



# JURIS

# INFO

# DE L'ÉTÉ

# 2<sup>ème</sup> TRIMESTRE 2017

FÉDÉRATION NATIONALE  
DE L'ACTION SOCIALE FO  
7 PASSAGE TENAILLE  
75014 PARIS  
T. 01.40.52.85.80  
F. 01.40.52.85.79  
C. [lafnas@fnasfo.fr](mailto:lafnas@fnasfo.fr)

SynCea

Expertises  
économiques  
et sociales

BUREAUX D'AULNAY SOUS BOIS  
3, rue de BONDY  
93600 AULNAY SOUS BOIS  
Tél: 01 48 19 25 40  
Fax: 01 48 19 25 59

**SOMMAIRE :**

1. Incidence de la maladie sur le calcul de l'indemnité de licenciement,
2. La part de repos compensateur obligatoire amputée par les heures de délégation doit être reportée
3. Droit d'opposition à un accord : possibilité de le notifier par e-mail,
4. A partir de 20 salariés, le règlement intérieur conditionne le choix des sanctions disciplinaires,
5. QPC : consultation du CE, les règles relatives aux délais préfix sont-elles constitutionnelles ?

**I. Incidence de la maladie sur le calcul de l'indemnité de licenciement**

La Cour de Cassation vient de rendre une importante décision, vouée à la publicité maximale (**FS-PBRI**), sur l'incidence d'un arrêt de travail pour maladie sur le calcul de l'indemnité de licenciement.

Par un arrêt du 23 mai 2017, la chambre sociale de la cour de cassation considère qu'en cas de licenciement prononcé à la suite d'un arrêt maladie, le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celui des douze ou des trois derniers mois précédant l'arrêt de travail pour maladie (Cass.soc, 23-5-17, n°15-22.223, FS-PBRI \*).

En d'autres termes, l'indemnité de licenciement doit être calculée de telle manière que soient neutralisés les effets induits par la période de suspension du contrat de travail pour maladie. A défaut, cela serait discriminatoire juge la Cour de cassation. Ce qui fonde le raisonnement de la Cour de cassation, c'est le principe de non-discrimination en raison de l'état de santé, prévu à l'article L. 1132-1 du Code du travail.

Cette décision met fin à une incertitude. En effet, fallait-il prendre en compte la rémunération et les allocations versées pendant l'absence (notamment les indemnités journalières et les indemnités complémentaires), ce qui ne garantissait pas nécessairement au salarié le maintien de salaire perçu pendant les 3 derniers mois précédant l'arrêt de travail ?

Des décisions contradictoires laissaient planer un doute. La Cour de cassation a posé, par cet arrêt, une règle claire, valable aussi bien pour l'indemnité légale de licenciement que pour l'indemnité conventionnelle de licenciement.

### **Publication maximale de cet arrêt (FS-PBRI)**

- Les lettres FS signifient que l'arrêt a été rendu par une formation de Section de la Cour de cassation (de 9 à 15 magistrats selon les chambres),
  - La lettre P signifie que l'arrêt sera publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (parution mensuelle),
  - La lettre B signifie que l'arrêt sera mentionné au Bulletin d'information de la Cour de cassation (parution bimensuelle),
  - La lettre R signifie que l'arrêt sera commenté dans le Rapport annuel de la Cour de cassation (parution annuelle),
  - La lettre I signifie que l'arrêt sera diffusé sur le site Internet de la Cour de cassation.
- La Cour de Cassation veut donc faire de cet arrêt un principe clair qu'il convient de respecter pour le calcul de l'indemnité de licenciement.

## **II. La part de repos compensateur obligatoire amputée par les heures de délégation doit être reportée**

Un employeur avait cessé de payer les heures de délégation effectuées par une salariée titulaire de plusieurs mandats représentatifs lors de ses contreparties obligatoires de repos.

La salariée avait en conséquence demandé et obtenu en référé le paiement d'une provision au titre de ses heures de délégation.

