

Chronique de jurisprudence de droit du travail et de la protection sociale GPL46319



Sous la direction de
Pierre LE COHU
Conseil en droit
social, membre du
conseil scientifique
de FIDERE Avocats

L'essentiel

Voici la série de questions auxquelles ont dû répondre les magistrats ayant rendu les arrêts commentés dans la présente chronique. *En droit du travail* : pour estimer qu'il y a discrimination syndicale lors d'un transfert de contrat de travail dans le cadre de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, quel panel de comparaison de salariés doit-on prendre en compte ? En cas de licenciement pour faute grave, un employeur peut-il priver le salarié concerné de tout droit au versement de la rémunération différée prévue à son contrat ? Un CSE peut-il n'attribuer le bénéfice des activités sociales et culturelles qu'aux salariés ayant une certaine ancienneté ? *En protection sociale* : quelles sont les règles de calcul du montant des IJSS ? En cas de défaut d'affiliation d'un salarié à une garantie décès en raison du manquement fautif de son employeur, ses héritiers peuvent-ils demander la réparation intégrale du préjudice subi ? À quelle indemnité le salarié victime d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle peut-il prétendre, notamment au regard de la perte de chance de promotion professionnelle ? Enfin, un salarié sur le point d'être licencié, qui fait valoir ses droits à la retraite et quitte l'entreprise sans respecter de préavis, peut-il prétendre au versement de la retraite supplémentaire instituée par ladite entreprise alors que celui-ci était conditionné à l'achèvement de la carrière dans l'entreprise ?

PLAN

I. TRAVAIL	p. 59	II. PROTECTION SOCIALE	p. 66
A. Contrat de travail.....	p. 59	A. Assurances sociales.....	p. 66
B. Rupture du contrat de travail.....	p. 61	B. Maladies professionnelles	
C. Représentation du personnel.....	p. 65	et accidents du travail	p. 69
		C. Retraite	p. 71

I. TRAVAIL

A. Contrat de travail

Discrimination et transfert automatique de contrat de travail : retour sur les obligations des différents employeurs GPL464c3

L'essentiel Dans un arrêt du 20 décembre 2023, les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation apportent une précision supplémentaire sur le panel de comparaison produit par un salarié s'estimant victime d'une discrimination syndicale lors d'un transfert automatique de son contrat de travail dans le cadre d'une modification de la situation juridique de son employeur. Dans une telle hypothèse, les salariés inclus dans ce panel de comparaison doivent être dans une situation comparable au jour de l'opération ayant entraîné le transfert des contrats de travail. En effet, le salarié ne peut ni invoquer un panel de comparaison au jour de l'embauche pour invoquer une discrimination syndicale, ni considérer que l'augmentation dont il a bénéficié post-opération

constitue une présomption de discrimination subie antérieurement au transfert. Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement la pertinence de la preuve, et donc du panel produit par les parties au soutien de leurs demandes.

Cass. soc., 20 déc. 2023, n° 22-12381, FS-B (rejet pourvoi c/ CA Versailles, 21 oct. 2021) – Cass. soc., 20 déc. 2023, n° 22-11676, FS-BR (cassation CA Limoges, 14 juin 2021) : Liaisons Sociales Quotidien, 25 janv. 2024, n° 18966 ; E. Serverin et T. Grumbach, « Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », RDT 2012, p. 714

Note par
Marina DOITHIER
Avocat au barreau de
Paris, associé, Frieh,
Brault & Associés
**Mélanie ATINDÉHOU-
LAPORTE**
Avocate au barreau
de Paris, Frieh, Brault
& Associés
et **Emma ORLANDINI**
Élève-avocate, Frieh,
Brault & Associés

En l'espèce, un salarié avait été engagé par une société A, le 1^{er} décembre 1995, en qualité d'employé polyvalent de station-service. En mai 2000, il a été investi de divers mandats syndicaux électifs et représentatifs. Le 1^{er} juillet 2002, son contrat de travail a été automatiquement transféré à une société B, aux droits de laquelle est venue une société C à la suite d'une

fusion-absorption en 2015. Le salarié a cessé d'exercer des mandats après ce dernier transfert.

Le salarié saisit le conseil de prud'hommes compétent afin d'obtenir, à l'encontre de la société C venant aux droits de la société B, le paiement de diverses sommes, notamment des dommages-intérêts au titre de la discrimination syndicale dans son évolution de carrière et de la violation du droit syndical.

Dans un premier temps, le salarié estime qu'en cas de transfert automatique d'entreprise résultant de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la comparaison d'un salarié discriminé dans son évolution et sa progression de carrière avec les autres salariés de l'entreprise doit s'effectuer au jour de son embauche. Dans un deuxième temps, le salarié considère que sont dans une situation comparable les salariés engagés à la même époque et à un même niveau de qualification, peu important qu'au jour de l'opération emportant transfert des contrats de travail, les salariés comparés n'aient plus le même statut. Enfin, toujours selon le salarié, l'augmentation de rémunération post-opération constitue un fait laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale.

L'employeur fait quant à lui valoir qu'il ne peut pas être tenu responsable des évolutions de carrière et de rémunérations des collaborateurs intervenues antérieurement à la date de l'opération juridique ayant entraîné le transfert automatique des contrats de travail à sa société, car il n'était pas alors leur employeur. Il estime que le panel de comparaison produit par le salarié ne peut être retenu au motif que les salariés mentionnés ne sont pas dans une situation comparable à la sienne au jour du transfert : certains salariés sont déjà devenus managers avec un statut de cadre, tandis que le demandeur est demeuré employé polyvalent. Selon l'employeur également, l'augmentation de rémunération post-opération ne saurait être considérée comme une présomption de discrimination syndicale pour la période antérieure à l'opération.

La cour d'appel de Versailles a d'abord rejeté les demandes du salarié aux motifs que (i) celui-ci ne présentait aucun élément de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, (ii) que la société C faisait justement valoir qu'elle ne pouvait pas être tenue responsable des évolutions de carrière et de rémunérations des collaborateurs intervenues avant le 1^{er} juillet 2002, date de l'opération de fusion-absorption de la société B au sein de la société C, et que (iii) la société C n'était pas encore l'employeur des salariés de la société B. Ensuite, la cour d'appel a jugé que le panel de comparaison produit par

le salarié ne pouvait pas être retenu car les salariés qui y figuraient n'étaient pas dans une situation comparable à celle du demandeur au jour du transfert.

Le salarié, mécontent que les juges du fond rejettent sa demande d'indemnisation, forme un pourvoi en cassation et invite les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation à se prononcer sur les critères du contenu du panel de comparaison lors d'un transfert légal et automatique de contrat de travail pour démontrer l'existence d'une discrimination syndicale.

Sur le fondement des articles L. 1224-2, L. 2141-5, L. 1332-1 et L. 1334-1 du Code du travail, les magistrats rejettent le pourvoi formé par le salarié et rappellent d'abord la répartition des obligations en matière de non-discrimination entre les employeurs successifs dans le cadre d'un transfert d'entreprise (I), puis précisent que le salarié ne peut prouver l'existence d'une discrimination syndicale qu'en se comparant à des salariés placés dans une situation comparable à la sienne au jour du transfert des contrats de travail (II).

I. RÉPARTITION DES OBLIGATIONS ENTRE LES EMPLOYEURS EN CAS DE TRANSFERT AUTOMATIQUE DES CONTRATS DE TRAVAIL

En l'espèce, les hauts magistrats rappellent d'abord les dispositions légales selon lesquelles le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail ont été automatiquement transférés, de toutes les obligations qui incombait à l'ancien employeur à la date de la modification de sa situation juridique⁽¹⁾. Les opérations modifiant la situation juridique de l'employeur et entraînant un transfert automatique des contrats de travail sont notamment une succession, une vente, une fusion, une transformation du fonds, une mise en société de l'entreprise⁽²⁾. La jurisprudence a étendu cette liste aux entités économiques autonomes⁽³⁾. Ainsi, il convient de distinguer le transfert automatique du contrat de travail énoncé à l'article L. 1224-1 du Code du travail du transfert conventionnel ou du transfert tripartite ou encore d'une opération résultant d'une procédure collective.

En l'espèce, le débat porte sur le partage de responsabilité entre les employeurs lors du transfert automatique du contrat de travail du salarié en cause résultant de l'opération de fusion-absorption de la société A puis B vers la société C, et sur l'absence ou non de manquement au principe de non-discrimination. Une fois rappelées les deux règles d'interdiction des discriminations énoncées aux articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du Code du travail, les magistrats de la Cour de cassation indiquent qu'en amont de l'opération projetée, il incombe au nouvel employeur de vérifier que le principe d'égalité de traitement en matière de rémunération ou de non-discrimination en raison des activités syndicales du salarié transféré est respecté et appliqué à l'ensemble des salariés. En pratique,

(1) C. trav., art. L. 1224-2.

(2) C. trav., art. L. 1224-1.

(3) Les entités économiques autonomes se définissent comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre. Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 96-21451 – Cass. soc., 23 juin 2021, n° 18-24597.

cette vérification se fait par un audit juridique et social de l'entreprise faisant l'objet d'une opération entraînant la modification de la situation juridique de l'employeur. Cet audit permet d'identifier les éventuelles irrégularités commises par l'ancien employeur, et de se mettre en conformité à l'issue de l'opération. Les acquéreurs négocieront avec les vendeurs une clause de garantie d'actif passif si un risque est détecté.

Au jour du transfert, le nouvel employeur doit d'abord analyser les trois critères suivants : (i) la situation de la rémunération ou de non-discrimination du salarié exerçant des activités syndicales, (ii) la situation des autres salariés de l'entreprise exerçant un travail égal et bénéficiant d'une rémunération comparable, et (iii) l'ancienneté du salarié protégé acquise au titre du même contrat de travail pour s'assurer du principe de non-discrimination.

