

Semaine Sociale Lamy

NTIC FACEBOOK ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

*Jean-Emmanuel Ray, Professeur à l'École de Droit de Paris I – Sorbonne, Directeur du Master 2
« Développement des RH et Droit Social »*

- La chambre sociale de la Cour de cassation et le législateur
Marie Content, Avocat associé, PDGB Avocats
- RGPD : mission accomplie
- La CNIL vigilante sur la biométrie
- Les grandes lignes du projet de loi de finances pour 2019 en matière sociale

1830

HEBDOMADAIRE
1^{ER} OCTOBRE 2018

JURISPRUDENCE. Sur plusieurs thématiques sociales, soit la Cour de cassation a influencé le législateur, soit le législateur est venu mettre un terme à sa jurisprudence. Retour sur quelques décennies jurisprudentielles.

La chambre sociale de la Cour de cassation et le législateur

Marie Content, Avocat associé, PDGB Avocats

Quel est le rôle de la Cour de cassation ? Bouche de la loi, comme le souhaitait Montesquieu ou juges ouverts sur la cité, créatifs et innovants ? Le débat existe depuis toujours. En Droit du travail, ce qui frappe, c'est le mouvement d'attraction-répulsion qu'opère la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation sur le législateur. Le juge inspire ou il contrarie en s'exposant alors aux foudres du législateur. Mais il ne laisse jamais indifférent. Retour sur quelques décennies jurisprudentielles.

1 L'ÉTENDUE DE L'OBLIGATION DE RECLASSEMENT

L'obligation de reclassement impose à l'employeur de proposer au salarié dont le licenciement pour motif économique ou inaptitude est envisagé, les postes disponibles susceptibles d'être occupés par ce dernier. On sait que le respect de cette obligation conditionne le bien-fondé de ces licenciements.

L'origine de cette obligation est en revanche moins connue. Il s'agit d'une création purement prétorienne que l'on doit au Conseil d'État. Dans le cadre de contentieux relatifs à l'autorisation de licenciement pour motif économique de salariés protégés, la Haute Juridiction de l'ordre administratif a en effet jugé nécessaire l'obligation préalable de reclassement pour protéger, dans l'intérêt collectif des salariés, le mandat dont était investi le représentant du personnel (CE, 18 févr. 1977, n° 95354).

C'est cette jurisprudence du Conseil d'État que la Cour de cassation a étendu à l'ensemble des salariés en 1991, privant ainsi l'obligation de reclassement de sa justification au regard des intérêts

collectifs des salariés pour en faire un droit individuel (Cass. soc., 20 févr. 1991, n° 89-45.251).

Selon un deuxième arrêt, la chambre sociale a considéré que faute d'avoir proposé des postes de même nature existants dans d'autres régions à une salariée dont le poste était supprimé, son licenciement devait être jugé dénué de cause économique réelle et sérieuse (Cass. soc., 22 janv. 1992, n° 89-41.242).

Aux termes d'un troisième arrêt du 8 avril 1992, la Cour a précisé l'étendue de l'obligation de reclassement quant à la nature des postes visés et imposé à l'employeur, en cas de suppression ou transformation d'emplois, « de proposer aux salariés concernés des emplois disponibles de même catégorie, ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail » (Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 89-41.548).

Par un arrêt du 25 juin 1992, la Cour a statué sur le périmètre géographique de cette nouvelle obligation de reclassement et jugé qu'elle doit s'exercer « à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel » (Cass. soc., 25 juin 1992, n° 90-41.244).

Loin de s'arrêter là, la Cour de cassation a étendu en 1998 le périmètre de l'obligation de reclassement à l'étranger en jugeant que « les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers » (Cass. soc., 7 oct. 1998, n° 96-42.812). ●●●

●●● En 1998, la Cour de cassation a jugé que les offres de reclassement devaient être individualisées, l'employeur ne pouvant se limiter à adresser au salarié la liste des emplois disponibles (*Cass. soc.*, 1^{er} déc. 1998, n° 96-43.856).

C'est par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, soit 10 ans après sa consécration prétorienne, que l'obligation de reclassement a fait son entrée dans le Code du travail à l'article L. 321-1 (devenu l'article L. 1233-4). En dépit de ses contours assez imprécis, cette disposition a

été approuvée par le Conseil constitutionnel qui a vu dans l'obligation de reclassement une composante de l'obligation de l'employeur d'exécuter de bonne foi le contrat de travail et le corollaire de son obligation d'adapter les salariés à l'évolution de leur emploi (*Cons. const.*, 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC).

