

CAP SUR LE DROIT

VEILLE JURIDIQUE EN DROIT SOCIAL

Janvier 2020 - Mars 2021

Master 2 Droit et Gestion des Ressources Humaines Formation initiale

Éditorial

Les étudiants du Master 2 Droit et Gestion des Ressources Humaines de l'Université Catholique de Lille sont heureux de partager avec vous la nouvelle édition de leur revue de jurisprudence sociale, « Cap sur le Droit ».

L'année écoulée fut bien particulière. Conscients que les entreprises et en particulier les services RH ont été extrêmement sollicités ces derniers mois, nous avons eu d'autant plus à cœur, avec ce nouveau numéro, de nous rendre utiles.

Vous y trouverez toujours une sélection de décisions, incontournables ou plus discrètes, intéressant directement l'activité des entreprises. Malgré la crise sanitaire, la jurisprudence sociale est en effet restée intense et instructive, y compris au cours de ce premier trimestre 2021.

La généralisation du télétravail et la mobilisation sans précédent des outils numériques nous ont toutefois incités à la création d'une nouvelle rubrique dédiée au RGPD. Nous sommes convaincus qu'elle est promise à un bel avenir !

Après de nombreuses réunions (à distance bien évidemment !) nous sommes donc fiers de vous présenter cette nouvelle édition du « Cap sur le droit ». Nous vous laissons la découvrir, en espérant que vous l'apprécierez. Bonne lecture à vous !

Le Master 2 DGRH de l'Université Catholique de Lille, sous la direction et avec la contribution de Virginie Le Blan, Maître de conférences en Droit privé de l'Université Catholique de Lille.

Sommaire

I - Les points de vigilance

Pages 2 à 18

II - Les bonnes pratiques à développer

Pages 19 à 29

III - Bon à savoir

Pages 30 à 41

IV - Focus RGPD

Pages 42 à 45



Les points de vigilance

▪ Offre de contrat de travail

Succession de mails avec un candidat : gare à la formation du contrat de travail

Cass. soc. 23 septembre 2020, n°18-22.188, F-D

Une grande prudence s'impose dans les échanges avec un candidat sous peine de se retrouver lié par un contrat en réalité non désiré. En l'espèce, un premier mail adressé à un candidat à un poste d'entraîneur précisait qu'il ne constituait qu'une proposition et ne valait pas contrat d'engagement, mais un second, envoyé deux heures plus tard, comportait notamment l'indication de l'emploi, de la rémunération et de la période d'engagement dont pouvait être déduite la date d'entrée en fonction. Il caractérisait dès lors une offre de contrat de travail. L'acceptation par retour de mail le jour même avait alors emporté formation du contrat de travail à durée déterminée. Le refus de l'employeur d'y donner suite s'analyse par conséquent en une rupture anticipée du CDD en dehors des conditions légales justifiant sa condamnation à une indemnité correspondant à la rémunération qu'aurait perçue le salarié jusqu'au terme de son contrat, à savoir en l'espèce, deux ans de salaire.

- G. Loiseau, *La formation du contrat par courriers électroniques*, Comm. com. électr. n° 11, novembre 2020, comm. 79.
- FRS 19/20, inf. 8, p. 23.
- RJS 12/20, n° 572.

▪ Renonciation à la clause de non-concurrence

Le non-respect par l'employeur d'une condition de forme contractuellement prévue fait obstacle à la levée de la clause de non-concurrence

Cass. soc. 21 octobre 2020, n°19-18.399, F-D

La preuve que le salarié avait connaissance de ce qu'il était libéré de la clause de non-concurrence dans le délai prescrit ne supplée pas l'exigence prévue dans le contrat de travail d'une lettre recommandée avec avis de réception. A défaut pour l'employeur d'avoir respecté cette formalité jugée substantielle, sa renonciation est privée d'effet et il reste tenu du versement de la contrepartie financière.

- RJS 01/21, n° 14.

▪ Congés payés

Les règles de fixation de l'ordre des départs en congé annuel s'appliquent aux congés reportés

Cass. soc. 8 juillet 2020, n°18-21.681, FS-P+B

Considérant, sur le fondement de la directive 2003/88/CE, que les congés reportés ont la même nature que les congés acquis, la Cour de cassation impose à l'employeur d'appliquer aux congés reportés les règles de fixation de l'ordre des départs en congé annuel. Le salarié doit en conséquence être informé au moins un mois à l'avance de la date de ses congés reportés (art. D. 3141-6 C. trav.). L'employeur qui comme en l'espèce, entendrait imposer du jour au lendemain au salarié de solder l'intégralité des congés reportés commettrait en réalité un abus dans son pouvoir de direction privant le refus du salarié de tout caractère fautif.

- Y. Ferkane, S. Vernac, *Droit du travail – avril 2020- septembre 2020*, D. 2020, p. 2312.
- M. Hautefort, *Report de congés : le délai de notification préalable des dates s'applique*, JSL n° 505, 12 octobre 2020, p. 15.
- J.-P. Lhernould, *Modalités de prise des congés annuels payés reportés*, JCP S n° 31-35, 4 août 2020, 2096.
- M. Véricel, *Règles de fixation des départs en congés annuels payés ayant fait l'objet d'un report*, RDT 2020, p. 624.

- FRS 15/20, inf. 12, p. 20.
- RJS 10/20, n° 474.

▪ Obligation de loyauté du salarié

Illégitimité du licenciement d'un salarié travaillant durant un arrêt maladie

Cass. soc. 26 février 2020, n°18-10.017, FS-P+B

L'exercice d'une activité concurrente à celle de l'employeur durant une période de suspension du contrat de travail caractérise un manquement du salarié à son obligation de loyauté justifiant son licenciement pour faute grave (Cass. soc. 5-7-2017, n° 16-15.623). Il en va toutefois différemment lorsque l'activité n'est pas concurrentielle. La légitimité du licenciement suppose alors que l'activité exercée par le salarié durant l'arrêt de travail pour maladie cause un préjudice à l'employeur ou à l'entreprise (Cass. soc. 21 novembre 2018, n°16-28.513 ; Cass. soc. 12 octobre 2011, n°10-16.649). La Cour de cassation rappelle ici cette solution en y apportant toutefois une précision non négligeable : un tel préjudice ne saurait résulter du seul paiement par l'employeur pendant l'arrêt maladie des indemnités complémentaires aux allocations journalières.

- C.-E. Bucher, *Obligation de loyauté du salarié et exercice d'une activité pour le compte d'une société non concurrente pendant un arrêt de travail*, AJ contrat 2020, p. 299.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Droit du travail – avril 2020- septembre 2020*, D. 2020, p. 2312.
- C. Gamaleu Kameni, *Précisions relatives à l'obligation de loyauté du salarié en arrêt pour cause de maladie*, LPA n° 164, 17 août 2020, p. 18.
- J.-P. Lhernould, *A propos d'une salariée qui profite d'un arrêt de travail pour tenir boutique*, JSL n° 496-497, 5 mai 2020, p. 10.
- L. Malfettes, *Exercer une activité non-concurrente pendant un arrêt maladie*, Dalloz Actualité, 25 mars 2020.
- FRS 06/20, inf. 3, p. 6.
- RJS 05/20, n° 232.

Pas de manquement du salarié à son obligation de loyauté du seul fait de la

création d'une entreprise concurrente pendant le préavis

Cass. soc. 23 septembre 2020, n°19-15.313, FS-P+B

Le salarié reste tenu durant l'exécution de son préavis de ses obligations contractuelles, dont l'obligation de loyauté. Renouant avec une jurisprudence ancienne, la Cour de cassation admet toutefois que durant cette période, puissent être légitimement réalisés des actes préparatoires à l'exercice d'une activité concurrente, résidant en l'espèce dans l'immatriculation d'une société directement concurrente de celle de l'employeur mais dont l'exploitation n'avait débuté qu'après cessation effective de la relation de travail. En conséquence, l'employeur ne pouvait mettre fin de manière anticipée au préavis en invoquant une faute du salarié.

- B. Bossu, *Obligation de loyauté et préparation d'une activité concurrente*, JCP S n° 43, 27 octobre 2020, 3053.
- A. Fabre, *Actualité du licenciement pour motif personnel*, RDT 2020, p. 659.
- W. Fraisse, *Respect de l'obligation de loyauté du salarié en cas de création d'une entreprise concurrente durant le préavis*, Dalloz Actualité., 12 octobre 2020.
- M. H., *Rien ne peut être reproché au salarié qui, pendant son préavis, crée une société concurrente, dès lors que l'activité ne démarre qu'après le préavis*, JSL n° 509-510, 22 décembre 2020, p. 32.
- C. Radé, *L'entreprise et la vie privée du salarié*, Dr. soc. 2021, p. 4.
- RJS 11/20, n° 525.

▪ Rupture anticipée du CDD

Succession d'une demande en résiliation judiciaire du contrat et d'une « prise d'acte de la rupture » d'un CDD : office du juge et caractérisation de la faute grave de l'employeur

Cass. soc. 3 juin 2020, n°18-13.628, FS-P+B

La Cour de cassation transpose dans cette décision au CDD la solution dégagée en matière de CDI lorsque le salarié demande la résiliation judiciaire de son contrat aux torts

de l'employeur puis opère une prise d'acte de la rupture de son contrat (Cass. soc. 31 octobre 2006, n° 04-48.234). Le raisonnement adopté est le suivant :

En « prenant acte » de la rupture, le salarié a bien manifesté sa volonté de rompre le contrat de telle sorte qu'au jour où le juge est appelé à statuer, la demande en résiliation judiciaire est devenue sans objet, le contrat ayant déjà été rompu. Le juge doit donc statuer sur la rupture anticipée du CDD (improprement qualifiée de « prise d'acte » s'agissant d'un CDD). Celle-ci n'aura pu être légitimement opérée que si le salarié justifie d'une faute grave de l'employeur (art. L. 1243-1 C. trav.). Pour déterminer si la faute grave de l'employeur est caractérisée, la Cour de cassation exige alors des juges du fond qu'ils examinent non seulement les griefs invoqués par le salarié à l'appui de sa rupture anticipée du CDD mais également ceux invoqués à l'appui de la demande en résiliation judiciaire devenue sans objet. En l'espèce, les juges du fond avaient bien suivi cette démarche pour reconnaître la faute grave de l'employeur de telle sorte que sa condamnation était justifiée.

- D. Baugard, *De la rupture anticipée du CDD à l'initiative du salarié*, RDT 2020, p. 467.
- M. Hautefort, *Comment rompre un CDD pour faute grave de l'employeur ?*, JSL n° 503, 14 septembre 2020, p. 8.
- J. Icard, *La prise d'acte de la rupture d'un CDD requalifiée en rupture anticipée pour faute grave*, BJT n° 07-08, 1^{er} juillet 2020, p. 9.
- J. Mouly, *La prise d'acte n'est pas applicable à la rupture du CDD*, Dr. soc. 2020, p. 760.
- RJS 07/20, n° 331.

▪ Inaptitude médicale

Droit du salarié à la reprise du versement de son salaire sans aucune déduction même en cas de nouvel emploi

Cass. soc. 4 mars 2020, n°18-10.719, FS-P+B

L'employeur est tenu de reprendre le versement du salaire du salarié ni reclassé ni licencié dans le délai d'un mois suivant sa déclaration d'inaptitude. La Cour de cassation exige que l'employeur verse intégralement

l'ancien salaire sans aucune déduction possible. Aussi avait-elle déjà considéré qu'il n'y avait pas lieu de prendre en compte le montant des prestations sociales ou de prévoyance que le salarié inapte avait pu percevoir. L'arrêt précise ici qu'il en va de même lorsque le salarié inapte a retrouvé un nouvel emploi.

- G. Duchange, *Salarié inapte : le salaire reste du même en cas d'obtention d'un nouvel emploi*, BJT n° 4, 1^{er} avril 2020, p. 18.
- E. Jeansen, *Reprise du paiement du salaire du salarié inapte*, in *Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 40, 1^{er} octobre 2020, 1368.
- J. Mouly, *Inaptitude du salarié : le salaire reste dû même lorsque le travailleur a retrouvé un nouvel emploi*, Dr. soc. 2020, p. 567.
- H. Nasom-Tissandier, *Inaptitude et reprise d'un emploi avant la rupture du contrat de travail*, JSL n° 496-497, 5 mai 2020, p. 17.
- FRS 07/20, inf. 9, p. 16.
- RJS 06/20, n° 281.

Obligation de consultation des représentants du personnel : étendue et sanction

Cass. soc. 30 septembre 2020, n° 19-11.974, FS-P+B+I ; Cass. soc. 30 septembre 2020, n° 19-16.488, F-P+B

La Cour de cassation tranche l'incertitude issue de la loi « travail » du 8 août 2016 quant à la sanction du non-respect par l'employeur de l'obligation de consultation des représentants du personnel qui s'impose dorénavant à lui lorsqu'un salarié est déclaré inapte à la suite d'un accident ou d'une maladie non professionnel. Elle admet que ce manquement prive nécessairement le licenciement de cause réelle et sérieuse, quels que soient par ailleurs les efforts réalisés par l'employeur en vue du reclassement.

Dans la seconde affaire, la Chambre sociale de la Cour de cassation profite de l'occasion qui lui était donnée de clarifier sa jurisprudence en énonçant sans ambiguïté que l'obligation de consulter les représentants du personnel s'impose à l'employeur quand bien même ses recherches se seraient révélées infructueuses et qu'il n'aurait aucune proposition de reclassement à formuler. La solution, rendue

en matière d'inaptitude professionnelle sur le fondement de l'article L. 1226-10 du code du travail dans sa version antérieure à la loi « travail » conserve toute sa pertinence sous l'actuelle législation, et doit être étendue, au regard de la rédaction de l'article L. 1226-2 du code du travail, aux inaptitudes d'origine non professionnelle.

Subsiste toutefois une incertitude : l'obligation de consultation du CSE devrait-elle être respectée bien que l'employeur soit dispensé de toute obligation de reclassement par mention expresse du médecin du travail (arts. L. 1226-2-1 C. trav. et L. 1226-12 C. trav.) ? La Cour d'appel de Paris s'est récemment prononcée par la négative dans un cas d'inaptitude non professionnelle (CA Paris, 2 déc. 2020, n°14/11428). Dans l'attente d'un positionnement de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la question, la prudence reste de mise.

- P. Adam, P. Lockiec, *Inaptitude, reclassement et maladie d'origine non professionnelle*, Dr. soc. 2021, p. 78.
- F. Bergeron-Canut, *Inaptitude d'origine non-professionnelle : sanction de l'absence de consultation du CSE*, BJT n° 12, 1^{er} décembre 2020, p. 38.
- F. Champeaux, *La consultation des DP en matière d'inaptitude non professionnelle est une formalité substantielle*, SSL n° 1926, 26 octobre 2020, p. 12.
- D. Chenu, *Inaptitude – Étendue et sanction de l'obligation de consulter les représentants du personnel sur le reclassement du salarié dont l'inaptitude est d'origine non-professionnelle après la loi n°2016-1088 du 8 août 2016*, JCP E n° 47, 19 novembre 2020, 1490 ; *La consultation du CSE sur le reclassement du salarié inapte*, JCP S n° 9, 2 mars 2021, 1057.
- F. Clouzeau, B. Harlé, *Licenciement pour inaptitude d'origine non professionnelle : la sanction du défaut de consultation des représentants du personnel est connue*, JCP S n° 43, 27 octobre 2020, 3054.
- A. Fabre, *Actualité du licenciement pour motif personnel*, RDT 2020, p. 659.
- J. Icard, *La sanction du défaut d'avis en matière d'inaptitude non professionnelle*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2020, p. 18.
- D. J.-P., *L'employeur doit consulter les représentants du personnel sur les possibilités de reclassement, même en l'absence de propositions*, JSL n° 508, 23 novembre 2020, p. 27.

- G. Loiseau, *Dispense d'obligation de reclassement = dispense d'obligation de consulter le CSE*, BJT n° 2, 1^{er} février 2021, p. 7.
- L. Malfettes, *Licenciement pour inaptitude non professionnelle et défaut de consultation du comité social et économique*, Dalloz Actualité, 15 décembre 2020.
- FRS 19/20, inf. 17, p. 39.
- RJS 12/20, n° 579.
- FRS 20/20, inf. 12, p. 21.
- RJS 12/20, n° 577.

Nullité du licenciement pour inaptitude médicale d'un salarié reconnu travailleur handicapé à la suite du refus de l'employeur de prendre les mesures appropriées

Cass. soc. 3 juin 2020, n° 18-21.993, FS-P+B

L'article L. 5213-6 du code du travail précise que le refus de l'employeur de prendre les mesures appropriées pour permettre au travailleur handicapé de conserver son emploi peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3 du code du travail. En l'espèce, pour reconnaître que l'employeur avait refusé de prendre les mesures appropriées et que le licenciement pour inaptitude médicale et impossibilité de reclassement était constitutif d'une discrimination à raison d'un handicap, la Cour de cassation relève que l'employeur ne justifiait pas préalablement au licenciement d'études de postes ni de recherches d'aménagements du poste du salarié et qu'il avait refusé de consulter le Service d'appui au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés malgré les demandes du salarié. L'application de la sanction de nullité du licenciement doit appeler les employeurs à la plus grande vigilance dans le respect de leurs obligations à l'égard du travailleur handicapé avant tout licenciement pour inaptitude.

- M. Babin, *Le refus de prendre des mesures appropriées envers un travailleur handicapé peut rendre nul son licenciement pour inaptitude*, JCP S n° 28, 15 juillet 2020, 2077.
- M. Caron, *Le reclassement du travailleur handicapé licencié pour inaptitude*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 208, 1^{er} novembre 2020, p. 30.

- J. Jadonnet, *Reclassement du travailleur handicapé déclaré inapte et licenciement discriminatoire*, Dalloz Actualité, 7 juillet 2020.
- J. Layat, P. Pacotte, *Inaptitude et handicap : une obligation de recherche de reclassement « renforcée » ?*, JSL n° 503, 14 septembre 2020, p. 11.
- RJS 07/20, n° 382.

▪ Contrat de sécurisation professionnelle

Respect de l'obligation d'information du motif économique de la rupture en cas d'adhésion à un contrat de sécurisation professionnelle

Cass. soc. 27 mai 2020, n°18-24.531, F-P+B ;
Cass. soc. 27 mai 2020, n°18-20.153, F-P+B ;
Cass. soc. 27 mai 2020, n°18-20.142, F-D

La Cour de cassation apporte plusieurs précisions concernant les modalités d'information du motif économique de la rupture qui, on le sait, doit intervenir au plus tard au moment de l'acceptation par le salarié du contrat de sécurisation professionnelle, sous peine de condamnation de l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En premier lieu, la Cour de cassation exclut que l'énonciation des raisons économiques lors de la proposition de modification du contrat ensuite refusée par le salarié puisse suppléer l'absence de précision du motif économique lors de la procédure de licenciement.

En second lieu, s'agissant d'une entreprise placée en redressement judiciaire, elle exige que la notice d'information adressée au salarié au cours de la procédure de licenciement qui en l'espèce comprenait bien l'indication du motif économique, vise expressément l'ordonnance du juge commissaire autorisant les licenciements.

Enfin, s'agissant d'un salarié victime d'un ATMP qui avait accepté le contrat de sécurisation professionnelle alors que son contrat de travail était toujours suspendu à défaut de visite de reprise, la Cour de cassation rappelle sans surprise, que la notice

d'information adressée préalablement au salarié et précisant le motif économique ne saurait suffire à répondre aux exigences légales de motivation, à défaut de mentionner l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie. La vigilance dans ce dernier cas est d'autant plus de mise que la sanction alors applicable est la nullité du licenciement.

- G. Duchange, *Contrat de sécurisation professionnelle : précisions sur l'exigence de motivation du licenciement*, BJT n° 07-08, 1^{er} juillet 2020, p. 11.
- M. Hautefort, *Licenciement pour motif économique : L'écrit énonçant le motif économique doit être remis en cours de procédure*, JSL n° 502, 24 juillet 2020, p. 7.
- E. Jeansen, *Contrat de sécurisation professionnelle : les contours de l'obligation d'information sur le motif économique*, JCP S n° 26, 30 juin 2020, 2063.
- D. Jullien, *CSP : l'employeur doit informer le salarié sur la cause économique*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 205, juillet 2020, p. 18.
- L. Malfettes, *Contrat de sécurisation professionnelle : précisions sur l'obligation d'information*, Dalloz Actualité, 10 juin 2020.
- RJS 07/20, n° 347.

▪ Refus de l'application d'un accord de mobilité interne

Nullité du licenciement d'une salariée enceinte ayant refusé la mise en œuvre d'un accord de mobilité

Cass. soc. 4 mars 2020, n°18-19.189, FS-P+B

L'ancien article L. 2242-19 du code du travail, applicable en l'espèce, prévoyait qu'à la suite du refus de l'application d'un accord de mobilité, le licenciement du salarié reposait sur un motif économique. Cette disposition dispensait-elle l'employeur de justifier d'une impossibilité de maintenir le contrat de travail d'une salariée pour un motif étranger à sa grossesse ou à son accouchement comme l'exige l'article L. 1225-4 du code du travail ?

La Cour de cassation s'oppose à une telle interprétation : l'employeur devait bien justifier de cette impossibilité de maintenir le contrat que le seul refus de la salariée était

impuissant à caractériser. A défaut, la nullité du licenciement doit être prononcée.

La solution est sans doute transposable au licenciement intervenu pendant la période de suspension du contrat de travail d'un salarié victime d'ATMP qui aurait refusé l'application d'un accord de mobilité (arts. L. 1226-9 et L. 1226-13 C. trav.).

Reste à savoir si la Cour de cassation l'étendrait aux licenciements opérés à la suite d'un refus d'application d'un accord de performance collective. La protection légale dont bénéficient la femme enceinte et les victimes d'ATMP semblerait l'imposer de manière identique. Toutefois, l'incertitude demeure dans la mesure où le législateur a cette fois expressément prévu que le licenciement consécutif au refus du salarié « repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse » soumis aux seules modalités et conditions d'un licenciement pour motif personnel (art. L. 2254-2 C. trav.).