Si le nouvel employeur constate un écart de rémunération ou un retard dans l'évolution de carrière d'un salarié protégé, il peut alors accorder à celui-ci un indice de rémunération supérieur à celui dont il bénéficiait avant le transfert automatique de son contrat de travail. Le nouvel employeur évite ainsi le risque de se rendre lui-même coupable de discrimination syndicale. Par ailleurs, l'octroi d'un indice de rémunération supérieur par le nouvel employeur ne permet pas au salarié concerné de se prévaloir d'une présomption de discrimination syndicale et/ou en matière de rémunération par ses précédents employeurs. La Cour de cassation se montre ainsi protectrice des nouveaux employeurs qui ont régularisé, dès l'opération, la situation des salariés intégrés à une nouvelle entité juridique. Dans ce type de litiges, le principal moyen de preuve utilisé est les panels comparatifs pour vérifier la bonne application du principe « à travail égal, salaire égal » et des dispositions légales en matière de discrimination.

II. APPRÉCIATION DU PANEL DE COMPARAISON AU JOUR DU TRANSFERT DU CONTRAT DE TRAVAIL

En matière de discrimination, le salarié doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et le juge forge sa conviction ⁽⁴⁾.

(4) C. trav., art. L. 1134-1.

La méthode de comparaison par constitution de groupes de salariés de référence ⁽⁵⁾ appelés « panels », dite encore « la méthode *Clerc* » ⁽⁶⁾, reste principalement utilisée en matière de discrimination syndicale. Elle permet de comparer la carrière du demandeur, avant et après la prise de son mandat, avec celle de l'évolution moyenne d'un groupe de salariés de référence, syndiqués ou non ⁽⁷⁾.

La Cour de cassation rappelle que le panel de comparaison est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond, laquelle doit être faite au jour de l'opération juridique modifiant la situation de l'employeur et entraînant le transfert automatique du contrat de travail du salarié. En l'absence d'opération transférant le contrat de travail, un autre arrêt rendu le même jour par la chambre sociale de la Cour de cassation retient, d'une part, que les salariés appartenant à la même catégorie professionnelle au sens de l'article L. 2141-5-1 du Code du travail sont ceux qui relèvent du même coefficient dans la classification applicable à l'entreprise pour le même type d'emploi ⁽⁸⁾. D'autre part, la haute cour précise que les salariés ayant une ancienneté comparable sont ceux engagés à une date voisine ou pendant la même période, et censure la cour d'appel qui a retenu des tranches fixes d'ancienneté de cinq années ⁽⁹⁾.

Les nouveaux employeurs dont la situation juridique a été modifiée et a entraîné le transfert automatique du contrat de travail sont fortement invités, en premier lieu, à auditer en amont de l'opération le respect du principe d'égalité de traitement et de rémunération, tant des salariés que des salariés protégés ; et, en second lieu, à opérer dès le jour de la réalisation de l'opération les éventuels correctifs nécessaires pour se mettre en conformité.

Cet arrêt est essentiel pour les professionnels qui audient des entreprises en voie d'acquisition et sur la méthode à utiliser pour s'assurer de l'égalité de rémunération et de l'absence de discrimination à l'encontre des salariés exerçant une activité syndicale.

(5) Pour une autre méthode, v. Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42849.

(6) E. Serverin et T. Grumbach, « Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », RDT 2012, p. 714.

(7) E. Serverin et T. Grumbach, « Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », RDT 2012, p. 714.

(8) Cass. soc., 20 déc. 2023, n° 22-11676.

(9) Cass. soc., 20 déc. 2023, n° 22-11676.

B. Rupture du contrat de travail

Licenciement pour harcèlement sexuel et versement des bonus GPL464c0

L'essentiel Des faits de harcèlement sexuel ayant conduit au licenciement pour faute grave d'un collaborateur permettent-ils de caractériser la définition d'un comportement à risque et autorisent-ils une entreprise à priver le collaborateur fautif de tout droit à rémunération différée, motif pris d'un comportement contraire aux règles

déontologiques et comportementales en vigueur au sein de l'entreprise, à défaut du respect des exigences d'honorabilité qui lui étaient propres. Non, répond la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 13 mars 2024 qui vient juger que les normes édictées s'entendent des règles professionnelles qui sont en lien direct avec l'activité

professionnelle d'investissement à risques, laquelle ne saurait être assimilée à des faits de harcèlement sexuel.

Cass. soc., 13 mars 2024, n° 22-20970, F-B (cassation partielle CA Versailles, 17^e ch., 6 juill. 2022, n° 20/01052) : LEDB mai 2024, n° DBA202d4, obs. J. Lasserre Capdeville

Note par
Salira HARIR
Docteur en droit, avocate
au barreau de Paris,
associée, Arkhèom
Avocats

1. Selon l'article L. 1153-1 du Code du travail :

« Aucun salarié ne doit subir des faits :

1° soit de harcèlement sexuel, constitué par des

propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ;

Le harcèlement sexuel est également constitué : a) Lorsqu'un même salarié subit de tels propos ou comportements venant de plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ; b) Lorsqu'un même salarié subit de tels propos ou comportements, successivement, venant de plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition ;

2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ».

Selon l'article L. 1153-5, alinéa 1, du même code, « l'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel, d'y mettre un terme et de les sanctionner ».

Par ailleurs, aux termes de l'alinéa premier de l'article L. 511-84 du Code monétaire et financier dans sa version en vigueur du 22 février 2014 au 24 mai 2019, le montant total de la rémunération variable peut, en tout ou partie, être réduit ou donner lieu à restitution en fonction notamment des agissements ou du comportement de la personne concernée.

Enfin, aux termes de l'article R. 511-24 du Code monétaire et financier : « Pour l'application de l'article L. 511-84 susvisé, les agissements susceptibles d'entraîner la réduction ou la restitution, en tout ou partie, de la rémunération variable sont définis par les établissements de crédit et les sociétés de financement en considération notamment des pertes sérieuses qu'ils peuvent occasionner à ces établissements ou sociétés. La décision de réduction ou de restitution mentionnée au premier alinéa de cet article tient compte de l'implication de la personne intéressée dans les agissements en cause.

Une décision de réduction ou de restitution peut également être prise en considération du défaut de respect des exigences d'honorabilité et de compétence qui sont applicables à la personne en cause ».

2. Afin de saisir la teneur de la décision, reprenons en détail les faits, qui ont leur importance.

En l'espèce, M. [X] a été engagé par contrat à durée indéterminée à compter du 1^{er} mars 1991 par la Banque Indosuez en qualité de responsable des risques marché. En 1997, à la suite du rachat de la Banque Indosuez, le contrat de travail de ce salarié a été transféré au groupe Crédit Agricole. M. [X] a ensuite pris un congé sabbatique pendant plusieurs années, ayant perdu plusieurs membres de sa famille lors du tsunami survenu en Thaïlande le 26 décembre 2004.

Par contrat du 25 novembre 2013, la société Crédit Agricole Corporate & Investement Bank (ci-après CAC-IB) a engagé M. [X] en qualité de chargé de mission dans le département Global Market Division, avec un statut « cadre » niveau hors classe.

Par lettre d'affectation du 4 décembre 2013, M. [X] a été affecté sur un site pour y exercer la fonction de responsable GMD Asie pour une prise de poste le 1^{er} février 2014 et renouvellement possible à compter du 31 janvier 2017. Par lettre du 1^{er} février 2017, le contrat prévoyant l'expatriation du salarié a été prorogé au 31 janvier 2018.

Le 20 octobre 2017, M. [X] est convoqué à un entretien préalable fixé le 9 novembre 2017, cette convocation étant assortie d'une mise à pied à titre conservatoire à effet immédiat. Par courrier en date du 15 novembre 2017, le salarié est licencié pour faute grave pour « comportements déplacés, dégradants et équivoques confinant au harcèlement sexuel (...) » à l'égard d'au moins huit collaboratrices du groupe.

3. Contestant son licenciement, M. [X] a formé un recours devant la commission paritaire de la Banque le 16 novembre 2017, laquelle a rendu son avis le 8 décembre 2017, invitant les parties à se rapprocher en vue d'une solution transactionnelle.

Le 3 janvier 2018, M. [X] a ensuite saisi le conseil de prud'hommes de Nanterre afin de contester le bien-fondé de son licenciement pour faute grave et obtenir le paiement de diverses sommes de nature salariale et indemnitaire.

Par ordonnance du 4 septembre 2018, le conseil de prud'hommes de Nanterre n'a pas fait droit à la demande de communication de l'enquête interne formée par M. [X].

Le conseil de prud'hommes de Versailles, par un jugement en date du 6 février 2020, a, pour sa part, jugé que les éléments permettant de caractériser la faute grave étaient réunis et que le licenciement de M. [X] était fondé sur une cause réelle et sérieuse. Le conseil devait néanmoins juger que la condition de présence de M. [X] dans l'entreprise au 31 décembre de l'année pour bénéficier du bonus, prévue par le contrat, était valide pour les années 2014 à 2016, et que les éléments de bonus acquis au titre des années 2014, 2015 et 2017 par M. [X] étaient dus par la société CAC-IB. La juridiction prud'homale condamnait ainsi cette dernière société à verser à M. [X] 58 290 € au titre de la rémunération différée pour l'année 2014, 175 011 € au titre de la rémunération différée pour l'année 2015, et 253 759 € au titre de la rémunération différée pour l'année 2016.

