

**Les informations contenues dans nos veilles juridiques sont dédiées en priorité aux militants et aux délégués syndicaux des syndicats de la Fédération CFE CGC/ENERMINE & Industries Transverses. Il appartient à ces destinataires de les diffuser auprès des adhérents de leurs sections syndicales respectives.**

### -1-Résiliation judiciaire après une autorisation de licenciement annulée concernant un salarié protégé

La juridiction prud'homale ne peut pas se prononcer sur la demande de résiliation judiciaire d'un salarié protégé, licencié sur autorisation, **même si cette saisine est antérieure à la rupture. Il en va de même si l'autorisation de licenciement a été annulée, dès lors que le salarié n'a pas demandé sa réintégration.**

La demande de résiliation judiciaire aux torts de l'employeur introduite par un salarié protégé ne fait pas bon ménage avec l'autorisation de licenciement.

Même si la demande est introduite avant l'autorisation de licenciement, la résiliation judiciaire ne peut être prononcée par le juge judiciaire. Ce qui est logique : l'autorisation de licenciement a permis la rupture du contrat de travail, il est donc impossible de le rompre à nouveau, et ce, même si cette autorisation a ensuite été annulée **dès lors que le salarié n'a pas demandé sa réintégration.**

La Cour de cassation est revenue sur les règles applicables en matière de résiliation judiciaire, **en cas d'annulation de l'autorisation de licenciement.**

Dans cette affaire, un salarié protégé saisit le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire aux torts de son employeur en janvier 2010. En avril 2010, il est licencié pour faute par son employeur, après obtention d'une autorisation administrative.

Cette autorisation est annulée par le tribunal administratif, décision confirmée par la cour administrative d'appel et le Conseil d'État. C'est alors que le salarié demande à la juridiction prud'homale, toujours saisie de sa demande de résiliation judiciaire, de se prononcer à ce sujet.

La cour d'appel fait droit à sa demande et lui octroie l'indemnisation qui va de pair avec cette décision. La résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur d'un salarié protégé produit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur. Le salarié protégé a droit aux dommages-intérêts pour licenciement nul (80 000 euros dans cette affaire) et aux dommages-intérêts pour violation du statut protecteur (234 726 euros ici).

Mais, l'employeur n'est pas d'accord, et la Cour de cassation non plus.

En effet, « **le contrat de travail du salarié protégé, licencié sur le fondement d'une autorisation administrative ensuite annulée, et qui ne demande pas sa réintégration, est rompu par l'effet du licenciement** ».

Dans ce cas, « lorsque l'annulation est devenue définitive, le salarié a droit, d'une part, en application de l'article L. 2422-4 du code du travail, au paiement d'une indemnité égale à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la décision d'annulation, d'autre part, au paiement des indemnités de rupture, s'il n'en a pas bénéficié au moment du licenciement et s'il remplit les conditions pour y prétendre, et de l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 du code du travail, s'il est établi que son licenciement était, au moment où il a été prononcé, dépourvu de cause réelle et sérieuse ».

**Il n'y a pas de violation du statut protecteur puisque le licenciement était autorisé.** Et en l'absence de demande de réintégration, le contrat est rompu et le salarié ne peut prétendre qu'à l'indemnisation du préjudice subi (pour la période écoulée entre son licenciement et 2 mois suivant la notification de la décision d'annulation, sous déduction des sommes que le salarié a perçues pendant la période litigieuse), et non à l'indemnité forfaitaire pour violation du statut protecteur.

Et la Cour de cassation d'en déduire que « ces dispositions font obstacle à ce que la juridiction prud'homale se prononce sur la demande de résiliation judiciaire formée par le salarié protégé, même si sa saisine est antérieure à la rupture », le salarié n'ayant pas demandé sa réintégration à la suite de l'annulation de l'autorisation de licenciement.

En effet, n'ayant pas demandé sa réintégration, insiste la Cour de cassation, **le contrat est bien rompu et ne peut donc l'être une seconde fois au titre de la résiliation judiciaire.**

Cette règle n'est pas nouvelle, elle a déjà été édictée maintes fois par la Cour de cassation.