Il n'en fallait pas moins à la Cour de cassation qui y a vu l'opportunité de renforcer progressivement ses exigences en matière de recherche de reclassement.

Ainsi, dans un arrêt du 7 novembre 2007, la chambre sociale a jugé que l'employeur ne pouvait pas li-

imiter ses recherches de reclassement à l'étranger en fonction des réponses, ou de l'absence de réponse, apportées par les salariés à un questionnaire préalable sur leur mobilité (*Cass. soc.*, 7 nov. 2007, n° 06-43.108).

C'était sans doute le pas de trop. Le législateur est intervenu le 18 mai 2010 pour autoriser cette pratique. Ainsi, à compter de 2010, les entreprises et groupes de sociétés comportant des établissements en dehors du territoire national ne devaient, en cas de licenciements économiques, étendre leurs recherches de reclassement à l'étranger qu'après avoir demandé à chaque salarié concerné s'il acceptait de recevoir des offres de reclassement hors de France. L'obligation, malgré son assouplissement par la loi du 6 août 2015 pour la croissance et l'activité, restait compliquée à mettre en œuvre.

C'est la raison pour laquelle l'obligation de reclassement à l'étranger a été définitivement abrogée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, près de 20 ans après sa création prétorienne.

Le législateur a ainsi décidé que, même lorsque l'entreprise ou le groupe dont l'entreprise fait partie comporte des établissements en dehors du territoire national, les salariés dont le licenciement est envisagé ne peuvent pas prétendre à un reclassement dans ces établissements.

Cette ordonnance a également mis fin à l'obligation de reclassement « *individualisé* ». L'employeur peut désormais valablement s'affranchir de son obligation de reclassement en portant à la connaissance des salariés concernés la liste des emplois disponibles.

Autre déconstruction jurisprudentielle : alors que la Cour de cassation avait étendu le groupe au sein duquel des solutions de reclassement devaient être recherchées à des réseaux de distribution en franchise (*Cass. soc.*, 1^{er} déc. 1998, n° 96-43.655) ou à des adhérents d'une association (*Cass. soc.*, 23 mai 1995, n° 93-46.142), l'ordonnance n° 2017-1387 l'a restreinte au seul groupe capitalistique.

C'est donc peu de dire que la Cour de cassation a été rappelée à la raison par le législateur en matière d'obligation de reclassement.

2 L'ASSIETTE DE CALCUL DES BUDGETS DU CE

L'assiette de calcul du budget destiné aux activités sociales et culturelles comme celui destiné au fonctionnement du comité d'entreprise étaient imprécis. L'ancien article L. 2325-43 du Code du travail, pour le budget de fonctionnement, renvoyait à la « *masse salariale brute* » et l'ancien article L. 2323-86 du même code, faisait référence au « *montant global des salaires payés* » pour le budget des œuvres sociales et culturelles.

Faute de définition légale de ces deux notions et alors même que la doctrine appelait majoritairement à retenir comme référence la masse salariale servant d'assiette au calcul des charges sociales, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 30 mars 2011 que l'assiette de calcul de ces deux budgets s'entendait de la masse salariale brute comptable correspondant au compte 641 « *rémunérations du personnel* » tel que défini par le plan comptable général (*Cass. soc.*, 30 mars 2011, n° 09-71.438).

Or, le compte 641 comprend certes les salaires et accessoires de salaire, mais également les indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, les provisions pour congés payés, les rémunérations des dirigeants, les frais professionnels, etc.

Il en résultait plusieurs paradoxes parmi lesquels le fait de prendre en compte les sommes versées à l'occasion d'un licenciement, ce qui conduisait à augmenter le budget accordé au comité d'entreprise quand l'effectif de l'entreprise diminuait ou des sommes qui correspondent à une créance future des salariés (la dotation aux provisions pour congés payés).

Malgré les nombreuses critiques de la doctrine et la résistance des juges du fond, la chambre sociale a maintenu cette référence au compte 641 en excluant toutefois, pour répondre en partie

C'est donc peu de dire que la Cour de cassation a été rappelée à la raison par le législateur en matière d'obligation de reclassement

aux critiques, certaines sommes au gré des espèces et des questions qui lui étaient soumises. C'est ainsi qu'ont notamment été exclues « les sommes qui correspondent à la rémunération des dirigeants sociaux, à des remboursements de frais, ainsi que celles qui, hormis les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, de retraite et de préavis, sont dues au titre de la rupture du contrat de travail » (Cass. soc., 20 mai 2014, n° 12-29.142), puis les indemnités transactionnelles dans leur partie supérieure aux indemnités légales et conventionnelles (Cass. soc., 31 mai 2016, n° 14-25.042).

