHSCT après l'expiration du délai de trois mois imparti au comité d'entreprise pour donner son avis.

Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 16-12.707, publié au Bulletin :

Le droit pour le comité d'entreprise de procéder à l'examen annuel des comptes de l'entreprise et de se faire assister d'un expert-comptable dont la rémunération est à la charge de l'employeur s'exerce au moment où les comptes lui sont transmis.

Doit en conséquence être approuvée la cour d'appel qui, ayant constaté que la désignation de l'expert-comptable était intervenue avant la réunion de présentation et de transmission des comptes, a décidé que la rémunération de l'expert devait rester à la charge du comité d'entreprise.

Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-13.081, publié au Bulletin :

Aux termes des articles L. 2323-3 et L. 2323-4 du code du travail, dans leur rédaction alors applicable, dans l'exercice de ses attributions consultatives, le comité d'entreprise émet des avis et vœux, et dispose pour ce faire d'un délai d'examen suffisant fixé par accord ou, à défaut, par la loi, et lorsque les éléments d'information fournis par l'employeur ne sont pas suffisants, les membres élus du comité peuvent saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants ; selon l'article R. 2323-1 du code du travail, lorsque la loi ou l'accord collectif prévoit la communication ou la mise à disposition de certains documents, le délai de consultation ne court qu'à compter de cette communication ; tel est le cas, dans le cadre de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, de la base de données prévue à l'article L. 2323-7-2 du code du travail, alors applicable, qui est, aux termes de l'article L. 2323-7-1 du même code alors applicable, le support de préparation de cette consultation.

Il en résulte que le juge des référés ne peut déclarer forclore au motif de l'expiration des délais de consultation une demande du comité d'entreprise visant à enjoindre à l'employeur de communiquer les documents qui auraient dû figurer dans la base de données économiques et sociales dans le cadre d'une consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise et par voie de conséquence dans le cadre d'une consultation sur un projet de réorganisation de l'entreprise.

Avis de la Cour de cassation, 4 avril 2018, n° 18-70.002, publié au Bulletin :

Eu égard à la mission du comité d'entreprise définie par l'article L. 2323-1, alinéa 1, du code du travail, alors applicable, le comité d'entreprise ne relève pas des personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général au sens de l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, quand bien même il exerce sa mission au sein d'une personne morale visée audit article.

- Délégation unique du personnel

Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-60.068, publié au Bulletin :

Aux termes de l'article L. 2326-1 du code du travail, alors applicable, l'employeur qui décide que les délégués du personnel constitueront la délégation unique du personnel au comité d'entreprise et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) consulte les délégués du personnel ainsi que, s'ils existent, le comité d'entreprise et le CHSCT. Il peut proroger ou réduire les mandats des membres de ces institutions, pour que leur échéance coïncide avec la date de la mise en place de la délégation unique.

Il en résulte qu'en l'absence de décision de prorogation, est irrégulière la consultation des membres du CHSCT dont les mandats sont expirés. Les élections des délégués du personnel appelés à constituer la délégation du personnel au comité d'entreprise sont dès lors elles-mêmes entachées d'une irrégularité justifiant leur annulation.

- Désignation du représentant de section syndicale

Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 18-60.030, publié au *Bulletin* :

Les documents comptables dont la loi impose la confection et la publication ne constituent que des éléments de preuve de la transparence financière, leur défaut pouvant dès lors être suppléé par d'autres documents produits par le syndicat et que le juge doit examiner.

Ayant constaté qu'un syndicat ne justifiait pas, au moment de la désignation du représentant de section syndicale, de la publication de ses comptes sur son site internet ou par toute autre mesure de publicité équivalente, le tribunal a légalement justifié sa décision d'annulation de cette désignation, la condition de transparence financière n'étant pas remplie.

- Droits syndicaux

Soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-24.798, *Bull.* 2017, V, n° 194 :

Aux termes de l'article L. 2142-5 du code du travail, le contenu des affiches, publications et tracts est librement déterminé par l'organisation syndicale, sous réserve de l'application des dispositions relatives à la presse, et en vertu de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les membres d'un syndicat doivent pouvoir exprimer devant l'employeur leurs revendications tendant à améliorer la situation des travailleurs au sein de leur entreprise.

Viole ces textes le juge des référés qui ordonne, sous astreinte, aux syndicats de cesser et faire cesser toute communication à des fins électorales en dehors de la campagne électorale fixée par le protocole d'accord préélectoral.

Soc., 6 juin 2018, pourvoi n° 16-25.527, publié au *Bulletin* :

Aucune des prérogatives inhérentes à la liberté syndicale n'autorise les organisations syndicales à fixer leur siège statutaire au sein de l'entreprise sans accord de l'employeur. Il en résulte que celui-ci peut dénoncer l'usage les y autorisant, sous réserve de ne pas porter une atteinte injustifiée et disproportionnée à l'exercice du droit syndical.

- Exercice du mandat

Soc., 19 septembre 2018, pourvoi n° 16-24.041, publié au *Bulletin* :

Si un délégué du personnel ou un représentant du personnel ne peut être privé, du fait de l'exercice de ses mandats, du paiement d'une indemnité compensant une sujétion particulière de son emploi qui constitue un complément de salaire, il ne peut, en revanche, réclamer le paiement de sommes correspondant au remboursement de frais professionnels qu'il n'a pas exposés.

Constituent, nonobstant leur caractère forfaitaire, un remboursement de frais les indemnités conventionnelles dites de petit et grand déplacements prévues par la convention collective nationale des ouvriers des travaux publics du 15 décembre 1992, qui ne concernent que les ouvriers déplacés ou non sédentaires et qui ont pour objet de compenser soit les frais supplémentaires entraînés par les déplacements des ouvriers qui travaillent sur un chantier dont l'éloignement leur interdit de regagner leur lieu de résidence, soit les frais supplémentaires qu'entraîne pour eux la fréquence des déplacements inhérents à la mobilité de leur lieu de travail.

Soc., 19 septembre 2018, pourvoi n° 17-11.514, publié au *Bulletin* :

L'utilisation des heures de délégation ne doit entraîner aucune perte de salaire pour le représentant du personnel ou le représentant syndical. En conséquence, celui-ci ne peut être privé, du fait de l'exercice de son mandat, du paiement d'une indemnité compensant une sujétion particulière de son emploi qui constitue un complément de salaire. Toutefois, le salarié ne peut pas réclamer le paiement de sommes correspondant au remboursement de frais professionnels qu'il n'a pas exposés.

Constitue un remboursement de frais une indemnité ayant pour objet, nonobstant son caractère forfaitaire, de compenser le surcoût du repas consécutif à un déplacement effectif.

Soc., 19 septembre 2018, pourvoi n° 17-11.638, publié au *Bulletin* :

L'utilisation des heures de délégation ne doit entraîner aucune perte de salaire pour le représentant du personnel ou le représentant syndical. En conséquence, celui-ci ne peut être privé, du fait de l'exercice de son mandat, du paiement d'une indemnité compensant une sujétion particulière de son emploi qui constitue un complément de salaire. Seules sont exclues de la rémunération due au représentant du personnel au titre des heures de délégation les sommes correspondant au remboursement de frais professionnels qu'il n'a pas exposés.

Doit en conséquence être censuré l'arrêt qui déboute le salarié titulaire d'un mandat de représentation à plein temps de sa demande en paiement des primes conventionnelles de temps de repas et d'équipe versées aux salariés travaillant en horaire posté avec alternance, alors que le salarié était affecté à cette catégorie d'emploi.

Soc., 19 septembre 2018, pourvoi n° 17-11.715, publié au *Bulletin* :

Sauf accord plus favorable, le temps passé par un délégué syndical de l'entreprise aux réunions organisées par l'employeur conformément à l'article L. 2315-8 du code du travail, aux fins d'assister les délégués du personnel sur leur demande, selon la faculté qui leur est offerte par l'article L. 2315-10, alinéa 2, du code du travail, est imputé sur le crédit d'heures de délégation de l'intéressé.

f) *Rupture du contrat de travail*

- Prise d'acte de la rupture

Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-12.524, Bull. 2017, V, n° 201 :

Caractérise les circonstances dont elle a pu déduire l'existence d'un mandat apparent engageant le salarié la cour d'appel qui relève que l'auteur de la lettre de prise d'acte adressée à l'employeur était avocat, qu'il s'était présenté comme étant celui du salarié et s'était exprimé au nom de ce dernier et que le contenu de cette lettre démontrait que son auteur avait une connaissance approfondie de la situation du salarié, de ses déplacements, d'un accident du travail récent dont il avait été victime ainsi que des données du litige.

Le montant de l'indemnité due par le salarié à l'employeur en cas de non-respect de son préavis n'ouvre pas droit à des congés payés au profit de l'employeur.

- Rupture conventionnelle

Soc., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-10.220, Bull. 2017, V, n° 205 :

Une cour d'appel qui a relevé que le salarié et l'employeur avaient signé une convention de rupture, et devant laquelle il n'était pas contesté que la convention avait reçu exécution, a fait ressortir que ce salarié avait disposé du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai prévu à l'article L. 1237-14 du code du travail, peu important qu'il ait pu ne pas avoir connaissance de la date exacte de la décision implicite d'homologation.

