



## Textes législatifs et réglementaires

### ► Désignation des conseillers prud'hommes

Un arrêté du 8 septembre 2017, modifiant l'arrêté du 5 mai 2017 modifié portant attribution des sièges de conseillers prud'hommes et calendrier de dépôt des candidatures à la fonction de conseiller prud'homme pour le mandat prud'homal 2018-2021, est paru au JO du 12 septembre. Il reporte au lundi 18 septembre à 12 heures la date limite pour déposer les candidatures aux fonctions de conseillers prud'hommes.

## Jurisprudence

### ► Salarié sous forfait en jours et qualité de cadre dirigeant

Une cour d'appel, qui constate que, par lettre du 7 décembre 2006, les parties avaient signé une promesse d'engagement précisant « votre emploi de la catégorie cadre est régi par un accord d'annualisation du temps de travail sur la base de 218 jours » et retient que le salarié avait été soumis à une convention individuelle de forfait en jours prévue par les articles L 3121-39 et suivants du code du travail, n'avait pas à procéder à une recherche sur l'éventuelle qualité de cadre dirigeant du salarié. En d'autres termes, un employeur ne peut invoquer qu'un salarié relève de la catégorie des cadres dirigeants dès lors que celui-ci est soumis régulièrement à un forfait en jours (Cass. soc., 7-9-17, n°15-24725).

### ► L'assiette de calcul des indemnités prévues par le PSE inclut-il la participation et l'intéressement ? (Non)

La rémunération de référence prévue par le plan de sauvegarde de l'emploi est la rémunération moyenne brute des douze derniers mois précédant le licenciement, incluant l'ensemble des sommes soumises à charges sociales. La cour d'appel en a exactement déduit que la participation et l'intéressement, qui ne sont pas expressément visés et ne sont pas soumis à charges sociales, ne rentrent pas dans l'assiette des indemnités prévues au plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. soc., 7-9-17, n°16-12473). En d'autres termes, l'intéressement et la participation aux résultats n'entreront dans l'assiette de calcul des indemnités supra conventionnelles de licenciement qu'à partir du moment où le plan l'aura expressément prévu.

### ► Repos hebdomadaire et compétence du tribunal administratif

Le ministre chargé du travail, lorsqu'il abroge ou modifie un arrêté préfectoral de fermeture au public sur le fondement des dispositions de l'article R.3132-22 du code du travail ou qu'il rejette une demande tendant à ce qu'une telle décision soit prise, statue en qualité d'autorité hiérarchique sur une décision du préfet qui relève en premier ressort de la compétence du tribunal administratif. Par suite, les recours pour excès de pouvoir contre la décision du ministre doivent être portés, non

devant le Conseil d'Etat, mais devant le tribunal administratif territorialement compétent pour connaître des recours contre l'arrêté préfectoral lui-même (CE, 28-7-17, n°398816).

### ► Contestation de la désignation des membres de l'instance de coordination des CHSCT (IC-CHSCT) et compétence du tribunal d'instance

Nonobstant les dispositions de l'article R 211-3 du code de l'organisation judiciaire qui attribue compétence au tribunal de grande instance, à charge d'appel, dans les matières pour lesquelles celle-ci n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande, et bien qu'aucun texte postérieur au mois de juin 2013 n'ait expressément désigné le tribunal d'instance pour statuer sur les contestations relatives à la désignation des membres des ICCHSCT, ce contentieux relève nécessairement de sa compétence d'attribution en dernier ressort en sa qualité de juge naturel de l'élection, notamment professionnelle, spécialement désigné pour connaître des contestations relatives à la délégation des représentants du personnel aux CHSCT dont émanent les ICCHSCT (CA Besançon, 1<sup>er</sup> ch., 11-8-17, n°17/00876).

