



**AVIS DE Mme MOLINA,
AVOCATE GÉNÉRALE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 153 du 12 février 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-19.821

Décision attaquée : Cour d'appel d'Amiens du 13 juin 2023

M. [F] [E]

C/

M. [J] [L]

M. [L] a été embauché par la société Vortex à compter du 28 novembre 2011, par contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel comme conducteur accompagnateur de personnes présentant un handicap et/ou à mobilité réduite en période scolaire.

Le 13 juin 2016, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de Beauvais de demandes au titre de l'exécution de son contrat de travail.

Par jugement du 29 avril 2020, l'employeur a été placé en liquidation judiciaire.

Le 28 août 2020, le salarié a été licencié pour motif économique.

Par jugement du 1^{er} février 2022, le conseil de prud'hommes a notamment dit l'action en rappel de salaire prescrite pour la seule période du 27 novembre 2016 au 26 août 2017 ; fixé au passif de l'employeur différentes sommes au titre des heures non payées comprenant les congés payés, le 13^{ème} mois et la prime d'ancienneté afférents, au titre du harcèlement moral subi, au titre de la discrimination syndicale subie, au titre du comportement déloyal de l'employeur ayant entraîné la perte d'emploi ; débouté le salarié de ses demandes de requalification en contrat de travail à temps plein, d'indemnité pour travail dissimulé, au titre de la complémentaire santé et de rappel de salaire pour travaux annexes ; dit que les condamnations étaient à mettre au passif de l'employeur ; déclaré sa décision opposable à la délégation AGS CGEA dans la limite de sa garantie légale.

Sur appel du salarié, la cour d'appel d'Amiens, dans un arrêt prononcé le 13 juin 2023, a notamment infirmé le jugement en ce qu'il a dit que l'action en paiement de rappel de salaire était prescrite pour la seule période du 27 novembre 2016 au 26 août 2017, fixé au passif de l'employeur des sommes au titre des heures non payées, comprenant les congés payés, le 13^{ème} mois et la prime d'ancienneté afférents, au titre du harcèlement subi et au titre de la discrimination syndicale ; débouté le salarié de ses demandes au titre de la requalification du contrat de travail ; l'a confirmé pour le surplus ; statuant à nouveau, a déclaré recevable la demande en paiement de rappel de salaires ; déclaré recevable la demande de dommages-intérêts en réparation de la perte de l'emploi résultant de la faute de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail ; prononcé la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet ; fixé au passif de la liquidation judiciaire de l'employeur, au profit du salarié, diverses sommes au titre du rappel de salaire consécutif à la requalification du contrat de travail, au titre du 13^{ème} mois, au titre du travail dissimulé, au titre des prélèvements indus de cotisation mutuelle, au titre du harcèlement moral et de la discrimination syndicale ; dit que le cours des intérêts a été interrompu par l'ouverture de la procédure collective ; dit que l'AGS devra garantir ces créances dans la limite des textes légaux définissant l'étendue et la mise en oeuvre de sa garantie.

Les liquidateurs judiciaires de l'employeur se sont pourvus en cassation.

Je ne m'attacherai à l'examen que du deuxième moyen dans la mesure où, s'agissant des premier, troisième et quatrième moyens, je m'associe aux propositions de rejet non spécialement motivé présentées par Madame le conseiller rapporteur pour les motifs développés à l'appui de celles-ci.

Les régimes de sécurité sociale garantissent un revenu de remplacement pour la retraite ainsi que le traitement des conséquences pécuniaires liées aux situations de maladie ou d'accident. Toutefois, ces dispositifs ne permettant, sauf exception, qu'une garantie partielle, l'employeur du secteur privé peut, ou doit depuis le 1^{er} janvier 2016 pour la complémentaire santé, assurer à ses salariés une protection sociale complémentaire s'ajoutant aux prestations légales obligatoires des régimes de base précités.

