

La Semaine Juridique Social - 17 Mai 2022 - n° 19

La Semaine Juridique Social 17 Mai 2022, n° 19

Actualités	
Aperçu rapide	
■ Cotisations et contributions sociales	
Actualité BOSS – Avril 2022	187
L'information en continu	
■ Journal Officiel	
Sélection Journal officiel du 7 au 13 mai 2022	188
■ Santé et sécurité au travail	
Les mesures de la loi du 2 août 2021 relatives à la prévention de la désinsertion professionnelle sont explicitées	189
■ Contentieux du travail	
La Cour de cassation écarte le contrôle de conventionnalité in concreto du barème Macron et confirme sa validité	190
Compétence du juge judiciaire pour statuer sur la réalité des suppressions d'emploi et l'application des critères d'ordre de licenciement	191
■ Conventions et accords collectifs	
Cumul d'avantages conventionnels et contractuels : ils ne doivent pas avoir le même objet	192
■ Égalité de traitement	
Indemnisation de l'intérimaire au titre des jours de congés payés non pris en cas de cessation de la relation de travail : du respect du principe d'égalité de traitement	193
■ Salarié protégé	
Cession d'une entité économique autonome après la notification d'un licenciement autorisé : le salarié protégé non repris peut saisir le juge judiciaire	194
■ Jurisprudence administrative	
Sélection de jurisprudence administrative rendue en droit social – Avril 2022	195
Pratique sociale	
■ Travailleurs des plateformes numériques	
Les travailleurs des plateformes numériques : regards croisés	1136
Jurisprudence	
Relations individuelles	
■ Le droit tourmenté des travailleurs de plateformes	1137
■ Santé et sécurité au travail	
Protection de la santé et sécurité du salarié dans une convention de forfait en jours : l'employeur doit justifier d'une amplitude et d'une charge de travail raisonnables	1138
■ Redressement et liquidation judiciaires	
PSE : Non-cumul de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse avec l'indemnité due en cas d'annulation de la décision d'homologation	1139
Relations collectives	
■ Salariés protégés	
Annulation de l'autorisation de licenciement d'un salarié protégé : le surcoût fiscal n'est pas un préjudice réparable	1140
■ Syndicats	
Désignation d'un membre suppléant du CSE en qualité de DS dans les entreprises de moins de 50 salariés	1141
Protection sociale	
■ Accidents du travail et maladies professionnelles	
Inopposabilité et absence d'imputabilité de la maladie professionnelle : deux chemins vers un même but	1142

Actualités

Aperçu rapide

187 Actualité BOSS – Avril 2022

POINTS CLÉS ► Le Bulletin officiel de la sécurité sociale (BOSS) comprend, depuis le 29 avril 2022, une nouvelle rubrique intitulée « Comptabilisation des effectifs » ► Par ailleurs, la rubrique « Avantages en nature » a été actualisée et complétée le 26 avril 2022.



Amélie WAZIR-LEPARQUIER,
avocat associé, Rigaud Avocats

1. Comptabilisation des effectifs

● Contexte

L'assujettissement des employeurs à certaines obligations, l'application ou les modalités d'application de la législation sociale peuvent dépendre du nombre de salariés de l'entreprise.

Au 1^{er} janvier 2018, les règles de calcul des effectifs ont été harmonisées pour la quasi-totalité des dispositifs contenus dans le Code de la sécurité sociale. Ce mode de calcul de l'effectif a été ensuite étendu, au-delà de ce champ, par la loi « PACTE » du 22 mai 2019 et s'applique ainsi, notamment, en matière d'obligation d'emploi des travailleurs handicapés et de versement mobilité. Par principe, le calcul de l'effectif salarié annuel correspond à la moyenne du nombre de personnes employées au cours de chacun des mois de l'année civile précédente (CSS, art. L. 130-1).

● Nouvelle rubrique

Dans ce cadre, la nouvelle rubrique « Comptabilisation des effectifs » apporte des précisions sur la réglementation encadrant le décompte des effectifs salariés et comporte six chapitres :

Champ d'application et seuils d'effectifs concernés (Chapitre 1),

Modalités d'appréciation de l'effectif d'une entreprise (Chapitre 2),

Principes de calcul de l'effectif de l'entreprise (Chapitre 3),

Neutralisation des effets du franchissement d'un seuil d'effectif (Chapitre 4),

Modalités particulières de décompte de l'effectif en matière de versement mobilité (Chapitre 5),

Modalités particulières de décompte de l'effectif en matière d'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (Chapitre 6).

À titre d'exemples, des adaptations sont apportées concernant la proratisation de l'effectif pour les salariés en forfaits en jours réduits, ainsi que pour les salariés dont le contrat de travail comprend à la fois des phases d'activité et d'inactivité. Ces précisions sont *a priori* applicables au calcul des effectifs intervenant à compter de l'année 2022.

● Concertation

Comme pour la rubrique « Protection sociale complémentaire », ce nouveau contenu fait actuellement l'objet d'une consultation publique, ouverte jusqu'au 15 juin 2022. Une version tenant compte, le cas échéant, des observations formulées dans ce cadre pourra être publiée.

● Entrée en vigueur

Ce contenu sera opposable à l'administration à compter du 1^{er} août 2022 et les circulaires dont les dispositions sont reprises ou modifiées par le BOSS seront, à cette date, abrogées.

2. Avantages en nature

S'agissant de la rubrique « Avantages en nature », la mise à jour du BOSS du 26 avril 2022 actualise les données chiffrées de référence applicables depuis le 1^{er} janvier 2022 et apporte des précisions concernant la fourniture de repas par une cantine d'entreprise à des salariés en télétravail.

● Actualisation des données chiffrées de référence.

Les données chiffrées de référence applicables aux avantages en nature sont revalorisées chaque année conformément au taux prévisionnel d'évolution moyenne annuelle des prix à la consommation hors tabac. Le BOSS indique désormais les valeurs applicables depuis le 1^{er} janvier 2022, en particulier pour les avantages en nature sous forme de nourriture (§ 100 pour la fourniture du repas, § 210 pour le cas des personnes handicapées accueillies dans des

entreprises et services d'aide par le travail, § 130 pour les titres restaurants) et de logement (§ 270).

● **Fourniture de repas par une cantine d'entreprise à des salariés en télétravail**

La crise sanitaire liée au Covid-19 a conduit à une forte progression du recours au télétravail. Dans ce cadre, l'Urssaf a été amenée à préciser sa doctrine en la matière, notamment en prévoyant la faculté, pour l'employeur, d'exclure de l'assiette des cotisations la part patronale des titres-restaurants attribués à des salariés en situation de télétravail, dans les mêmes conditions que pour les autres salariés. Elle se positionne, cette fois, sur la fourniture de repas par une cantine d'entreprise aux salariés en télétravail. Pour rappel, la fourniture d'un repas à la cantine d'un établissement (ou dans un restaurant d'entreprise ou interentreprises) moyennant une

participation des salariés (ou du mandataire social) constitue un avantage en nature. En principe, cet avantage consenti par l'employeur doit être réintégré dans l'assiette des cotisations, pour un montant correspondant à la différence entre le montant du forfait avantage en nature nourriture (5 € par repas pour 2022) et le montant de la participation des salariés (ou du mandataire social).

Par tolérance, il est admis que lorsque la participation est au moins égale à la moitié de ce forfait (soit 2,50 € pour 2022), cet avantage peut être négligé.

Le BOSS précise désormais que **cette tolérance s'applique également aux repas fournis par une cantine d'entreprise, à emporter ou livrés sur le lieu de télétravail du salarié (§ 180)**. L'avantage consenti par l'employeur peut ainsi comprendre la participation au coût du repas et aux éventuels frais de livraison.

Actualités

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Textes** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCTRINE > SYN

Journal officiel

188 Sélection Journal officiel du 7 au 13 mai 2022

Thème	Intitulé	Publication
Sécurité sociale	Décret n° 2022-801 du 12 mai 2022 relatif à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2021-1554 du 1 ^{er} décembre 2021 relative à la mise en œuvre de la création de la cinquième branche du régime général de la sécurité sociale relative à l'autonomie	JO 13 mai 2022, texte n° 41

Actualités

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Textes** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCTRINE > SYN

Santé et sécurité au travail 189 Les mesures de la loi du 2 août 2021 relatives à la prévention de la désinsertion professionnelle sont explicitées

Min. Travail, Q./R., 26 avr. 2022

Le ministère du Travail a mis en ligne un « questions-réponses » détaillant les dispositifs, introduits par la loi « Santé au travail » du 2 août 2021, en matière de prévention de la désinsertion professionnelle. L'occasion d'explicitier les modalités d'application des décrets relatifs à la **convention de rééducation professionnelle** et aux **visites de préreprise** et de **reprise à l'essai encadré**, au **rendez-vous de**

liaison et au **projet de transition professionnelle** (*D. n° 2022-372 et D. n° 2022-373, 16 mars 2022 : JCP S 2022, 1083*). Le ministère a également diffusé une instruction le 26 avril 2022, répondant aux principales questions concernant la **cellule de prévention de la désinsertion professionnelle des services de prévention et de santé au travail interentreprises** (SPSTI).

Actualités

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Jurisprudence** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCT

Contentieux du travail 190 La Cour de cassation écarte le contrôle de conventionnalité *in concreto* du barème Macron et confirme sa validité

Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-14.490, FP-B + R

Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-15.247, FP-B + R

Le barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse – dit barème « Macron » – n'est pas contraire à l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT, a tranché la Cour de cassation, signifiant aux juges du fond qu'ils ne peuvent écarter, même au cas par cas, son application au regard de cette convention internationale.

Par ailleurs, la Cour juge que la loi française ne peut faire l'objet d'un contrôle de conformité à l'article 24 de la Charte sociale européenne qui n'est pas d'effet direct.

Institué par une ordonnance de 2017 (Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017) et codifié à l'article L. 1235-3 du Code du travail, le barème « Macron » détermine l'indemnité à la charge de l'employeur que le juge peut octroyer à un salarié lorsque le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse. Sa validité a d'abord été contestée devant le Conseil constitutionnel qui, en 2018 a déclaré le dispositif conforme à la Constitution.

Il a ensuite été contesté, au regard de sa conformité aux conventions internationales signées par la France, par certains conseils de prud'hommes qui ont écarté son application au cas par cas. À l'occasion des plusieurs procédures engagées, la Cour de cassation a alors été saisie d'une demande d'avis. L'Assemblée plénière s'est prononcée le 17 juillet 2019 dans le sens suivant :

– le barème est compatible avec l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, compte tenu de la marge d'appréciation laissée aux États et de l'ensemble des sanctions prévues par le droit français en cas de licenciement injustifié ;

– l'article 24 de la Charte sociale européenne n'est pas d'effet direct en droit français dans un litige entre particuliers, compte tenu de

la marge d'appréciation importante laissée aux États.

Les avis de la Cour de cassation ne s'imposant pas aux tribunaux et cours d'appel, les conseils de prud'hommes ont été saisis de nouvelles contestations du barème, basées sur une demande de contrôle de conventionnalité *in concreto*. Presque trois années après, la Cour, par deux arrêts, confirme sa position : le barème « Macron » doit être appliqué.

● **Compatibilité du barème avec la Convention n° 158 de l'OIT.** – Première question à laquelle la Cour de cassation devait répondre, à nouveau : le barème « Macron » est-il compatible avec l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT qui prévoit qu'en cas de « licenciement injustifié », le juge doit pouvoir ordonner le versement d'une indemnité « adéquate » au salarié.

La Cour rappelle, dans l'un des arrêts rendus, la position du conseil d'administration de l'OIT : l'une des caractéristiques d'une indemnité « adéquate » est que la perspective de son versement dissuade suffisamment l'employeur de licencier sans cause réelle et sérieuse. Pour les juges du droit, le barème « Macron » n'entre pas en contradiction avec cette condition. Car, lorsqu'un licenciement est sans cause réelle et sérieuse, le Code du travail impose au juge d'ordonner d'office à l'employeur de rembourser aux organismes d'assurance-chômage jusqu'à 6 mois d'indemnités. Suffisant, selon la Cour, pour dissuader l'employeur de licencier sans cause réelle et sérieuse.

Par ailleurs, l'article 10 de la Convention de l'OIT vise des licenciements qu'il qualifie d'« injustifiés ». Une notion qui correspond, en droit français, au licenciement « sans cause réelle et sérieuse », mais aussi au licenciement « nul » dont l'indemnisation n'est pas soumise au barème. Ainsi, comme souligné par les juges du droit, le barème non seulement tient compte de l'ancienneté du salarié et de son niveau de rémunération, mais son application dépend de la gravité de la faute commise par l'employeur.

In fine, au regard de la marge d'appréciation laissée aux États et de l'ensemble des sanctions prévues par le droit français en cas de « licenciement injustifié », la Cour juge le barème compatible avec l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

● **Pas de contrôle de conventionnalité *in concreto* des indemnités.** – Le juge national

peut écarter l'application d'une norme de droit interne en cas d'atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Rapporté à la question du licenciement sans cause réelle et sérieuse, un contrôle de conventionnalité *in concreto* reviendrait pour le juge français à écarter l'application du barème au cas par cas, au motif que son application ne permettrait pas de tenir compte des situations personnelles de chaque justiciable et d'attribuer au salarié l'indemnisation « adéquate » à laquelle fait référence l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT. Ce que certains juges n'ont pas manqué de faire, au demeurant.

Inconcevable pour la Cour de cassation qui, dans le communiqué accompagnant ses arrêts, explique que ce contrôle serait porteur d'une double injustice en ce qu'il :

– « créerait pour les justiciables une incertitude sur la règle de droit applicable, qui serait susceptible de changer en fonction de circonstances individuelles et de leur appréciation par les juges ;

– porterait atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi, garanti à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ».

In fine, elle juge que la détermination du montant réparant le préjudice causé par un licenciement sans cause réelle et sérieuse ne se prête pas à un contrôle de conventionnalité *in concreto*.

● **Absence d'effet direct en France de l'article 24 de la Charte sociale européenne.** – Énonçant explicitement les critères définissant l'effet direct d'une convention internationale, la Cour juge que les employeurs et les salariés ne peuvent se prévaloir devant le juge en charge de trancher leur litige de l'article 24 de la Charte sociale européenne, qui prévoit que les États signataires s'engagent à reconnaître aux salariés qui ont été licenciés sans motif valable le droit à une indemnité adéquate.

Dans son communiqué, elle s'en explique en rappelant que « si les termes de cet article sont proches de ceux employés à l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT, la Charte sociale européenne repose sur une logique programmatique : elle réclame des États qu'ils traduisent dans leurs textes nationaux les objectifs qu'elle leur fixe ». En outre, « le contrôle du

respect de cette Charte est confié au seul Comité européen des droits sociaux (CEDS). Si des réclamations peuvent être portées devant cette instance, sa saisine n'a pas de caractère juridictionnel : les décisions qu'elle prend n'ont pas de caractère contraignant en droit français ».

Le CEDS, est-il rappelé dans le communiqué, considère que les barèmes finlandais et italiens ne permettent pas toujours d'indemniser de façon adéquate les salariés licenciés sans motif valable. Depuis, il a été saisi de réclamations à l'encontre du barème français :

« les décisions que prendra ce Comité ne produiront aucun effet contraignant ; toutefois, les recommandations qui y seront formulées seront adressées au gouvernement français », souligne la Cour.

Actualités

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Jurisprudence** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCT

Contentieux du travail

191 Compétence du juge judiciaire pour statuer sur la réalité des suppressions d'emploi et l'application des critères d'ordre de licenciement

Cass. soc., 20 avr. 2022, n° 20-20.567, FS-B : JurisData n° 2022-006315

Dans le cas d'un licenciement pour motif économique avec plan de sauvegarde de l'emploi, le juge judiciaire est compétent pour connaître d'un litige portant sur la réalité de la suppression d'emplois et l'application par l'employeur des critères d'ordre de licenciement.

La Cour de cassation se prononce, une nouvelle fois, sur la répartition des compétences

entre les ordres administratif et judiciaire. L'occasion de préciser :

– d'une part, qu'il résulte des dispositions des articles L. 1233-24-2, L. 1233-24-4 et L. 1233-57-3 du Code du travail que, lorsque les catégories professionnelles devant donner lieu à des suppressions d'emplois sont fixées dans un document unilatéral élaboré par l'employeur, il appartient à l'autorité administrative, saisie de la demande d'homologation de ce document, de s'assurer que ces catégories regroupent, en tenant compte des acquis de l'expérience professionnelle qui excèdent l'obligation d'adaptation qui incombe à l'employeur, l'ensemble des salariés qui exercent, au sein de l'entreprise, des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune ;

– d'autre part, qu'il s'évince des mêmes articles que, lorsque les critères d'ordre des licenciements fixés dans un plan de sauvegarde de

l'emploi figurent dans un document unilatéral élaboré par l'employeur, il appartient à l'autorité administrative, saisie de la demande d'homologation de ce document, de vérifier la conformité de ces critères et de leurs règles de pondération aux dispositions législatives et conventionnelles applicables.

C'est dès lors à bon droit, sans méconnaître l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative, qu'une cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une contestation portant sur la définition même des catégories professionnelles visées par les suppressions d'emploi, ni d'une contestation des critères d'ordre et de leurs règles de pondération fixés dans le plan, retient la compétence du juge judiciaire pour connaître d'un litige portant sur la réalité de la suppression d'emplois et l'application par l'employeur des critères d'ordre de licenciement.

Actualités

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Jurisprudence** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCT

Conventions et accords collectifs

192 Cumul d'avantages conventionnels et contractuels : ils ne doivent pas avoir le même objet

Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-11.240, FS-B

En cas de concours entre les stipulations contractuelles et les dispositions conventionnelles, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé. Doit

être censuré l'arrêt qui, pour écarter l'existence d'un cumul d'avantages, se détermine par des motifs insuffisants à caractériser que les avantages en cause n'ont pas le même objet.

En l'espèce, les juges du fond avaient retenu qu'une prime de production, forfaitaire journalière basée sur la présence du salarié à son poste de travail, accordée à tous les salariés de plus d'un an d'ancienneté et dont le montant dépendait du niveau et de l'échelon ainsi que de la gratification annuelle, pouvant varier en fonction de la valeur du salarié, appréciée par le responsable d'exploitation selon certains critères, n'avait pas le même objet qu'une prime d'assiduité versée par l'employeur à partir du

mois de juillet 2010, fondée sur la présence du salarié à son poste. La prime d'assiduité ne pouvait dès lors, comme le soutenait l'employeur, se substituer à elle. La cour d'appel en a déduit que l'employeur qui échoue à rapporter la preuve que la prime d'assiduité a le même objet que la prime de production ne pouvait en réclamer le remboursement.

Mais la Cour de cassation censure les juges du fond : « *En se déterminant ainsi, par des motifs insuffisants à caractériser que les primes de production et d'assiduité n'ont pas le même objet, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

Actualités

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Jurisprudence** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCT

Égalité de traitement

193 Indemnisation de l'intérimaire au titre des jours de congés payés non pris en cas de cessation de la relation de travail : du respect du principe d'égalité de traitement

CJUE, 12 mai 2022, aff. C-426/20

L'indemnité au titre des jours de congé annuel payé non pris et de la prime de vacances correspondante accordée à des travailleurs intérimaires doit être au moins égale à celle qui leur serait accordée s'ils avaient été recrutés directement par l'entreprise utilisatrice pour y

occuper le même poste pendant la même durée.

Ainsi en a décidé la Cour de justice dans un arrêt qu'elle a rendu le 12 mai 2022.

Elle y retient que la directive 2008/104/CE du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle l'indemnité à laquelle les travailleurs intérimaires peuvent prétendre, en cas de cessation de leur relation de travail avec une entreprise utilisatrice, au titre des jours de congé annuel payé non pris et de la prime de vacances correspondante, est inférieure à l'indemnité à laquelle ces travailleurs pourraient prétendre, dans la même situation et au même titre, s'ils avaient été recrutés directement par cette entreprise utilisatrice pour y occuper le même poste pendant la même durée.

Pour les juges européens, l'indemnité qu'un employeur est tenu de verser à un travailleur, en raison de la cessation de sa relation de travail intérimaire, au titre des jours de congé annuel payé non pris et de la prime de vacances correspondante, est incluse dans la notion de « conditions essentielles de travail et d'emploi », au sens de cette directive.

S'agissant de la portée du principe d'égalité de traitement, la Cour relève que, conformément à la directive, les travailleurs intérimaires doivent, pendant la durée de leur mission auprès d'une entreprise utilisatrice, bénéficier de conditions essentielles de travail et d'emploi au moins égales à celles qui leur seraient applicables s'ils étaient recrutés directement par cette entreprise pour y occuper le même poste.

Actualités

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Jurisprudence** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCT

Salarié protégé

194 Cession d'une entité économique autonome après la notification d'un licenciement autorisé : le salarié protégé non repris peut saisir le juge judiciaire

Cass. soc., 21 avr. 2022, n° 20-17.496, FS-B : JurisData n° 2022-006113

Un salarié protégé licencié pour motif économique, en vertu d'une autorisation administrative, avant la cession d'une entité économique autonome et dont le contrat de travail n'a pas été repris par le cessionnaire, peut demander réparation devant le juge prud'homal.

En l'absence de toute cession d'éléments d'actifs de la société en liquidation judiciaire à la date à laquelle l'inspecteur du travail a autorisé le licenciement d'un salarié protégé, il appartient à la juridiction judiciaire d'apprécier si la cession ultérieure d'éléments d'actifs autorisée par le juge-commissaire ne constitue pas la cession d'un ensemble d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre, emportant de plein droit le transfert des contrats de travail des salariés affectés à cette entité économique autonome, conformément à l'article L. 1224-1 du Code du travail, et rendant sans effet le licenciement prononcé, sans que cette contestation, qui ne concerne pas le bien-fondé de la décision

administrative ayant autorisé le licenciement d'un salarié protégé, porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

Doit dès lors être approuvée la cour d'appel qui, ayant relevé que la contestation portait sur le non-respect du principe du transfert des contrats de travail par l'effet de la cession d'une entité économique autonome, intervenue après la notification du licenciement autorisé par l'inspecteur du travail, déclare recevable l'action engagée par les salariés protégés devant la juridiction prud'homale aux fins de condamnation du cessionnaire au paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive de leur contrat de travail.

Actualités

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Jurisprudence** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCT

195 Sélection de jurisprudence administrative rendue en droit social – Avril 2022

Solutions	Références
Conventions et accords collectifs	
<p>Validité d'un avenant – CDD et délai de carence – Dispositions d'ordre public – Notion de dérogation</p> <p>Le juge administratif est compétent pour se prononcer sur la validité d'un arrêté d'extension d'un avenant à la convention collective nationale de Pôle emploi.</p> <p>Était contestée la légalité de l'arrêté d'extension de la deuxième phrase du § 4 de l'article 8.4 de l'avenant à la CCN ayant pour objet d'exclure de façon générale l'application du délai de carence dans tous les cas de succession de contrats à durée déterminée (CDD) à Pôle emploi.</p> <p>L'article L. 1244-4 du Code du travail ne permet à une convention ou un accord de branche étendu de déroger au principe prévu par l'article L. 1244-3 du même code de l'application d'un délai de carence que dans certains cas seulement, qu'il lui appartient alors de définir. Il fait, par suite, obstacle à ce qu'une telle convention ou accord de branche puisse légalement prévoir que le délai de carence ne s'appliquera pas de façon générale dans tous les cas de succession de CDD.</p> <p>L'article L. 5312-9 du même code, qui prévoit que les agents de Pôle emploi sont régis par le Code du travail dans les conditions particulières prévues par la convention collective agréée et étendue de Pôle emploi, n'a pas pour effet de permettre à cette convention de déroger aux articles L. 1244-3 et L. 1244-4 du code du travail.</p>	<p>CE, 27 avr. 2022, n° 440521</p>
Emploi des étrangers	
<p>Contrôle de l'administration et du juge – Sanction administrative</p> <p>S'il ne saurait interdire de fixer des règles assurant une répression effective des infractions, le principe de nécessité des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen implique qu'une sanction administrative ayant le caractère d'une punition ne puisse être appliquée que si l'autorité compétente la prononce expressément en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce.</p> <p>Il appartient au juge administratif, lorsqu'il est saisi comme juge de plein contentieux d'une contestation portant sur une sanction prononcée sur le fondement de l'article L. 8253-1 du Code du travail, d'examiner tant les moyens tirés des vices propres de la décision de sanction que ceux mettant en cause le bien-fondé de cette décision et de prendre, le cas échéant, une décision qui se substitue à celle de l'administration.</p> <p>L'administration devant apprécier, au vu notamment des observations éventuelles de l'employeur, si les faits sont suffisamment établis et, dans l'affirmative, s'ils justifient l'application de cette sanction administrative. Au regard de la nature et de la gravité des agissements et des circonstances particulières à la situation de l'intéressé, le juge peut, de la même façon, après avoir exercé son plein contrôle sur les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration, tant s'agissant du manquement que de la proportionnalité de la sanction, maintenir la contribution, au montant fixé de manière forfaitaire par l'article L. 8251-1, le premier alinéa de l'article L. 8253-1 et l'article R. 8253-2 du Code du travail, ou en décharger l'employeur.</p>	<p>CE, 12 avr. 2022, n° 449684</p>

Solutions	Références
PSE	
<p>Contrôle de l'administration – Représentativité des organisations syndicales signataires – Transparence financière</p> <p>Il résulte des articles L. 1233-61, L. 1233-24-1, L. 1233-57-2, D. 1233-14-1 et L. 2121-1 du Code du travail qu'il appartient à l'administration, saisie d'une demande de validation d'un accord d'entreprise portant plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) de vérifier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que l'accord d'entreprise qui lui est soumis a été régulièrement signé pour le compte d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. À ce titre, il lui incombe de vérifier que le ou les syndicats signataires satisfont aux critères de représentativité énoncés par l'article L. 2121-1 du Code du travail, dont celui de transparence financière.</p> <p>Le respect de l'obligation de publicité des comptes fixée par l'article D. 2135-8 du Code du travail doit être regardé, pour les organisations qu'elles concernent, comme une des conditions à remplir pour répondre au critère de transparence financière requis pour établir leur représentativité, sauf à ce qu'elles puissent faire état de l'accomplissement de cette obligation de publicité par des mesures équivalentes.</p> <p>Dès lors que le syndicat n'a publié sur son site internet, au titre du dernier exercice clos ayant précédé la signature de l'accord, ainsi que, d'ailleurs, des deux exercices l'ayant précédé, que ses bilans simplifiés, ses comptes de résultat simplifiés ainsi que le tableau annexe de ses ressources n'ayant quant à eux fait l'objet d'aucune mesure de publicité et qu'il n'a pas soutenu qu'aurait été mise en œuvre une mesure de publicité équivalente, ce syndicat ne remplissant pas le critère de transparence financière requis par l'article L. 2121-1 du Code du travail, l'accord ne pouvait être légalement homologué par l'Administration.</p>	<p>CE, 6 avr. 2022, n° 444460</p>
Santé et sécurité au travail	
<p>Amiante – Responsabilité de l'État – Préjudice d'anxiété</p> <p>1°) Si, en application de l'article L. 4121-1 du Code du travail, l'employeur a l'obligation générale d'assurer la sécurité et la protection de la santé des travailleurs placés sous son autorité, il incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, compte tenu notamment des produits et substances qu'ils manipulent ou avec lesquels ils sont en contact, et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques et des informations disponibles, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers. En outre, une faute commise par l'inspection du travail dans l'exercice des pouvoirs qui sont les siens pour veiller à l'application des dispositions légales relatives à l'hygiène et à la sécurité au travail est de nature à engager la responsabilité de l'État s'il en résulte pour celui qui s'en plaint un préjudice direct et certain.</p> <p>2°) Le préjudice d'anxiété dont peut se prévaloir un salarié éligible à l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA), instaurée par le I de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, naît de la conscience prise par celui-ci qu'il court le risque élevé de développer une pathologie grave, et par là même d'une espérance de vie diminuée, à la suite de son exposition aux poussières d'amiante. La publication de l'arrêté qui inscrit l'établissement en cause, pour une période au cours de laquelle l'intéressé y a travaillé, sur la liste établie par arrêté interministériel dans les conditions prévues par la loi du 23 décembre 1998, est par elle-même de nature à porter à la connaissance de l'intéressé, s'agissant de l'établissement et de la période désignés dans l'arrêté, la créance qu'il peut détenir de ce chef sur l'administration au titre de son exposition aux poussières d'amiante.</p> <p>Le droit à réparation du préjudice en question doit donc être regardé comme acquis, au sens des articles 1^{er}, 2, 3, 6 et 7 de la loi n° 98-1194 du 31 décembre 1968, pour la détermination du point de départ du délai de prescription, à la date de publication de cet arrêté. Lorsque l'établissement a fait l'objet de plusieurs arrêtés successifs étendant la période d'inscription ouvrant droit à l'ACAATA, la date à prendre en compte est la plus tardive des dates de publication d'un arrêté inscrivant l'établissement pour une période pendant laquelle le salarié y a travaillé. Enfin, dès lors que l'exposition a cessé, la créance se rattache non à chacune des années au cours desquelles l'intéressé souffre de l'anxiété dont il demande réparation, mais à la seule année de publication de l'arrêté, lors de laquelle la durée et l'intensité de l'exposition sont entièrement révélées, de sorte que le préjudice peut être exactement mesuré. Par suite la totalité de ce chef de préjudice doit être rattachée à cette année, pour la computation du délai de prescription institué par l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968.</p> <p>3°) Les recours formés à l'encontre de l'État par des tiers tels que d'autres salariés victimes, leurs ayants droit ou des sociétés exerçant une action en garantie fondée sur les droits d'autres salariés victimes ne peuvent être regardés comme relatifs au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance, dont ils ne peuvent dès lors interrompre le délai de prescription en application de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1968.</p>	<p>CE, 19 avr. 2022, n° 457560</p>