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a retenu comme assiette de calcul des budgets du comité social et économique la masse salariale brute constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale en application des dispositions de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, à l'exception des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée.

Le législateur ayant ainsi fait siennes les critiques de la doctrine et des praticiens sur la référence au compte 641, la Cour de cassation n'a pu que se ranger à la voix de la raison.

Aux termes de deux arrêts du 7 février 2018, la Cour de cassation a en effet admis que l'assiette de calcul des budgets du comité d'entreprise, à l'instar de ceux du CSE, soit « 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 CSS » (Cass. soc., 7 févr. 2018, n°s 16-24.231).

La Cour de cassation a anticipé la position du législateur et fait évoluer sa jurisprudence.

3 LE TROUBLE ENTRETENU SUR LA QUALIFICATION DE CADRE DIRIGEANT

La loi du 19 janvier 2000, dite loi Aubry II, a créé le statut de cadre dirigeant, dont la particularité est l'exclusion de la quasi-totalité des règles sur le temps de travail, y compris de certaines protections en matière de santé et de sécurité. Dès lors, on comprend que la chambre sociale ait entendu réserver ce statut au plus petit nombre.

Les cadres dirigeants ont été strictement définis par le législateur à l'article L. 3111-2 du Code du travail comme ceux « auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou dans leur établissement ».

S'estimant fondée à donner un caractère plus restrictif aux conditions retenues par le législateur, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 31 janvier 2012, que « seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants ceux participant à la direction de l'entreprise », ce qui lui permettait d'exclure de cette catégorie le directeur des collections d'une maison de couture qui remplissait pourtant toutes les conditions légales, solution maintes fois réaffirmée par la suite (Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-24.412 ; Cass. soc., 4 févr. 2016, n° 14-23.663).

Dans le cadre des débats ayant précédé l'adoption de la loi Travail du 8 août 2016, le législateur avait réfléchi à l'opportunité d'ajouter cette condition de la participation à la direction de l'entreprise aux conditions légales préexistantes.

Il l'a finalement écartée, notamment « afin de tenir compte de la situation des dirigeants d'établissements qui peuvent parfois disposer d'une très grande autonomie et d'une délégation de pouvoir très étendue, notamment en matière d'embauche » sans pour autant participer à la direction de l'entreprise (Rapp. Sénat n° 661, 1^{er} juin 2016).

Se sentant à juste titre sous le feu des projecteurs, la chambre sociale a alors précisé, dans un arrêt du 22 juin 2016, que « si les trois critères fixés par l'article L. 3111-2 du Code du travail impliquent que seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants les cadres participant à la direction de l'entreprise, il n'en résulte pas que la participation à la direction de l'entreprise constitue un critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux » (Cass. soc., 22 juin 2016, n° 14-29.246).

La portée pratique de cette précision était pour le moins assez obscure, mais laissait à penser que la Cour de cassation, sans le dire clairement, avait tiré les conséquences de ce refus du législateur d'ajouter à la loi la condition supplémentaire qu'elle avait cru pouvoir identifier.

Dans un arrêt du 20 décembre 2017, la Cour de cassation a refusé la qualification de cadre dirigeant à un directeur de club de sport au motif que « rien ne permettait d'établir que l'intéressé participait à la direction de l'entreprise » en déduisant cette condition supplémentaire du critère légal relatif au pouvoir de prendre des décisions de manière largement autonome (Cass. soc., 20 déc. 2017, n° 16-19.853). Sur ce point, il faut reconnaître qu'exiger d'un cadre « dirigeant » qu'il dirige l'entreprise et par voie de conséquence qu'il participe à sa direction ne semble pas contraire à la lettre même du texte. ●●●

Sur ce sujet, la Cour de cassation a anticipé la position du législateur et fait évoluer sa jurisprudence

4 ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ET TRANSFERT CONVENTIONNEL

Certaines conventions collectives de branche organisent le transfert du personnel entre prestataires successifs d'un même marché dans l'hypothèse où les conditions prévues par l'article L. 1224-1 du Code du travail pour un transfert automatique et de plein droit des contrats de travail ne sont pas réunies.

Ces transferts de personnel ont notamment pour effet de réunir deux communautés de travail au statut parfois divergeant et créent de fait des inégalités de traitement.

S'agissant des transferts en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la Cour de cassation a jugé, de longue date, que la différence de traitement entre les deux communautés, trouvant son origine dans la loi, était justifiée (*Cass. soc.*, 11 janv. 2002, n° 10-14.614).