Soc., 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-14.880, Bull. 2017, V, n° 226 :

Le juge judiciaire ne peut, en l'état de l'autorisation administrative accordée à l'employeur et au salarié bénéficiant d'une protection mentionnée aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 du code du travail pour procéder à la rupture conventionnelle du contrat de travail qui les lie et sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier la validité de ladite rupture, y compris lorsque la contestation porte sur la validité du consentement du salarié et que ce dernier soutient que son consentement aurait été obtenu par suite d'un harcèlement moral.

Soc., 18 janvier 2018, pourvoi n° 15-24.002, publié au Bulletin :

Le montant de la contrepartie financière à une clause de non-concurrence ne pouvant être minoré en fonction des circonstances de la rupture, la contrepartie prévue par une convention collective en cas de licenciement est applicable à la rupture conventionnelle.

Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 17-10.035, publié au Bulletin :

En application de l'article L. 1237-13 du code du travail, une partie à une convention de rupture peut valablement exercer son droit de rétractation dès lors qu'elle adresse à l'autre partie, dans le délai de quinze jours calendaires qu'il prévoit, une lettre de rétractation.

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-15.273, publié au Bulletin :

Lorsque le contrat de travail est rompu en exécution d'une convention de rupture ensuite annulée, la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La nullité de la convention de rupture emporte obligation à restitution des sommes perçues en exécution de cette convention.

Soc., 13 juin 2018, pourvoi n° 16-24.830, publié au Bulletin :

Il résulte de l'application combinée des articles L. 1237-13 et L. 1237-14 du code du travail qu'une partie à une convention de rupture ne peut valablement demander l'homologation de cette convention à l'autorité administrative avant l'expiration du délai de rétractation de quinze jours prévu par le dernier de ces textes.

Il en résulte que, lorsqu'une première convention a fait l'objet d'un refus d'homologation par l'autorité administrative, les parties doivent, à peine de nullité de la seconde convention de rupture, bénéficier d'un nouveau délai de rétractation.

- Licenciement économique

Soc., 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-19.517, Bull. 2017, V, n° 221 :

Les créances résultant de la rupture du contrat de travail visées par l'article L. 3253-8, 2°, du code du travail s'entendent d'une rupture à l'initiative de l'administrateur judiciaire ou du mandataire liquidateur.

Soc., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-22.940, publié au Bulletin :

Une cour d'appel, après avoir constaté qu'à la suite du refus de vingt et un salariés de voir modifier leur contrat de travail, l'employeur avait modifié son projet de réorganisation et procédé à une nouvelle consultation des représentants du personnel sur un projet de licenciement économique collectif concernant moins de dix salariés, en déduit à bon droit qu'il n'était pas tenu, au regard des dispositions de l'article L. 1233-25 du code du travail, de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi.

Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-18.621, publié au Bulletin :

Ayant constaté que la situation économique de la filiale était compromise depuis plusieurs années en l'absence de mise en œuvre de moyens commerciaux, technologiques ou industriels par les acquéreurs successifs, que la dégradation très rapide de la trésorerie de la filiale peu après le rachat par la société mère mise en cause n'avait pu être empêchée malgré de multiples actions menées au sein de l'entreprise, que l'avance en compte courant de la filiale au profit de la société mère avait été remboursée et que la facturation de *management fees* entre

les deux sociétés correspondait à de réelles prestations, une cour d'appel a pu en déduire qu'une société mère n'avait pas, par ses décisions de gestion, commis de faute ayant compromis la bonne exécution par sa filiale de ses obligations ni contribué à sa situation de cessation des paiements.

Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-22.881, publié au *Bulletin* :

Ayant constaté, d'une part, que la société Sun capital partners Inc. était l'actionnaire principal du groupe Lee Cooper, qui détenait la société Lee Cooper France, d'autre part, qu'à l'initiative de la société Sun partners Inc., la société Lee Cooper France avait financé le groupe pour des montants hors de proportion avec ses moyens financiers, que notamment le droit d'exploiter la licence de la marque Lee Cooper avait été transféré à titre gratuit à une autre société du groupe, les redevances dues au titre du contrat de licence étant facturées à la société Lee Cooper France, que celle-ci avait dû donner en garantie un immeuble pour un financement bancaire destiné exclusivement à une autre société du groupe et que cet immeuble avait été vendu au profit des organismes bancaires, qu'un stock important de marchandises gagées d'une société du groupe avait été vendu à la société Lee Cooper France, qui s'était vu opposer le droit de rétention du créancier du groupe, que les facturations établies aux autres sociétés du groupe pour les services rendus par la société Lee Cooper France n'avaient été que très partiellement acquittées, ce dont il résultait que la société Sun capital partners Inc. avait pris, par l'intermédiaire des sociétés du groupe et dans son seul intérêt d'actionnaire, des décisions préjudiciables qui avaient entraîné la liquidation partielle de la société Lee Cooper France, une cour d'appel a pu en déduire que la société Sun capital partners Inc. avait, par sa faute, concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résultée.

Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-12.560, publié au *Bulletin* :

Ayant constaté qu'une société employeur appartenant à un groupe et dont l'activité consistait dans l'accomplissement de prestations de services pour ses filiales avait fait procéder à une remontée de dividendes de la part de celles-ci, dans des proportions manifestement anormales compte tenu des marges d'autofinancement nécessaires aux sociétés filiales exerçant une activité dans un domaine par nature cyclique, et alors que certaines d'entre elles étaient déjà en situation déficitaire et que d'autres avaient des besoins financiers pour se restructurer et s'adapter à de nouveaux marchés, que ces remontées importantes opérées par l'actionnaire, réduisant considérablement les fonds propres et les capacités d'autofinancement des sociétés filiales, avaient provoqué leurs difficultés économiques et par voie de conséquence celles de la société employeur dont l'activité était exclusivement orientée vers les filiales, une cour d'appel a pu décider que les difficultés économiques invoquées à l'appui du licenciement du salarié résultaient d'agissements fautifs de l'employeur, allant au-delà des seules erreurs de gestion, et en a exactement déduit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

Soc., 13 juin 2018, pourvoi n° 16-17.865, publié au *Bulletin* :

Dès lors qu'a été adressé au salarié, avant son acceptation du contrat de sécurisation professionnelle, un courrier électronique comportant le compte-rendu de la réunion avec le délégué du personnel sur l'engagement d'une procédure de licenciement pour motif économique, qui énonçait les difficultés économiques invoquées ainsi que les postes supprimés, dont celui de l'intéressé, il en résulte que l'employeur avait satisfait à son obligation d'informer le salarié du motif économique de la rupture du contrat de travail.

Soc., 4 juillet 2018, pourvoi n° 16-27.922, publié au *Bulletin* :

Un salarié licencié en vertu d'une autorisation par ordonnance du juge-commissaire est recevable à contester la cause économique de son licenciement lorsqu'il prouve que cette autorisation résulte d'une fraude.

Viole dès lors les articles L. 1233-2, L. 1235-1 et L. 1235-3 du code du travail, dans leur version applicable au litige, la cour d'appel qui, pour débouter des salariés de leurs demandes de dommages-intérêts pour licenciements sans cause réelle et sérieuse, retient qu'en présence d'une autorisation de licenciement économique définitivement donnée par le juge-commissaire, ils sont irrecevables à soutenir que la décision d'autorisation n'aurait été obtenue qu'à la suite d'une présentation inexacte de l'origine des difficultés économiques faite au juge-commissaire par le dirigeant de l'entreprise, ultérieurement condamné pénalement pour des faits qui auraient provoqué la liquidation judiciaire de la société.

Soc., 20 septembre 2018, pourvoi n° 17-11.546, publié au *Bulletin* :

Le délai de prescription de douze mois prévu par le second alinéa de l'article L. 1235-7, dans sa version antérieure à la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, concerne les actions mettant en cause la régularité de la procédure relative au plan de sauvegarde de l'emploi ou les actions susceptibles d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement en raison de l'absence ou de l'insuffisance d'un tel plan.

Doit être censurée une cour d'appel qui ne déclare pas prescrites, en application de cet article, les demandes de salariés, alors qu'il résultait de ses constatations qu'elles mettaient en cause d'une part la régularité des mandats des représentants du personnel dans le cadre de la consultation sur le plan de sauvegarde de l'emploi et d'autre part l'insuffisance de ce plan au regard des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail et de reclassement, peu important que la nullité de la procédure de licenciement ne soit pas encourue pour une entreprise en liquidation judiciaire.

Soc., 20 septembre 2018, pourvoi n° 17-11.602, publié au *Bulletin* :

En l'état d'une autorisation administrative accordée à l'employeur de licencier des salariés protégés, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier ni le caractère réel et sérieux des motifs retenus pour justifier le licenciement ni la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement économique collectif.

Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-14.392, publié au *Bulletin* :

Il résulte de l'application combinée de l'article L. 1235-15 du code du travail, de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 1382, devenu 1240, du code civil et de l'article 8, § 1, de la directive n° 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne que l'employeur qui met en œuvre une procédure de licenciement économique, alors qu'il n'a pas accompli, bien qu'il y soit légalement tenu, les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel et sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi comme une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour débouter le salarié de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour irrégularité de la procédure de licenciement pour motif économique, retient que la société reconnaît ne pas avoir rempli ses obligations au titre de l'article L. 1235-15 du code du travail mais que le salarié ne démontre pas la réalité d'un préjudice.

Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-16.869, publié au *Bulletin* :

Il résulte de l'article L. 1235-10 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, que la nullité qui affecte un plan de départs volontaires ne répondant pas aux exigences légales s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier la convention de rupture du contrat de travail consécutive à un départ volontaire lorsqu'il a une cause économique et s'inscrit dans un processus de réduction des effectifs, exclusif de tout licenciement, donnant lieu à l'établissement de ce plan est elle-même nulle, peu important que le salarié n'ait pas été partie ou représenté à l'action en nullité dudit plan.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, ayant constaté que le départ volontaire des salariés s'inscrivait expressément dans le cadre du plan personnalisé de départs volontaires annulé, retient que l'annulation de ce plan avait pour conséquence de priver de toute cause le départ volontaire des salariés qui en constituait un acte subséquent et décide que la nullité du plan entraînait celle des ruptures qui lui étaient rattachées.

- Licenciement disciplinaire

Soc., 13 décembre 2017, pourvoi n° 16-17.193, *Bull.* 2017, V, n° 216 :

Le droit à la présomption d'innocence, qui interdit de présenter publiquement une personne poursuivie pénalement comme coupable, avant condamnation, d'une infraction pénale, n'a pas pour effet d'interdire à un employeur de se prévaloir de faits dont il a régulièrement eu connaissance au cours d'une procédure pénale à l'appui d'un licenciement à l'encontre d'un salarié qui n'a pas été poursuivi pénalement.

La procédure disciplinaire est indépendante de la procédure pénale, de sorte que l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire ne méconnaît pas le principe de la présomption d'innocence lorsque l'employeur prononce une sanction pour des faits identiques à ceux visés par la procédure pénale.

Soc., 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-17.199, publié au *Bulletin* :

Le juge ne peut aggraver la qualification de la faute retenue par l'employeur dans la lettre de licenciement.

Viola les articles L. 1226-9 et L. 1226-13 du code du travail la cour d'appel qui retient que le licenciement d'un salarié au cours d'une période de suspension de contrat de travail consécutive à une maladie professionnelle est fondé sur une faute grave, alors qu'elle avait constaté que la lettre de licenciement ne prononçait qu'un licenciement pour cause réelle et sérieuse et non pour une faute grave.

Soc., 4 juillet 2018, pourvoi n° 17-18.241, publié au *Bulletin* :

Le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes.

Selon le référentiel RH00144 interne à la SNCF, lorsqu'une majorité absolue de voix converge vers un niveau de sanction, ce niveau constitue l'avis du comité de discipline, il y a alors un seul niveau, le directeur ne peut prononcer une sanction plus sévère ; lorsqu'aucun niveau de sanction ne recueille la majorité des voix, le conseil a émis plusieurs avis. Dans ce cas, il y a lieu de tenir compte des avis émis par le conseil pour déterminer une majorité, ou tout au moins le partage des avis en deux parties ; pour ce faire, les voix qui se sont portées sur la plus sévère des sanctions s'ajoutent à l'avis ou aux avis du degré inférieur qui se sont exprimés, jusqu'à avoir trois voix. Le directeur peut prononcer une sanction correspondant à l'avis le plus élevé ainsi déterminé.

Viola ces dispositions la cour d'appel qui dit le licenciement du salarié justifié alors qu'il résultait de ses constatations que le conseil de discipline s'était prononcé à égalité pour le licenciement et pour une sanction inférieure, de sorte qu'en l'absence de majorité absolue de voix, le directeur ne pouvait prononcer la plus sévère des sanctions.

- Reçu pour solde de tout compte

Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 16-16.617, publié au *Bulletin* :

Il résulte de l'article L. 1234-20 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, d'une part, que l'employeur a l'obligation de faire l'inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail, d'autre part, que le reçu pour solde de tout compte n'a d'effet libératoire que pour les seules sommes qui y sont mentionnées, peu important le fait qu'il soit, par ailleurs, rédigé en des termes généraux.

Le reçu pour solde de tout compte qui fait état d'une somme globale et renvoie pour le détail des sommes versées au bulletin de paie annexé n'a pas d'effet libératoire.

Soc., 7 mars 2018, pourvoi n° 16-13.194, publié au *Bulletin* :

La convocation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, reçue par l'employeur dans le délai de six mois, produit, quant aux chefs de demande qui y sont énoncés, les effets de la dénonciation visée par l'article L. 1234-20 du code du travail.

- Représentation de l'employeur

Soc., 13 juin 2018, pourvoi n° 16-23.701, publié au *Bulletin* :

Ayant relevé que le salarié de la société filiale avait été licencié par le directeur général de la société mère qui supervisait ses activités, en sorte qu'il n'était pas une personne étrangère à la société filiale, la cour d'appel en a exactement déduit que le licenciement était régulier, quand bien même aucune délégation de pouvoir n'aurait été passée par écrit.

- Nullité du licenciement

Soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-14.281, *Bull.* 2017, V, n° 193 :

La prohibition des discriminations en raison de l'âge ne constitue pas une liberté fondamentale consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ni par la Constitution du 4 octobre 1958 qui justifierait, en cas de nullité du licenciement prononcé en violation de cette prohibition, la non-déduction des revenus de remplacement perçus par le salarié entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration.

- Indemnités de licenciement

Soc., 19 septembre 2018, pourvoi n° 16-27.201, publié au *Bulletin* :

Selon l'article L. 1111-1 du code du travail, les dispositions du livre I du code du travail sont applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel.

Il en résulte que, sauf dispositions légales contraires, les agents employés dans les conditions du droit public ne sont pas pris en compte aux fins de déterminer l'effectif de l'entreprise pour l'application de l'article L. 1235-5 du code du travail.

- Transaction

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-25.426, publié au *Bulletin* :

Viole les articles 2044 et 2052 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, 2048 et 2049 du même code la cour d'appel qui déclare recevable la demande en paiement d'une retraite supplémentaire formée par un salarié à l'encontre de son employeur, alors qu'aux termes de la transaction précédemment conclue, l'intéressé déclarait être rempli de tous ses droits et renonçait à toute réclamation de quelque nature que ce soit, née ou à naître, à l'encontre de cet employeur du fait du droit commun, des dispositions de la convention collective, de son contrat de travail et/ou de ses avenants et/ou tout autre accord ou promesse et/ou découlant de tout autre rapport de fait et de droit.

g) *Actions en justice*

- Compétence matérielle du conseil de prud'hommes

Soc., 28 février 2018, pourvoi n° 16-13.682, publié au *Bulletin* :

Aux termes de l'article R. 3326-1 du code du travail, les litiges relatifs à la participation aux résultats de l'entreprise, autres que ceux mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 3326-1, relèvent du tribunal de grande instance dans les conditions fixées à l'article R. 311-1 du code de l'organisation judiciaire.

L'article L. 211-3 de ce dernier code, qui s'est substitué à l'article R. 311-1, abrogé par décret n° 2008-522 du 2 juin 2008, dispose que le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction.

Aux termes de l'article L. 1411-1 du code du travail, le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient, et juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti.

Il en résulte que les litiges individuels opposant un ou plusieurs salariés à leur employeur en matière de participation ou d'intéressement relèvent de la compétence des conseils de prud'hommes.

Soc., 3 mai 2018, pourvoi n° 14-20.214, publié au *Bulletin* :

La rente servie au titre du livre IV du code de la sécurité sociale répare la perte des droits à la retraite.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour allouer à un salarié licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement une somme d'un certain montant sur le fondement de l'article L. 1226-15 du code du travail, retient que la perte des droits à la retraite n'a pas été réparée par la juridiction des affaires de la sécurité sociale qui a indemnisé le préjudice résultant de l'accident du travail.

Soc., 3 mai 2018, pourvoi n° 16-18.116, publié au *Bulletin* :

Si l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, relève de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale, la juridiction prud'homale est seule compétente pour connaître de l'application des règles relatives à la rupture du contrat de travail et pour se prononcer en conséquence sur la demande de résiliation judiciaire de ce contrat formée par le salarié.

Soc., 3 mai 2018, pourvois n° 16-26.850 et n° 17-10.306, publiés au *Rapport annuel* de la Cour de cassation :

Si l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, relève de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale, la juridiction prud'homale est seule compétente pour statuer sur le bien-fondé de la rupture du contrat de travail et pour allouer, le cas échéant, une indemnisation au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement pour inaptitude lorsqu'il est démontré que l'inaptitude était consécutive à un manquement préalable de l'employeur qui l'a provoquée.