Solutions	Références
<p>Les dispositions de cet article subordonnant l'interruption du délai de prescription qu'elles prévoient en cas de recours juridictionnel à la mise en cause d'une collectivité publique, les actions en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur formées devant les juridictions judiciaires ne peuvent, en tout état de cause, en l'absence d'une telle mise en cause, davantage interrompre le cours du délai de prescription de la créance le cas échéant détenue sur l'État.</p> <p>Lorsque la victime d'un dommage causé par des agissements de nature à engager la responsabilité d'une collectivité publique dépose contre l'auteur de ces agissements une plainte avec constitution de partie civile, ou se porte partie civile afin d'obtenir des dommages et intérêts dans le cadre d'une instruction pénale déjà ouverte, l'action ainsi engagée présente, au sens des dispositions précitées de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1968, le caractère d'un recours relatif au fait générateur de la créance que son auteur détient sur la collectivité et interrompt par suite le délai de prescription de cette créance. En revanche, ne présentent un tel caractère ni une plainte pénale qui n'est pas déposée entre les mains d'un juge d'instruction et assortie d'une constitution de partie civile, ni l'engagement de l'action publique, ni l'exercice par le condamné ou par le ministère public des voies de recours contre les décisions auxquelles cette action donne lieu en première instance et en appel.</p>	
Salarié protégé	
<p>Lanceur d'alerte – Autorisation de licenciement – Preuve</p> <p>Il résulte du premier alinéa de l'article L. 1132-3-3 du Code du travail que dans le cas où l'autorité administrative est saisie d'une demande d'autorisation de licenciement pour faute d'un salarié protégé auquel il est reproché d'avoir signalé des faits répréhensibles, il lui appartient de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits dénoncés sont susceptibles de recevoir la qualification de crime ou de délit, si le salarié en a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et s'il peut être regardé comme ayant agi de bonne foi. Lorsque ces trois conditions sont remplies, l'autorité administrative doit refuser d'autoriser ce licenciement.</p> <p>Si le second alinéa de l'article L. 1132-3-3 du Code du travail prévoit un aménagement des règles de dévolution de la preuve lorsqu'un salarié conteste des mesures défavorables prises à son encontre en faisant valoir qu'elles sont, en réalité, motivées par une déclaration ou un témoignage effectué dans les conditions prévues au premier alinéa de cet article, ces dispositions sont sans application lorsque la mesure contestée par le salarié est expressément fondée sur ce signalement. Dans le cas où il est saisi de la légalité d'une décision prise par l'autorité administrative sur une demande d'autorisation d'un licenciement expressément motivé par un tel signalement, il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu de l'ensemble des éléments versés au dossier par les parties, le cas échéant après avoir mis en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes.</p>	<p>CE, 27 avr. 2022, n° 437735</p>
<p>Licenciement pour motif économique – Recherche de reclassement – Obligation de moyen</p> <p>Après avoir relevé que l'administrateur judiciaire de la société, placée en liquidation judiciaire pour cessation d'activité, avait, par courriers recommandés, interrogé toutes les filiales du groupe auquel appartenait cette société, afin de savoir si elles étaient en mesure d'offrir des possibilités de reclassement pour les salariés de la société BRM, sans recevoir de réponse favorable, l'administrateur a satisfait à son obligation de recherche de reclassement dès lors qu'il justifie de l'absence de postes de reclassement disponibles, l'empêchant d'adresser aux salariés une ou des offres de reclassement.</p>	<p>CE, 12 avr. 2022, n° 443229</p>
<p>Licenciement pour motif économique – Recherche de reclassement</p> <p>Lorsque le juge administratif est saisi d'un litige portant sur la légalité de la décision par laquelle l'autorité administrative a autorisé le licenciement d'un salarié protégé et qu'est contesté devant lui le bien-fondé de l'appréciation par laquelle l'autorité administrative a estimé que l'employeur avait satisfait à son obligation de recherche sérieuse de reclassement, il lui appartient de s'assurer, au vu de l'ensemble des pièces versées au dossier, que l'obligation légale de reclassement a, en l'espèce, été respectée, sans s'arrêter sur une erreur susceptible d'émailler, dans le détail de la motivation de la décision attaquée, une des étapes intermédiaires de l'analyse portée sur ce point par l'autorité administrative.</p>	<p>CE, 12 avr. 2022, n° 442338</p>
Syndicats	

Solutions	Références
<p>Représentativité syndicale au niveau des branches</p> <p>Il résulte des articles L. 2121-1, L. 2122-5, L. 2121-2, R. 2121-1, R. 2121-2, L. 2122-11 et R. 2122-3 du Code du travail que si, en application de l'article L. 2122-11 du même code, il appartient au ministre chargé du Travail d'arrêter périodiquement, à l'issue de chaque cycle électoral de quatre ans, la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans les branches professionnelles visées par ces dispositions, au vu, notamment, des résultats des élections professionnelles s'y étant tenues, le ministre chargé du travail est également compétent, en application de l'article L. 2121-2 de ce code, pour, s'il y a lieu, fixer, sous le contrôle du juge administratif, la liste des organisations syndicales représentatives et leurs audiences respectives dans tout périmètre utile pour une négociation en cours ou à venir.</p> <p>Par suite, le ministre est compétent pour prendre une décision fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans un périmètre ne constituant pas une branche professionnelle au sens de l'article L. 2122-11 du Code du travail.</p> <p>De même, le ministre est compétent pour prendre, nonobstant la clôture du cycle électoral, une décision fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans le champ d'une branche professionnelle, notamment lorsque celle-ci a été constituée postérieurement à la dernière mesure d'audience.</p>	<p>CE, 6 avr. 2022, n° 439658 et n° 434612</p>
Conseil de prud'hommes	
<p>Formation initiale obligatoire – Prise en compte d'un congé maladie ou d'un congé maternité.</p> <p>1°) Il résulte des articles L. 1442-1 et D. 1442-10-1 du Code du travail que tout conseiller prud'homme nouvellement désigné qui n'a encore jamais exercé de mandat prud'homal doit satisfaire à une obligation de « formation initiale » à l'exercice de ces fonctions juridictionnelles dans un délai de quinze mois à compter du premier jour du deuxième mois suivant sa nomination, faute de quoi il est réputé démissionnaire dans ces fonctions. Il appartient au premier président de la cour d'appel concernée de constater l'inexécution de cette obligation et de fixer la date de cessation des fonctions, sans pouvoir tenir compte, le cas échéant, de l'existence éventuelle de circonstances, telles que le placement de l'intéressé en congé de maladie ou en congé de maternité, qui l'auraient mis dans l'impossibilité de remplir cette obligation dans le délai fixé.</p> <p>2°) La formation initiale que les conseillers prud'hommes nouvellement nommés pour un mandat de trente-six mois doivent suivre dans les quinze mois suivant leur nomination est d'une durée totale de cinq jours comportant trois jours de formation à distance et deux jours de formation dans les locaux désignés par l'École nationale de la magistrature. Cette dernière organise des sessions de rattrapage pour tenir compte de circonstances exceptionnelles telles que des congés de maladie ou de maternité pendant la durée prévue pour effectuer la formation initiale. Eu égard à son objet légitime, l'obligation de formation des conseillers prud'hommes étant nécessaire pour l'exercice de leurs fonctions, aucune dérogation à la règle ne pouvait s'imposer.</p>	<p>CE, 21 avr. 2022, n° 449255</p>

1136 Les travailleurs des plateformes numériques : regards croisés

Murielle ASSER,

avocat associé, ASW Avocats, membre d'AvoSial

Jean-Yves FROUIN,

ancien président de la chambre sociale de la Cour de cassation

Pascal LOKIEC,

professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

François PINATEL,

avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

AvoSial

AVOCATS D'ENTREPRISE
EN DROIT SOCIAL



Les membres de la commission AvoSial a soumis pour avis à plusieurs experts leurs réflexions sur l'évolution de la notion de lien de subordination au regard de la situation des travailleurs des plateformes numériques. Regards croisés.

Murielle Asser : Les outils juridiques qui permettent d'opérer une distinction binaire entre travailleur salarié (c'est-à-dire dans un lien de subordination directe avec un employeur) et travailleur indépendant (c'est-à-dire autonome en principe dans la gestion et l'exécution du travail), ne sont pas toujours adaptés. C'est le cas des travailleurs de plateformes qui se trouvent parfois dans une situation où s'ils ne sont pas vraiment « assimilables » à des travailleurs salariés, ils ne sont pas, non plus, tout à fait des travailleurs indépendants¹.

À partir de ce constat, s'est posée la question de savoir si la notion de lien de subordination pour laquelle aucune définition légale n'existe ne devait pas évoluer et si dans ce contexte où le travailleur de plateforme fait clairement savoir qu'il recherche des droits et une protection sociale (qu'il n'a pas toujours les moyens de s'offrir) plutôt qu'une dépendance totale à un seul et même employeur, devrait voir attribuer un troisième statut dit « intermédiaire ».

Au-delà de l'existence ou non de la notion de lien de subordination, de l'utilité ou non de la création d'un troisième statut, c'est la

recherche de la protection du travailleur des plateformes qui revient. Une étude des positionnements dans chaque pays montre que la seule recherche opérée par les juges ou les gouvernements est celle de la protection sociale et des droits souhaités par ces travailleurs, souvent dépendants économiquement, bien plus que la recherche d'un statut (*M. Asser, Droit des travailleurs des plateformes : état des lieux à l'international : JCP S 2021, 1188*).

Par exemple, au Royaume-Uni, la Cour suprême a confirmé, le 19 février 2021, que les chauffeurs Uber étaient des « workers », un troisième statut intermédiaire entre celui de salarié (« employees ») et d'indépendant (*independent contractor*) afin de leur permettre de bénéficier de droits sociaux minima. D'autres pays qui disposent d'un tiers statut similaire se dirigent vers la reconnaissance d'un statut salarié, faute de trouver le degré de protection adéquate. C'est le cas par exemple de l'Espagne qui dispose du statut de TRADE (travailleurs autonomes dépendants économiquement). Malgré l'existence de ce statut, la loi espagnole « Riders » entrée en vigueur le 12 août 2021 a néanmoins posé une présomption de salariat des livreurs qui oblige désormais les plateformes numériques à salarier ces livreurs afin qu'ils bénéficient d'une plus grande protection (salaire minimum, arrêts maladie, vacances payées, indemnité de départ). En outre, l'initiative espagnole est innovante car elle accorde aux syndicats un droit de regard sur les algorithmes susceptibles de modifier les conditions de travail des livreurs.

À souligner également les travaux de la Commission européenne qui face à la pluralité des décisions judiciaires des pays de l'Union, recherche une harmonisation des législations (*V. Projet Dir. 2021/0414 (COD), 9 déc. 2021*).

Quant au dialogue social avec les travailleurs, l'ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 a prévu la mise en place, en France, d'élections de représentants du personnel, similaires à celles de salariés en entreprise afin d'instaurer un dialogue avec les représentants des plateformes, pour les livreurs de repas, de courses et pour les

1. La jurisprudence récente montre à quel point il est difficile de trancher sur ce point. Dans un arrêt du 13 avril 2022, la Cour de cassation a considéré que le lien contractuel d'un chauffeur VTC avec une plateforme (le Cab) n'est pas un contrat de travail en raison de l'absence d'éléments caractérisant le lien de subordination, notamment l'existence d'un travail au sein d'un service organisé (*Cass. soc., 13 avr. 2022, n° 24-14.870 : JCP S 2022, 1137, note G. Loiseau*) alors que, dans un contexte similaire (chauffeur VTC travaillant avec Uber), elle a jugé le contraire (*Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316 : JCP S 2020, 1080, note G. Loiseau*).

À noter également une décision du 19 avril 2022 du tribunal correctionnel de Paris qui a condamné Deliveroo à une amende de 375 000 euros et reconnu les ex-directeurs généraux coupables de travail dissimulé. Le tribunal a considéré que les travailleurs de cette plateforme étaient nécessairement salariés car ils n'avaient pas la liberté requise du travailleur indépendant et Deliveroo exerçait un pouvoir de direction (formation et surveillance des livreurs) un pouvoir de contrôle (horaires contraints, fausse flexibilité) et de sanction (pression, réprimandes).

conducteurs de VTC bien qu'ils soient aujourd'hui des travailleurs indépendants en France. Une ordonnance n° 2022-492 du 6 avril 2022, prise sur le fondement de l'article 2 de la loi n° 2022-139 du 7 février 2022 ratifiant l'ordonnance du 21 avril 2021 précitée complète le dispositif (*JCP S 2022, act. 153*).

Dans le cadre des travaux menés par AvoSial, la commission en charge d'étudier le caractère évolutif de la notion de salariat et le statut de travailleur de plateformes, a constaté que si la notion de subordination devait être conservée alors une sécurité juridique supplémentaire serait bienvenue et devrait être incluse dans le Code du travail afin que sa définition jurisprudentielle devienne une définition légale compulsant l'ensemble des critères actuels. AvoSial préconise de créer en France un seul et unique « code des travailleurs » lequel serait destiné à gérer l'ensemble des formes de travail qui pourraient « universaliser » les formes de travail tout en attribuant les protections adéquates à chaque travailleur pour chaque type de travail. Le code du travail serait ainsi amené à évoluer en tenant compte non seulement des mutations technologiques mais aussi sociales, compte tenu des formes de travail actuelles plus flexibles.

La commission AvoSial a soumis pour avis à plusieurs experts ses réflexions sur ces évolutions. Jean-Yves Frouin, Pascal Lokiec et François Pinatel ont bien voulu apporter leur éclairage. Regards croisés.

1. Quelle est la place du critère du lien de subordination dans le monde du travail et quels sont les impacts juridiques de sa définition jurisprudentielle actuelle ?

J.-Y. Frouin : Le lien de subordination est évidemment le critère du contrat de travail qui déclenche, au bénéfice du travailleur placé dans un tel lien, l'application du Code du travail et, d'une manière générale, du droit du travail.

Tant que l'on admet que le droit du travail ne s'applique pas à tous les travailleurs quel qu'en soit le statut, mais seulement à ceux placés dans une certaine dépendance répondant à certains critères, il faut bien définir la nature de cette dépendance. C'est ce à quoi sert le lien de subordination et les éléments qui le constituent : pouvoir de direction, pouvoir de contrôle, pouvoir de sanction.

Aussi curieux que cela puisse paraître il n'existe pas en tête du Code du travail (et notamment) du livre consacré au contrat de travail de définition légale du contrat de travail alors que c'est pourtant ce qui commande l'application du droit du travail et par conséquent du Code du travail.

C'est donc la jurisprudence qui a défini le contrat de travail et qui a choisi en 1931 de retenir le critère de la subordination juridique plutôt que celui de la (simple) dépendance économique, avant d'y ajouter pendant un temps le critère autonome et distinct de l'accomplissement d'un travail dans le cadre d'un service organisé, puis de revenir en 1996 à l'existence d'un lien de subordination en y incluant l'intégration à un service organisé parmi les indices d'un lien de subordination (*Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 94-13.187 : Bull. civ. V, n° 386*). Désormais et de manière constante depuis 1996, la Cour de cassation énonce que « l'existence d'un contrat de travail est établie lorsque des personnes accomplissent une activité dans des conditions les plaçant sous la subordination d'une autre personne et précise 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 ». Elle ajoute que « peut constituer un indice de subordination le travail au sein d'un service organisé lorsque l'employeur en détermine unilatéralement les conditions d'exécution ». Étant observé d'une manière également constante et préalable, 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 ».

Il n'est pas sans intérêt de noter ici, comme il a été relevé par le Doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation dans un commentaire de l'arrêt Uber, que « pour l'application de deux directives de l'Union européenne en matière de droit du travail (la directive du 12 juin 1989 sur la santé et la sécurité des travailleurs et la directive du 4 novembre 2003 sur le temps de travail et les congés payés), qui considèrent la notion de travailleur comme une notion autonome définie par le droit de l'Union et qui n'est donc pas renvoyée au droit interne des États membres, la Cour de justice de l'Union européenne a défini la notion de travailleur et a retenu la même définition que celle de la Cour de cassation, soit le lien de subordination. La similitude est même parfaite puisque l'appartenance à un service organisé est également retenue comme indice pouvant être apprécié par le juge parmi d'autres éléments » (*SSL 2021, n° 1958, 14 juin 2021*).

Pascal Lokiec : Comme chacun sait, la subordination est le critère principal du contrat de travail, celui qui permet de le distinguer du travail indépendant. La question se pose de savoir si cette notion, et avec elle les critères du contrat de travail, sont encore suffisamment opératoires pour épouser les nouvelles configurations du pouvoir. Il ne faudrait pas, en effet, que des formes différentes de pouvoir, qui ne correspondent pas à la notion de subordination mais placent le travail sous le contrôle étroit d'autrui (surveillance, fixation d'objectifs, évaluations, etc.) aboutissent à faire sortir toute une série de travailleurs, qui ont pourtant besoin de protection, du champ du salariat.

La difficulté tient principalement à l'un des trois critères de la subordination, sans doute le plus classique, celui de donner des ordres et des directives. Le pouvoir de direction change en effet de visage avec la transformation du travail, que ce soient l'essor du travail aux objectifs (l'employeur ne dirige pas le travail de son salarié mais lui demande de remplir des objectifs), la complexification du travail (le savoir sur le travail est de plus en plus entre les mains du seul salarié, dont le travail ne peut plus, dès lors, être dirigé par autrui), ou le développement du télétravail (les ordres et directives sont plus diffus à distance). On ne dirige pas le travail d'un informaticien qui, de surcroît, est en télétravail, comme on dirige celui d'un ouvrier chargé de monter des pièces sur un véhicule. Autrement dit, le pouvoir de direction glisse vers un pouvoir de contrôle. Et il ne faudrait pas qu'en faisant des ordres et des directives un critère du salariat, on sorte du salariat ces travailleurs, de plus en plus nombreux, dont le travail n'est pas dirigé mais contrôlé.

François Pinatel : La subordination est à la fois l'élément central de qualification du contrat de travail – il n'y a pas de contrat de travail sans subordination – et la principale conséquence du rapport contractuel si particulier qu'engendre celui-ci.. C'est en tout cas sur ce constat que la notion s'est développée – et c'est au demeurant pour cette raison même qu'elle a été à l'origine contestée, d'aucuns lui préférant d'autres critères, et notamment la dépendance économique : le pouvoir était alors considéré comme une prérogative de la puissance publique qui ne pouvait donc avoir cours dans un rapport de droit privé. Depuis, elle est et reste le critère fondamental – distinctif – du contrat de travail. Cette permanence, dans un environnement économique qui s'est substantiellement modifié, n'est pas sans susciter l'étonnement. On peut y voir le signe d'une obsolescence et considérer que cette permanence en fait notion finissante, inadaptée au « nouveau monde » et à la flexibilité que réclament beaucoup d'activités économiques nouvelles – c'est toute la problématique du statut des travailleurs de plateforme –. Mais l'on peut aussi y voir le signe d'une véritable solidité. De fait, en 100 ans d'existence ou presque, elle est toujours parvenue à absorber toutes les nouvelles formes d'emploi. Or, si elle y parvient, c'est peut-être simplement parce qu'elle parvient à traduire, en un condensé juridique, ce qu'est fondamentalement le rapport de travail salarié : un travail subordonné.

Ceci étant dit, et même si elle s'en défend, la jurisprudence est parfois mue à son égard d'une arrière-pensée finaliste qui brouille beaucoup la lisibilité de la notion. Cette arrière-pensée n'est pas systématique ; elle ne s'attache qu'à certains types de travailleurs, ces « *cas limites* » qui présentent la double caractéristique de jouir, dans l'exercice de leur travail, d'une certaine liberté, notamment quant à leur emploi du temps, mais de devoir aussi, malgré cette liberté, exercer leur activité dans un cadre contraint, unilatéralement défini par le donneur d'ordres. Les travailleurs de plateforme aujourd'hui, les loueurs de taxis hier, les gérants d'hôtels à prix économiques ou ceux des stations-services sont des exemples caractéristiques de ce type de travailleurs, qui sont au confluent du travail indépendant et du salariat : ils sont des travailleurs indépendants en ce que, notamment, ils décident, ce qui est central en matière d'indépendance, s'ils entendent ou non travailler et qu'ils assument, comme tout entrepreneur, un risque lié au fonctionnement du marché ; mais ils évoluent également dans un cadre contraint dès lors qu'ils travaillent suivant le modèle défini par le donneur d'ordres – un modèle dont il faut bien concéder que parfois il n'est pas d'une folle souplesse. L'arrêt *Uberest* à cet égard éloquent qui, par une référence appuyée à l'existence d'un service organisé, a justifié le salariat par le constat que le travailleur évolue dans un système où la plateforme décide de tout et où celui-ci n'a plus qu'à adhérer au système qui lui est imposé. Cela n'est pas nouveau : c'était le même raisonnement qui avait été tenu en 2000 à propos des locataires de taxis dont la Cour de cassation avait également retenu qu'ils étaient des salariés, essentiellement au regard des contraintes que faisait peser sur eux le modèle économique du bailleur. Or, dès lors qu'ils sont ainsi assujettis à un modèle économique dont ils ne décident pas, ils se trouvent dans une situation d'infériorité contractuelle qui suppose une protection. Cette protection, cependant, est conçue par les juges comme ne pouvant dériver que du contrat de travail. Se mêle alors ici au critère juridique – la subordination – toute une série de préoccupations extérieures à celui-ci, tenant aussi bien à la fragilité des travailleurs en cause, qu'à leur dépendance économique au donneur d'ordres et à l'abus, réel ou supposé, que ce dernier fait ou pourrait faire de sa position dominante. Il suffit pour s'en convaincre de relire les conclusions de M^{me} Courcol Bouchard, ancienne Première avocate générale de la Chambre sociale, à laquelle était revenu le soin de donner son avis dans l'affaire Uber : « *la liberté de travailler du chauffeur* », écrivait-elle, est « *d'autant plus relative* » que le modèle économique de la société Uber vise en particulier « *des travailleurs, peu expérimentés et/ou peu qualifiés, exclus du marché traditionnel de l'emploi* ». En bref, il s'agirait d'un nouveau prolétariat, si bien que, dans une logique directement héritée des barricades, le réflexe consiste à invoquer le contrat de travail – seul outil jugé apte à assurer leur protection.

2. Faut-il faire évoluer cette définition du lien de subordination et donc du salariat, compte tenu des formes d'emploi actuelles ainsi que celle du travailleur indépendant ?

Pascal Lokiec : Force est de constater que si la recherche des trois critères est appréciée avec souplesse par la Cour de cassation (l'arrêt *Take Eat Easy* est symptomatique puisque le pouvoir de direction est absent du raisonnement de la Cour de cassation, même si la Chambre sociale s'y réfère formellement ; l'indice du service organisé, mobilisé dans l'arrêt *Uber*, contribue à cette souplesse), les critères issus de l'arrêt *Société Générale* de 1990 sont, dans bien des cas, difficiles à caractériser, voire inapplicables lorsque l'activité exercée par le salarié l'est de manière autonome. Il me semble que non seulement la définition du lien de subordination doit évoluer mais aussi qu'il faut sortir de la grammaire de la subordination. Le mot « grammaire » est ici choisi à escient car il ne s'agit pas seulement de changer le critère mais aussi tout le vocabulaire lié à la subordination, issu d'une conception taylorienne du salariat, et qui pourrait donner la fausse impression que celui-ci appartient au « vieux Monde ».

La nouvelle grammaire pourrait être celle du contrôle. Une grammaire qui s'accommode mieux des nouvelles formes d'exercice de travail salarié, notamment la fixation d'objectifs et, surtout, l'autonomie (à ne surtout pas confondre avec l'indépendance juridique). On ne peut être à la fois subordonné et autonome. On peut en revanche être sous autonomie contrôlée, comme l'ont depuis longtemps reconnu les sciences sociales. Une nouvelle définition pourrait être la suivante : la relation de travail salariée est caractérisée par l'exécution d'un travail sous le contrôle d'un employeur qui a le pouvoir d'en déterminer les modalités d'exercice. À partir de là, serait utilisée la technique classique du faisceau d'indices constitué des différentes modalités de contrôle de l'exercice du travail : la fixation d'objectifs, l'intégration dans un service organisé, la détermination des horaires de travail, du lieu de travail, des tâches à accomplir, la détention du matériel, la surveillance du salarié (typiquement la géolocalisation), l'évaluation (recours à un système de notation ; de *bonus/malus*, etc), le cas échéant assortie de sanctions, l'obligation de se conformer à certaines méthodes (une politique de formation par exemple, V. un arrêt du même jour, n° 17-20.036) et contraintes liées à l'activité (avoir une voiture de telle couleur, se comporter de telle façon vis-à-vis des clients ; obligation d'entretien et de conduite personnelle du véhicule), etc.

J.-Y. Frouin : Ce qui pourrait justifier une évolution de la notion de lien de subordination juridique comme critère de qualification du contrat de travail, c'est que cette notion ne serait plus adaptée aux formes d'emploi actuelles. On peut, en effet, considérer que les formes d'exercice d'une activité dans le monde d'aujourd'hui vont dans le sens d'une plus grande autonomie du travailleur, réelle ou supposée, et que dans ces conditions, la notion de subordination n'est plus parfaitement opératoire. Mais ce n'est pas à proprement parler nouveau : il y a toujours eu des travailleurs dont la nature même de l'activité leur laissait une large autonomie d'exercice, nonobstant une réelle dépendance à une entité de sorte qu'on pouvait avoir du mal à les situer au regard de l'existence ou non d'un lien de subordination. Souvent dans ces hypothèses, c'est le législateur qui est venu à l'aide de ces travailleurs, en difficulté pour établir un lien de subordination, en posant une présomption de salariat, comme il l'a fait dans la partie VII du Code du travail. Dans d'autres hypothèses, à l'inverse, le législateur s'est appliqué à consolider le statut de travailleur indépendant de certains professionnels en posant une présomption *simple* de travailleur indépendant (*C. trav., art. L. 8226-1*).