- C. Berlaud, *Licenciement d'une salariée enceinte ayant refusé une mobilité interne prévue par un accord*, Gaz. Pal. n° 16, 28 avril 2020, p. 38.
- M. Caro, F. Champeaux, *Les accords de mobilité interne et la protection de la femme enceinte*, SSL n° 1901, 30 mars 2020, p. 13.
- M. Hautefort, *La protection de la femme enceinte l'emporte sur l'accord de mobilité*, JSL n° 496-497, 5 mai 2020, p. 13.
- J. Icard, *L'impérativité contrariée de l'ex-accord de mobilité interne pour les salariées en état de grossesse*, BJT n° 4, 1^{er} avril 2020, p. 20.
- J. Mouly, *Protection de la salariée enceinte versus accord de mobilité interne*, Dr. soc. 2020, p. 565.
- RJS 04/20, n° 233 (2^{nde} espèce).

Contrôle par le juge de la légitimité du licenciement consécutif à un refus d'application d'un accord de mobilité

Cass. soc. 2 décembre 2020, n° 19-11.986 à 19-11.994 FS-P+B+R+

Dans une série d'arrêts largement diffusés, la Cour de cassation se prononce sur l'étendue du contrôle de la légitimité du licenciement de salariés ayant refusé la modification de leur contrat à la suite de la conclusion d'un accord

de mobilité. On se rappelle que le législateur avait prévu dans cette hypothèse que le licenciement consécutif au refus du salarié reposait sur un motif économique (art. L. 2242-23 C. trav. dans sa rédaction issue de la loi de sécurisation de l'emploi applicable en l'espèce). La Cour de cassation considère tout d'abord qu'il s'agissait là d'un motif économique autonome, distinct des exigences de l'article L. 1233-3 du code du travail de telle sorte que l'employeur n'avait pas à justifier de difficultés économiques, de mutations technologiques, d'une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité ou d'une cessation d'activité. Elle admet toutefois que le juge, dans son contrôle du caractère réel et sérieux du licenciement, est appelé à vérifier d'une part la conformité de l'accord de mobilité aux dispositions légales qui le régissaient, d'autre part, sur le fondement de la convention OIT n° 158, si l'accord était justifié par l'existence des nécessités de fonctionnement de l'entreprise. Cette décision pourrait laisser présager du maintien d'un contrôle du juge, dont l'intensité resterait à définir, sur la conformité d'un accord de performance collective aux prescriptions légales et l'existence des nécessités de fonctionnement de l'entreprise, en cas de contestation par un salarié de son licenciement après refus de la modification de son contrat en application d'un tel accord, malgré la « pré-justification » du licenciement voulue par le législateur (art. L. 2254-2 C. trav.).

- J. Icard, *Le contrôle sui generis du licenciement consécutif au refus d'application d'un accord de mobilité interne*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2021, p. 23.
- I. Meftah, *Le contrôle de la justification du licenciement consécutif au refus d'application d'un accord de mobilité interne : entre rétrospectives et perspectives*, RDT 2021, p. 104.
- C. Mo, *Mobilité interne : appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement fondé sur le refus d'application de l'accord par le salarié*, JSL n° 512, 22 janvier 2021, p. 8.
- F. Morel, *Licenciement à la suite d'un accord de performance collective : quel contrôle du juge ?*, SSL n° 1933, 14 décembre 2020, p. 13.
- FRS 01/21, inf. 8, p. 12.
- RJS 02/21, n° 105.

▪ Réintégration du salarié en cas de nullité du licenciement

Droit à réintégration d'un salarié ayant retrouvé un emploi

Cass. soc. 10 févr. 2021, n°19-20.397, F-P

La Cour de cassation saisit dans cet arrêt l'occasion de rappeler une solution un peu ancienne : le fait que le salarié soit lié à un autre employeur ne caractérise pas une impossibilité matérielle de le réintégrer et ne saurait dès lors le priver de son droit à réintégration.

- P. Adam, *Harcèlement moral : de la (possible) réintégration du salarié embauché par autrui*, Dr. soc. 2021, p. 472.
- J.-P. Lhernould, *L'exercice d'un autre emploi fait-il obstacle au droit à réintégration du salarié dont le licenciement est nul ?*, JSL n° 517, 5 avril 2021, p. 11.
- RJS 04/21, n° 208.

Nullité du licenciement d'une salariée en raison de son état de grossesse : réintégration avec indemnité d'éviction sans déduction de revenus

Cass. soc. 29 janvier 2020, n°18-21.862, FS-P+B ; Cass. soc. 17 février 2021, n°19-21.331 F-D

Le licenciement d'une salariée en raison de son état de grossesse caractérisant une atteinte au principe d'égalité des droits entre l'homme et la femme garanti par l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946, la Cour de cassation en déduit que la salariée qui opte pour sa réintégration bénéficie d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont elle a pu bénéficier pendant cette période.

- D. Baugard, *La période d'éviction en cas de réintégration*, RDT 2020, p. 185.

- F. Champeaux, *La nullité du licenciement pour discrimination liée à la grossesse*, SSL n° 1894, 10 février 2020, p. 13.
- L. de Montvalon, *Nullité du licenciement lié à l'état de grossesse de la salariée et montant de l'indemnité*, Dalloz Actualité, 26 février 2020.
- G. Duchange, *Licenciement nul et déductibilité des revenus de remplacement : flou prétorien persistant*, BJT n° 3, 1^{er} mars 2020, p. 15 ; *Nullité du licenciement de la salariée enceinte : non-déductibilité des revenus de remplacement*, in *Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 40, 1^{er} octobre 2020, 1368.
- M. Hautefort, *La protection de la femme enceinte est un principe garanti par la Constitution*, JSL n° 494, 24 mars 2020, p. 24.
- J. Mouly, *L'indemnité due en cas de réintégration consécutive à un licenciement nul – la question de la déductibilité des revenus de remplacement*, Dr. soc. 2020, p. 376.
- FRS 05/20, inf. 1, p. 3.
- RJS 04/20, n° 171.

Le salarié réintégré du fait de la nullité de son licenciement a droit à des congés payés pour la période comprise entre son licenciement et sa réintégration

CJUE 25 juin 2020, aff. C-762/18 et aff. C-37/19

Cette décision de la CJUE pourrait amener à une évolution de la jurisprudence nationale. En effet pour la Cour de cassation, la période comprise entre le licenciement nul du salarié et sa réintégration n'ouvre pas droit à congés payés, faute de travail effectif du salarié (Cass. soc. 11 mai 2017 n°15-19.731 ; Cass. soc. 30 janvier 2019 n°16-25.672). Telle n'est pas la position adoptée par la CJUE. Par parallélisme avec sa jurisprudence en matière d'absence pour maladie, la CJUE considère en effet que c'est en raison d'une cause imprévisible et indépendante de sa volonté que le salarié illicitement licencié n'a pu travailler, ce qui justifie que cette période d'éviction soit assimilée à du temps de travail effectif pour la constitution des droits à congés payés. Elle précise toutefois que si pendant cette période, le salarié a occupé un nouvel emploi, ce dernier ne pourra prétendre à l'acquisition de ses droits à congés qu'auprès de son nouvel employeur.

- L. Driguez, *Directive temps de travail : le droit à congé annuel toujours au centre de l'attention*, SSL suppl. n° 1933, 14 décembre 2020, p. 53.
- J.-P. Lhernould, *La réintégration du salarié ouvre désormais droit à un rappel de congés payés - Quand la logique du droit de l'Union européenne bouscule le Code du travail*, JSL n° 503, 14 septembre 2020, p. 4.
- H. Nasom-Tissandier, *Le droit au congé payé annuel des travailleurs réintégré en raison de la nullité de leur licenciement*, RJS 10/20, Chronique.
- M. Véricel, *Droit aux congés payés des travailleurs réintégré en raison de la nullité de leur licenciement*, RDT 2020, p. 757.
- FRS 14/20, inf. 7, p. 17.
- RJS 10/20, n° 514.

▪ Harcèlement

Le manque d'activité et l'ennui que subit le salarié contribuent à la caractérisation d'un harcèlement moral

CA Paris 2 juin 2020, n°18/05421

Présentée par les media comme apportant une reconnaissance juridique du « bore-out », cette décision offre en réalité une illustration d'une situation de harcèlement moral à la suite d'une privation volontaire de travail. En l'espèce, le salarié faisait état du manque de tâches à accomplir, d'une situation de mise à l'écart du fait de l'absence de réalisation de réelles tâches correspondantes à ses qualifications et ses fonctions contractuelles ainsi que de son affectation à des travaux subalternes « d'homme à tout faire » ayant eu pour conséquence une dégradation de ses conditions de travail et ayant affecté sa santé. Ayant reconnu la matérialité de la plupart des faits, la CA en déduit une présomption de harcèlement. A défaut pour l'employeur d'apporter la preuve de la réalisation de tâches conformes aux compétences du salarié, « le manque d'activité et l'ennui » du salarié étant par ailleurs attestés et le lien entre ces conditions de travail et la dégradation de son état de santé étant établi, il n'est guère surprenant que les juges du fond aient reconnu un harcèlement moral emportant

nullité du licenciement et ouvrant droit à dommages et intérêts.

- P. Adam, *L'ennui en procès, À propos du « bore-out »*, SSL n° 1917, 24 août 2020, p. 11.
- J. Jardonnet, *L'ennui au travail est constitutif d'un harcèlement moral*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 205, 1^{er} juillet 2020, p. 2.
- L. Jouselin, *La Cour d'appel de Paris confirme que le « bore-out » peut relever du harcèlement moral*, JSL n° 502, 24 juillet 2020, p. 26.
- J. Marrocchella, « Bore-out » : une nouvelle notion ?, JCP S n° 24, 16 juin 2020, act. 250.
- S. Miara, *La mise à l'écart d'un salarié générant une situation d'ennui au travail (ou « bore-out ») caractérise un harcèlement moral*, JCP S n° 26, 30 juin 2020, 2062.
- S. Prieur, *L'approche judiciaire du bore-out, ou quand l'ennui au travail nuit à la santé et au contrat de travail*, Gaz. Pal. n° 28, 28 juillet 2020, p. 26.
- S. Vernac, *La notion de bore out au travail*, D. 2020, p. 1832.
- RJS 08-09/20, n° 400.

Indemnisation par le juge pénal statuant au civil du préjudice subi antérieurement à la prise en charge d'un ATMP

Cass. crim. 1^{er} septembre 2020, n°19-83.976, F-D

L'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale interdit de recourir au droit commun contre l'employeur ou ses préposés aux fins d'indemnisation du préjudice résultant d'un ATMP, au profit de la seule application de la législation professionnelle. La Chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît toutefois de longue date que le salarié peut obtenir réparation devant le juge prud'homal du préjudice antérieur à la prise en charge de son affection par la sécurité sociale (Cass. soc. 15 novembre 2006, n°05-41.489). La Chambre criminelle adopte ici la même position lorsque le juge pénal est appelé à statuer sur les intérêts civils. Celui-ci peut donc octroyer à la victime des dommages et intérêts à raison du préjudice résultant en l'espèce d'un harcèlement moral pour la période antérieure à sa prise en charge en tant que maladie professionnelle.

- R. Salomon, *Chronique de droit pénal social*, Dr. soc. 2021, p. 170.
- RJS 11/20, n° 562 (2nde espèce).

Harcèlement sexuel : modalités de preuve et distinction de l'obligation de prévention des risques professionnels

Cass. soc. 8 juillet 2020, n°18-24.320, FS-P+B

La Cour de cassation applique au harcèlement sexuel des solutions éprouvées en matière de harcèlement moral :

- On se rappelle que dans un arrêt du 8 juin 2016 (n°14-13.418), la Cour de cassation a allégé son contrôle sur la qualification de harcèlement moral en redonnant place à l'appréciation souveraine des juges du fond tout en leur imposant une méthodologie judiciaire stricte. Ces mêmes règles sont reprises et appliquées dans la présente affaire s'agissant cette fois d'une demande de reconnaissance d'un harcèlement sexuel.

- La Cour de cassation énonce également dans le présent arrêt que l'obligation de prévenir les risques professionnels est distincte de la prohibition du harcèlement moral (art. L. 1152-1 C. trav.) et du harcèlement sexuel (art. L. 1154-1 C. trav.), de telle sorte que les juges du fond ne pouvaient débouter le salarié de sa demande de dommages et intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de prévention au seul motif de l'absence de harcèlement sexuel. La solution ne surprendra guère. La Cour de cassation avait déjà distingué l'obligation de prévenir le harcèlement moral (art. L. 1152-4 C. trav.) ou le harcèlement sexuel (art. L. 1153-5 C. trav.) de leur interdiction (art. L. 1152-1 C. trav. ; art. L. 1153-1 C. trav.) pour admettre que le salarié pouvait prétendre à des dommages et intérêts à raison d'un manquement de l'employeur à chacune de ces obligations dès lors qu'il en résultait des préjudices distincts (Cass. soc. 6 juin 2012, n°10-27.694 – harcèlement moral ; Cass. soc. 17 mai 2017, n°15-19.300 – harcèlement sexuel). Depuis un arrêt du 6 décembre 2017 (n°16-10.885) rendu en matière de harcèlement moral, la Cour de cassation distingue plus largement l'obligation

de prévenir les risques professionnels (arts. L. 4121-1 et L. 4121-2 C. trav.) de la prohibition du harcèlement. C'est cette solution qui est ici reprise en matière de harcèlement sexuel. L'arrêt rappelle ainsi que l'absence de reconnaissance d'un harcèlement sexuel par le juge n'exclut pas une condamnation de l'employeur à des dommages et intérêts pour le préjudice qu'aurait subi le salarié du fait d'un manquement à l'obligation de prévention.

- P. Adam, *Harcèlement sexuel : jurisprudence estivale*, Lexbase – La lettre juridique n° 834, 3 septembre 2020.
- A. Casado, *L'obligation de prévention des risques professionnels ne se confond pas avec la prohibition des harcèlements*, BJT n° 10, 1^{er} octobre 2020, p. 34.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Droit du travail – avril 2020- septembre 2020*, D. 2020, p. 2312.
- C. Leborgne-Ingelaere, *Harcèlement au travail : l'office du juge*, JCP S n° 31-35, 4 août 2020, 2097.
- C. Pietralunga, *Interdiction des agissements de harcèlement sexuel et obligation de prévention des risques professionnels ne se confondent pas*, Lamy Actualités du droit, 22 juillet 2020.
- G. Pignarre, *Prévention des risques professionnels et prévention des agissements pour faits de harcèlement*, RDT 2020, p. 687.
- P. Prépin, *Harcèlement sexuel et obligation de prévention se côtoient mais ne se confondent pas*, JSL n° 505, 12 octobre 2020, p. 18.
- RJS 11/20, n° 523 (2nde espèce).

▪ Préjudice d'anxiété

Indemnisation du préjudice d'anxiété des salariés du sous-traitant affectés à un établissement « listé » : revirement de jurisprudence

Cass. soc. 30 septembre 2020, n°19-10.352, FS-P+B

Faute pour leur employeur de relever d'une entreprise listée, les salariés d'un sous-traitant affectés à un établissement d'une entreprise listée ne pouvaient prétendre à indemnisation de leur préjudice d'anxiété résultant de leur exposition à l'amiante (Cass. soc. 22 juin 2016, n°14-28.175). La Chambre sociale de la Cour de cassation revient sur sa position à la suite

de la décision de l'Assemblée plénière du 5 avril 2019 (n°18-17.442). Ces salariés peuvent donc dorénavant obtenir réparation de leur préjudice d'anxiété en application des règles de droit commun.

- D. Asquinazi-Bailleux, *Quel fondement à l'action en réparation du préjudice d'anxiété de salariés de sous-traitants exposés à l'amiante sur un site classé ?*, JCP S n° 44, 3 novembre 2020, 3062.
- H. Nasom-Tissandier, *Préjudice d'anxiété et salariés du sous-traitant : un revirement de jurisprudence*, JSL n° 508, 23 novembre 2020, p. 19.
- FRS 20/20, inf. 13, p. 23.
- RJS 12/20, n° 596.

Délai de prescription de l'action en indemnisation du préjudice d'anxiété : point de départ et délai applicable

Cass. soc. 8 juillet 2020, n°18-26.585 à n°18-26.634, n° 18-26.636 à 18-25.655, FS-P+B ; Cass. soc. 12 novembre 2020, n°19-18.490, FS-P+B+I

A la suite de la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 5 avril 2019 qui a ouvert la voie à une indemnisation du préjudice d'anxiété des salariés « hors établissement classé », la Chambre sociale de la Cour de cassation apporte différents éclaircissements :

Dans le premier arrêt, elle précise le point de départ du délai de prescription applicable aux actions intentées sur le fondement du droit commun. Celui-ci se situe à la date à laquelle le salarié a connaissance du risque élevé de développer une pathologie grave due à son exposition à l'agent nocif, étant précisé qu'il ne peut être antérieur à la date à laquelle l'exposition a pris fin.

Dans le second arrêt, elle se prononce sur le délai de prescription applicable à l'action en réparation du préjudice d'anxiété d'un salarié travaillant dans un établissement listé, levant ainsi les incertitudes qui pouvaient subsister. La Cour de cassation énonce en effet clairement que l'action se rattache à l'exécution du contrat de travail. Il en résulte qu'elle est soumise à la prescription de deux ans prévue par l'article L. 1471-1 du code du travail. Il ne devrait pas en aller différemment

lorsque l'action est intentée dans les conditions du droit commun.

- D. Asquinazi-Bailleux, *Quel point de départ et quelle prescription pour l'action en réparation d'un préjudice d'anxiété hors établissement classé ?*, JCP S n° 39, 29 septembre 2020, 3026.
- X. Aumeran, *Préjudice d'anxiété des travailleurs : la prescription biennale généralisée*, JCP S n° 4, 26 janvier 2021, 1023.
- L. Bloch, *Victimes de l'amiante – Point de départ du délai de prescription de l'action*, Resp. civ. et assur. n° 10, octobre 2020, comm. 169.
- J. Colonna, V. Renaux-Personnic, *L'action en réparation du préjudice d'anxiété se prescrit par 2 ans*, JCP E n° 2, 14 janvier 2021, 1012.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Droit du travail – avril 2020- septembre 2020*, D. 2020, p. 2312.
- A.-M. Grivel, *Où l'on reparle du préjudice d'anxiété*, Dr. soc. 2021, p. 59.
- H. Groutel, *Demande en réparation du préjudice d'anxiété : prescription applicable*, Resp. civ. et assur. n° 2, février 2021, comm. 27.
- M. Hautefort, *Préjudice d'anxiété : deux ans pour agir*, JSL n° 512, 22 janvier 2021, p. 23.
- P. Jourdain, *le point de départ de la prescription de l'action en réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante mais non éligibles à l'ACAATA*, RDT Civ. 2020, p. 902.
- M. Keim-Bagot, *Préjudice d'anxiété : de nouvelles précisions*, BJT n° 9, 1^{er} septembre 2020, p. 37 ; *Une nouvelle phase du contentieux sur le préjudice d'anxiété*, SSL n° 1925, 19 octobre 2020, p. 7.
- C. Radé, *Prescription de l'action en réparation du préjudice d'anxiété des victimes de l'amiante*, Dr. soc. 2020, p. 1049.
- FRS 15/20, inf. 13, p. 22.
- RJS 10/20, n° 472
- FRS 22/20, inf. 11, p. 22.
- RJS 01/21, n° 36.

Sécurité juridique - Recevabilité du moyen critiquant la solution adoptée par la Cour d'appel de renvoi et pourtant conforme à la doctrine de l'arrêt de cassation, à la suite d'un changement de norme

Cass. ass. pl. 2 avril 2021, n°19-18.814, P+R

Dans une décision qui fera certainement couler beaucoup d'encre, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation revient sur le principe de l'irrecevabilité d'un moyen invoqué au soutien d'un nouveau pourvoi en cassation à

l'encontre de la décision des juges du fond statuant sur renvoi après cassation et ayant adopté une solution conforme à l'arrêt de cassation, quand bien même serait intervenu un revirement de jurisprudence postérieurement à leur décision.

Elle énonce en effet qu'« il y a lieu d'admettre la recevabilité d'un moyen critiquant la décision par laquelle la juridiction s'est conformée à la doctrine de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie, lorsqu'est invoqué un changement de norme intervenu postérieurement à cet arrêt, et aussi longtemps qu'un recours est ouvert contre la décision sur renvoi ». Il est donc dorénavant possible de se prévaloir d'un « changement de norme » intervenu postérieurement à l'arrêt rendu sur renvoi afin d'en obtenir la cassation, bien que les juges du fond se soient conformés à la doctrine de l'arrêt de cassation qui les a saisis.

Il conviendra de rester attentif à ce qui constitue un « changement de norme ». La note explicative qui accompagne l'arrêt indique que par l'utilisation de ces termes, l'Assemblée plénière n'entend pas limiter la portée de sa décision aux seuls revirements de jurisprudence.

En pratique, les conséquences de cette nouvelle position sont importantes. En l'espèce le salarié, qui s'était vu débouter de sa demande en réparation du préjudice d'anxiété consécutif à une exposition à l'amiante faute d'appartenance à une entreprise listée par un arrêt du 5 juillet 2018 rendu sur renvoi, a ainsi pu se prévaloir du revirement opéré par l'Assemblée plénière le 5 avril 2019, et voir son pourvoi accueilli « bien que la cour d'appel de renvoi se soit conformée à la doctrine de l'arrêt qui l'avait saisie ». Il appartiendra à la juridiction de renvoi de déterminer si les conditions du droit à réparation telles que définies par l'Assemblée plénière dans sa décision du 5 avril 2019, sont en définitive bien réunies.