Dans un arrêt du 15 janvier 2014, la Cour de cassation a jugé qu'il n'en allait pas de même s'agissant de transfert conventionnel au motif suivant : « le maintien

des contrats de travail [...] ne résultant pas de l'application 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 » (*Cass. soc.*, 15 janv. 2014, n° 12-25.402).

Cette décision contraignait les employeurs à étendre les avantages des salariés transférés à ses propres salariés et réciproquement.

Elle a contraint le législateur à intervenir pour y mettre un terme.

La loi Travail du 8 août 2016 avait commencé par limiter les effets du principe « à travail égal, salaire égal » dans une hypothèse de transfert conventionnel, aux seuls salariés présents sur un même site de travail.

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a achevé cette évolution, l'article L. 1224-3-2 du Code du travail disposant désormais que « lorsqu'un accord de branche étendu prévoit et organise la poursuite des contrats de travail en cas de succession d'entreprises dans l'exécution d'un marché, les salariés du nouveau prestataire ne peuvent invoquer utilement les différences de rémunération résultant d'avantages obtenus, avant le changement de prestataire, par les salariés dont les contrats de travail ont été poursuivis ».

Dès lors, la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 novembre 2017, s'est alignée en jugeant 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 » (*Cass. soc.*, 30 nov. 2017, n° 16-20.532).

5 ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ET AVANTAGES CATÉGORIELS

Aux termes d'un arrêt du 1^{er} juillet 2009, la chambre sociale avait fait sonner le tambour en jugeant à propos de congés payés supplémentaires accordés aux seuls cadres par un accord collectif, que : « La seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence. » (*Cass. soc.*, 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675).

Cette solution remettait en cause de nombreuses dispositions conventionnelles, la plupart des conventions prévoyant des avantages différents selon les catégories professionnelles en matière notamment de préavis, de protection complémentaire santé et de prévoyance, de primes, etc.

Restant sur sa position, la Cour de cassation a précisé en 2011 ce qu'elle entendait par raisons objectives justifiant une différence de traitement catégorielle. Il s'agit de celles qui ont pour but « de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice de leurs fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération » (*Cass. soc.*, 8 juin 2011, n° 10-14.725).

Il n'était rien moins qu'évident de pouvoir justifier toutes les différences de traitement catégorielles prévues par les conventions et accords collectifs au regard de cette grille d'analyse.

En 2015, ayant sans doute pris la mesure des difficultés engendrées par son interprétation, la Cour de cassation a assoupli sa position mais sans vouloir désavouer la construction jurisprudentielle à laquelle elle s'était livrée depuis 2009.

Aussi, a-t-elle choisi de réaffirmer le même principe mais d'inverser la charge de la preuve en jugeant que « les différences de traitement entre

La loi Travail du 8 août 2016 avait commencé par limiter les effets du principe « à travail égal, salaire égal » dans une hypothèse de transfert conventionnel, aux seuls salariés présents sur un même site de travail

catégories professionnelles opérées par voie de convention ou d'accord 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 » (Cass. soc., 27 janv. 2015, nos 13-22.179, 13-14.773, 13-25.437)

Selon la Cour de cassation, c'est donc au salarié qui entend contester un avantage catégoriel de rapporter la preuve que la différence de traitement est étrangère à toute considération de nature professionnelle. De cette preuve négative, difficile s'il en est, à rapporter, il découle une présomption de légitimité des avantages catégoriels prévus par voie d'accord collectif.

Cette position a été réaffirmée depuis par la Cour de cassation, notamment dans un arrêt du

8 juin 2016 aux termes duquel la Haute Juridiction a étendu cette présomption de légitimité aux différences de traitement entre des salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes (Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324).

Force est de constater que cette présomption a convaincu le législateur qui l'a étendue et consacrée à l'article L. 2262-13 du Code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 lequel dispose désormais qu'« il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent ».

Étonnante coconstruction donc qui d'une position très offensive de la Cour de cassation quant à l'application du principe de l'égalité de traitement aux avantages catégoriels conventionnels a abouti à une présomption légale de légitimité du contenu des accords collectifs. ■

FINANCE ^{pure} RH MEETINGS

LE SALON DE MISE EN RELATION
D'AFFAIRES DE LA FINANCE ET DES RH

20, 21 & 22 NOVEMBRE 2018
Palais des Festivals et des Congrès de Cannes

- 500 participants
- 2000 rendez-vous d'affaires pré-organisés avec des Top décideurs
- 200 déjeuners d'affaires pré-organisés

- 1 cocktail de bienvenue
- 1 soirée de gala
- 1 soirée de libre
- des conférences plénières très haut de gamme

un événement
weyou
group

Inscrivez-vous maintenant sur :
www.finance-and-rh-meetings.com