On peut estimer que ces solutions sont, dans l'un et l'autre cas, des « rustines » et qu'elles ne permettent plus de régler, au regard de la qualification statutaire, la multiplicité des hypothèses dans lesquelles des formes nouvelles d'exercice de l'activité professionnelle sont marquées par une grande (certaine) autonomie du travailleur.

Mais si ce n'est plus le lien de subordination qui permet de distinguer le travailleur salarié du travailleur non salarié, ce sera quelque chose qui y ressemble sans être forcément plus précis et plus opératoire. La définition proposée par le professeur Lokiec « *la relation de travail salariée est caractérisée par l'exécution d'un travail sous le contrôle d'un employeur qui a le pouvoir d'en déterminer les modalités d'exercice est intéressante* » (*Regards croisés sur la notion de contrat de travail et son évolution : JCP S 2020, 2042*). Elle rend bien compte de ce qu'est le travail salarié, mais est-elle plus précise et plus opératoire que celle définie par l'existence d'un lien de subordination ? Ce n'est pas sûr.

Si, par ailleurs, on veut changer de critère du contrat de travail et de l'application du droit du travail, il faut savoir quel objectif on poursuit : s'agit-il d'un objectif neutre, celui de sécuriser juridiquement les relations contractuelles, auquel cas la question est de pure technique juridique ? S'agit-il d'inclure dans le salariat un plus grand nombre de travailleurs, ou au contraire d'exclure du salariat un plus grand nombre de travailleurs ? La tendance du législateur, jusqu'à

présent, a été plutôt d'inclure dans le salariat un plus grand nombre de travailleurs et (ou) d'accorder à des travailleurs non-salariés une partie des droits des salariés (ex. gérants de succursales).

Au bout du compte, il faut y réfléchir à deux fois avant de dire le lien de subordination inadapté aux réalités du monde du travail d'aujourd'hui. Il n'est pas sûr qu'il le soit vraiment, il n'est pas sûr qu'une définition de remplacement soit plus satisfaisante. Surtout il faut déterminer quel est l'objectif poursuivi.

François Pinatel : Il me semble que le lien de subordination a toujours été une notion contestée. Et il est vrai que sa pertinence est à certains égards discutable et ce, à la fois à l'intérieur du salariat – quelle est, par exemple, la teneur exacte de la subordination d'un cadre dirigeant assumant l'autorité patronale par délégation ? – qu'à l'extérieur de celui-ci quand elle vient se heurter à des activités nouvelles, dont le mode d'organisation défie les standards habituels – on songe notamment, indépendamment de la question des travailleurs de plateforme, à toutes ces activités qui sont aujourd'hui exercées dans le cadre libéral de l'auto-entreprenariat et dont certaines vont donner lieu à requalification. C'est ce qui a conduit certains auteurs à proposer d'autres critères que la subordination. On a évoqué à cet égard le « risque » qui serait apanage de l'employeur ou, sous la plume du professeur Lokiec, la notion de « pouvoir » ou, désormais, de « contrôle », notion très à la mode comme le montre le récent projet de directive sur les travailleurs de plateforme.

Mais ces propositions n'ont pour l'instant jamais véritablement convaincu. Si elles sont toutes intéressantes, elles ne parviennent en effet pas davantage – voire elles parviennent encore moins bien – à restituer, dans toute sa complexité, ce qui fondamentalement distingue le travail salarié de toutes les autres formes de travail commandé. On en reste donc à l'inoxydable critère de la subordination. Or, si, pour l'instant, on ne l'a jamais changé, c'est peut-être parce que, comme outil de qualification, on n'a encore jamais trouvé mieux. On donc supporte ses imperfections faute de mieux, en s'offrant parfois des marges de manœuvre quand cela paraît nécessaire – le cas des travailleurs de plateforme le montre bien. Je n'ai rien contre le fait de changer le critère du contrat de travail – comme je n'ai rien contre le fait de définir, par effet de miroir, le travailleur indépendant. J'ai cependant la conviction que cela ne changera pas fondamentalement les choses, car les nouveaux critères auront certainement leurs imperfections et ne résoudront pas, en tout état de cause ce qui constitue, pour les acteurs économiques, le fond du problème. Car le problème n'est pas le critère du contrat de travail. Il réside dans les conséquences qu'emporte la qualification même de contrat de travail, à savoir l'application indifférenciée que celui-ci entraîne de toutes les règles résultant du Code du travail, et ce quelles que soient la forme et la nature des activités économiques en cause. Résoudre cette question fondamentale de l'application indifférenciée du même Code du travail à toutes les activités économiques ne passe pas par une nouvelle définition du contrat de travail, et donc par un nouveau critère de qualification, mais par un renouveau du droit du travail qui, s'adaptant aux exigences d'une société dominée par l'apparition sans cesse renouvelée de nouvelles activités de service, devrait sans doute devenir, plus qu'il ne l'est aujourd'hui, un droit adapté ou plutôt « adaptable ».

3. Une définition légale des statuts existant actuellement dans le monde du travail est-elle préconisée ?

J.-Y. Frouin : Poser la question ainsi, c'est exprimer l'idée que l'objectif (principal) poursuivi est d'assurer la sécurité juridique des relations contractuelles et poser en creux l'idée que le critère du contrat de travail, le lien de subordination, qui est d'origine jurisprudentielle, est insuffisamment précis pour assurer la sécurisation des relations contractuelles (tandis qu'il n'existe pas de véritable définition du travail indépendant).

Cependant, quand la Cour de cassation énonce, comme on l'a dit précédemment que : « l'existence d'un contrat de travail est établie

lorsque des personnes accomplissent une activité dans des conditions les plaçant sous la subordination d'une autre personne et ajoutée 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 », c'est parfaitement clair.

Ce qui est vrai, c'est que tout en donnant cette définition assez précise, la Cour de cassation en fait parfois une application par une appréciation globale (d'ensemble), sans appliquer toujours *strictement* sa définition même si elle s'y réfère, plus exactement sans toujours vérifier la réunion de chacun des éléments constitutifs du lien de subordination alors qu'ils semblent bien cumulatifs, et en y ajoutant parfois comme variable d'ajustement l'intégration à un service organisé. Cela peut avoir pour conséquence que dans certaines hypothèses où la qualification peut sembler incertaine, il faut attendre la position de la Cour de cassation pour savoir si on est en présence d'un contrat de travail ou non, ce qui n'est guère satisfaisant car le droit doit être prévisible.

Il faut tout de même relativiser l'incertitude car l'examen de l'actualité jurisprudentielle révèle qu'au fond la Cour de cassation statue fort peu (est rarement saisie) sur des questions de qualification juridique du contrat ou d'existence ou non d'un contrat de travail.

Mais revenons à la question : une définition légale des statuts existant actuellement dans le monde du travail est-elle nécessaire ou opportune, notamment à l'effet de sécuriser pour l'avenir les relations contractuelles ? Pourquoi pas ? En toute hypothèse, si l'on devait procéder à une modification du critère du contrat de travail et remplacer le lien de subordination par un autre critère, il serait nécessaire de le faire par la voie d'une définition légale, qui au surplus comblerait un vide dans le code du travail, car il paraît difficile que la Cour de cassation s'engage elle-même dans cette voie.

Il conviendrait surtout dans une telle hypothèse, en contrepoint de la définition légale par un nouveau critère, de définir précisément (dans la loi) le travailleur indépendant. En l'état actuel des choses, il n'existe pas de véritable définition légale du travail indépendant, ni même jurisprudentielle, mais simplement des pistes de réflexion suggérées par la loi ou par la jurisprudence : l'article L. 8226-1-6-1 du Code du travail dit ainsi qu'« est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre ». La définition est séduisante mais elle ne prend pas en compte l'hypothèse d'un donneur d'ordre qui, dans la réalité, impose ses conditions. La jurisprudence, dans l'arrêt Uber, sans poser à proprement parler une définition du travailleur indépendant, retient qu'il se caractérise normalement par : « la possibilité de se constituer une clientèle propre, la liberté de fixer ses tarifs, la liberté de fixer les conditions d'exécution de la prestation de service » (Cass. soc. 4 mars 2020, n° 19-13.316 : JCP S 2020, 1080, note G. Loiseau).

L'intérêt d'une double définition légale serait de clarifier les frontières sauf à régler les conflits de frontière.

Pascal Lokiec : Il est effectivement paradoxal que le Code du travail, qui régit dans le détail les relations de travail salariées, ne comporte pas un article définissant ce qu'est un contrat de travail ! Il est facile de comprendre que des pays comme le Japon ou le Royaume-Uni qui n'ont pas de code du travail ne comportent pas de texte définissant de façon unitaire le contrat de travail (ces pays adoptent une approche fonctionnelle consistant à définir le bénéficiaire de la protection par loi). On peut être surpris pour la France. Je ne vois cependant pas l'intérêt qu'il y aurait à inscrire la définition du contrat de travail dans le Code du travail. En France comme ailleurs, tout repose sur un faisceau d'indices, et figer la liste des indices à prendre en compte, à supposer que cela soit possible, ne paraît pas opportun.

François Pinatel : Paradoxalement, autant je ne suis pas sûr qu'il faille abandonner le lien de subordination comme critère essentiel du contrat de travail car je ne vois guère par quoi le remplacer, autant je crois que ce serait un grand progrès que d'avoir une définition légale du contrat de travail. Contrairement à Pascal Lokiec, j'y vois quant à moi une grande utilité qui est celle de la sécurité – une sécurité que réclament tout autant les acteurs économiques que les travailleurs. AvoSial avait, il y a deux ans, fait une proposition en ce sens, qui reprenait, pratiquement à droit constant, les critères actuels du contrat de travail mais avec deux ajouts majeurs : le caractère cumulatif des critères de la subordination et donc du fameux triptyque pouvoir de direction, pouvoir de contrôle et pouvoir de sanction, d'une part, et le fait, d'autre part, que le pouvoir du donneur d'ordres de rompre le contrat, qui est inhérent à tous les contrats à durée indéterminée, ne pouvait à lui seul caractériser un pouvoir de sanction relevant de la subordination juridique. Il s'agissait ce faisant d'éviter ce qu'a par exemple fait l'arrêt *Take eat easy* : retenir l'existence d'un lien de subordination juridique alors même que manquait dans les constatations de la cour d'appel ce qui fait pourtant en principe le cœur du contrat de travail, à savoir le pouvoir de direction. Définir légalement, en imposant le caractère cumulatif des critères, c'est un moyen de sécuriser les requalifications, en imposant au juge de ne prononcer que des requalifications *vraies*, sur la base d'une caractérisation complète des critères du contrat de travail. Il ne s'agit pas d'empêcher la requalification – le contrat de travail est une qualification d'ordre public qui doit s'appliquer chaque fois que les critères en sont réunis – mais d'éviter que des requalifications soient prononcées en l'absence de tous ces critères.

4. Le choix entre le statut salarié ou le statut d'indépendant est-il toujours un choix binaire adapté ? Faut-il envisager de créer un tiers-statut ?

J.-Y. Frouin : C'est un peu la solution « tarte à la crème ». Comme il existe de plus en plus de formes d'emploi conférant à des travailleurs une autonomie d'exercice sans faire cesser la réalité de leur dépendance économique à l'égard d'un donneur d'ordre, ce qui rend délicate la caractérisation de l'existence d'un lien de subordination, il suffirait de créer une situation légale intermédiaire (entre salariés et indépendants) propre à accueillir cette nouvelle catégorie de travailleurs avec des droits sociaux plus étendus que ceux dont bénéficient les travailleurs indépendants sans toutefois que ces travailleurs soient des salariés auxquels s'applique le droit du travail. C'est une solution qui a été adoptée depuis assez longtemps dans un certain nombre d'États voisins (Italie, Espagne, Royaume-Uni, Allemagne), le tiers-statut ayant vocation à accueillir des travailleurs indépendants dits économiquement dépendants.

C'est, nous semble-t-il, une fausse bonne idée pour de multiples raisons que l'on s'est efforcé d'énoncer dans le rapport « *Réguler les plateformes numériques de travail* » remis au Premier ministre le 1^{er} décembre 2020 (JCP S 2020, act. 531, entretien J.-Y. Frouin). Sans reprendre ici toutes ces raisons, on peut en avancer deux, assez déterminantes. Il y a d'abord une objection technique : la difficulté qui a été précédemment évoquée consiste à trouver un critère opératoire et pertinent de qualification du travail salarié, et partant de distinction ou de délimitation avec le travail indépendant, propre à sécuriser les relations contractuelles autour d'un objectif déterminé, cela en raison de l'incertitude ou de l'inadaptation du lien de subordination. Si on venait à créer un troisième statut, cela reviendrait à remplacer une frontière floue par deux qui le seront tout autant : remplacer une frontière floue entre travailleurs indépendants et travailleurs salariés, par deux frontières également floues entre salariés et travailleurs du tiers-statut, d'une part, travailleurs du tiers-statut et travailleurs indépendants, d'autre part, sauf à trouver... l'introuvable, c'est-à-dire deux critères opératoires et pertinents de distinction. Il y a, ensuite et surtout, une objection de principe : si la création d'un tiers-statut

pouvait sembler justifier, il y a vingt ans, quand on a commencé à prendre en compte ceux qu'on appelait les travailleurs indépendants économiquement dépendants (privés des droits des salariés sans bénéficier des ressources et de l'indépendance des travailleurs indépendants traditionnels), elle est beaucoup moins justifiée à une époque où la tendance est à rechercher l'universalisation des droits, et partant l'abolition des statuts professionnels distincts avec des droits distincts, où l'on entend aller vers un statut unique de l'actif professionnel.

Faut-il ajouter qu'il y a une objection d'opportunité à la création d'un tiers-statut ? La solution du tiers-statut a été plusieurs fois envisagée en France et a toujours été écartée par les pouvoirs publics et les partenaires sociaux, y compris quand elle a été recommandée en 2008 par une mission spécialement mandatée à cette fin (P-H. Antonmattei et J-C Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection, rapport remis au Ministre du travail, nov. 2008* : Dr. soc. 2009, p. 221).

Pour ces raisons notamment, mais il y en a d'autres, la création d'un tiers-statut fragiliserait encore davantage, que l'incertitude attachée à la notion de lien de subordination, la sécurité des relations contractuelles.

François Pinatel : S'il s'agit – comme cela semble avoir été le cas dans tous les pays qui se sont engagés dans cette voie – de faire du travailleur relevant du tiers statut, une sorte d'indépendant « amélioré », dont les droits restent somme toute assez maigres, on n'atténue guère le besoin de protection et l'on en revient alors à ce que l'on a précisément observé avec les travailleurs de plateforme : la demande de requalification finit tôt ou tard par tomber. Sans compter l'écueil des qualifications « fourre-tout » où l'on range par esprit de facilité, parce que cela a l'air de prime abord pratique, tous ceux qui « ne sont pas », avec le risque, inhérent à ce type de catégorisation trop large, de mélanger des situations qui n'ont rien à voir entre elles. C'est, fondamentalement, une fausse bonne idée.

Le seul moyen d'éviter la requalification, c'est de protéger, mais de protéger de manière compatible avec l'indépendance et la nature de l'activité que les travailleurs exercent – ce que la logique universaliste du droit du travail actuel ne permet généralement pas. C'est ce que montrent au demeurant beaucoup des statuts relevant de l'actuelle partie VII du Code du travail : ils obéissent à des règles propres, exorbitantes du droit commun, adaptées à l'activité en cause, mais protectrices. C'est vers cette voie-là, je crois, qu'il faudrait se diriger.

Pascal Lokiec : On a fait le choix, en droit français, d'un mode binaire, quitte à insérer dans le Code du travail une partie VII visant à rattacher au droit du travail des catégories spécifiques de travailleurs qui ne répondent pas fidèlement aux critères du contrat de travail : mannequins, assistants maternelles, journalistes, VRP, gérants de succursales, etc. Il serait juridiquement plus satisfaisant, plutôt que cette approche catégorielle et nécessairement partielle, de créer une troisième voie, avec un critère général qui pourrait être la dépendance économique. Les expériences étrangères, notamment l'expérience italienne, montrent les risques d'une telle approche, avec un basculement opportuniste de nombre de salariés vers la troisième voie, par définition moins protectrice. Suivre sur la voie qui a été jusqu'à présent celle du droit français semble donc la moins pire des solutions. C'est celle qui a été privilégiée depuis ces dernières années par le droit français pour les travailleurs des plateformes puisqu'à nouveau, le choix est fait de développer une régulation spécifique à une catégorie de travailleurs, certes non pas définie en termes de profession mais eu égard à la configuration du travail (travail par la médiation d'une plateforme).

Cette approche ne doit en aucun cas fermer la voie à une action en requalification (le Conseil constitutionnel semble d'ailleurs exclure une telle fermeture) en contrat de travail. À moins qu'on inverse le raisonnement et que l'on présume que ces travailleurs sont des sala-

riés et que l'on rende possible la requalification en travailleur indépendant. Telle est l'approche novatrice de la proposition de directive présentée il y a quelques semaines par la Commission européenne. La voie est très intéressante et va nous obliger à de nouveaux questionnements puisqu'elle oblige à définir le travail indépendant, ce que la Cour de cassation a du reste esquissé dans sa note explicative de l'arrêt Uber.

5. Le Code du travail ne serait-il pas désuet dans le monde actuel du travail ? Un code des travailleurs ne serait-il pas plus adapté ?

Jean-Yves Frouin : C'est peut-être là la vraie question, par où il apparaît que la problématique devrait sans doute être inversée. Dans ses perspectives pour l'emploi de 2019, l'OCDE (sans rien inventer) avance que : « *le statut d'emploi est essentiel parce qu'il détermine l'accès des travailleurs à certains droits, avantages et protections. Les salariés ont généralement droit à un salaire minimum, à la réglementation du temps de travail et à la rémunération des heures supplémentaires, à des congés, à une assurance-maladie et accidents, à des allocations chômage, et à une protection contre les licenciements abusifs et la discrimination. Ce n'est généralement pas le cas des travailleurs indépendants. Du point de vue des travailleurs, il est donc important d'avoir un statut adéquat* » (*L'avenir du travail, OCDE, 2019, chapitre 4, p. 151*).

Ainsi, dans notre droit interne, le statut de salarié ouvre droit à l'application du droit du travail et partant, des dispositions du Code du travail tandis que le statut de travailleur indépendant n'y ouvre pas droit, d'où l'importance du critère du contrat de travail et du lien de subordination car il détermine l'accès à des droits et protections qui ne sont pas de même nature. Mais qu'on s'applique à gommer progressivement les différences de droits, notamment de droits sociaux mais pas seulement et la question du lien de subordination devient sans véritable objet.

Dans la mission élargie qui nous a été confiée par le Premier Ministre sur la représentation des travailleurs des plateformes numériques, il devait être traité (et il a été traité dans la cinquième partie, p. 93) de l'opportunité d'instaurer un ensemble de dispositions juridiques s'appliquant à toutes les formes d'activité professionnelle garantissant un socle de droits communs à l'ensemble des travailleurs (« *statut unique de l'actif* »). Si tel est bien l'objectif à terme, objectif au demeurant inscrit dans le Socle européen des droits sociaux, celui d'unifier le statut de l'actif professionnel, l'idée que le système du code du travail ne serait plus adapté à la réalité des relations du travail se défend. C'est d'ailleurs la proposition faite par deux auteurs dans un ouvrage récent : substituer à la dichotomie statutaire actuelle renvoyant à des droits distincts un droit (unique) de l'activité professionnelle (*J. Barthélémy et G. Cette, Travail et changements technologiques, de la civilisation de l'usine au numérique : 2021, éd. O. Jacob*). Mais on n'en est pas encore là.

Ce qui est vrai, c'est que le statut détermine des droits, mais s'il n'y a plus de véritable différence dans la situation réelle des travailleurs et qu'on unifie progressivement leurs droits, la distinction selon le statut d'emploi et la définition d'un critère de distinction n'ont plus guère de sens.

Au fond, les travailleurs d'aujourd'hui sont de plus en plus autonomes même quand ils sont dans un lien de subordination. Mais réciproquement, beaucoup de travailleurs statutairement indépendants sont soumis à un certain contrôle de la part d'un tiers (« *n'est-ce pas le travail pour autrui qui devrait être étudié dans un vaste mouvement d'ensemble* » ? *RDT, déc. 2021, Editorial A. Lyon-Caen, p. 675*).

Pascal Lokiec : Il faut d'abord, me semble-t-il, commencer par affirmer que le salariat et, avec lui, le droit du travail n'ont rien d'obsolete et présentent un intérêt certain, non seulement pour le travailleur mais aussi pour l'entreprise. N'oublions pas, comme l'a si bien analysé Gérard Lyon-Caen, que le droit du travail est une technique réversible et qu'il présente pour l'employeur l'intérêt de lui attribuer des pouvoirs. Peut-on du reste faire fonctionner une organi-

sation sur la base de réseaux de contrats indépendants les uns par rapport aux autres, car le droit du travail crée des liens entre les contrats de travail (le collectif auquel il donne une épaisseur à travers les conventions collectives, le règlement intérieur, le CSE, les syndicats, etc.) ?

Si la protection, d'une façon ou d'une autre, des travailleurs économiquement dépendants est une nécessité, le risque existe que la création d'un code des travailleurs n'aboutisse à diluer, et donc affaiblir les protections. Il n'en reste pas moins que l'idée consistant à définir des cercles de protection, comme l'a si bien élaboré Alain Supiot, paraît très pertinente. Certains dispositifs ont vocation à être appliqués à toute personne (la non-discrimination par exemple), d'autres encore à tout travailleur (la protection de la santé par exemple), d'autres enfin à être ciblés sur les salariés (le droit du licenciement, le salaire minimum, le temps de travail). Reste à placer les travailleurs économiquement dépendants, à commencer par ceux travaillant pour les plateformes numériques qui n'entreraient pas dans le champ du salariat, au bon étage. S'ils n'ont pas vocation à recevoir les mêmes protections que les travailleurs salariés, encadrer la rupture, la durée du travail et la rémunération n'est pas hors sujet et nécessite de définir le bon niveau d'élaboration : par la loi et par la négociation collective si on met en place un droit de la négociation collective pour les travailleurs indépendants. Autre question délicate, comment combiner le caractère d'ordre public du statut (il ne saurait être question de revenir sur le principe de réalité qui fait dépendre le statut salarié des conditions de fait, non du choix des parties) avec la volonté affichée par nombre de travailleurs de plateformes de rester, coûte que coûte, indépendants. Ici aussi, il faut sans doute s'en tenir à la moins pire des solutions et, sans toucher aux règles en vigueur, se satisfaire du fait que ces travailleurs s'abstiendraient d'agir en requalification. Évidemment, la question devient plus complexe, mais en aucun cas insurmontable, si est appliquée une présomption de salariat.

François Pinatel : Ce n'est pas le Code du travail qui est désuet, mais plus certainement une certaine conception du monde de l'entreprise et du droit applicable aux relations de travail. Le droit du travail, en France, c'est l'une de ses spécificités, a toujours été un droit universaliste, dominé par la loi et conçu comme devant s'appliquer tel quel, dans sa totalité, et sans autres adaptations que celles autorisées à la négociation collective... Cela, sans doute, est moins vrai aujourd'hui que cela ne l'était hier dans certains domaines, au premier rang desquels figure la durée du travail ; la possibilité d'un droit différencié – adaptable – a été consacrée, particulièrement depuis la loi du 8 août 2016 et l'instauration des règles dites « supplétives », auxquelles le contrat de travail lui-même peut déroger. Mais, malgré tout, le droit du travail reste en France, dans sa globalité, un droit univoque.

Or, nous sommes aujourd'hui certainement arrivés au bout d'un cycle, ce qui conduit à contester le caractère univoque du droit du travail et donc le Code du travail tout entier. Ce cycle, c'est celui, bien connu, hérité des luttes sociales du XIX^e siècle, de l'usine et de Germinal qui, dans l'inconscient collectif, résumait la condition ouvrière et la nécessité du droit du travail.

Il est vrai qu'à cette époque la subordination était totale et déployait d'autant plus ses effets qu'elle se doublait d'une dépendance économique forcenée. Ce modèle, qui opposait « l'entreprise », détentrice du pouvoir économique et « le salarié », astreint, en raison précisément de sa dépendance économique, à accepter de travailler sous subordination, n'a certes pas disparu, loin de là. La crise sanitaire a révélé plus qu'on ne le pensait, la persistance, dans le monde d'aujourd'hui que l'on voulait pourtant croire « nouveau », de modèles économiques « anciens » continuant à faire de certains salariés des « premiers de corvée ». Il reste que ce modèle n'est plus aujourd'hui exclusif et qu'il existe désormais entre « l'entreprise » et le « salarié » une gamme de situations intermédiaires, entre l'activité purement

indépendante, caractérisée par une liberté complète – pour autant qu’une telle liberté existe – et le salariat, caractérisé quant à lui par un état de subordination auquel le travailleur accepte de se soumettre dans le cadre réglementé du code du travail. La question au demeurant se pose moins pour les travailleurs les plus précaires que pour certaines activités considérées comme « supérieures » lesquelles s’exécutent volontiers dans un cadre libéral ou salarié et où la différence entre les deux est parfois difficile à cerner. Le cadre dirigeant est plus proche du chef d’entreprise, et, de façon générale, du travail libéral ou indépendant que ne le sera jamais la caissière de supermarché – et il a sans doute beaucoup moins besoin qu’elle d’être protégé. On finit alors par s’interroger sur la pertinence du maintien d’une frontière entre deux mondes binaires – les salariés et les autres – quand il en existe en réalité une pluralité. L’économie numérique, avec la gamme de ses activités « télétravaillées » accentue la problématique, quantité d’activités nouvelles se développant sur des schémas aux antipodes de celui de l’usine pour lequel le code du travail a été créé.

Je suis donc, en ce qui me concerne, partisan d’une recomposition du droit du travail – et donc du code du travail – qui se fonderait non sur une conception univoque et finalement théorique, abstraite voire obsolète du « salarié », mais sur la réalité de la disparité des « formes de travail ». Il s’agirait alors, comme certains auteurs l’ont proposé, à commencer par Alain Supiot, de créer des cercles concentriques de protection, qui, partant d’un centre, qui formerait un socle intangible de droits, correspondant schématiquement aux droits fondamentaux et à la protection sociale, conduirait, de cercles en cercles, à assouplir la réglementation applicable aux travailleurs selon l’intensité de la contrainte exercée par le donneur d’ordres. Il ne s’agirait pas de raisonner travailleur par travailleur, dans le cadre d’une approche individuelle ou contractuelle, mais de façon collective, par catégorie d’activités – un peu comme on le fait aujourd’hui avec les travailleurs relevant de la Partie VII du Code du travail. Et il s’agirait surtout de rester, comme aujourd’hui, dans une logique d’ordre public. À la différence d’aujourd’hui, cependant, cet ordre public serait d’intensité variable selon les activités considérées. Dans ce cadre, la caissière de supermarché, « première de corvée », l’ouvrier du bâtiment ou le manutentionnaire, qui n’ont en réalité exercé qu’un seul choix, celui de travailler – choix qui est souvent d’ailleurs une nécessité –, bref tous ceux qui exercent encore leur activité professionnelle sur un schéma qui reste peu ou prou celui de l’usine, seraient soumis à l’intégralité du code du travail tandis que progressivement et jusqu’à la catégorie finale du travailleur indépendant, les autres ne se verraient appliquer, selon le cercle auquel ils appartiennent, que des parties de celui-ci ou une législation adaptée.