NDLR : à noter que dans le cas du transfert d'un salarié protégé, l'existence d'une autorisation administrative de transfert ne prive pas le juge judiciaire du pouvoir de se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire formée par le salarié protégé antérieurement à cette autorisation (Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-12.733). Dans ce cas, le contrat de travail n'est pas rompu.

Il résulte de cette décision, que **si le salarié protégé avait demandé sa réintégration, le contrat n'aurait alors « plus » été rompu, mais rétabli, continué.** Le salarié aurait alors pu demander la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur, et obtenir l'indemnisation ad hoc.

## **-2- Télétravail : précision importante sur la clause de réversibilité**

Le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait pu être exécuté dans les locaux de l'employeur, est effectué par un salarié hors de ces locaux, de façon volontaire, en utilisant les technologies de l'information et de la communication.

L'employeur et le salarié peuvent convenir d'un commun accord de mettre fin au télétravail et d'organiser le retour du salarié dans les locaux de l'entreprise. C'est ce que rappelle l'article 2.3.5 de l'ANI du 26 novembre 2020. Les conditions de retour à une exécution de travail sans télétravail doivent être prévues dans l'accord collectif ou la charte sur le télétravail, conformément à l'article L. 1222-9 du Code du travail.

Il est donc possible de rédiger 3 types de clauses de retour à une exécution du travail sans télétravail, dite **clause de réversibilité** :

- une clause qui prévoit la fin du télétravail (et donc l'exécution des mêmes fonctions exclusivement dans l'entreprise) à la demande de l'une des parties moyennant un délai de prévenance et selon un certain formalisme ;
- une clause précisant que la fin du télétravail sera subordonnée à l'accord de l'autre partie, hors le cas où le salarié peut faire jouer la priorité d'un emploi vacant sans télétravail correspondant à sa qualification et à ses compétences ;
- une clause énumérant les situations où la fin du télétravail sera automatique (déménagement du salarié, modification de sa vie familiale rendant impossible le travail à son domicile, restructuration de l'entreprise, etc.). A cette liste contractuelle, doit s'ajouter la priorité dont bénéficie le télétravailleur de bénéficier d'un emploi vacant, correspondant à sa qualification et à ses compétences.

Un arrêt de la cour d'appel de Lyon, du 10 septembre 2021 n°18/08845, apporte des précisions sur la rédaction de cette clause de réversibilité. Bien que cet arrêt soit rendu sous l'égide des anciennes dispositions législatives sur le télétravail, il apporte un éclairage intéressant et transposable au régime actuel.

Dans cette affaire, une salariée avait négocié et signé un avenant à son contrat de travail le 1er juillet 2015 lui permettant de télétravailler à la naissance de son premier enfant. Cet avenant stipulait qu'à la demande de la salariée, il lui était accordé, à titre exceptionnel, de travailler à son domicile dans le cadre du télétravail. Le 17 octobre 2016, la société demande à la salariée de revenir travailler dans les locaux de l'entreprise sous un délai de prévenance d'un mois, considérant que l'organisation de son travail à domicile avait atteint ses limites, tant en termes d'efficacité, qu'en matière de contrôle de la durée effective du travail. Au terme d'un arrêt de travail, la salariée n'a pas réintégré son poste sur site le 1er novembre 2016. Son employeur par courrier recommandé avec accusé de réception lui a accordé un nouveau délai, soit jusqu'au 2 janvier 2017 pour réintégrer son poste sur site. Face à la persistance du refus de la salariée, la société a procédé à son licenciement.

La salariée a saisi le conseil de prud'hommes de Lyon pour contester son licenciement et obtenir le paiement de rappels de salaire, de dommages et intérêts pour harcèlement moral et licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'un rappel sur préavis.

#### **La décision confirmative de la cour d'appel :**

Le conseil de prud'hommes de Lyon avait jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cour d'appel de Lyon a confirmé ce jugement.

Sur la rupture du contrat de travail, la cour d'appel rappelle que : « *Le contrat de travail ou son avenant précise les conditions de passage en télétravail et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail.* ». Ainsi, **lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié.**

La cour d'appel en a donc déduit que : « *l'employeur ne pouvait modifier cette organisation sans l'accord de la salariée et ce, même en présence d'une clause de mobilité stipulée par ailleurs dans le contrat qui n'était pas de nature à influencer sur les conditions d'organisation de son travail* ».