- F. Champeaux, *Evolution de jurisprudence et accès au juge*, SSL n° 1949, 12 avril 2021, p. 13.
- Q. Chatelier, *L'Assemblée plénière (de nouveau) au secours du préjudice d'anxiété !*, SSL n° 519, 3 mai 2021, p. 4.

- C. Hélaïne, *Changement de norme et recevabilité d'un moyen de cassation*, Dalloz Actualité, 9 avril 2021.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 654 du 2 avril 2021 (19-18.814) - Cour de cassation - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.

▪ Contentieux des ATMP

L'action en inopposabilité d'une prise en charge d'un ATMP se prescrit par 5 ans

Cass. 2^{ème} civ. 18 février 2021, n°19-25.886, FS-P ; Cass. 2^{ème} civ. 18 février 2021, n°19-25.887, FS-P

Lorsque la décision de prise en charge par la sécurité sociale a été rendue selon une procédure irrégulière, l'employeur peut agir devant le juge afin que cette décision lui soit déclarée inopposable. Aucun texte ne précise le délai de prescription applicable à cette action. Et dans un arrêt du 9 mai 2019 (n°18-10.909), la Cour de cassation avait écarté le jeu du délai de prescription de droit commun. Il en résultait de fait que l'employeur pouvait agir sans limitation de temps.

C'est sur cette solution, qui a d'ailleurs fait l'objet d'une certaine résistance des juges du fond, que revient la 2^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation : elle considère dorénavant que l'action de l'employeur aux fins d'inopposabilité de la décision de la caisse est au nombre des actions qui se prescrivent par 5 ans en application de l'article 2224 du Code civil.

- M.-A. Godefroy, *L'application de la prescription de droit commun aux contestations d'accidents du travail et de maladies professionnelles*, JCP S n° 13, 30 mars 2021, 1088.
- FRS 07/21, inf. 17, p. 54.
- RJS 05/21, n° 285.

▪ Expertise pour risque grave

Recours à un expert pour risque grave par le CHSCT de l'entreprise de travail temporaire à la suite de l'inertie du CHSCT de l'entreprise utilisatrice

Cass. soc. 26 février 2020, n°18-22.556, FS-P+B+R+I

S'il revient au premier chef à l'entreprise utilisatrice de prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection de la santé des travailleurs intérimaires intervenant en son sein, et dès lors à son CHSCT d'exercer une mission de vigilance à l'égard de l'ensemble des travailleurs placés sous son autorité dont les travailleurs intérimaires, le CHSCT de l'entreprise de travail temporaire peut faire appel à un expert agréé lorsqu'il constate que les travailleurs mis à disposition sont soumis à un risque grave et actuel à condition :

- que l'entreprise utilisatrice n'ait pas pris de mesures pour remédier à ce risque
- et que son CHSCT n'ait pas usé de ses propres prérogatives à des fins d'expertise.

Rien ne s'oppose à ce qu'une telle compétence subsidiaire du CHSCT de l'entreprise de travail temporaire soit aujourd'hui reconnue à son CSE.

- G. Auzero, *L'expert mandaté par le CHSCT d'une entreprise de travail temporaire peut intervenir au sein de l'entreprise utilisatrice*, BJT 1^{er} avril 2020, p. 27.
- B. Bossu, *Qui doit assurer la sécurité des travailleurs intérimaires ?*, JCP S n° 15-16, 14 avril 2020, 2001.
- G. Duchange, *Expertise risque grave et salariés mis à disposition : compétence subsidiaire du CHSCT de l'entreprise de travail temporaire*, in *Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 40, 1^{er} octobre 2020, 1368.
- B. Kantorowicz, *Possibilité pour le CHSCT de l'entreprise de travail de désigner un expert en cas de risque grave pour les travailleurs mis à disposition de l'entreprise utilisatrice*, JSL n° 496-497, 5 mai 2020, p. 20.
- F.-G. Laprévote, E. Piekut, *Expertise risque grave et travail temporaire*, JCP E n° 23, 4 juin 2020, 1223.
- M. Miné, *Droit à la santé et à la sécurité des travailleurs temporaires*, RDT 2020, p. 548.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 245 du 26 février 2020 (18-22.556) - Cour de cassation - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.
- FRS 07/20, inf. 11, p. 19.
- RJS 05/20, n° 241.

▪ **Délais de consultation des**

représentants du personnel

Demande d'informations complémentaires du CSE : le juge des référés peut fixer un nouveau délai de consultation

Cass. soc. 26 février 2020, n°18-22.759, FS-P+B+R+I ; Cass. soc. 27 mai 2020, n°18-26.483, FP+B

La Cour de cassation avait considéré que le juge des référés ne pouvait se prononcer sur la demande d'informations complémentaires formulée par les représentants du personnel alors que le délai de consultation était expiré au jour où il statuait, quand bien même il aurait été saisi dans les temps (Cass. soc. 21 septembre 2016, n° 15-13.363). Elle revient sur cette position dans un arrêt du 26 février 2020 aux incidences pratiques et juridiques importantes. Sur le fondement du droit communautaire, elle admet que le juge doit statuer sur la demande alors même que le délai de consultation serait expiré au jour où il statue, et qu'il peut fixer un nouveau délai de consultation tel que prévu par l'article R. 2323-1-1 du code du travail (devenu art. R. 2312-6 C. trav.) courant à compter de la communication des éléments d'informations complémentaires nécessaires, peu important que l'employeur ait déjà commencé à mettre en œuvre son projet. La solution, rendue sous l'empire de l'ancien article L. 2323-4 du code du travail reste pleinement applicable aujourd'hui, d'autant que l'actuel article L. 2312-15 du code du travail n'enferme plus la décision du juge dans le délai peu réaliste de 8 jours.

Il est toutefois indispensable que le juge ait été saisi avant expiration du délai de consultation applicable. A défaut, l'action des représentants du personnel est bien irrecevable ce que confirme l'arrêt du 27 mai 2020.

- G. Auzero, *Délais de consultation du CE/CSE : le recours salutaire au Droit européen*, JSL n° 500, 19 juin 2020, p. 60.
- F. Bergeron-Canut, *Délais de consultation du CSE : nouvelles précisions*, BJT n° 7-8, 1^{er} juillet 2020, p. 18.

- A. Bugada, *Consultation judiciairisée du comité d'entreprise pour information insuffisante : bis in idem*, BJS n° 5, 1^{er} mai 2020, p. 16.
- J. Cadot, *Défaut d'information lors de sa consultation ? Le CSE peut agir*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 202, 1^{er} avril 2020, p. 27.
- F. Carrière, *Faux départ pour les délais de consultation*, SSL n° 1916, 13 juillet 2020, p. 16.
- F. Février, V. Mallevays, P. Vignal, *Baisse de tension sur les délais de consultation*, SSL suppl. n° 1925, 19 octobre 2020, p. 53.
- M. Hugueville, *Litiges sur les délais de consultation du comité : à la recherche de l'effet utile*, JSL n° 496-497, 5 mai 2020, p. 24.
- D. J.-P., *La saisine du juge des référés pour report des délais de consultation en raison d'éléments insuffisants doit avoir lieu avant l'expiration dudit délai*, JSL n° 504, 28 septembre 2020, p. 27.
- J.-Y. Kerbourc'h, *Prolongation du délai imparti au CSE pour rendre son avis : il faut saisir le juge à temps !*, JCP S n° 27, 7 juillet 2020, 2070.
- P. Le Cohu, *Le juge et les délais de consultation des comités d'entreprise et des comités sociaux et économiques*, Gaz. Pal. n° 20, 2 juin 2020, p. 80.
- C. Mariano, *Délai de consultation du CSE et information insuffisante : les pouvoirs du juge augmentés à la lumière du droit à l'information appropriée*, BJT n° 4, 1^{er} avril 2020, p. 23.
- P. Morvan, *Délai couperet de consultation du CSE*, JCP S n° 11, 17 mars 2020, 1074.
- H. Nasom-Tissandier, *Le droit à l'information-consultation du CSE à l'épreuve des délais préfix*, RJS 04/21, Chronique.
- F. Signoretto, *Prolongation des délais de consultation des CSE : le juge saisi avant peut statuer après leur expiration*, RDT 2020, p. 559.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 246 du 26 février 2020 (18-22.759) - Cour de cassation - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.
- RJS 05/20, n° 240.
- RJS 07/20, n° 354.

Prolongation du délai réglementaire de consultation par accord implicite avec le CSE

Cass. soc. 8 juillet 2020, n°19-10.987, FS-P+B+l

L'ancien article L. 2323-3 du code du travail, et dans des termes similaires l'actuel article L. 2312-16 du code du travail, prévoient que les délais réglementaires de consultation (anc. art. R. 2323-1-1 C. trav. ; art. R. 2312-6 C. trav.) ne s'imposent qu'à défaut d'accord d'entreprise majoritaire et, en l'absence de

délégué syndical, d'accord entre l'employeur et la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel du comité. En l'espèce, il apparaissait qu'aucun accord répondant à ces exigences légales n'avait initialement été conclu et que s'imposait ainsi le délai réglementaire. La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 septembre 2016 (n° 15-19003), a toutefois admis qu'un accord puisse être conclu en cours de consultation afin de prolonger ce délai. Elle subordonnait cependant cette faculté à la conclusion d'un accord conclu dans les conditions prévues par l'article L. 2323-3 du code du travail. Cette exigence est abandonnée dans le présent arrêt. La Cour de cassation admet dorénavant qu'un accord avec le comité, quelles que soient ses modalités ou sa forme, et donc quand bien même il n'aurait pas fait l'objet d'un vote majoritaire des membres titulaires du comité, puisse prolonger le délai de consultation. En l'espèce, elle fait de plus preuve d'une grande souplesse en approuvant les juges du fond d'avoir déduit du comportement de l'employeur l'existence d'un accord implicite celui-ci ayant continué à échanger avec le comité, abondé la BDES, organisé une réunion extraordinaire et fixé avec le secrétaire du comité l'ordre de jour d'une réunion de remise des avis du comité.

Reste à déterminer si la possibilité de prolonger le délai par accord informel avec le comité reste subordonnée à l'absence de délégué syndical. La lettre de la loi semble l'imposer mais la formulation ici employée par la Cour de cassation sème le doute.

- V. Armillei, P. Lagesse, *Actualités sur les délais de consultation du CSE : attention à l'accord tacite !*, SSL n° 1924, 12 octobre 2020, p. 8.
- G. Auzero, *La prolongation des délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise d'un commun accord*, BJS n° 10, 1^{er} octobre 2020, p. 12.
- J.-M. Chonnier, *Extension du domaine de l'accord*, JCP E n° 45, 5 novembre 2020, 1448.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Droit du travail – avril 2020- septembre 2020*, D. 2020, p. 2312.
- M. Hautefort, *Prolongation des délais de consultation du CSE : va pour le gentleman's agreement !*, JSL n° 504, 28 septembre 2020, p. 9.

- J.-Y., Kerbourch'h, *Délai imparti au CSE pour rendre son avis : prolongation possible d'un commun accord entre l'employeur et le comité*, JCP S n° 31-35, 4 août 2020, 2098.
- C. Mariano, *Délais de consultation du CSE : une prolongation conventionnelle facilitée*, BJT n° 9, 1^{er} septembre 2020, p. 30.
- RJS 10/20, n° 477.

▪ Heures supplémentaires

Les heures supplémentaires comptabilisées par un logiciel de pointage sont implicitement autorisées par l'employeur

Cass. soc. 8 juillet 2020, n°18-23.366, F-D

L'employeur qui met à disposition un logiciel informatique visant à enregistrer les horaires de travail des salariés est informé des heures supplémentaires réalisées et est dès lors considéré comme ayant donné son accord implicite à l'exécution de ces heures supplémentaires. Il ne peut en refuser le paiement au motif qu'il ne les aurait pas expressément autorisées. Il est donc conseillé à l'employeur de prévoir un système d'alerte, et d'intervenir le cas échéant rapidement lorsqu'un salarié dépasse son temps de travail habituel.

- M.-N. Rouspide-Katchadourian, *Heures supplémentaires enregistrées dans un logiciel de pointage informatique et accord implicite de l'employeur*, JCP S n° 40, 6 octobre 2020, 3030.
- FRS 16/20, inf. 9, p. 28.
- RJS 08-09/20 n° 469.

Partage de la charge de la preuve des heures supplémentaires

Cass. soc. 18 mars 2020, n°18-10.919, FP-P+B+R+I ; Cass. soc. 8 juillet 2020, n° 18-26.385, F-D ; Cass. soc. 27 janvier 2021, n°17-31.046, FP-P+R+I

L'arrêt du 18 mars 2020 de la Chambre sociale de la Cour de cassation impacte directement sur l'abondant contentieux des heures supplémentaires. Il procède à une évolution sensible de leur régime probatoire dans le but affiché d'une part de pallier la tendance de

certaines juges du fond à exiger d'emblée la preuve par le salarié de la réalisation des heures supplémentaires effectuées, d'autre part de davantage prendre en compte une décision de la CJUE du 14 mai 2019 faisant obligation aux Etats membres d'imposer aux employeurs la mise en place d'un système de mesure du temps de travail journalier fiable et objectif, ainsi que l'exigence posée à l'article L. 3171-4 du code du travail d'un système de preuve partagée.

La Cour de cassation énonce en effet que le salarié doit présenter des éléments suffisamment précis quant aux heures prétendument accomplies afin de permettre à l'employeur, à qui il incombe d'assurer le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre par ses propres éléments, le juge devant former sa conviction au regard de l'ensemble des éléments fournis de part et d'autre. L'arrêt du 27 janvier 2021 manifeste de plus la volonté de la Cour de cassation de contrôler la notion d'éléments suffisamment précis que le salarié doit produire à l'appui de sa demande. Elle considère en effet en l'espèce que les juges du fond ne pouvaient les juger imprécis du seul fait que le décompte opéré par le salarié de ses heures de travail ne mentionnait pas les pauses méridiennes alors qu'il portait indication jour par jour de l'heure de prise et de fin de service et des rendez-vous, ainsi que du nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire. Dans sa note explicative, la Cour de cassation précise que cette notion renvoie à l'obligation d'alléguer les faits nécessaires au succès des prétentions et qu'elle ne saurait se confondre avec une exigence de preuve des heures accomplies.

La Cour de cassation censure ainsi dorénavant les décisions des juges du fond, pour avoir fait reposer la charge de la preuve sur le seul salarié, chaque fois que le salarié a été débouté de sa demande en considération uniquement des éléments fournis par celui-ci sans préoccupation aucune pour les éléments de preuve que l'employeur doit apporter ou le cas échéant, son incapacité à en produire.

Plus que jamais, la problématique du contrôle par l'employeur des heures de travail est au cœur du débat.

- T. Aubert-Monpeyssen, *Temps de travail : processus probatoire des heures supplémentaires*, JCP E n° 31-35, 30 juillet 2020, 1328.
- D. Baugard, *Preuve des heures de travail : changement terminologique ou évolution substantielle ?*, SSL n° 1906, 4 mai 2020, p. 16.
- C. Courcol-Bouchard, *Régime probatoire du nombre d'heures de travail accomplies : la Cour de cassation persiste et signe*, JCP S n° 7, 16 février 2021, 1042.
- J.-Y. Frouin, *Le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolution de jurisprudence)*, JCP S n° 22, 2 juin 2020, 2036.
- M. Hautefort, *Preuve des heures supplémentaires : les juges du fond recadrés*, JSL n° 499, 8 juin 2020, p. 17.
- J. Icard, *Précisions sur la charge de la preuve des heures de travail*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2020, p. 28.
- E. Jeansen, *Régime de la preuve des heures supplémentaires, in Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 40, 1^{er} octobre 2020, 1368.
- J.-P. Lhernould, *Heures supplémentaires : qu'est-ce qu'un élément suffisamment précis ?*, JSL n° 516, 18 mars 2021, p. 13.
- G. Loiseau, *La gabegie des heures supplémentaires*, BJT n° 3, 1^{er} mars 2021, p. 1.
- G. Mégret, *Preuve des heures supplémentaires : à l'écoute de la CJUE, la Cour de cassation précise sa jurisprudence*, Gaz. Pal. n° 20, 2 juin 2020, p. 78.
- S. Serror, *Clarifications apportées au régime probatoire des heures supplémentaires et à la liberté contractuelle dans la fixation de l'assiette de calcul d'une commission*, JCP G n° 12, 22 mars 2021, 321.
- S. Tourneaux, *Confirmation du nouveau régime probatoire des heures supplémentaires*, Dr. soc. 2021, p. 475.
- M. Véricel, *Clarification du régime de l'aménagement de la charge de la preuve en matière d'heures supplémentaires*, RDT 2020, p. 552.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 373 du 18 mars 2020 (18-10.919) - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 138 du 27 janvier 2021 (17-31.046) - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.
- FRS 09/20, inf. 23, p. 43.
- RJS 06/20, n° 293.
- FRS 05/21, inf. 9, p. 18.
- RJS 05/21, n° 264.

▪ Preuve d'un préjudice

Délimitation des exceptions à la nécessité pour le salarié de justifier d'un préjudice

Cass. soc. 12 novembre 2020, n°19-20.583, F-D ; Cass. soc. 8 janvier 2020, n°18-20.591, F-D ; Cass. soc. 4 novembre 2020, n°19-12.775, FS-P+B+I ; Cass. soc. 9 décembre 2020, n°19-13.470, FS-P+B.

Après avoir abandonné la théorie du préjudice nécessaire, la Cour de cassation reconstruit sa jurisprudence en maintenant des poches d'exceptions à la nécessité pour le salarié d'apporter la preuve du préjudice subi en cas de manquement de l'employeur à ses obligations.

A ce titre, elle réaffirme au visa de l'article 9 du code civil que la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit au profit du salarié à réparation (1^{ère} espèce). En l'espèce, l'employeur avait produit en justice un message privé adressé à une autre salariée sur Facebook dont, il faut le souligner, les juges du fond avaient considéré qu'il n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve.

La Cour de cassation confirme par ailleurs que l'absence de mise en place des instances de représentation du personnel, sans justifier d'un procès-verbal de carence, cause nécessairement un préjudice aux salariés en les privant d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts (en dernier lieu Cass. soc. 27 janvier 2021, n°19-15.954). A défaut de PV de carence, la condamnation à des dommages et intérêts est alors inévitable, peu important que le salarié ne s'en plaigne qu'au moment de son départ, après dix-huit années de collaboration (2^{ème} espèce). La Cour de cassation écarte toutefois l'application de ce principe lorsque l'employeur tarde à organiser des élections partielles. Elle considère en effet que dans ce cas, le salarié n'est pas privé d'une possibilité de représentation et de défense de ses intérêts du fait de la présence, même partielle, d'élus (3^{ème} espèce).

Ces décisions pourraient laisser penser que la jurisprudence reconnaît que le manquement

de l'employeur cause nécessairement un préjudice lorsqu'est portée atteinte à un droit constitutionnellement protégé. Notons toutefois, et la précision est d'importance au regard du contentieux, que c'est en vain qu'un salarié a invoqué le droit à la santé et au repos constitutionnellement garanti pour obtenir, sans justifier d'un préjudice, des dommages et intérêts du fait d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité (4^{ème} espèce). En ce domaine, la Cour de cassation maintient fermement le principe d'une appréciation souveraine par les juges du fond de l'existence d'un préjudice.

- P. Adam, *Absence fautive d'élections partielles et doctrine du préjudice nécessaire*, Dr. soc. 2021, p. 187 ; *Obligation de sécurité, préjudice nécessaire et preuve du harcèlement moral*, Dr. soc. 2021, p. 268.
- J.-Y. Kerbourc'h, *Le préjudice « nécessairement » causé par la faute de l'employeur : réapparition furtive d'un adjectif oublié*, JCP S n° 48, 1^{er} décembre 2020, 3094.
- M.-P. Lanoue, *Représentation du personnel (élection partielle) : preuve du préjudice par le salarié in Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, Chambre sociale*, D. 2021, p. 370.
- J. Layat, P. Pacotte, *La notion de « préjudice nécessaire » : du principe à l'exception*, JSL n° 514, 19 février 2021, p. 28.
- A. Lepage, *Droit au respect de la vie privée - Réparation du préjudice*, Comm. com. électr. n° 1, Janvier 2021, comm. 5.
- C. Radé, *Vie privée des salariés : la résistance du « préjudice nécessaire »*, Dr. soc. 2020, p. 1044.
- FRS 22/20, inf. 13, p. 27.
- RJS 01/21, n° 28.
- RJS 02/21, n° 92.

La proposition de dédommagement faite par un employeur vaut reconnaissance d'un préjudice subi par le salarié du fait de son manquement

Cass. soc. 24 juin 2020, n°17-28.067, F-D

Depuis l'abandon par la Chambre sociale de la Cour de cassation de la théorie du préjudice nécessaire, il appartient en principe au salarié d'établir le préjudice qu'il a subi du fait d'un manquement de l'employeur en l'occurrence à son obligation de sécurité. La Cour de

cassation considère toutefois dans le présent arrêt que la proposition de l'employeur d'offrir une somme au salarié à titre de dédommagement vaut de sa part reconnaissance du préjudice subi par le salarié. Dès lors, les juges du fond ne pouvaient rejeter la demande en dommages et intérêts du salarié au motif que ce dernier n'apportait pas la preuve d'un préjudice. La plus grande prudence s'impose donc dans les tentatives de règlement à l'amiable des litiges.

- D. Julien-Paturle, *La rupture de la période d'essai doit être explicite*, JSL n° 504, 28 septembre 2020, p. 28.
- RJS 08-09/20, n° 398.

Droit à dommages et intérêts d'un syndicat du fait de l'inapplication dans l'entreprise de dispositions d'un accord de branche

Cass. soc. 20 janvier 2021, n°19-16.283, FS-P+I

Ne peut débouter un syndicat de sa demande de dommages et intérêts au motif qu'il ne justifie pas d'un préjudice porté aux intérêts de la profession, la cour d'appel qui constate que l'employeur a violé les dispositions d'un accord de branche, une telle violation causant nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession.

