

# CAP SUR LE DROIT

## VEILLE JURIDIQUE EN DROIT SOCIAL

Avril 2021 - Mai 2022

### Master 2 Droit et Gestion des Ressources Humaines Formation initiale

#### Éditorial

Nous sommes heureux de partager avec vous la nouvelle édition de notre revue de jurisprudence sociale, « Cap sur le Droit ».

L'année écoulée aura bien évidemment été marquée par la prise de position ferme et définitive de la Chambre sociale de la Cour de cassation concernant la conventionnalité du barème d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse dit barème « Macron » (cf Focus). Mais elle a aussi vu la jurisprudence apporter un certain nombre de réponses aux interrogations issues des vastes réformes qu'a connu notre droit du travail que ce soit à la suite de la loi « travail » du 8 août 2016, des ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017 ou en matière de délais de prescription. Ces éclairages sont les bienvenus. On ne manquera pas enfin de relever l'importance sans cesse croissante que prend dans notre droit national le droit européen.

Fidèle à notre tradition, nous restons toutefois attachés à présenter des arrêts plus discrets mais tout aussi importants dans le quotidien des entreprises.

Nous vous laissons découvrir cette nouvelle édition du « Cap sur le Droit ». Bonne lecture !

*Les étudiants du Master 2 Droit et Gestion des Ressources Humaines 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 26

##### II - Les bonnes pratiques à développer

Pages 27 à 41

##### III - Bon à savoir

Pages 42 à 56

##### IV – Focus : Barème « Macron »

Pages 57 à 59



# Les points de vigilance

## ▪ Travail dissimulé

### Cumul des sanctions pénales et sociales à l'encontre de la personne morale

#### Cons. const. 7 octobre 2021, n°2021-937 QPC

Ne méconnaissent pas le principe de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines et le principe « *non bis in idem* » qui en découle, le premier alinéa de l'article L. 8224-5 du code du travail et les deux premiers alinéas de l'article L. 243-7-7 du code de la sécurité sociale, dès lors que les faits qu'ils répriment font l'objet de sanctions de nature différente.

Si le Conseil constitutionnel reconnaît que la majoration du montant du redressement des cotisations et contributions sociales mis en recouvrement revêt le caractère d'une punition, il conclut à une absence d'identité de nature des sanctions encourues du fait que cette majoration constitue la seule sanction prévue par l'article L. 243-7-7 du code de la sécurité sociale alors que l'article L. 8224-5 du code du travail prévoit, outre une peine d'amende, les peines des 1<sup>o</sup> à 5<sup>o</sup>, 8<sup>o</sup> et 12<sup>o</sup> de l'article 131-39 du code pénal (dissolution de la personne morale, interdiction d'exercer, fermeture ou encore exclusion des marchés publics...)

La personne morale qui s'est rendue coupable du délit de travail dissimulé peut donc se voir sanctionnée par application à la fois des dispositions du code de la sécurité sociale et des dispositions pénales du code du travail.

- B. Bauduin, *Un an de QPC en matière sociale (janvier à décembre 2021)*, JCP S n° 1, 11 janvier 2022, 1001.
- A. Cerf-Hollender, *Travail dissimulé et plateformes : validation de la dualité de sanctions pénales et sociales par le Conseil constitutionnel*, RSC 2021, p. 861.
- R. Mesa, *L'employeur confronté au cumul de qualifications et sanctions punitives*, JSL n° 535, 7 février 2022, p. 4.
- R. Salomon, *Chronique de droit pénal social*, Dr.

- soc. 2022, p. 61.
- RJS 12/21 n° 673.

## ▪ Clause de non-concurrence

### Périmètre d'application « au niveau mondial » : l'exigence de délimitation dans l'espace n'est pas remplie

#### Cass. soc. 8 avril 2021, n°19-22.097, F-D

La jurisprudence subordonne la validité d'une clause de non-concurrence notamment à sa délimitation dans le temps et l'espace. Le périmètre géographique d'application peut être large et même comprendre plusieurs continents, dès lors que le salarié n'est pas dans l'impossibilité d'exercer une activité conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle (Cass. soc. 3 juillet 2019, n°18-16.134 – Cap sur le droit 2019-2020, p. 14). Dans ces conditions, une clause prévoyant comme périmètre le monde entier est-elle valable ? La Cour d'appel l'avait admis en considérant que la clause ne rendait pas impossible l'exercice par la salariée d'une activité conforme à sa formation. Ce n'est pas l'avis de la Cour de cassation pour qui une clause dont l'application a vocation à s'opérer « au niveau mondial » ne fixe en réalité aucune limite et ne répond donc pas à la condition de délimitation dans l'espace.

- Actualités FL, 18 mai 2021.
- RJS 06/21, n° 302.

### Exclusion de tout pouvoir modérateur du juge sur le montant de la contrepartie financière

#### Cass. soc. 13 octobre 2021, n°20-12.059, FS-B

La contrepartie financière de la clause de non-concurrence n'est pas une clause pénale dont le montant peut être révisé par le juge sur le fondement de l'article 1231-5 du code civil. La solution n'est pas nouvelle (Cass. soc., 26 mai 1988, n° 85-45.079) mais nécessitait d'être confirmée après l'intervention des

arrêts du 10 juillet 2002. S'inscrivant dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation distingue tout d'abord nettement la clause pénale par laquelle les parties prévoient l'indemnité forfaitaire versée en cas d'inexécution d'une obligation, et la contrepartie financière de la clause de non-concurrence qui n'a nullement pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation, et qui ne peut donc recevoir la qualification de clause pénale.

Elle confirme de plus dans la présente décision la nature salariale de la contrepartie financière. La solution n'allait pas nécessairement de soi. En effet, la Cour de cassation en justifiait initialement par le rattachement de l'obligation de non-concurrence au contrat de travail antérieur. Or les arrêts du 10 juillet 2022 ont rendu beaucoup plus discutable un tel fondement. La Cour de cassation énonce d'ailleurs dans le présent arrêt, que la contrepartie financière a la nature d'une indemnité compensatrice de salaire stipulée en conséquence de l'engagement du salarié de ne pas exercer d'activité concurrente après cessation du contrat de travail. Sans doute, comme l'a suggéré une partie de la doctrine, y-a-t-il lieu de considérer qu'elle ne voit pas dans la contrepartie financière uniquement la compensation d'une atteinte à la liberté du travail mais également un substitut aux salaires dont le salarié peut être privé du fait de l'exécution de son obligation de non-concurrence. Aussi bien, la jurisprudence soumet la contrepartie financière de la clause de non-concurrence au régime juridique du salaire (que ce soit en matière de prescription, de cotisations sociales ou de droit à congés payés).