Note :

L'obligation de sécurité à laquelle est tenu l'employeur, en vertu de l'article L. 4121-1 du code du travail, lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs et lui interdit, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés (Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, *Bull.* 2008, V, n° 46). Le manquement de l'employeur à cette obligation engage sa responsabilité (Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.918, *Bull.* 2007, V, n° 216).

Cependant, même s'ils sont intrinsèquement liés à l'exécution du contrat de travail, l'appréciation et l'indemnisation de ces manquements ne relèvent pas nécessairement de la compétence de la juridiction prud'homale.

Lorsque le dommage n'est pas pris en charge au titre de la législation sur les accidents du travail ou les maladies professionnelles, le salarié peut engager une action contre son employeur sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile contractuelle (Soc., 11 octobre 1994, pourvoi n° 91-40.025, *Bull.* 1994, V, n° 269 ; Soc., 28 octobre 1997, pourvoi n° 95-40.272, *Bull.* 1997, V, n° 339 ; Soc., 7 décembre 2011, pourvoi n° 10-22.875, *Bull.* 2011, V, n° 287). Logiquement, une telle demande relève, en application de l'article L. 1411-1 du code du travail, de la compétence de la juridiction prud'homale (Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 11-15.247 ; Soc., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-10.773).

Quand le salarié est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, les règles spécifiques du code de la sécurité sociale, notamment les articles L. 142-1 et L. 451-1, doivent s'appliquer. Se fondant sur ces dispositions, la chambre sociale, après avoir pris l'avis de la deuxième chambre civile, en avait déduit que si la juridiction prud'homale est seule compétente pour connaître d'un litige relatif à l'indemnisation d'un préjudice consécutif à la rupture du contrat de travail, relève, en revanche, de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité (Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-20.074, *Bull.* 2013, V, n° 139).

Il en résulte que le salarié ne peut former devant la juridiction prud'homale une action en dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à l'obligation de sécurité pour obtenir l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Cette solution a cependant suscité de nombreuses interrogations sur la délimitation exacte des compétences respectives des juridictions prud'homales et de sécurité sociale.

Ces hésitations sont illustrées par les pourvois ayant donné lieu aux présents arrêts. Dans la première espèce (n° 16-26.850), un salarié, victime d'un accident du travail, avait été licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement. Soutenant que son licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse en raison de la violation par l'employeur de son obligation de sécurité, il avait saisi le juge prud'homal d'une demande d'indemnisation du préjudice consécutif à la rupture. Cette demande avait été rejetée par la cour d'appel au motif qu'elle tendait à la réparation d'un préjudice né de l'accident du travail.

Dans la seconde (n° 17-10.306), une salariée, également victime d'un accident, avait formé une demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en faisant valoir que son inaptitude découlait d'un manquement à l'obligation de sécurité. Alors que l'employeur avait soutenu que cette demande relevait du tribunal des affaires de sécurité sociale, la cour d'appel a rejeté cette exception d'incompétence et alloué des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Au regard de ces solutions contrastées, la chambre sociale a voulu définir précisément la compétence et l'office du juge prud'homal.

Elle décide, en premier lieu, que si l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, relève de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale, la juridiction prud'homale est seule compétente pour statuer sur le bien-fondé de la rupture du contrat de travail et pour allouer, le cas échéant, une indemnisation au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La chambre entend ainsi rappeler que même lorsque le salarié est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, la juridiction prud'homale est seule compétente pour connaître de l'application des règles relatives à la rupture du contrat de travail. Ces décisions ne remettent cependant pas en cause les principes gouvernant la réparation des risques professionnels. À cet égard, la rente versée à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité et, d'autre part, le déficit fonctionnel permanent. En conséquence, la perte tant de l'emploi que des droits à la retraite, même consécutive à un licenciement pour inaptitude, est réparée par l'application des dispositions du livre IV du code de la sécurité sociale (Ch. mixte., 9 janvier 2015, pourvoi n° 13-12.310, *Bull.* 2015, Ch. mixte, n° 1 ; Soc., 6 octobre 2015, pourvoi n° 13-26.052, *Bull.* 2015, V, n° 187). Il s'en déduit notamment que même sur le fondement des dispositions de l'article L. 1226-15 du code du travail, le juge prud'homal ne peut indemniser la perte des droits à la retraite consécutive à un accident du travail, laquelle est réparée par la rente prévue au titre du livre IV (Soc., 3 mai 2018, pourvoi n° 14-20.214, publié au *Bulletin*).

L'indemnisation allouée par la juridiction prud'homale est donc circonscrite aux conséquences de la rupture abusive ou illicite du contrat de travail. En d'autres termes, il appartient au juge prud'homal de faire application des sanctions prévues dans ces hypothèses par le code du travail sans prendre en considération, dans son évaluation du préjudice, les dommages réparés au titre du livre IV du code de la sécurité sociale.

En second lieu, la chambre sociale juge qu'est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement pour inaptitude lorsqu'il est démontré que l'inaptitude était consécutive à un manquement préalable de l'employeur qui l'a provoquée. En effet, dans une telle hypothèse, le licenciement, même s'il est fondé sur une inaptitude régulièrement constatée par le médecin du travail, trouve en réalité sa cause véritable dans ce manquement de l'employeur. Si cette solution n'est pas nouvelle (Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.742, *Bull.* 2012, V, n° 236), elle est désormais affirmée avec netteté par la chambre sociale et doit être reliée au principe selon lequel il incombe aux juges du fond de rechercher, au-delà des énonciations de la lettre de licenciement, la véritable cause du licenciement (Soc., 10 avril 1996, pourvoi n° 93-41.755, *Bull.* 1996, V, n° 149).

Soc., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-11.019, publié au *Bulletin* :

Si la juridiction prud'homale est seule compétente pour statuer sur le bien-fondé de la rupture du contrat de travail, relève, en revanche, de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, qu'ils soient ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité.

- Péréemption d'instance

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-22.356, publié au *Bulletin* :

L'acceptation par une partie d'une médiation proposée par la juridiction, après l'expiration du délai de péréemption, ne vaut pas renonciation à se prévaloir du bénéfice de la péréemption d'instance.

- Séparation des pouvoirs

Avis de la Cour de cassation, 18 octobre 2018, n° 18-70.009, publié au *Bulletin* :

Les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour statuer sur une opposition formée par un allocataire à l'encontre d'une contrainte émise par Pôle emploi aux fins d'obtenir, en application de l'article L. 5426-8-2 du code du travail issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, le remboursement de l'allocation d'aide au retour à l'emploi qu'il estime avoir indûment versée.

Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.985, publié au *Bulletin* :

Justifie légalement sa décision une cour d'appel ayant relevé, pour caractériser un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, que bien qu'ayant connaissance des répercussions immédiates causées sur la santé du salarié par une première altercation avec l'un de ses collègues, des divergences de vues et des caractères très différents voire incompatibles des protagonistes et donc du risque d'un nouvel incident, la société n'avait pris aucune mesure concrète pour éviter son renouvellement hormis une réunion le lendemain de l'altercation et des réunions périodiques de travail concernant l'ensemble des salariés, et qu'elle n'avait ainsi pas mis en place les mesures nécessaires permettant de prévenir ce risque, assurer la sécurité du salarié et protéger sa santé physique et mentale conformément aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail.

Dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l'administration du travail de vérifier que celle-ci est réelle et justifie son licenciement. Il ne lui appartient pas en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral dont l'effet, selon les dispositions combinées des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 du code du travail, serait la nullité de la rupture du contrat de travail. Ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations. À cet égard, si le juge ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire postérieurement au prononcé du licenciement notifié sur le fondement d'une autorisation administrative de licenciement accordée à l'employeur, il lui appartient, le cas échéant, de faire droit aux demandes de dommages-intérêts au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

C. - Questions prioritaires de constitutionnalité

Soc., 14 février 2018, QPC n° 17-40.068, publié au Bulletin :

Saisie d'une question relative aux articles L. 2314-25, alinéa 4, L. 2314-7, alinéa 1, L. 2324-23, alinéa 4, et L. 2324-10, alinéa 1, du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a conclu au non-lieu à renvoi aux motifs « *qu'il est permis au législateur d'adopter des dispositions revêtant un caractère contraignant tendant à rendre effectif l'égal accès des hommes et des femmes à des responsabilités sociales et professionnelles et que l'annulation de l'élection d'un certain nombre d'élus du sexe surreprésenté en violation de l'obligation de représentation équilibrée des hommes et des femmes, au regard de leur part respective dans l'effectif de l'entreprise, est proportionnée à l'objectif recherché par la loi et ne méconnaît pas les principes constitutionnels invoqués* ».