- C. Radé, *Du préjudice nécessairement causé à l'intérêt collectif de la profession*, Dr. soc. 2021, p. 281.
- RJS 04/21, n° 213.

▪ Application volontaire d'une convention collective

Mention dans le contrat de travail de l'application volontaire d'une convention collective = contractualisation

Cass. soc. 4 mars 2020, n°18-11.584, FS-D ; Cass. soc. 4 mars 2020, n°18-11.585, FS-P+B

La mention dans le contrat de travail de ce qu'il est soumis aux dispositions d'une convention collective appliquée volontairement par l'employeur ne constitue

pas une simple mention informative mais vaut engagement contractuel de l'employeur. Celui-ci ne peut donc s'y soustraire par simple dénonciation unilatérale (1^{ère} espèce).

Toutefois, la contractualisation ainsi opérée de l'application d'une convention collective nationale ne s'étend pas à l'application des accords territoriaux qui la complète faute de volonté claire et non équivoque de l'employeur en ce sens (2^{nde} espèce).

- P-H. Antonmattei, L. Enjolras, C. Mariano, *Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective*, Dr. soc. 2020, p. 103.
- D. J.-P., JSL n° 496-497, 5 mai 2020, p. 35.
- C. Mariano, *Application volontaire d'une convention collective : portée de la mention inscrite au contrat de travail*, BJT n° 6, 1^{er} juin 2020, p. 29.
- FRS 07/20, inf. 12, p. 21.
- RJS 05/20, n° 246.

▪ Fusion-absorption : Responsabilité pénale de la société absorbante

Transfert de responsabilité pénale en cas de fusion-absorption

Cass. crim. 25 novembre 2020, n°18-86.955, FP-P+B+I

Sous l'influence du droit européen, la Chambre criminelle de la Cour de cassation procède à une spectaculaire évolution de sa jurisprudence, abondamment commentée, en considérant, sous certaines restrictions, que la société absorbée doit répondre pénalement des faits constitutifs d'une infraction commis par la société absorbée avant l'opération de fusion-absorption.

Le domaine d'un tel transfert de la responsabilité pénale est en principe cantonné : seules sont concernées les SA et SAS, et il ne permet le prononcé que de peines d'amendes ou de confiscation. Par ailleurs, cette nouvelle jurisprudence ne s'applique qu'aux opérations de fusion-absorption postérieures à l'arrêt, soit au 25 novembre 2020.

Toutefois, l'ensemble de ces restrictions disparaît dans l'hypothèse d'une fraude à la loi. Lorsque l'opération a eu pour objectif de

faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale, la société absorbante, quelles que soient sa nature juridique et la date de l'opération, peut être condamnée à l'ensemble des peines encourues.

- A. Casado, *responsabilité pénale de la personne morale : la société est absorbée, vive la société*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2021, p. 43.
- F. Duquesne, *La continuité fonctionnelle de la personne morale et le délégataire de pouvoirs en matière pénale*, JCP S n° 4, 26 janvier 2021, 1022.
- H. Durif, L. Genty, *La fusion-absorption d'une société n'aboutit plus nécessairement à l'immunité pénale*, JSL n° 511, 12 janvier 2021, p. 21.
- R. Hervet, A. Salon, *Santé et sécurité au travail : fin de l'imputé pénale à la suite d'une opération de fusion-absorption*, SSL n° 1933, 14 décembre 2020, p. 22.
- FRS 23/20, inf. 17, p. 27.
- RJS 02/21, n° 128.

NB - La décision a fait l'objet de trop nombreux commentaires pour pouvoir tous les mentionner ici. Ne sont reproduites que les références issues de revues juridiques spécialisées en droit social.

La note explicative de la Cour de cassation ainsi que l'avis de l'avocat général sont disponibles sur le site de la Cour de cassation.

Les bonnes pratiques à développer

▪ Transfert d'entreprise

Scission du contrat de travail en cas de transfert partiel d'entreprise sauf exceptions

CJUE 26 mars 2020, aff. C-344/18 ; Cass. soc. 30 septembre 2020, n°18-24.881, FS-P+B+R+I

La CJUE se prononce pour la première fois sur les conséquences sur le contrat de travail d'un transfert partiel d'entreprise et amène la Cour de cassation à faire évoluer sa jurisprudence.

La Chambre sociale de la Cour de cassation avait en effet tenté de limiter les inconvénients pour le salarié dont l'activité était partagée entre l'entité reprise par le cessionnaire et celle conservée par le cédant, d'une scission de son contrat de travail. Elle considérait ainsi que si le salarié exerçait l'essentiel de ses fonctions dans le secteur d'activité transféré, l'ensemble de son contrat de travail devait être transféré au cessionnaire, et que dans le cas inverse, son contrat devait intégralement se poursuivre auprès du cédant. C'était au demeurant le raisonnement suivi par les juges du fond dans l'affaire soumise à la Chambre sociale de la Cour de cassation. Néanmoins, celle-ci censure leur décision en adoptant la doctrine fraîchement exprimée du juge européen. En effet selon la CJUE, en présence d'un transfert d'entreprise impliquant plusieurs cessionnaires, la scission du contrat de travail du salarié considéré s'impose au prorata des fonctions exercées par le salarié, sauf à ce qu'elle ne soit pas possible, à ce qu'elle entraîne une détérioration des conditions de travail ou à ce qu'elle porte atteinte au maintien des droits du travailleur garantis par la directive.

Le principe devient ainsi la scission du contrat de travail sous réserve des situations visées qui y feraient obstacle et dont on attend de connaître plus précisément quelles hypothèses elles recouvrent. La décision de la Cour de cassation reste par ailleurs silencieuse sur les conséquences d'un refus du salarié ou d'une absence de scission du contrat légitimée

par l'une des exceptions envisagées. Dans cette dernière hypothèse, la CJUE a quant à elle estimé que la rupture du contrat qui en résulterait devrait être considérée comme intervenue du fait du cessionnaire y compris si le travailleur en a eu l'initiative.

- M. Arnaud, A. Cormier Le Goff, *Transfert partiel d'entreprise et transfert partiel de contrat de travail : éclairages et zone d'ombre de l'arrêt DPR Méditerranée*, BJT n° 12, 1^{er} décembre 2020, p. 58.
- P. Bailly, S. Ranc, *Transfert partiel d'activité : le regain de la scission du contrat de travail*, SSL n° 1928, 9 novembre 2020, p. 6.
- L. Driguez, *Transfert d'entreprise à plusieurs cessionnaires*, Europe n° 5, mai 2020, comm. 166 ; *Poursuite des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise : un exercice d'équilibriste périlleux pour les salariés*, SSL suppl. n° 1933, 14 décembre 2020, p. 58.
- J. Icard, *La divisibilité du contrat de travail post-transfert d'entreprise : la Chambre sociale se range derrière la CJUE*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2020, p. 12.
- D. Jacotot, *Evolution jurisprudentielle relative au transfert partiel d'un salarié à un cessionnaire*, JCP E n° 51, 17 décembre 2020, 1550.
- J.-P. Lhernould, *Transfert partiel d'entreprise : nouvelles règles sur la scission du contrat de travail*, JSL n° 508, 23 novembre 2020, p. 14.
- P. Morvan, *Divisibilité du contrat de travail en cas de cession partielle d'entreprise*, JCP S n° 41, 13 octobre 2020, p. 3037.
- S. Ranc, *Le sort du contrat de travail scindé lors d'un transfert partiel d'entreprise*, BJT n° 12, 1^{er} décembre 2020, p. 68.
- S. Tourneaux, *La scission du contrat de travail en cas de transfert partiel d'activité*, Dr. soc. 2021, p. 28.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 780 du 30 septembre 2020 (18-24.881) - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.
- FRS 19/20, inf. 10, p. 26.
- RJS 12/20, n° 582.

▪ Élections professionnelles

Date d'appréciation de l'effectif théorique de l'entreprise pour déterminer le nombre de sièges à pourvoir au CSE

Cass. soc. 5 février 2020, n°19-13.550, F-D ;
Cass. soc. 5 février 2020, n°19-13.444, F-D

Pour calculer le nombre de membres du CSE, la Chambre sociale de la Cour de cassation précise que la date d'appréciation de l'effectif théorique à prendre en compte est celle du premier tour du scrutin des élections professionnelles. Il ne peut être arrêté à une date antérieure. La Cour de cassation transpose ainsi au CSE la solution qu'elle avait dégagée sous l'empire du droit antérieur.

- J.-F. Cesaro, *Appréciation des effectifs en vue de l'élection des membres du comité social et économique*, in *Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 40, 1^{er} octobre 2020, 1368.
- G. François, *Nombre de sièges à pourvoir au CSE et détermination de l'effectif de l'entreprise*, JCP S n° 11, 17 mars 2020, 1075.
- D. J.-P., *L'effectif théorique pour le calcul du nombre de membres du comité social et économique doit s'apprécier à la date du premier tour du scrutin, pas avant !*, JSL n° 495, 6 avril 2020, p. 28.
- RJS 04/20, n° 196 (2^{nde} espèce).

Recours au vote électronique par décision unilatérale

Cass. soc. 13 janvier 2021, n°19-23.533, FS-P+B+R+I

La Cour de cassation précise tout d'abord que les contestations relatives au recours au vote électronique pour les élections professionnelles, que ce soit par accord collectif ou décision unilatérale de l'employeur, relèvent du contentieux de la régularité des opérations électorales, et donc du tribunal judiciaire statuant en dernier ressort, s'agissant d'une modalité d'organisation des élections.

Elle considère ensuite qu'il ressort des articles L. 2314-24 et R. 2314-5 du code du travail que le recours au vote électronique par décision unilatérale est subordonné à une tentative préalable loyale de négociation qui n'a pu aboutir à la conclusion d'un accord, dans les entreprises disposant de délégués syndicaux. En revanche, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise (ou dans le groupe), elle

permet à l'employeur de décider directement unilatéralement, sans qu'il n'ait l'obligation de tenter au préalable une négociation selon les modalités « dérogatoires » des articles L. 2232-23 et suivant du code du travail.

En l'espèce, l'entreprise était dépourvue de délégué syndical depuis 6 mois. La décision de l'employeur de recourir au vote électronique était donc bien valable, peu important qu'il n'ait pas tenté de négocier avec des élus ou des salariés mandatés.

- V. Armillei, *Vote électronique : cantonnement de l'obligation de négocier*, JCP S n° 6, 9 février 2021, 1037.
- F. Bergeron-Canut, *Le préalable obligatoire de négociation s'étend au recours au vote électronique*, SSL n° 1941, 15 février 2021, p. 18.
- C. Chaumier, L. Urbani-Schwartz, *Les modalités de recours au vote électronique par décision unilatérale*, JSL n° 514, 19 février 2021, p. 21.
- G. François, *Le recours au vote électronique : de nouvelles précisions apportées par la Chambre sociale*, BJT n° 2, 1^{er} février 2021, p. 21.
- C. Mariano, *Une voilure ajustée : le décor sélectif du préalable de négociation in Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective*, Dr. soc. 2021, p. 346.
- F. Petit, *La loyauté dans la négociation collective freinée dans son élan*, Dr. soc. 2021, p. 284.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 73 du 13 janvier 2021 (19-23.533) - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.
- FRS 03/21, inf. 15, p. 23.
- RJS 03/21, n° 162.

▪ Discrimination

Restrictions au port de la barbe

CE 12 février 2020, n°418299 ; Cass. soc. 8 juillet 2020, n°18-23.743, FS-P+B+R+I

Le Conseil d'Etat et la Chambre sociale de la Cour de cassation se prononcent tour à tour sur la délicate question de la rupture du contrat d'un salarié ayant refusé de répondre à l'injonction de l'employeur de tailler sa barbe perçue comme l'expression d'une conviction religieuse. La question ne se pose évidemment pas de manière identique selon qu'il s'agit d'un agent du service public ou d'un salarié du secteur privé.

Dans le premier cas, l'agent est soumis à une obligation de stricte neutralité qui s'oppose à ce qu'il manifeste sa croyance religieuse. Encore faut-il que le port de la barbe puisse être analysé comme un signe religieux ostentatoire. Or en l'espèce, la Cour administrative d'appel avait elle-même reconnu que la barbe de l'agent, malgré sa taille, ne pouvait être regardée comme étant par elle-même un signe d'appartenance religieuse. Les seuls éléments retenus pour reconnaître un manquement de l'agent à son obligation de neutralité résidaient en réalité dans son refus de la tailler et le fait qu'il n'avait pas nié que son apparence physique puisse être perçue par les tiers comme un signe d'appartenance religieuse, éléments jugés insuffisants par le Conseil d'Etat pour caractériser à eux seuls la manifestation par l'agent de convictions religieuses dans l'exercice de ses fonctions.

Dans le secteur privé, ne s'applique pas en tant que tel le principe de laïcité. Toutefois, il est dorénavant possible pour l'employeur d'introduire dans son règlement intérieur une clause de neutralité à condition qu'elle interdise de manière générale et indifférenciée le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail et qu'elle ne s'applique qu'aux salariés se trouvant au contact avec les clients (art. L. 1321-2-1 C. trav. et Cass. soc. 22 novembre 2017, n° 13-19.855). Dans son arrêt du 8 juillet 2020, la Cour de cassation confirme cette faculté assortie des mêmes réserves (voir encore Cass. soc. 14 avril 2021, n°19-24.079 au sujet d'une interdiction de porter le voile), tout en relevant qu'en l'absence en l'espèce de clause de neutralité dans le règlement intérieur ou une note de service, le débat ne pouvait se placer sur ce terrain.

En conséquence, l'interdiction faite par l'employeur au salarié du port de la barbe en tant qu'elle manifesterait des convictions tant religieuses que politiques et son injonction de revenir à une apparence plus neutre révélaient une discrimination directe.

Celle-ci n'est toutefois pas constituée lorsque le comportement de l'employeur répond à une exigence professionnelle essentielle et

déterminante exclusive de toute considération subjective. La Cour de cassation rappelle à cet égard que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers d'un client ne saurait être prise en considération. En revanche, des impératifs d'hygiène ou de sécurité pourraient justifier des restrictions à la liberté du salarié. Mais l'employeur doit alors démontrer la réalité d'un danger objectif. En l'espèce, il invoquait les risques liés au port de la barbe pour l'exécution par le salarié, consultant en sécurité, d'une mission au Yémen. Mais appréciant souverainement les éléments de preuve, les juges du fond ont constaté que l'employeur ne justifiait pas objectivement des raisons pour lesquelles la barbe du salarié aurait constitué, comme il l'avait considéré, une provocation politique et religieuse, ni comment la barbe aurait dû être taillée pour répondre aux impératifs de sécurité invoqués. Dès lors, la Cour de cassation les approuve d'avoir conclu à un licenciement reposant au moins partiellement sur un motif discriminatoire.

- P. Adam, *Du voile à la barbe*, SSL n° 1921, 21 septembre 2020, p. 7.
- B. Bossu, *Port de la barbe et discrimination fondée sur la religion*, JCP S n° 30, 28 juillet 2020, 2092.
- M.-L. Boulanger, J.-O. Marre, *La barbe en entreprise : quelles limites ?*, JSL n° 504, 28 septembre 2020, p. 4.
- S. Cacioppo, E. Putman, *Le seul port de la barbe ne suffit pas à caractériser la manifestation d'opinions religieuses contraire au principe de neutralité du service public*, Rev. jurid. pers. fam. n° 3, 1^{er} mars 2020, p. 23.
- D. Corrignan-Carsin, *Licenciement - L'interdiction du port de la barbe peut être discriminatoire*, JCP G n° 30-35, 27 juillet 2020, 922.
- G. Duchange, *Port d'une barbe : la liberté religieuse confrontée au principe de sécurité*, BJT n° 9, 1^{er} septembre 2020, p. 17.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Droit du travail – avril 2020- septembre 2020*, D. 2020, p. 2312.
- G. Gonzales, *La barbe comme attribut physique neutre ou les dévoiements de la laïcité contenus par le Conseil d'Etat*, JCP G n° 22, 1^{er} juin 2020, 670.
- J. Guilbert, *La neutralité religieuse des agents publics au rasoir d'Ockham*, AJDA 2020, p. 1076.
- S. Hennion, *La manifestation de convictions religieuses et politiques par le port de la barbe en entreprise*, JCP G n° 39, 21 septembre 2020, 1040.

- A.-M. Leroyer, *Comment tailler sa barbe : neutralité religieuse ou discrimination*, RTD civ.2020, p. 858.
- J. Mouly, *Le port de la barbe par un travailleur peut-il être une manifestation de ses convictions religieuses ou politiques ?*, Dr. soc. 2021, p. 232.
- M. Touzeil-Divina, *Au nez et à la barbe des juges du fond, le Conseil d'Etat rappelle (enfin) qu'en soi porter la barbe n'est ni illégal ni contraire au principe de laïcité*, JCP A n° 8, 24 février 2020, act. 109.
- L. Willocx, *Discriminations directes liées à la religion : la barbe !*, RDT 2020, p. 620.
- A. Zarca, *Caractérisation de la religiosité d'une barbe : le salutaire recadrage du Conseil d'Etat*, AJFP 2020, 166.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 715 du 8 juillet 2020 (18-23.743) - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.
- RJS 05/20, n° 227.
- RJS 10/20, n° 452.

▪ Rupture conventionnelle

Remise d'un exemplaire de la convention de rupture : charge de la preuve

Cass. soc. 23 septembre 2020, n°18-25.770, FS+B+P

La Cour de cassation confirme que la remise au salarié d'un exemplaire de la convention de rupture signée des deux parties est une condition de validité de la rupture conventionnelle et précise expressément dans cette décision qu'il appartient à celui qui invoque cette remise d'en apporter la preuve. En pratique, il est donc nécessaire pour l'employeur de s'aménager la preuve de ce que le salarié détient bien un exemplaire par exemple en opérant une remise contre décharge ou en lui faisant apposer et signer une mention spécifique à ce sujet sur son propre exemplaire.

- C. Gamaleu Kameni, *Retour sur les conditions de validité d'une rupture conventionnelle*, LPA n° 243, 4 décembre 2020, p. 19.
- J. Icard, *Confirmation de la nécessité de la remise au salarié d'un exemplaire écrit de la convention de rupture*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2020, p. 19.
- E. Jeansen, *Formalisme de la rupture conventionnelle : un double écrit remis au salarié*, JCP S n° 43, 27 octobre 2020, 3055.

- R. Leroy, P. Pacotte, *Absence de preuve de la remise d'un exemplaire au salarié : cause de nullité*, JSL n° 508, 23 novembre 2020, p. 22.
- L. Malfettes, *Nullité de la rupture conventionnelle en l'absence de remise d'un exemplaire au salarié*, Dalloz Actualité, 6 octobre 2020.
- G. Mégret, *Rupture conventionnelle : le formalisme du double exemplaire*, Gaz. Pal. n° 42, 1^{er} décembre 2020, p. 57.
- FRS 12/20, inf. 12, p. 30.
- RJS 11/20, n° 529.

Nullité de la convention de rupture antidatée

CA Montpellier 8 janvier 2020, n°16/02955

Est nulle la rupture conventionnelle antidatée au 25 février alors que la convention de rupture n'a pu être signée au plus tôt que le 13 mars avec demande d'homologation adressée au Direccte le 18 mars, soit avant expiration du délai de rétractation de 15 jours. En l'espèce, le salarié a pu apporter la preuve de ce que la convention était antidatée grâce au mail que lui avait adressé l'employeur afin qu'il date et signe le formulaire Cerfa qui y était joint. On notera qu'il est indifférent pour la Cour d'appel que le salarié ait signé en connaissance de cause. En revanche, elle admet que le fait pour l'employeur d'avoir sciemment transmis au salarié pour signature une convention manifestement antidatée caractérisait un manquement à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail justifiant de dommages et intérêts supplémentaires à hauteur de 1000 euros.

- Actualités FL, 31 janvier 2020.

Information sur la préparation d'un PSE et vice du consentement

Cass. soc. 6 janvier 2021, n°19-18.549, F-D ; Cass. soc. 17 mars 2021, n°19-25.313, F-D

Le défaut d'information de l'employeur sur un PSE en cours de préparation lors de la conclusion d'une convention de rupture peut caractériser un dol déterminant de la volonté du salarié emportant nullité de la rupture conventionnelle. Toutefois, la preuve de l'existence d'un vice du consentement est à la

charge du salarié et relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Dans la première espèce, il est considéré, contrairement à ce que soutenait l'employeur, que celui-ci ne pouvait ignorer à la date de conclusion de la convention de rupture, qu'un PSE était en préparation et que le poste du salarié serait supprimé dès lors que l'entreprise connaissait des difficultés depuis plusieurs années et qu'elle avait fait procéder à la réalisation d'un audit l'ayant amenée à annoncer, peu de temps avant la signature de la convention de rupture, un plan pour redresser la société, la circonstance tenant à ce que les négociations sur le PSE n'aient été concrètement engagées que deux mois plus tard étant indifférente. Les juges du fond en concluent que l'employeur savait qu'un PSE serait mis en place avec des mesures d'accompagnement dont le salarié aurait pu bénéficier et qu'il lui en a dissimulé l'existence. Or il leur apparaît évident que si le salarié l'avait su, il n'aurait pas conclu la rupture conventionnelle, le PSE lui permettant de bénéficier non seulement d'un congé de reclassement et d'une meilleure indemnisation chômage mais également d'aides à la création ou la reprise d'une entreprise alors qu'il avait pour projet de reprendre une activité artisanale.

En revanche, dans la seconde espèce, les juges du fond écartent tout vice du consentement en s'appuyant d'une part sur la volonté réitérée de la salariée de quitter l'entreprise et d'autre part sur le fait que l'employeur l'avait malgré tout informée durant le délai de rétractation de l'existence d'un PSE en cours de préparation, sans que la salariée ne fasse pour autant usage de sa faculté de rétractation.