4. Par déclarations adressées respectivement au greffe les 3 et 12 juin 2020, M. [X] et la société CAC-IB ont interjeté

appel de ce jugement, le salarié précisant notamment qu'il n'avait pas perçu les règlements prévus en septembre 2018, 2019 et 2020 au titre de la rémunération variable différée, l'employeur arguant de son côté que la rémunération des personnels des établissements de crédit est strictement réglementée et qu'il a mis en place des plans prévoyant des règlements différés, en application des dispositions adoptées depuis la survenance de la crise financière de 2008. L'employeur précisait en outre que le comportement à risque de M. [X] le privait de tout droit à une rémunération différée, le salarié ayant fait preuve d'un comportement contraire aux règles déontologiques et comportementales en vigueur au sein de l'entreprise, à défaut du respect des exigences d'honorabilité qui étaient les siennes en raison des actes de harcèlement sexuel commis, étant précisé que le règlement de la société quant au plan relatif aux rémunérations variables attribuées au titre des années 2014 à 2016 donne la définition du comportement professionnel à risque suivante : « Tout comportement dans le cadre des fonctions du bénéficiaire inapproprié et dommageable pour la société en violation avec la loi et ses filiales et ou les normes professionnelles applicables à l'activité du bénéficiaire sur la période d'acquisition (non-respect des règles de gouvernance, et ou de déontologie et ou des procédures) ».

Autrement dit, la société CAC-IB ne discutait pas l'attribution de la part variable différée ni la condition de présence de M. [X], mais considérait que ce dernier avait enfreint les règles de déontologie les plus élémentaires et avait manqué aux exigences d'honorabilité.

5. Par arrêt en date du 6 juillet 2022, la 17^e chambre de la cour d'appel de Versailles devait requalifier le licenciement pour faute grave en licenciement pour cause réelle et sérieuse, estimant que le harcèlement sexuel n'était pas constitué. Malgré le comportement « déplaisant », « déplacé » et « habituel » du salarié, ce dernier n'avait subi aucun reproche au cours de sa longue collaboration (26 ans). Dans ces conditions, son comportement ne rendait pas impossible son maintien dans l'entreprise.

La cour d'appel confirmait néanmoins le versement au titre du rappel de salaires pour les parts variables pour 2014, 2015 et 2016, en réduisant légèrement les quantités, et accordait au salarié la somme de 435 000 € au titre de la part variable pour l'année 2017.

C'est dans ce contexte que la société CAC-IB se pourvoit en cassation, arguant du fait « 1^o que selon les propres termes de l'arrêt attaqué, la question de la rémunération complémentaire à laquelle pouvait prétendre M. [X] pour les années 2014 à 2017 était directement liée au respect des règles déontologiques et aux exigences d'honorabilité, selon les prévisions du plan relatif aux rémunérations variables qui faisait la loi des parties, ce dont il résulte qu'il existe un lien de dépendance nécessaire entre la reconnaissance d'une faute grave à l'encontre de M. [X], susceptible de constituer un manquement à l'obligation d'honorabilité, et le versement de la rémunération différée ; qu'ainsi, la cassation à intervenir sur le premier moyen entraînera par voie de conséquence et en application de l'article 624 du Code de procédure civile, la censure des chefs de l'arrêt qui ont condamné la société CAC-IB à payer à M. [X] les sommes de 435 000 € au titre de l'année 2017, 195 096 € au titre de l'année 2016, 144 883 € au titre de l'année 2015 et 51 533 € au titre de l'année 2014 ;

2^o que les dispositions des articles L. 511-84 et R. 511-24 du Code monétaire et financier permettent à l'employeur de ne pas verser une rémunération variable différée en considération du défaut de respect des exigences d'honorabilité par le salarié concerné ; que le règlement de la société CAC-IB relatif aux rémunérations variables attribuées au titre des années 2014-2016 précise le comportement professionnel à risque comme étant tout comportement dans le cadre des fonctions du bénéficiaire inapproprié et dommageable pour la société en violation avec la loi et ses filiales et/ou les normes professionnelles applicables à l'activité du bénéficiaire sur la période d'acquisition (non-respect des règles de gouvernance, et/ou de déontologie et/ou des procédures) ; qu'il en résulte que des manquements à l'honorabilité ou à la déontologie par le salarié d'un établissement financier peuvent justifier le non-versement d'une rémunération variable différée ; que constitue de tels manquements le harcèlement sexuel ou les comportements assimilés, tels que le fait pour un salarié qui exerce un très haut niveau de responsabilité d'avoir adressé à des salariées placées sous son autorité, de manière régulière et répétée, des messages à connotation sexuelle (manger une banane de manière inspirante), de les avoir invitées à partager des chambres d'hôtel, d'avoir fait des commentaires déplacés sur leur tenue vestimentaire ou de leur avoir proposé de manière tendancieuse de venir prendre un verre le soir ou de passer le reste de la nuit avec lui, ce qui avait conduit certaines de ces salariées à exprimer leur gêne et leur intimidation ; qu'en jugeant que les faits relevés à l'encontre de M. [X] ne caractérisaient pas le défaut de respect des exigences d'honorabilité prévu par les dispositions légales ni le comportement professionnel à risque allégué, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations et a violé les textes susvisés, ensemble l'article L. 1221-1 du Code du travail ».

6. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel, mais seulement en ce qu'il dit que le harcèlement sexuel n'est pas constitué et que le licenciement de M. [X] repose sur une cause réelle et sérieuse et en ce qu'il condamne la société CAC-IB à payer à ce dernier les sommes de 136 433 € à titre de rappel de salaire sur mise à pied, outre la somme de 13 643,30 € bruts au titre des congés payés afférents, de 211 705 € bruts au titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 21 170,50 € au titre des congés payés afférents, 570 428 € à titre d'indemnité légale de licenciement, 25 582 € au titre du remboursement des frais de logement pour la période du 20 octobre 2017 au 18 décembre 2017 et de 12 500 € au titre du remboursement des frais de déménagement.

Ainsi, la Cour de cassation censure l'arrêt entrepris par lequel la cour d'appel est venue requalifier le licenciement en licenciement pour cause réelle et sérieuse, « alors qu'elle avait, d'une part, constaté la teneur à connotation sexuelle des messages adressés par le salarié à son assistante, à une salariée intérimaire et à une troisième salariée, d'autre part, relevé que plusieurs salariées avaient témoigné de la gêne occasionnée par la situation imposée par leur supérieur hiérarchique, ce dont elle aurait dû déduire que de tels propos ou comportements à connotation sexuelle répétés créant une situation intimidante ou offensante étaient de nature à caractériser un

harcèlement sexuel et à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ».

En revanche, la Cour de cassation ajoute qu'ayant « retenu à l'encontre du salarié un comportement déplaisant, déplacé, habituel et totalement inadapté pour un salarié ayant une position de responsabilité vis-à-vis des jeunes femmes contactées, comportement qu'elle a qualifié d'inapproprié, soit un comportement sans lien direct et étroit avec une activité professionnelle d'investissement à risques, la cour d'appel en a exactement déduit que ce comportement ne caractérise pas le défaut de respect des exigences d'honorabilité prévu par les dispositions légales ni le comportement professionnel à risque allégué, de sorte qu'elle a condamné la société à payer certaines sommes au salarié au titre des années 2014 à 2017 ».

7. En d'autres termes, l'employeur ne pouvait se réfugier derrière les dispositions de l'article L. 511-84 du Code monétaire et financier, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, et de l'article R. 511-24 du même code, lequel a pour objet de prévenir les prises de risques excessives pouvant nuire à une gestion saine et efficace des risques au sein des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, de la part des salariés amenés à prendre des décisions d'investissement, en prévoyant un malus ou une récupération à 100 % de la rémunération variable à l'égard d'un preneur de risques qui a participé à des agissements ayant entraîné des pertes significatives pour l'établissement ou a été responsable de tels agissements ou n'a pas respecté les normes applicables en matière d'honorabilité et de compétences, aux fins de s'affranchir du paiement des salaires variables dus au salarié dont il n'était pas contesté qu'il remplissait les conditions de présence.

En effet, selon la Cour de cassation, ces normes s'entendent de règles professionnelles qui sont en lien direct avec l'activité professionnelle d'investissement à risques et se limitent aux seuls risques financiers pour des pertes sérieuses, lesquelles ne sauraient être assimilées à des faits de harcèlement sexuel.

Autrement dit, et même si le harcèlement sexuel est avéré, l'employeur ne saurait se réfugier derrière les conditions d'honorabilité prévues par un plan de rémunération variable pour se soustraire à son versement ou même le réduire ⁽¹⁾.

L'existence directe en lien avec l'activité professionnelle d'investissement à risques doit s'entendre strictement et

ne saurait donc être assimilée au comportement déplacé du collaborateur que ne caractérise pas la notion d'honorabilité, réservée à la prévention des prises de risque excessives dans le domaine des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

Quant à la qualification de harcèlement sexuel, la Cour de cassation a estimé que c'est à tort que la cour d'appel avait refusé de le retenir en requalifiant le licenciement pour faute grave en licenciement pour cause réelle et sérieuse, bien qu'elle ait jugé le comportement du collaborateur « déplacé ».

En effet, la situation intimidante créée par les agissements du collaborateur entre bien dans les dispositions de l'article L. 1153-1 du Code du travail ⁽²⁾ qui caractérisent le harcèlement sexuel. La Cour de cassation vient ainsi confirmer sa jurisprudence sur le sujet en réaffirmant que, dès lors que le harcèlement sexuel est caractérisé, le licenciement est systématiquement qualifié de faute grave ⁽³⁾.