Soc., 14 février 2018, QPC n° 17-40.076, publié au Bulletin :

Saisie d'une question relative aux articles L. 2324-23, alinéa 3, et L. 2314-25, alinéa 3, du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a conclu au non-lieu à renvoi aux motifs « *qu'il est permis au législateur d'adopter des dispositions revêtant un caractère contraignant tendant à rendre effectif l'égal accès des hommes et des femmes à des responsabilités sociales et professionnelles et que l'annulation de l'élection d'un certain nombre d'élus du sexe surreprésenté en violation de l'obligation de représentation équilibrée des hommes et des femmes, au regard de leur part respective dans l'effectif de l'entreprise, est proportionnée à l'objectif recherché par la loi et ne méconnaît pas les principes constitutionnels invoqués* ».

Soc., 22 mars 2018, QPC n° 17-24.193, publié au Bulletin :

Saisie d'une question relative à l'article L. 2421-8 du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a conclu au non-lieu à renvoi au motif que « *la disposition subordonnant la rupture, à l'arrivée de son terme, du contrat de travail à durée déterminée d'un salarié investi d'un mandat de représentant du personnel ou d'un syndicat à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail trouve son fondement dans l'exigence constitutionnelle de participation des travailleurs à la gestion des entreprises, de sorte que la poursuite de la relation contractuelle dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, qui, pour cette raison, résulte nécessairement de la méconnaissance de cette disposition et se traduit par un droit à indemnisation réparant l'intégralité du préjudice subi pendant tout le temps de la protection conférée par le mandat, ne constitue pas une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789* ».

Soc., 16 mai 2018, QPC n° 18-11.720, publié au Bulletin :

Saisie d'une question relative aux articles L. 2324-23, L. 2324-10, L. 2314-25 et L. 2314-7 du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé la question sérieuse et a procédé à son renvoi au Conseil constitutionnel en considérant « *que les dispositions contestées, qui peuvent aboutir à ce que plusieurs sièges de délégués du personnel et de membres du comité d'entreprise demeurent vacants, y compris dans le cas où un collège électoral n'est plus représenté ou si le nombre de délégués titulaires ou des membres du comité d'entreprise est réduit de moitié ou plus, sont susceptibles de porter atteinte au principe de participation des travailleurs* ».

Soc., 12 juillet 2018, QPC n° 18-40.024, publié au Bulletin :

Saisie d'une question relative aux articles L. 2323-3, L. 2323-4 et L. 4612-8 du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a conclu au non-lieu à renvoi aux motifs que « *les dispositions contestées prévoient des délais assortis des garanties nécessaires pour assurer le respect du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises et que les règles encadrant l'appel répondent aux exigences découlant des articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 dès lors qu'en application de l'article R. 2323-1 du code du travail, le délai de consultation du comité d'entreprise ne court qu'à compter de la communication ou de la mise à disposition des documents prévus par la loi ou par un accord collectif et que la cour d'appel, dans le cadre de sa compétence, est tenue de vérifier la conformité, à la date où il a statué, de la décision du juge de première instance aux dispositions des articles L. 2323-3, L. 2323-4 et L. 4612-8 du code du travail et, le cas échéant, d'exercer les pouvoirs qu'elle tient du dernier alinéa de l'article L. 2323-4 du code du travail, les justiciables étant placés à cet égard dans des situations identiques au regard des garanties qu'offre l'exercice de la voie de recours* ».

2. - Le panorama thématique : la preuve de l'existence du contrat de travail

Selon l'article L. 1221-1 du code du travail, « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ».

Le législateur n'a pas donné de définition du contrat de travail. Dans le silence des textes, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé qu'« il y a contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre personne, moyennant rémunération » (Soc., 22 juillet 1954, *Bull.* 1954, IV, n° 576).

De cette définition jurisprudentielle découlent trois éléments permettant de caractériser le contrat de travail. La relation salariée suppose en effet la fourniture d'un travail en contrepartie du versement d'une rémunération ainsi que l'existence d'un lien de subordination entre l'employeur et le salarié. La chambre sociale de la Cour de cassation juge de manière constante que « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné » (Soc., 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-13.187, *Bull.* 1996, V, n° 386).

L'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité (assemblée plénière, 4 mars 1983, pourvoi n° 81-11.647, *Bull.* 1983, Ass. plén., n° 3 ; Soc., 17 avril 1991, pourvoi n° 88-40.121, *Bull.* 1991, n° 200 ; Soc., 9 mai 2001, pourvoi n° 98-46.158, *Bull.* 2001, V, n° 155).

La question de la preuve de l'existence du contrat de travail est donc déterminante et porte sur la charge de cette preuve (A), sur les modes de preuve admis (B) et sur son objet (C). Cette question concerne également le cas particulier du salarié devenu mandataire social (D).

A. - La charge de la preuve de l'existence du contrat de travail

Conformément aux règles de preuve issues du code civil, c'est à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve (a) et c'est à celui qui se prévaut du caractère fictif d'un contrat de travail de le prouver (b). Par ailleurs, des règles spécifiques instituant des présomptions légales de salariat et de non-salariat sont prévues par le code du travail (c).

a) *Le principe selon lequel celui qui se prévaut d'un contrat de travail doit en établir l'existence*

La chambre sociale de la Cour de cassation juge, de manière constante, que c'est à celui qui se prévaut d'un contrat de travail d'en établir l'existence.

Soc., 10 novembre 1960, *Bull.* 1960, V, n° 1020 :

On ne saurait faire grief aux juges du fond d'avoir refusé le bénéfice de la législation sur les accidents du travail à une personne victime d'un accident alors qu'elle travaillait dans une laverie où son fils était contremaître dès lors qu'ayant relevé que cette personne ne figurait ni sur le livre de paye ni sur les livres comptables de la société propriétaire de la laverie, qu'elle n'établissait le versement d'aucune rémunération à son profit et qu'elle n'avait jamais déclaré le moindre salaire au fisc, ils étaient fondés à décider, par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui leur étaient fournis, qu'elle n'avait pas rapporté la preuve qu'elle fût salariée au service de la société, sa présence dans la laverie s'expliquant par une aide bénévole et familiale apportée à son fils.

Soc., 26 novembre 1970, pourvoi n° 69-40.574, *Bull.* 1970, V, n° 666 :

Ayant constaté, d'une part, que le demandeur avait été engagé par une société à responsabilité limitée en qualité de directeur commercial selon un contrat de travail écrit, qu'il était stipulé qu'une partie de son salaire serait variable et comprendrait notamment un pourcentage sur le chiffre d'affaires, qu'en contrepartie, il s'était vu imposer une clause de non-concurrence et avait renoncé par avance à toute indemnité de clientèle, d'autre part, qu'à compter d'une certaine date et conformément à une décision des associés, il avait exercé les fonctions de gérant salarié de la société, les juges du fond ont pu en déduire que l'intéressé avait rapporté la preuve de l'existence entre lui et la société d'un contrat de travail distinct du mandat salarié qui lui avait été confié postérieurement et que ce contrat était réel et non fictif.

Soc., 13 mars 1975, pourvoi n° 74-10.776, *Bull.* 1975, V, n° 147 :

Ayant relevé qu'un peintre n'avait pu produire aucun bulletin de salaire, même pour le passé, bien qu'il eût déclaré avoir déjà antérieurement travaillé comme salarié pour le compte du propriétaire d'un immeuble, qu'il achetait lui-même au tarif artisan le matériel et les produits qu'il utilisait, qu'il facturait ensuite au propriétaire après y avoir ajouté son bénéfice et qu'il passait pour être un artisan travaillant à son compte, qu'enfin il disposait de la plus grande liberté pour organiser son travail qu'il effectuait seul, hors de toute surveillance, les juges du fond peuvent estimer que ce peintre, dont il avait été précédemment décidé par la juridiction prud'homale qu'il n'avait pas, dans ses rapports avec le propriétaire, la qualité de salarié, n'avait pas apporté la preuve, dont il avait la charge, qu'il s'était trouvé à l'égard de celui-ci, à quelque moment que ce soit, dans une situation de subordination et de dépendance.

Soc., 31 mai 1978, pourvoi n° 77-40.183, *Bull.* 1978, V, n° 416 :

Lorsqu'un débiteur en règlement judiciaire qui a, avec l'assistance du syndic, donné en location-gérance à une société l'atelier de fabrication qu'il exploitait prétend avoir poursuivi son activité en qualité de salarié de cette société, laquelle soutient au contraire qu'il s'est borné à la mettre au courant pour faciliter la continuation de l'exploitation du fonds, c'est par une appréciation qui ne peut être remise en cause devant la Cour de cassation que la cour d'appel estime qu'il ne rapporte pas la preuve de l'existence d'un contrat de travail, aucune rémunération n'ayant jamais été convenue ni versée en contrepartie de son activité et seuls des secours ayant été remis à sa famille.