- D. Julien-Paturle, *Rupture conventionnelle : c'est au salarié de rapporter la preuve d'un vice du consentement*, JSL n° 519, 3 mai 2021, p. 29.
- F. Joly, *Dissimulation dolosive d'un PSE en cours de préparation et nullité de la rupture conventionnelle*, LEDEN n° 2, Février 2021, p. 7.
- S. Mayoux, *Rupture conventionnelle. Du nouveau en termes de vice du consentement ?*, JSL n° 514, 19 février 2021, p. 4.
- J.-P. Tricoit, *Nullité de la convention de rupture pour dol par dissimulation d'un PSE*, JCP S n° 15, 13 avril 2021, 1101.

• FRS 03/21, inf. 7, p. 13.

▪ Inaptitude médicale

Consultation par téléphone des représentants du personnel sur le reclassement d'un salarié déclaré inapte

Cass. soc. 30 septembre 2020, n°19-13.122, FS-P+B

La Cour de cassation confirme que la consultation préalable des délégués du personnel sur le reclassement d'un salarié déclaré inapte n'obéit à aucun formalisme et admet en l'espèce expressément qu'elle ait pu intervenir de manière individuelle par conférence téléphonique dès lors que chacun des délégués a été consulté et a émis son avis. La solution est sans conteste transposable au CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés. Elle méritera toutefois d'être confirmée dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

- D. Chenu, *Inaptitude – Étendue et sanction de l'obligation de consulter les représentants du personnel sur le reclassement du salarié dont l'inaptitude est d'origine non-professionnelle après la loi n°2016-1088 du 8 août 2016*, JCP E n° 47, 19 novembre 2020, 1490A.
- A. Fabre, *Actualité du licenciement pour motif personnel*, RDT 2020, p. 659.
- P. Lockiec, *Inaptitude, reclassement et maladie d'origine non professionnelle*, Dr. soc. 2021, p. 78.
- L. Malfettes, *Licenciement pour inaptitude non professionnelle et défaut de consultation du comité social et économique*, Dalloz Actualité, 15 décembre 2020.
- FRS 20/20, inf. 12, p. 21.
- RJS 12/20, n° 578.

▪ Procédure de licenciement

Entretien préalable au licenciement par visioconférence ou par téléphone

CA Grenoble 7 janvier 2020, n°17/02442 ; CA Aix-en-Provence 14 février 2020, n°17/10274 CA Versailles 4 juin 2020, n°17/04940

Ces différentes décisions témoignent des hésitations des juges du fond quant à la

faculté de mener l'entretien préalable à distance.

Renvoyant implicitement à un arrêt ancien de la Cour de cassation (Cass. soc. 14 novembre 1991, n°90-44.195), la Cour d'appel d'Aix-en-Provence condamne l'entretien par téléphone au motif qu'il n'est ni autorisé par la loi, ni validé par la jurisprudence. De même la Cour d'appel de Grenoble voit-elle dans l'entretien réalisé par visioconférence une irrégularité de procédure à défaut de dispositions dans le code du travail permettant de déroger au principe d'une rencontre physique.

En revanche, la Cour d'appel de Versailles considère que si l'entretien physique est effectivement le principe, il a pu en l'espèce régulièrement se tenir à distance par téléconférence compte tenu des circonstances (la salariée était expatriée à Dubaï alors que les bureaux de la société se trouvaient à Cergy-Pontoise), dès lors que les droits de la salariée avaient été respectés et qu'elle avait été en mesure de se défendre utilement.

A supposer que l'entretien à distance ne puisse s'envisager comme le fait la Cour d'appel de Versailles que de manière subsidiaire, l'accord des parties semblerait par ailleurs nécessaire.

Dans le contexte actuel d'incertitudes sur la situation sanitaire et de développement des moyens de communication, une réponse claire de la Cour de cassation sur la faculté pour l'employeur d'organiser l'entretien préalable à distance serait la bienvenue. Peut-être le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles lui fournira-t-il l'occasion de se prononcer sur la question.

- C. Franco, S. Sagar, *Organiser un entretien préalable par téléconférence : quelles possibilités pour l'employeur ?*, JSL n° 509-510, 22 décembre 2020, p. 36.
- G. Loiseau, *L'entretien préalable à distance*, BJT n° 10, 1^{er} octobre 2020, p. 10.
- RJS 07/20, n° 345.
- RJS 11/20, n° 535.

Refus d'une sanction emportant modification du contrat : pas d'exigence d'un nouvel entretien préalable au prononcé d'une autre sanction, sauf licenciement

Cass. soc. 25 mars 2020, n°18-11.433, F-S-P+B

La Cour de cassation précise qu'à la suite du refus d'une proposition de sanction emportant modification du contrat (rétrogradation, mise à pied disciplinaire) l'employeur, qui n'a pas épuisé son pouvoir disciplinaire, n'a pas à renouveler l'entretien préalable pour prononcer une nouvelle sanction, sauf s'il s'agit d'un licenciement.

La Cour de cassation reste toutefois silencieuse sur le délai dans lequel doit intervenir cette nouvelle sanction. On sait qu'en cas de licenciement, le délai d'un mois pour notifier la sanction court à compter du second entretien (Cass. soc. 27 mars 2007, n°05-41.921). Mais dès lors qu'un second entretien n'est pas nécessaire pour une sanction autre que le licenciement, doit-on considérer que le délai d'un mois court à compter du refus par le salarié de la sanction emportant modification du contrat ou qu'il court à compter de l'unique entretien ? La question mériterait éclaircissement, le respect du délai d'un mois constituant une condition de validité de la sanction.

- P. Adam, *Sanctions, rétrogradation et discrimination*, RDT 2020, p. 337.
- J. Icard, *Simplification du formalisme de la modification du contrat de travail pour motif disciplinaire*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2020, p. 29.
- J. Jardonnet, *Pas de nouvel entretien préalable en cas de substitution de sanction disciplinaire*, Dalloz Actualité, 22 mai 2020.
- RJS 06/20, n° 284.

Personnalisation des recherches de possibilités de reclassement dans le groupe

L'employeur n'a pas à préciser le profil personnalisé des salariés menacés de licenciement

Cass. soc. 26 février 2020, n°18-23.084, F-D ; Cass. soc. 1^{er} juillet 2020, n°18-24.608 à 18-24.637, F-D ; Cass. soc. 17 mars 2021, n°19-11.114, FS-P+I

Pour le bon respect de son obligation de reclassement préalable à tout licenciement pour motif économique, l'employeur peut être tenu de rechercher les possibilités de reclassement dans les entreprises du groupe auquel il appartiendrait. A cet effet, il lui appartient de solliciter les entreprises du groupe afin de déterminer si elles disposeraient d'emplois disponibles susceptibles d'être proposés aux salariés menacés de licenciement. La jurisprudence impose que la recherche soit suffisamment personnalisée (Cass. soc. 22 octobre 2014, n°13-20.403). Jusqu'à quel point ? Dans les arrêts considérés, la Cour de cassation se montre bien moins exigeante que ne l'avaient été les juges du fond, les uns reprochant à l'employeur de ne pas avoir donné d'informations aux entreprises du groupe sur le profil de chaque salarié menacé de licenciement, ses compétences, ses diplômes et son expérience professionnelle (1^{ère} espèce), les autres de ne pas avoir transmis tout élément sur le parcours de chacun quant aux compétences acquises au sein de la société mais aussi en dehors et aux expériences, ainsi que le curriculum vitae (2^{ème} espèce) ou encore de n'avoir fourni aucune indication concrète relative aux salariés occupant les postes supprimés notamment quant à leur âge, formation, expérience, qualification et ancienneté (3^{ème} espèce).

La Cour de cassation se refuse à adopter une position aussi stricte. Dans l'arrêt du 17 mars 2021, elle énonce clairement que les recherches de postes disponibles dans les sociétés du groupe n'ont pas à être assorties du profil personnalisé des salariés concernés par le reclassement.

Elle admet ainsi que respecte les exigences de l'article L. 1233-4 du code du travail, l'employeur qui adresse :

- la liste des salariés avec indication pour chacun de ces salariés de sa catégorie professionnelle, de l'emploi occupé et de la nature du contrat de travail le liant à la société (1^{ère} espèce) ;

- une lettre comportant un tableau récapitulatif par département de l'entreprise, l'emploi occupé par les salariés à reclasser et

le nombre de salariés concernés pour chacun de ces emplois (2^{ème} espèce) ;

- la liste des emplois supprimés avec pour chacun, l'indication de l'intitulé et de la classification (3^{ème} espèce).

- D. Jacotot, *La personnalisation de la recherche de postes de reclassement*, RPC n° 6, Novembre 2020, comm. 158.
- F. Joly, *Un éclairage précieux sur le degré de précision de la demande de recherche de reclassement*, LEDEN n° 8, Septembre 2020, p. 7.
- J.-P. Lhernould, *La recherche de reclassement dans le groupe est-elle suffisamment personnalisée ?*, JSL n° 506, 16 octobre 2020, p. 13.
- L. Malfettes, *Groupe et obligation de reclassement : quelques (re)précisions*, Dalloz Actualité, 25 mars 2021.
- Y. Pagnerre, *Reclassement dans le groupe : l'employeur n'a pas à préciser le profil des salariés concernés*, JCP S n° 15, 13 avril 2021, 1100.
- RJS 11/20, n° 538.
- FRS 07/21, inf. 10, p. 18.
- RJS 05/21, n° 263.

▪ Droit à la preuve et respect de la vie privée

Le droit à la preuve peut justifier la production en justice d'éléments portant atteinte à la vie privée (extraits d'un compte privé Facebook), sous conditions

Cass. soc. 30 septembre 2020, n°19-12.058, FS-P+B+R+I

Une salariée est licenciée pour faute grave en raison d'un manquement à son obligation de confidentialité à la suite de la publication sur son compte privé Facebook (comptant plus de 200 « amis » professionnels de la mode) d'une photographie de la nouvelle collection de l'entreprise dont la présentation avait été réservée à un cercle restreint de salariés.

La Cour de cassation confirme tout d'abord que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve interdit à l'employeur de recourir à un stratagème pour recueillir une preuve. En l'espèce, il ne pouvait cependant être reproché à l'employeur l'usage d'aucun procédé déloyal, celui-ci ayant obtenu la photographie grâce à une « amie »

autorisée à accéder au compte de la salariée et qui la lui avait spontanément transmise.

La Cour de cassation se détache ensuite de sa jurisprudence antérieure en reconnaissant d'emblée que la production en justice d'éléments tirés du compte privé de la salariée, porte atteinte à sa vie privée. Elle affirme toutefois, notamment sur le fondement des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que le droit à la preuve justifie la production en justice d'éléments portant atteinte à la vie privée dès lors :

- que cette production est indispensable à l'exercice de ce droit et

- que l'atteinte est proportionnée au but recherché.

Tel était le cas en l'espèce, les juges du fond ayant constaté que l'employeur avait produit uniquement la photographie de la collection publiée sur le compte Facebook et le nom de certains destinataires de la publication appartenant au secteur de la mode afin d'établir le grief de divulgation d'une information confidentielle auprès de professionnels susceptibles de travailler dans des entreprises concurrentes dans le but légitime de protéger la confidentialité de ses affaires.

Le manquement de la salariée à l'obligation de confidentialité à laquelle elle était tenue en vertu d'une clause de son contrat de travail étant établi, la légitimité de son licenciement pour faute grave est reconnue.

- P. Adam, *Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux*, Dr. soc. 2021, p. 14.
- O. Bach, S. Micolier-Mijno, *Facebook et le respect du droit à la vie privée du salarié : les limites évoluent !*, FRS 20/20, inf. 16, p. 27.
- S. Cacioppo, E. Putman, *Admission du principe du « droit à la preuve » en contentieux du licenciement*, RJPF n° 11, 1^{er} novembre 2020, p. 24.
- E. A. Caoprioli, *Licéité de la preuve d'une publication Facebook privée*, Comm. com. électr. n° 12, Décembre 2020, comm. 94.
- L. Clément, *Facebook : la conciliation nécessaire du droit à la preuve de l'employeur et du respect de la vie privée du salarié*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 208, 1^{er} novembre 2020, p. 7.

- L. Driguez, *Du contrôle par l'employeur de l'expression des salariés sur la toile*, SSL n° 1933, 14 décembre 2020, p. 7.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Droit du travail – avril 2020- septembre 2020*, D. 2020, p. 2312.
- C. Golhen, *Facebook : droit au respect de la vie privée versus droit à la preuve*, D. 2020, p. 2383.
- G. Haas, M. Torelli, *L'employeur et la preuve par Facebook*, Dalloz IP/IT 2021, p. 56.
- E. Jeuland, *La Cour de cassation réduit le contrôle de proportionnalité en matière de droit à la preuve – Entretien*, SSL n° 1937, 18 janvier 2021, p. 10.
- T. Khan dit Cohen, *La protection de la vie privée à l'épreuve du droit à la preuve*, RDT 2020, p. 753.
- O. Leclerc, C. Mathieu, *Controverse : Quelle vigueur du droit à la preuve en droit du travail ?*, RDT 2020, p. 652.
- C. Lhomond, *Droit à la preuve de l'employeur, loyauté de la preuve et respect de la vie privée « numérique » des salariés : une nouvelle articulation*, RDT 2020, p. 764.
- G. Loiseau, *La preuve par Facebook*, JCP S n° 41, 13 octobre 2020, p. 3042.
- L. Mayer, *Droit au respect de la vie privée ou personnelle du salarié et droit à la preuve de l'employeur : deux illustrations de leur mise en balance*, Gaz. Pal. n° 4, 26 janvier 2021, p. 68.
- S. Mayoux, *La relation tumultueuse entre Facebook, la vie privée du salarié et le droit de la preuve de l'employeur*, JSL n° 507, 9 novembre 2020, p. 4.
- M. Peyronnet, *Facebook : « faux amis », vrai manquement à l'obligation de confidentialité*, Dalloz Actualité, 21 octobre 2020.
- C. Radé, *L'entreprise et la vie privée du salarié*, Dr. soc. 2021, p. 4.
- F. Sfeir, *De la licéité de la preuve afférente à une publication privée sur Facebook*, JCP E n° 52, 24 décembre 2020, 1570.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 779 du 30 septembre 2020 (19-12.058) - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.
- FRS 19/20, inf. 9, p. 24.
- RJS 12/20, n° 573.

l'illicéité d'un moyen de preuve au regard de la loi informatique et libertés n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats

Cass. soc. 25 novembre 2020, n°17-19.523, FS-P+B+R+I

La Chambre sociale de la Cour de cassation poursuit son mouvement de mise en œuvre du droit à la preuve.

En l'espèce, un salarié contestait son licenciement pour faute grave du fait d'une usurpation de données informatiques. Sa faute avait pu être établie à la suite de l'identification de son adresse IP grâce à l'exploitation des fichiers de journalisation qui n'avaient cependant pas fait l'objet d'une déclaration préalable à la CNIL de telle sorte que le salarié contestait la recevabilité de cette preuve qu'il jugeait illicite. La Cour de cassation considère effectivement que les adresses IP sont des données à caractère personnel (ce que confirme le RGPD) et que leur collecte par l'exploitation d'un fichier de journalisation constituait un traitement de données à caractère personnel soumis à déclaration préalable auprès de la CNIL. Cette dernière n'ayant pas été réalisée, le moyen de preuve était bien illicite. Mais prenant en compte la jurisprudence au niveau européen, la Cour de cassation innove en considérant que cette illicéité de la preuve du fait de la violation de la loi 6 janvier 1978 et de l'atteinte à la vie personnelle qui en résulte, n'emporte pas nécessairement son irrecevabilité. Le juge doit apprécier si l'utilisation de cette preuve porte atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble en mettant en balance le droit à la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve. Le cas échéant, la production de cet élément de preuve sera admise à condition qu'elle soit indispensable à l'exercice du droit à la preuve et que l'atteinte à la vie personnelle soit proportionnée au but recherché, ce qu'il appartiendra à la juridiction de renvoi d'apprécier en l'espèce.

- C. Berlaud, *La preuve illicite en droit du travail et l'office du juge*, Gaz. Pal. n° 44, 15 décembre 2020, p. 41.
- B. Bossu, *Virage de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la recevabilité d'une preuve illicite*, JCP S n° 5, 2 février 2021, 1032.
- G. Cattalano, *La preuve obtenue de façon illicite n'est pas nécessairement irrecevable*, LEDC n° 2, 5 février 2021, p. 1.
- A. Debet, *La preuve de la faute d'un salarié par un traitement de données non déclaré à la CNIL peut être admise après un contrôle de proportionnalité*, Comm. com. électr. n° 1, Janvier 2021, comm. 7.

- G. Duchange, *Absence de déclaration à la CNIL : une preuve illicite peut être recevable (ou pas)*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2021, p. 20.
- C. Martin, *Un arrêt classique sur les données personnelles et plus souple sur les moyens de preuve – Entretien*, SSL n° 1932, 7 décembre 2020, p. 19.
- L. Mayer, *Droit au respect de la vie privée ou personnelle du salarié et droit à la preuve de l'employeur : deux illustrations de leur mise en balance*, Gaz. Pal. n° 4, 26 janvier 2021, p. 68.
- S. Mraouahi, *Preuve et protection des données personnelles : l'illicéité n'emporte pas toujours l'irrecevabilité*, RDT 2021, p. 199.
- H. Nasom-Tissandier, *La recevabilité de la preuve illicite : application à l'adresse IP et aux fichiers de journalisation non déclarés à la CNIL*, JSL n° 511, 12 janvier 2021, p. 14.
- N. Trassoudaine-Verger, *La preuve et la protection des données : nouvelle orientation donnée par la Cour de cassation, Avis complémentaire après consultation de la Commission nationale Informatique et libertés (CNIL)*, Dr. soc. 2021, p. 21.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 1119 du 25 novembre 2020 (17-19.523) - Chambre sociale, www.courdecassation.fr
- FRS 01/21, inf. 17, p. 27.
- RJS 02/21, n° 64.

Mesures d'instruction *in futurum*, droit à la preuve et données personnelles de salariés

Cass. soc. 16 décembre 2020, n°19-17.637, F-P+B ; Cass. soc. 16 mars 2021, n°19-21.063, F-P

L'employeur peut être contraint par le juge des référés sous astreinte de communiquer à un salarié qui l'aura sollicité à cet effet sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, des documents comportant des informations personnelles relatives à d'autres salariés. Cette procédure est souvent mobilisée par des salariés s'estimant victimes de discrimination et qui tendent ainsi à obtenir communication d'informations détenues par le seul employeur et nécessaires à une évaluation de leur situation au regard de celle d'autres salariés placés dans une situation comparable. Tel était le cas dans les deux arrêts considérés. Dans le premier, le juge des référés avait débouté une trentaine de salariés de leur

demande en considérant que s'ils justifiaient bien d'un motif légitime à obtenir la communication d'informations dans la perspective de pouvoir faire reconnaître une discrimination syndicale, leur demande, qui portait sur des milliers de documents, excédait les prévisions de l'article 145 du code de procédure civile. Leur décision est toutefois censurée par la Cour de cassation qui, après avoir rappelé que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but recherché, reproche au juge d'avoir purement et simplement rejeté leur demande sans vérifier quelles mesures étaient indispensables à la protection de leur droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, quitte à restreindre si nécessaire le périmètre des pièces à produire.

Dans la seconde affaire, une salariée afin de pouvoir établir une discrimination salariale en raison de son sexe, avait obtenu du juge des référés que soit ordonnée à l'employeur sous astreinte la communication de pièces relatives à la situation salariale de dix collègues hommes de manière non anonymisée. L'employeur avait communiqué les pièces demandées pour 5 d'entre eux après avoir obtenu leur accord mais n'avait transmis que des données anonymisées concernant les 5 autres salariés qui lui avaient opposé un refus. Le juge avait approuvé la démarche de l'employeur et considéré qu'il n'y avait pas lieu à liquidation de l'astreinte dans la mesure où l'employeur était légitime à demander l'autorisation des salariés concernés et à ne produire, face à leur refus, que des pièces anonymisées, le bulletin de paie comportant des données personnelles. Outre que les informations à communiquer ne portaient pas sur l'intégralité des données figurant dans le bulletin de paie, la Cour de cassation censure sa décision pour ne pas avoir recherché, comme il y était invité, si la communication d'informations non anonymisées n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi.

Ces décisions témoignent de la nécessité pour l'employeur confronté à une demande de communication de documents sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile d'immédiatement faire valoir l'exigence de proportionnalité entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie privée afin que le juge des référés se positionne clairement sur la question ainsi que sur l'étendue des pièces à produire, et de se prémunir contre une éventuelle action en dommages et intérêts pour atteinte à la leur vie privée des salariés dont les données les concernant auront dû être transmises.

- B. Bossu, *Droit à la preuve et production d'informations non anonymisées*, JCP S n° 16-17, 20 avril 2021, 1111.
- C.-A. Donzel, *Droit à la preuve et respect de la vie privée : un subtil exercice de recherche de proportionnalité* pour l'employeur, JSL n° 519, 3 mai 2021, p. 10.
- J.-Y. Kerbourc'h, *Discrimination syndicale : droit « à la preuve » et principe de proportionnalité*, JCP S n° 6, 9 février 2021, 1036.
- S. Riancho, *Harcèlement moral et discrimination : quelle implication pour les personnes concernées par une preuve recherchée ?*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2021, p. 21.
- RJS 03/21, n° 135.

▪ Enquête interne

Enquête interne et respect de la vie privée

CE 2 mars 2020, n°418640

Lorsqu'un employeur diligente une enquête interne visant un salarié protégé à propos de faits venus à sa connaissance et mettant en cause ce salarié, les investigations menées dans ce cadre doivent être justifiées et proportionnées par rapport aux faits qui sont à l'origine de l'enquête et ne sauraient porter d'atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie privée. Porte ainsi une atteinte excessive à la vie privée du salarié l'établissement bancaire qui consulte à l'insu du salarié protégé son compte bancaire personnel (mettant à jour des détournements de fonds) alors que les faits à l'origine du déclenchement de l'enquête ne nécessitaient

que de vérifier si ledit salarié avait consulté le compte d'un client.