(1) C. mon. fin., art. L. 511-84 : « Par dérogation à l'article L. 1331-2 du Code du travail, le montant total de la rémunération variable peut, en tout ou partie, être réduit ou donner lieu à restitution lorsque la personne concernée a méconnu les règles édictées par l'établissement en matière de prise de risque, notamment en raison de sa responsabilité dans des agissements ayant entraîné des pertes significatives pour l'établissement ou en cas de manquement aux obligations d'honorabilité et de compétence. Le versement des prestations de pension discrétionnaires est effectué sous forme d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 511-81 du présent code et est différé de cinq ans à compter du départ de la personne de l'établissement de crédit ou la société de financement ».

(2) C. trav., art. L. 1153-1 : « Aucun salarié ne doit subir des faits : 1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ; Le harcèlement sexuel est également constitué : a) Lorsqu'un même salarié subit de tels propos ou comportements venant de plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ; b) Lorsqu'un même salarié subit de tels propos ou comportements, successivement, venant de plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition ; 2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ».

(3) Cass. soc., 5 mars 2002, n° 00-40717, FS-PB – Cass. soc., 28 juin 2023, n° 22-12777 – Cass. soc., 21 mai 2014, n° 12-29832 – Cass. soc., 24 oct. 2012, n° 11-20085 – Cass. soc., 17 oct. 2001, n° 99-41766.

C. Représentation du personnel

Bénéfice des activités sociales et culturelles du CSE et condition d'ancienneté GPL464b1

L'essentiel Par un arrêt du 3 avril 2024, la Cour de cassation a, pour la première fois, déclaré illicite la subordination de l'octroi des activités sociales et culturelles du comité économique et social aux salariés et stagiaires de l'entreprise à une condition d'ancienneté ; en conséquence, ceux-ci peuvent bénéficier de ces activités dès leur premier jour de travail.

Cass. soc., 3 avr. 2024, n° 22-16812, FS-B (cassation partielle sans renvoi CA Paris, 24 mars 2022, n° 20/17265)

Note par
Pierre LE COHU

1. On sait qu'il revient au comité social et économique (CSE), selon l'article L. 2312-78 du Code du tra-

vail, « d'assurer, de contrôler ou de participer à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles [ASC] établies dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés, de leur famille et des stagiaires ». À cette liste de bénéficiaires, l'article R. 2312-35 du même code ajoute « les anciens salariés ».

Ces activités doivent bénéficier à l'ensemble des personnes ainsi énumérées, sans discrimination entre elles pour un motif listé à l'article L. 1132-1 du Code du travail ou résultant de leur type de contrat de travail (CDD ou CDI), de leur temps de travail (temps plein ou temps partiel) ou de leur catégorie professionnelle.

Mais indépendamment des critères ci-dessus évoqués, est-il possible, pour un CSE, de limiter l'attribution de tout ou partie des activités sociales et culturelles existant dans l'entreprise aux salariés et aux stagiaires ayant une certaine ancienneté ?

C'est ce que font, pour une raison de budget, un certain nombre de CSE en s'appuyant sur la position de l'URSSAF qui, dans son *Guide du CSE*, indique que « ce bénéfice des ASC peut être réservé aux salariés ayant une ancienneté dans la limite de 6 mois ».

Mais la Cour de cassation qui, pour la première fois dans l'arrêt présentement commenté, a eu à connaître de cette question, a un avis tout autre, ce qui a apparemment conduit l'URSSAF à revoir son guide.

2. Le CSE de la société Groupama Assurances Mutuelles avait, dans son règlement, instauré « un délai de carence de 6 mois avant de permettre aux nouveaux embauchés de bénéficier des ASC ».

Contestant cette décision, qu'elle estime discriminatoire, la CGT Groupama a saisi les tribunaux. Mais tant le tribunal judiciaire que la cour d'appel ont rejeté sa demande.

Pour la cour d'appel, il n'y a pas de discrimination car « ce délai de 6 mois est appliqué de la même manière

à l'ensemble des salariés, lesquels sont tous placés dans la même situation au regard d'un critère objectif qui ne prend pas en compte les qualités propres du salarié ». Elle ajoute : « Le comité est légitime, dans l'intérêt même des salariés, à rechercher à éviter un effet d'aubaine résultant de la possibilité de bénéficier, quelle que soit l'ancienneté, des ASC du comité, réputées généreuses ».

Le syndicat CGT forme alors un pourvoi en cassation, arguant que « la seule qualité de salarié ouvre droit au bénéfice des ASC ; que si le CSE peut instaurer des critères de modulation pour l'attribution des ASC, il ne peut exclure totalement un salarié de ces activités ».

3. La Cour de cassation, aux termes d'un arrêt succinct, lui donne raison, s'appuyant uniquement sur deux articles du Code du travail :

- l'article L. 2312-78 qui, comme on l'a vu, reconnaît le rôle du CSE dans la gestion des ASC « au bénéfice des salariés, de leur famille et des stagiaires » ;

- l'article R. 2312-35 qui liste, de façon non limitative, les ACS, tout en précisant également qu'elles bénéficient aux salariés, aux anciens salariés et à leur famille, sans indiquer de limitation.

La cour conclut : « Il résulte de ces textes que, s'il appartient au CSE de définir ses actions en matière d'ASC, l'ouverture du droit de l'ensemble des salariés et des stagiaires au sein de l'entreprise à bénéficier des ASC ne saurait être subordonnée à une condition d'ancienneté ».

Interprétés de manière littérale, ces deux textes indiquent que la seule qualité de salarié, d'ex-salarié et de stagiaire ou de leur famille donne droit aux ASC, sans autre condition.

4. Il convient donc aux CSE qui ont subordonné l'accès aux ASC à une condition d'ancienneté de rectifier le tir et de supprimer cette condition devenue illicite, sous peine d'avoir à affronter des contentieux multiples provenant tant des salariés lésés par cette disposition que d'une organisation syndicale (comme dans la présente affaire) ou de tout membre du comité.

De même, l'URSSAF pourrait demander le versement de cotisations sociales sur les ASC soumises à cette condition, car l'exonération de ces cotisations ne s'applique qu'aux ASC entrant dans le cadre légal.

Enfin, les décisions de la Cour de cassation ayant un effet rétroactif, des salariés ayant été exclus des ASC du fait de cette condition d'ancienneté pourraient demander au CSE de leur verser une compensation et des dommages-intérêts.

On voit donc que cet arrêt ne sera pas sans conséquences sur le budget des activités sociales et culturelles des CSE concernés.

II. PROTECTION SOCIALE

A. Assurances sociales

Impossibilité de tenir compte des rappels de salaires pour l'ouverture du droit aux IJSS GPL464a9

L'essentiel Dans un arrêt du 21 mars 2024, les magistrats de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rappellent les conditions d'ouverture du droit aux indemnités journalières de l'assurance maladie (IJSS) pour un assuré ayant récemment commencé à cotiser. Ces conditions s'apprécient, d'une part, au premier jour de l'arrêt de travail et, d'autre part, au regard des salaires effectivement versés en amont de l'arrêt de travail. Un assuré ne peut donc pas, pour obtenir le bénéfice des prestations en espèce de l'assurance maladie, se prévaloir des éventuels rappels de salaires versés postérieurement à son arrêt de travail mais faisant référence à une période antérieure audit arrêt.

Cass. 2^e civ., 21 mars 2024, n° 21-18015, F-B (rejet pourvoi c/ CA Amiens, 12 avr. 2021)

Note par
Mélania ATINDÉHOU-
LAPORTE

En l'espèce, le gérant salarié d'une société perçoit une rémunération et est affilié au régime général de la sécurité sociale en vertu de l'article L. 311-3 du Code de la sécurité sociale. À compter du 12 juillet 2016, l'assuré est en arrêt maladie et sollicite auprès de la Caisse primaire d'assurance maladie (ci-après la « Caisse ») le paiement d'indemnités journalières de sécurité sociale. Une régularisation de salaire pour les périodes antérieures à son arrêt de travail intervient postérieurement audit arrêt. La Caisse refuse à l'assuré sa prise en charge au motif qu'il ne remplit pas les conditions pour bénéficier des indemnités journalières maladie dès le premier jour de l'arrêt de travail. L'assuré soutient de son côté que les conditions d'ouverture des droits s'apprécient au regard de toutes les sommes perçues, dans leur globalité, au titre de la période de référence antérieure à l'arrêt de travail, peu importe que ces sommes aient été effectivement versées postérieurement à l'arrêt de travail.

L'assuré mécontent saisit une juridiction de sécurité sociale compétente. Le 12 avril 2021, la cour d'appel d'Amiens déboute l'assuré qui se pourvoit en cassation et invite les magistrats à répondre au double problème de droit suivant :

- quelles sont les conditions d'ouverture du droit aux indemnités journalières de sécurité sociale ?
- la Caisse doit-elle prendre en compte les salaires versés postérieurement à l'arrêt de travail dans la détermination

des conditions d'ouverture des droits aux prestations maladie en espèces ?

Sur le fondement des articles L. 313-1, R. 313-1 et R. 313-3 du Code de la sécurité sociale, les magistrats rappellent que les droits aux indemnités journalières de l'assurance maladie s'apprécient sur la base des salaires effectivement versés durant la période précédant l'interruption de travail. Lesdites conditions doivent alors être remplies dès le premier jour de l'arrêt de travail (I). À défaut, l'assuré ne remplit pas lesdites conditions d'ouverture des droits et ne peut prétendre aux bénéfices des indemnités journalières, quand bien même il aurait perçu des régularisations de rémunération postérieurement à son arrêt de travail (II).

I. L'APPRÉCIATION DES CONDITIONS D'OUVERTURE DU DROIT AUX IJSS AU PREMIER JOUR DE L'ARRÊT DE TRAVAIL

Si la rédaction de l'article L. 313-1 du Code de la sécurité sociale a évolué en supprimant la condition préalable de cotisation pour bénéficier des prestations en nature ⁽¹⁾, il n'en est toujours pas de même pour le bénéfice des prestations en espèce de l'assurance maladie ⁽²⁾. Les magistrats de la haute cour font une appréciation stricte et littérale du jour de l'interruption de travail visé au 2° de l'article R. 313-1. Le point de départ des conditions d'ouverture des droits est le premier jour de l'arrêt de travail.