### ► Salaires minima et classifications : l'accord d'entreprise peut-il déroger à l'accord de branche ?

En matière de salaires minima et de classification professionnelle, les accords d'entreprise peuvent déroger dans un sens plus favorable aux salariés aux conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels. Ainsi, un accord d'entreprise peut créer un échelon intermédiaire entre deux classifications de la branche, dès lors que le nouveau coefficient est plus favorable que la convention collective. (Cass. soc., 7-9-17, n°16-14743).

A noter que les ordonnances « Macron » prévoient que si les salaires minima et les classifications professionnelles relèvent des thèmes de négociation de la branche, des accords d'entreprise peuvent déroger aux accords de branche à condition de prévoir des « garanties au moins équivalentes ».



► **Licenciement dans les entreprises de moins de 11 salariés et/ou concernant les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté et notion de préjudice nécessaire ?**

Dans une décision à la publicité maximale (PBRI), la Cour de cassation juge que :

- l'existence d'un préjudice résultant du non-respect de la procédure de licenciement et l'évaluation qui en est faite relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ;
- il résulte de l'article L 1235-5 du code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue ;
- en matière de procédure orale, une demande en justice présentée dans un écrit n'est valablement formée que lorsqu'elle est oralement soutenue à l'audience des débats. Dès lors qu'elle constate que la partie, appelante, qui sollicitait dans ses conclusions écrites le rejet des demandes du salarié, n'était ni présente ni représentée à l'audience, la cour d'appel ne pouvait que constater qu'elle n'était saisie d'aucun moyen de recours et ne pouvait en conséquence que confirmer le jugement (Cass. soc., 13-9-17, n°16-13578).

Ainsi, le salarié qui ne justifiait d'aucun préjudice résultant du non-respect de la procédure de licenciement ne pouvait prétendre à des dommages et intérêts. Auparavant, le non-respect de la procédure de licenciement ouvrait automatiquement droit à réparation. Dorénavant, en matière de non-respect de la procédure de licenciement, le préjudice n'est plus automatique.

S'agissant de la question de la rupture abusive du contrat de travail dans une entreprise de moins de 11 salariés et/ou concernant un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté, la Cour de cassation considère que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue. En jugeant que le salarié qui ne justifiait d'aucun préjudice du fait du licenciement abusif ne pouvait prétendre à des dommages et intérêts, la cour d'appel a violé l'article L 1235-5 du code du travail. En d'autres termes, un licenciement abusif dans une entreprise de moins de 11 salariés et/ou concernant un salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté cause nécessairement un préjudice au salarié qu'il convient aux juges d'apprécier.

A noter que les ordonnances « Macron » prévoient qu'un salarié licencié abusivement doit percevoir une indemnité minimale d'un demi-mois de salaire brut jusqu'à deux ans d'ancienneté dans les entreprises de moins de 11 salariés, le plafond s'étalant de 1 à 3 mois suivant que l'ancienneté est de 1 ou 2 ans.

► **QPC loi « El Khomri » sur le temps de travail (Affaire FO)**

Le Conseil constitutionnel vient de rejeter dans une décision du 15 septembre 2017 une QPC soulevé par FO contre des dispositions de la loi « El Khomri » sur la

durée du travail (Conseil Const., 15-9-17, n°2017-653 QPC).

Concernant les trois premiers alinéas de l'article L 3121-8 du code du travail, le Conseil constitutionnel considère qu'en renvoyant à la négociation entre l'employeur et le salarié du contrat de travail le soin de fixer, le cas échéant, une rémunération des temps de restauration et de pause et de prévoir soit des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage, soit de les assimiler à du temps de travail effectif, le législateur a traité de la même manière tous les salariés placés, compte tenu de l'absence d'une convention ou d'un accord collectif, dans la même situation. Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit donc être écarté.