- C. Couëdel, *La contrepartie financière de la clause de non-concurrence n'a toujours pas le caractère d'une clause pénale*, Dalloz Actualité, 15 novembre 2021.
- G. Duchange, *La clause pénale vue par la chambre sociale : la clause de non-concurrence et au-delà*, BJT n° 12, 1<sup>er</sup> décembre 2021, p. 10.
- M. Hautefort, *Contrepartie financière et clause pénale, ne pas confondre*, JSL n° 533, 12 janvier 2022, p. 12.
- G. Loiseau, *La révision de la contrepartie*

*financière d'une clause de non-concurrence*, JCP S n° 46, 16 novembre 2021, 1285.

- J. Mouly, *La contrepartie financière d'une clause de non-concurrence ne constitue pas une clause pénale révisable par le juge*, Dr. soc. 2021, p. 1036.
- F. Rosa, *La contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence n'est pas une clause pénale*, RDT 2021, p. 707.
- RJS 12/21, n° 647.

## ▪ Inaptitude médicale

### Contestation de l'avis du médecin du travail – Point de départ du délai de 15 jours

**Cass. soc. 2 juin 2021, n°19-24.061, FS-P ;**  
**Cass. soc. 16 juin 2021, n°20-14.552, F-D ;**  
**Cass. soc. 2 mars 2022, n°20-21.715, FS-B**

Le transfert du contentieux des avis du médecin du travail de l'inspecteur du travail au Conseil de prud'hommes s'est accompagné d'un net raccourcissement du délai dont disposent salarié et employeur pour contester l'avis d'inaptitude. La détermination précise de son point de départ est donc essentielle. Les présentes décisions viennent fixer la jurisprudence en la matière sur le fondement des articles L. 4624-7 et R. 4624-45 du code du travail (dans leurs versions successives). Il en ressort que la saisine du Conseil de prud'hommes doit s'opérer dans le délai de 15 jours à compter de la notification de l'avis par le médecin du travail, peu important que des précisions aient pu être demandées au médecin du travail (1<sup>ère</sup> espèce). La ligne directrice de la jurisprudence repose ensuite sur l'exigence d'une transmission de l'avis par un moyen lui conférant date certaine (art. 4624-55 C. trav.). Tel est le cas lorsque la notification s'opère par envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception, la date de notification s'entendant alors de la date de réception (2<sup>ème</sup> espèce). Mais en cas de remise de l'avis en main propre, celle-ci doit nécessairement être faite contre émargement ou récépissé pour constituer la notification faisant courir le délai de 15 jours (3<sup>ème</sup> espèce).

- M. Babin, *Contestation de l'avis du médecin du travail, point de départ du délai de 15 jours*, JCP S n° 28, 13 juillet 2021, 1183 ; *Contestation de l'avis du médecin du travail remis en main propre : pas de récépissé, pas de délai ?*, JCP S n° 20-21, 24 mai 2022, 1148.
- C. Couëdel, *Précisions quant au point de départ du délai pour agir en cas de contestation de l'avis d'inaptitude*, Dalloz Actualité, 25 juin 2021 et RDT 2021, p. 458.
- D. Julien-Paturle, *Avis d'inaptitude : quel est le point de départ du délai pour le contester ?*, Lamy Actualités du droit, 14 juin 2021.
- J. Layat, P. Pacotte, *Point de départ du délai de contestation de l'avis du médecin du travail et intérêt à agir de l'employeur ayant procédé au licenciement suite à l'avis d'inaptitude*, JSL n° 526, 23 septembre 2021, p. 20.
- J.-P. Lhernould, *Clarification sur le point de départ du délai de 15 jours pour contester l'avis d'inaptitude*, JSL n° 524, 21 juillet 2021, p. 10.
- H. Nasom-Tissandier, *Délai de contestation de l'avis d'inaptitude : nouvelle clarification sur le point de départ*, JSL n° 542, 17 mai 2022, p. 19 et SSL n° 2003, 6 juin 2022, p. 13.
- FRS 12/21, inf. 11, p. 23.
- FRS 14/21, inf. 14, p. 29.
- FRS 06/22, inf. 13, p. 24.
- RJS 08-09/21, n° 453.
- RJS 05/22, n° 256.

### **La déloyauté de l'employeur : un obstacle au jeu de la présomption légale de satisfaction à l'obligation de reclassement**

#### **Cass. soc. 26 janvier 2022, n°20-20.369, FS-B**

L'introduction par la loi du 8 août 2016 d'une présomption légale de satisfaction à l'obligation de reclassement lorsque l'employeur a proposé un emploi conforme aux exigences légales (art. L. 1226-2-1 C. trav. – inaptitude non professionnelle et art. L. 1226-12 C. trav. – inaptitude professionnelle) a soulevé de larges interrogations. La notion d'« emploi », qui semble bien devoir être distinguée de celle de « poste », est évidemment au cœur du débat. On s'est fort logiquement demandé si ces dispositions légales sonnaient le glas de la jurisprudence imposant à l'employeur en cas de refus d'une proposition de reclassement d'en proposer une autre, conforme aux exigences légales, jusqu'à épuisement des possibilités de

reclassement. Peut-on dorénavant considérer que l'employeur satisfait à son obligation dès lors qu'il a proposé ne serait-ce qu'une seule possibilité de reclassement conforme aux exigences légales (emploi approprié aux capacités du salarié, aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé en tenant compte des préconisations du médecin du travail), et que le refus du salarié lui ouvrirait ainsi le droit de procéder à la rupture du contrat ? C'est bien ce que soutenait l'employeur en l'espèce alors qu'il avait licencié le salarié pour inaptitude à la suite du refus de ce dernier de trois propositions de reclassement dont il n'était pas discuté qu'elles étaient conformes aux préconisations du médecin du travail. Pour autant, la Cour de cassation approuve la condamnation de l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle reconnaît certes que l'article L. 1226-12 du code du travail institue une présomption légale de satisfaction à l'obligation de reclassement. Mais elle en subordonne le jeu à une exécution loyale par l'employeur de son obligation de reclassement. Or il apparaissait en l'espèce que l'employeur n'avait pas donné suite à une possibilité de reclassement envisagée par le médecin du travail sous réserve d'effectuer des mesures pour en vérifier la compatibilité avec l'état de santé du salarié, alors que le médecin du travail se tenait à sa disposition pour procéder à cette vérification et que le salarié avait manifesté son souhait d'être reclassé sur ce poste qu'il avait occupé par le passé et qui se situait à proximité de son domicile. La Cour de cassation en déduit qu'il n'avait pas loyalement exécuté son obligation de reclassement et écarte tout jeu de la présomption légale.

C'est donc à l'aune de l'obligation de loyauté que le juge examine la ou les propositions de reclassement réalisées par l'employeur. Emettre plusieurs propositions ne le met nullement à l'abri d'une condamnation. Dans l'exécution de son obligation de reclassement, l'employeur doit garder à l'esprit qu'il doit permettre d'optimiser les chances de reclassement réel du salarié.