- C. Barrois De Sarigny, *Enquête diligentée par un employeur et respect de la vie privée d'un salarié*, Gaz. Pal. n° 18, 12 mai 2020, p. 31.
- A. Cerf-Hollender, *L'enquête interne patronale vue par le Conseil d'Etat*, RSC 2020, p. 339.
- F. Dieu, *les mesures de surveillance d'un salarié au regard du droit au respect de la vie privée*, SSL n° 1916, 13 juillet 2020, p. 9.
- J. Jardonnet, *Respect de la vie privée : la preuve illicite d'un détournement de fonds*, Dalloz Actualité 4 mai 2020.
- Y. Pagnerre, *Enquête interne visant un salarié protégé : du nécessaire respect de la vie privée*, JCP S n° 24, 16 juin 2020, 2051.
- RJS 05/20, n° 245.

Enquête après signalement de faits de harcèlement : le salarié mis en cause n'a pas nécessairement à être informé ni entendu

Cass. soc. 17 mars 2021, n°18-25.597, FS-P+I

A la suite d'une alerte des délégués du personnel, un employeur missionne un cabinet externe avec l'accord de ces derniers pour enquêter sur les faits de harcèlement attribués à une salariée. A cet effet, le cabinet procède à des entretiens sans toutefois que la salariée considérée n'en soit informée ni entendue. Contestant son licenciement pour faute grave, la salariée demande à ce que le compte-rendu de l'enquête soit écarté des débats. La Cour d'appel, sur le fondement de l'article L. 1224-2 du code du travail et de l'obligation de loyauté, juge le moyen de preuve illicite, à défaut pour la salariée d'avoir été préalablement informée de l'enquête menée par un tiers, ou à tout le moins d'y avoir été associée. Ce faisant, la Cour d'appel s'appuyait implicitement sur un arrêt de la Cour de cassation rendue dans le cadre d'un audit confié à un tiers pour contrôler l'activité d'un salarié (Cass. soc. 26 janv. 2016, n°14-19.002). La Cour de cassation refuse cependant de transposer cette jurisprudence à l'hypothèse d'une enquête intervenant à la suite du signalement d'actes de harcèlement et destinée à recueillir des témoignages sur le comportement qu'a pu avoir le salarié mis en

cause. Elle énonce en effet que l'article L. 1224-2 du code du travail ne s'applique pas à une enquête effectuée au sein d'une entreprise à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement moral et que celle-ci ne constitue pas une preuve déloyale comme issue d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié.

- P. Adam, *De l'enquête à la sanction*, SSL n° 1949, 12 avril 2021, p. 4.
- V. Armillei, P. Lagesse, *Enquête interne en cas de harcèlement : de nouvelles marges de manœuvre pour les entreprises ?*, SSL n° 1949, 12 avril 2021, p. 9.
- D. Corrigan-Carsin, *Validité d'une enquête menée sans information ni audition du salarié suspecté de harcèlement moral*, JCP G n° 14, 6 avril 2021, 376.
- F. de Saint-Sernin, *L'enquête pour harcèlement peut-elle désormais intervenir à l'insu du supposé harceleur ?*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 214, 1^{er} mai 2021, p. 4.
- M. Hautefort, *Comment conjuguer répression du harcèlement et loyauté de la preuve ?*, JSL n° 518, 20 avril 2021, p. 4.
- M. Peyronnet, *Une enquête secrète sur des faits de harcèlement n'est pas un mode de preuve déloyal*, Dalloz Actualité 30 mars 2021.
- S. Riancho, *Harcèlement moral et discrimination : quelle implication pour les personnes concernées par une preuve recherchée ?*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2021, p. 21.
- RJS 05/21, n° 250.

Bon à savoir

▪ Frais d'entreprise

Conditions d'une analyse du remboursement de frais de repas lors de soirées entre collaborateurs en frais d'entreprise exclus de l'assiette des cotisations

Cass. 2ème civ. 8 octobre 2020, n°19-16.898, F-P+B+I

La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré, en se référant à la circulaire interministérielle du 7 janvier 2003 relative aux frais d'entreprise, que les frais engagés par les salariés lors de soirées entre collaborateurs organisées le soir en semaine trois fois par an constituent des frais d'entreprise exclus de l'assiette des cotisations.

Reprenant les conditions posées par ladite circulaire, les juges du fond ont donc à juste titre estimé que ces repas :

- avaient un caractère exceptionnel dans la mesure où ils n'avaient lieu que trois fois par an, ce critère n'impliquant pas nécessairement une irrégularité comme le soutenait l'Urssaf ;
- sortaient du cadre de l'exercice normal de l'activité des salariés, étant organisés le soir en semaine en dehors du temps de travail ;
- étaient réalisés dans l'intérêt de l'entreprise, et bien justifiés par la mise en œuvre des techniques de direction, d'organisation ou de gestion de l'entreprise et le développement de sa politique commerciale dès lors que les conjoints en étaient exclus, et qu'ils constituaient en réalité un moment d'échanges permettant de renforcer la cohésion des collaborateurs et de favoriser une réflexion sur les méthodes de travail, peu important qu'aucun thème de discussion ne soit préalablement déterminé ni qu'aucun rapport ne soit exigé à leur issue ni même que la participation des salariés ne soit pas obligatoire.

• D. Asquinazi-Bailleux, *Redressement de cotisations : preuve de leur paiement, reconnaissance de frais d'entreprise, paiement*

direct de place en crèche, BJT n° 12, 1^{er} décembre 2020, p. 52.

• C. Berlaud, *Assiette des cotisations URSSAF : contrôle et charge de la preuve*, Gaz. Pal. n° 40, 17 novembre 2020, p. 36.

• E. Jeansen, *Quelques motifs de redressement : frais d'entreprise, aide financière à destination des crèches, preuve du paiement des cotisations*, JCP S n° 45, 10 novembre 2020, 3072.

• G. Marie, *Exonération de frais de « soirées d'équipe » et preuve du paiement des cotisations*, Lamy Actualités du droit, 21 octobre 2020.

• G. Vachet, *Les frais d'entreprise : une notion imprécise*, JCP E n° 1, 7 janvier 2021, 1004.

• FRS 20/20, inf. 7, p. 14.

• RJS 12/20, n° 618.

▪ Droit à réintégration du salarié

Conséquences d'une demande de réintégration tardive abusive

Cass. soc. 22 janvier 2020, n°17-31.158, FS-P+B ; Cass. soc. 13 janvier 2021, n°19-14.050, FS-P+I

La Cour de cassation transpose aux cas de nullité du licenciement de salariés ordinaires une solution précédemment dégagée en matière de licenciement de représentants du personnel au mépris de leur statut protecteur (Cass. soc. 7 novembre 2018, n°17-14.716).

Le premier arrêt précise en effet que la demande de réintégration présentée tardivement par le salarié de façon abusive emporte limitation de son droit à indemnité d'éviction. Le salarié ne peut prétendre qu'à la rémunération qu'il aurait perçue du jour de sa demande de réintégration à celui de sa réintégration effective (et non pas à compter du jour de son éviction illicite).

Une demande tardive ne suffit donc pas à emporter réduction du montant de l'indemnité d'éviction. Encore faut-il que le retard soit abusif. C'est précisément pour ne pas avoir examiné le moyen de l'employeur tendant à faire reconnaître un tel abus que la décision de la Cour d'appel est censurée dans le second arrêt. Il reviendra ainsi à la Cour

d'appel de renvoi de déterminer si la demande du salarié formée en l'espèce après plus de 4 années de procédure présentait un caractère abusif.

- A. Barège, *Annulation d'une mise à la retraite : conséquences d'une demande de réintégration demandée tardivement*, JCP S n° 11, 17 mars 2020, 1072.
- L. de Montvalon, *Les conséquences d'une demande tardive de réintégration en cas de licenciement nul*, Dalloz Actualité, 4 février 2021.
- D. J.-P., *Indemnisation d'un salarié dont la mise à la retraite est jugée discriminatoire et qui ne peut être réintégré du fait de l'atteinte d'une limite d'âge*, JSL n° 494, 23 mars 2020, p. 28.
- J. Icard, *Les limitations de l'indemnisation due au titre d'une mise à la retraite discriminatoire*, BJT n° 3, 1^{er} mars 2020, p. 16 ; *Limitations de l'indemnité d'éviction en cas de demande tardive de réintégration*, BJT n° 2, 1^{er} février 2021, p. 13.
- J.-Y. Kerbourc'h, *Indemnisation réduite en cas de demande tardive de réintégration pour licenciement nul*, JCP S n° 6, 9 février 2021, 1034.
- J.-P. Lhernould, *Des conséquences de la demande tardive de réintégration d'un salarié ordinaire dont le licenciement est nul*, JSL n° 514, 19 février 2021, p. 15.
- J. Mouly, *Nullité du licenciement : en cas de demande de réintégration abusivement tardive, les dommages-intérêts ne sont dus qu'à compter de cette demande*, Dr. soc. 2021, p. 274.
- RJS 04/20, n° 177.
- RJS 04/21, n° 210.

▪ Inaptitude médicale

Etendue de l'obligation d'énoncer par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement du salarié inapte

Cass. soc. 24 mars 2021, n° 19-21.263, FS-P+I

L'article L. 1226-12 du code du travail impose à l'employeur dans l'impossibilité de reclasser sur un emploi le salarié ayant fait l'objet d'une déclaration d'inaptitude professionnelle d'énoncer par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement. A défaut, il s'expose à une condamnation à dommages et intérêts au profit du salarié.

La Cour de cassation énonce dans le présent arrêt que l'employeur n'est pas tenu de cette obligation lorsqu'il a proposé un emploi dans

les conditions prévues à l'article L. 1226-10 du code du travail (emploi approprié aux capacités du salarié, conforme aux conclusions écrites du médecin du travail et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé), et que le salarié l'a refusé.

Rien ne s'oppose à ce que la solution soit étendue aux cas d'inaptitude non professionnelle (arts. L. 1226-2-1 C. trav. et art. L. 1226-2 C. trav.).

- J.-P. Lhernould, *L'employeur a l'obligation de faire connaître les motifs s'opposant au reclassement... sauf dans un cas*, JSL n° 520, 14 mai 2021, p. 11.
- L. Malfettes, *Inaptitude : précision sur la motivation en cas d'impossibilité de reclassement*, Dalloz Actualité, 16 avril 2021.
- S. Riancho, *Inaptitude : précisions quant au contrôle judiciaire de l'avis du médecin du travail, et exclusion (circonscrite) de l'obligation pour l'employeur de faire connaître les motifs s'opposant au reclassement*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2021, p. 16.
- FRS 08/21, inf. 14, p. 36.

▪ Faute inexcusable de l'employeur

L'obligation de sécurité de l'employeur a un fondement légal, y compris en droit de la sécurité sociale

Cass. 2^e civ. 8 octobre 2020, n° 18-25.021, FS-P+B+I ; Cass. 2^e civ. 8 octobre 2020, n° 18-26.677, FS-P+B+I ; Cass. 2^e civ. 8 octobre 2020, n° 19-20.926, F-D

La 2^eme chambre civile de la Cour de cassation abandonne toute référence à une obligation de sécurité de résultat source de confusions et donne, à l'instar de la Chambre sociale, un fondement légal à l'obligation de sécurité de l'employeur en énonçant au visa des articles L. 452-1 du code de la sécurité sociale et des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail que le manquement à l'obligation légale de sécurité et de protection de la santé à laquelle l'employeur est tenu envers le travailleur a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel

était soumis le travailleur et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. Il n'est pas certain que cette évolution change considérablement la donne. Si à l'avenir le lien entre la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur et le manquement de celui-ci à l'une des obligations prescrites par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 C. trav. devraient davantage être mis en lumière dans les décisions, un tel lien était déjà opéré par les juges. Le salarié doit par ailleurs toujours prouver que l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires. Et la jurisprudence admettait déjà, même si les illustrations en ce sens sont peu nombreuses, que la faute inexcusable ne pouvait être reconnue lorsque l'employeur, bien qu'ayant ou ayant dû avoir conscience du danger, avait bien pris les mesures de prévention nécessaires (voir not. Cass. 2^{ème} civ. 19 sept. 2013, n°12-21.806), ce que confirme d'ailleurs la 2^{ème} Chambre civile dans le troisième arrêt du 8 octobre 2020 (n° 19-20.926) davantage passé inaperçu.

- D. Asquinazi-Bailleux, *La faute inexcusable de l'employeur perd son fondement contractuel*, JCP S n° 45, 10 novembre 2020, 3070.
- L. de Montvalon, *Réflexions à propos de la redéfinition de l'obligation de sécurité en droit de la sécurité sociale*, RDT 2021, p. 67.
- M. Hautefort, *Le manquement à l'obligation de sécurité de résultat entraîne la faute inexcusable*, JSL n° 511, 12 janvier 2021, p. 18.
- M. Keim-Bagot, *Agression physique et faute inexcusable : redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le droit de la sécurité sociale*, JCP S n° 45, 10 novembre 2020, 3071 ; *Redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur en droit de la sécurité sociale*, BJT n° 12, 1^{er} décembre 2020, p. 47.
- T. Lorin, T. Roussellet, *Redéfinition de la faute inexcusable : quel impact sur les futurs contentieux ?*, JSL n° 517, 5 avril 2021, p. 4.
- L. Willocx, *L'obligation de sécurité selon la deuxième chambre civile de la Cour de cassation*, SSL n° 1930, 23 novembre 2020, p. 18.
- FRS 21/20, inf. 14, p. 31.
- RJS 12/20, n° 624.

Fait de la vie personnelle se rattachant à la vie professionnelle = faute du salarié

Cass. soc. 8 juillet 2020, n°18-18.317, FS-P+B

En principe, un fait commis par un salarié dans le cadre de sa vie personnelle ne peut constituer une faute et légitimer une sanction de l'employeur. Il en va toutefois différemment si les faits commis hors du temps et du lieu de travail se rattachent à la vie professionnelle du salarié. La jurisprudence offre ponctuellement des illustrations de l'utilisation par le juge de la notion de faits se rattachant à la vie professionnelle pour reconnaître une faute. Il est toutefois peu fréquent que ces décisions soient publiées au Bulletin. Au cas présent, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré que le vol commis par un steward durant une escale au détriment d'un client de l'hôtel dans lequel logeait le salarié aux frais de l'employeur, se rattachait à sa vie professionnelle. Le fait que le vol ait été commis chez un partenaire commercial de l'entreprise, qui de ce fait s'était immédiatement tourné vers l'employeur pour lui signaler le vol et que la victime ait accepté de ne pas déposer plainte contre le salarié à la suite de l'intervention de l'employeur, a emporté la conviction des juges.

- B. Dabosville, *Vie personnelle du salarié et droit disciplinaire : la forteresse menace ruine*, RDT 2020, p. 611.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Droit du travail – avril 2020- septembre 2020*, D. 2020, p. 2312.
- J. Icard, *Le rattachement à la vie professionnelle, critère d'application du pouvoir disciplinaire aux faits tirés de la vie personnelle*, BJT n° 9, 1^{er} septembre 2020, p. 18.
- J.-P. Lhernould, *Commencer un vol pendant une période de repos peut constituer une faute grave*, JSL n° 504, 28 septembre 2020, p. 16.
- G. Loiseau, *Le licenciement pour un fait se rattachant à la vie professionnelle*, JCP S n° 37, 15 septembre 2020, 3011.
- L. Malfettes, *Pouvoir disciplinaire : précisions sur le rattachement à la vie professionnelle*, Dalloz Actualité, 9 septembre 2020.
- J. Mouly, *Licenciement et vie privée : la réactivation de la notion de rattachement à la vie professionnelle ?*, Dr. soc. 2020, p. 961.
- C. Radé, *L'entreprise et la vie privée du salarié*, Dr. soc. 2021, p. 4.
- FRS 15/20, inf. 7, p. 13.

• RJS 10/20, n° 450.

▪ **Projet de restructuration avec PSE**

Incompétence du juge judiciaire à suspendre en référé un projet de restructuration avec PSE du fait de l'irrégularité de la procédure consultative

Cass. soc., 30 sept. 2020, n°19-13.714, FS-P+B+I

Dans la mesure où toute contestation relative à la légalité de la procédure ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision d'homologation ou de validation de l'autorité administrative (art. L. 1235-7-1 C. trav.), la Cour de cassation exclut sans surprise la compétence du juge judiciaire en référé pour suspendre un projet de restructuration avec PSE du fait que sa mise en œuvre était incompatible avec les délais de consultation du CSE. Ce dernier ne pouvait, en cours de procédure, que demander au Direccte (devenu Dreetts depuis le 1^{er} avril 2021) d'enjoindre à l'employeur de suspendre son projet jusqu'à consultation régulière des représentants du personnel, demande à laquelle au demeurant avait accédé en l'espèce le Direccte. Toutefois, cette injonction n'avait porté que sur les mesures du projet à venir. L'autorité administrative ne s'était pas reconnue compétente pour ordonner la suspension d'une décision déjà réalisée par l'employeur et résidant en l'espèce dans le commencement de la mise en œuvre par l'employeur de son projet avec la fermeture d'un magasin au mépris des droits à consultation du comité. Et puisque le juge judiciaire ne peut lui-même intervenir, doit-on admettre qu'aucune suspension de la fermeture ne pouvait alors être ordonnée malgré la violation du droit à consultation du comité ? Si la réponse à cette question reste quelque peu incertaine, il ne fait pas de doute que l'employeur qui adopterait un tel comportement s'exposerait de manière quasi certaine à un refus du Dreetts de délivrer l'homologation ou de la validation pourtant nécessaire à la validité des licenciements.

- A. Bugada, *Compétence administrative pour le contentieux préalable à la demande de validation du PSE*, JCP S n° 46, 17 novembre 2020, 3080.
- F. Champeaux, *Les compétences respectives du juge administratif et du juge judiciaire en matière de PSE*, SSL n° 1928, 9 novembre 2020, p. 11.
- M. Galy, *PSE et compétence juridictionnelle : la vaine recherche d'une clé de répartition du contentieux*. Dr. soc. 2021, p. 327.
- M. Hautefort, *Licenciement avec PSE : toute tentative de faire suspendre la procédure par le juge est vaine*, JSL n° 508, 23 novembre 2020, p. 10.
- J.-J. Jarry, J. Tournaire, *Mise en œuvre anticipée du projet de réorganisation et pouvoir d'astreinte du juge judiciaire : une interdiction absolue en matière de plan de sauvegarde de l'emploi*, JCP E n° 49, 3 décembre 2020, 1518.
- V. Orif, *Encore et toujours la répartition de compétence entre le juge judiciaire et le juge administratif en matière de PSE*, BJT n° 2, 1^{er} février 2021, p. 40.
- FRS 19/20, inf. 18, p. 40.
- RJS 12/20, n° 588.

Incompétence du juge judiciaire à connaître en référé d'une demande de suspension du projet ayant pour objet ou pour effet de compromettre la santé des travailleurs

T. confl., 8 juin 2020, n° C4189

Soucieux d'éviter toute interférence du juge judiciaire durant la phase de consultation sur le projet de restructuration avec PSE jusqu'à décision d'homologation et/ou de validation du Direccte (devenu Dreetts depuis le 1^{er} avril 2021), le Tribunal des conflits admet qu'il appartient à la seule autorité administrative de vérifier le respect, par l'employeur, de ses obligations en matière de prévention des risques pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs s'agissant d'un projet de réorganisation donnant lieu à PSE. Il dénie dès lors toute compétence du juge judiciaire à connaître en référé d'une demande de suspension du projet fondée sur l'insuffisance de l'identification des risques et des mesures de prévention.

Le respect par l'employeur de son obligation de prévention des risques professionnels relève donc dorénavant du contrôle du Dreetts

dans le cadre de la demande d'homologation ou de validation. En pratique, il devient ainsi l'un des points de discussion préalable avec l'autorité administrative pour l'obtention d'une décision favorable.

Ne restent aux représentants du personnel qui estimeraient que l'employeur n'a pas correctement pris en compte les conséquences du projet sur la santé des travailleurs que la voie de la demande d'injonction au Drees, ou le cas échéant, de la contestation devant le juge administratif de la décision d'homologation ou de validation néanmoins délivrée.

Le juge judiciaire retrouve cependant sa pleine compétence une fois le projet mis en œuvre, ou si les risques pour lesquels les mesures de prévention font défaut sont sans lien avec le projet de restructuration.

- A. Bugada, *Obligation de sécurité et plan de sauvegarde de l'emploi : résolution du conflit de compétence*, JCP S n° 29, 21 juillet 2020, 2087.
- G. Duchange, *Obligation de sécurité, transfert d'entreprise : précisions sur l'office du juge du plan de sauvegarde de l'emploi*, BJT n° 9, 1^{er} septembre 2020, p. 23.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Droit du travail – avril 2020- septembre 2020*, D. 2020, p. 2312.
- H. Nasom-Tissandier, *PSE et RPS : la reconnaissance de la compétence du juge administratif*, JSL n° 503, 14 septembre 2020, p. 28.
- V. Orif, *Litiges liés aux risques psychosociaux en relation avec un plan de sauvegarde de l'emploi : clarification de la répartition des compétences*, Gaz. Pal. n° 38, 3 novembre 2020, p. 50.
- C. Pietralunga, *PSE : compétence du juge administratif pour les contentieux sur l'insuffisance des mesures d'évaluation et de prévention des risques*, Lamy Actualités du droit, 9 juillet 2020.
- N. Polge, *Le contrôle par l'administration des mesures de prévention dans le cadre du PSE*, SSL n° 1915, 6 juillet 2020, p. 4.
- V. Roulet, *Compétence du juge administratif en matière de santé à l'occasion d'un plan de sauvegarde de l'emploi*, Gaz. Pal. n° 30, 8 septembre 2020, p. 63.
- A. Stocki, Y. Tarasewicz, *Risques psychosociaux et PSE : le tribunal des conflits a tranché !*, SSL n°1913, 22 juin 2020, p. 9.
- FRS 13/20, inf. 14, p. 26.
- RJS 08-09/20, n° 415.