La période de référence pour bénéficier du droit aux indemnités journalières de l'assurance maladie s'apprécie différemment selon que l'assuré est en activité depuis plus ou moins de 6 mois ⁽³⁾. En l'espèce, l'assuré ayant été affilié à l'assurance maladie moins de 6 mois, il devait alors justifier, dès son premier jour d'arrêt de travail, d'au moins une des conditions suivantes :

– soit avoir perçu une rémunération au moins égale à 1 015 fois la valeur du SMIC horaire, soit 11 824,75 € ⁽⁴⁾ en 2024 ;

– soit avoir effectué au moins 150 heures de travail salarié ou assimilé au cours des 3 mois civils ou des 90 jours précédents. Cette seconde condition est difficile à démontrer pour un dirigeant salarié dont le temps de travail n'est généralement pas décompté de la même manière que celui d'un salarié ; il est souvent considéré comme cadre dirigeant au sens de la durée du travail ⁽⁵⁾.

Ainsi, il est donc impossible pour l'assuré de se prévaloir des sommes versées postérieurement au début de son arrêt de travail.

(1) CSS, art. R. 313-1, dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016.

(2) CSS, art. R. 313-1, dans sa version applicable aux faits de l'espèce.

(3) CSS, art. R. 313-3, dans sa version applicable aux faits de l'espèce.

(4) $1\,015 \times 11,65 = 11\,824,75$. Ce montant représente une rémunération moyenne de 1 970,79 € pour une période de 6 mois travaillés.

(5) C. trav., art. L. 3111-2.

II. L'IMPOSSIBILITÉ DE PRENDRE EN COMPTE DES SOMMES VERSÉES POSTÉRIEUREMENT AU DÉBUT DE L'ARRÊT

Les hauts magistrats réitèrent qu'il convient de tenir compte des salaires effectivement versés. Ainsi, un assuré ne peut pas se prévaloir d'une erreur de paie ou d'un rappel de salaire versé postérieurement à son arrêt de travail mais se rapportant à une période antérieure à celui-ci.

Cet arrêt s'inscrit dans la continuité des précédents arrêts de la Cour de cassation, aux termes desquels les magistrats avaient refusé de prendre en considération, dans le cadre d'une nouvelle évaluation du gain journalier de base pour déterminer le montant des indemnités journalières : (i) une prime de rendement ayant donné lieu aux paiements des cotisations sociales mais non versée sur la période de référence ⁽⁶⁾, (ii) un jugement condamnant un

employeur à des rappels de salaires ⁽⁷⁾, ou encore (iii) le fait d'assimiler l'annulation d'une période de mise à pied conservatoire à un « congé non payé » au sens de l'article R. 323-8 du Code de la sécurité sociale ⁽⁸⁾.

La Caisse ne devra analyser que les salaires effectivement versés au moment de l'arrêt maladie ou, par analogie, de maternité ⁽⁹⁾. Cette règle s'applique tant pour les conditions d'ouverture des droits aux indemnités journalières que pour la détermination du salaire de référence dans le gain journalier permettant de calculer le bénéfice des indemnités journalières maladie. Ainsi, il appartient aux employeurs et à leurs prestataires de paie de s'assurer du versement effectif de l'ensemble des salaires perçus par les nouveaux salariés recrutés pour ne pas pénaliser l'ouverture de leurs droits aux prestations en espèces en cas d'erreur de paie.

(6) Cass. soc., 6 déc. 1973, n° 72-13742.

(7) Cass. 2^e civ., 22 janv. 2009, n° 07-21504.

(8) Cass. 2^e civ., 8 oct. 2020, n° 19-21128.

(9) Cass. 2^e civ., 28 sept. 2023, n° 21-23857.

L'indemnisation du défaut d'affiliation d'un cadre à une garantie décès : une réparation exclusivement forfaitaire ou intégrale ? GPL464b0

L'essentiel Lorsque le manquement de l'employeur à son obligation « 1,5 Tranche A » résulte de son abstention fautive, les ayants droit du salarié cadre décédé sont en droit de bénéficier d'une indemnisation complémentaire, en plus de la sanction conventionnelle et forfaitaire équivalant à 3 PASS. Ils peuvent ainsi demander la réparation de leur entier préjudice sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile.

CA Douai, 3^e ch., 8 févr. 2024, n° 22/03391, M^{me} X c/ Properties Legen Heirweg SA

Note par
Antoine PHILIPPON
Docteur en droit,
chargé d'enseignement
à l'université Jean Moulin
(Lyon 3)

1. L'article 7 de la Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 (AGIRC), repris ensuite, à l'occasion de la fusion AGIRC-ARRCO, par l'article

premier de l'ANI du 17 novembre 2017 relatif à la prévoyance des cadres ⁽¹⁾, impose aux employeurs de verser au profit de leurs cadres, à un organisme assureur, une cotisation égale à 1,50 % de la tranche de rémunération inférieure au plafond fixé pour les cotisations de sécurité sociale (auparavant tranche A, désormais tranche 1) ⁽²⁾. Cette contribution doit être « affectée par priorité à la couverture d'avantages en cas de décès ». En d'autres termes, plus de la moitié de la cotisation obligatoire doit être consacrée à la couverture de ce risque, le surplus

pouvant être affecté à d'autres avantages de prévoyance. Il est, par exemple, possible pour une entreprise de prendre en compte la cotisation « frais de santé » qu'elle verse pour s'assurer du respect de cette obligation dite « 1,5 TA » ⁽³⁾.

2. À défaut de respecter ces exigences conventionnelles, l'employeur est tenu, en cas de décès du salarié cadre, de verser à ses ayants droit une somme égale à trois fois le plafond annuel de la sécurité sociale (PASS) en vigueur lors du décès. Cette sanction est appliquée avec la plus grande fermeté par la Cour de cassation. En effet, la seule inexécution de cette obligation permet aux ayants droit de prétendre à l'indemnité ⁽⁴⁾. En outre, n'étant pas une clause pénale au sens de l'article 1152 du Code civil, elle n'est pas susceptible de modération par le juge ⁽⁵⁾. Enfin, cette somme étant due « en contrepartie ou à l'occasion d'un travail », elle est soumise à cotisations sociales ⁽⁶⁾.

Pour autant, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la possibilité d'attribuer une indemnité supérieure au montant prévu par le texte et qui serait déterminée au regard du préjudice réellement subi par les ayants droit du cadre décédé. Or c'est précisément à cette question que la cour d'appel de Douai a eu à répondre dans cet arrêt du 8 février 2024.

3. En l'espèce, une société avait affilié en 1996, auprès d'un organisme assureur, son personnel non-cadre à un contrat couvrant le risque décès. Quelques années plus tard, trois de ses salariés ont été promus cadres et l'un d'entre eux décéda en 2014.

(1) P. Coursier et P. Vivien, « La protection sociale des cadres, quel devenir ? », JCP S 2018, 1161.

(2) V. not., W. Millet, « Prévoyance des cadres : faut-il offrir une nouvelle jeunesse à l'obligation du 1,50 % Tranche 1 ? », Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie 2022, 34.

(3) Cass. soc., 30 mars 2022, n° 20-15022 : JCP S 2022, 1117, comm. F. Wismer et J. Serrier.

(4) Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, n° 01-03971 : Bull. civ. I, n° 101.

(5) Cass. soc., 19 avr. 2000, n° 98-15209.

(6) Cass. soc., 24 avr. 1997, n° 95-18039 : Bull. civ. V, n° 145.

Dans un premier temps, l'employeur et l'assureur se sont opposés sur l'étendue de leur responsabilité respective, le premier considérant que la garantie décès selon le régime « cadre » était due par l'assureur puisque, malgré l'absence de souscription d'un contrat visant les cadres, le second avait encaissé des primes pour les cadres.

Par un premier arrêt du 6 décembre 2018⁽⁷⁾, la cour d'appel de Douai a donné raison à l'employeur mais en limitant son indemnisation au seul préjudice résultant du paiement indu des primes d'assurance dès lors qu'il ne justifiait d'aucun autre préjudice en l'absence de poursuite des ayants droit à son encontre.

4. Par la suite, la veuve du salarié décédé a demandé à la société de lui régler la somme prévue par l'article 7 de la convention AGIRC du fait de son non-respect de l'obligation posée par ce même article, somme diminuée du montant déjà versé par l'assureur au titre de la garantie décès « non-cadre ». Or, bien que le tribunal ait reconnu dans cette nouvelle instance la responsabilité de l'employeur à l'égard des ayants droit, il a limité leur réparation à la seule indemnité prévue par la convention AGIRC, c'est-à-dire 3 PASS. La veuve a alors interjeté appel en faisant valoir que l'employeur devait réparer l'intégralité de son préjudice sans que la limite contractuelle de cette convention ne puisse lui être opposée.

Après avoir caractérisé une faute de négligence commise par la société, la cour d'appel de Douai en conclut que cette dernière est entièrement responsable de la carence d'affiliation de son salarié à la garantie risque décès cadre. Elle en déduit que les ayants droit sont en droit de prétendre à la réparation intégrale de leur préjudice.