De plus, la cour d'appel fait grief à l'employeur de n'avoir apporté dans l'avenant au contrat de travail aucune précision sur les conditions d'exercice du télétravail, notamment sur sa durée et les modalités selon lesquelles il pouvait y être mis fin. Elle rapporte que : « *contrairement à ce que soutient l'employeur, le terme 'exceptionnel' mentionné dans l'avenant ne signifie pas que les parties ont entendu conférer à cette modalité un caractère provisoire mais seulement que l'employeur a accepté 'de façon exceptionnelle' et contrairement à la pratique de l'entreprise* », que la salariée exerce son activité en télétravail.

Enfin, la cour d'appel rappelle que : « *le fait pour un salarié de refuser une modification de son contrat de travail, en dehors de la procédure de modification pour motif économique, ne peut justifier en lui-même une mesure de licenciement disciplinaire, et ce même si la modification du contrat a un motif légitime* ». Si l'employeur se place sur le terrain de la modification du contrat de travail pour motif économique (article L. 1222-6 du Code du travail), il devra justifier d'un motif économique au sens du Code du travail tel que les difficultés économiques ou la sauvegarde de la compétitivité ; mais cela semble difficile s'agissant de mettre fin à une situation individuelle de télétravail.

#### **Une confirmation jurisprudentielle :**

La cour d'appel s'inscrit dans les décisions rendues antérieurement par la Cour de cassation qui considère qu'**en dehors des situations visées par la clause de réversibilité, l'employeur doit obtenir l'accord du salarié pour mettre fin au télétravail**. Il a été jugé que lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié (Cass. soc. 12 février 2014 n°12-23.051) et ce, même en présence d'une clause de mobilité (Cass. soc. 31 mai 2006 n°04-43.592).

## **La portée de cet arrêt non remise en cause par la nouvelle rédaction de l'article L. 1222-9 du Code du travail :**

A l'époque des faits, l'article L. 1222-9 du Code du travail issu de la loi du 22 mars 2012 disposait que : « *le contrat de travail ou son avenant précise les conditions de passage en télétravail et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail* ».

**Aujourd'hui, le nouvel article L. 1222-9 du Code du travail énonce**, notamment, que : « *L'accord collectif applicable ou, à défaut, la charte élaborée par l'employeur précise :*

- 1° Les conditions de passage en télétravail, en particulier en cas d'épisode de pollution mentionné à l'article L. 223-1 du code de l'environnement, et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail ;*
- 2° Les modalités d'acceptation par le salarié des conditions de mise en œuvre du télétravail ;*
- 3° Les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail ;*
- 4° La détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail ;*
- 5° Les modalités d'accès des travailleurs handicapés à une organisation en télétravail, en application des mesures prévues à l'article L. 5213-6. »*

Si l'article L. 1222-9 du Code du travail en sa version actuelle n'apporte aucune précision sur les clauses contractuelles obligatoires lorsque le télétravail est mis en place par un accord individuel entre l'employeur et le salarié, **il paraît impératif de prévoir les conditions de retour à une exécution du contrat sans télétravail ainsi que les modalités de contrôle de la charge de travail.**

Ainsi, la clause de réversibilité devra notamment prévoir les cas permettant d'actionner la réversibilité mais aussi le délai de prévenance à respecter compte tenu de l'atteinte que la mise en œuvre de la réversibilité peut avoir sur la vie personnelle du salarié.

### **-3- Désignation d'un délégué syndical : ce dernier peut être désigné dans un périmètre plus restreint que celui du CSE d'établissement**

Le délégué est désigné par son syndicat « *pour le représenter auprès de l'employeur* », selon les formalités précisées à l'article L. 2143-3 du Code du travail.

En principe, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu pour les dernières élections destinées à mettre en place le CSE d'entreprise ou d'établissement (Cass. soc., 26 oct. 2011, n° 11-11.409). Ainsi, dans une entreprise possédant plusieurs CSE d'établissement, les délégués syndicaux seront désignés dans chacun des établissements dotés d'un CSE d'établissement.