En ce qui concerne l'article L 3121-45 du code du travail, en prévoyant une période maximale pour l'aménagement du temps de travail plus longue pour les entreprises de moins de cinquante salariés, en l'absence de convention ou d'accord collectif, le législateur a souhaité permettre l'aménagement de la répartition du temps de travail dans ces entreprises. Il a tenu compte de leur plus grande difficulté d'accès à la négociation collective, tout en limitant la durée sur laquelle l'aménagement du temps de travail est possible en l'absence d'une telle convention ou d'un tel accord. Il a ainsi retenu un critère en adéquation avec l'objet de la loi. Il résulte de ce qui précède que la différence de traitement instituée par l'article L 3121-45 du code du travail ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi.

Cet article, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit donc être déclaré conforme à la Constitution.

Enfin, il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel d'examiner la question prioritaire de constitutionnalité portant sur le quatrième alinéa de l'article L 3121-8 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels dans la mesure où il est constaté une absence de changement des circonstances.

En effet, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qu'il a déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, sauf changement des circonstances. Tel n'est pas le cas en l'espèce.



► **Représentativité : principe de stabilité et droit à la négociation collective (Affaire FO)**

L'Union départementale des syndicats CGT-FO des Côtes d'Armor, soutenue par la Confédération, avait demandé à la Cour de cassation de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité ainsi rédigées :

1) « Les articles L. 2122-1 et L. 2143-3 du code du travail, tels qu'interprétés, par la Cour de cassation, en tant qu'ils prévoient que la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral de sorte que les résultats obtenus lors d'élections partielles ne peuvent avoir pour effet de modifier la mesure de la représentativité calculée lors des dernières élections générales, sont-ils contraires au droit à la négociation collective, garanti à l'article 8 du préambule de la Constitution de 1946 ? » ;

2) « Les articles L. 2122-1 et L. 2143-3 du code du travail, tels qu'interprétés, par la Cour de cassation, en tant qu'ils prévoient que la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral de sorte que les résultats obtenus par des syndicats intercatégoriels lors d'élections partielles ne peuvent avoir pour effet de modifier la mesure de la représentativité calculée lors des dernières élections générales, à l'issue desquelles seul un syndicat catégoriel a été reconnu représentatif, sont-ils contraires au droit à la négociation collective, garanti à l'article 8 du préambule de la Constitution de 1946, au principe d'égalité garanti par les articles 1<sup>er</sup> et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à la liberté syndicale consacrée au 6<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? ».

Dans une décision du 14 septembre 2017, la Cour de cassation a refusé de transmettre les QPC au Conseil constitutionnel considérant que les dispositions contestées ont déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n°2010-63/64/65 QPC rendue le 12 novembre 2010 par le Conseil constitutionnel. Aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est depuis intervenu qui, affectant la portée des dispositions législatives cri-

tiquées, en justifierait le réexamen (Cass. soc., 14-9-17, n°17-18154).

Ainsi, lorsque seul un syndicat catégoriel est présent dans l'entreprise empêchant la négociation collective inter catégorielle de se dérouler, des élections partielles ne peuvent servir à apprécier la représentativité d'un syndicat inter catégoriel, le principe de stabilité prévalant. Nous avons pourtant mis en avant que depuis la loi « El Khormi », la place de la négociation collective d'entreprise avait pris une place centrale mais cet argument n'a pas suffi à faire pencher la balance en notre faveur.

Il s'agit toujours pour nous d'une atteinte flagrante à la négociation collective garantie par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

L'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* (requête n° 34503/97 du 12 novembre 2008) indique que : « *Le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels (§ 154) de la liberté syndicale sans lequel celle-ci serait vidée de sa substance* ».

La Cour européenne des droits de l'Homme marque un attachement si fort à la négociation collective, rattachée à l'article 11 par l'arrêt *Demir et Baykara c. / Turquie*, qu'elle en vient à refuser au salarié le droit d'exercer une action en annulation d'un accord d'entreprise pourtant moins favorable que la convention collective nationale. Cette hyper-collectivisation du droit des conventions collectives, peu remarquée en 2013, pourrait, depuis la loi « Travail » du 8 août 2016, trouver un certain écho... (Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de droits sociaux ?, Jérôme Porta et Tatiana Sachs, RDT, n°1, janvier 2017, p.14).