Indemnisation du salarié licencié à la suite de l'annulation de la décision de validation fautive pour l'accord de remplir les conditions de validité d'un accord collectif majoritaire

Cass. soc. 13 janvier 2021, n°19-12.522, FS-P+I; TA Cergy-Pontoise 16 juin 2020, n°1707765

Cet arrêt de la Cour de cassation constitue la suite de l'affaire « Pages jaunes » dans lequel le Conseil d'Etat avait approuvé l'annulation de la décision de validation par le Direccte d'un accord collectif ne remplissant pas le critère majoritaire du fait de sa signature par le représentant d'un syndicat n'ayant pas en réalité la qualité de délégué syndical (CE 22 juillet 2015, n°385668). Les salariés licenciés avaient ensuite massivement agi devant le juge prud'homal à des fins d'indemnisation. La Cour d'appel avait cru pouvoir appliquer la sanction de nullité des licenciements (arts. L. 1235-10 et L. 1235-11 C. trav.) fautive d'accord collectif valable qu'elle avait assimilée à une absence de PSE. La Cour de cassation sanctionne ce raisonnement : l'annulation de la décision de validation ne reposant pas sur un motif tiré d'une absence ou d'une insuffisance du PSE mais sur un motif autre résidant dans le non-respect des conditions de validité de l'accord majoritaire, l'application de l'article L. 1235-11 du code du travail doit être écartée au profit de celle de l'article L. 1235-16 du code du travail. Les salariés ne peuvent donc pas prétendre à la nullité de leur licenciement mais uniquement à une indemnité d'au moins 6 mois de salaire.

L'affaire « Pages jaunes » a connu un autre prolongement. A la suite des multiples condamnations par le juge prud'homal, la société s'est en effet retournée contre l'Etat en faisant valoir la validation fautive du Direccte dans le but d'être indemnisée du préjudice subi à hauteur des condamnations dont elle avait fait l'objet. Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, considérant que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée que pour faute lourde, exclue en l'espèce, a rejeté sa demande. Cette position, est discutée par une partie de la doctrine qui

défend l'application d'un régime de responsabilité fondée sur une faute simple. Au regard des enjeux financiers, un positionnement du Conseil d'Etat sur la question serait le bienvenu.

- S. Brotons, *Responsabilité de l'État en cas de validation illégale d'un PSE*, SSL n° 1927, 2 novembre 2020, p. 12.
- H. Cavat, *Le champ de la nullité de la procédure de licenciement amputé ?*, RDT 2021, p. 193.
- Q. Chatelier, *Transparence financière : la défaillance du syndicat et l'accord « PSE »*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2021, p. 26.
- L. de Montvalon, *Conséquences de l'annulation de la validation d'un accord de PSE non majoritaire*, Dalloz Actualité, 8 février 2021.
- G. Duchange, *Abus (du droit de rompre), inexistence (du PSE) : le droit civil au secours du salarié licencié ?*, BJT n° 2, 1^{er} février 2021, p. 14.
- C. Garnier, *Responsabilité du fait de l'illégalité de la validation d'un plan de sauvegarde de l'emploi*, AJDA 2020, p. 2332.
- F. Géa, *Un accord collectif minoritaire peut-il instituer un PSE ?*, RDT 2021, p. 183.
- M. Hautefort, *Accord sur le PSE validé puis annulé pour erreur de droit : quelles conséquences ?*, JSL n° 515, 4 mars 2021, p. 12.
- L. Urbani-Schwartz, L. Vincent-Carrière, *Seule l'absence ou l'insuffisance du PSE entraîne la nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique*, JCP S n° 5, 2 Février 2021, 1029.
- FRS 03/21, inf. 6, p. 11.
- RJS 03/21, n° 142.

▪ Harcèlement sexuel

Limites à l'obligation de prévention du harcèlement sexuel

Cass. soc. 14 octobre 2020, n°19-13.168, F-D

Il ne peut être reproché à l'employeur de ne pas avoir mis en œuvre son obligation de prévention du harcèlement sexuel dès lors que les faits de harcèlement sexuel, pour lesquels des investigations pénales étaient toujours en cours, auraient été commis par un collègue de travail en dehors de l'entreprise et du temps de travail sans que la salariée n'en ait informé l'employeur. Doit donc être déboutée la salariée de sa demande de dommages et intérêts sur ce fondement.

- FRS 21/20, inf. 19, p. 47.

Tenir des propos dégradants à caractère sexuel constitue une faute grave

Cass. soc. 27 mai 2020, n°18-21.877, F-D

Pour la Chambre sociale de la Cour de cassation, le fait de tenir des propos dégradants à caractère sexuel à l'encontre d'une collègue est de nature à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Les juges du fond ne pouvaient dès lors condamner pour licenciement injustifié l'employeur qui avait procédé au licenciement du salarié pour faute grave, peu important l'ancienneté et l'absence d'antécédent judiciaire de ce dernier.

- N. Farzam, C. Rodriguez, *Propos dégradants à caractère sexuel : la faute grave semble automatique*, JSL n° 503, 14 septembre 2020, p. 25.
- RJS 07/20, n° 344.

▪ Licenciement pour avoir relaté des faits de harcèlement ou de discrimination

Mauvaise foi du salarié dénonçant des faits de harcèlement ou de discrimination

Cass. soc. 16 septembre 2020, n°18-26.696, F-P+B ; Cass. soc. 13 janvier 2011, n°19-21.138 ; F-P+B

L'employeur ne peut licencier un salarié (ou le mettre d'office à la retraite : Cass. soc. 8 janvier 2020, n°18-21.355), pour avoir relaté des faits de harcèlement, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis. Le principe, bien connu, est rappelé dans le premier arrêt et est étendu à la dénonciation de faits de discrimination dans le second (arts. L. 1152-2 et L. 1152-3 C. trav.). Dans les deux affaires, la mauvaise foi du salarié est retenue, celle-ci se déduisant dans la première espèce de son comportement totalement contradictoire, et dans la seconde,

de l'enchaînement des circonstances, le désengagement du salarié et sa volonté de quitter l'entreprise dans des conditions avantageuses coïncidant avec ses accusations de discrimination.

L'arrêt du 16 septembre 2020 est de plus l'occasion pour la Cour de cassation de préciser, en réponse à l'argumentation de l'employeur, que la mention de la mauvaise foi du salarié n'a pas à expressément figurer dans la lettre de licenciement pour pouvoir être invoquée devant le juge. En l'espèce, la lettre de licenciement faisait état d'accusations de harcèlement « (dont vous semblez vous même, dans certains de vos écrits, douter de leur caractère approprié à la situation) sont des accusations graves, de surcroît sans aucun fondement ni lien avec la réalité des faits qu'il convient de ne pas utiliser de manière inconsidérée ».

- P. Adam, *Le mensonge (vraisemblable) du dénonciateur*, Dr. soc. 2021, p. 365.
- S. Brissy, *Mauvaise foi du salarié dénonçant des faits de discrimination*, JCP S n° 10, 9 mars 2021, 1066.
- F. Champeaux, *Quand la dénonciation du harcèlement n'est que mauvaise foi*, SSL n° 1922, 28 septembre 2020, p. 14.
- D. Chenu, *De la protection du lanceur d'alerte dans le cas où les faits révélés s'avèrent faux*, JCP S n° 40, 6 octobre 2020, 3031.
- H. de Brier, *Dénonciation du harcèlement moral et mauvaise foi du salarié : rappel des règles applicables*, Gaz. Pal. n° 42, 1^{er} décembre 2020, p. 56.
- C. Dechristé, *Harcèlement moral, mauvaise foi du salarié et fixation des termes du litige*, Dalloz Actualité, 15 octobre 2020.
- M. Hautefort, *Harcèlement moral : pas de protection pour les menteurs*, JSL n° 507, 9 novembre 2020, p. 11.
- J. Icard, *La protection du dénonciateur de faits de harcèlement moral cesse en cas de mauvaise foi*, BJT n° 10, 1^{er} octobre 2020, p. 19 ; *Pas de protection pour le dénonciateur de mauvaise foi de faits discriminants*, BJT n° 2, 1^{er} février 2021, p. 11.
- C. Leborgne-Ingelaere, *Dénonciation de harcèlement au travail et appréciation de la mauvaise foi*, JCP S n° 46, 17 novembre 2020, 3077.
- J.-P. Lhernould, *Du salarié qui relate en toute mauvaise foi des faits de discrimination*, JSL n° 515, 4 mars 2021, p. 9.

- L. Malfettes, *Pas de protection pour le salarié qui dénonce de mauvaise une discrimination*, Dalloz Actualité, 26 janvier 2021.
- FRS 18/20, inf. 8, p. 14.
- RJS 11/20, n° 521.
- RJS 04/21, n° 194.

▪ Protection du lanceur d'alerte

Exclusion de la protection légale du lanceur d'alerte lorsque les faits dénoncés ne sont pas susceptibles de constituer un délit ou un crime

Cass. soc. 8 juillet 2020, n°18-13.593, FS-P+B ;
Cass. soc. 4 novembre, n°18-15.669, FS-P+B

Appelée pour la première fois à mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 1132-3-3 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi Sapin I du 6 décembre 2013, la Cour de cassation énonce dans son arrêt du 8 juillet 2020, sans réelle surprise au regard de sa jurisprudence en matière de dénonciation de faits de harcèlement, qu'un salarié ne peut être licencié pour avoir dénoncé un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis.

Toutefois, l'application cette jurisprudence suppose que le salarié relève bien du champ de cette protection légale. Dans son arrêt du 4 novembre 2020, la Cour de cassation en exclut le jeu lorsque les faits dénoncés ne sont pas susceptibles de constituer un crime ou un délit. A défaut pour les faits dénoncés par le salarié de relever du champ matériel de l'article L. 1132-3-3 du code du travail, celui-ci ne peut prétendre à la protection qu'instaure cette disposition. En l'espèce, on restait dans l'ignorance de savoir si les faits relevaient d'une qualification pénale faute pour les juges du fond d'avoir constaté que tel était bien le cas.

- B. Bossu, *Quelle protection pour le lanceur d'alerte ?*, JCP S n° 48, 1^{er} décembre 2020, 3091.

- A. Cagnat, A. Lefebvre, *Bonne foi du lanceur d'alerte : précisions bienvenues de la chambre sociale*, Légipresse 2020, 557.
- D. Chenu, *De la protection du lanceur d'alerte dans le cas où les faits révélés s'avèrent faux*, JCP S n° 40, 6 octobre 2020, 3031.
- L. de Montvalon, *Lanceur d'alerte : pas de protection du salarié en l'absence de faute pénale de l'employeur*, Dalloz Actualité, 24 novembre 2020.
- G. Duchange, *La liberté d'expression des salariés limitée par le statut légal des « lanceurs d'alerte » ?*, BJT n° 12, 1^{er} décembre 2020, p. 21.
- J. Icard, *Confirmation de la protection du lanceur d'alerte sous l'empire de la loi Sapin 1*, BJT n° 9, 1^{er} septembre 2020, p. 19.
- A. Lepage, *Tout salarié qui parle n'est pas un lanceur d'alerte*, Comm. com. électr. n° 2, février 2021, comm. 12.
- G. Mégret, *La bonne foi, clé de voute de la protection du lanceur d'alerte*, Gaz. Pal. n° 30, 8 septembre 2020, p. 57.
- H. Nasom-Tissandier, *Protection du lanceur d'alerte dénonçant des faits non constitutifs d'un délit ou d'un crime*, JSL n° 513, 5 février 2021, p. 12.
- R. Weissmann, *La protection du lanceur d'alerte est suspendue à sa bonne foi*, RJS 10/20, Avis.
- FRS 15/20, inf. 5, p. 9.
- RJS 10/20, n° 455.
- FRS 23/20, inf. 12, p. 19.
- RJS 01/21, n° 6.

▪ Protection du père dans la période suivant la naissance de son enfant

Les actes préparatoires au licenciement du père peuvent avoir lieu pendant les 10 semaines suivant la naissance de l'enfant

Cass. soc. 30 septembre 2020, n°19-12.036, FS-P+B

L'interdiction posée par l'article L. 1225-4-1 du code du travail de licencier le père durant les 10 semaines (4 semaines à la date des faits) suivant la naissance de son enfant, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'arrivée de l'enfant ne s'étend pas à la prohibition des actes préparatoires au licenciement. N'encourt donc pas la nullité, le licenciement prononcé à l'expiration de la période de protection quand bien même le salarié aurait été convoqué à

l'entretien préalable et que celui se serait tenu durant la période de protection.

- O. André, *Le congé paternité à l'épreuve des actes préparatoires au licenciement*, Gaz. Pal. n°42, 1^{er} décembre 2020, p. 58.
- L. de Montvalon, *Mesures préparatoires au licenciement du père après la naissance de son enfant*, Dalloz Actualité, 5 novembre 2020 ; *Quelle protection contre le licenciement du jeune père après la naissance de son enfant ?*, RDT 2020, p. 672.
- A-M. Grivel, *L'homme enceint*, Dr. soc. 2020, p. 929.
- M. H., *L'interdiction de prendre des mesures préparatoires au licenciement pendant la période protégée ne vise pas le père pendant les 10 semaines suivant la naissance*, JSL n° 508, 23 novembre 2020, p. 26.
- H. Nasom-Tissandier, *Licenciement après la naissance d'un enfant : l'homme n'est pas une femme comme les autres*, JSL n° 509-510-5, 22 décembre 2020, p. 22.
- FRS 19/20, inf. 11, p. 28.
- RJS 12/20, n° 580.

▪ Syndicats

Conditions d'une prise en charge patronale des cotisations syndicales

Cass. soc. 27 janv. 2021, n°18-10.672, FP-P+R

La Cour de cassation permet afin d'encourager l'adhésion des salariés aux syndicats de l'entreprise, qu'un accord collectif prévoit la prise en charge par l'employeur d'une partie des cotisations syndicales à condition toutefois que le dispositif conventionnel :

- ne porte pas atteinte à la liberté du salarié d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat de son choix

- ne permette pas à l'employeur de connaître l'identité des salariés adhérant aux syndicats. On notera qu'en l'espèce, la participation de l'employeur transitait par un « tiers indépendant » uniquement informé du nombre d'adhérents, puis par le syndicat considéré qui la redistribuait aux salariés syndiqués, ce qui semblait bien préserver l'anonymat des salariés.

- bénéficie tant aux organisations syndicales

représentatives dans l'entreprise qu'aux non-représentatives, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, seules les premières étant concernées par le dispositif.

- ne permette qu'une prise en charge partielle de la cotisation due par le salarié, après déduction fiscale afin de préserver l'indépendance du syndicat. Cette condition faisait également défaut en l'espèce, l'employeur prenant en charge la totalité du reste à charge une fois soustraite la part fiscalement déductible de l'impôt sur le revenu.

A défaut de respecter l'ensemble des exigences ainsi posées, ces dispositions conventionnelles caractérisaient un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser en en suspendant l'application.

- F. Champeaux, *Les conditions de la participation des employeurs au financement des syndicats de l'entreprise*. SSL n° 1947, 29 mars 2021, p. 15.
- E. Clément, *Conditions de validité d'une prise en charge patronale des cotisations syndicales*, Dalloz Actualité, 15 février 2021.
- L. Jubert-Tomasso, *Licéité du dispositif conventionnel de prise en charge par l'employeur des cotisations syndicales*, RDT 2021, p. 262.
- C. Mariano, *Prise en charge patronale des cotisations syndicales*, BJT n° 3, 1^{er} mars 2021, p. 23.
- Y. Pagnerre, *De la validité du financement patronal des syndicats : une pratique encadrée par l'indépendance, la liberté et l'égalité syndicale*, JCP S n° 12, 23 mars 2021, 1082.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 141 du 27 janvier 2021 (18-10.672) - Cour de cassation - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.
- FRS 06/21, inf. 11, p. 26.
- RJS 04/21, n° 224.

Précisions quant à l'appréciation du critère d'indépendance financière d'une organisation syndicale

Cass. soc. 26 février 2020, n°19-19.397 et n°19-19.492, F-P+B

L'article L. 2121-1 du code du travail fait du critère d'indépendance un critère autonome de représentativité des organisations syndicales. La Cour de cassation apporte plusieurs précisions concernant son aspect

financier. Elle énonce en effet que ni le fait de faire l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, ni le fait de disposer d'un appui financier de la part de la confédération à laquelle le syndicat était affilié ne lui font perdre son indépendance financière. Quant au montant des cotisations, la Cour de cassation rappelle qu'il relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui avaient en l'espèce estimé qu'elles constituaient une ressource suffisante pour assurer l'indépendance financière du syndicat.

- L. Dauxerre, *Appréhension de l'indépendance d'un syndicat*, in *Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 40, 1^{er} octobre 2020, 1368.
- M. Hautefort, *Que signifie exactement le critère d'indépendance exigé d'un syndicat pour qu'il soit représentatif ?*, JSL n° 495, 6 avril 2020, p. 26.
- C. Mariano, *Précisions relatives aux aspects financiers de l'indépendance syndicale*, BJT n° 4, 1^{er} avril 2020, p. 26.
- Y. Pagnerre, *Conditions d'appréciation de l'indépendance d'un syndicat*, JCP S n° 15-16, 14 avril 2020, 2000.
- F. Petit, *L'indépendance syndicale*, Dr. soc. 2021, p. 82.
- FRS 07/20, inf. 10, p. 18.
- RJS 5/20, n° 244.

Conformité à la Constitution de l'extension de l'exigence de transparence financière aux syndicats non-représentatifs

Cass. soc. QPC 29 janvier 2020, n°19-40.034, FS-P+B ; Cons. const. 30 avril 2020, n°2020-835 QPC ; Cass. soc. QPC 6 juin 2020, n°20-10.544, FS-P+B

Bien que la loi ne le prévoie pas expressément, la jurisprudence a étendu l'exigence de transparence financière (art. L. 2121-1 al. 3 C. trav.) aux syndicats non-représentatifs en considérant, dans un arrêt du 22 février 2017 (n°16-60.123) que tout syndicat doit satisfaire au critère de transparence financière pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise. A l'occasion d'un litige relatif à la contestation de la désignation d'un représentant de section syndicale au motif que le syndicat ne remplissait pas la condition de transparence financière, la Cour de cassation a néanmoins

transmis au Conseil constitutionnel une QPC sur la conformité à la Constitution de l'article L. 2121-1 du code du travail tel que dorénavant interprété par la Cour de cassation en relevant que pour les syndicats non-représentatifs, cette disposition telle qu'interprétée pourrait être regardée comme portant atteinte au principe de liberté syndicale (Cass. soc. QPC 29 janvier 2020).

Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 avril 2020 l'a toutefois jugée sans aucune réserve conforme à la Constitution.

La Cour de cassation, forte de cette position du Conseil constitutionnel, refuse dorénavant de transmettre toute nouvelle QPC tendant à remettre en cause l'exigence de transparence financière d'un syndicat non-représentatif (Cass. soc. QPC 24 juin 2020).

- F. Bergeron-Canut, *Syndicats non représentatifs : conformité à la Constitution de l'exigence de transparence financière*, BJT n° 07-08, 1^{er} juillet 2020, p. 21.
- A. Bugada, *QPC sur la transparence financière : sans être nouvelle la question est sérieuse*, Procédures n° 4, Avril 2020, comm. 67.
- G. François, *QPC relative à l'exigence jurisprudentielle du respect du critère de transparence financière pour les syndicats non-représentatifs*, BJT n° 3, 1^{er} mars 2021, p. 23.
- L. Jubert-Tomasso, *Constitutionnalité de l'extension aux syndicats non représentatifs de l'exigence de transparence financière*, RDT 2020, p. 690.
- D. J.-P., *Les syndicats non-représentatifs doivent-ils, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, satisfaire au critère de transparence financière ?*, JSL n° 494, 23 mars 2020, p. 27 ; *Rejet d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la liberté syndicale*, JSL n° 503, 14 septembre 2020, p. 16.
- C. Mathieu, *La transparence financière au cœur de toute prérogative syndicale*, Dalloz Actualité, 2 juillet 2020.
- M. Richevaux, *Représentativité syndicale : interprétation contra legem et QPC*, Gaz. Pal. n° 78, 17 avril 2020, p. 6.
- RJS 07/20, n° 358.
- RJS 08/09, n° 426.

Les délégués syndicaux suppléants conventionnels doivent remplir la condition d'audience électorale personnelle minimale

Cass. soc. 25 mars 2020, n°19-11.581, FS-P+B

Les délégués syndicaux et les délégués suppléants conventionnels ayant un mandat de même nature, la condition d'audience électorale s'applique à ces derniers, à savoir obtenir au moins 10% des suffrages exprimés à titre personnel et dans son collège.

- L. Dauxerre, *Désignation d'un délégué syndical suppléant conventionnel : exigence d'une audience électorale personnelle minimale*, in *Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 40, 1^{er} octobre 2020, 1368.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Droit du travail – avril 2020- septembre 2020*, D. 2020, p. 2312
- G. François, *Précisions sur les conditions de désignation des délégués syndicaux suppléants prévus par une disposition conventionnelle*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2020, p. 38.
- B. Gauriau, *Les délégués syndicaux suppléants conventionnels doivent remplir la condition d'audience électorale personnelle minimale*, JCP S n° 22, 2 juin 2020, 2039.
- D. J.-P., *Si les délégués syndicaux suppléants sont désignés, ce doit être dans les mêmes conditions que les délégués syndicaux « titulaires »*, JSL n° 499, 8 juin 2020, p. 27.
- F. Petit, *Les conditions de désignation d'un délégué syndical suppléant*, Dr. soc. 2020, p. 667.
- RJS 06/20, n° 303.