- F. Champeaux, *La présomption du respect de l'obligation de reclassement selon la Cour de cassation*, SSL n° 1989, 28 février 2022, p. 11.
- J.-Y. Frouin, *De l'application de la présomption de satisfaction à l'obligation de reclassement du salarié inapte instituée par l'article L. 1226-12*, JCP S n° 10, 15 mars 2022, 1074.
- M. Hautefort, *Reclassement du salarié inapte : gare à l'employeur qui ne joue pas le jeu*, JSL n° 540, 20 avril 2022, p. 18.
- INFOREG, *L'obligation de reclassement de l'employeur en cas d'inaptitude du salarié*, CDE n° 2, mars 2022, prat. 9.
- L. Malfettes, *Inaptitude et obligation de reclassement : le jeu de la présomption*, Dalloz Actualité, 14 février 2022.
- S. Ranc, *L'exécution loyale de l'obligation de reclassement*, BJT n° 3, 1<sup>er</sup> mars 2022, p. 17.
- FRS 05/22, inf. 11, p. 19.
- RJS 04/22, n° 178.

## • Exercice du pouvoir disciplinaire

### Assimilation du supérieur hiérarchique à l'employeur quant à la connaissance des faits fautifs

**Cass. soc. 23 juin 2021, n°19- 24.020, FS-B ;  
Cass. soc. 23 juin 2021, n°20-13.762, FS-B**

L'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la connaissance des faits fautifs pour engager la procédure disciplinaire (art. L. 1332-4 C. trav.). Dans le premier arrêt, la Cour de cassation confirme que le supérieur hiérarchique doit être assimilé à l'employeur pour déterminer le point de départ du délai de 2 mois. C'est ainsi à la date à laquelle le supérieur hiérarchique, même non titulaire du pouvoir disciplinaire, a connaissance des faits fautifs que court le délai.

On sait par ailleurs que pour la Cour de cassation, la sanction qui intervient à un moment où l'employeur a connaissance de plusieurs faits fautifs vaut pour l'ensemble des faits connus. L'employeur ne peut prononcer une nouvelle sanction pour l'un des faits dont il avait connaissance préalablement à la première sanction, le juge considérant qu'il a épuisé son pouvoir disciplinaire (Cass. soc. 16 mars 2010, n° 08-43.057). Dans le second arrêt, la Chambre sociale de la Cour de cassation va plus loin en assimilant cette fois

encore le supérieur hiérarchique, même non titulaire du pouvoir disciplinaire, à l'employeur. Ce sont donc tous les faits connus du supérieur hiérarchique, quand bien même l'employeur/la direction n'en aurait été pour une part informé qu'ultérieurement, qui relèvent de la sanction prononcée. Aucune nouvelle sanction pour des faits antérieurs à la sanction prononcée ne peut donc plus intervenir, même si l'employeur n'a été informé de certains de ces faits qu'après le prononcé de la sanction, dès lors que le supérieur hiérarchique en avait connaissance.

- P. Adam, *Droit disciplinaire : le supérieur hiérarchique, figure de l'employeur*, Dr. soc. 2021, p. 958.
- D. Julien-Paturle, *Sanctions disciplinaires : deux arrêts apportent d'utiles précisions sur la définition d'employeur*, Lamy Actualités du droit, 2 juillet 2021.
- J.-P. Lhernould, *Connaissance des faits fautifs par le supérieur hiérarchique et délai d'engagement de la procédure disciplinaire*, JSL n° 525, 9 septembre 2021, p. 8.
- K. Meiffret-Delsanto, *Droit disciplinaire : les deux visages de l'employeur*, RDT 2022, p. 42.
- S. Ranc, *La figure de l'employeur en matière disciplinaire*, BJT n° 9, 1<sup>er</sup> septembre 2021, p. 28.
- FRS 14/21, inf. 5, p. 8.
- RJS 10/21, n° 520.

### Sanction emportant modification du contrat : même acceptée, elle peut être contestée

**Cass. soc. 14 avril 2021, n° 19-12.180, FS-P**

Soucieuse de clarifier la jurisprudence qui aurait pu laisser planer quelque ambiguïté à ce sujet, la Chambre sociale de la Cour de cassation affirme avec force que l'acceptation du salarié d'une sanction emportant modification du contrat ne fait pas obstacle à sa contestation devant le juge prud'homal. S'attachant à opérer une délicate conciliation entre logique contractuelle et logique disciplinaire, elle considère en effet que l'acceptation du salarié n'emporte pas renonciation à son droit de contester la régularité ou le bien-fondé de la sanction. L'acceptation du salarié ne porte donc que sur la modification de son contrat de travail et ne met nullement l'employeur à l'abri d'une

éventuelle annulation par le juge de la sanction emportant remise en l'état.

- D. Baugard, *La modification pour motif disciplinaire, même acceptée, reste une sanction disciplinaire*, RDT 2021, p. 382.
- V. Cohen-Donsimoni, *L'acceptation par le salarié de la rétrogradation disciplinaire ne le prive pas du droit de contester la sanction*, JCP S n° 23, 8 juin 2021, 1150.
- C. Couëdel, *Retrogradation disciplinaire : l'acceptation n'emporte pas renoncement à une action en contestation*, Dalloz Actualité, 5 mai 2021.
- J. Icard, *Complexification du régime de la modification du contrat de travail pour motif disciplinaire*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2021, p. 20.
- K. Le Petitcorps, *L'acceptation par le salarié d'une rétrogradation ne l'empêche pas de la contester ultérieurement*, Lamy Actualités du droit, 11 mai 2021.
- J.-P. Lhernould, *Contester la sanction quand celle-ci a donné lieu à une modification du contrat de travail acceptée ?*, JSL n° 522, 17 juin 2021, p. 12.
- G. Loiseau, *La modification du contrat induite par une sanction disciplinaire*, RDC n° 3, 1<sup>er</sup> septembre 2021, p. 84.
- J. Mouly, *L'acceptation par le salarié d'une rétrogradation disciplinaire ne le prive pas du droit de la contester en justice*, Dr. soc. 2021, p. 757.
- FRS 10/21, inf. 6, p. 10.
- RJS 07/21, n° 369.

## ▪ Licenciement

### Extension du droit à l'indemnité compensatrice de préavis

**Cass. soc. 17 novembre 2021, n°20-14.848, FS-PB**

La Chambre sociale de la Cour de cassation consacre une nouvelle exception au principe selon lequel l'indemnité compensatrice de préavis n'est pas due lorsque le salarié n'était pas en mesure de l'exécuter. Elle affirme en effet le droit du salarié à indemnité compensatrice de préavis, peu important qu'il se trouvait en arrêt maladie et donc dans l'impossibilité de le réaliser, dès lors que le licenciement pour absence prolongée désorganisant l'entreprise et nécessitant le remplacement définitif du salarié était sans cause réelle et sérieuse. La formulation de la

solution laisse penser que le droit à indemnité compensatrice de préavis est acquis quelle que soit la cause de l'illégitimité du licenciement prononcé pour ce motif.