Soc., 21 juin 1984, pourvoi n° 82-42.409, *Bull.* 1984, V, n° 264 :

C'est à celui qui se prévaut d'un contrat de travail d'en établir l'existence. Par suite, les juges d'appel qui ont constaté qu'un salarié devenu directeur général d'une société n'apportait aucune précision de fait permettant d'établir qu'il avait continué à remplir des fonctions salariées distinctes de celles qu'il exerçait en sa nouvelle qualité de directeur général et qu'à partir de sa nomination, il avait cessé de percevoir son salaire de technicien et n'avait plus perçu que des émoluments votés par le conseil d'administration ont ainsi répondu aux conclusions prétendument délaissées et aux motifs des premiers juges et justifié leur décision déclarant incompétente la juridiction prud'homale.

b) *Le principe selon lequel celui qui se prévaut du caractère fictif d'un contrat de travail doit le prouver*

La chambre sociale de la Cour de cassation juge, de manière constante, qu'en cas de contrat de travail apparent, caractérisé notamment par l'établissement d'une déclaration unique d'embauche ou encore par la délivrance d'une attestation ASSEDIC, il appartient à celui qui se prévaut du caractère fictif de ce contrat d'en rapporter la preuve.

Soc., 25 octobre 1990, pourvoi n° 88-12.868, Bull. 1990, V, n° 500 :

En présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en apporter la preuve.

Soc., 18 juin 1996, pourvoi n° 92-44.296, Bull. 1996, V, n° 245 :

En présence d'un contrat de travail écrit, c'est à l'employeur qui invoque le caractère fictif de ce contrat d'en rapporter la preuve.

Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-18.681, Bull. 2012, V, n° 136 :

En présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve. La délivrance de l'attestation ASSEDIC, prévue par l'article R. 1234-9 du code du travail, crée l'apparence d'un contrat de travail. En conséquence, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant constaté que le salarié s'était vu remettre par une société une attestation ASSEDIC aux termes de laquelle elle déclarait l'avoir employé et l'avoir licencié pour motif personnel, et se bornait à dire qu'elle avait voulu seulement assurer à l'intéressé une couverture sociale et son indemnisation en cas de chômage, décide que n'ayant pas établi le caractère fictif du contrat de travail apparent, cette société a la qualité d'employeur.

Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-22.769, Bull. 2012, V, n° 319 :

En présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve. La délivrance de la déclaration unique d'embauche, prévue par l'article R. 1221-1 du code du travail, crée l'apparence d'un contrat de travail. En conséquence, justifie légalement sa décision le conseil de prud'hommes qui, ayant constaté que le salarié avait produit aux débats la déclaration unique d'embauche établie à son profit par la société, décide que celle-ci, n'ayant pas établi le caractère fictif du contrat de travail apparent, a la qualité d'employeur.

Soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 12-35.219, Bull. 2014, V, n° 107 :

En présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve. La production de bulletins de paie délivrés par une société à l'un de ses associés crée l'apparence d'un contrat de travail. Doit dès lors être approuvée une cour d'appel qui, pour dire qu'un associé avait la qualité de salarié, relève que celui-ci produit des bulletins de salaire émanant de la société dont il est l'associé et que celle-ci n'établit pas le caractère fictif du contrat de travail apparent.

c) *Les présomptions légales de salariat et de non-salariat*

- Les présomptions de salariat

Plusieurs présomptions de salariat ont été prévues par le code du travail pour certaines professions bénéficiant d'un statut particulier. Il s'agit notamment des journalistes professionnels (article L. 7112-1 du code du travail), des artistes du spectacle (article L. 7121-3 du code du travail), des mannequins (article L. 7123-3 du code du travail) et des voyageurs, représentants et placiers (article L. 7313-1 du code du travail). Afin que les travailleurs concernés puissent bénéficier de ces présomptions de salariat, il leur appartient de prouver qu'ils exécutent leur prestation de travail dans les conditions posées par les textes susvisés.

Soc., 23 octobre 1980, pourvoi n° 79-11.667, Bull. 1980, V, n° 764 :

Selon l'article L. 762-1 du code du travail, tout contrat par lequel une personne s'assume, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production est présumé être un contrat de travail, dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité, objet du contrat, dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce. Ne détruit pas cette présomption l'entrepreneur de spectacles qui assure la production d'artistes étrangers ne se comportant pas eux-mêmes en organisateurs de spectacles, n'étant pas titulaires d'une licence à cet effet et ne pouvant d'ailleurs exercer en France une telle activité, ce dont il résulte qu'il est tenu d'assurer à leur égard les obligations de l'employeur, peu important que ces artistes soient liés par des contrats d'exclusivité avec des producteurs étrangers exerçant un certain contrôle sur leur activité.

Soc., 21 juillet 1981, pourvoi n° 80-13.944, Bull. 1981, V, n° 732 :

L'article L. 751-4 du code du travail, selon lequel en l'absence de contrat écrit les personnes exerçant la représentation sont présumées être des voyageurs, représentants ou placiers soumis au statut ne s'applique que si le représentant concerné réunit les conditions définies par la loi pour bénéficier du statut légal. Dès lors, ne

relèvent pas de cette disposition les démarcheurs vendeurs d'une société d'édition qui n'exerçaient pas d'une façon exclusive et constante l'activité de représentant et qui, au surplus, n'avaient pas de secteur attribué ni de catégorie de clients à visiter.

Soc., 5 mars 1987, pourvoi n° 83-43.328, Bull. 1987, V, n° 108 :

Un journaliste professionnel, qui fournit régulièrement contre rémunération des dessins à une entreprise de presse, réunit les conditions d'application de l'article L. 761-2, alinéa 4, du code du travail et doit être présumé être lié à la société d'édition par un contrat de travail.

Soc., 17 octobre 2012, pourvoi n° 11-14.302, Bull. 2012, V, n° 263 :

Selon l'article L. 7111-3, alinéa 1, du code du travail, est journaliste professionnel toute personne qui a pour activité principale régulière et rétribuée l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, publications quotidiennes et périodiques ou agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources. Selon l'article L. 7112-1 du même code, « toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel est présumée être un contrat de travail. Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties ». Doit être cassé l'arrêt qui déboute un journaliste pigiste de demandes fondées sur l'existence d'un contrat de travail en retenant que l'intéressé ne peut revendiquer le statut de journaliste professionnel, bénéficiant comme tel de la présomption légale de salariat.

Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 13-13.742, Bull. 2014, V, n° 119 :

Il incombe à la partie soutenant que les artistes sont reconnus comme prestataires de service dans leur État d'origine d'en rapporter la preuve.

Fait une exacte application de la loi la cour d'appel qui, constatant que l'association ayant recouru aux services de ressortissants d'États de l'Union européenne ne justifiait pas que les artistes concernés exerçaient leur activité dans leur État membre d'origine à titre de prestataires de services indépendants, en a déduit qu'ils se trouvaient dès lors soumis à la présomption de salariat posée par l'article L. 7121-3 du code du travail.

Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 11-28.713, Bull. 2016, V, n° 74 :

La présomption de salariat prévue par l'article L. 7112-1 du code du travail s'applique à une convention liant un journaliste professionnel à une agence de presse.

- Les présomptions de non-salariat

Des présomptions de non-salariat ont également été prévues par le code du travail dans certaines hypothèses. Il s'agit notamment des personnes exerçant une activité donnant lieu à immatriculation ou inscription au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales ou encore au registre des entreprises de transport routier de personnes (article L. 8221-6 du code du travail), des auto-entrepreneurs (article L. 8221-6-1 du code du travail) et des sportifs individuels (article L. 222-2-11 du code du sport).

Ces présomptions peuvent être levées lorsque ces personnes fournissent directement ou par personne interposée des prestations à un donneur d'ouvrage dans les conditions qui le placent dans un lien de subordination comparable à celui existant entre le salarié et son employeur.

Soc., 10 mars 1982, pourvoi n° 81-10.149, Bull. 1982, V, n° 156 :

Justifie sa décision écartant l'assujettissement au régime général de la sécurité sociale d'une personne qui prospectait un département pour y proposer la vente de livres figurant au catalogue d'une société avec laquelle elle avait passé un contrat d'agent commercial la cour d'appel qui constate que l'intéressée, inscrite sur le registre spécial des agents commerciaux, était affiliée au régime de protection sociale des travailleurs indépendants, acquittait la taxe à la valeur ajoutée sur ses opérations et avait engagé un sous-agent à qui elle avait rétrocédé une partie de son secteur (arrêt n° 1). Et elle est fondée à refuser également l'assujettissement de ce sous-agent dès lors qu'immatriculé lui-même au registre spécial des agents commerciaux et affilié aux organismes de protection sociale des travailleurs non salariés, il exerce son activité librement sans être soumis à des règles de prospection ou à un horaire quelconque avec l'obligation de réaliser un chiffre d'affaires minimum sous peine de résiliation de son contrat sans indemnité - ce qui n'est pas compatible avec l'existence d'un contrat de travail - et avec l'interdiction s'inscrivant dans le cadre de relations entre mandant et mandataire de concurrencer son mandant dans le secteur qu'il s'était réservé, sans que l'utilisation de formulaires imposés puisse suffire à caractériser l'existence d'un lien de subordination (arrêt n° 2).