▪ Élections professionnelles

Représentation équilibrée femmes-hommes sur la liste de candidats – Etendue de l'obligation

Cass. soc. 25 novembre 2020, n°19-60.222, FS-P+B+I

Les dispositions de l'article L. 2314-30 du code du travail sur la représentation équilibrée des femmes et des hommes aux élections professionnelles ne s'appliquent pas aux candidatures libres présentées au second tour de ces élections. A la lumière des travaux parlementaires, la Cour de cassation considère qu'elles ne s'imposent qu'aux listes syndicales (1^{er} et second tour).

- J. Brunie, *La représentation équilibrée des femmes et des hommes, une exigence*

étonnamment limitée aux listes syndicales, Dr. soc. 2021, p. 248.

- C. Couëdel, *La représentation équilibrée des femmes et des hommes ne s'applique pas aux candidatures libres du second tour*, Dalloz Actualité 23 décembre 2020.
- C. Mariano, *Représentation équilibrée des femmes et des hommes lors des élections professionnelles : les candidatures libres non concernées*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2021, p. 31.
- Y. Pagnerre, *La parité sexuelle est limitée aux listes syndicales: libres propos contre une interprétation contraire à la loi et à la Constitution*, JCP S n° 1-2, 12 janvier 2021, 1005.
- F. Petit, *Repli inattendu de la représentation équilibrée entre les femmes et les hommes au CSE*, Dr. soc. 2021, p. 1.
- FRS 23/20, inf. 16, p. 25.
- RJS 02/21, n° 103.

Représentation équilibrée femmes-hommes sur la liste de candidats – Sanction

Cass. soc. 9 septembre 2020, n°19-18.900, F-D

La liste qui ne comporte que des candidats hommes, alors que la part d'hommes et de femmes sur la liste électorale imposait d'y comprendre une femme, ne peut être sanctionnée que pour non-respect de la règle de proportionnalité et non pas cumulativement pour manquement à l'obligation de composition alternée.

- FRS 18/20, inf. 13, p. 22.
- RJS 11/20, n° 551.

▪ Présidence du CSE

Déléguer la présidence du comité à un salarié mis à disposition par une autre entreprise : c'est possible, sous conditions

Cass. soc. 25 novembre 2020, n°19-18.681, FS-P+B

L'employeur peut déléguer la présidence du comité qui lui incombe légalement, à la condition que la personne assurant la présidence par délégation ait la qualité et le pouvoir nécessaires à l'information et à la consultation de l'institution représentative du

personnel, de nature à permettre l'exercice effectif des prérogatives de celle-ci. Il est en revanche indifférent que le délégataire soit mis à disposition de l'employeur par une autre entreprise. Posée pour la présidence du comité d'entreprise, la solution apparaît tout à fait transposable à la présidence du CSE.

- G. Auzero, *La présidence du comité d'entreprise peut être assurée par un salarié mis à disposition*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2021, p. 30.
- A. Coeuret, F. Duquesne, *La qualité et le pouvoir du représentant de l'employeur au comité d'entreprise*, SSL n° 1938, 25 janvier 2021, p. 18.
- X. de Jerphanion, A. Forge, *La présidence du comité d'entreprise (CSE, à présent) peut être déléguée à un salarié mis à disposition*, JCP S n° 3, 19 janvier 2021, 1012.
- F. Hubert, *La présidence du CSE peut être déléguée à une personne extérieure à l'entreprise*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 210, 1^{er} janvier 2021, p. 25.
- P. Le Cohu, *Le représentant de l'employeur au comité d'entreprise ou au comité social et économique*, Gaz. Pal. n° 10, 9 mars 2021, p. 78.
- FRS 01/21, inf. 16, p. 25.
- RJS 02/21, n° 94.

▪ Modulation des effets de l'annulation d'un accord collectif

Premiers éclairages sur la faculté du juge de moduler les effets de l'annulation d'une clause d'un accord collectif (art. L. 2262-15 C. trav.)

Cass. soc. 13 janvier 2021, n°19-13.977, FS-P+R+I

L'article 2262-15 du code du travail permet au juge de moduler les effets de l'annulation d'un accord collectif ou d'une clause conventionnelle. La Cour d'appel de Versailles a fait usage de cette faculté après avoir annulé sur renvoi, une clause de la convention collective nationale de l'édition phonographique qui confondait en une seule somme le salaire contrepartie de la prestation de travail fournie par l'interprète, et la rémunération de l'autorisation d'utilisation de sa prestation. La Cour d'appel a en effet décidé que cette annulation n'aurait d'effet que pour l'avenir et, afin de laisser un délai pour renégocier la rémunération, a maintenu

les dispositions conventionnelles litigieuses pour une durée de 9 mois. Sa décision a fait l'objet d'un pourvoi qui permet à la Cour de cassation d'apporter quelques éclairages.

Le premier point de contestation portait sur l'application de l'article L. 2262-15 du code du travail, introduit dans la législation par l'une des ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017, à un accord conclu en l'espèce en 2008, soit avant l'entrée en vigueur de cette disposition. La Cour de cassation répond clairement qu'en l'absence de dispositions transitoires, l'article L. 2262-15 du code du travail est d'application immédiate quelle que soit la date à laquelle l'accord a été conclu.

Etait ensuite contesté que les conditions d'application du dispositif soient réunies. L'article L. 2262-15 du code du travail ne permet en effet une telle modulation que s'il apparaît « que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets ». Dans sa note explicative, la Cour de cassation souligne qu'elle entend exercer sur ce point un contrôle lourd sur la décision des juges. En l'espèce, elle estime toutefois qu'ils avaient bien justifié du report des effets de l'annulation en soulignant que l'annulation de la clause conduisait à la remise en cause des cachets perçus par un grand nombre de salariés depuis une dizaine d'années, supposant un travail considérable et complexe pour la reconstitution des droits de chacun alors que le maintien de la clause pour le passé n'était pas de nature à priver les salariés de contrepartie et qu'il n'était pas établi qu'il en résulterait pour eux un manque à gagner. Enfin, s'agissant des modalités d'organisation de la modulation, la Cour de cassation indique qu'elle n'entend exercer qu'un contrôle léger. Elle admet ainsi que les juges aient pu reporter les effets de la nullité à 9 mois pour permettre une renégociation de la clause.

En revanche, elle censure la décision de la Cour d'appel en ce que celle-ci avait débouté

les syndicats demandeurs au pourvoi de leur demande de dommages et intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession. Elle rappelle, par un moyen relevé d'office, que l'article L. 2262-15 du code du travail permet au juge de moduler les effets de la nullité sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision. Or les syndicats avaient agi en réparation de de l'atteinte porté à l'intérêt collectif dès 2009.

- P.-H. Antonmattéi, *Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective*, Dr. soc. 2021, p. 346.
- A. Bugada, *Annulation d'un accord collectif : pouvoir de modulation du juge*, Procédures n° 3, Mars 2021, comm. 72.
- F. Bergeron-Canut, *Modulation dans le temps des effets de l'annulation de tout ou partie d'un accord collectif : premières réponses de la Cour de cassation*, Dr. soc. 2021, p. 377.
- Y. Ferkane, C. Mariano, *Annulation d'un accord collectif et pouvoir du juge : quelle boussole ?*, RDT 2021, p. 223.
- M. Hautefort, *Accord annulé : quand la remise en état est mission impossible*, JSL n° 514, 19 février 2021, p. 12.
- Y. Pagnerre, *Modulation judiciaire de l'annulation d'une clause d'un accord collectif*, JCP S n° 12, 23 mars 2021, 1081.
- E. Peskine, *Modulation des effets de l'annulation d'un accord collectif : la Cour de cassation ouvre le bal*, SSL n° 1943, 1^{er} mars 2021, p. 8.
- Note explicative relative à l'arrêt n° 72 du 13 janvier 2021 (19-13.977) - Cour de cassation - Chambre sociale, www.courdecassation.fr.
- FRS 03/21, inf. 17, p. 27.
- RJS 03/21, n° 142.

Focus RGPD

Notion de données

CE ord. 26 juin 2020, n°441065

Le Conseil d'Etat se positionne dans cette décision sur l'utilisation de caméras thermiques.

Il considère tout d'abord que les caméras thermiques fixes ne s'analysent pas en un traitement de données à condition qu'elles répondent à des règles très restrictives : aucune intervention d'un tiers ou personne manipulant l'équipement, volontariat de la personne qui s'y soumet, pas de relevé ni d'enregistrement, aucune information accessible ni utilisable par le responsable, l'information instantanée ne devant être communiquée qu'à l'intéressé.

Il en ressort que les entreprises ne pourraient mettre en place des caméras thermiques hors RGPD, que si celles-ci ne servent qu'à fournir une information à la personne qui va se placer volontairement devant. Elles ne peuvent être utilisées pour refuser l'accès à un salarié et la société ne doit pas avoir accès à ces données ni pouvoir les utiliser. Leur intérêt pour les entreprises dans ce cadre est donc restreint.

En revanche, pour le Conseil d'Etat, les caméras thermiques portables manipulées par un tiers et délivrant une information sur le fondement de laquelle une action est décidée constituent un traitement de données au sens de l'article 4 du RGPD, quand bien même elles ne donneraient lieu à aucun enregistrement de données, et plus précisément, en ce qu'elles sont destinées à mesurer un écart de température avec la normale, un traitement automatisé de données personnelles de santé interdit par l'article 9 du RGPD, sauf exceptions. A ce titre, il est notable de relever que pour le Conseil d'Etat, le fait que l'accès à l'école en l'occurrence, soit subordonné à l'acceptation par les familles de l'utilisation de la prise de température par caméra thermique exclut que leur consentement puisse être regardé comme libre, peu important que les familles aient rempli un formulaire d'acceptation du protocole sanitaire. Il en irait probablement de même s'agissant d'un salarié placé dans un lien de subordination. Il est donc extrêmement difficile, si ce n'est impossible pour une entreprise en l'état du droit de mettre en place un système de contrôle de la température des salariés par caméra thermique dans le respect du RGPD.

- X. Bioy, *Caméras thermiques et surveillance sanitaire, quel régime ?*, AJDA 2020, p. 2568.
- L. Costes, *Caméras thermiques à Lisses : le juge des référés du Conseil d'Etat ordonne de mettre fin à leur usage dans les écoles*, Lamy Actualités du droit, 29 juin 2020.
- M.-C. de Montecler, *Quand l'usage des caméras thermiques est-il soumis au RGPD ?*, Dalloz Actualité, 1^{er} juillet 2020.
- L. Erstein, *Covid 19 : la caméra thermique brûle-t-elle le RGPD ?*, JCP A n° 27, 6 juillet 2020, act. 399.
- L. Goutorbe, G. Haas, *Covid-19 : le Conseil d'Etat fait retomber la fièvre autour des caméras thermiques*, Dalloz IP/IT 2020, p. 636
- M. Long, L. Paravano, J.-L. Sauron, *La protection des données à caractère personnel – Juin à août 2020*, JCP A n° 41, 12 octobre 2020, 2256.
- F. Rogue, *Utilisation des caméras thermiques et protection des données à caractère personnel*, LEFP n° 8, 1^{er} septembre 2020, p. 2.



Focus RGPD

Collecte de données et pouvoir de contrôle de l'employeur

CNIL 28 juillet 2020, Délib. n° SAN-2020-003

Est excessif et contraire à l'article 5-1 du RGPD relatif au principe de minimisation des données personnelles, l'enregistrement permanent et intégral des conversations téléphoniques des salariés du service client au regard de la finalité du traitement, à savoir la formation. La décision rappelle qu'un « responsable de traitement ne peut mettre en place un traitement de données à caractère personnel sans s'assurer que celui-ci est nécessaire à ses besoins, *a fortiori* lorsqu'il repose sur un dispositif particulièrement intrusif pour les salariés ». Il est en effet souligné que le dispositif mis en place pendant plusieurs années dans l'entreprise considérée s'apparentait à une « surveillance constante ».

Il est également reproché à la société un manquement à l'article 13 du RGPD relatif aux informations devant être fournies aux personnes concernées. La société ne justifiait en effet que d'une information très incomplète délivrée aux salariés en 2016, les salariés engagés postérieurement à cette date n'en ayant disposé d'aucune. La formation restreinte de la CNIL considère dès lors que l'information était « particulièrement défailante ».

Ces manquements sont ainsi considérés d'une gravité telle qu'ils justifient la condamnation de la société à une amende. On notera que s'agissant d'obligations s'imposant à l'entreprise avant même l'entrée en application du RGPD, la formation restreinte de la CNIL n'a guère été sensible à l'argumentation de la société qui invoquait pour tenter d'échapper à l'amende, le peu de référentiels dont elle disposait avant l'entrée en application du RGPD et le fait que la Commission avait annoncé une période de tolérance en ce qui concerne les nouveaux manquements au RGPD, tels que la minimisation.

-
- C. Crichton, *Condamnation de Spartoo : quelle mise en conformité pour un e-commerce ?*, Dalloz Actualité, 11 septembre 2020.
 - T. Douville, *Décision Spartoo : florilège de non-conformité au RGPD dans le cadre d'une activité de commerce électronique*, Dalloz IP/IT 2021, p. 50.
 - S. Izard, *Décisions estivales sous l'égide du RGPD*, SSL n°1919, 7 septembre 2020, p. 6.
 - N. Metallinos, *Sanction Spartoo : pas de clémence de la CNIL en cas de manquements à des obligations préexistantes au RGPD*, Comm. com. électr. n° 10, Octobre 2020, comm. 75.

Communiqué CNIL 27 août 2020

Il peut être tentant pour une entreprise, afin d'éviter qu'une personne ne badge à la place d'un salarié, d'y associer une prise de photographie.

Alertée par des plaintes sur le sujet, la CNIL considère que l'utilisation de badgeuse photo avec collecte obligatoire et systématique 2 à 4 fois par jour de la photographie du salarié est excessive au regard de l'objectif de contrôle de la durée du travail et méconnaît ainsi le principe de minimisation prévu par l'article 5-1-c) du RGPD qui impose que les données collectées soient adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard de la finalité poursuivie. La CNIL souligne en effet que les badgeuses classiques sans prise de photographie sont suffisantes pour répondre à l'objectif de contrôle des horaires de travail. Prenant les devants sur d'éventuelles objections tirées du risque de fraude, la CNIL précise que le renforcement du rôle des managers doit par principe être préféré au recours à des technologies intrusives afin d'empêcher la fraude.

Focus RGPD

En conséquence, les entreprises concernées ont été mises en demeure de mettre leurs dispositifs de contrôle des horaires en conformité avec le RGPD dans un délai de 3 mois.

- L. Costes, *Badgeuses photo : plusieurs employeurs mis en demeure par la CNIL pour collecte excessive de données*, Lamy Actualités du droit, 27 août 2020.
- S. Izard, *Décisions estivales sous l'égide du RGPD*, SSL n°1919, 7 septembre 2020, p. 6.
- S. Prévost, P. Sirinelli, *Souriez, vous êtes photographiés !*, Dalloz IP/IT 2020, p. 457.
- FRS 17/20, inf. 7, p. 13.

Et en télétravail ?

Les questions-réponses de la CNIL sur le télétravail, 12 novembre 2020

La CNIL reprend les règles essentielles à respecter et donne des conseils notamment sur le respect du RGPD dans le cadre particulier du télétravail. Elle consacre d'assez longs développements au contrôle de l'activité des salariés en télétravail, cette modalité d'organisation du travail ne faisant évidemment pas disparaître le pouvoir de l'employeur.

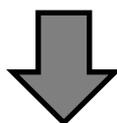
Elle rappelle que si en application du RGPD les traitements de surveillance ne sont plus soumis à déclaration préalable à la CNIL, ils doivent néanmoins être portés au registre des traitements, les traitements des données susceptibles d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés devant quant à eux faire l'objet d'une analyse d'impact (art. 35 RGPD).

Conformément au code du travail et au RGPD, l'employeur est soumis à une obligation de transparence et de loyauté (arts. 5 et 13 RGPD) qui lui impose d'informer préalablement le salarié des dispositifs de contrôle auxquels il est soumis et le cas échéant, de consulter le CSE.

Le dispositif doit répondre à une finalité légitime et ne doit pas être utilisé à d'autres fins. Il doit être strictement proportionné au but recherché et ne pas porter une atteinte excessive aux droits et libertés des salariés. Le procédé ou l'usage que l'employeur en fait ne doit donc pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif (légitime) poursuivi. Ces principes, issus tant du code du travail que du RGPD (art 5 RGPD), sont bien connus et transposés aux situations de télétravail. Aussi n'est-il pas envisageable de placer le salarié en télétravail sous constante surveillance en imposant par exemple qu'il reste en continu en visioconférence ou en partage permanent d'écran ou encore en exigeant qu'il réalise régulièrement des actions pour établir sa présence derrière l'écran ... Les moyens de contrôle de l'activité du salarié les moins intrusifs doivent être privilégiés, ce qui explique que la CNIL recommande un contrôle de la réalisation par objectifs et/ou comptes rendus.

Enfin, la CNIL rappelle que l'entreprise est responsable de la sécurité des données personnelles de son entreprise, quand bien même elle n'aurait pas la maîtrise des terminaux dans lesquelles elles seraient stockées dès lors qu'elle en a autorisé l'utilisation pour accéder aux ressources informatiques de l'entreprise. Cela appelle nécessairement à se questionner sur l'utilisation par le salarié en télétravail de son équipement personnel.

- A. Gouttenoire, *Le régime du contrôle du télétravailleur par la donnée ; A propos des questions/réponses de la CNIL sur le télétravail du 12 novembre 2020*, RDT 2021, p. 88.
- FRS 22/20, inf. 2, p. 6.
- Actualités FL, 26 novembre 2020.



Focus RGPD

Transfert des données

CJUE 16 juillet 2020, aff. C-311/18

LE RGPD ne permet aux entreprises européennes de transférer des données personnelles, relatives notamment à leurs salariés, dans des pays tiers hors UE, que si des garanties suffisantes sont apportées à leur protection. A cette fin, l'article 45 du RGPD autorise un tel transfert lorsqu'une décision de la Commission européenne reconnaît que le pays tiers assure un niveau adéquat de protection des données c'est-à-dire substantiellement équivalent à celui de l'Union européenne. Depuis 2016, le transfert des données vers les Etats-Unis s'opérait sur le fondement d'une telle décision d'adéquation adoptée en considération d'un accord avec les Etats-Unis tendant à mieux répondre aux exigences européennes (Privacy Shield). La CJUE l'invalide toutefois dans cet arrêt du 16 juillet 2020, sans réelle surprise, du fait d'une large faculté d'accès aux données des autorités américaines de surveillance sans garantie pour les personnes. Il en résulte que depuis cet arrêt, le transfert de données aux entreprises américaines sur ce fondement n'est plus possible, sous peine de lourdes sanctions.

L'article 46 du RGPD permet toutefois à défaut de décision d'adéquation, d'opérer un transfert vers un pays tiers moyennant des garanties appropriées résidant notamment dans des clauses types de protection des données adoptées par la Commission. La CJUE se prononce également dans le présent arrêt sur ce mécanisme. Elle énonce tout d'abord que le niveau de protection sur le fondement des clauses types doit également être substantiellement équivalent à celui de l'Union européenne. Elle relève ensuite que pour procéder à son évaluation, il y lieu de tenir compte tant des stipulations contractuelles que de l'état du droit du pays tiers qui pourrait s'opposer à leur efficacité. Si les clauses types doivent prévoir des garanties, ce n'est qu'à l'aune du droit du pays tiers que pourra être vérifié le niveau de protection assuré, évaluation que la CJUE fait dès lors reposer sur l'exportateur. Aussi les clauses types sont-elles validées dans l'arrêt. Mais il n'est plus possible de considérer qu'elles suffisent en soi à garantir la sécurité des données transférées. Le responsable du traitement doit s'assurer que le droit du pays tiers n'est pas de nature à compromettre la protection offerte par les clauses, et le cas échéant doit en compenser les faiblesses par des garanties supplémentaires telles que le cryptage des données. A défaut de pouvoir les compenser, le transfert ne peut être opéré. Cette décision rend donc plus complexe le recours aux clauses types pour l'exportateur de données.

- A. Mole, *Invalidation du « Privacy Shield » : conséquences pratiques*, SSL n° 1924, 12 octobre 2020, p. 4.
- F. Naftalski, *Décision Shrems 2 du 16 juillet 2020 : en pratique, quel plan d'actions à court ou moyen terme pour les organisations ?*, Dalloz IP/IT 2020, p. 682.
- A. Rolin, *Transferts internationaux de données depuis l'Union européenne : impasse ou nouvelle ère ?*, LPA n° 243, 4 décembre 2020, p. 8.

CA Paris 2 juillet 2020, n°19/22158

L'entreprise doit communiquer la base nominative du personnel à l'expert désigné par le comité d'entreprise qui en fait la demande pour l'exercice de sa mission sans pouvoir opposer :

- l'article 5 du RGPD qui prévoit que les données personnelles doivent être collectées dans une finalité déterminée et légitime et ne pas être détournées de cette finalité. En effet, la Cour d'appel retient que la demande de communication de l'expert répond à une finalité légitime résidant dans l'accomplissement pour le compte du comité, d'une mission d'analyse de la politique sociale de l'entreprise dans le cadre d'un pouvoir consultatif conféré par la loi à cette instance.
- L'article 28 du RGPD qui engage les personnes autorisées à traiter les données à caractère personnel à respecter la confidentialité. La Cour d'appel relève en effet que l'expert est soumis à une obligation légale de confidentialité.



Master 2 DGRH Formation initiale – Promotion 2020-2021

Jean Cyriaque ASSA
Mélissa AUDINOT
Jade BARALON
Maxime BARBOSA
Alexandra CADIN
Laura CIAVATTINI
Mathilde DECOCQ
Mathieu DEGOBERT-PRISSETTE
Coline DEGOMME
Irène DELECOURT

Antoine DESMIDT
Charlotte DIELEMAN
Loris DRASPA
Meïssa FARHAT
Candice HORDEQUIN
Valentine LALLEMAND
Elisa LE MEE
Lou SCHIAVON
Elisa VANDREDEUIL
Valentine WALLYN