- M. Babin, *Licenciement pour absence prolongée jugé sans cause réelle et sérieuse : pourquoi l'indemnité de préavis est-elle due ?*, JCP S n° 1, 11 janvier 2022, 1007.
- M. Hautefort, *Rupture pour nécessité de remplacement définitif : la condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse entraîne l'obligation de payer le préavis*, Lamy Actualités du droit, 24 novembre 2021.
- J. Icard, *L'éviction consolidée de la théorie de l'impossibilité d'exécution du préavis*, BJT n° 1, 1<sup>er</sup> janvier 2022, p. 27.
- INFOREG, *L'indemnité de préavis en cas de licenciement pour absence prolongée injustifié*, CDE n° 1, janvier 2022, prat. 4.
- L. Malfettes, *L'indemnité de préavis est due en cas de licenciement pour absence prolongée injustifié*, Dalloz Actualité, 10 décembre 2021.
- J. Mouly, *Le salarié licencié à tort pour nécessité de remplacement définitif a droit à l'indemnité compensatrice de préavis*, Dr. soc. 2022, p. 172.
- P. Pacotte, *Versement de l'indemnité de préavis en cas de licenciement pour absence prolongée désorganisation l'entreprise injustifié*, JSL n° 533, 12 janvier 2022, p. 9.
- C. Pietralunga, *Maladie : licenciement pour absence prolongée et indemnité de préavis*, Lamy Actualités du droit, 30 novembre 2021.
- FRS 22/21, inf. 6, p. 10.
- RJS 01/22, n° 8.

### Notion de difficultés économique – baisse significative du chiffre d'affaires ou des commandes

**Cass. soc. 1<sup>er</sup> juin 2022, n°20-19.957, FS-B**

Dans cette première décision de la Cour de cassation relative à l'article L. 1233-3 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi « travail » du 8 août 2016, la Cour de cassation précise la période de référence à prendre en compte pour déterminer si une baisse significative du chiffre d'affaires est constituée. L'article L. 1233-3 du code du travail exige en effet que la baisse du chiffre d'affaires soit constatée sur une durée déterminée continue, correspondant à un

nombre de trimestres variant selon la taille de l'entreprise, et qu'il convient de comparer avec la même période de l'année précédente. La Cour de cassation s'appuie sur sa jurisprudence constante selon laquelle le juge doit se placer à la date du licenciement pour en apprécier le motif pour considérer que c'est le niveau du chiffre d'affaires (ou des commandes) au cours de la période contemporaine de la notification du licenciement qu'il faut comparer à celui de l'année précédente. Or il s'avérait en l'espèce que dans les semaines précédant le licenciement, le chiffre d'affaires s'était très légèrement amélioré de telle sorte que l'entreprise ne pouvait plus justifier d'une baisse sur le nombre de trimestres requis. Le licenciement était dès lors sans cause réelle et sérieuse.

- F. Champeaux, *De l'art d'apprécier la baisse du chiffre d'affaires*, SSL n° 2006, 27 juin 2022, p. 9.
- L. Fin-Langer, *Une définition du licenciement pour motif économique appliquée à la lettre par la Cour de cassation*, Act. proc. coll. n° 13, juillet 2022, alerte 168.
- F. Géa, *Les indicateurs comptables des difficultés économiques : quelle portée ?*, RDT 2022, p. 384.
- M. Hautefort, *La règle d'appréciation de la baisse significative du chiffre d'affaires est d'application stricte*, JSL n° 545, 5 juillet 2022, p. 4.
- K. Le Petitcorps, *Difficultés économiques : comment s'apprécie la baisse du chiffre d'affaires ?*, Lamy Actualités du droit, 14 juin 2022.
- P. Morvan, *Définition des difficultés économiques*, JCP S n° 26, 5 juillet 2022, 1184.
- S. Ranc, *Premières précisions relatives aux indicateurs économiques issus de la loi Travail*, BJT n° 07-08, 1<sup>er</sup> juillet 2022, p. 9.
- FRS 13/22, inf. 2, p. 3.

## ▪ Demande de résiliation judiciaire

### Examen de l'ensemble des griefs invoqués à l'appui d'une demande en résiliation judiciaire, quelle que soit leur ancienneté

#### Cass. soc. 30 juin 2021, n°19-18.533, FS-B

Dans un arrêt du 27 novembre 2019 (n°17-31.258), la Cour de cassation commandait au juge de prendre en considération l'ensemble des manquements de l'employeur invoqués

par le salarié à l'appui de sa prise d'acte, peu important leur ancienneté. La présente décision s'inscrit dans son sillage en censurant la décision des juges du fond qui avaient écarté certains griefs invoqués par le salarié au soutien d'une demande en résiliation judiciaire au motif qu'ils étaient prescrits. Elle énonce en effet, que le juge doit examiner l'ensemble des griefs articulés par le salarié au soutien de sa demande, quelle que soit leur ancienneté. Il n'en demeure pas moins que l'ancienneté du manquement pourra influencer sur l'appréciation par le juge de l'existence de manquements d'une gravité suffisante nécessaires à la résiliation du contrat.

Pour autant, peut-on déduire de cette décision l'imprescriptibilité de l'action en résiliation judiciaire proprement dite ? La doctrine est partagée sur le sujet. Le commentaire dont la Chambre sociale a assorti cet arrêt suggère une réponse positive en ce qu'elle indique qu'il en résulte « que l'action en résiliation judiciaire du contrat de travail peut être introduite pendant toute la durée d'exécution du contrat de travail, quelle que soit la date des faits invoqués à l'appui de la demande » (Lettre de la Chambre sociale n° 10 – Mai/juin/juillet 2021, p. 16). Cependant un auteur particulièrement autorisé relève que l'arrêt pourrait laisser place à un délai de prescription applicable à l'action elle-même qui, faute de rentrer dans les prévisions de l'article L. 1471-1 du code du travail, donnerait lieu au jeu de la prescription quinquennale de droit commun dans l'hypothèse où tous les manquements invoqués seraient postérieurs de plus de 5 ans à l'introduction de l'action (cf note sous arrêt de M. Frouin, JCP S n° 36, 7 septembre 2021, 1217).

- J. Icard, *Prescription et droit du travail : le grand remue-ménages de la chambre sociale*, SSL n° 1963, 19 juillet 2021, p. 7.
- J.-Y. Frouin, *Délai d'appréciation des griefs articulés au soutien d'une action en résiliation judiciaire du contrat de travail et prescription*, JCP S n° 36, 7 septembre 2021, 1217.
- J.-P. Lhernould, *Les griefs anciens invoqués à l'appui d'une demande de résiliation judiciaire ne sont pas prescrits*, JSL n° 526, 23 septembre 2021, p. 10.
- C. Radé, *L'improbable imprescriptibilité des*

*griefs retenus pour justifier la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur*, Dr. soc. 2021, p. 847.