En parallèle, le Code du travail prévoit qu'il est possible de désigner un délégué syndical « *au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques* » (article L. 2143-3 du Code du travail).

C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 29 septembre 2021 (n° 20-15.870). **Le découpage de l'entreprise retenu pour la mise en place des CSE d'établissement ne peut pas empêcher la désignation d'un délégué syndical à un niveau inférieur constituant un établissement distinct au sens du droit syndical.**

Dans cette affaire, un accord collectif du 25 octobre 2019 a été signé regroupant les différents établissements de l'entreprise au sein de 5 établissements distincts pour la mise en place du CSE. En décembre 2019, un syndicat a désigné une déléguée syndicale au sein d'un périmètre plus restreint, en l'occurrence, celui d'un site anciennement considéré comme un établissement distinct. En conséquence, l'entreprise a saisi le tribunal judiciaire d'une demande d'annulation de cette désignation.

Le tribunal judiciaire a débouté l'entreprise de sa demande. Il a considéré que l'accord collectif définissant le périmètre des établissements distincts pour la mise en place du CSE ne définissait pas les modalités de désignation des DS et que le site sur lequel la déléguée en question avait été désignée constituait bien un établissement distinct.

L'entreprise s'est pourvue en cassation. Selon elle, les anciens établissements de l'entreprise avaient « *perdu toute individualité* » du fait du regroupement opéré par l'accord relatif à la mise en place du CSE. La désignation d'un délégué syndical ne pouvait intervenir qu'au niveau du périmètre du CSE d'établissement « *dans un souci de concordance entre le niveau de négociation et le niveau de consultation* ».

De plus, l'employeur a souligné que l'accord collectif en question visait expressément « *les délégués syndicaux désignés dans le périmètre du CSE couvrant l'établissement* ».

Enfin, il reprochait aux juges du fond de n'avoir pas recherché si les salariés regroupés au sein du site en question constituaient une communauté de travail ayant des intérêts propres et susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques.

#### **Réponse de la Cour de cassation :**

La Cour de cassation rappelle la définition fonctionnelle de l'établissement distinct aux termes de l'article L. 2143-3 du Code du travail, tel que mentionné précédemment.

Mais surtout, **elle réaffirme le caractère d'ordre public de ces dispositions**. Elle dispose que : « *Ces dispositions, même si elles n'ouvrent qu'une faculté aux organisations syndicales représentatives, sont d'ordre public quant au périmètre de désignation des délégués syndicaux* ».

En conséquence, ni un accord collectif de droit commun, ni l'accord d'entreprise destiné à déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts pour l'élection des CSE d'établissements (article L. 2313-2 du Code du travail) **ne peuvent priver un syndicat du droit de désigner un délégué syndical au niveau d'un établissement distinct** au sens de l'article L. 2143-3 du Code du travail.

En résumé, même en présence d'un accord ayant fixé le périmètre des établissements distincts au sens du CSE ou encore ayant déterminé le niveau de désignation des délégués syndicaux, **les syndicats représentatifs conservent la faculté de désigner un délégué syndical dès lors que les critères définissant l'établissement distincts au sens du droit syndical sont remplis** (*c'est-à-dire établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques*).

#### **Confirmation jurisprudentielle :**

La Cour de cassation a déjà affirmé le caractère d'ordre public des dispositions de l'article L. 2143-3 du Code du travail, notamment dans des arrêts en date du 31 mai 2016 (n°15-21.175) ou plus récemment dans un arrêt du 09 octobre 2021 (n°20-14.171).

Dans la même logique, la Cour de cassation a confirmé, dans un arrêt du 9 juin 2021 (n° 20-14.171), qu'un accord prévoyant que chaque organisation syndicale représentative dans le périmètre du CSE pouvait désigner un seul délégué syndical par CSE, sans tenir compte de l'éventualité d'un établissement distinct au regard de la définition fonctionnelle de celui-ci, n'était pas valable.

**Elisabeth BONA-BRICHE & Florianne CLAUDE**

Juristes Fédérales CFE CGC/ENERMINE & Industries Transverses