6. Quelles seraient selon vous en droit français les conséquences si la proposition de directive, prévoyant en son article 4 une présomption légale de salariat, était adoptée telle quelle ?

Jean-Yves Frouin : L’article 4 de la proposition de directive relative à l’amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme dispose que la relation contractuelle entre une plateforme de travail numérique qui contrôle, au sens du § 2 du même article, l’exécution d’un travail et une personne exécutant un travail par l’intermédiaire de cette plateforme « est présumée être une relation de travail ». Contrôler l’exécution d’un travail est-il énoncé par le § 2 signifie accomplir au moins deux des cinq actes suivants, « dont notamment déterminer effectivement le niveau de rémunération ou en fixer les plafonds, et superviser l’exécution du travail ou vérifier la qualité des résultats du travail, notamment par voie électronique ». Le même texte ajoute que les États membres prennent des mesures d’accompagnement « pour garantir la mise en œuvre effective de la présomption légale » tandis que l’article précédent (3) précise que « la détermination de l’existence d’une relation de travail est guidée en premier lieu par les faits relatifs à l’exécution effective d’un travail »,

compte tenu de l’utilisation d’algorithmes dans l’organisation du travail via une plateforme, indépendamment de la qualification de la relation dans tout accord contractuel éventuellement conclu entre les parties concernées, « l’objectif poursuivi par la directive étant la détermination correcte du statut professionnel ».

La proposition de directive revient donc à poser une présomption de salariat ou de l’existence d’un contrat de travail pour tous les travailleurs exécutant un travail par l’intermédiaire d’une plateforme numérique qui sont assujettis à un contrôle caractérisé par plusieurs éléments, et par conséquent à tenir ces travailleurs pour des salariés jusqu’à preuve du contraire.

Si la directive est adoptée telle quelle, elle devra être transposée, ce qui implique la reprise de la présomption légale dans notre droit interne et la modification corrélative de notre droit positif qui raisonnait jusqu’à présent, à propos des travailleurs recourant pour l’exercice de leur activité professionnelle à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique, sur des travailleurs « indépendants » (ayant fait le « choix » de ce statut), en prenant appui sur la présomption légale de non-salariat énoncée par l’article L. 8226-1 du Code du travail.

Désormais, la (nouvelle) présomption légale de salariat ou de contrat de travail tiendra en échec la présomption de l’article L. 8226-1 au moins pour certaines catégories de travailleurs de plateforme. Alors, certes, encore conviendra-t-il qu’ils entrent dans le champ d’application de la présomption édictée par la directive et répondent aux exigences d’un contrôle par la plateforme. Mais on sait bien que c’est le cas des travailleurs des plateformes de mobilité qui sont à l’évidence les travailleurs dans le viseur de la Commission européenne quand il s’agit de restituer à des travailleurs de plateforme « un statut professionnel correct ».

La directive et la présomption qu’elle préconise soulignent au demeurant tout le paradoxe (et même la contradiction) de notre droit interne actuel issu de la loi El Khomri de 2016 lequel, tout en énonçant dans l’article L. 7341-1 du Code du travail que les nouvelles dispositions sont applicables aux travailleurs *indépendants*, ajoute après dans l’article suivant (*C. trav., art. L. 7342-1*), en songeant manifestement aux travailleurs des plateformes de mobilité, que lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie et fixe son prix, elle a une responsabilité sociale... ce qui est une manière d’admettre que dans cette dernière hypothèse la plateforme exerce un pouvoir de direction et un contrôle proches d’une relation de travail salariée. La détermination des conditions d’exécution de la prestation et du prix par la plateforme sont en effet deux des critères qui emportent dans la proposition de directive le jeu de la présomption légale de salariat.

Mais si l’on devait considérer que les travailleurs des plateformes de mobilité entrent dans le champ de la présomption légale de salariat et qu’ils sont donc réputés salariés par application de la présomption jusqu’à preuve (malaisée du contraire), il en résulterait que le processus actuellement engagé par les pouvoirs publics pour promouvoir un dialogue entre entités indépendantes dans les deux secteurs de la mobilité devient sans objet puisque la qualité présumée de salariés (de la plateforme) de ces travailleurs ouvre la voie d’un dialogue social conforme aux dispositions du code du travail sans qu’il y ait lieu de mettre en place un dispositif spécial.

François Pinatel : Pour l’instant, les conséquences d’une telle directive paraissent relativement circonscrites, celle-ci n’ayant pour objet que de s’appliquer aux travailleurs de plateforme. En droit français, elle aurait cependant d’importantes conséquences puisqu’elle s’inscrit à rebours du choix qui a été fait par la France, lequel consiste à considérer que ces travailleurs sont par principe des indépendants, auxquels peut cependant être conféré le statut de salarié si les conditions de l’exercice de leur activité les conduit à travailler sous un lien de subordination. La logique serait ici inversée : ils seraient présumés

être des salariés. Il faudrait donc modifier les dispositions des articles L. 7341-1 du Code du travail et suivants du code du travail, lesquels sont entièrement organisés autour du postulat que les travailleurs de plateforme sont des indépendants et non des salariés.

Mais ce n'est peut-être pas le plus grand danger. Le plus grand danger – comme souvent avec le droit issu de l'Union européenne – est l'effet d'entraînement que pourrait avoir la directive sur la notion même de contrat de travail. En effet, selon le projet de directive, la présomption de salariat ne s'applique pas du fait de l'activité – le seul fait d'être un travailleur de plateforme n'emporte pas la présomption – mais du fait – c'est le critère posé par l'article 4 § 1 – du « contrôle exercé » par la plateforme de l'exécution du travail. Or, cette notion de « contrôle » fait elle-même l'objet d'une définition au § 2 du même article qui en fixe les critères : pour exercer un tel contrôle, il faut – ou selon les conceptions, il suffit – que la plateforme exécute deux des cinq actes suivants : « *déterminer effectivement le niveau de rémunération, ou en fixer les plafonds ; exiger de la personne exécutant un travail via une plateforme qu'elle respecte des règles impératives spécifiques en matière d'apparence, de conduite à l'égard du destinataire du service ou d'exécution du travail ; superviser l'exécution du travail ou vérifier la qualité des résultats du travail, notamment par voie électronique ; limiter effectivement, notamment au moyen de sanctions, la liberté de la personne exécutant un travail via une plateforme d'organiser son travail, en particulier sa liberté de choisir son horaire de travail ou ses périodes d'absence, d'accepter ou de refuser des tâches ou de faire appel à des sous-traitants ou à des remplaçants ; limiter effectivement la possibilité de la personne exécutant un travail via une plateforme de se constituer une clientèle ou d'exécuter un travail pour un tiers* ». Deux de ces cinq « actes », qui sont finalement courants dans le cadre d'une acti-

vité de prestation de services, c'est fort peu – ce ne serait pas même l'équivalent d'un travail au sein d'un service organisé dans le cadre du droit positif français actuel. On comprend certes que l'objectif est d'attirer vers le salariat des travailleurs qui sont considérés, souvent à juste titre, comme un nouveau prolétariat qu'il faut protéger ; et l'on comprend bien qu'il ne s'agit que d'une présomption et que la plateforme disposera toujours de la possibilité d'apporter la preuve inverse si effectivement ils ne sont pas salariés. Soyons réalistes : quand les critères sont si souples, c'est que l'objectif est que la présomption soit systématiquement retenue, avec l'idée sous-jacente qu'elle sera difficile à remettre en cause. La finalité du texte est claire : il faut faire des travailleurs de plateforme des salariés.

Mais comment justifier alors que tous les autres travailleurs indépendants, et notamment tous ceux qui travaillent dans la nouvelle économie numérique, ne bénéficient pas, eux aussi, d'une telle présomption alors que, souvent, ils travaillent dans un cadre qui conduit leur donneur d'ordres à accomplir deux des cinq actes prévus à l'article 4, § 2 ? On perçoit, en filagramme, le risque que porte en lui ce projet de directive : que cette présomption de salariat, à l'origine conçue pour les travailleurs de plateforme pour des raisons éthiques et morales liées à un modèle économique qui est socialement contesté, n'en vienne à se généraliser, transformant ainsi des cohortes d'indépendants en présumés salariés. Ce ne serait pas la première fois que le fleuve du droit de l'Union européenne sortirait de son lit, sans avoir forcément mesuré de prime abord les conséquences des notions qu'il invente.

MOTS-CLÉS : *Travailleurs des plateformes numériques - Régime*

Travailleurs des plateformes numériques

1137 Le droit tourmenté des travailleurs de plateformes

Solution. – Est cassé l'arrêt ayant retenu l'existence d'un lien de subordination entre une plateforme de VTC et un chauffeur sans constater, pour caractériser l'exercice d'un travail au sein d'un service organisé selon des conditions déterminées unilatéralement par l'exploitant de la plateforme, que cette dernière adressait au chauffeur des directives sur les modalités d'exécution du travail et qu'elle disposait du pouvoir d'en contrôler le respect et d'en sanctionner l'inobservation.

Impact. – Le message que fait passer la Cour de cassation est que le contrôle de qualification s'opère au cas par cas, qu'il s'agisse de travailleurs de plateformes comme de tout autre autoentrepreneur, et que la reconnaissance de la qualité de salarié est en conséquence sélective. Si les arrêts *Take Eat Easy* et *Uber* faisaient preuve d'une certaine ouverture, cette ouverture n'est pas inconditionnelle.

Cass. soc., 13 avr. 2022, n° 20-14.870, FS-B : JurisData n° 2022-005581

LA COUR – (...)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 29 janvier 2020), M. [T] a signé le 31 juillet 2015 avec la société Voxtur un contrat de location longue durée d'un véhicule, ainsi qu'un contrat d'adhésion au système informatisé développé par cette société sous le nom de « Le Cab ».
2. La société a rompu les relations contractuelles le 7 mars 2016.
3. M. [T] a saisi la juridiction prud'homale.
4. La société Voxtur a été placée en liquidation judiciaire le 9 juin 2020, et la société [Y] Yang-Ting désignée en qualité de liquidatrice.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en ses première, deuxième, troisième, septième et huitième branches

Énoncé du moyen

5. La société [Y] Yang-Ting, ès-qualités, fait grief à l'arrêt de requalifier la relation contractuelle en contrat de travail, et de condamner la société Voxtur à verser à M. [T] des sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de dommages-intérêts pour procédure irrégulière, d'indemnité compensatrice de congés payés, d'indemnité compensatrice de préavis, des congés payés afférents, de dommages-intérêts pour travail dissimulé et au titre des frais d'essence, alors :

« 1° / qu'il résulte de l'article L. 8221-6 du code du travail que la présomption de non-salariat pour l'exécution d'une activité donnant lieu à une immatriculation au répertoire des métiers n'est écartée que lorsqu'il est établi que la personne immatriculée fournit des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui la placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci ; 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 ; que le travail au sein d'un service organisé ne peut constituer un indice du lien de subordination que lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail ; que l'existence d'un service organisé ne saurait dès lors constituer un indice d'un lien de subordination juridique entre une plateforme de mise en relation avec une clientèle et un chauffeur VTC lorsque, d'une part, le chauffeur n'a aucune obligation d'utiliser l'application et reste libre de choisir ses jours et heures d'activité, que, d'autre part, le chauffeur peut se déconnecter quand il le souhaite, que, de troisième part, le chauffeur est libre d'effectuer des courses pour son propre compte ou pour le compte de toute autre personne physique ou morale, que, de quatrième part, l'organisation des courses attribuées par la plateforme relève du libre choix du chauffeur sauf à requérir une indication de la part du client et, enfin, que chauffeur peut sous-traiter les courses à d'autres personnes sous réserve de justifier que ces dernières remplissent les conditions exigées par la réglementation pour exercer la profession de chauffeur VTC ; qu'en se bornant à énoncer, pour requalifier le contrat entre la société Voxtur et le chauffeur en contrat de travail, que le chauffeur réalisait des prestations dans le cadre d'un service organisé, sans établir la détermination unilatérale par des conditions d'exécution du travail par la société Voxtur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1, L. 7341-1 et L. 8221-6 du code du travail ;

2° / 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 professionnelle ; 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 ; que le seul fait pour une plateforme de mise en relation entre une clientèle et un chauffeur VTC de définir, dans le contrat le liant au chauffeur, le type de véhicule et de déterminer unilatéralement le prix des prestations de transport réalisées par son intermédiaire, ne saurait caractériser un lien de subordination juridique dès lors que le chauffeur reste libre d'utiliser ou non les services de la plateforme et de choisir ses jours et heures d'activité, qu'il peut se déconnecter quand il le souhaite et peut effectuer des courses pour son propre compte ou pour le compte de toute autre personne physique ou morale, qu'il est totalement libre d'organiser comme il l'entend les courses qu'il effectue par l'intermédiaire de la plateforme et que chauffeur peut sous-traiter des courses à d'autres personnes sous réserve de justifier que ces dernières remplissent les conditions exigées par la réglementation pour exercer la profession de chauffeur VTC ; qu'au cas présent, le contrat d'adhésion au système informatisé stipulait que "le prestataire adhérent est libre de décider de ses jours et heures d'activité et de ses jours de repos", que "les courses sont attribuées, automatiquement au(x) prestataire(s) adhérent(s) connecté(s), qui affiche(nt) sur son(leur) matériel embarqué le statut attendu de course" et "la connexion peut être interrompue, par le prestataire adhérent qui se met alors en pause" ; que le contrat précisait également que "l'organisation de la course (itinéraire) est laissée au libre choix du prestataire adhérent, sauf pour lui à requérir, à ce sujet, une indication de la/des personne(s) transportée(s)" ; que le contrat stipulait encore qu' "un prestataire adhérent, entre deux connexions, peut librement réaliser des courses, pour son compte et/ou pour le compte de toute personne physique ou morale, quel que soit le statut de celui-ci (celle-ci)" ; que le contrat précisait, enfin, que le chauffeur

pourra sous-traiter les courses affectées par l'application sous réserve d'en informer la société Voxtur et que le sous-traitant utilisant le véhicule et l'application remplisse les conditions pour exercer la profession de chauffeur VTC ; qu'en jugeant néanmoins que le chauffeur réalisait des prestations dans un lien de subordination constant à l'égard de la société Voxtur, sans caractériser une quelconque obligation pour le chauffeur de se tenir à la disposition de la plateforme pour effectuer des courses, ni le moindre ordre ou la moindre directive reçus par le chauffeur relativement aux modalités de réalisation des courses effectuées par l'intermédiaire de la plateforme, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1, L. 7341-1 et L. 8221-6 du code du travail ;

3°/ que le système de géolocalisation inhérent au fonctionnement d'une plateforme numérique de mise en relation de chauffeurs VTC avec des clients potentiels ne caractérise pas un lien de subordination juridique des chauffeurs à l'égard de la plateforme dès lors que ce système n'a pas pour objet de contrôler l'activité des chauffeurs, et n'est utilisé que pour contacter le chauffeur connecté le mieux situé pour répondre à la demande du client ; qu'au cas présent, il résulte des constatations de la cour d'appel que, selon les termes du contrat, l'installation mise à la disposition du chauffeur permet à la société Voxtur "de localiser, en temps réel, chaque véhicule connecté, de manière à procéder à un dispatche optimisé et efficace des courses, en termes de temps de prise en charge de la(les) personne(s) à transporter et de trajet à effectuer, pour le(les) chauffeurs, pour assurer cette prise en charge" ; qu'il résulte de ces constatations que le GPS ne permet de localiser le chauffeur que lorsqu'il est connecté à l'application et a pour objet de permettre l'attribution au chauffeur le plus proche du client ; qu'en énonçant que le GPS permet à la société Voxtur "d'assurer ainsi un contrôle permanent de l'activité du chauffeur", la cour d'appel a méconnu les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations et a violé les articles L. 1221-1 et L. 8221-6 du code du travail ;

7°/ qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que, si le type de véhicule utilisé était stipulé par le contrat d'adhésion au système informatique, ce contrat prévoyait expressément que la location du véhicule auprès de la société Voxtur était une simple faculté pour le chauffeur qui avait la possibilité d'être propriétaire de son véhicule ou de le louer auprès d'une autre société ; qu'en se bornant à invoquer l' "interdépendance des contrats de location de véhicule et d'adhésion à la plateforme", sans exposer en quoi cette interdépendance permettrait de caractériser l'existence d'un lien de subordination juridique, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1 et L. 8221-6 du code du travail ;

8°/ que l'exécution d'un contrat de partenariat portant sur l'utilisation par un chauffeur VTC d'une application électronique de mise en relation avec des clients implique une possibilité pour la plateforme, qui est un intermédiaire de transport soumis aux dispositions du code des transports de s'assurer de la qualité de la prestation de transport effectuée par son intermédiaire ; que ne caractérise pas un pouvoir disciplinaire, la possibilité pour une plateforme numérique de rompre unilatéralement le contrat motivée par les seules évaluations de la clientèle en l'absence de tout ordre ou directive donnés et de tout contrôle opéré par la plateforme sur l'exécution des courses ; qu'en prétendant que la société Voxtur disposait d'un pouvoir de sanction à travers le système de notations opérées par les clients, la cour d'appel, qui n'a, par ailleurs, caractérisé aucun ordre, ni aucune directive donnés par la plateforme relativement aux prestations effectuées, ni aucun contrôle opéré par cette dernière sur ces prestations, a violé les articles L. 1221-1 et L. 8221-6 du code du travail, ensemble l'article L. 3120-3 du code des transports, dans sa rédaction applicable au litige ».

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 8221-6 du code du travail :

6. Il résulte de ce texte que les personnes physiques, dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation aux registres que ce texte énumère, sont présumées ne pas être liées avec le donneur d'ordre par un contrat de travail. L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque ces personnes fournissent des prestations dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard du donneur d'ordre.

7. 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. Peut constituer un indice de subordination le travail au sein d'un service organisé lorsque l'employeur en détermine unilatéralement les conditions d'exécution.

8. Pour dire que M. [T] et la société Voxtur ont été liés par un contrat de travail, l'arrêt retient que le chauffeur n'avait pas le libre choix de son véhicule, qu'il y avait interdépendance entre les contrats de location et d'adhésion à la plateforme, que le GPS permettait à la société de localiser, en temps réel, chaque véhicule connecté, de manière à procéder à une répartition optimisée et efficace des courses, en termes de temps de prise en charge de la personne à transporter et de trajet à effectuer, et d'assurer ainsi un contrôle permanent de l'activité du chauffeur, que la société fixait le montant des courses qu'elle facturait au nom et pour le compte du chauffeur, et qu'elle modifiait unilatéralement le prix des courses, à la hausse ou à la baisse en fonction des horaires.

9. L'arrêt ajoute que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du chauffeur, à travers le système de notation par les personnes transportées prévu à l'article 3 de son contrat d'adhésion.

10. En se déterminant ainsi, par des motifs insuffisants à caractériser l'exercice d'un travail au sein d'un service organisé selon des conditions déterminées unilatéralement par la société Voxtur, sans constater que celle-ci avait adressé à M. [T] des directives sur les modalités d'exécution du travail, qu'elle disposait du pouvoir d'en contrôler le respect et d'en sanctionner l'inobservation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

● Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 29 janvier 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Paris (...)

NOTE

Quelle direction suivre ? L'interrogation exprime un trouble de l'orientation, presque un tournis, comme si le droit se mettait à tanguer. Le droit français nous a certes habitués, ces dernières années, à s'éparpiller à la recherche d'un statut à donner aux travailleurs de plateformes. On a pu croire que la ligne de fracture passait entre la loi et la jurisprudence. Pour être exact, le législateur a pris d'emblée le parti de préserver le modèle économique des plateformes en maintenant dans la catégorie des indépendants les travailleurs recrutés sous le statut d'autoentrepreneurs. Elaborant tout de même un droit spécial, il donne des moyens d'améliorer la condition juridique de ces travailleurs mais s'emploie en réalité davantage à réduire le risque de requalification des relations contractuelles en contrats de travail. L'action du législateur est avant tout dictée par cette volonté de faire barrage à l'application du salariat, quitte à s'inspirer, dans la conception d'un régime baroque, de certaines règles du droit du travail.

De son côté, la Cour de cassation s'est montrée, à l'inverse, disposée à permettre l'accès au salariat en admettant la possibilité d'une requalification : elle y incite dans l'arrêt de cassation *Take Eat Easy* en 2018 (*Cass. soc.*, 28 nov. 2018, n° 17-20.079, publié : *JCPS 2018*, 1398, note G. Loiseau ; *JCPS 2019*, 1026, étude N. Anciaux ; *JCPG 2019*, 103, note V. Roche ; *JCPE 2019*, 1031, note B. Bossu) ; elle la cautionne dans l'arrêt de rejet *Uber* en 2020 (*Cass. soc.*, 4 mars 2020, n° 19-13.3016 : *JCPS 2020*, 1080, note G. Loiseau ; *JCPG 2020*, 601, note B. Bossu ; *JCP E 2020*, 1282, note M. Depincé, D. Mainguy et B. Siau). Cela n'avait rien d'évident car il a fallu, pour cela, que la chambre sociale concède, contrairement à ce qu'elle jugeait auparavant dans d'autres types de contentieux (*Cass. soc.*, 20 oct. 2015, n° 14-16.179), que le fait que l'autoentrepreneur ne soit pas à la disposition permanente du donneur d'ordre et exécute ses prestations suivant les horaires qu'il a lui-même fixés n'exclut pas en soi une relation de travail subordonnée. Les juridictions du fond ne l'ont d'ailleurs pas toujours suivi sur ce point et l'on pouvait sentir un flottement s'installer lorsque la chambre commerciale est venue en renfort dire à son tour, dans un

arrêt de censure, qu'un lien de subordination peut être envisagé entre une plateforme de VTC et les chauffeurs qui en dépendent pour l'exercice de leur activité (*Cass. com.*, 12 janv. 2022, n° 20-11.139 : *JCP S* 2022, 1072 ; *JCP G* 2022, 291, note G. Loiseau).

Entre-temps, une autre ligne de partage s'est dessinée, répartissant les plateformes en deux groupes. D'un côté, un groupe fermé réunit les plateformes de mobilité qui concentrent l'essentiel des interventions du droit et forment le berceau d'un droit des travailleurs de plateformes. C'est à leur propos que la Cour de cassation laisse entrevoir une possibilité de requalification des relations contractuelles en contrats de travail. Et c'est, en réaction, au bénéfice de ces plateformes que le législateur expérimente des dispositifs dont la finalité est de contrer le risque de requalification et de sécuriser leur modèle économique faisant appel à des autoentrepreneurs. À peine plus d'un an après l'arrêt *Take Eat Easy*, la loi du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités mettait ainsi en place, à destination des seules plateformes de mobilité, une technique originale de chartes facultatives dont l'objet était de définir les droits et les obligations des travailleurs et dont l'effet recherché était de déclencher une présomption de non-salariat. La décision d'inconstitutionnalité de la présomption de non-salariat ayant privé d'utilité les chartes, le dispositif est resté lettre morte. Aussi, après que l'arrêt *Uber* a rappelé et accentué le risque de requalification, l'autorité publique a développé une autre méthode en créant les conditions d'un dialogue social entre des représentants élus des travailleurs et des représentants des plateformes. C'est l'objet des ordonnances n° 2021-484 du 21 avril 2021 et n° 2022-492 du 6 avril 2022 qui gardent le même cap : sous-traiter l'élaboration des règles devant s'appliquer aux travailleurs, ici au moyen de la négociation collective, dans un esprit donnant-donnant puisqu'il est attendu d'une élévation du niveau de protection des travailleurs la consolidation de leur maintien dans la catégorie des indépendants.

L'action du droit, pour le moment, s'arrête là ; entendons à ce type de plateformes. De l'autre côté se trouvent donc toutes les autres plateformes faisant appel à des travailleurs prestataires, qui ne sont pas ignorées par le droit actuel mais laissées livrées à elles-mêmes. Ce n'est pas faute d'avoir fait l'objet d'un signalement. Seulement, le législateur ne s'y intéresse pas, sous réserve de la catégorie plus large que les plateformes de mobilité auxquelles la loi du 8 août 2016 a appliqué les rudiments d'une responsabilité sociale, qui regroupe les plateformes déterminant les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et qui en fixent le prix (*C. trav.*, art. L. 7342-1 à L. 7342-7). Quant à la Cour de cassation, elle a fermé la porte. On le comprend en ce qui concerne les micro-travailleurs qui ne sont à l'aise, ni avec la qualité d'indépendants, ni avec celle de salariés, pour lesquels la subordination juridique ne correspond pas à leur situation factuelle (*Cass. soc.*, avis, 15 déc. 2021, n° 21-70.017 : *JCP S* 2022, 1039, note G. Loiseau. – *Cass. crim.*, 5 avr. 2022, n° 20-81.775, publié). On ne le comprend toujours pas en revanche s'agissant des plateformes de placement ou de mise à disposition de personnel. Bien sûr, le lien de subordination n'est pas évident à établir entre la plateforme et les travailleurs quand ces derniers exécutent leur prestation au service de l'entreprise utilisatrice. Mais on redit qu'il n'est pas besoin de requalifier préalablement les relations contractuelles entre les travailleurs et la plateforme pour caractériser un contournement frauduleux de la réglementation du travail temporaire (V. cependant *Cass. soc.*, 12 nov. 2020, n° 19-10.606 : *SSL* 11 janv. 2021, n° 1936, p. 13, note G. Loiseau). À partir du moment où l'activité de la plateforme de placement ne consiste pas seulement en une mise en relation de travailleurs indépendants avec des entreprises utilisatrices mais a pour objet, en fait, une mise à disposition organisée de travailleurs au bénéfice de clients utilisateurs pour l'exécution de missions de courte durée, la plateforme ne peut pas, sans faute, sans fraude, s'affranchir du respect de cette réglementation en se retrans-

chant derrière le statut d'autoentrepreneurs des travailleurs qu'elle met à disposition (*V. note sous Cass. com.*, 12 janv. 2022, préc.).

Cela étant, les tensions qui traversent le droit face à un modèle économique qui le déstabilise sont plus diffuses encore. Même dans le champ des plateformes de mobilité, les trajectoires ne sont pas régulières. Il y a des ruptures, ce que la chambre sociale fait apparaître pour la première fois, dans l'arrêt du 13 avril 2022 ici commenté, en censurant une cour d'appel qui avait requalifié en contrat de travail les relations contractuelles entre une plateforme de VTC et un chauffeur. Les juges du fond avaient en l'occurrence relevé, comme faisceau d'indices du lien de subordination, que : le chauffeur n'avait pas le libre choix de son véhicule ; il y avait interdépendance entre le contrat de location du véhicule et le contrat d'adhésion à la plateforme ; le GPS permettait à la société de localiser, en temps réel, chaque véhicule connecté, de manière à procéder à une répartition optimisée et efficace des courses, en termes de temps de prise en charge de la personne à transporter et de trajet à effectuer, assurant ainsi un contrôle permanent de l'activité du chauffeur ; la société fixait le montant des courses qu'elle facturait au nom et pour le compte du chauffeur et modifiait unilatéralement le prix des courses, à la hausse ou à la baisse, en fonction des horaires. Les juges d'appel avaient en outre retenu que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du chauffeur, à travers le système de notation par les personnes transportées prévu par le contrat d'adhésion. Ces motifs sont toutefois, aux yeux de la Cour de cassation, insuffisants pour caractériser l'exercice d'un travail au sein d'un service organisé selon des conditions déterminées unilatéralement par l'exploitant de la plateforme. Il eût fallu constater, précise la chambre sociale, que la plateforme adressait au chauffeur des directives sur les modalités d'exécution du travail et qu'elle disposait du pouvoir d'en contrôler le respect et d'en sanctionner l'inobservation.