En effet, si la protection sociale s'est généralisée en France au sortir de la seconde guerre mondiale avec un système assurantiel, après les Trente Glorieuses,

face au vieillissement de la population, à une croissance ralentie, à une dette sociale et à l'ouverture au marché européen, la protection sociale obligatoire ne suffisait plus à garantir une couverture suffisante, permettant dès lors le développement de la protection sociale complémentaire.

En ce sens, la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, dite « loi Évin » a édicté des règles communes aux différents organismes assureurs, relativement aux opérations collectives et individuelles ayant pour objet notamment la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque chômage.

Ainsi, la mise en place de la protection sociale complémentaire au sein de l'entreprise a pour objectif d'améliorer les prestations fournies en complément de celles versées par le régime général de base. Elle peut découler d'obligations légales, conventionnelles, d'accords d'entreprise ou d'une décision de l'employeur (ratification par la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise ou décision unilatérale de ce dernier constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé). En dispose ainsi l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale ; les garanties collectives prévues étant énoncées à l'article L. 911-2 du même code¹.

Sauf dérogation prévue par le texte, la convention ou l'accord sont applicables à tout salarié lié par un contrat de travail dans l'entreprise, peu importe la date de son embauche, quelle lui soit antérieure ou postérieure. En revanche, une décision unilatérale ne peut être imposée aux salariés déjà présents dans l'entreprise lors de la mise en place du régime de protection sociale complémentaire², en application de l'article 11 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains

¹ Article L. 911-1 du code de la sécurité sociale : « *A moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale sont déterminées soit par voie de conventions ou d'accords collectifs, soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé.* »

Article L. 911-2 du code de la sécurité sociale : « *Les garanties collectives mentionnées à l'article L. 911-1 ont notamment pour objet de prévoir, au profit des salariés, des anciens salariés et de leurs ayants droit, la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'inaptitude et du risque chômage, ainsi que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière.* »

² Article 11 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques : « *Aucun salarié employé dans une entreprise avant la mise en place, à la suite d'une décision unilatérale de l'employeur, d'un système de garanties collectives contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ne peut être contraint à cotiser contre son gré à ce système.* »

risques. Par ailleurs, à la condition qu'il revête un caractère globalement plus favorable, ce régime mis en place par décision unilatérale peut déroger à celui instauré par un accord collectif de branche.

Le comité d'entreprise, et désormais le comité social et économique qui lui a été substitué, doit être associé à l'instauration de la protection sociale d'entreprise. Il est consulté et informé préalablement à la mise en place d'un régime de garantie collective, telle que la prévoyance, en application de l'ancien article R. 2323-1 du code du travail³, désormais repris à l'article R. 2312-22 de ce même code.

En effet, du fait de leur proximité avec les salariés, les membres du comité d'entreprise peuvent utilement faire un point à l'employeur sur les besoins de ces derniers. Si le comité d'entreprise peut prononcer un avis favorable ou défavorable, accompagné de recommandations ou de propositions, l'employeur reste libre de sa décision. Il n'est pas tenu par cet avis tandis que le comité d'entreprise ne peut pas s'opposer à la décision de l'employeur. En revanche, le manquement à l'obligation énoncée est constitutif d'un délit d'entrave sanctionné par l'article L. 2317-1 du code du travail.

En l'espèce, le pourvoi reproche à la cour d'appel d'avoir fixé au passif de la liquidation judiciaire de l'employeur une somme au titre des prélèvements indus de cotisation mutuelle. Il soutient qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que l'employeur avait mis en place une mutuelle complémentaire en application de l'article 3 de l'accord du 24 mai 2011 instaurant une obligation conventionnelle de souscrire une complémentaire santé minimum par les entreprises de transport routier de voyageurs tandis que la cour d'appel a fait application des dispositions de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1989 qui n'ont vocation à s'appliquer qu'en cas de mise en place d'un système de garantie résultant d'une décision unilatérale de l'employeur.