- S. Riancho, *Précisions sur la prescription*, BJT n° 10, 1<sup>er</sup> octobre 2021, p. 12.
- FRS 15/21, inf. 9, p. 17.
- RJS 10/21, n° 533.

## ▪ Rupture conventionnelle

### Montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle

#### Cass. soc. 5 mai 2021, n°19-24.650, FS-P

Dès lors que l'entreprise rentre dans le champ de l'ANI du 11 janvier 2008 complété par avenant du 18 mai 2009, et qu'un accord collectif prévoit une indemnité de licenciement conventionnelle plus favorable que l'indemnité légale, l'employeur doit verser au salarié au titre de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle le montant conventionnel plus favorable, peu important que ce montant conventionnel ne soit prévu dans l'accord collectif que pour certains motifs de licenciement et qu'il renvoie à l'indemnité légale de licenciement pour les autres.

La solution, conforme au principe de faveur, invite à appréhender avec la plus grande prudence l'instruction DGT du 8 décembre 2009 qui, pour résoudre la difficulté tirée cette fois d'indemnités de licenciement conventionnelles distinctes selon le motif du licenciement, préconisait l'application du montant conventionnel le plus faible et non pas du plus favorable. On notera d'ailleurs qu'en l'espèce, l'argumentation de l'employeur qui, par analogie, s'appuyait sur cette instruction DGT est totalement écartée par la Cour de cassation.

- S. Borocco, P. Pacotte, *Précisions sur le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle*, JSL n° 524, 21 juillet 2021, p. 19.
- M. Hautefort, *Rupture conventionnelle : lorsque l'ANI du 11 janvier 2008 est applicable, l'indemnité conventionnelle plus favorable s'applique, quelles que soient les conditions de la CCN*, Lamy Actualités du droit, 11 mai 2021.
- J. Icard, *L'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne peut être inférieure à*

*l'indemnité conventionnelle de licenciement*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2021, p. 16.

- L. Malfettes, *Précisions sur l'indemnité de rupture conventionnelle*, Dalloz Actualité, 18 mai 2021.
- J. Mouly, *Calcul de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle : retour du principe de faveur ?*, Dr. Soc. 2021, p. 748.
- J.-P. Tricoit, *Indemnité spécifique de rupture conventionnelle et principe de faveur*, JCP S n° 29, 20 juillet 2021, 1190.
- FRS 11/21, inf. 7, p. 10.
- RJS 07/21, n° 381.

### Limite à l'exercice de la faculté de renonciation à la clause de non-concurrence

#### Cass. soc. 26 janvier 2022, n°20-15.755, FS-B

En matière de rupture conventionnelle, la Cour de cassation avait admis par le passé que la date de rupture fixée par les parties dans la convention de rupture constituait le point de départ du délai de renonciation à l'obligation de non-concurrence contractuellement ou conventionnellement prévu (Cass. soc. 29 janvier 2014, n°12-22.116). Elle procède toutefois dans le présent arrêt à une évolution de sa jurisprudence justifiée par la nécessité de ne pas laisser le salarié dans l'incertitude quant à sa liberté de travailler. Elle en déduit en effet que l'employeur doit exercer sa faculté de renonciation au plus tard à la date de prise d'effet de la rupture fixée dans la convention de rupture, peu important les dispositions contractuelles ou conventionnelles contraires. Passée cette date, la renonciation est donc nécessairement tardive avec pour conséquence le maintien de l'obligation de l'employeur de verser la contrepartie financière.

- L. Bento de Carvalho, *Rupture conventionnelle et terme du délai de renonciation à la clause de non-concurrence : nouvelle contrition du choix dans la date*, Dr. soc. 2022, p. 410.
- C. Berlaud, *Délai pour renoncer à la clause de non-concurrence : point de départ*, Gaz. Pal. n° 6, 22 février 2022, p. 33.
- C. Couëdel, *Limites à la renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence en cas de rupture conventionnelle*, Dalloz Actualité, 18 février 2022.

- D. Julien-Paturle, *Rupture conventionnelle : la renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence ne doit pas être tardive*, Lamy Actualités du droit, 2 février 2022.
- S. Mayoux, *Existe-t-il encore un intérêt à prévoir une renonciation unilatérale pour l'employeur à une clause de non-concurrence lors d'une rupture conventionnelle ?*, JSL n° 537, 4 mars 2022, p. 4.
- M.-N. Rouspide-Katchadourian, *Rupture conventionnelle et délai de renonciation à la clause de non-concurrence*, JCP S n° 9, 8 mars 2022, 1066.
- FRS 04/22, inf. 7, p. 11.
- RJS 04/22, n° 179.

## ▪ Rupture conventionnelle collective

### Frontières entre RCC et PSE

CAA Versailles 20 octobre 2021, n°21VE02220 ; CAA Paris 14 mars 2022, n°21PA06607

La rupture conventionnelle collective soulève de larges interrogations juridiques mais ne suscite que peu de contentieux. Les premières orientations dégagées par les juges du fond n'en sont que plus notables.

En premier lieu, alors que sa rapporteure publique avait adopté une lecture stricte de l'article L. 1237-19 du code du travail et conclu en faveur d'un rejet de la demande, la CAA de Versailles annule la décision de validation de l'accord de rupture conventionnelle collective qui concernait l'ensemble des salariés d'un site dont la fermeture était d'ores et déjà décidée. La CAA de Versailles décèle en effet une incompatibilité entre l'exigence de volontariat et une fermeture de site impactant nécessairement sur l'emploi des salariés, ces derniers ne pouvant « être regardés comme ayant été en mesure de faire un réel choix entre le départ volontaire et le maintien dans leur emploi ». L'arrêt rejoint ainsi la position du Ministère du travail qui, dans un « Questions-Réponses » dédié à la RCC, a de même considéré que la RCC ne pouvait être utilisée en cas de fermeture de site (point 8). Cette décision souligne plus largement la difficulté à clairement identifier la frontière entre RCC et PSE. Rappelons à cet égard que la

CAA de Versailles a précédemment admis que le fait que le recours à une RCC repose sur un motif économique était indifférent dès lors qu'était assuré un volontariat libre et éclairé, en dehors de tout départ contraint (CAA Versailles, 14 mars 2019, n° 18VE04158).

La CAA de Paris a quant à elle été amenée à se prononcer sur la délicate question de l'articulation dans le temps d'un accord de RCC et d'un PSE. Etait cette fois contestée l'homologation par le Drets d'un PSE unilatéral alors que peu de temps auparavant avait été conclu un accord de RCC.