On pourra scruter les indices retenus dans les arrêts *Take Eat Easy* et *Uber* pour admettre l'existence d'un lien de subordination et les comparer aux données de l'espèce afin de faire ressortir des différences. La première impression n'en est pas moins celle d'une discontinuité de la jurisprudence dont le sens est clairement que la Cour de cassation n'entend pas développer une politique globale favorable et, le cas échéant, favorisant l'intégration dans le droit du travail de l'activité des travailleurs de plateformes de mobilité. Il ne faudrait pas pour autant voir dans l'arrêt du 13 avril 2022 une volte-face car il existe effectivement des différences entre la situation du chauffeur de la plateforme *Uber* et celle du chauffeur de la plateforme *Le Cab*. Spécialement, la circonstance que les chauffeurs de la plateforme *Le Cab* sont notés par les clients n'induit pas un pouvoir de sanction lorsqu'une notation insuffisante ne peut déboucher que sur la résiliation du contrat alors qu'il avait été constaté, dans l'arrêt du 4 mars 2020, que la plateforme *Uber* peut appliquer différentes sanctions, des déconnexions temporaires en cas de refus de courses, des corrections tarifaires si le chauffeur choisit un itinéraire inefficace, ou encore la perte d'accès au compte en cas de taux élevé d'annulation des commandes. Au-delà de la comparaison, le message que fait objectivement dès lors passer la Cour de cassation est que le contrôle de qualification s'opère au cas par cas, qu'il s'agisse des travailleurs de plateformes comme de tout autres autoentrepreneurs, et que la reconnaissance de la qualité de salarié est en conséquence sélective. Observerait-on que les arrêts de 2018 et de 2020 faisaient preuve d'une certaine ouverture, cette ouverture n'est pas inconditionnelle indique ici la Cour de cassation.

Ce positionnement de la chambre sociale, qui préfère préserver une démarche réaliste dans l'appréciation du lien de subordination plutôt que d'assouplir, au risque d'affaiblir, l'exigence de subordination au seul profit des travailleurs de plateformes de mobilité, témoigne probablement de sa conscience des limites de son action. On a

déjà écrit que le traitement judiciaire de la situation des travailleurs de plateformes a un rôle qui se limite au règlement, *ex-post*, des effets de la rupture du contrat. Il ne résout pas, *ex-ante*, la question du statut applicable à ceux qui demeurent, pour la réalisation de leur activité, des autoentrepreneurs. Sans doute ne faut-il pas négliger la portée symbolique des décisions de la Cour de cassation. Mais les actions en requalification étant en pratique peu nombreuses, il en faudrait plus pour impressionner les opérateurs de plateformes qui font reposer leur modèle économique sur le recours à l'autoentrepreneuriat.

Consciente du rôle limité, dans sa portée, du juge du contrat de travail, la Cour de cassation l'est vraisemblablement aussi de son amenuisement. L'étrécissement de la voie de la requalification résulte de l'effort conjugué des opérateurs de plateformes et du législateur. Les premiers tirent les leçons de la jurisprudence et adaptent les modes d'organisation du travail de façon à gommer les indices de subordination et à faire ressortir les marques d'autonomie des travailleurs. Le second œuvre également à garantir des conditions d'activité qui donnent une impression d'indépendance ou, à tout le moins, qui profilent les travailleurs comme des non-salariés. La loi du 24 décembre 2019 avait commencé à introduire à cet effet des dispositions dans le Code des transports, propres aux travailleurs de plateformes exerçant une activité de conduite d'une voiture de transport avec chauffeur ou de livraison de marchandises au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues. La loi leur reconnaît la liberté de refuser une proposition de prestation de transport sans faire l'objet d'une pénalité et sans que la plateforme puisse mettre fin à la relation contractuelle au motif que le travailleur a refusé une ou plusieurs propositions (*C. transp., art. L. 1326-2*). La loi leur assure aussi le droit de choisir leurs plages horaires d'activité et leurs périodes d'inactivité et de se déconnecter durant leurs plages horaires d'activité sans que, à nouveau, la plateforme puisse mettre fin au contrat du fait de l'exercice de ce droit (*C. transp., art. L. 1326-4*). L'ordonnance n° 2022-492 du 6 avril 2022 a ajouté un nouveau paquet de règles concourant à dé-subordonner les travailleurs. D'une part, ces derniers doivent être informés par la plateforme, lorsque celle-ci leur propose une prestation, de la distance couverte par cette prestation, de la destination et du prix minimal garanti dont ils bénéficieront, déduction faite des frais de commission, et disposer d'un délai raisonnable pour accepter ou refuser la prestation proposée. D'autre part, il est disposé plus finement que la plateforme a non seulement l'interdiction de mettre fin à la relation contractuelle lorsque le travailleur refuse une ou plusieurs propositions, mais qu'elle ne peut non plus suspendre cette relation (*C. transp. art. L. 1326-2, nouveau*). Enfin, il est prescrit que, pour l'exécution de leurs prestations, les travailleurs : ne peuvent se voir imposer l'utilisation d'un matériel ou d'un équipement déterminé, sous réserve des obligations légales et réglementaires en matière notamment de santé, de sécurité et de préservation de l'environnement ; peuvent recourir, simultanément, à plusieurs intermédiaires ou acteurs de mise en relation avec des clients en vue de la réalisation de ces prestations ou commercialiser, sans intermédiaire, les services de transport qu'ils exécutent ; peuvent déterminer librement leur itinéraire au regard notamment des conditions de circulation, de l'itinéraire proposé par la plateforme et le cas échéant du choix du client. Et il est précisé que l'exercice de ces droits ne peut, sauf abus, engager la responsabilité contractuelle des travailleurs, constituer un motif de suspension ou de rupture de leurs relations avec les plateformes, ni justifier de mesures les pénalisant dans l'exercice de leur activité (*C. transp., art. L. 1326-4, nouveau*).

Le respect de ces règles par les plateformes de mobilité est certainement – c'est l'objectif – de nature à réduire considérablement les possibilités de requalification. Si les travailleurs recrutés en qualité d'autoentrepreneurs n'ont toujours pas les attributs de travailleurs indépendants, en particulier la possibilité de se constituer une clien-

tèle propre et la liberté de fixer leurs tarifs, il sera plus difficile de constater, comme l'anticipe l'arrêt du 13 avril 2022, que la plateforme adresse aux travailleurs « des directives sur les modalités d'exécution du travail, qu'elle dispos(e) du pouvoir d'en contrôler le respect et d'en sanctionner l'inobservation ». La présomption que l'article L. 8221-6 du Code du travail attache à l'adoption du statut d'indépendant est en conséquence renforcée à proportion de la difficulté accrue d'établir que le travailleur exécute ses prestations dans des conditions qui le placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard du donneur d'ordre. Tout compte fait, c'est lorsque l'opérateur de plateforme s'affranchira des directives légales qu'il s'exposera, en connaissance de cause, au risque de requalification.

Ce changement de perspective ne touche pas seulement les actions en requalification devant le juge du contrat de travail. Sont également concernées les poursuites dont les plateformes peuvent faire l'objet au titre de redressements de charges sociales ou/et au pénal, pour travail dissimulé. La pression que ces procédures sont susceptibles d'exercer sur les plateformes est décuplée par rapport aux actions individuelles et c'est d'ailleurs de ce côté qu'une déstabilisation du modèle économique reposant sur l'activité de « faux » indépendants pouvait être attendue. On le mesure pleinement à la lecture du jugement rendu le 19 avril dernier par le tribunal correctionnel de Paris, aux termes duquel la société *Deliveroo* a été condamnée pour travail dissimulé à payer l'amende maximale de 375 000 euros et à indemniser la centaine de livreurs et les syndicats qui s'étaient constitués partie civile ainsi que l'Urssaf. Trois anciens dirigeants ont aussi été condamnés à des peines de prison avec sursis allant de quatre à douze mois. Il reste que la période pendant laquelle la situation des livreurs a été examinée pour établir le travail dissimulé s'étend du 20 mars 2015 au 12 décembre 2017 et que plusieurs des éléments relevés pour caractériser la subordination juridique correspondent, dorénavant, à des pratiques interdites : le port obligatoire de la tenue siglée *Deliveroo* ou les restrictions au choix des jours et des horaires de travail. Certes, il en reste d'autres, dont certains ont peut-être été supprimés dans la mesure où le tribunal a lui-même observé la volonté de la plateforme de modifier les pratiques « afin de les adapter un minimum aux évolutions législatives et que les travailleurs disposent de façon effective de la liberté inhérente au statut de travailleur indépendant, même si dans les faits (...) cette liberté restait très contrainte au moins jusqu'à fin 2017 » : obligation de suivre une formation théorique et pratique avant de commencer l'activité ; obligation de se connecter à des groupes de messagerie mis en place par *Deliveroo* ; impossibilité pour les livreurs de négocier librement les tarifs ; gradation des sanctions, de l'avertissement à la retenue tarifaire, de la rétrogradation dans les *shifts* à la rupture du contrat. La question n'en est pas moins posée : le travail dissimulé serait-il retenu sur la période actuelle ?

Sans faire de conclusion hâtive, sans préjuger surtout de l'issue de nouveaux contentieux, la persévérance du législateur paraît tout de même tourner à l'avantage des plateformes de mobilité. À condition d'aménager certaines modalités de leur organisation en se conformant aux directives légales, leur modèle économique est préservé. L'arrêt du 13 avril 2022 résonne aussi, à cet égard, comme un aveu d'impuissance. La marche à suivre donnée par l'ordonnance du 6 avril 2022 n'est pourtant pas engageante (V. sur ce texte : *G. Loiseau, La réglementation prévenante des plateformes de mobilité : JCP G 2022, 577*). Il s'agit d'expérimenter une négociation collective entièrement livrée à la liberté conventionnelle, sans base d'ordre public ni dispositions supplétives. Le cadre juridique est réduit au strict minimum si l'on excepte le régime des accords qui singe celui des accords collectifs de branche. Certains thèmes de négociation sont rendus obligatoires en ce sens qu'une négociation doit être engagée, au moins une fois par an, au niveau de chacun des secteurs que sont le transport de personnes par VTC et la livraison de marchandises au moyen d'un véhi-

cule à deux ou trois roues sur au moins l'un des thèmes suivants : 1°) les modalités de détermination des revenus des travailleurs, y compris le prix de leur prestation de service ; 2°) les conditions d'exercice de l'activité professionnelle des travailleurs et notamment l'encadrement de leur temps d'activité ainsi que les effets des algorithmes et des changements les affectant sur les modalités d'accomplissement des prestations ; 3°) la prévention des risques professionnels auxquels les travailleurs peuvent être exposés en raison de leur activité ainsi que les dommages causés à des tiers ; 4°) les modalités de développement des compétences professionnelles et de sécurisation des parcours professionnels (*C. trav., art. L. 7343-36, nouveau*). Pour le reste, d'autres thèmes, bien que facultatifs, sont mentionnés parmi lesquels les modalités d'échanges d'informations entre la plateforme et les travailleurs sur l'organisation de leurs relations commerciales, les modalités de contrôle par la plateforme de l'activité du travailleur et de la réalisation de la prestation lui incombant, ou les prestations de protection sociale complémentaire (*C. trav., art. L. 7343-37, nouveau*).

Cette manière, inédite, de faire du droit au seul moyen de la négociation collective est politiquement un succès pour les opérateurs de plateformes. Ayant manqué de peu l'exclusivité dans la conception des normes en rédigeant des chartes, ils ont obtenu d'en être à tout le moins coauteurs, et toujours sans obligation de les établir. Quant aux règles légales, elles ne sont conçues que pour les préserver d'un risque de requalification des relations contractuelles. Ce désengagement de la loi pour garantir elle-même un socle de droits sociaux aux travailleurs de plateformes pose question. Une chose est de ne pas vouloir faire accéder ces travailleurs au statut de salariés ; une autre chose est de penser la conception des règles de façon à préserver, à titre principal, le modèle économique des plateformes.

Grégoire LOISEAU,
professeur à l'université Panthéon-Sorbonne, membre du conseil scientifique du cabinet Flichy Grangé Avocats

MOTS-CLÉS : *Travailleurs des plateformes numériques - Travailleurs indépendants - Contrat de travail - Lien de subordination*

JURISCLASSEUR : *Travail Traité, fasc. 17-1, par Emeric Jeansen*

Santé et sécurité au travail

1138 Protection de la santé et sécurité du salarié dans une convention de forfait en jours : l'employeur doit justifier d'une amplitude et d'une charge de travail raisonnables

Solution. – Il résulte de l'article L. 4121-1 du Code du travail que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité envers les salariés, doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Il ne méconnaît pas cette obligation légale s'il justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail. Lorsque l'employeur ne justifie pas avoir pris les dispositions nécessaires de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié restent raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps du travail et donc à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, il manque à son obligation de sécurité.

Impact. – Les faits de la décision se sont déroulés avant la loi du 8 août 2016 qui a introduit dans le Code du travail l'article L. 3121-60 précisant, en matière de convention de forfait en jours, que l'employeur doit s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail. Au regard de l'obligation de sécurité dont il est tenu, il lui appartient de justifier les mesures prises en ce sens. La jurisprudence antérieure avait déjà adopté les mêmes principes, l'arrêt du 2 mars 2022 s'inscrit à la fois dans ce courant jurisprudentiel et dans l'esprit des textes législatifs actuels.

Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-16.683 : JurisData n° 2022-002789

LA COUR – (...)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 20 mai 2020), M. [T] a été engagé, le 3 juillet 2006, par la société Accenture en qualité de médecin du travail.
2. Le 12 novembre 2013, le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande au titre de l'exécution du contrat de travail.
3. Le salarié a été licencié le 26 août 2014.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa première branche

Énoncé du moyen

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en dommages-intérêts au titre du non-respect de l'obligation de sécurité, alors « que l'inobservation des dispositions légales ou conventionnelles dont le respect est de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours constitue un manquement de l'employeur à l'obligation de sécurité ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'employeur n'avait pas respecté les conditions légales de mise en œuvre de la convention de forfait-jours et, en conséquence, l'a déclarée nulle, ce dont elle aurait dû déduire que l'employeur avait manqué à son obligation de sécurité ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour a violé l'article L. 4121-1 du code du travail ».

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 4121-1 du code du travail :

5. Il résulte de ce texte que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité envers les salariés, doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Il ne méconnaît pas cette obligation légale s'il justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail.
6. Pour débouter le salarié de sa demande en dommages-intérêts au titre du non-respect de l'obligation de sécurité l'arrêt relève que les alertes sur la dégradation de l'état de santé du salarié ne sont apparues qu'à partir de juin 2013, les précédents messages adressés à la hiérarchie étant restés centrés sur des demandes de promotion non satisfaites, le salarié exprimant explicitement son attachement à la société et à la mission qui était la sienne. L'arrêt constate qu'à partir d'août 2013, le salarié fait expressément référence dans ses courriels à une souffrance psychologique dont l'employeur s'est emparé en alertant le médecin du travail sur la gravité de la situation, ce qui contredit l'allégation du salarié selon laquelle la société n'a pas apporté de réponse à une situation de souffrance avérée.
7. L'arrêt retient enfin que l'ensemble des éléments soumis met en évidence un comportement de l'employeur conforme à son obligation de sécurité.
8. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'employeur ne justifiait pas avoir pris les dispositions nécessaires de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié restaient raisonnables et assuraient une bonne répartition dans le temps du travail et donc à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont il résultait que l'employeur avait manqué à son obligation de sécurité, la cour d'appel, à qui il appartenait de vérifier si un préjudice en avait résulté, a violé le texte susvisé.

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief, la Cour :

• Casse et annule (...)

NOTE

Dans le cadre de l'aménagement du temps de travail à déclinaisons individuelles, apparaissent les conventions de forfait annuel en jours. Au regard de l'article L. 3121-55 du Code du travail, la mécanique impose la rédaction d'un écrit comme pour toute forfaitisation de la durée du travail (*Cass. soc.*, 4 nov. 2015, n° 14-10.419 : *JurisData* n° 2015-024552 ; *Bull. civ. V*, n° 223). Il s'agit de décompter le temps de travail en jours ou en demi-journées sur l'année. Au-delà de ce rapport salarié/employeur, la validité d'une convention de forfait annuel repose sur la mise en place préalable d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement, ou, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche (*C. trav.*, art. L. 3121-63) qui va en préciser les caractéristiques. Dans une logique spontanée, les dispositions attendues de l'acte collectif porteront sur les catégories de salariés concernés, le volume du forfait annuel avec ses différentes modalités comme les dépassements en termes de jours fixés, la rémunération... autant de spécificités touchant directement au temps de travail et à la rémunération comme l'appréhende le législateur en insérant les « *forfaits en jours* » dans la troisième partie du Code du travail sur « *durée du travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale* ». Est-ce à dire que les conditions de travail envisagées sous l'angle de la santé et sécurité n'ont pas leur place dans le régime d'une convention de forfait en jours ? Bien évidemment non, et c'est ce que vient rappeler la Cour de cassation dans son arrêt du 2 mars 2022.

En l'espèce, un salarié embauché en juillet 2006 en tant que médecin du travail est titulaire d'une convention de forfait annuel calculée sur la base de 218 jours de travail. En novembre 2013, il saisit la juridiction prud'homale au titre de l'exécution de son contrat de travail pour non-respect de l'obligation de sécurité, il est licencié en août 2014. Le 20 mai 2020, la cour d'appel de Paris le déboute de sa demande de dommages et intérêts. Elle souligne que les alertes sur la dégradation de l'état de santé du salarié n'étaient apparues qu'à partir de juin 2013, auparavant les messages envoyés à sa hiérarchie se focalisaient sur des demandes de promotion insatisfaites, le salarié lui-même ayant manifesté son attachement à la société et à sa mission. La cour relève que ce n'est qu'à partir d'août 2013 que celui-ci s'est plaint dans ses courriels d'une souffrance psychologique, ce qui a eu pour effet de mobiliser l'employeur qui a alerté le médecin du travail sur la gravité de la situation. Elle estime qu'au regard de l'ensemble de la situation, l'employeur a adopté un « *comportement (...) conforme à son obligation de sécurité* ».

Fort d'un contrôle normatif pour violation de la loi, la Cour de cassation censure la décision au visa de l'article L. 4121-1 du Code du travail. Elle rappelle le principe selon lequel l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité envers les salariés et doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Pour sa mise en œuvre, elle souligne qu'il incombe à l'employeur de justifier avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail. Ici le comportement de ce dernier fait défaut. Il n'a pas justifié « *avoir pris toutes les dispositions nécessaires de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié restaient raisonnables et assureraient une bonne répartition dans le temps du travail et donc assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié* ». La conséquence est implacable : l'employeur a manqué à son obligation de sécurité.

D'abord, sans surprise la décision commentée reprend la jurisprudence Air France quant à l'obligation de sécurité : « *Ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des tra-*

vailleurs l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail » (*Cass. soc.*, 25 nov. 2015, n° 14-24.444 : *JCP S* 2016, 1011, note M. Babin). Il appartient donc à l'employeur d'apporter les éléments justificatifs, soit de prouver qu'il a bien pris les dispositions suffisantes dans le cadre législatif ainsi rappelé. En sa qualité de défendeur, il aura donc clairement la charge de rapporter la matérialité du dispositif et/ou des mesures adoptés. Mais de quelles mesures s'agit-il ici ?

Le litige se focalise sur l'amplitude et la charge de travail du salarié. Aujourd'hui l'article L. 3121-60 (disposition d'ordre public) du Code du travail précise au regard des conventions de forfait en jours que l'employeur doit s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail. En la matière, le champ de la négociation collective est ouvert à l'article L. 3121-64 du même code, avec des mentions particulières sur la charge de travail (*V. II de l'article*). À défaut de stipulations issues d'un accord collectif, l'employeur peut conclure une convention individuelle de forfait en jours, à la condition, entre autres, de prendre en compte la charge de travail (*V. C. trav.*, art. L. 3121-65). Pour autant, l'ensemble de ces textes est 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 (dite loi Travail) et les faits de l'espèce commentée sont antérieurs. Mais dans ce cadre, la Cour de cassation a eu l'occasion de rendre plusieurs décisions sur l'équilibre de l'amplitude et de la charge de travail d'un salarié soumis au régime d'une convention de forfait en jours.

Dans un arrêt rendu le 24 avril 2013, elle précise que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires. En l'espèce, elle constate qu'aucun accord concernant la situation du salarié soumis à une convention de forfait en jours n'était de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, donc à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié. Elle prononce alors la nullité de la convention de forfait en jours (*Cass. soc.*, 24 avr. 2013, n° 11-28.398 : *JurisData* n° 2013-007954 ; *Bull. civ. V*, n° 117). Concrètement, la Cour de cassation a estimé qu'un accord national dont certaines dispositions concernant l'amplitude des journées de travail et la charge de travail qui en résultait, et qui prévoyait seulement qu'il appartenait aux salariés de tenir compte des limites journalières et hebdomadaires et d'organiser leurs actions dans ce cadre et en cas de circonstances particulières d'en référer à leur hiérarchie de rattachement, ne respectaient pas les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs (*Cass. soc.*, 11 juin 2014, n° 11-20.985 : *Bull. civ. V*, n° 137). Plus récemment encore, elle a rappelé que toute convention de forfait en jours devait être prévue par un accord collectif avec des stipulations assurant la garantie du respect des durées raisonnables de travail (*Cass. soc.*, 24 mars 2021, n° 19-12.208 : *JurisData* n° 2021-003770 ; *JCP S* 2021, 1132, note L. Bento de Carvalho). Observant un accord sur le temps de travail dans des établissements bancaires, elle a admis comme élément de justification, un « *suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable* » (*Cass. soc.*, 13 oct. 2021, n° 19-20.561 : *JurisData* n° 2021-016139 ; *JCP E* 2022, 1162, note E. Jeansen).

Au fil du parcours de ces décisions, le constat qui s'impose est particulièrement net et l'arrêt du 2 mars 2022 s'insère pleinement dans la ligne jurisprudentielle : l'employeur doit justifier son action, soit ici, dans le cadre des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur, veiller au respect d'un équilibre rationnel quant à l'amplitude et la charge de travail du salarié conco-

mitamment à la bonne répartition du temps de travail. Pourrait-on voir dans le fil de sa nécessaire conduite un principe de « *justification* » ? La mécanique est en parfaite adéquation avec les règles législatives contemporaines. Le contrôle de l'employeur sera régulier et effectif, il en a l'initiative et la charge de l'établir.

François DUMONT,
professeur à l'université de Lille

MOTS-CLÉS : *Durée du travail - Convention de forfait en jours - Charge de travail - Amplitude de travail*

TEXTES : *C. trav., art. L. 4121-1*

JURISCLASSEUR : *Travail Traité, fasc. 20-10*

AUTRES PUBLICATIONS LEXISNEXIS : *Fiche pratique n° 3965 : Mettre en œuvre le forfait en jours sur l'année dans l'entreprise, par Sandrine Henrion. – D.O., étude S-3520*

Redressement et liquidation judiciaires

1139 PSE : Non-cumul de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse avec l'indemnité due en cas d'annulation de la décision d'homologation

Solution. – Il est impossible de cumuler l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse avec l'indemnité prévue à la suite de l'annulation d'une décision d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans la mesure où elles réparent le même préjudice.

Impact. – Il résulte de l'arrêt rapporté qu'en matière de plan de sauvegarde de l'emploi élaboré dans une entreprise en liquidation judiciaire, la démonstration concrète d'un préjudice est une condition essentielle à l'ouverture de dommages-intérêts distincts de ceux versés pour réparer le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cass. soc., 16 févr. 2022, n° 20-14.969 et n° 20-14.970, B : JurisData n° 2022-001869

LA COUR – (...)

Sur les premier et troisième moyens, réunis

Énoncé du moyen

8. Les salariés font grief aux arrêts de rejeter leurs demandes en fixation au passif de la liquidation judiciaire de la société Mory Ducros d'une créance de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sur le fondement des articles L. 1233-4 et L. 1235-3 du code du travail (...)

9. Les salariés font encore grief aux arrêts de rejeter leur demande subsidiaire fondée sur la non-application des critères d'ordre (...)

Réponse de la Cour

10. En premier lieu, selon l'alinéa 5 de l'article L. 1233-58, II, du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, en vigueur du 1^{er} juillet 2013 au 1^{er} juillet 2014, en cas de licenciements intervenus en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou en cas d'annulation d'une décision ayant procédé à la validation de l'accord collectif ou à l'homologation du document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

11. Cette indemnité est due quel que soit le motif d'annulation de la décision administrative ayant procédé à la validation de l'accord collectif ou à l'homologation du document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire, laquelle ne prive pas les licenciements économiques intervenus à la suite de cette décision de cause réelle et sérieuse.

12. Cette indemnité, qui répare le préjudice résultant pour les salariés du caractère illicite de leur licenciement, ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui répare le même préjudice lié à la perte injustifiée de l'emploi.

13. En second lieu, l'inobservation des règles de l'ordre des licenciements, qui n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, consti-

tue une illégalité qui entraîne pour le salarié un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte de son emploi, sans cumul possible avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou avec l'indemnité prévue par l'article L. 1233-58, II, alinéa 5, du code du travail.

14. La cour d'appel, qui a constaté que la décision d'homologation du document unilatéral prise par la Direccte avait été annulée par arrêt de la cour administrative d'appel devenu irrévocable, a retenu à bon droit que le préjudice résultant pour les salariés du caractère illicite de leur licenciement était déjà réparé par l'indemnité allouée en application de l'article L. 1233-58, II, et qu'ils ne pouvaient dès lors être indemnisés une seconde fois, de sorte qu'ils devaient être déboutés de leurs demandes en paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages-intérêts supplémentaires pour non-respect du périmètre d'application des critères d'ordre.

15. Le moyen n'est donc pas fondé.

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche

Énoncé du moyen

16. Les salariés font grief aux arrêts de limiter leur créance au passif de la liquidation judiciaire de la société Mory Ducros au titre de l'annulation de l'homologation administrative du plan de sauvegarde de l'emploi aux sommes énoncées au dispositif du jugement entrepris, et de les débouter du surplus de leurs demandes, alors « qu'en cas de licenciements intervenus en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou en cas d'annulation d'une décision ayant procédé à la validation ou à l'homologation, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois ; que, si l'article L. 1233-58, II, du code du travail fixe ainsi un seuil minimal d'indemnisation, les juges du fond n'en doivent pas moins réparer l'entier préjudice subi par le salarié résultant de l'annulation de l'homologation administrative du plan de sauvegarde de l'emploi, en tenant compte de la situation personnelle du salarié (âge, ancienneté, situation de famille...) ; qu'en allouant dès lors à tous les salariés exposants une indemnité forfaitaire correspondant aux salaires des six derniers mois, la cour d'appel qui n'a pas apprécié l'étendue du préjudice subi par chacun des salariés à l'aune de leur situation personnelle et professionnelle particulière, ainsi qu'en considération de leur ancienneté et de leur capacité à retrouver un emploi- a procédé à une évaluation forfaitaire des préjudices, en violation du texte susvisé en sa rédaction applicable litige, ensemble le principe de la réparation intégrale du préjudice ».

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 1233-58, II, du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, en vigueur du 1^{er} juillet 2013 au 1^{er} juillet 2014 :

17. Il résulte de ce texte que la perte injustifiée de son emploi par le salarié licencié en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation, ou en cas d'annulation d'une décision ayant procédé à la validation de l'accord collectif ou à l'homologation du document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue.