L'article 3 « Choix de l'organisme assureur » de l'accord du 24 mai 2011 relatif à la prévoyance, attaché à la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950 stipule : *« Pour la mise en place du régime ou pour chaque renouvellement du contrat, le choix de l'organisme assureur est laissé à la libre appréciation de chaque entreprise après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel lorsqu'ils existent.*

A défaut de choix d'un organisme assureur à la fin du délai de 6 mois visé à l'article 7 du présent accord, l'entreprise contractera, pour un délai minimum de 3 ans, auprès de l'organisme ou d'un des organismes désignés par la commission spécifique « Appel d'offres » visée à l'article 9 du présent accord afin de mettre en place un dispositif respectant les dispositions du présent accord.

A l'issue de ce délai, l'entreprise pourra soit choisir de contracter avec le ou un des organismes désignés par la commission « Appel d'offres », soit opter pour un autre organisme assureur, dans les conditions de financement du présent accord, étant

³ Ancien article R. 2323-1 du code du travail dans sa version antérieure au décret n°2013-1305 du 27 décembre 2013 : *« Le comité d'entreprise est informé et consulté préalablement à la mise en place d'une garantie collective mentionnée à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale ou à la modification de celle-ci. »*

noté que le changement d'opérateur doit se faire sans rupture temporelle de la couverture « frais de santé » des salariés. »

Devant la cour d'appel, chacune des parties faisait valoir que l'employeur avait mis en place, à compter du 1^{er} janvier 2013, une mutuelle instaurant une protection sociale complémentaire (page 31 des conclusions de l'employeur et des liquidateurs judiciaires - page 63 des conclusions du salarié).

Toutefois, le salarié soutenait qu'en l'absence de consultation du comité d'entreprise sur le choix de l'organisme assureur, en violation de l'article 3 de l'accord du 24 mai 2011, la mise en place de ce régime résultait d'une décision unilatérale de l'employeur et ne créait aucune obligation de cotisations de la part des salariés, étant rappelé que le requérant avait été embauché antérieurement à cette mise en oeuvre.

Les liquidateurs judiciaires, pour leur part, arguaient que le défaut de consultation du comité d'entreprise sur le choix de l'organisme assureur n'est pas sanctionné par son inopposabilité aux salariés.

Après avoir rappelé le contenu de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1989, la cour d'appel a retenu qu' *« il incombe donc au liquidateur de rapporter la preuve que [le salarié] a donné son accord pour être affilié à la mutuelle choisie unilatéralement par l'employeur alors que l'article 3 de l'accord du 24 mai 2011 instaurant une obligation conventionnelle de souscrire une complémentaire santé minimum par les entreprises de transport routier de marchandises lui imposait de recueillir d'abord l'avis du comité d'entreprise ».*

Je ne m'associe pas aux observations complémentaires en réplique présentées en défense qui exposent que *« si la cour d'appel fait référence à l'article 3 de l'accord du 24 mai 2011 c'est pour souligner que l'employeur ne l'a pas appliqué et que, s'écartant de la procédure conventionnelle, il a mis en place la mutuelle complémentaire par décision unilatérale ainsi que l'y autorise la loi. »*

Je ne considère pas que la cour d'appel a jugé que l'employeur n'avait pas appliqué l'accord mais, qu'au regard du défaut de consultation du comité d'entreprise, - condition qu'elle a expressément rappelée en citant expressément la disposition conventionnelle la prévoyant- elle a écarté la nature conventionnelle de l'affiliation de l'employeur pour retenir qu'elle était donc issue d'une décision unilatérale de l'employeur dont le contenu aurait dû être soumis à l'accord du salarié, suivant en cela l'argumentation de ce dernier. Ce faisant, elle n'a pas tant jugé que l'employeur n'avait pas appliqué l'accord collectif qu'écarté elle-même la possibilité d'une telle application du fait du manquement.