Ainsi, on observe que la CEDH accorde une place centrale à la négociation collective, si bien qu'en empêchant, dans notre cas d'espèce, une telle négociation collective inter catégoriel de se dérouler durant un cycle électoral en favorisant le principe de stabilité, la Cour de cassation viole, à notre sens, l'article 11 de la CEDH.

## FOCUS

### Consultation du CE et délai préfix : validé par le Conseil Constitutionnel, le débat reste, malgré tout, ouvert !

Dans une décision du 4 août 2017, le Conseil constitutionnel a jugé que le quatrième alinéa de l'article L 2323-3 du code du travail et le dernier alinéa de l'article L 2323-4 du même code, dans leur rédaction résultant de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécuri-

sation de l'emploi, sont conformes à la Constitution (Conseil constit., 4 août 2017, Décision n°2017-652 QPC).

Secteur Juridique

☎ : 01 40 52 83 54 ☎ : 01 40 52 83 48

[sjuridique@force-ouvriere.fr](mailto:sjuridique@force-ouvriere.fr)  
[didier.porte@force-ouvriere.fr](mailto:didier.porte@force-ouvriere.fr)





Petit retour en arrière, le 21 septembre 2016, la Cour de cassation précisait, à propos de l'incidence d'une saisine du juge sur le délai de consultation du comité d'entreprise (CE), que cette saisine n'interrompait pas le délai de consultation, si bien que le juge ne pouvait plus se prononcer sur les demandes d'un CE lorsqu'au jour où il statue le délai de consultation du CE était expiré (Cass. soc., 21-9-16, n°15-16363, PBI : voir le lien suivant : <http://www.force-ouvriere.fr/delai-de-consultation-du-ce-et-saisine-du-juge>).

Un autre arrêt du même jour indiquait, quant à lui, que le juge ne pouvait accorder un nouveau délai après l'expiration du délai initial (Cass. soc., 21-9-16, n°15-19003).

Ces deux décisions ont fait l'objet de nombreuses critiques. Dans les *InFOjuridiques* n°94 de juillet/septembre 2016, nous évoquons l'ensemble des problèmes soulevés.

La conformité de la décision de la Cour de cassation avec la Constitution était clairement posée. Une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité (QPC) méritait d'être soulevée.

Le 1<sup>er</sup> juin 2017, la Cour de cassation ne manquait pas de transmettre au Conseil Constitutionnel une nouvelle QPC sur ce sujet (Cass. soc., 1-6-17, n°17-13081).

La question était posée dans les termes suivants :

*« La combinaison des dispositions de l'alinéa 4 de l'article L. 2323-3 du code du travail, en vertu desquelles, à l'expiration du délai de consultation, le comité d'entreprise est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif, et des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 2323-4, en vertu desquelles la saisine du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication d'informations nécessaires à la formulation d'un avis motivé, n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour statuer, sont-elles contraires :*

- *au principe de participation garanti par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;*
- *au droit au recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme ;*
- *au principe d'égalité devant la loi ? ».*

Si la Cour de cassation semblait accueillir assez favorablement les arguments soulevés devant elle à l'occasion de la QPC, le Conseil Constitutionnel a donné un véritable coup d'arrêt aux prétentions des requérants...mais ce coup d'arrêt ne met pas totalement fin pour autant au débat !

Le Conseil Constitutionnel balaie un à un les arguments soulevés par le requérant et les parties intervenantes notamment le Comité central d'entreprise d'EDF, soutenu par la Fédération FO de l'Energie et des Mines.