Soc., 10 décembre 2002, pourvoi n° 00-44.646, Bull. 2002, V, n° 374 :

Si en application de l'article L. 120-3 du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, les personnes physiques immatriculées notamment au registre du commerce et des sociétés sont présumées ne pas être liées

par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation, le porteur de presse peut apporter la preuve de l'existence d'un contrat de travail, une telle qualification devant être retenue lorsqu'il exerce son activité dans des conditions caractérisant une subordination par rapport à l'entreprise de presse.

Soc., 22 mars 2006, pourvoi n° 05-42.346, Bull. 2006, V, n° 119 :

La disposition de l'article L. 120-3 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi du 1^{er} août 2003, qui institue une présomption de non-salariat pour les personnes inscrites au registre du commerce, n'est pas applicable aux relations contractuelles antérieures à son entrée en vigueur.

Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.553, Bull. 2013, V, n° 301 :

Si en application de l'article L. 120-3 du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, les personnes physiques immatriculées notamment au registre du commerce et des sociétés sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation, le porteur de presse peut apporter la preuve de l'existence d'un contrat de travail, une telle qualification devant être retenue lorsqu'il exerce son activité dans des conditions caractérisant une subordination par rapport à l'entreprise de presse.

B. - Les moyens de preuve de l'existence du contrat de travail

La preuve du contrat de travail peut être rapportée par tous moyens (a). Elle peut ainsi résulter d'un écrit mais également de témoignages ou de présomptions, qui viennent alors compléter des commencements de preuve par écrit (b).

a) *La preuve de l'existence du contrat de travail par tous moyens*

Soc., 30 mai 1960, Bull. 1960, V, n° 578 :

La preuve d'un contrat de travail pouvant être administrée par tous moyens lorsque l'employeur est commerçant, manque de base légale la décision qui ne recherche pas si, malgré l'existence entre les parties d'un contrat de mandat, le mandataire n'était pas à l'égard du mandant dans l'état de subordination caractéristique du contrat de travail, ainsi qu'il offrait d'en rapporter la preuve, au motif qu'il n'existerait aucun écrit rendant vraisemblable la conclusion d'un tel contrat et permettant de recourir à une enquête.

b) *Les commencements de preuve par écrit de l'existence du contrat de travail*

Soc., 23 novembre 1960, Bull. 1960, V, n° 1063 :

La mention, dans le congé donné à un ménage, que les deux époux avaient été « engagés en qualité d'ouvriers agricoles » et un procès-verbal de constat relatant la déclaration du propriétaire qu'il les avait engagés l'un et l'autre ne constituent qu'un commencement de preuve par écrit de l'existence d'un contrat de travail commun aux deux époux, qui doit être complété par des témoignages ou présomptions.

Soc., 29 mai 1963, Bull. 1963, V, n° 438 :

Dès lors qu'ils constatent, sans dénaturer les pièces versées aux débats, l'exécution d'un contrat de travail par les deux parties selon les conditions portées au seul exemplaire établi lors de l'accord, les juges du fond qui relèvent l'existence d'un commencement de preuve par écrit complété par des présomptions graves, précises et concordantes peuvent décider que la convention telle que rédigée dans l'exemplaire unique liait les parties.

C. - L'objet de la preuve de l'existence du contrat de travail

Trois éléments permettent de démontrer l'existence d'un contrat de travail : la fourniture d'un travail, le versement d'une rémunération et le lien de subordination entre l'employeur et le salarié.

Cette dernière condition, caractérisée à l'aide d'un faisceau d'indices, a donné lieu à de nombreuses décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation.

a) *Les décisions ayant retenu l'existence d'un lien de subordination*

Soc., 29 mars 1994, pourvoi n° 90-40.832, Bull. 1994, V, n° 108 :

La cour d'appel qui relève qu'un médecin anesthésiste-réanimateur travaillait exclusivement au sein de la clinique et qu'il se trouvait soumis, dans l'exercice de sa profession, à des sujétions découlant des règles d'organisation déterminées unilatéralement par la direction de l'établissement, notamment en respectant un tableau de gardes, peut, en l'état de ces constatations, décider que l'intéressé se trouvait dans un lien de subordination caractérisant l'existence d'un contrat de travail.

Soc., 22 février 1996, pourvoi n° 93-40.523, Bull. 1996, V, n° 65 :

La cour d'appel qui a constaté que l'intéressé avait fourni un travail dont la rémunération était prévue par le contrat et pour l'organisation duquel il jouissait d'une grande autonomie mais qui était l'exécution d'une mission définie par la société en fonction de l'objectif que celle-ci voulait atteindre et dont il avait à rendre compte a pu en déduire l'existence d'un lien de subordination caractérisant le contrat de travail et retenir la compétence de la juridiction prud'homale.

Soc., 14 mars 1996, pourvoi n° 94-12.373, Bull. 1996, V, n° 96 :

Caractérise l'existence d'un lien de subordination entre les parties, incompatible avec la qualité de travailleur indépendant, la cour d'appel qui relève que les démarcheurs prospecteurs en panneaux d'affichage, dont les

rémunérations ont fait l'objet d'un redressement opéré par l'URSSAF, devaient se conformer à des directives géographiques imposées par l'employeur, n'avaient pas l'initiative des méthodes de travail, étaient soumis au contrôle d'un inspecteur et percevaient une rémunération forfaitaire déterminée par l'employeur.

Soc., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-40.572, Bull. 2000, V, n° 437 :

L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs. Viole les articles L. 121-1 et L. 511-1 du code du travail la cour d'appel qui décide que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail, alors que, nonobstant la dénomination et la qualification données au contrat litigieux, l'accomplissement effectif du travail dans les conditions prévues par le contrat et les conditions générales y annexées plaçait le « locataire » dans un état de subordination à l'égard du « loueur » et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un « véhicule taxi », était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail.

Soc., 1^{er} décembre 2005, pourvoi n° 05-43.031, Bull. 2005, V, n° 349 :

Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements à son subordonné ; le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail et l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs.

Ne donne dès lors pas de base légale à sa décision au regard des articles L. 121-1 et L. 511-1 du code du travail, faute de caractériser l'existence d'un lien de subordination, la cour d'appel qui, pour décider que les parties à un contrat de « location de véhicule équipé-taxi » étaient liées par un contrat de travail, se borne à analyser certaines clauses du contrat, sans rechercher si, indépendamment des conditions d'exécution du travail imposées par les nécessités de police administrative, dans les faits, les sociétés loueuses avaient le pouvoir de donner aux locataires des ordres et des directives relatifs non pas au seul véhicule objet du contrat de location mais à l'exercice du travail lui-même, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements.

Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-41.712, Bull. 2009, V, n° 141 :

L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs.

En relevant que les participants à un programme de télévision avaient l'obligation de prendre part aux différentes activités et réunions, de suivre les règles définies unilatéralement par le producteur, qu'ils étaient orientés dans l'analyse de leur conduite, que le règlement leur imposait une disponibilité permanente, assortie d'une interdiction de sortir du site et de communiquer avec l'extérieur, et stipulait que toute infraction pourrait être sanctionnée par le renvoi, une cour d'appel a caractérisé l'existence d'une prestation de travail, ayant pour objet la production d'une série télévisée, exécutée sous la subordination du producteur, pendant un temps et dans un lieu sans rapport avec le déroulement de la vie habituelle des participants et distincte du seul enregistrement de leur vie quotidienne et a pu décider que ceux-ci étaient liés par un contrat de travail à la société de production.

Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079, publié au Rapport annuel de la Cour de cassation

Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

Viole l'article L. 8221-6, II, du code du travail la cour d'appel qui retient qu'un coursier ne justifie pas d'un contrat de travail le liant à une société utilisant une plateforme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plateforme et des livreurs à vélo exerçant sous le statut de travailleur indépendant des livraisons de repas, alors qu'il résulte de ses constatations que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci et que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier.

b) *Les décisions n'ayant pas retenu l'existence d'un lien de subordination*

Soc., 15 novembre 1972, pourvoi n° 71-40.701, Bull. 1972, V, n° 618 :

Est légalement justifié l'arrêt qui a déclaré la juridiction prud'homale incompétente *ratione materiae* pour statuer sur une demande en rappel de salaires et indemnités de rupture, en estimant que les relations qui avaient existé entre les parties devaient s'analyser en un mandat, les juges du fond ayant déduit de leurs constatations que la liberté d'action qui avait été laissée au demandeur chargé de la liquidation du matériel de l'entreprise comme le fait d'avoir travaillé en qualité de salarié pour d'autres maisons venaient à l'encontre de l'existence de liens de subordination et de dépendance caractéristique d'un contrat de travail, que la convention intervenue entre les parties avait d'ailleurs expressément exclue.