La CAA de Paris rejette en premier lieu l'argument tiré d'une déloyauté de l'entreprise pour avoir mené une négociation sur une RCC puis présenté un mois plus tard un projet de modifications des contrats de travail assorti d'un projet de PSE. Elle considère en effet que le contrôle dévolu au Drets par l'article L. 1233-57-3 du code du travail sur le document unilatéral ne s'étend pas aux conditions dans lesquelles ont pu se dérouler des négociations distinctes de la préparation du PSE.

Elle considère de plus que les dispositions relatives au PSE et l'article L. 1237-19 du code du travail ont un objet distinct de telle sorte que la conclusion d'une RCC ne constitue pas en soi un obstacle à l'élaboration et la mise en œuvre d'un PSE dès lors que ce dernier respecte les stipulations de l'accord de RCC. S'avérant en l'espèce que le PSE ne prévoyait aucun licenciement durant toute la période de garantie d'emploi fixée par l'accord de RCC, la CAA en déduit que les deux dispositifs n'étaient pas incompatibles. Elle admet donc clairement la succession, même dans un temps rapproché, d'une RCC et d'un PSE lorsque comme en l'espèce, les licenciements ne sont appelés à intervenir qu'après expiration de la période d'interdiction fixée par l'accord de RCC.

La jurisprudence n'étant toutefois pas encore fixée, la prudence s'impose, tout au moins lorsque les deux dispositifs s'inscrivent au sein d'un même projet de restructuration, ce qui semblait bien être le cas en l'espèce.

- C. Berlan, *La rupture conventionnelle collective : un dispositif inadapté en cas de*

*fermeture de site*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 221, 1<sup>er</sup> janvier 2022, p. 23.

- S. Brotons, *PSE-RCC : une frontière à respecter*, SSL n° 1975, 15 novembre 2021, p. 11.
- F. Champeaux, *Quand un PSE succède à une RCC*, SSL n° 1993, 28 mars 2022, p. 11.
- R. Dalmasso, *L'arrêt Paragon Transaction : un coup d'arrêt aux ruptures conventionnelles collectives ?*, Dr. soc. 2021, p. 987.
- G. Dedessus-Le-Moustier, *LME : précisions relatives à la mise en œuvre simultanée d'une RCC et d'un PSE*, LEDEN n° 5, mai 2022, p. 7.
- N. Dinant, *Pas de rupture conventionnelle collective en cas de fermeture de site, selon la CAA de Versailles*, Lamy Actualités du droit, 29 novembre 2021.
- F. Favennec-Héry, *RCC et PSE, une alliance difficile*, JCP S n° 9, 8 mars 2022, 1062.
- F. Géa, *L'intelligence de la rupture conventionnelle collective*, RDT 2021, p. 712.
- C. Grossholz, A. Löns, *Accord de rupture conventionnelle collective et licenciements : quelle compatibilité ?*, RJS 01/22, Conclusions.
- F. Taquet, *Champ d'application de la rupture conventionnelle collective*, Rev. proc. coll. n° 1, janvier 2022, comm. 13.
- FRS 20/21 inf 4, p. 5.
- RJS 01/22, n° 12.
- RJS 05/22, n° 239.

## ▪ Procédure lourde de licenciements collectifs avec PSE

### **PSE négocié : contrôle par le Drets du respect du critère de transparence financière des syndicats signataires**

#### **CE 6 avril 2022, n°444460**

Le Conseil d'Etat tranche une question dont la réponse n'allait pas de soi à la simple lecture des textes, en admettant que l'exigence de transparence financière nécessaire à la représentativité d'un syndicat relève du contrôle opéré par le Drets pour validation de l'accord collectif portant PSE.

Les incidences de cette décision sont importantes.

En premier lieu, le non-respect par un ou plusieurs syndicats signataires de l'accord collectif de ce critère à la date de signature de l'accord peut faire perdre à l'accord son caractère majoritaire et conduire à un

inéluçtable refus de validation (ou le cas échéant à l'annulation de la décision de validation). En l'espèce, le syndicat signataire qui n'avait pas satisfait à ses obligations représentait même 80% des suffrages en faveur des OSR au premier tour des élections professionnelles. Faute pour lui d'avoir assuré la publication des comptes du dernier exercice clos dans les conditions posées par l'article D. 2135-8 du code du travail ou justifié d'une mesure de publicité équivalente, aucun accord collectif ne pouvait en réalité être valablement conclu.

En second lieu, en considérant qu'il incombe à l'administration de vérifier que le ou les syndicats signataires satisfont aux critères de représentativité énoncés à l'article L. 2121-1 du code du travail, dont celui de la transparence financière, le Conseil d'Etat suggère bien que rentrent dans le périmètre de contrôle du Drets, non seulement le critère de l'audience et de la transparence financière, mais également l'ensemble des autres critères posés par l'article L. 2121-1 du code du travail. Ce serait donc à la satisfaction de l'ensemble des critères de représentativité que serait subordonnée la légalité de la décision de validation.

Enfin, inévitablement, se pose la question de la transposition de cette jurisprudence aux accords de RCC soumis aux exigences du droit commun des accords d'entreprise et qui doivent également faire l'objet d'une validation par l'autorité administrative.

• R. Chambon, *Le critère de transparence financière dans le champ du contrôle de l'administration d'un accord collectif portant PSE*, Conclusions, SSL n° 1997, 25 avril 2022, p. 5 et Lamy Actualités du droit, 22 avril 2022.

• G. François, *Le contrôle administratif de validation de l'accord portant plan de sauvegarde de l'emploi : quid de la vérification de la représentativité des organisations syndicales signataires ?*, BJT n° 07-08, 1<sup>er</sup> juillet 2022, p. 22.

• F. Géa, *La représentativité des syndicats signataires d'un accord portant PSE, nouvel objet de contrôle administratif de validation*, RDT 2022, p. 307.

• FRS 09/22, inf. 1, p. 2.

• RJS 06/22 n° 291.

## ▪ Conventions de forfait

### Nullité relative de la convention de forfait en heures

#### Cass. soc. 30 mars 2022, n°20-18.651, FS-B

De manière inédite, la Cour de cassation précise que seul le salarié peut se prévaloir de la nullité qui affecte une convention de forfait en heures.

En cas d'irrégularité affectant la convention de forfait de nullité, le salarié peut donc selon ses intérêts, soit se prévaloir de sa nullité afin que soit appliqué le droit commun, soit rester sur le terrain de la convention de forfait-heures si son régime lui est plus favorable, ce qui était le cas en l'espèce. L'employeur ne peut que subir le choix opéré par le salarié sans pouvoir exciper de l'irrégularité de la convention. Au cas présent, cela l'a conduit à devoir payer notamment des heures supplémentaires qui semble-t-il n'avaient pas été concrètement réalisées par le salarié.