Pour mémoire, l'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel donne lieu à une contrepartie obligatoire en repos (C. trav. art. L. 3121-30). En principe, ce repos doit être pris (C. trav. art. D. 3121-17). Ce n'est que si le contrat de travail a pris fin avant que le salarié ait pu bénéficier de son repos ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants qu'il reçoit une indemnité, en remplacement du repos (C. trav. art. D. 3121-23).

La Cour de cassation fait une application stricte de cette règle pour décider que le juge des référés ne pouvait pas ordonner le paiement d'une provision par l'employeur.

Avant d'aller plus loin, il convient de clarifier la demande de la salariée. Pour la Cour de cassation, les heures de délégation avaient été payées. Le contentieux portait donc sur la contrepartie obligatoire en repos qui, de fait, n'avait pas été prise. La salariée aurait pu demander le report de ce repos, mais elle avait préféré en réclamer le paiement. C'est ce dernier point qui justifie la cassation de l'ordonnance de référé.

La Cour de cassation rappelle, d'une part, que le temps alloué à un représentant élu du personnel ou à un représentant syndical pour l'exercice de son mandat est considéré comme temps de travail et, d'autre part, que la salariée ne peut être privée des jours de repos compensateur du fait de l'exercice de ses mandats durant cette période de repos compensateurs.

La salariée avait donc droit à la contrepartie obligatoire en repos. En revanche, elle était toujours en poste, ce qui lui interdisait a priori de réclamer le paiement de ce

repos. Il y avait donc là une contestation sérieuse, qui interdisait au juge des référés d'ordonner le paiement d'une provision par l'employeur.

**Cass. soc. 23 mai 2017, n° 15-25250 FPPBR**

### **III. Droit d'opposition à un accord : possibilité de le notifier par e-mail**

Dans le régime des "30% avec droit d'opposition", un accord collectif est valable à la double condition (C.trav art L 2232-12, dans sa version antérieure à la loi 2016-1088 du 8 août 2016, JO du 9) :

- D'avoir été signé par des syndicats représentatifs ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel;
- De ne pas faire l'objet d'une opposition par des syndicats non signataires majoritaires, c'est-à-dire ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés à ce même premier tour.

Pour exprimer leur opposition, le ou les syndicats doivent adresser aux signataires une notification écrite et motivée, précisant les points de désaccords (C. trav, art L 2231-8).

Le Code du travail ne fixant pas d'autres conditions à la formalisation de l'opposition, des syndicats avaient choisi, dans cette affaire, de s'opposer à un accord par courrier électronique. L'employeur et les syndicats signataires contestaient la validité de cette opposition. Selon eux, le code du travail exigeant un "écrit", l'opposition ne pouvait prendre la forme que d'une lettre "papier".

La Cour d'appel a néanmoins validé l'opposition, à juste titre selon la Cour de cassation. En effet, l'opposition doit être formée par des personnes mandatées par le ou les syndicats n'ayant pas signé l'accord et être notifiée aux signataires de l'accord. Or, une opposition notifiée par voie électronique satisfait à ces conditions. Elle est donc valable.

Rappelons enfin que, en application de la loi Travail, le régime des "30% avec droit d'opposition" va progressivement disparaître au profit du "régime majoritaire" (signature par des syndicats représentatifs totalisant plus de 50% des suffrages exprimés au premier tour en faveur des syndicats représentatifs) (loi 2016-1008 du 8 août 2016, art 21-1, JO du 9); C. trav art L 2232-12 modifié).

Ainsi depuis le 1er janvier 2017, tout accord portant sur la durée du travail, les repos et les congés doit être signé par des syndicats majoritaires. A compter du 1er septembre 2019, tous les accords collectifs basculeront à leur tour dans le régime majoritaire. A cette date, le droit d'opposition n'aura plus d'objet et cessera de s'appliquer (loi 2016-1088 du 8 août 2016, art 21-IX, JO du 9).

**Cass soc. 23 mars 2017, n°16-13159 FSPB**

#### **IV. A partir de 20 salariés, le règlement intérieur conditionne le choix des sanctions disciplinaires**

Les entreprises ou établissements employant habituellement au moins 20 salariés doivent établir un règlement intérieur comprenant des dispositions en matière disciplinaire, notamment la nature et l'échelle des sanctions que l'employeur peut prendre (C. trav art L 1311-1, L 1311-2 et L 1321-1).