18. Pour limiter aux sommes énoncées dans le dispositif des jugements la créance des salariés au passif de la liquidation judiciaire de la société Mory Ducros, la cour d'appel a retenu que le conseil de prud'hommes a fait une

Ndlr : Cette note est parue dans *JCP G 2022, act. 430 ; V. également Act. proc. coll. 2022, alerte 92 L. Fin-Langer.*

exacte appréciation du montant de l'indemnité allouée pour chacun des salariés en application dudit article L. 1233-58, II, du code du travail, en la fixant au salaire des six derniers mois.

19. En statuant ainsi, sans apprécier l'étendue du préjudice subi par chacun des salariés au vu de leur situation personnelle et professionnelle particulière respective, la cour d'appel, qui a procédé à une évaluation forfaitaire des préjudices, a violé le texte susvisé.

Portée et conséquences de la cassation

20. La cassation du chef de dispositif confirmant les jugements en ce qu'ils fixent à six mois de salaire la créance des salariés au passif de la liquidation judiciaire de la société Mory Ducros à titre de dommages-intérêts en application de l'article L. 1233-58, II, du code du travail n'emporte pas cassation du chef de dispositif confirmant les jugements en ce qu'ils disent le licenciement des salariés pour motif économique dépourvu de cause réelle et sérieuse en raison du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement.

Par ces motifs (...):

● Casse et annule, mais seulement en ce qu'ils fixent la créance des salariés au passif de la liquidation judiciaire de la société Mory Ducros à différentes sommes à titre de dommages-intérêts au titre de l'annulation de l'homologation administrative du plan de sauvegarde de l'emploi, les arrêts rendus le 5 février 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; (...) renvoie devant la cour d'appel de Grenoble (...)

NOTE

Contexte. – La détermination des préjudices réparables et des modalités de la réparation de ces préjudices subis par les salariés licenciés pour motif économique à la suite de l'annulation de l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi alimente un contentieux régulier (*P. Morvan, Restructurations en droit social : LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 5^e éd. n° 1184 et s., p. 886*). À ce titre, un tel contentieux est de nature à illustrer la difficile conciliation de règles issues de plusieurs disciplines, le droit du travail, le droit commun des contrats, le droit de la responsabilité et, le cas échéant, le droit des entreprises en difficulté (*V. not. J.-S. Borghetti, Quels préjudices réparables et quels responsables en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ? : RDC juin 2021, n°200a1, p. 31*). Au terme de l'arrêt rapporté ayant trait à l'affaire Mory Ducros (*également : Cass. soc., 16 févr. 2022, n° 20-16.216*), si médiatisée, la chambre sociale de la Cour de cassation se prononce notamment sur la question de savoir s'il est possible de cumuler l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse avec l'indemnité prévue en cas d'annulation d'une décision d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

En l'espèce, la société Mory Ducros a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire puis de liquidation judiciaire. Par jugement du 6 février 2014, le tribunal de commerce de Lyon a prononcé la liquidation judiciaire de la société Mory Ducros avec poursuite d'activité pendant 3 mois, et arrêté le plan de cession de cette société au profit de la société Arcole industries, la société Mory Global créée à cet effet procédant à la reprise des contrats de travail de 2 029 salariés et à la création de 48 postes. Dans ce cadre, un plan de sauvegarde de l'emploi (document unilatéral) a été homologué le 3 mars 2014 par la Direccte. Les licenciements pour motif économique ont été notifiés aux salariés à compter du 13 mars 2014 jusqu'au 15 janvier 2015. La décision d'homologation a été annulée par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise le 7 juillet 2014. Ce jugement a été confirmé par la cour administrative d'appel par arrêt du 22 octobre 2014 au motif que le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements devait être apprécié au niveau de l'entreprise et non de chaque agence. Cette décision est devenue définitive par suite de l'arrêt du Conseil d'État du 7 décembre 2015 (*CE, 7 déc. 2015, n° 386582 : JurisData n° 2015-027540*). Il convient de noter que, par jugement en date du 10 février 2015, le tribunal de commerce a ouvert la procédure de redres-

sement judiciaire de la société Mory Global, puis par jugement du 31 mars 2015, celui-ci a prononcé la liquidation judiciaire de ladite société. Ceci posé, les salariés ont contesté le caractère réel et sérieux de leur licenciement. Le conseil de prud'hommes de Lyon a inscrit au passif de la liquidation judiciaire, d'une part, les créances respectives de dommages-intérêts au titre de l'annulation de l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi et, d'autre part, les créances respectives de dommages-intérêts au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements. Par arrêts en date du 5 février 2020, la cour d'appel de Lyon a rejeté le cumul d'indemnités et ce faisant les demandes relatives aux dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Clarté et pédagogie. – Avec clarté et pédagogie, la Cour de cassation confirme l'analyse des juges d'appel quant à l'identification de la nature des indemnités versées aux salariés licenciés aux fins d'éviter le cumul d'indemnisation d'un même préjudice, en fondant son raisonnement sur les dispositions des articles L. 1233-58, II, alinéa 5 et L. 1235-3 du Code du travail. En premier lieu, la chambre sociale énonce qu'« en cas de licenciements intervenus en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou en cas d'annulation d'une décision ayant procédé à la validation de l'accord collectif ou à l'homologation du document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois ». Elle précise qu'une telle indemnité est due quel que soit le motif d'annulation de la décision administrative ayant procédé à la validation de l'accord collectif ou à l'homologation du document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi établi dans une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire, laquelle ne prive pas les licenciements économiques intervenus à la suite de cette décision de cause réelle et sérieuse. La Cour régulatrice en déduit que cette indemnité qui répare le préjudice résultant pour les salariés du caractère illicite de leur licenciement, ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui répare le même préjudice lié à la perte injustifiée de l'emploi. En second lieu, la chambre sociale souligne que « l'inobservation des règles de l'ordre des licenciements, qui n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse constitue une illégalité qui entraîne pour le salarié un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte de son emploi, sans cumul possible avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou avec l'indemnité prévue par l'article L. 1233-58, II, alinéa 5, du Code du travail ». Toutefois, les arrêts d'appel sont censurés partiellement en ce qu'ils ont procédé à une évaluation forfaitaire des préjudices à 6 mois de salaire alors qu'il convenait d'apprécier l'étendue du préjudice subi par chaque salarié, au vu de leur situation personnelle et professionnelle.

La chambre sociale de la Cour de cassation met à profit l'arrêt rendu le 16 février 2022 pour confirmer sa position en cas d'identité d'objet des indemnités allouées aux salariés licenciés à l'occasion d'un plan de sauvegarde de l'emploi ainsi que sur l'exigence d'une réparation intégrale du préjudice subi par les salariés concernés.

1. La détermination du préjudice indemnisé

Absence de double indemnisation du même préjudice. – L'argumentation au soutien du pourvoi reposait sur l'idée selon laquelle « l'indemnité prévue par l'article L. 1233-58, II, alinéa 5, du Code du travail qui indemnise l'irrégularité du licenciement, donc le préjudice né de l'annulation de la décision ayant procédé à la validation ou à l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi ne répare pas le préjudice subi par le salarié en raison de la perte injustifiée de l'emploi, qui est, quant à lui réparé par l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 du Code du

travail ». Cela étant, en l'absence de disposition contraire, ces deux indemnités, qui ont vocation à réparer deux chefs de préjudices distincts et chacun intrinsèquement indemnisable, devaient être cumulables. La Cour de cassation ne retient pas cette solution. Selon elle, ces indemnités ont le même objet dans la mesure où elles réparent le même préjudice lié à la perte injustifiée de l'emploi. En effet, l'indemnité due en réparation du préjudice lié à l'annulation de la décision administrative de validation de l'accord collectif ou d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, établi dans une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire, ne prive pas les licenciements pour motif économique intervenus à la suite de cette décision de cause réelle et sérieuse. Cette indemnité répare le préjudice résultant pour les salariés du caractère illicite de leur licenciement et ne se cumule pas, selon la Cour régulatrice, avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui répare le même préjudice lié à la perte injustifiée de l'emploi.

Confirmation de jurisprudence. – L'analyse effectuée par la chambre sociale de la Cour de cassation ne saurait surprendre dans la mesure où l'arrêt commenté se situe en droite ligne de la jurisprudence antérieure. En effet, la Cour régulatrice a rappelé à plusieurs reprises que le principe de la réparation intégrale conduisait à réparer tout le préjudice subi et à interdire d'accorder une réparation supérieure au dommage (V. not. Cass. soc., 14 sept. 2017, n° 16-11.563 : *JurisData* n° 2017-017658). Dans cette perspective, par un arrêt remarqué notamment par sa portée doctrinale en date du 27 janvier 2021 (Cass. soc., 27 janv. 2021, n° 18-23.535, PRI : *JurisData* n° 2021-000673 ; JCP S 2021, 1059, note Q. Chatelier), la Cour de cassation a censuré les arrêts d'appel qui aboutissaient à réparer deux fois le même préjudice. À cette occasion, pour la première fois, la chambre sociale a donné une définition de l'indemnité de licenciement. Reprenant la formule déjà élaborée par la deuxième chambre civile (V. not. Cass. 2^e civ., 11 oct. 2007, n° 06-14.611. – Cass. 2^e civ., 7 avr. 2011, n° 10-30.566 : *JurisData* n° 2011-005588), elle a énoncé qu'« il résulte de l'article L. 1234-9 du Code du travail que l'indemnité de licenciement, dont les modalités de calcul sont forfaitaires, est la contrepartie du droit de l'employeur de résiliation unilatérale du contrat de travail ». Trouvant sa source non dans l'exécution du contrat de travail mais dans sa rupture (V. Cass. soc., 22 mai 1986, n° 83-42.341 : *JurisData* n° 1986-001113. – Cass. soc., 20 oct. 1988, n° 85-45.11), l'indemnité de licenciement n'est pas la contrepartie d'un travail fourni et ne constitue donc pas un salaire. Elle a la nature de dommages-intérêts (Cass. soc., 14 mars 1991, n° 89-10.366). Dans le prolongement, l'arrêt du 27 janvier 2021 a considéré, sur le fondement de l'article L. 1235-3 du Code du travail que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse répare le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte de l'emploi. Autrement dit, les dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui ont vocation à réparer le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte de l'emploi ont pour origine, le caractère injustifié de la rupture du contrat de travail et pour objectif, la réparation du préjudice causé au salarié occasionné par un manquement de l'employeur. Force est de convenir que l'arrêt du 16 février 2022 ne nous renseigne pas plus que celui du 27 janvier 2021 sur la signification de la formule retenue, « préjudice lié à la perte injustifiée de l'emploi ». S'il est entendu qu'il ne s'agit pas du simple fait de perdre de son emploi, fait qui n'est pas en soi illicite, la Cour de cassation ne précise pas clairement en quoi consiste ce préjudice. S'agit-il d'un préjudice moral, d'un préjudice économique ou en définitive des deux ? En tout état de cause, « la perte d'emploi ne constitue pas par essence un préjudice au sens de la responsabilité civile, mais elle peut en devenir un lorsqu'elle a été causée dans certaines circonstances » (J.-S. Borghetti, *Quels préjudices réparables et quels responsables en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ?*, préc., p. 33). Comme le souligne fort justement le professeur Grégoire Loi-

seau, « la perte de chance ne peut être le moyen de créer l'apparence d'un dommage qui, en réalité, a déjà été indemnisé à un autre point de vue : l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse étant due dès lors que l'une ou l'autre des parties refuse la réintégration du salarié dans l'entreprise (C. trav., art. L. 1235-3) » (V. G. Loiseau, *La responsabilité extracontractuelle : un tigre de papier dans l'arène des licenciements économiques* : SSL 8 mars 2021, n° 1944, p5).

Indemnisation du préjudice causé par l'inobservation des règles de l'ordre des licenciements. – La Cour de cassation ajoute que « l'inobservation des règles de l'ordre des licenciements qui n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, constitue une illégalité qui entraîne pour le salarié un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte de son emploi, sans cumul possible avec l'indemnité sans cause réelle et sérieuse ou avec l'indemnité prévue par l'article L. 1233-58, II, alinéa 5 du Code du travail ». Une telle affirmation ne saurait surprendre. Il importe de préciser sur ce point que la grille de lecture fournie par la jurisprudence est bien établie. Tout d'abord, le juge qui évalue souverainement le préjudice subi peut constater que le manquement de l'employeur n'avait pas occasionné pour le salarié une perte d'une chance de conserver son emploi. Ensuite, l'existence du préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (V. not. Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 17-18.136 : *JurisData* n° 2020-002441). Enfin, il ne peut être alloué au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, en plus de l'indemnité fixée à ce titre pour réparer l'intégralité du préjudice subi à la suite de la perte injustifiée de son emploi, des dommages-intérêts pour inobservation de l'ordre des licenciements (V. not. Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 98-41.384 : *JurisData* n° 1999-003359. – Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-23.089 : *JurisData* n° 2013-025860).

2. La réparation de l'entière du préjudice

Exigence d'une réparation intégrale du préjudice subi. – L'arrêt commenté permet à la chambre sociale de la Cour de cassation de rappeler l'exigence d'une réparation intégrale du préjudice subi par les salariés licenciés. Il s'agit d'un principe essentiel du droit de la responsabilité civile exprimé par la formule selon laquelle « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu » (Cass. 2^e civ., 16 déc. 1970, n° 69-12.617). Concrètement, la réparation intégrale du préjudice présente deux facettes, la réparation du préjudice dans son entièreté et la réparation du seul préjudice. Il importe de noter que le principe de la réparation intégrale est aujourd'hui consacré comme un principe général du droit visé en tant que tel, indépendamment de tout texte, par les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation (V. Cass. soc., 2 avr. 2014, n° 12-28.616 : *JurisData* n° 2014-006488 ; JCP G 2014, 686, note J. Colonna et V. Renaux-Personnic. – Cass. soc., 14 sept. 2017, n° 16-11.563 : *JurisData* n° 2017-017658).

Appréciation de l'étendue du préjudice subi par chacun des salariés. – En la matière, l'arrêt commenté se révèle d'un grand classicisme. En effet, la chambre sociale précise qu'il résulte de l'article L. 1233-58, II du Code du travail, dans sa version applicable au litige, que la perte injustifiée de son emploi par le salarié licencié en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation, ou en cas d'annulation d'une décision ayant procédé à la validation de l'accord collectif ou à l'homologation du document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue. Bien plus, en soulignant qu'en dépit de la fixation d'un seuil minimal d'indemnisation de 6 mois (V. not. Cass. soc., 25 mars 2020, n° 18-23.692 : *JurisData*

n° 2020-004515 ; JCP S 2020, 2056, note. L. Fin-Langer), l'article L. 1233-58, II du Code du travail invite le juge à apprécier l'étendue du préjudice subi par chacun des salariés, résultant de l'annulation de la décision de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi, la Cour régulatrice met en exergue la nécessité pour le juge de tenir compte d'un certain nombre de critères relatifs à la situation personnelle, familiale et professionnelle du salarié. Dans l'affaire Mory Ducros, les juges d'appel avaient procédé à une évaluation forfaitaire des préjudices et alloué à tous les salariés une indemnité forfaitaire correspondant aux salaires des 6 derniers mois. La chambre sociale rappelle sur ce point qu'une telle évaluation forfaitaire des préjudices est incompatible avec les exigences de l'article L. 1233-58, II du Code du travail. Autrement dit, si le principe de la réparation intégrale interdit d'accorder une réparation supérieure au dommage, il conduit à réparer tout le préjudice subi. Présentant la force de l'évi-

dence, le rappel formulé par l'arrêt commenté se révèle indubitablement salutaire.

Gilles DEDESSUS-LE-MOUSTIER,
maître de conférences HDR,
faculté de droit et de science politique de Rennes, IODE

MOTS-CLÉS : Redressement et liquidation judiciaires - Licenciement pour motif économique - PSE - Non-cumul indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et indemnité due en cas d'annulation de la décision d'homologation

Licenciement pour motif économique - Redressement et liquidation judiciaires - PSE - Non-cumul indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et indemnité due en cas d'annulation de la décision d'homologation

TEXTES : C. trav., art. L. 1233-58, réd. applicable au litige, en vigueur du 1^{er} juillet 2013 au 1^{er} juillet 2014

JURISCLASSEUR : Travail Traité, fasc. 31-2 et 31-3, par Patrick Morvan

Salariés protégés

1140 Annulation de l'autorisation de licenciement d'un salarié protégé : le surcoût fiscal n'est pas un préjudice réparable

Solution. – Il résulte de l'article L. 2422-4 du Code du travail que lorsque l'annulation d'une décision d'autorisation est devenue définitive, le salarié, titulaire d'un mandat, a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice, tant matériel que moral, subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration, s'il en a formulé la demande dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision.

Il résulte de l'article 1241 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et du principe de réparation intégrale du préjudice que la réparation du préjudice doit être intégrale, sans perte ni profit. Les dispositions fiscales frappant les revenus sont sans incidence sur les obligations des personnes responsables du dommage et le calcul de l'indemnisation de la victime.

Impact. – En application de l'article L. 2422-4 du Code du travail l'indemnité due au salarié est assujettie à l'impôt sur les revenus salariaux des personnes physiques. Perçue en une seule fois par l'intéressé, l'indemnité entre intégralement dans l'assiette d'imposition de l'année fiscale considérée, et par le jeu du barème progressif, le salarié subit une majoration d'impôt. L'arrêt décide que cette majoration n'est pas un préjudice réparable.

Cass. soc., 6 avr. 2022, n° 20-22.918, F-B : JurisData n° 2022-005205

LA COUR – (...)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Nancy, 12 novembre 2020), M. [U], engagé à compter du 1^{er} octobre 2001 par la société XPO Supply Chain (la société) en qualité de conducteur routier, occupant en dernier lieu un poste de magasinier cariste, titulaire de différents mandats, a été licencié le 19 novembre 2013. À l'issue des recours devant les juridictions administratives, il a été réintégré le 1^{er} février 2016 au poste de cariste.

2. Le 6 février 2017, il a saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir diverses sommes concernant la période entre son licenciement et sa réintégration, notamment une somme à titre de dommages-intérêts pour majoration d'impôt sur le revenu.

Examen des moyens

Sur les premier, deuxième, troisième, cinquième et sixième moyens, ci-après annexés

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le quatrième moyen

Énoncé du moyen

4. La société fait grief à l'arrêt de la condamner au paiement d'une somme à titre de dommages-intérêts pour majoration de l'impôt sur le revenu, alors « que lorsque l'annulation d'une décision d'autorisation est devenue définitive, le salarié protégé a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration, s'il en a formulé la demande dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision ; que la majoration de l'impôt sur le revenu qui est dû au titre de cette indemnité ne constitue pas un préjudice réparable ; qu'en mettant à la charge de l'employeur la majoration de l'impôt sur le revenu de M. [U] résultant du versement en une seule fois de cette indemnité représentant près de deux années de salaire, la cour d'appel a violé l'article L. 2422-4 du code du travail ».

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 2422-4 du code du travail, l'article 1241 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et le principe de réparation intégrale du préjudice :

5. Il résulte du premier de ces textes que lorsque l'annulation d'une décision d'autorisation est devenue définitive, le salarié, titulaire d'un mandat, a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice, tant matériel que moral, subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration, s'il en a formulé la demande dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision.

6. Il résulte du second de ces textes et du principe susvisé que la réparation du préjudice doit être intégrale, sans perte ni profit.

7. Pour faire droit à la demande de dommages-intérêts pour majoration d'impôt sur le revenu présentée par le salarié, réintégré après annulation définitive de l'autorisation de licenciement, l'arrêt retient que le salarié justifie, par la production de ses avis d'imposition 2015, 2016 et 2017 et de simulations pour ces mêmes années, qu'il a subi un surcoût d'impôt de 2 136 euros, lequel se trouve être la conséquence du versement par l'employeur de l'indemnisation, ayant pesé sur une seule et même année d'imposition (2017, pour les revenus 2016), alors que cette somme, s'il n'y avait pas eu éviction, aurait été étalée sur les années concernées, n'entraînant pas de surcoût d'impôt, de sorte que, cette charge étant directement en lien avec le versement de l'indemnisation de l'éviction fautive, l'employeur sera condamné à verser ce montant au salarié en réparation du préjudice causé.

8. En statuant ainsi, alors que les dispositions fiscales frappant les revenus sont sans incidence sur les obligations des personnes responsables du dommage et le calcul de l'indemnisation de la victime, la cour d'appel a violé les textes et principe susvisés.

Portée et conséquences de la cassation

9. Après avis donné aux parties, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, il est fait application des articles L. 411-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile.

10. L'intérêt d'une bonne administration de la justice justifie, en effet, que la Cour de cassation statue au fond.

11. Le salarié doit être débouté de sa demande de dommages-intérêts au titre de la majoration d'impôt sur le revenu.

12. La cassation du chef de dispositif condamnant la société à payer au salarié une somme à ce titre n'emporte pas cassation des chefs de dispositif de l'arrêt condamnant l'employeur aux dépens ainsi qu'au paiement d'une somme au

titre de l'article 700 du code de procédure civile, justifiées par d'autres condamnations prononcées à l'encontre de celui-ci et non remises en cause.

13. Il convient de condamner la société qui succombe pour l'essentiel aux dépens ainsi qu'au paiement d'une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Par ces motifs, la Cour :

- Casse et annule, mais seulement en ce qu'il condamne la société XPO Supply Chain à payer à M. [U] la somme de 2 136 euros à titre de dommages-intérêts pour majoration de l'impôt sur le revenu, l'arrêt rendu le 12 novembre 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy (...)

NOTE

Deux règles prétoriennes. – Cet arrêt applique à l'indemnisation des salariés protégés dont le licenciement a été annulé deux règles prétoriennes déjà consacrées dans d'autres branches du droit : le principe de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit et l'absence d'incidence des dispositions fiscales frappant les revenus sur les obligations des personnes responsables du dommage et le calcul de l'indemnisation de la victime.

1. Le principe de la réparation intégrale du préjudice

Une annulation indemnisée. – En l'espèce le salarié protégé avait exercé divers recours administratifs qui avaient abouti à l'annulation de l'autorisation de licenciement et à la réintégration de l'intéressé dans son emploi en application de l'article L. 2422-1 du Code du travail. Aux termes de l'article L. 2422-4 du même code, l'annulation définitive d'une décision d'autorisation de licenciement oblige l'employeur à verser au salarié une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration s'il en a formulé la demande dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision. Tel était le cas dans ce litige.

Préjudice matériel et moral. – Il est de jurisprudence bien établie que le salarié placé dans cette situation a droit au paiement par l'employeur d'une indemnité correspondant non seulement au préjudice matériel qu'il a subi mais aussi au préjudice moral (*Cass. soc.*, 30 nov. 1994, n° 93-42.841 : *Bull. civ. V*, n° 322 ; *RJS* 1995, n° 42). Le préjudice matériel correspond, notamment, aux rémunérations que le salarié aurait perçues pendant la période considérée s'il avait continué à travailler (*Cass. soc.*, 30 nov. 2004, n° 01-44.739 : *JCP E* 2005, *doctr.* 166, *note J.-F. Cesaro* ; *Dr. ouvrier* 2005, p. 403, *note F. Saramito* ; *RJS* 2005, n° 177), aux primes et indemnités auxquelles il aurait pu prétendre s'il n'avait pas été licencié (*Cass. soc.*, 18 mai 2005, n° 02-40.370 : *JurisData* n° 2005-028455 ; *Bull. civ. V*, n° 172), à la perte du bénéfice d'une mutuelle (*Cass. soc.*, 10 nov. 2021, n° 20-10.963 : *JurisData* n° 2021-018022 ; *RJS* 2022, n° 23), et aux frais de transport lorsqu'ils constituent un avantage lié à l'emploi (*Cass. soc.*, 2 mars 2017, n° 15-25.273 : *RJS* 2017, n° 351). Quant au préjudice moral, celui-ci doit être indemnisé de manière autonome et ne saurait être couvert par l'indemnité allouée en réparation du préjudice matériel (*Cass. soc.*, 12 nov. 2015, n° 14-10.640 : *JurisData* n° 2015-025106 ; *JCP S* 2015, 1007, *note J.-Y. Kerbourc'h* ; *Cah. soc.* 2016, n° 281, p. 29, *note F. Canut* ; *RJS* 2016, n° 46).

En l'espèce la cour d'appel avait admis la réparation du préjudice matériel lié à la perte des salaires pour la période comprise entre le licenciement du salarié et sa réintégration, y compris les congés payés, ainsi qu'une indemnité pour perte de la complémentaire santé, une autre pour des jours de formation non acquis, et la réparation du préjudice moral découlant de son éviction de l'entreprise qui avait eu sur lui des répercussions négatives sur le plan psychologique et sur

son train de vie (*CA Nancy, ch. soc.*, 2^e sect., 12 nov. 2020, n° 20/00413).

En outre, l'intéressé avait obtenu le remboursement du surcoût de son impôt sur le revenu résultant du versement en une fois, par son employeur, de sommes dues au titre de la période d'éviction. C'est ce chef d'indemnisation, qualifié par le demandeur de « *reliquat de préjudice matériel* », que le pourvoi contestait au motif qu'une majoration de l'impôt sur le revenu ne peut être réparée. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel.

Une indemnité assimilée à un salaire. – En droit, le litige a pour ferment le texte de l'article L. 2422-4 du Code du travail qui dispose que le paiement des sommes dues au titre du préjudice subi par le salarié « *s'accompagne du versement des cotisations afférentes à cette indemnité qui constitue un complément de salaire* ». L'indemnité qui est assujettie à l'impôt sur les revenus salariaux, entre dans l'assiette d'imposition de l'année fiscale au cours de laquelle elle est versée, et par le jeu du barème progressif, majore l'impôt dû. C'est pourquoi le salarié avait obtenu la somme de 2 136 € en réparation du surcoût d'impôt lié à la perception de l'équivalent de plusieurs années de salaires au cours de la même année fiscale.

Tout le préjudice rien que le préjudice. – La Cour de cassation rappelle, sur le fondement de l'article 1241 du Code civil (« *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* »), que la « *réparation du préjudice doit être intégrale, sans perte ni profit* ». Ce principe cardinal de la responsabilité civile extracontractuelle consiste, selon une formule classique systématiquement reproduite dans les visas des arrêts de la Cour de cassation depuis 1954, « *à rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* » (*Cass. 2^e civ.*, 28 oct. 1954 : *Bull. civ. II*, n° 328 ; *JCP G* 1955, II, 8765, *note R. Savatier* ; *RTD civ.* 1955, p. 324, *obs. H. Mazeaud et L. Mazeaud*. – *J.-F. Cesaro, Le préjudice en droit du travail* : *RJS* 12/2019, p. 827). Nous avons déjà dit que la règle « *tout le préjudice et rien que le préjudice* » est appliquée de longue date par la chambre sociale de la Cour de cassation qui exige que soit réparée la totalité du préjudice matériel et moral subi par le salarié dont l'autorisation de licenciement est annulée. Au demeurant, telle était bien la volonté des rédacteurs de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 dont l'article L. 2422-4 du Code du travail est initialement issu, puisque le ministre du Travail avait déclaré lors des débats à l'Assemblée nationale que « *pour clarifier la jurisprudence à venir (...) je précise qu'il appartient à l'entreprise de verser une indemnité au salarié qui aurait subi un préjudice en matière de revenus. Mais c'est au juge à décider pour les autres formes de préjudice, y compris le préjudice moral* » (*JOAN Débat*, 8 juin 1982, 1^{re} séance, p. 3095).