- S. Borocco-Dillies, P. Pacotte, *Nullité relative de la convention de forfait en heures*, JSL n° 544, 20 juin 2022, p. 22.
- W. Fraisse, *Convention de forfait en heures : seul le salarié peut se prévaloir de sa nullité*, Dalloz Actualité, 12 mai 2022.
- S. Riancho, *forfait en heures : seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la convention*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2022, p. 15.
- S. Tourneaux, *Conditions et sanctions des conventions individuelles de forfait en heures*, Dr. soc. 2022, p. 436.
- FRS 09/22, inf. 5, p. 8.
- RJS 06/22, n° 296.

### Forfait-jours : absence de suivi effectif de la charge de travail et manquement à l'obligation de sécurité

#### Cass. soc. 2 mars 2022, n°20-16.683, FS-B

Les impératifs de protection de la santé et de droit au repos irriguent depuis plusieurs années le contentieux des conventions de forfait-jours. Fort logiquement, les litiges devraient aujourd'hui se concentrer sur le respect effectif par l'employeur des modalités

de suivi de la charge de travail. Or une défaillance de l'employeur n'a pas seulement pour conséquence de priver d'effet la convention individuelle de forfait-jours (voir encore récemment Cass. soc. 9 février 2022, n°20-18.602). Elle caractérise également un manquement de celui-ci à son obligation de sécurité susceptible d'ouvrir droit au profit du salarié à des dommages et intérêts pour le préjudice subi de ce fait. Encore que l'obligation de sécurité ait été jusqu'à présent semble-t-il peu mobilisée (voir cependant Cass. soc. 10 octobre 2018, n°17-10.250 qui reconnaît un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité faisant obstacle à la poursuite du contrat et justifiant le prononcé de la résiliation judiciaire du contrat), le présent arrêt témoigne du risque encouru pour l'employeur. La Cour de cassation censure en effet la décision des juges du fond qui avaient cru pouvoir conclure au respect par l'employeur de son obligation de sécurité du seul fait que celui-ci avait pris des mesures après que le salarié l'ait alerté sur sa souffrance psychologique, alors qu'il ne justifiait pas avoir pris les dispositions nécessaires de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié restent raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps du travail. La Cour de cassation en conclut que l'employeur avait manqué à son obligation de sécurité et qu'il appartenait alors aux juges du fond de vérifier si le salarié avait subi un préjudice de ce fait.

- L. de Montvalon, *L'actualité jurisprudentielle du forfait en jours*, SSL n° 2003, 6 juin 2022, p. 8.
- F. Dumont, *Protection de la santé et sécurité du salarié dans une convention de forfait en jours : l'employeur doit justifier d'une amplitude et d'une charge de travail raisonnables*, JCP S n° 19, 17 mai 2022, 1138.
- D. Julien-Paturle, *L'obligation de sécurité à laquelle est soumis l'employeur s'applique aux modalités des forfait-jours*, JSL n° 540, 20 avril 2022, p. 21.
- RJS 05/22, n° 254.

## ▪ Heures supplémentaires

### Refus non fautif du salarié en cas de recours systématique aux heures supplémentaires

**Cass. soc. 8 septembre 2021, n°19-16.908, F-D**

Le recours systématique de l'employeur aux heures supplémentaires emporte modification du contrat de travail que le salarié peut légitimement refuser. En l'espèce, il avait eu pour effet de porter la durée hebdomadaire du travail du salarié de 35h à 39h. La Cour de cassation saisit ici l'occasion de rappeler une solution jurisprudentielle quelque peu ancienne (Cass. soc. 16 mai 1991, n°89-44.485).

• RJS 11/21, n° 608.

**Incidence des jours de congés payés sur le seuil de déclenchement des heures supplémentaires**

**CJUE 13 janvier 2022, aff. C-514/20**

La CJUE juge contraires à l'article 7, §1 de la directive 2003/88/CE lu à la lumière de l'article 31, §2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les dispositions d'une convention collective qui ne prennent en compte que les heures effectivement accomplies à l'exclusion des heures correspondant aux jours de congés payés afin de déterminer si le salarié a droit au paiement d'heures supplémentaires.

Elle considère en effet qu'un tel mécanisme est de nature à dissuader le salarié d'exercer son droit à congés payés puisque la prise d'un congé est susceptible d'entraîner une réduction de sa rémunération.

Elle commande donc d'assimiler les congés payés, ou plus précisément les heures correspondant aux 4 semaines de congés garantis par la directive, à du temps de travail effectif pour le calcul des heures supplémentaires. La solution telle que formulée, n'a pas vocation à être restreinte aux seules dispositions conventionnelles ne comptabilisant que les heures de travail effectif à l'exclusion des heures correspondant aux congés. Elle pourrait donc avoir de larges répercussions en droit national si elle venait à être transposée par la Cour de cassation.

- J. Cavallini, *Congés payés et calcul des heures supplémentaires*, JCP S n° 4, 1<sup>er</sup> février 2022, 1028.
- L. Driguez, *Congés payés et temps de travail effectif*, Europe n° 3, mars 2022, comm. 89.
- J.-P. Lhernould, *Calcul des heures supplémentaires en cas de congés payés : un revirement de jurisprudence s'annonce en droit français*, in *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS n° 04/22, Chronique.
- M. Morand, *Les heures de congés payés comptabilisées comme travail effectif*, SSL n° 1988, 21 février 2022, p. 10.
- M. Véricel, *L'incidence des congés payés sur le calcul des heures supplémentaires*, RDT 2022, p. 392.

**▪ Congés payés**

**Licenciement nul : droit aux congés payés pour la période comprise entre le licenciement et la réintégration**

**Cass. soc. 1<sup>er</sup> décembre 2021, n°19-24.766, FS-B + R**

A la suite d'une décision de la CJUE du 25 juin 2020 (aff. C-762/18 et aff. C-37/19 - Cap sur le Droit 2020-2021, p. 8), la Chambre sociale de la Cour de cassation est amenée à faire évoluer sa jurisprudence. Alors qu'elle considérait que la période comprise entre le licenciement nul du salarié et sa réintégration n'ouvrait 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), elle admet dorénavant que le salarié peut prétendre à ses droits à congés payés pour la période d'éviction, sauf à ce que le salarié ait occupé un autre emploi durant cette période.

- C. Boucher d'Argis, *Licenciement nul : la période d'éviction ouvre droit aux congés payés en cas de réintégration*, Lamy Actualités du droit, 13 décembre 2021.
- F. Champeaux, *La période d'éviction ouvre droit à l'acquisition de jours de congés payés*, SSL n° 1979, 13 décembre 2021, p. 13.
- G. Duchange, *Précisions sur le régime des congés payés en cas de nullité du licenciement*, BJT n° 2, 1<sup>er</sup> février 2022, p. 12.
- D. Julien-Paturle, *Indemnité d'éviction suite à*

*réintégration pour licenciement nul : revirement sur les jours de congés payés*, Lamy Actualités du droit, 9 décembre 2021.