Dans une entreprise employant au moins 20 salariés, l'employeur ne peut prononcer une sanction disciplinaire autre que le licenciement (avertissement, mise à pied disciplinaire, mutation, rétrogradation, etc.) que si ce règlement prévoit cette sanction.

C'est ce que vient de rappeler la Cour de cassation.

Dans cette affaire, l'employeur avait prononcé une sanction disciplinaire, à savoir un avertissement. Or, il n'avait pas élaboré de règlement intérieur, alors qu'il employait au moins 20 salariés. L'employeur ne pouvait dès lors pas prononcer de sanction disciplinaire autre qu'un licenciement. La salariée avait donc sollicité l'annulation de l'avertissement.

Cette décision maintient dans sa droite ligne la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière (Cass.soc 26 octobre 2010, n°09-42740, BC V n°243; Cass.soc 12 décembre 2013, n°12-22642 D).

Ajoutons que cet arrêt précise, si besoin était, que cette règle ne concerne, par hypothèse, que les entreprises et les établissements employant habituellement au moins 20 salariés. En deçà de ce seuil d'effectif, le règlement intérieur n'étant pas obligatoire, l'employeur prononce librement la sanction qui lui paraît la plus appropriée.

***Cass.soc 23 mars 2017, n°15-23090 FSPB***

#### **V. QPC : consultation du CE, les règles relatives aux délais préfix sont-elles constitutionnelles ?**

Depuis la loi de sécurisation de l'emploi (loi 2013-504 du 14 juin 2013, art. 8, JO du 16), les comités d'entreprise (CE) sont soumis à des délais préfix pour rendre leur avis à l'issue d'une procédure de consultation. Ces délais peuvent être négociés et, à défaut d'accord, sont fixés par décret (C. trav. art. L. 2323-3 et R. 2323-1-1).

Le CE qui ne rend pas son avis à l'expiration du délai prévu est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif (C. trav. art. L. 2323-3).

Le délai court à compter de la communication par l'employeur des informations prévues pour la consultation du CE (C. trav. art. R. 2323-1). Si le CE estime ne pas disposer d'informations suffisantes, il peut saisir le TGI pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le CE pour rendre son avis, mais le TGI peut

décider d'une prolongation en cas de difficultés particulières d'accès aux informations (C. trav. art. L. 2323-4).

Toute la difficulté de ce dispositif réside dans le fait que le TGI doit statuer dans un délai de 8 jours (C. trav. art. L. 2323-4), mais que, en pratique, il ne parvient pas toujours à « tenir » ce délai. Or, si le délai de consultation du CE expire avant que le TGI ait rendu sa décision, le juge ne peut plus faire droit à la demande d'information du CE et ne peut pas prolonger le délai de consultation qui a expiré (Cass. soc. 21 septembre 2016, n° 15-13363 FSPBI ; Cass. soc. 21 septembre 2016, n° 15-19003 FSPB).

Jugeant cette problématique sérieuse, la Cour de cassation a décidé, le 1er juin, de soumettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles L. 2323-3 et L. 2323-4 du Code du travail.

*En effet, pour la Cour de cassation, « les dispositions en cause sont susceptibles de placer les comités d'entreprise dans des situations différentes, selon que la juridiction saisie aux fins d'obtenir des informations et un délai supplémentaires statue ou non dans le délai imparti ». En outre, « l'absence d'effet suspensif du recours peut conduire, dans ces conditions, à ce que l'institution représentative du personnel soit privée de toute protection de son droit à l'information nécessaire pour que puisse être assurée la participation du personnel à la gestion de l'entreprise, en dépit de l'exercice d'une voie de recours ».*

Dès lors, ces dispositions sont susceptibles de porter atteinte au principe d'égal accès des citoyens à la justice, au droit à un recours effectif et au principe de participation des travailleurs.

Le Conseil constitutionnel dispose de 3 mois pour se prononcer.

**Cass. soc. 1er juin 2017, n° 17-13081 FSPB**