Sur la méconnaissance du principe de participation et le droit à un recours juridictionnel effectif, les requérants invoquaient le fait que le CE peut être réputé avoir rendu un avis négatif sur la question dont il est saisi par l'employeur sans que le juge ait statué sur sa demande de transmission des informations qui lui manquent pour rendre utilement son avis. A défaut de caractère suspensif de la saisine du juge et compte tenu de l'encombrement de la justice qui se prononce rarement en 8 jours (délai pour que le juge rende sa décision lorsqu'il est saisi par un CE pour qu'il obtienne une information précise et écrite), le recours du CE se trouve dépourvu de caractère effectif.

Le Conseil Constitutionnel considère que le principe de participation et le droit à un recours juridictionnel effectif sont assurés dans la mesure où :

- le délai de 15 jours minimum laissé au CE pour lui permettre d'exercer utilement sa compétence constitue un délai suffisant (à noter que le projet d'ordonnance indique que le futur Comité social et économique (CSE) disposera à l'avenir d'un délai d'examen suffisant pour lui permettre de rendre un avis mais il ne prévoit plus de plancher fixé à 15 jours) ;
- l'employeur doit transmettre au CE des informations précises et écrites et répondre aux observations qui lui sont faites afin de permettre au CE de formuler utilement un avis ;
- le CE peut saisir le juge s'il estime que l'information est imprécise ou incomplète afin d'obtenir les informations manquantes. Si les textes excluent que cette saisine du juge, à elle seule, puisse avoir pour effet de prolonger le délai d'examen de l'avis, la loi a prévu que cette prolongation peut être décidée par le juge lui-même en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation d'un avis motivé du CE. Le juge doit tenir compte dans son appréciation du délai qui restera, après sa décision, au CE pour rendre son avis, afin de repousser ce délai pour que le CE puisse se prononcer de manière utile une fois l'information obtenue. Il est donc conseillé au CE d'agir rapidement en saisissant très tôt le juge (au risque de voir se multiplier les contentieux, ce que justement le législateur de 2013 voulait éviter) et lui demander de prolonger le délai dont le CE dispose pour rendre son avis...mais encore faut-il que le juge statue sur



la demande du CE avant l'expiration du délai préfix. Si au jour où le juge se prononce, le délai pour que le CE rende son avis est expiré, celui-ci ne peut plus prolonger le délai préfix. Cette situation est une atteinte flagrante à l'effet utile de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002. Une action en responsabilité contre l'Etat du CE devant le tribunal administratif pourrait alors être envisagée ;

- enfin, l'éventualité, à l'occasion de certaines procédures, du non-respect des délais prévus par la loi pour des motifs tenant aux conditions de fonctionnement des juridictions ne saurait suffire à entacher celle-ci d'inconstitutionnalité.

Sur la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, les requérants soulevaient que les dispositions contestées introduisaient une rupture d'égalité entre les justiciables selon que le juge respecte, ou non, les délais fixés par le législateur.

Pour le Conseil constitutionnel, les dispositions en cause prévoient des règles et des délais identiques pour les CE qui saisissent le juge en application du deuxième alinéa de l'article L 2323-4 du code du travail si bien qu'elles n'établissent pas de différence de traitement entre les justiciables.

Au surplus, l'éventualité d'une méconnaissance, par le juge, du délai fixé par la loi ne constitue pas une différence de traitement établie par la loi.

Le Conseil constitutionnel prend le soin de préciser, pour conclure, que le quatrième alinéa de l'article L 2323-3 du code du travail et le dernier alinéa de l'article L 2323-4 du même code ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit. Les articles en cause sont donc conformes à la Constitution. Fermez le ban...pas tout à fait !

L'affaire pourrait se retrouver devant la Cour de justice de l'Union Européenne à l'occasion d'une question préjudicielle ou devant la Cour européenne des droits de l'Homme. La Conformité des articles en cause avec l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et concrétisé par la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 ainsi que l'article 8 de cette même directive pose question. Enfin, la conformité des articles contestés est posée au regard de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Peut-on considérer que le CE bénéficie d'un accès concret et effectif au juge lorsque le délai d'action du CE est imprévisible et irrésistible ?

L'affaire est loin d'être terminée. La suite au prochain épisode...