5. Pour accorder une indemnisation supérieure à la sanction conventionnelle, la cour procède ainsi à une application du droit commun de la responsabilité civile délictuelle en établissant l'existence d'une faute de négligence commise par l'employeur indépendamment du non-respect des exigences posées par la convention AGIRC. Plusieurs éléments factuels attestaient en effet que l'employeur avait fait preuve d'une abstention fautive en ne s'assurant pas que ses salariés cadres étaient couverts contre le risque décès. Ainsi, lorsque le salarié concerné est devenu cadre, la société ne s'est pas assurée de son affiliation effective à une garantie prévoyance adéquate. Certes, l'encaissement par l'assureur de cotisations pour les cadres aurait pu constituer un commencement de preuve afin d'établir l'existence d'un contrat d'assurance tacitement conclu. Pour autant, cet élément doit être écarté dès lors que, bien que la société ait eu connaissance de l'absence d'affiliation de ses salariés cadres à une garantie décès, elle n'a pas répondu aux propositions d'adhésion émises par l'organisme assureur, alors même que trois contrats lui étaient proposés. Enfin, le salarié avait prévenu son employeur de la maladie grave dont il était atteint.

Le lien de causalité avec le préjudice subi par les ayants droit est d'autant plus caractérisé qu'à défaut de telles abstentions de la part de l'employeur, l'organisme assureur aurait eu l'obligation de couvrir le salarié cadre en vertu de l'article 2 de la loi *Évin*. L'exclusion de la responsabilité de l'organisme assureur dans la réalisation

du préjudice se comprend donc parfaitement, quand bien même celui-ci aurait indûment encaissé des primes. Seule la carence de l'employeur est en lien de causalité direct et certain avec le préjudice subi.

6. De manière générale, la position de la cour d'appel démontre que l'abstention de l'employeur ne se limite pas à un simple manquement à son obligation conventionnelle d'affiliation mais qu'il en résulte également une faute distincte de négligence commise par celui-ci. Il n'est cependant pas certain que la solution dégagée ici soit transposable à la plupart des litiges résultant du non-respect par l'employeur de ses obligations conventionnelles d'affiliation à l'égard de ses cadres. Les manquements de l'employeur étaient en l'espèce particulièrement graves et répétés. Or une telle abstention fautive n'est pas toujours aisée à caractériser. On peut donc supposer qu'elle ne s'ajoutera que rarement à celle découlant du seul non-respect de la convention AGIRC.

Cette dualité de qualifications est par ailleurs discutable dès lors que la faute commise par l'employeur se rattache intrinsèquement au non-respect des obligations conventionnelles lui incombant. Il s'agit en effet de sanctionner un manquement grave à l'article 7 de la convention AGIRC commis par l'employeur du fait de sa négligence. La Cour de cassation a d'ailleurs pu préciser que ce texte sanctionne « l'employeur négligent, quelle que soit la nature de la faute, dans les limites d'une indemnité forfaitaire dont il n'est pas dit qu'elle ne serait qu'un minimum »⁽⁸⁾. Pour autant, cet arrêt étant ancien, il n'est pas certain que cette position soit toujours d'actualité.

7. Bien que critiquable, cette distinction permet cependant de ne pas voir l'indemnisation limitée à la sanction conventionnelle et de prétendre à la réparation de l'entier préjudice. Les ayants droit d'un cadre décédé, pour lequel l'employeur n'a pas accompli ses obligations conventionnelles du fait de son abstention fautive, sont donc en droit de prétendre à une double indemnisation.

L'indemnité prévue par la convention AGIRC est ainsi circonscrite au seul non-respect de l'obligation d'affiliation découlant de ce texte. Elle ne vise qu'à sanctionner le fait pour l'employeur de ne pas pouvoir justifier de la souscription d'un contrat comportant une garantie décès pour ses cadres, indépendamment du préjudice réellement subi par les ayants droit. En ce sens, la sanction résultant de l'article 7 de la convention AGIRC constitue une indemnité minimale et forfaitaire mais n'épuise pas leur droit à indemnisation au regard du préjudice réel. La caractérisation d'une faute de négligence commise par l'employeur permet ensuite de prétendre à une indemnisation complémentaire sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle, et donc de voir le préjudice entièrement réparé.

Une telle interprétation de l'article 7 de la convention AGIRC par les juges d'appel est particulièrement favorable aux ayants droit puisque, malgré « l'automatisme » de la sanction en cas de manquement de l'employeur à ses obligations conventionnelles, l'indemnité de 3 PASS apparaît souvent faible en comparaison des montants des garanties décès habituellement versés. Cela est particulièrement

(7) CA Douai, 6 déc. 2018, n° 16/05545.

(8) Cass. soc., 8 juill. 1975, n° 74-40641.

vrai lorsque, comme en l'espèce, plusieurs enfants mineurs figurent parmi les ayants droit.

8. Le présent arrêt apporte d'ailleurs des précisions quant aux modalités d'évaluation du préjudice financier subi par les ayants droit. Celui-ci est ainsi égal aux sommes qui auraient été perçues si l'employeur avait régulièrement régularisé sa carence en affiliant son salarié au contrat de prévoyance cadre de son choix. Le préjudice indemnisable n'est donc pas limité à la perte de chance, pour les ayants droit, de bénéficier des garanties prévues dans le contrat de prévoyance cadre de l'entreprise. Toutefois,

en l'absence d'un tel contrat, la cour d'appel se fonde sur les trois offres formulées par l'organisme assureur, auxquelles l'employeur n'avait pas répondu, pour déterminer une moyenne des prestations qui auraient été servies dans le cadre de chaque contrat. Le résultat obtenu est ensuite réduit à due proportion du montant du capital décès déjà perçu au titre de la garantie non-cadre. Bien qu'efficaces, ces modalités d'évaluation du préjudice soulèvent néanmoins des interrogations. En effet, comment évaluer le préjudice financier dans l'hypothèse où aucun contrat de prévoyance cadre ne lie l'employeur à l'organisme assureur et où aucune offre de contrat n'a été faite ?

B. Maladies professionnelles et accidents du travail

Le caractère forfaitaire de la rente AT-MP réaffirmé et la difficile indemnisation de la perte de chance de promotion professionnelle redébatue GPL464b9

L'essentiel L'indemnisation du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle a donné lieu à de nombreuses solutions des hauts magistrats depuis la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel dans sa décision sur QPC du 18 juin 2010. Aussi, le revirement opéré par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 20 janvier 2023 sur le périmètre de réparation de la rente AT-MP semble animer de nouveau les prétoires, en atteste le présent arrêt de la deuxième chambre civile en date du 1^{er} février 2024.

Cass. 2^e civ., 1^{er} févr. 2024, n° 22-11448, M. G. c/ CGSS de la Réunion, Ministre chargé de la Sécurité sociale et a., FS-B (rejet pourvoi c/ CA Saint-Denis de La Réunion, 21 juin 2021, n° 19/02667)

Note par
Delphine RÖNET-YAGUE
Maître de conférences
à Aix-Marseille Université,
membre du Centre de
droit social (UR 901),
Aix-en-Provence

Si l'arrêt commenté rappelle les postes de préjudices que la rente accident du travail ou maladie professionnelle (rente AT-MP) répare, il repose néanmoins la question du préjudice professionnel distinct.

Il précise, par ailleurs, les éléments nécessaires à la démonstration de la perte de chance de promotion professionnelle qui est, au demeurant, à la frontière de l'incidence professionnelle, poste de préjudice réparé forfaitairement par la rente.

L'affaire soumise à l'appréciation des juges concernait la victime d'un accident du travail qui avait fait reconnaître judiciairement la faute inexcusable de son employeur. À ce titre elle réclamait la réparation du préjudice subi au titre de la perte de gains professionnels, de celui subi au titre de l'incidence professionnelle et de la perte de chance de promotion professionnelle. N'ayant pas obtenu gain de cause auprès des juges du fond, elle forma un pourvoi en cassation.

S'agissant des deux premiers postes de réparation réclamés, la demande ne pouvait prospérer. Il est en effet acquis de longue date que la rente AT-MP indemnise

les préjudices économiques, c'est-à-dire, d'une part, les pertes de gains professionnels et, d'autre part, les incidences professionnelles ⁽¹⁾. Si, début 2023, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a opéré un revirement ⁽²⁾ excluant de la rente la réparation du déficit fonctionnel permanent, il n'en demeure pas moins que la Cour a confirmé, comme en l'espèce, que la « rente majorée servie à la victime en application de l'article L. 452-2 du Code de la sécurité sociale répare les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité permanente qui subsiste le jour de la consolidation ». Ce resserrement – attendu – semble néanmoins avoir créé un appel d'air, obligeant les juges à ancrer leur position à la fois sur le périmètre de la rente majorée ⁽³⁾ et sur son caractère forfaitaire.

En effet, dans son premier moyen au pourvoi, la victime demande la réparation de la perte de gains professionnels qui n'était pas couverte par la rente majorée dès lors « qu'il subsistait un solde non indemnisé entre la perte de revenus professionnels engendrée par l'accident du travail et la rente accident du travail versée ». Le pourvoi remet donc en cause le caractère forfaitaire de la réparation économique ⁽⁴⁾. Les juges sont ainsi invités à revenir sur leur appréhension de la réserve d'interpréta-

(1) Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, n° 07-21768 – Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, n° 08-17581 – Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, n° 08-16089 : JCP S 2009, 1469, note D. Asquinazi-Bailleur ; H. Groutel, « Recours des tiers payeurs : enfin des règles sur l'imputation des rentes d'accidents du travail », Resp. civ. et assur. 2009, étude 10 ; D. 2010, p. 49, note P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2009, p. 545, note P. Jourdain ; Dr. ouvr. 2009, p. 533, note F. Meyer.