2. L'exclusion du surcoût d'impôt du préjudice réparable

Neutralité des dispositions fiscales. – Pour autant tous les préjudices ne sont pas indemnisables comme l'illustre l'arrêt commenté. Car la Cour de cassation vise aussi un autre principe qu'elle a déjà maintes fois rappelé, selon lequel les dispositions fiscales frappant les revenus ne doivent pas avoir d'incidence sur les obligations des personnes responsables du dommage et le calcul de l'indemnisation de la victime. Cette règle de neutralité des dispositions fiscales évite, en pratique, que la victime ne soit moins bien indemnisée sous prétexte qu'elle a réalisé ou pourrait réaliser une économie d'impôt. Parmi les nombreux litiges tranchés par la Cour de cassation citons l'arrêt d'une cour d'appel qui fut cassé parce qu'elle avait évalué la perte de gains professionnels actuels d'une victime, qui exerçait une profession libérale, en appliquant à la perte d'honoraires bruts un abatte-

ment de 45 % de charges et impôts sur les sociétés que l'intéressé aurait dû payer s'il avait pu travailler (*Cass. 2^e civ.*, 5 mars 2020, n° 18-20.278). Dans le même sens, il a été jugé que des indemnités journalières pour pertes de gains professionnels actuels et futurs ne pouvaient être fixées sur la base d'un salaire déterminé après impôts (*Cass. crim.*, 17 mars 2020, n° 19-81.332 : *JurisData* n° 2020-004198). De même l'évaluation du préjudice économique de la veuve d'une victime d'un accident de la circulation doit prendre en compte les revenus du défunt et ceux de son épouse sans les abattements fiscaux de 10 % et 20 % (*Cass. 2^e civ.*, 8 juill. 2004, n° 03-16.173 : *JurisData* n° 2004-024582). Fut pareillement censuré, en droit commercial, l'arrêt d'une cour d'appel qui avait calculé le montant des dommages-intérêts dus par une société à une autre, en déduisant l'impôt sur les sociétés que générait le bénéfice net, lui-même résultant de la marge nette (*Cass. com.*, 7 avr. 1998, n° 95-20.634 : *JurisData* n° 1998-001805).

Des calculs évités. – Dans l'arrêt commenté l'application de cette règle avait joué contre les intérêts du salarié protégé. Mais en décider autrement obligerait les justiciables et les juges du fond à procéder à des calculs d'une grande complexité, parfois spéculatifs. Il faudrait d'abord reconstituer fictivement la base d'imposition des années précédentes et l'impôt correspondant aux salaires non perçus. Il faudrait ensuite retirer de cette base les revenus du travail ou les revenus de substitution versés au salarié sur lesquels il a réellement payé des impôts. La Cour de cassation juge en effet que le préjudice doit être déterminé en déduction des sommes que l'intéressé a pu percevoir pendant la période litigieuse, notamment les indemnités de chômage (*CA Metz*, 1^{er} févr. 1995 : *RJS* 1995, n° 917. – *Cass. soc.*, 28 oct. 2003, n° 01-40.762 : *JurisData* n° 2003-020668 ; *Bull. civ. V*, n° 263 ; *RJS* 2004, n° 91 ; *Dr. soc.* 2004, p. 118, note P.-Y. Verkindt. – *Cass. soc.*, 19 oct. 2005, n° 02-46.173 : *JurisData* n° 2005-030346 ; *Bull. civ. V*, n° 293 ; *JCP S* 2005, 1401, note P.-Y. Verkindt ; *RJS* 2006, n° 38. – *Cass. soc.*, 13 nov. 2008, n° 07-41.331 : *JurisData* n° 2008-045809 ; *JCP S* 2009, 1087, note J.-Y. Kerbourc'h ; *RJS* 2009, n° 195. – *Cass. soc.*, 19 mai 2010, n° 08-45.321 : *JurisData* n° 2010-006742 ; *RJS* 2010, n° 609), les revenus d'activités professionnelles (*Cass. soc.*, 2 mai 2001, n° 98-46.342 : *JurisData* n° 2001-009844 ; *RJS* 2001 n° 894. – *Cass. soc.*, 14 févr. 2007, n° 05-43.696 : *RJS* 2007, n° 633. – *Cass. soc.*, 19 mai 2010, *préc.* – *Cass. soc.*, 18 déc. 2013, n° 12-19.590 : *JurisData* n° 2013-029863), les pensions de retraite (*Cass. soc.*, 26 sept. 2007, n° 05-42.599 : *JurisData* n° 2007-040526 ; *JCP S* 2007, 1987, note B. Bossu ; *RJS* 2007, n° 1309. – *Cass. soc.*, 19 mai 2010, *préc.* – *Cass. soc.*, 8 juill. 2020, n° 17-31.291 : *JurisData* n° 2020-009790 ; *RJS* 2020, n° 485), et les pensions d'invalidité (*Cass. soc.*, 29 sept. 2014, n° 13-15.733 : *JurisData* n° 2014-022610 ; *JCP S* 2014, 1475, note M. d'Allende ; *RJS* 2014, n° 876). En outre, il faudrait prendre en considération les avantages fiscaux (impôts directs et indirects) dont l'intéressé a pu profiter au titre de sa situation de demandeur d'emploi ou de bénéficiaire de minima sociaux. Le résultat de ces différents calculs devrait ensuite être comparé avec l'impôt payé par le salarié au titre de l'année fiscale au cours de laquelle il a perçu l'indemnité afin de déterminer le montant du surcoût d'impôt. La solution de l'arrêt commenté évite ces difficultés.

Imposition d'un revenu différé. – De plus, le droit fiscal permet déjà de corriger facilement l'incidence du surplus d'impôt grâce au dispositif d'imposition des revenus différés (*CGI*, art. 163-0 A). Ces revenus sont ceux qui se rapportent, par leur date d'échéance normale, à une ou plusieurs années antérieures, mais dont le contribuable a eu la disposition au cours d'une même année, en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Lorsque le montant du revenu exceptionnel dépasse la moyenne des revenus nets d'après lesquels l'intéressé a été soumis à l'impôt sur le revenu au titre des trois dernières années, celui-ci peut demander que l'impôt correspondant soit calculé en ajoutant le quart du revenu exceptionnel net à son revenu net global imposable et en multipliant par quatre la cotisation supplémentaire ainsi obtenue. Ce dispositif est très couramment appliqué par les bénéficiaires de primes de départ volontaire qui sont expressément visés par l'article 163-0 A du Code général des impôts.

Sort fiscal du préjudice moral. – En application de l'article L. 2422-4 du Code du travail, la totalité de l'indemnité perçue par le salarié est soumise au régime juridique du salaire, y compris celle relative au préjudice moral qui ne répare pourtant pas une perte de revenus. Cette indemnité pour préjudice moral est donc assujettie aux cotisations de sécurité sociale (*dans ce sens*, V. BOSS, *Indemnités de rupture*, § 1940), et à l'impôt sur le revenu, ce qui est contestable car elle présente un caractère de dommages-intérêts en réparation d'un dommage sans rapport avec les rémunérations perdues. Or, en droit commun de la sécurité sociale « une somme représentative de dommages-intérêts indemnifiant un préjudice autre que la perte de salaire peut être exclue de l'assiette des cotisations » (BOSS, *Indemnités de rupture*, § 1960 et 1970). Et en droit fiscal seules sont imposées comme des traitements et salaires les indemnités, au-delà d'un million d'euros, perçues au titre du préjudice moral fixées par décision de justice (*CGI*, art. 80, al. 4).

Cette assimilation par la loi des indemnités réparant un préjudice moral à celles réparant le préjudice matériel au regard de leur régime social et fiscal, est la conséquence des maladresses des rédacteurs de la loi du 28 octobre 1982, dont le texte a fait l'objet de plusieurs amendements et sous-amendements après de nombreuses discussions et errements portant sur la question de savoir quelle devait être l'étendue du préjudice indemnifiable (*JOAN Débat*, 27 mai 1982, 2^e séance, p. 2702). Quoi qu'il en soit et en toute logique, les principes énoncés par l'arrêt commenté pour le préjudice matériel ne devraient pas non plus permettre de considérer comme réparable le surcoût d'impôt afférent à l'indemnité pour préjudice moral puisque celle-ci est également considérée comme un salaire imposable.

Jean-Yves KERBOURC'H,
professeur à l'université de Nantes

MOTS-CLÉS : Salariés protégés - Licenciement - Annulation de l'autorisation administrative - Préjudice réparable - Exclusion du surcoût fiscal

TEXTES : C. trav., art. L. 2422-4. – C. civ. art. 1241, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

JURISCLASSEUR : Travail Traité, fasc. 15-98, par Jean-Yves Kerbourc'h

AUTRES PUBLICATIONS LEXISNEXIS : Fiche pratique n° 703 : Licenciement un salarié protégé pour motif personnel. – D.O., étude S-2600 : Statut protecteur des représentants du personnel

Syndicats

1141 Désignation d'un membre suppléant du CSE en qualité de DS dans les entreprises de moins de 50 salariés

Solution. – Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, seul un membre suppléant du CSE disposant d'un crédit d'heures de délégation en application, soit des dispositions de l'article L. 2315-9 du Code du travail relatives à la mutualisation des heures de délégation entre les élus du CSE, soit des clauses du protocole préélectoral, soit du fait qu'il remplace momentanément un membre titulaire, soit enfin en application d'un accord collectif, peut être désigné en qualité de délégué syndical.

Impact. – La Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017. Elle est néanmoins amenée à tenir compte de la multiplication des cas dans lesquels le membre suppléant du CSE est effectivement bénéficiaire d'un tel crédit d'heures de délégation.

Cass. soc., 23 mars 2022, n° 20-16.333 : JurisData n° 2022-004195

LA COUR – (...)

Faits et procédure

1. Selon le jugement attaqué (tribunal judiciaire d'Evreux, 29 mai 2020), M^{me} [V], salariée du Syndicat d'eau du Roumois et du plateau du Neubourg, a été désignée déléguée syndicale du syndicat SCMDE/CFE CGC, par courrier du 26 avril 2020.

2. L'employeur a saisi, par requête du 6 mai 2020, le tribunal judiciaire d'une demande d'annulation de cette désignation.

Examen du moyen

Énoncé du moyen

3. La salariée et le syndicat SCMDE/CFE-CGC font grief au jugement d'annuler la désignation de celle-ci en qualité de déléguée syndicale, alors :

« 1° / que, dans les établissements qui emploient moins de cinquante salariés, les syndicats représentatifs dans l'établissement peuvent désigner, pour la durée de son mandat, un membre de la délégation du personnel au comité social et économique comme délégué syndical ; que sauf disposition conventionnelle, ce mandat n'ouvre pas droit à un crédit d'heures ; que ce texte n'interdit pas la désignation comme délégué syndical d'un membre suppléant du comité social et économique, sauf à ce dernier à ne pas bénéficier d'un crédit d'heures ; qu'en annulant la désignation de M^{me} [V] en qualité de déléguée syndicale au motif que celle-ci, en tant que membre suppléante du comité social et économique, ne disposait pas d'un crédit d'heures de délégation mensuel personnel et permanent, le tribunal judiciaire a violé l'article L. 2143-6 du code du travail ;

2° / que, en toute hypothèse, les membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique peuvent, chaque mois, répartir entre eux et avec les membres suppléants le crédit d'heures de délégation dont ils disposent ; que rien n'interdit à un membre titulaire de répartir ses heures de délégations avec un membre suppléant, de façon permanente et irrévocable ; qu'en affirmant pourtant que 'le législateur n'a pas prévu la possibilité pour un membre titulaire du CSE de renoncer par avance pour toute la durée de son mandat et de manière irrévocable à ses heures de délégation au profit d'un

membre suppléant', le tribunal judiciaire a violé l'article L. 2315-9 du code du travail ;

3° / que, en relevant que l'accord de partage des heures de délégation entre M. [M] et M^{me} [V] ne respectait pas le formalisme en ce qu'il ne comportait aucune indication sur le nombre d'heures réparties chaque mois jusqu'à la fin du mandat, cependant qu'aucun formalisme n'impose cette modalité particulière de répartition des heures de délégations, le tribunal judiciaire a violé l'article L. 2315-9 du code du travail ».

Réponse de la Cour

4. Aux termes de l'article L. 2143-6 du code du travail, dans les établissements qui emploient moins de cinquante salariés, les syndicats représentatifs dans l'établissement peuvent désigner, pour la durée de son mandat, un membre de la délégation du personnel au comité social et économique comme délégué syndical. Sauf disposition conventionnelle, ce mandat n'ouvre pas droit à un crédit d'heures. Le temps dont dispose le membre de la délégation du personnel au comité social et économique pour l'exercice de son mandat peut être utilisé dans les mêmes conditions pour l'exercice de ses fonctions de délégué syndical.

5. La Cour de cassation, selon une jurisprudence constante (Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-42.269, Bull. 2008, V, n° 184), a déduit de la disposition similaire antérieure de l'article L. 412-11 du code du travail que, sous réserve de conventions ou d'accords d'entreprise comportant des clauses plus favorables, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, seul un délégué du personnel titulaire disposant d'un crédit d'heures à ce titre peut être désigné comme délégué syndical.

6. Elle a jugé toutefois qu'un délégué du personnel suppléant assurant momentanément le remplacement du délégué du personnel titulaire en application de l'article L. 2314-30 dans sa rédaction alors applicable pouvait être désigné délégué syndical dès lors qu'il pouvait à ce titre bénéficier d'heures de délégation (Soc., 20 juin 2012, pourvoi n° 11-61.176, Bull. 2012, V, n° 193).

7. L'article L. 2315-9, issu de l'ordonnance n° 1386-2017 du 22 septembre 2017, prévoit que les membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique peuvent, chaque mois, répartir entre eux et avec les membres suppléants le crédit d'heures de délégation dont ils disposent.

8. Par ailleurs, aux termes de l'article L. 2314-7 du code du travail, le protocole préélectoral peut modifier le nombre de sièges ou le volume des heures individuelles de délégation dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise.

9. Enfin, l'article L. 2315-2 du code du travail, dans le chapitre V « Fonctionnement » du comité social et économique dans lequel figure l'article L. 2315-9 sur la répartition des heures de délégation entre titulaires et suppléants, dispose que les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives au fonctionnement ou aux pouvoirs du comité social et économique résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages.

10. Il en résulte que seul un membre suppléant du comité social et économique disposant d'un crédit d'heures de délégation en application, soit des dispositions de l'article L. 2315-9 du code du travail, soit des clauses du protocole préélectoral tel que prévu à l'article L. 2314-7 du même code, soit du fait qu'il remplace momentanément un membre titulaire en application des

dispositions de l'article L. 2314-37 de ce code, soit enfin en application d'un accord collectif dérogeant au sens de l'article L. 2315-2, peut être désigné, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, en qualité de délégué syndical.

11. Le tribunal qui a constaté que M^{me} [V] avait été élue en qualité de suppléant et que l'accord de partage des heures de délégation avec le membre titulaire du comité social et économique ne comportait aucune indication sur le nombre d'heures de délégation réparties mensuellement et était établi pour toute la durée du mandat en contrariété avec les dispositions des articles L. 2315-9 et R. 2315-6 du code du travail, en a exactement déduit qu'elle ne pouvait être désignée en qualité de délégué syndical.

12. Le moyen n'est donc pas fondé.

Par ces motifs, la Cour :

- Rejette le pourvoi (...)

NOTE

Faits et procédure. – Une salariée, membre élue suppléante du comité social et économique, a été désignée en qualité de déléguée syndicale dans un établissement public de coopération intercommunale qui opère dans le secteur de la distribution d'eau potable et compte moins de cinquante salariés. Par un jugement du 6 mars 2020, le tribunal judiciaire d'Évreux, saisi sur requête de l'employeur, a annulé ladite désignation au motif qu'un membre suppléant du comité social et économique dépourvu d'un crédit d'heures de délégation ne pouvait valablement être désigné en qualité de délégué syndical dans une entreprise de moins de cinquante salariés (*TJ Évreux*, 6 mars 2020, n° 11-20-000229 : *JCP S* 2020, 2007, note L. Richard et S. Rioche). Le 26 avril 2020, la même organisation syndicale a procédé à une nouvelle désignation du membre suppléant du comité social et économique en se prévalant cette fois d'un « engagement régularisé » aux termes duquel le membre titulaire du comité avait indiqué que ses heures de délégation seraient partagées « de façon irrévocable et permanente » avec l'élue suppléante, et ce pour la totalité de la durée de leurs mandats respectifs. L'employeur a contesté cette seconde désignation qui a, de nouveau, été annulée par le tribunal judiciaire d'Évreux.

L'organisation syndicale mandante a formé un pourvoi en cassation en exposant le raisonnement suivant : 1°) le texte de l'article L. 2143-6 du Code du travail n'interdit pas expressément la désignation comme délégué syndical d'un membre suppléant du comité social et économique ; 2°) l'article L. 2315-9 du Code du travail créé à l'occasion de l'ordonnance n° 2017-1386 autorise les membres du comité social et économique à mutualiser leur crédit d'heures de délégation et donc à ce qu'ils procèdent par accord à une répartition de celles-ci ; 3°) aucun formalisme n'impose d'indiquer précisément le nombre d'heures réparties chaque mois au sein de l'éventuel accord de partage des heures de délégation conclu entre le membre titulaire et le suppléant.

Solution. – La Cour de cassation confirme l'annulation de la désignation dans son arrêt rendu le 23 mars 2022 destiné à une publication au Bulletin. Elle saisit par ailleurs l'opportunité qui lui est donnée pour préciser sa jurisprudence en la matière. Aux termes d'un arrêt motivé en forme développée, elle liste en effet les cas dans lesquels un membre suppléant du comité social et économique peut être désigné délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Si le choix de l'organisation syndicale représentative se porte sur un membre suppléant, celui-ci devra impérativement disposer d'un crédit d'heures de délégation en application : 1°) des dispositions de l'article L. 2315-9 du Code du travail relatives à la mutualisation des heures de délégation par accord entre les membres du comité social et économique ; 2°) des clauses du protocole préélectoral dans les conditions prévues à l'article L. 2314-7 du même code qui autorise la

modification du volume des heures individuelles de délégation dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise ; 3°) du remplacement momentané d'un membre titulaire en application des dispositions de l'article L. 2314-37 de ce code ; 4°) d'un accord collectif dérogeant au sens de l'article L. 2315-2 du Code du travail. La solution est adoptée à l'identique dans un autre arrêt rendu le même jour (*Cass. soc.*, 23 mars 2022, n° 20-21.269 : *Bull. civ. à paraître*). Eu égard à la similarité des articles L. 2143-6 et L. 2142-1-4 du Code du travail, ces décisions sont transposables à la désignation, toujours dans les entreprises de moins de cinquante salariés, d'un membre suppléant du comité social et économique en qualité de représentant de section syndicale.

Une extension contestable ? – Bien que confirmant sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation a été conduite à l'assouplir pour tenir compte des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017. En effet, depuis l'introduction dans le Code du travail de la faculté de désigner un délégué syndical dans une entreprise de moins de cinquante salariés (*V. L. n° 82-915*, 28 oct. 1982, art. 10, II, relative au développement des institutions représentatives du personnel, portant création de l'ancien article L. 412-11, alinéa 4 devenu L. 2143-6 du Code du travail. – Sur le champ d'application de cette disposition applicable aux seules entreprises de moins de cinquante salariés et excluant l'établissement n'atteignant pas ce seuil d'effectif mais dépendant d'une entreprise qui y parvient, *V. Cass. ass. plén.*, 14 juin 1985, n° 84-60.528 : *JurisData* n° 1985-702596 ; *D.* 1985, p. 501 *ets.*, concl. J. Cabannes ; *Dr. soc.* 1985, p. 741 *et s.*, obs. J. Savatier. – *Cass. soc.*, 29 avr. 2009, n° 08-60.484 : *RJS* 2009, n° 643 ; *Dr. soc.* 2009, p. 776 *ets.*, obs. Ch. Radé ; *JCP S* 2009, 1392, note J.-Y. Kerbourc'h. – *Adde Cass. soc.*, 25 janv. 2012, n° 11-40.088 QPC : *JurisData* n° 2012-000799 ; *RJS* 2012, n° 366), le principe demeure que seul peut être désigné en qualité de délégué syndical un membre titulaire du comité social et économique (*V. not. Cass. soc.*, 4 juill. 1983, n° 83-60.001 : *Bull. civ. V*, n° 381. – *Cass. soc.*, 30 oct. 2001, n° 00-60.313 : *JurisData* n° 2001-011593 ; *RJS* 2002, n° 54). Ce principe ressort de l'esprit de l'article L. 2143-6 précité : aucun crédit d'heures de délégation n'étant octroyé par la loi au délégué syndical désigné dans une entreprise de moins de cinquante salariés, le représentant du personnel qui exerce le mandat de membre suppléant du comité social et économique et qui ne dispose pas, à ce titre, d'heures de délégation dont il pourrait faire usage pour exercer celui de délégué syndical, ne saurait donc être désigné en cette qualité. L'analyse a pu être critiquée car le délégué syndical, même dépourvu de crédit d'heures de délégation, peut toujours, hors de ses heures habituelles de travail, circuler « librement dans l'entreprise et y prendre tous contacts nécessaires à l'accomplissement de leur mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés » (*C. trav.*, art. L. 2143-20). Ainsi, même s'il n'est pas bénéficiaire d'un crédit d'heures de délégation, l'exercice du mandat de délégué syndical par un membre suppléant du comité social et économique n'est pas « totalement impossible » (*V. en ce sens*, G. Auzero, note ss *Cass. soc.*, 27 mars 2013, n° 12-20.369 : *Lexbase Hebdo*, éd. soc., 18 avr. 2013, n° 524). Reste qu'il n'en est pas facilité... En particulier, la négociation des accords collectifs – prérogative essentielle des délégués syndicaux – pourrait s'avérer délicate si elle devait être conduite avec un délégué syndical dépourvu d'un crédit d'heures de délégation. La rigueur de la jurisprudence se justifie donc par la nécessité de conférer de bonnes conditions d'exercice au mandat de délégué syndical. D'autant plus qu'en cas de désignation d'un délégué syndical dans une entreprise de moins de cinquante salariés, le monopole de la négociation des accords collectifs lui revient, empêchant ainsi que ces derniers ne soient

conclus *via* les modalités dérogatoires prévues aux articles L. 2232-21 et suivants du Code du travail.

Dès lors que l'impossibilité de désigner un membre suppléant est justifiée par l'absence de crédit d'heures de délégation, il est logique que la Cour de cassation ait admis que, par exception, le membre suppléant pouvait être désigné comme délégué syndical dans le cas où un accord collectif lui confère un tel crédit (*Cass. soc.*, 24 sept. 2008, n° 06-42.269 : *Bull. civ. V*, n° 184 ; *RDT* 2009, p. 51 et s., note. F. Signoretto. – *V. C. trav.*, art. L. 2141-10, al. 1^{er}) ou encore si l' élu suppléant remplace l' élu titulaire et puise à ce titre dans le crédit d'heures de délégation de ce dernier (*Cass. soc.* 20 juin 2012, n° 11-61.176 : *Dr. soc.* 2012, p. 858 et s., obs. F. Petit ; *JCP S* 2012, 1361, note B. Gauriau ; *RJS* 2012, n° 823). Dans son arrêt du 23 mars 2022, la Cour de cassation reprend ces deux exceptions déjà admises mais, pour la première fois, en ajoute deux autres afin de tenir compte des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

En premier lieu, la Cour de cassation a pris en compte le nouveau domaine du protocole d'accord préélectoral au sein duquel peuvent désormais être modifiés tant le nombre de membres du comité que leur nombre d'heures de délégation dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise (*C. trav.*, art. L. 2314-7). Les organisations syndicales peuvent ainsi, à cette occasion, soit prévoir un crédit d'heures de délégation supplémentaire spécialement affecté aux suppléants soit prélever une partie des heures de délégation appartenant aux titulaires pour les attribuer aux suppléants, ce qu'il est impossible de réaliser par la voie de l'accord collectif auquel il est fait référence à l'article L. 2315-2 du Code du travail et dont le domaine se limite, en pareille matière, à la création d'heures de délégation *s'ajoutant* à celles prévues par la loi au bénéfice des membres titulaires, sans que les signataires de l'accord ne soient autorisés à puiser dans ces dernières. En pareille hypothèse, l'ensemble des organisations syndicales représentatives – et non les seuls signataires de l'accord – doivent bénéficier de la faculté de désigner un délégué syndical parmi les membres suppléants (*Cass. soc.*, 29 mai 2001, n° 98-23.078 : *JurisData* n° 2001-009801 ; *Dr. soc.* 2001, p. 821 et s., obs. G. Borenfreund).

En second lieu, la désignation de l' élu suppléant comme délégué syndical est possible si un accord de partage des heures de délégation est intervenu entre les membres du comité social et économique au bénéfice d'un membre suppléant (*C. trav.*, art. L. 2315-9). Toutefois, confrontée à un tel accord en l'espèce, la Cour de cassation a estimé que deux éléments l'empêchaient de produire ses effets. D'une part, l'accord en question ne précisait pas le nombre d'heures effectivement allouées à l' élu suppléant (l'accord se bornait à préciser que les heures seraient « *partagées* » et ce n'est qu'oralement, lors de l'audience, que le partage envisagé a été porté à la connaissance au juge de première instance). Selon la Cour de cassation, cet accord, passé entre le membre titulaire et le membre suppléant du comité social et économique, ne remplissait pas le formalisme imposé par les articles L. 2315-9 et R. 2315-6 du Code du travail dans la mesure où la répartition exacte des heures de délégation n'y était pas indiquée. Ce formalisme résulterait de l'obligation, qui incombe aux membres titulaires, d'informer l'employeur du nombre d'heures réparties au titre de chaque mois au plus tard 8 jours avant la date prévue pour leur utilisation, par écrit et en précisant l'identité ainsi que le nombre d'heures mutualisées pour chacun des membres du comité social et économique (*C. trav.*, art. R. 2315-6, al. 2). D'autre part, l'accord prévoyait que lesdites heures seraient « *partagées de façon irrévocable et permanente* ». La Cour de cassation retient cependant que l' élu titulaire ne peut se dépouiller par avance et de façon irrévocable d'une partie de son crédit d'heures de délégation. Une telle clause relève du

domaine réservé au protocole d'accord préélectoral. Cette solution semble logique : ce qui ne peut être fait dans un accord collectif soumis, pour sa validité, à une stricte condition de double majorité (*C. trav.*, art. L. 2314-6) ne peut vraisemblablement pas être toléré au motif d'un simple accord passé entre deux élus du comité social et économique, sauf, précisément, dans le strict respect des règles autorisant la conclusion d'un accord mensuel reconductible (*C. trav.*, art. L. 2315-9 et R. 2315-6, *préc.*). Il faut en déduire que l'acte partageant le crédit d'heures de délégation prévu à l'article L. 2315-9 du Code du travail n'est ni un accord collectif ni un autre type d'accord institutionnel conclu entre l'employeur et le comité social et économique. À la seule lecture des articles L. 2315-9 et R. 2315-6 du Code du travail, l'on serait presque tenté d'y voir un acte unilatéral pris par un membre titulaire du comité social et économique pour faire don d'une partie de ses heures de délégation à un autre membre du même comité, titulaire ou suppléant. Le consentement du suppléant semble en effet superflu car celui qui voudrait s'y opposer pourrait toujours, *de facto*, décider de ne pas faire usage des heures qui lui ont été offertes par le membre titulaire. La Cour de cassation retient pourtant expressément qu'il s'agit d'un « *accord* ». Il s'agirait alors d'un contrat unilatéral de droit commun, doté d'un effet relatif, et conclu entre deux ou plusieurs membres élus du comité dont au moins un titulaire, pour un nombre d'heures restreint et une durée nécessairement limitée à un mois.