Soc., 14 février 1980, pourvoi n° 78-41.002, Bull. 1980, V, n° 141 :

L'envoi en mission d'un salarié par sa société, qui continue de le rémunérer et de lui donner des ordres concernant ses envois en mission, au frais d'une autre société, ne suffit pas à créer entre cette dernière et le salarié un lien

de subordination établissant l'existence d'un contrat de travail et le salarié n'est pas recevable à prétendre pour la première fois devant la Cour de cassation qu'il y aurait dualité d'employeurs, ce moyen mélangé de fait et de droit étant nouveau et d'ailleurs contredit par les allégations des conclusions d'appel.

Soc., 18 juillet 2001, pourvoi n° 99-42.525, Bull. 2001, V, n° 278 :

Les demandeurs d'emploi qui participent à des actions d'évaluation en milieu de travail prescrites par l'Agence nationale pour l'emploi, et qui bénéficient, aux termes de l'article L. 412-8, alinéa 11, du code de la sécurité sociale, du régime des accidents du travail et des maladies professionnelles, sont placés dans une situation légale, exclusive d'un lien de subordination caractérisant l'existence d'un contrat de travail.

D. - Le cas particulier d'un salarié devenu mandataire social

La chambre sociale de la Cour de cassation juge qu'en l'absence de convention contraire, le contrat de travail d'un salarié devenu mandataire social et qui a cessé d'être uni à la société par un lien de subordination est suspendu pendant le temps où il est mandataire (Soc., 8 octobre 2003, pourvoi n° 01-43.556, Bull. 2003, V, n° 53).

Ainsi, le contrat de travail est suspendu pendant la durée du mandat seulement si, en raison de ce mandat, le travailleur cesse d'exercer des fonctions techniques distinctes de celles du mandat dans un état de subordination à l'égard de son employeur. Cette règle a donc des incidences s'agissant, d'une part, de la charge de la preuve (a) et, d'autre part, de son objet (b).

a) *La charge de la preuve*

Lorsque le contrat de travail est antérieur à la désignation du salarié dans des fonctions de mandataire social, il appartient à celui qui soutient une absence de cumul d'en rapporter la preuve.

Soc., 9 février 1999, pourvoi n° 97-17.794 :

« Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que Mme F... était titulaire d'un contrat de travail écrit en date du 24 octobre 1985, d'où il résultait que c'était à celui qui soutenait qu'il n'y avait pas eu cumul du contrat de travail et du mandat social postérieur d'en rapporter la preuve, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Soc., 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-44.636 :

« Mais attendu d'abord, qu'après avoir exactement retenu qu'en présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve, la cour d'appel, qui a constaté que M. A... n'était titulaire d'aucun mandat social lorsqu'il avait été engagé en septembre 2001 en qualité de cadre dirigeant salarié pour assurer la direction des services de la société sous l'autorité de son président et que son employeur ne rapportait pas la preuve du caractère fictif du contrat de travail alors conclu, en a déduit à bon droit, sans modifier les termes du litige et par une décision motivée, que le différend auquel donnait lieu sa rupture relevait de la juridiction prud'homale ».

Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-18.272 :

« Mais attendu qu'après avoir constaté que l'intéressé était titulaire d'un contrat de travail écrit du 1^{er} janvier 1980, antérieur à sa nomination en qualité de gérant, d'où il résultait que c'était à celui qui soutenait qu'il n'y avait pas eu cumul du contrat de travail et du mandat social postérieur d'en rapporter la preuve, la cour d'appel a relevé qu'il n'était pas établi que le contrat de travail avait été suspendu pendant la période de cogérance du 1^{er} décembre 1987 au 15 décembre 1997 ; qu'elle en a exactement déduit que cette période devait être prise en compte au titre de l'ancienneté pour le calcul de l'indemnité de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ».

b) *L'objet de la preuve*

En cas de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, l'objet de la preuve de l'existence du contrat de travail porte sur l'exercice de fonctions techniques distinctes de celles du mandat social dans un rapport de subordination à l'égard de l'employeur.

Soc., 4 février 1988, pourvoi n° 85-42.190, Bull. 1988, V, n° 92 :

Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour décider qu'un lien de subordination avait existé entre le président du directoire d'une société anonyme et le conseil de surveillance, a énoncé que le contrat de travail écrit de l'intéressé, directeur commercial et associé minoritaire, qui correspondait à des fonctions réelles dans l'entreprise, prévoyait diverses obligations « inhérentes au lien de subordination en résultant et exclusives d'un mandat social », que les membres du directoire exerçaient leurs fonctions sous le contrôle du conseil de surveillance, qui nommait le ou les membres du directoire et leur président, sans rechercher si ce directeur commercial avait effectivement assuré, dans un lien de subordination envers la société, des fonctions techniques distinctes de celles correspondant au mandat social dont il était investi et qui suffisaient à le placer sous le contrôle du conseil de surveillance.

Soc., 25 novembre 1997, pourvoi n° 94-45.333, Bull. 1997, V, n° 397 :

Ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui décide qu'un directeur général, chargé par le conseil d'administration des attributions, prévues aux articles L. 596, R. 5113 et R. 5132-2 du code de la santé publique, de pharmacien responsable des règles édictées dans l'intérêt de la santé publique, était mandataire

social, sans rechercher, comme elle y était invitée par l'intéressé, si, aux termes du protocole de nomination aux fonctions de directeur général, il n'avait pas exercé effectivement des fonctions techniques dans un lien de subordination par rapport à la société.

Soc., 14 mai 1998, pourvoi n° 96-40.693, Bull. 1998, V, n° 252 :

Une cour d'appel, ayant constaté qu'après sa désignation aux fonctions de gérant de la société qui l'employait, en contrepartie desquelles elle percevait une rémunération distincte de son salaire, l'intéressée, qui ne détenait aucune part du capital de la société, avait continué d'occuper son emploi de vendeuse, qu'elle n'avait alors disposé d'aucune autonomie et avait été placée sous l'autorité et le contrôle des deux associés, ayant ainsi fait ressortir qu'elle avait exercé effectivement des fonctions techniques distinctes du mandat social dans un lien de subordination, en a déduit à juste titre que son contrat de travail antérieur à sa désignation en qualité de gérant de la société s'était poursuivi au sein de celle-ci jusqu'à la rupture des relations salariales décidées par l'assemblée générale extraordinaire des associés.

Soc., 14 mai 1998, pourvoi n° 97-40.652, Bull. 1998, V, n° 256 :

Une cour d'appel, ayant constaté, d'une part, qu'après sa désignation en qualité de directeur général, l'intéressé avait figuré dans l'organigramme de la société tant en sa qualité de mandataire social qu'en celle de directeur administratif et qu'il était resté un exécutant des instructions qui lui étaient données par le président de la société, lequel était président de la société mère, d'autre part, qu'en vertu du mandat dont il avait été investi, ses pouvoirs étaient limités en matières financière, comptable et de recrutement du personnel notamment d'encadrement et, enfin, que l'intéressé avait continué à percevoir une rémunération distincte au titre de son emploi salarié, a exactement décidé que, l'intéressé ayant continué à remplir effectivement dans un lien de subordination envers la société des fonctions techniques distinctes de son mandat social et qui n'avaient pas été absorbées par ce dernier, d'où résultait le cumul entre les fonctions de directeur général et celles de salarié, le conseil de prud'hommes était compétent pour connaître du litige.

Soc., 9 juin 1998, pourvoi n° 96-40.525, Bull. 1998, V, n° 310 :

Si, en application de l'article 12, IV, de l'arrêté du 23 décembre 1959, les membres du comité de direction des jeux ne peuvent être choisis parmi les personnes employées ou rémunérées directement ou indirectement par l'exploitant, la nomination en qualité d'administrateur d'une personne salariée ne peut faire perdre à celle-ci le bénéfice de son contrat de travail dès lors qu'elle continue à exercer des fonctions techniques.

Soc., 14 juin 2005, pourvoi n° 02-47.320, Bull. 2005, V, n° 201 :

Sauf convention contraire, le contrat de travail d'un salarié qui devient mandataire social et qui cesse d'être lié à la société par un lien de subordination est suspendu pendant la durée du mandat social.

Ainsi, dès lors qu'elle retient qu'il n'a pas été convenu d'une novation du contrat de travail lorsque le salarié est devenu mandataire social et que ce mandat social a entraîné la suspension du contrat de travail, faute de fonctions techniques distinctes exercées dans un rapport de subordination envers la société, une cour d'appel en déduit exactement que la location-gérance du fonds de la société à une autre personne a mis fin à la suspension du contrat de travail, qui s'est poursuivi avec le locataire-gérant, devenu employeur.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le
à EDIIS – CRM Abonnements DILA 60643 Chantilly Cedex

Je souhaite m'abonner¹ :

- Abonnement annuel France métropolitaine
(référence d'édition 91) : **157,10 €²**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour l'année 2019, frais de port inclus.



PEFC[®] 10-31-2190 / PEFC recyclé

191 199070-000919

Imprimerie de la Direction de l'information légale et administrative, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de chambre à la Cour de cassation, directeur du service de documentation, d'études
et du rapport : Bruno Pireyre

Reproduction sans autorisation interdite - Copyright Service de documentation et d'études Le *Bulletin d'information* peut être
consulté sur le site internet de la Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