(2) Cass. ass. plén., 20 janv. 2023, n° 21-23947 – Cass. ass. plén., 20 janv. 2023, n° 20-23673 : GPL 21 févr. 2023, n° GPL464a9, note A. Guégan ; RGDA mars 2023, n° RGA201e9, note J. Landel ; BJDA 2023, comm. 16, note P. Grosser ; JCP S 2023, 1061, note X. Aumeran ; SSL, n° 2033, note M. Keim-Bagot ; JCP G 2023, 194, note S. Porchy-Simon ; Resp. civ. et assur. 2023, comm. 52, note L. Bloch ; D. 2023, p. 321, note V. Rivollier ; RTD civ. 2023, p. 382, note P. Jourdain ; RDSS 2023, p. 345, note F. Kessler ; Dr. ouvr. 2023, p. 128, note M.-F. Bied-Charrenton.

(3) Morane Keim-Bagot s'étonne « que la deuxième chambre civile fasse mention, depuis des années, que c'est la "rente majorée" qui opère cette réparation » (note in Dr. soc. 2024, p. 388).

(4) En ce sens, D. Asquinazi-Bailleur, note ss Cass. 2^e civ., 1^{er} févr. 2024, n° 22-11448, JCP S 2024, 1081.

tion du Conseil constitutionnel intervenue il y a plus de dix ans⁽⁵⁾. L'élargissement de la réparation à l'égard des victimes du travail par le Conseil a pour limite qu'il ne porte que sur les préjudices non couverts par le livre IV du Code de la sécurité sociale. Différemment dit, ce qui est réparé forfaitairement le demeure. C'est le cas de la perte des gains professionnels, mais aussi des incidences professionnelles de l'incapacité permanente. Pourtant, la victime souhaitait également que son préjudice au titre de l'incidence professionnelle soit réparé séparément, ce préjudice étant lié, selon elle, à « sa dévalorisation sur le marché du travail et à la nécessité de devoir abandonner son ancien métier », et distinct du préjudice résultant de l'incapacité permanente partielle après consolidation.

Fidèle au raisonnement précédent, la Cour de cassation considère que c'est à bon droit que la cour d'appel a rappelé que « l'incidence professionnelle résultant de l'incapacité permanente subsistant à la consolidation est indemnisée par la rente allouée et majorée en raison de la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur ». Au regard de ces deux moyens au pourvoi, au-delà de la forfaitisation de cette réparation – compromis datant de 1898⁽⁶⁾ – plus globalement ce qui paraît implicitement mais davantage contesté, c'est la réparation quasi-intégrale et non intégrale en cas de faute inexcusable de l'employeur⁽⁷⁾. Pour certains, la Cour de cassation maintient ainsi non pas une lecture stricte mais restrictive de la notion de « préjudices non couverts » par le livre IV du Code de la sécurité sociale⁽⁸⁾.

La victime développait ensuite une deuxième branche au second moyen de son pourvoi ayant trait à la perte ou à la diminution de ses possibilités de promotion professionnelle. Ce poste de préjudice est listé à l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale (liste non limitative⁽⁹⁾) et peut être réparé indépendamment de la majoration de la rente. Pour obtenir gain de cause, la victime se fonde sur l'expertise judiciaire et reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si les conséquences de l'accident ne l'avaient pas privé de son emploi de maçon, et donc de toutes possibilités de promotion professionnelle.

Le moyen est jugé infondé en ce que « la victime ne démontrait pas que, lors de l'accident, elle présentait des chances de promotion professionnelle, à défaut de se prévaloir d'une formation ou d'un processus de nature à démontrer l'imminence ou l'annonce d'un avancement dans sa carrière ou encore la création d'entreprise ». De façon constante, les hauts magistrats rappellent que la charge de la preuve de ce préjudice repose sur la victime

et que la perte de chance doit être réelle⁽¹⁰⁾. A été jugé que « l'indemnisation du préjudice professionnel implique que la victime ait amorcé un cursus de qualification professionnelle laissant supposer que sans l'accident, ce cursus aurait continué, et qu'en raison de l'accident et de ses conséquences, elle ne peut plus exercer son métier »⁽¹¹⁾. À la lecture de ce précédent arrêt, on peut penser à une simple confirmation de jurisprudence. Or le diable se niche dans les détails. D'une part, les juges accolent à la perte de chance de promotion professionnelle, la perte de chance de créer son entreprise. D'autre part, selon le professeur Morane Keim-Bagot, ils ajoutent au caractère sérieux de la chance perdue l'alternative de l'imminence, ce qu'elle critique⁽¹²⁾.

La présentation des moyens par la victime invite à s'interroger davantage. En effet, les deux branches du second moyen portent sur l'incidence professionnelle incluant la perte de promotion professionnelle. L'incidence professionnelle ou, plus exactement, les préjudices professionnels⁽¹³⁾ seraient donc scindés en deux⁽¹⁴⁾ : l'un (l'incidence professionnelle) serait réparé forfaitairement par la rente et l'autre (la perte ou diminution de chance de promotion professionnelle) serait réparé en tant que préjudice autonome dont l'indemnisation est légalement prévue et codifiée à l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale. Il s'agirait alors d'un éloignement jurisprudentiel volontaire vis-à-vis de la définition de l'incidence professionnelle retenue par la nomenclature *Dintilhac*, qui englobe la perte de promotion professionnelle. Afin de se conformer à la loi [CSS, art. L. 452-3] et à la décision du Conseil constitutionnel sur l'exclusion de la réparation des postes déjà couverts par le livre IV du Code de sécurité sociale⁽¹⁵⁾, les juges raisonnent par composants de l'incidence professionnelle, dont l'un est exclu afin de bénéficier, le cas échéant, d'une réparation distincte⁽¹⁶⁾ prévue explicitement par le législateur.

Quelle complexité ! Une complexité qui, pour d'aucuns, nécessite *a minima* une clarification (manquée) de la part des juges⁽¹⁷⁾, quand, pour d'autres, associée à d'autres écueils, elle appelle *a maxima* une remise à plat de la réparation des risques professionnels⁽¹⁸⁾ requérant l'intervention du législateur afin de réformer en faveur d'une réparation intégrale des postes de préjudices en cas de faute inexcusable de l'employeur⁽¹⁹⁾.

(5) Cons. const., QPC, 18 juin 2010, n° 2010-8, cons. 17.

(6) En ce sens, X. Aumeran, « AT-MP : un ANI qui tourne en rond », JCP S 2023, act. 248.

(7) M.-C. Lagrange, note ss Cass. 2^e civ., 1^{er} févr. 2024, n° 22-11448, Resp. civ. et assur. 2024, comm. 79 : « (...) on attend de la Cour qu'elle décide enfin qu'un poste non intégralement couvert par le livre IV mérite une indemnisation complémentaire et que le principe de la réparation intégrale trouve enfin son application pour mettre fin au déséquilibre indemnitaire actuellement entretenu ».

(8) M.-C. Lagrange, note ss Cass. 2^e civ., 1^{er} févr. 2024, n° 22-11448, Resp. civ. et assur. 2024, comm. 79.

(9) Cons. const., QPC, 18 juin 2010, n° 2010-8, cons. 18.

(10) Cass. soc., 28 juin 2001, n° 99-17594 – Cass. 2^e civ., 10 mai 2021, n° 11-13381 – Cass. 2^e civ., 23 sept. 2021, n° 20-13792.

(11) Cass. 2^e civ., 8 avr. 2010, n° 09-11634 : JCP S 2010, 1262, note T. Tauran.

(12) Dr. soc. 2024, p. 388, note M. Keim-Bagot.

(13) Terminologie empruntée à D. Asquinazi-Bailleur, note in JCP S 2024, 1081.

(14) M.-C. Lagrange, note ss Cass. 2^e civ., 1^{er} févr. 2024, n° 22-11448, Resp. civ. et assur. 2024, comm. 79.

(15) Dans un sens assez proche, Dr. soc. 2024, p. 388, note M. Keim-Bagot.

(16) Dans un sens assez proche, M.-C. Lagrange, note ss Cass. 2^e civ., 1^{er} févr. 2024, n° 22-11448, Resp. civ. et assur. 2024, comm. 79.

(17) M.-C. Lagrange, note ss Cass. 2^e civ., 1^{er} févr. 2024, n° 22-11448, Resp. civ. et assur. 2024, comm. 79.

(18) M. Keim-Bagot et J. Knetsch, « (Ré)concilier les inconciliables. Regards croisés sur la réparation des AT-MP », Dr. soc. 2023, p. 629.

(19) D. Asquinazi-Bailleur, « L'article 39 du projet de la LFSS ou le feuilleton d'une réforme avortée de la réparation des AT-MP », BJT janv. 2024, n° BJT203c6.

C. Retraite

Liquidation de la pension de retraite pendant une procédure de licenciement : la fine frontière entre droit et abus de droit GPL464b2

L'essentiel À partir du moment où un salarié notifie à son employeur son départ à la retraite en indiquant avoir sollicité la liquidation de ses droits à la retraite et qu'il cesse ses fonctions sans même respecter de préavis, conformément à ce que prévoit son contrat de travail, il ne commet pas un abus de droit, même si ce départ a lieu pendant une procédure de licenciement disciplinaire. Il peut ainsi prétendre à la pension de retraite supplémentaire conditionnée à l'achèvement de sa carrière dans l'entreprise.

Cass. soc., 20 mars 2024, n° 22-20880, F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 30 juin 2022)

Note par
Jessica ATTALI-COLAS
Maître de conférences
à l'université Jean Moulin
(Lyon 3), membre de
l'équipe Louis Josserand

Si le salarié est en droit de rompre son contrat de travail à durée indéterminée, il ne doit toutefois pas en abuser (C. trav., art. L. 1237-2). Mais quelle est la frontière entre

le droit et l'abus du droit de rompre un contrat de travail ? Le 20 mars 2024, la Cour de cassation a dû répondre à cette question dans un arrêt dont les faits étaient assez singuliers : un salarié sur le point d'être licencié qui s'est hâté de faire valoir ses droits à la retraite.