Est-il vraiment opportun d'autoriser la désignation comme délégué syndical d'un membre suppléant qui ne bénéficie d'heures de délégation qu'à un titre précaire ou à tout le moins provisoire ? Rien ne garantit en effet que l'accord de partage sera reconduit le mois suivant la désignation. En tant que condition de validité de la désignation du membre suppléant en qualité de délégué syndical, l'existence d'heures de délégation au bénéfice du membre suppléant devrait, à notre sens, revêtir un minimum de stabilité. La même critique pourrait certes être faite dans le cas où le membre suppléant désigné ne bénéficie d'heures de délégation que parce qu'il remplace un membre titulaire. Mais, dans ce cas, outre qu'il est tout à fait possible que le titulaire ne reprenne jamais ses fonctions, c'est en tant que « *titulaire-remplaçant* » que le membre suppléant aura été désigné délégué syndical (sur la montée en puissance du rôle du suppléant lorsqu'il remplace un titulaire, V. M. Danti-Juan, *Les suppléants des représentants du personnel* : *Dr. soc.* 1986, p. 769 et s. – *Rappr. D. Fabre, Suppléance : mode d'emploi* : *JCP S* 2013, 1213). Ainsi, le retour du titulaire (initial) devrait mettre fin de plein droit à son mandat de délégué syndical (*en ce sens*, V. *RJS* 2012, n° 823, *préc.*). Fortement débattue parmi les juridictions du fond (V. *JCP S* 2020, 2007, *préc.*, et *les jurisprudences citées*), l'admission de l'accord de partage des heures de délégation prévu à l'article L. 2312-9 du Code du travail au rang des exceptions permettant la désignation d'un membre suppléant comme délégué syndical n'allait donc pas de soi. Elle fait perdre de vue la finalité initiale de la jurisprudence rendue en la matière : favoriser un exercice efficace et pérenne du mandat de délégué syndical. Un autre objectif semble prévaloir : la liberté de choix de l'organisation syndicale représentative de son mandataire apte à la représenter dans l'entreprise (*Cass. soc.*, 13 janv. 2010, n° 09-60.108. – *Cass. soc.*, 17 avr. 2013, n° 12-22.699 : « *il n'appartient qu'au syndicat désignataire d'apprécier si ce salarié est en mesure de remplir sa mission* »). Passé 15 jours, l'employeur ne pourra plus contester la désignation régulière du membre suppléant en qualité de délégué syndical (*Cass. soc.*, 4 mars 2009, n° 08-40.500 : *JCP S* 2009, 1191, note D. Allix) alors même que ce dernier pourrait ne plus jamais bénéficier d'heures de délégation dès le mois suivant sa désignation...

Des exceptions limitativement énumérées ? – La question se pose enfin du caractère limitatif ou non des quatre cas, synthétisés par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, dans lesquels la désigna-

tion d'un membre suppléant en qualité de délégué syndical est autorisée dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Plaident en faveur d'une liste limitative la formulation retenue par la Cour de cassation dans l'attendu de principe des arrêts du 23 mars 2022, le principe d'interprétation stricte des exceptions mais aussi le fait que la jurisprudence a déjà retenu par le passé que ni un usage d'entreprise ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales afférentes au nombre de délégués syndicaux (*Cass. soc.*, 20 mars 2001, n° 99-60.496 : *Bull. civ. V*, n° 101 ; *RJS* 2001, n° 762). Cependant, outre le fait qu'il ne s'agirait pas ici d'augmenter le nombre de délégués syndicaux, un autre arrêt de la Cour de cassation rendu le 5 mai 2004 peut être mobilisé au soutien de la thèse du caractère non limitatif des quatre exceptions précitées. Aux termes de cet arrêt, en vertu du principe d'égalité dont la valeur constitutionnelle est rappelée, le juge a interdit à l'employeur de refuser la désignation d'un délégué syndical au motif que le seuil d'effectif de cinquante salariés n'était pas atteint « *alors qu'il a accepté la désignation dans les mêmes conditions d'un délégué syndical par un autre syndicat représentatif* » (*Cass. soc.*, 5 mai 2004, n° 03-60.175 : *JurisData*

n° 2004-023507 ; *Bull. civ. V*, n° 119 ; *RJS* 2004, n° 829, 1^{re} esp.). L'accord tacite de l'employeur en faveur de la désignation d'un membre suppléant par une organisation syndicale représentative serait donc créateur, au nom du principe d'égalité, d'un droit identique au profit des autres organisations syndicales représentatives. Rendue au visa notamment de l'article 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et des articles 1, 5 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il est loin d'être acquis que la décision précitée soit remise en cause par l'arrêt commenté.

Valentino ARMILLEI,
docteur en droit,
avocat à la Cour, cabinet Bredin Prat

MOTS-CLÉS : Syndicats - Délégué syndical - Désignation - Membre suppléant du CSE

TEXTES : *C. trav.*, art. L. 2315-2, L. 2315-9, L. 2143-6, L. 2314-7 et R. 2315-6

JURISCLASSEUR : *Travail Traité*, fasc. 12-35, par Bernard Gauriau
AUTRES PUBLICATIONS LEXISNEXIS : *D.O.*, étude S-2570

Accidents du travail et maladies professionnelles

1142 Inopposabilité et absence d'imputabilité de la maladie professionnelle : deux chemins vers un même but

Solution. – L'inopposabilité de la décision de prise en charge d'une maladie professionnelle sanctionne l'irrégularité de la procédure d'instruction menée par la caisse ou l'absence de caractère professionnel de la pathologie. Si l'employeur considère que cette maladie n'est pas liée à l'activité exercée par le salarié au sein de son entreprise, il devra invoquer l'absence d'imputabilité pour échapper aux conséquences d'une éventuelle faute inexcusable ou à la prise en compte des coûts afférents à la pathologie dans le cadre du calcul de son taux de cotisations à l'assurance des accidents du travail.

Impact. – La réaffirmation par la Cour de cassation des conditions de contestation des maladies professionnelles incite à la plus grande vigilance dans le choix des moyens de défense invoqués au soutien du recours de l'employeur.

Cass. 2^e civ., 17 mars 2022, n° 20-19.294, FS-B : JurisData n° 2022-003851

LA COUR – (...)

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 février 2020), M^{me} [F] (la victime), salariée de la société [4] (l'employeur), a souscrit le 13 septembre 2011 une déclaration de maladie professionnelle, accompagnée d'un certificat médical du 9 septembre 2011 faisant état d'une périarthrite scapulo-humérale de l'épaule droite (sous épineux).

3. La caisse primaire d'assurance maladie de l'Essonne (la caisse) ayant pris en charge le 6 mars 2012 cette pathologie au titre du tableau n° 57 des maladies professionnelles, l'employeur a saisi d'un recours une juridiction de sécurité sociale.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa seconde branche

Énoncé du moyen

4. La caisse fait grief à l'arrêt de déclarer la décision de prise en charge de la maladie professionnelle inopposable à l'employeur, alors « 2°/ que dès lors que les conditions de prise en charge d'une maladie au titre de la législation professionnelle sont remplies à l'égard d'un employeur, ce dernier ne peut solliciter son inopposabilité en invoquant le fait que la pathologie est apparue à une époque où la victime n'était pas son salarié ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu que la victime aurait été exposée au risque du tableau n° 57 des maladies professionnelles en 2000, auprès d'un autre employeur, pour ensuite affirmer que la caisse ne justifiait pas du report de neuf ans de la date de première constatation médicale et ainsi déclarer la décision de la caisse de prise en charge de cette maladie inopposable à l'employeur ; qu'en statuant ainsi quand la circonstance que la pathologie de la victime soit apparue antérieurement à son embauche par l'employeur ne permettait pas d'en tirer

l'inopposabilité à l'égard de ce dernier de la décision de prise en charge de la maladie au titre de la législation professionnelle, la cour d'appel a violé les articles L. 461-1, L. 461-2, R. 441-11 et R. 441-13 du code de la sécurité sociale en leur rédaction applicable au litige ».

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 461-1, R. 441-11 et R. 441-14 du code de la sécurité sociale, ces deux derniers dans leur rédaction applicable au litige :

5. Il résulte de ces textes qu'au soutien de son action aux fins d'inopposabilité de la décision de prise en charge de la maladie au titre de la législation professionnelle, l'employeur ne peut se prévaloir que de l'irrégularité de la procédure d'instruction conduite par la caisse ou de l'absence de caractère professionnel de cette pathologie.

6. Le défaut d'imputabilité à l'employeur de la maladie professionnelle qui n'a pas été contractée à son service n'est pas sanctionné par l'inopposabilité de la décision de prise en charge.

7. Toutefois, l'employeur peut contester cette imputabilité si sa faute inexcusable est recherchée ou si les conséquences financières de la maladie sont inscrites à son compte accidents du travail et maladies professionnelles.

8. Pour déclarer la décision de prise en charge inopposable à l'employeur, l'arrêt relève que la déclaration de maladie professionnelle ainsi que le certificat médical initial du 9 septembre 2011 fixaient la date de première constatation médicale au 12 décembre 2000 tandis que l'avis du médecin-conseil visant le tableau n° 57 mentionnait le 5 février 2009 comme date de première constatation. Il ajoute qu'en 2000, la salariée travaillait chez un autre employeur, chez lequel elle indiquait avoir aussi été exposée à des gestes répétitifs des bras en élévation. Il en déduit qu'en l'absence de justification du report de neuf ans de la date de première constatation médicale, la caisse ne justifie pas des conditions du tableau n° 57 vis-à-vis de l'employeur.

9. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi, la Cour :

● Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 février 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Paris (...)

NOTE

Depuis son adoption, la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, complétée par celle du 25 octobre 1919 relative aux maladies professionnelles, n'a guère été mise en cause. Les principes fondateurs de l'assurance des risques professionnels demeurent : la victime d'un accident ou d'une maladie en lien avec son travail bénéficie d'une indemnisation automatique mais limitée de ses préjudices. En conformité avec le vœu de Portalis, ce cadre simple fixe « *de grandes vues* » : aux juges de « *descendre dans le détail* » (Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*). Il s'y est attelé ; offrant à la matière un ouvrage d'une remarquable complexité. L'origine de l'enchevêtrement de règles dont il va être question résulte de la relation triangulaire qui naît de l'intervention des caisses de sécurité so-

ciales, chargées tout à la fois d'instruire la demande, de servir les prestations (tel est le rôle des caisses primaires d'assurance maladie) et de déterminer le montant des cotisations dues par l'entreprise pour couvrir le risque (cette tâche incombe aux caisses d'assurance retraite et de la santé au travail (Carsat)). L'employeur et le salarié ayant chacun un intérêt distinct à remettre en cause la décision de la caisse, la jurisprudence a créé une sanction spécifique, l'inopposabilité, dont le régime juridique a été précisé à l'épreuve de la pratique.

Ce cadre a été rappelé de manière pédagogique par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 mars 2022. En l'espèce, un salarié avait déclaré une maladie professionnelle le 13 septembre 2011 sur la base d'un certificat médical initial faisant état d'une périarthrite scapulo-humérale de l'épaule droite constatée dès le 12 décembre 2000, date à laquelle le travailleur n'était pas salarié de l'entreprise au sein de laquelle la pathologie avait été déclarée. Par décision du 6 mars 2012, la caisse primaire d'assurance maladie de l'Essonne avait reconnu le caractère professionnel de l'affection dans le cadre des dispositions du tableau n° 57 des maladies professionnelles. La caisse avait notamment fondé sa décision sur le fait que la date de première constatation médicale finalement retenue par son service médical avait été fixée au 5 février 2009, et non pas au 12 décembre 2000, au regard notamment d'une échographie mentionnée sur la fiche de « concertation médico-administrative » figurant au dossier.

L'employeur a alors saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale d'Évry qui, par jugement du 27 octobre 2016, a rejeté sa contestation. Le litige s'était alors poursuivi devant la cour d'appel de Paris. Cette dernière, après avoir constaté que la caisse primaire d'assurance maladie ne communiquait pas d'éléments suffisants permettant de justifier le report de la date de première constatation médicale au 5 février 2009 et relevant que le salarié avait été exposé précédemment au sein d'une autre entreprise, ce qu'il avait d'ailleurs reconnu dans le cadre de l'instruction menée par la caisse ; la Cour donc, dans un arrêt du 14 février 2020, avait déclaré la décision de prise en charge inopposable à l'employeur. Considérant que le fait que la pathologie soit apparue à l'occasion d'une activité antérieure ne justifiait pas l'inopposabilité de la prise en charge, la caisse primaire d'assurance maladie a décidé de porter l'affaire devant la Cour de cassation.

En répondant à la question de savoir si l'employeur était fondé à solliciter l'inopposabilité de la prise en charge au motif que la pathologie avait été contractée alors que le travailleur était employé, en 2000, au sein d'une autre entreprise, la deuxième chambre civile présente une synthèse de sa jurisprudence relative à l'imputabilité d'une maladie professionnelle. D'une part, elle rappelle les motifs permettant de justifier l'inopposabilité d'une décision de la caisse. D'autre part, elle désigne la voie que devront emprunter les employeurs qui ne pourront prétendre au bénéfice de l'inopposabilité. Ce faisant, elle invite les entreprises et leur conseil à déterminer leurs moyens de défense préalablement à leur action.

1. L'inopposabilité : la sanction d'une erreur de la caisse primaire

Une sanction originale. – La jurisprudence a, depuis longtemps, posé le principe selon lequel les relations entre la caisse et l'employeur, d'une part, et la caisse et le salarié, d'autre part, sont indépendantes (V. not. Cass. soc., 31 mai 1989, n° 87-17.499 : *JurisData* n° 1989-701927). Il en résulte que si la caisse reconnaît le caractère professionnel d'une maladie ou d'un accident par erreur, l'employeur peut contester cette décision sans que les droits reconnus à la victime ne soient remis en cause. En cas de succès de cette contestation, la décision est déclarée inopposable à l'employeur. Le sinistre sera alors supprimé de son « compte employeur » et écarté du calcul du taux de

cotisations de l'établissement concerné. En revanche, le salarié continuera à bénéficier des prestations servies par la caisse primaire au titre du livre IV du Code de la sécurité sociale.

Il est essentiel de souligner que le recours de l'employeur ne peut en aucun cas aboutir à l'annulation de la décision de la caisse. En effet, une telle sanction, qui a pour effet de faire disparaître rétroactivement un acte juridique, remettrait en cause la prise en charge dont bénéficiait le salarié, le plaçant ainsi dans une situation de précarité qui ne serait pas admissible : comment imaginer par exemple qu'une caisse demande à un assuré le remboursement d'une rente d'incapacité permanente plusieurs années après son attribution à la suite d'un recours engagé par l'employeur ? Ainsi, *in fine*, lorsqu'une décision de prise en charge est déclarée inopposable à l'employeur, la « valeur du risque » correspondant au sinistre sera finalement assumée par la collectivité des entreprises participant au financement de la branche « accidents du travail et maladies professionnelles » de la sécurité sociale.

L'originalité de la relation « triangulaire » justifie ainsi une sanction particulière : l'inopposabilité, qui consiste à maintenir une décision en vigueur mais en la privant d'effet à l'égard de l'une des parties. Dès lors, il convient de déterminer les motifs pour lesquels cette sanction pourrait être invoquée. À cet égard, l'arrêt du 17 mars 2022 rappelle avec clarté que l'inopposabilité ne peut résulter que d'un manquement de la caisse, soit qu'elle n'aurait pas respecté son obligation d'information au cours de la procédure d'instruction ; soit qu'elle aurait décidé de prendre en charge une pathologie alors que les conditions du tableau de maladies professionnelles, ou de prise en charge de l'affection dans le cadre du système complémentaire de reconnaissance, n'étaient pas réunies.

Si la nature de la sanction prévue à la suite d'un manquement de la caisse primaire est ainsi bien établie, il convient néanmoins de souligner qu'elle n'est pas sans susciter un certain nombre de difficultés. À titre d'illustration, on citera ici les atermoiements de la deuxième chambre civile à propos de l'application de la prescription de droit commun aux actions en contestation d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (V. sur ce point : Cass. 2^e civ., 9 mai 2019, n° 18-10.909, publié au bulletin : *JurisData* n° 2019-007145 ; JCP S 2019, 1192, note D. Asquinazi-Bailleux. – Remise en cause par une autre décision : Cass. 2^e civ., 18 févr. 2021, n° 19-25.887, publié au bulletin : *JurisData* n° 2021-002012 ; JCP S 2021, 1088, note M.-A. Godefroy).

Une sanction à l'épreuve de la pratique. – La situation des salariés exposés à un risque professionnel au sein de plusieurs entreprises successives vient ébranler le bel édifice qui vient d'être décrit. En effet, afin de ne pas léser les salariés qui auraient été exposés au sein d'une entreprise ayant disparu, la jurisprudence a posé le principe selon lequel la maladie doit être considérée comme contractée au service du dernier employeur auprès duquel la victime a été exposée aux risques, avant la constatation médicale, sauf à cet employeur à rapporter la preuve contraire (Cass. 2^e civ., 8 juill. 2021, n° 20-14.077. – Cass. 2^e civ., 3 avr. 2014, n° 13-13.887 : *JurisData* n° 2014-006505 ; JCP S 2014, 1314, note D. Asquinazi-Bailleux. – Cass. 2^e civ., 21 oct. 2010, n° 09-67.494 : *JurisData* n° 2010-018919 ; JCP S 2010, 1559, note D. Asquinazi-Bailleux. – Cass. soc., 9 mars 1978, n° 76-13.724 et n° 76-13.927). Il en résulte que l'instruction menée par la caisse primaire d'assurance maladie est effectuée à l'égard de l'employeur actuel ou du dernier employeur du salarié (Cass. 2^e civ., 6 nov. 2014, n° 13-20.510 : *JurisData* n° 2014-026569) et que le respect de son obligation d'information sera apprécié uniquement à l'égard de celui-ci (Cass. 2^e civ., 3 avr. 2014, n° 13-13.887, préc.). Il en résulte que, le plus souvent, les anciens employeurs ne seront pas informés par la caisse de la possibilité de consulter le dossier et de formuler leurs observations. Bien plus, alors même que la caisse pourra tenir compte d'une période d'exposition aux risques au sein d'une ancienne entreprise

pour reconnaître le caractère professionnel d'une affection (*Cass. 2^e civ., 29 mars 2012, n° 11-24.269 : JurisData n° 2012-027328 ; JCP S 2013, 1063, note D. Asquinazi-Bailleux*), l'entité concernée pourrait ne même pas avoir été sollicitée par les agents assermentés de la caisse. Tout au plus pourrait-elle invoquer une irrégularité de la procédure d'instruction menée à l'égard du dernier employeur (*Cass. 2^e civ., 3 avr. 2014, n° 13-13.887, préc. – Cass. 2^e civ., 19 déc. 2013, n° 12-25.661 : JurisData n° 2013-029382 ; JCP S 2014, 1154, note M. Michalletz*). De la même manière, la Cour de cassation a admis qu'un ancien employeur puisse invoquer un manquement au principe du contradictoire lorsque la caisse primaire a mené une instruction à son égard alors qu'elle n'y était pas tenue (*Cass. 2^e civ., 2 avr. 2009, n° 08-15.101 : JurisData n° 2009-047812*).

Cependant, si la caisse primaire n'a commis aucune irrégularité dans le cadre de son instruction et que le caractère professionnel de la maladie n'apparaît pas objectivement contestable, le dernier employeur devrait-il assumer les conséquences financières de la prise en charge de la pathologie au titre de la législation professionnelle ? De la même manière, l'ancien employeur, qui n'a pas pu participer à la procédure contradictoire diligentée par la caisse, pourra-t-il se voir opposer la décision de prise en charge, en particulier à l'occasion d'une action tendant à la reconnaissance d'une faute inexcusable de l'employeur ? La jurisprudence répond à ces interrogations par la formulation d'un moyen de défense particulier, distinct de la demande d'inopposabilité : l'absence d'imputabilité de la maladie.

2. L'absence d'imputabilité d'une maladie professionnelle : la neutralisation des effets de la décision de prise en charge à l'égard de l'employeur

Une décision opposable mais sans effet sur la tarification. – Lorsque le caractère professionnel de la pathologie a été régulièrement reconnu par la caisse primaire, au regard notamment d'une activité professionnelle exercée au sein d'une précédente entreprise, l'employeur à l'égard duquel l'instruction a été menée n'est pas fondé à soulever l'inopposabilité de la décision au seul motif qu'il n'est pas celui qui a exposé le salarié. En effet, la prise en compte d'une période d'exposition antérieure à l'embauche du salarié par l'employeur actuel ou le dernier employeur ne constitue pas une erreur de l'organisme de sécurité sociale (*Cass. 2^e civ., 29 mars 2012, n° 11-24.269, préc.*). En revanche, il serait difficilement compréhensible que l'entreprise concernée soit contrainte d'assumer les conséquences de la reconnaissance du caractère professionnel de la pathologie sans pouvoir faire valoir que l'affection n'a pas été contractée à son service.

Il lui est donc permis de demander l'absence d'imputabilité de la maladie professionnelle à son égard, comme le rappelle l'arrêt du 17 mars 2022 qui s'inscrit ainsi dans la droite ligne de la jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (V. en ce sens : *Cass. 2^e civ., 19 déc. 2013, n° 12-19.995 : JurisData n° 2013-029380 ; JCP S 2014, 1206, note D. Asquinazi-Bailleux*). S'agissant des règles de la tarification des accidents du travail, l'absence d'imputabilité sera formalisée par une demande d'imputation de la maladie professionnelle au « *compte spécial* » en application de l'article D. 242-6-5 du Code de la sécurité sociale. Autrement dit, les « *coûts* » afférents à la pathologie seront mutualisés entre l'ensemble des entreprises participant au financement de la branche « *accidents du travail et maladies professionnelles* » de la sécurité sociale. Les différentes hypothèses autorisant une imputation au « *compte spécial* » sont prévues par un arrêté du 16 octobre 1995 qui vise notamment la situation dans laquelle la maladie a été constatée dans un établisse-

ment dont l'activité n'expose pas au risque mais a été contractée dans une autre entreprise ; ou encore, celle dans laquelle la victime a été exposée au risque successivement dans plusieurs établissements d'entreprises différentes sans qu'il soit possible de déterminer celle dans laquelle l'exposition au risque a provoqué la maladie. Il y a eu lieu d'ajouter que la demande d'imputation au compte spécial peut être formée devant la juridiction du contentieux de la sécurité sociale en l'absence de toute décision de la Carsat relative au taux de cotisations (*Cass. 2^e civ., 20 juin 2019, n° 18-17.049 : JurisData n° 2019-010431 ; JCP S 2019, 1241, note Th. Tauran*). À défaut, l'employeur devra saisir le juge tarifaire (commissions de recours amiable de la Carsat, puis la cour d'appel d'Amiens).

Ainsi, dans le litige ayant donné lieu à l'arrêt du 17 mars 2022, l'employeur aurait dû solliciter, au moins subsidiairement, une imputation au compte spécial afin d'échapper aux conséquences financières de la reconnaissance de la maladie professionnelle, celle-ci ayant manifestement été contractée alors que le salarié se trouvait au service d'un précédent employeur.

Une décision opposable, remise en cause à l'occasion d'une action en reconnaissance de la faute inexcusable. – Lorsqu'il estime que la maladie professionnelle dont il a été victime trouve son origine dans un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, le salarié peut engager une action tendant à la reconnaissance d'une faute inexcusable afin de bénéficier d'une indemnisation complémentaire, conformément aux dispositions de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale. Dans l'hypothèse où il aurait été exposé au risque au sein de plusieurs entreprises successives, il pourra poursuivre l'entité qu'il considère comme responsable de la faute inexcusable (*Cass. 2^e civ., 8 mars 2005, n° 02-30.998 : JurisData n° 2005-027455*), peu important à cet égard que les employeurs successifs aient conclu entre eux des conventions relatives au transfert de l'activité (*Cass. 2^e civ., 6 nov. 2014, n° 13-25.825 : JurisData n° 2014-026638*). Chaque employeur pourra ainsi être reconnu responsable au prorata du temps d'exposition aux risques dans chacune des entreprises concernées (*Cass. 2^e civ., 12 mai 2011, n° 10-14.461 et n° 10-15.311 : JurisData n° 2011-008319 ; JCP S 2011, 1434, note Ph. Plichon*). En outre, la décision de prise en charge n'ayant été reconnue qu'à l'égard du dernier employeur, les autres structures mises en cause pourront contester le caractère professionnel de l'affection dans le cadre de l'action engagée par la victime (*Cass. 2^e civ., 5 nov. 2015, n° 13-28.373 : JurisData n° 2015-024560 ; JCP S 2016, 1017, note D. Asquinazi-Bailleux. – Cass. 2^e civ., 26 nov. 2015, n° 14-26.240 : JurisData n° 2015-026277 ; JCP S 2016, 1040, note D. Asquinazi-Bailleux*). Par ailleurs, chaque employeur pourra tenter de faire reconnaître l'absence d'imputabilité de l'affection à son égard, c'est-à-dire chercher à démontrer que l'affection ne présente pas de lien avec l'activité exercée au sein de son entreprise. Cette solution a de nouveau été rappelée par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 mars 2022 qui souligne ainsi que, non seulement l'employeur peut contester l'imputabilité de la pathologie afin de préserver son « *compte accidents du travail et maladies professionnelles* », mais de surcroît, il peut également le faire dans le but d'échapper aux conséquences d'une éventuelle faute inexcusable.

Toutefois, lorsque l'employeur invoque ce moyen de défense, la charge de la preuve pèsera sur lui, même s'il n'a pas été en mesure de faire valoir ses observations au cours de la procédure d'instruction et de participer aux investigations menées par la caisse primaire d'assurance maladie avant que celle-ci statue sur le caractère professionnel (*Cass. 2^e civ., 15 juin 2017, n° 16-14.901 : JurisData n° 2017-011570 ; JCP S 2017, 1271, note C.-F. Pradel, P. Pradel-Boureux et V. Pradel*). La jurisprudence refuse ainsi de renverser la charge de la preuve au motif que l'instruction n'aurait pas été contradictoire à l'égard des anciens employeurs. Bien plus, l'employeur ne peut se prévaloir d'une éven-

tuelle irrégularité commise par la caisse au cours de la procédure d'instruction pour échapper aux conséquences financières de la reconnaissance d'une faute inexcusable, ainsi que le rappelle l'article L. 452-3-1 du Code de la sécurité sociale s'agissant des actions introduites à compter du 1^{er} janvier 2013. Ce principe a d'ailleurs été étendu aux actions antérieures afin de permettre aux caisses de récupérer sur l'employeur responsable les compléments de rente et d'indemnités qu'elle aura été contrainte de verser (*Cass. 2^e civ., 31 mars 2016, n° 14-30.015 : JurisData n° 2016-005767 ; JCP S 2016, 1235, note D. Asquinazi-Bailleux*).

L'arrêt du 17 mars 2022 rappelle ainsi avec clarté les différents moyens d'action dont peut se prévaloir l'employeur ou l'ancien employeur dans le cadre des contestations qu'il peut être amené à introduire pour préserver son taux de cotisations à l'assurance des

accidents du travail ou s'opposer à une action tendant à la reconnaissance d'une faute inexcusable.

Marc-Antoine GODEFROY,
avocat of counsel, Factorhy Avocats

MOTS-CLÉS : *Accidents du travail et maladies professionnelles - Maladies professionnelles - Défaut d'imputabilité de la maladie à l'employeur non contractée à son service - Effet sur la décision de prise en charge*

TEXTES : *CSS, art. L. 461-1, R. 441-11 et R. 441-14, ces deux derniers dans leur rédaction applicable au litige*

JURISCLASSEUR : *Protection sociale Traité, fasc. 304, par Dominique Asquinazi-Bailleux. – Protection sociale Traité, fasc. 313-10, par Grégory Chastagnol et Marc-Antoine Godefroy*

AUTRES PUBLICATIONS LEXISNEXIS : *D.O., études S-6150 et S-6130*