Ainsi, le défaut de consultation du comité d'entreprise sur le choix de l'organisme assureur, prévu à l'article 3 de l'accord du 24 mai 2011, empêche t'il de reconnaître une nature conventionnelle à la mise en oeuvre de l'affiliation de l'employeur et implique t'il que cette dernière a pour origine une décision unilatérale de l'employeur ?

Les sanctions judiciaires de l'absence ou de l'irrégularité d'une consultation d'un comité d'entreprise peuvent être la reprise, sous astreinte, de la procédure de consultation ; la suspension de la mesure envisagée par l'employeur tant qu'il n'aura pas été régulièrement soumis au comité d'entreprise ; le report de la date de consultation, lorsque le comité d'entreprise estime que le délai dont il dispose pour l'examen des informations transmises par l'employeur est insuffisant ; et, lorsque le manquement n'est plus régularisable, l'attribution de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le comité d'entreprise ou la caractérisation du délit d'entrave.

En revanche, la Cour a déjà jugé que « *Le défaut de consultation du comité d'entreprise, qui peut être sanctionné par ailleurs selon les règles régissant le fonctionnement du comité d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité d'un accord collectif d'entreprise conclu au mépris de ces dispositions et dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres* » (Soc., 5 mai 1998, pourvoi n° 96-13.498, Bull. 1998, V, n° 219 ; Soc., 19 mars 2003, pourvoi n° 01-12.094, Bulletin civil 2003, V, n° 105 ; Soc., 18 septembre 2019, pourvoi n° 17-31.274).

Par ailleurs, les demandes aux fins de sanctions d'un manquement tendant à méconnaître l'exercice des droits dont sont titulaires les institutions représentatives du personnel ne peuvent être exercées que par ces dernières ou en s'y associant mais non en s'y substituant (Soc., 14 décembre 2015, pourvoi n° 14-17.152 ; Soc., 8 novembre 2017, pourvoi n° 16-15.584, Bull. 2017, V, n° 190 ; Soc., 21 septembre 2022, pourvoi n° 21-10.718).

Le choix d'un organisme assureur, qui appartient à l'employeur, participe à la mise en oeuvre d'une mesure de protection du salarié que constitue la mise en place d'une protection sociale complémentaire. L'objet de la consultation du comité d'entreprise étant, à mon sens, de permettre une appréciation sur une opération collective dont la mise en oeuvre est exigée par un accord à la suite de négociations, il me semble que le défaut de demande d'avis du comité d'entreprise ne peut pas rendre cet accord inopposable à chaque salarié pris individuellement mais que seul le comité d'entreprise, écarté du processus décisionnel, peut invoquer le manquement en justice.

En outre, dès lors que l'ancien article R. 2323-1 du code de la sécurité sociale exige la consultation du comité d'entreprise préalablement à la mise en place d'une garantie collective, sans distinguer l'origine de cette dernière, selon qu'elle émane d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur, et que la consultation du comité d'entreprise est donc aussi prévue pour ce dernier cas, le manquement à cette obligation ne me paraît pas un élément pouvant permettre de caractériser l'origine de la mise en oeuvre, et donc d'écarter une qualification conventionnelle au profit d'une décision unilatérale de l'employeur.

Ainsi, le défaut de consultation du comité d'entreprise n'impliquant pas, à mon sens, l'inopposabilité d'un accord, il n'entraîne pas une modification de la nature de la mise en oeuvre de l'affiliation de l'employeur pour permettre de considérer que ce dernier

a fait le choix d'une décision unilatérale. L'origine conventionnelle ou une décision unilatérale de l'affiliation de l'employeur doit être établie par des éléments extérieurs au respect de l'obligation de consultation du comité d'entreprise.

C'est pourquoi, je considère que la cour d'appel ne pouvait pas écarter l'origine conventionnelle de l'affiliation de l'employeur, en l'absence de consultation du comité d'entreprise, pour déduire de ce manquement que l'affiliation était issue d'une décision unilatérale.

► **Je conclus à la cassation sur le deuxième moyen.**