Une entreprise avait mis en place, au profit de ses cadres dirigeants, une retraite supplémentaire conditionnée à l'achèvement de la carrière dans l'entreprise. L'un d'entre eux, mis à pied à titre conservatoire, est convoqué à un entretien préalable à un licenciement pour faute grave qui devait avoir lieu le 15 juin 2015. Le 30 mai, il a notifié à la société son départ à la retraite à effet du 1^{er} juin 2015. Le départ à la retraite est une rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié « pour bénéficier d'une pension de vieillesse » (C. trav., art. L. 1237-9). Il a ensuite procédé à la liquidation de sa pension. Il souhaite alors bénéficier de la retraite supplémentaire et, pour ce faire, il doit remettre certains documents à l'organisme d'assurance qui gère cette retraite. À cette fin, le salarié saisit la juridiction prud'homale afin d'obliger la société à lui fournir les documents nécessaires pour bénéficier de cette retraite supplémentaire.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 30 juin 2022, fait droit à la demande du salarié. La société forme un pourvoi en cassation, rejeté par la haute juridiction le 20 mars 2024. La Cour de cassation estime que le salarié n'a pas commis d'abus de droit. Elle en déduit qu'il faisait partie de l'effectif de l'entreprise au moment de son départ en retraite et qu'il doit dès lors bénéficier de ladite retraite supplémentaire. La Cour fait donc droit à la demande du salarié et ordonne à la société de remettre à ce dernier les documents nécessaires au bénéfice de cette prestation de retraite.

La solution de la Cour de cassation attire l'attention parce qu'elle est inédite mais aussi parce qu'elle appelle à

discuter de la notion finalement assez restrictive d'« abus du droit de rompre le contrat de travail » par un salarié qu'elle retient (I). Cette solution pourrait trouver à s'expliquer par les conséquences qui découlent d'un abus du droit de rompre un contrat de travail par un salarié (II). Quoi qu'il en soit, compte tenu de la disparition des retraites supplémentaires à prestations définies, conditionnées à l'achèvement de la carrière dans l'entreprise, la portée de cette solution doit être relativisée (III).

I. DISCUSSION AUTOUR DE L'ABSENCE D'ABUS DE DROIT

Dans l'arrêt commenté, afin de prendre position, la Cour de cassation a retenu plusieurs éléments. D'une part, elle a retenu que le salarié avait notifié à l'employeur son départ à la retraite en indiquant avoir sollicité la liquidation de ses droits à la retraite et cesser ses fonctions avant ladite liquidation. D'autre part, le contrat de travail du salarié était plus favorable que la loi (C. trav., art. L. 1237-10) puisqu'il prévoyait que le salarié ne devait respecter un préavis qu'en cas de démission ou de licenciement, mais non en cas de départ à la retraite. La Cour de cassation en a donc déduit que le salarié n'avait pas abusé de son droit de rompre son contrat de travail puisqu'il était libre de faire valoir ses droits à la retraite dès lors que ceux-ci lui étaient ouverts, quand bien même cela aurait lieu pendant une procédure de licenciement disciplinaire.

La Cour de cassation semble ici mêler « avoir le droit » et « abuser de son droit ». Il est en effet indéniable que le salarié remplissait toutes les conditions pour faire valoir ses droits à la retraite. Il en avait l'âge, avait cessé son activité et avait informé l'employeur de son départ à la retraite. Mais là n'était pas la question. Il s'agissait plutôt de se demander si le salarié n'avait pas abusé de ce droit. Les arguments soulevés par l'employeur sont tout à fait audibles. Il soutenait que l'abus de droit pouvait consister en un détournement d'un droit existant de sa finalité légitime. En notifiant son départ à la retraite postérieurement à la mise en œuvre d'une procédure de licenciement pour faute grave à son encontre, il est évident que le seul objectif du salarié était d'échapper aux conséquences de ce licenciement qui l'aurait privé du droit à la retraite supplémentaire.

En réalité, la Cour de cassation a toujours été très réticente à reconnaître qu'un salarié abuse de son droit de rompre son contrat de travail. Elle exige de l'employeur qu'il démontre que ce dernier a agi avec une intention de lui nuire ou, *a minima*, avec une légèreté blâmable ⁽¹⁾. Il aurait donc peut-être fallu que l'employeur aille plus loin et démontre en quoi le salarié avait agi avec ladite intention ou légèreté...

(1) Cass. soc., 26 avr. 1967 : Bull. civ. IV, n° 331 – Cass. soc., 18 janv. 1995, n° 91-42613.

II. UNE DÉCISION EXPLIQUÉE AU REGARD DES CONSÉQUENCES DE L'ABUS DE DROIT

La Cour de cassation déduit de l'absence d'abus de droit du salarié que « la condition de présence du salarié dans les effectifs de l'entreprise lors de la liquidation de ses droits à retraite prévue par le régime de retraite supplémentaire mis en place dans l'entreprise était bien remplie ». Elle fait donc droit à la demande du salarié visant à ordonner à l'employeur de remettre à l'assureur les documents nécessaires au bénéfice de cette retraite. Cela signifie donc, *a contrario*, que s'il y avait eu abus de droit de la part du salarié, la Cour de cassation en aurait déduit que la condition de présence dans l'entreprise n'était pas remplie et que le salarié ne pouvait pas prétendre à la retraite supplémentaire mise en place par l'entreprise. Or, l'article L. 1237-2 du Code du travail est explicite. Il prévoit en son alinéa 1^{er} que « la rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié ouvre droit, si elle est abusive, à des dommages et intérêts pour l'employeur ».

La question mérite donc d'être posée : la Cour de cassation envisage-t-elle qu'une sanction autre que des dommages et intérêts puisse être infligée au salarié qui a commis un abus de droit, et ce au mépris de l'article L. 1237-2 du Code du travail ? L'hypothèse est peu probable, ne serait-ce que parce que la Cour rappelle ce texte et son contenu dans son visa. Selon nous, le raisonnement de la haute juridiction s'explique de la façon suivante. On l'aura compris, pour faire droit à la demande du salarié, elle aurait tout simplement pu répondre à l'entreprise qui refusait de transmettre les documents nécessaires pour percevoir la retraite supplémentaire qu'abus de droit par le salarié ou pas, cela n'entachait pas le fait qu'il soit présent dans l'entreprise et qu'il avait ainsi droit à ladite retraite. La Cour aurait ainsi souligné que même en cas d'abus de droit avéré de la part du salarié, celui-ci a droit à la pension de retraite supplémentaire mise en place dans l'entreprise. Bien que juridiquement fondée, une telle décision est foncièrement discutable au regard de l'objet même de la retraite supplémentaire – *a fortiori* lorsqu'elle est conditionnée à l'achèvement de la carrière dans l'entreprise –, qui vise à récompenser, comme le note la société dans son pourvoi, « l'investissement, le sérieux, la loyauté et la fidélité » des salariés.

Sous cet angle, l'on comprend que c'est peut-être aussi ce qui a poussé la Cour de cassation à refuser de reconnaître qu'en l'espèce, la rupture du contrat de travail était abusive. Si elle l'avait fait, elle aurait été tenue d'appliquer l'article L. 1237-2 du Code du travail et aurait uniquement condamné le salarié à verser des dommages et intérêts à l'employeur. Le caractère antinomique de la situation

aurait été explicite : l'abus de droit du salarié ne le prive pas de la pension de retraite supplémentaire visant pourtant à récompenser sa loyauté...

III. UNE DÉCISION À LA PORTÉE LIMITÉE

L'objectif, à peine dissimulé, du salarié était, en l'espèce, de partir à la retraite avant d'être licencié afin de remplir la condition de présence dans l'entreprise requise pour bénéficier de la retraite supplémentaire. Hormis cette hypothèse, il est difficile d'imaginer un salarié soumis à une procédure de licenciement se hâter de partir à la retraite et de liquider ses droits dans le but d'échapper aux conséquences d'un licenciement pour faute grave. Et l'hypothèse était déjà résiduelle : encore fallait-il que l'entreprise propose une retraite supplémentaire à prestations définies, conditionnée à l'achèvement de la carrière dans l'entreprise, qu'une procédure de licenciement soit engagée contre un potentiel bénéficiaire et, enfin, que ce dernier remplisse les conditions pour liquider sa pension, à savoir, notamment, avoir atteint l'âge légal de départ à la retraite.

L'hypothèse est à présent obsolète. Pour rappel, les retraites supplémentaires à prestations définies sont celles par lesquelles l'employeur s'engage à verser une rente de retraite dont les modalités de calcul sont prédéfinies par avance (CSS, art. L. 137-11 et s.). La condition de présence dans les effectifs au jour du départ en retraite pour pouvoir bénéficier de ladite retraite « est, à l'évidence, un obstacle à la mobilité »⁽²⁾, *a pari*, au sein de l'Union européenne. Cela constitue donc une entrave à la libre circulation des travailleurs, prohibée par le droit de l'UE. Voilà pourquoi une directive a été adoptée le 16 avril 2014⁽³⁾ et transposée en droit français par ordonnance le 3 juillet 2019⁽⁴⁾. Depuis, la possibilité d'instaurer des retraites supplémentaires à prestations définies, conditionnées à l'achèvement de la carrière dans l'entreprise, est prohibée.

(2) J. Barthélémy, « Mort annoncée des retraites "hauts-de-forme" », CDRH 2012, n° 188.

(3) PE et Cons. UE, dir. n° 2014/50, 16 avr. 2014, relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les États membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire : JOUE, 30 avr. 2014.

(4) Ord. n° 2019-697, 3 juill. 2019, relative aux régimes professionnels de retraite supplémentaire : JO, 4 juill. 2019.