- J.-P. Lhernould, *Un licenciement nul ouvre droit aux congés payés pour la période d'éviction*, JSL n° 534, 24 janvier 2022, p. 15.
- L. Malfettes, *Licenciement nul : revirement concernant l'acquisition de congés payés pendant la période d'éviction*, Dalloz Actualité, 14 décembre 2021.
- J. Mouly, *Droit aux congés payés des salariés réintégrés après un licenciement nul : de l'influence inavouée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Dr. soc. 2022, p. 166.
- J.-P. Tricoit, *Indemnisation de la période d'éviction résultant de l'annulation d'un licenciement*, JCP G n° 3, 24 janvier 2022, 103.
- G. Vachet, *Nullité du licenciement et réintégration : la période d'éviction ouvre droit à congés payés*, JCP S n° 2, 18 janvier 2022, 1011.
- FRS 24/21, inf. 9, p. 17.
- RJS 02/22, n° 72.

### **Impossibilité de renoncer par avance dans le contrat de travail aux droits en matière de fractionnement du congé principal**

#### **Cass. soc. 5 mai 2021, n°20-14.390, n°20-14.391 et n°20-14-13.393, FS-P**

Considérant que les dispositions légales imposant l'accord du salarié en matière de fractionnement des congés principal sont d'ordre public, la Cour de cassation en déduit que le salarié ne peut par avance y renoncer dans son contrat de travail. Ce principe, ici dégagé sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 8 août 2016, devrait avoir vocation à s'appliquer aujourd'hui chaque fois qu'est requis l'accord individuel du salarié, à savoir pour le fractionnement de son congé principal, sauf lorsque le congé a lieu pendant la période de fermeture de l'entreprise (art. L. 3141-19 C. trav.), ainsi qu'à défaut d'accord collectif organisant le bénéfice des journées de congés supplémentaires pour fractionnement (art. L. 3141-23 C. trav.).

- Q. Chatelier, *L'impossible renonciation du salarié, dans le contrat de travail, à ses droits en matière de fractionnement des congés payés*, JCP S n° 25, 22 juin 2021, 1163.

- G. Duchange, *Congés payés et fêtes religieuses : une articulation délicate*, BJT n° 07-08, 1<sup>er</sup> juillet 2021, p. 18.
- M. Hautefort, *Un salarié ne saurait renoncer par avance à ses droits en matière de fractionnement des congés*, JSL n° 524, 21 juillet 2021, p. 16.
- S. Tourneaux, *Les règles de fractionnement des congés sont-elles vraiment d'ordre public ?*, Dr. soc. 2021, p. 860.
- M. Véricel, *Fractionnement des congés payés : le salarié ne peut pas renoncer au bénéfice d'un droit qu'il tient de dispositions d'ordre public*, RDT 2021, p. 525.
- FRS 11/21, inf. 10, p. 16.
- RJS 07/21, n° 392.

### **Application du délai de prévenance d'un mois à la 5<sup>ème</sup> semaine de congés payés et aux congés d'origine conventionnelle**

#### **Cass. soc. 2 mars 2022, n°20-22.261, FS-B**

A défaut d'accord collectif fixant un délai conventionnel pour modifier l'ordre et les dates de départ, l'article L. 3141-16 du code du travail impose le respect d'un délai de prévenance d'un mois, sauf circonstances exceptionnelles. Cette disposition n'opérant aucune distinction, la Cour de cassation considère que le délai de prévenance d'un mois s'applique non seulement aux 4 premières semaines de congés mais également à la 5<sup>ème</sup> semaine de congés. Elle admet de même son application, sauf disposition conventionnelle contraire, aux congés d'origine conventionnelle. Est ainsi jugée illicite la prise de congés imposée par l'employeur à la suite d'un mouvement de grève aux non-grévistes sans respect du délai de prévenance légal. On notera que pour les juges, la grève qui affectait semble-t-il assez lourdement l'entreprise depuis plusieurs semaines ne constitue pas une circonstance exceptionnelle qui aurait légitimé la modification des dates de congés par l'employeur.

- G. François, *La modification de l'ordre et des dates de congés : là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer*, JCP S n° 20-21, 24 mai 2022, 1147.
- D. Julien-Paturle, *Le délai de prévenance relatif*

à la modification des dates de congés ne s'applique pas qu'au congé principal, Lamy Actualités du droit, 24 mars 2022.

- FRS 06/22, inf. 12, p. 22.
- RJS 05/22, n° 257.

## ▪ Contrat de travail à temps partiel

**Heures complémentaires emportant dépassement de la durée légale du travail : gare à la requalification en contrat de travail à temps complet**

**Cass. soc. 15 septembre 2021, n°19-19.563, FS-B**

La réalisation d'heures complémentaires par le salarié à temps partiel ne doit pas porter la durée du travail accomplie par le salarié au niveau de la durée légale du travail (art. L. 3123-17 C. trav. dans sa version applicable à l'espèce, devenu art. L. 3123-9 C. trav.). A défaut, le contrat est requalifié en contrat à temps complet dès la première irrégularité (Cass. soc. 12 mars 2014, n°12-15.014). Mais lorsque la durée du travail du salarié est fixée mensuellement, et que le salarié a bien réalisé des heures complémentaires en dépassant cette durée mensuelle, faut-il pour déterminer si le seuil de la durée légale du travail a été atteint décompter les heures de travail réalisées au cours d'une semaine ou au cours du mois ? L'hésitation était permise à la lecture des dispositions légales applicables. La Cour de cassation opte en faveur d'une appréciation dans un cadre hebdomadaire. En l'espèce, le contrat de travail à temps partiel du salarié fixait sa durée du travail à 50 heures par mois. Au cours du mois de février 2015, il avait accompli 51,75 heures de travail soit 1,75 d'heure complémentaire, ce qui en soi ne posait pas de difficultés. Mais il apparaissait que lors de la première semaine du mois de février, le salarié avait travaillé 36,75 heures soit au-delà de la durée légale de 35 heures par semaine. La Cour de cassation en déduit que le contrat de travail à temps partiel devait, à compter de ce dépassement, être requalifié en contrat à temps complet. Il est donc recommandé de bien veiller à ce que la réalisation d'heures complémentaires

ne porte pas le nombre d'heures de travail réalisées sur une même semaine à plus de 35 heures, quand bien même le dépassement de la durée du travail mensuelle prévue au contrat serait parfaitement autorisé.

- L. Bento de Carvalho, *Temps partiel et heures complémentaires : gare aux faux plafonds !*, JCP S n° 42, 19 octobre 2021, 1259.
- D. Castel, *A la une – Durée du travail – De l'usage prudent du temps partiel*, JA 2021, n° 647, p. 11.
- N. Dedessus-Le-Moustier, *Temps partiel : heures complémentaires effectuées en dépassement de la durée légale*, JCP G n° 40, 4 octobre 2021, 1027.
- F. Favennec-Héry, *Les dangers du temps partiel mensuel*, SSL n° 1976, 22 novembre 2021, p. 13.
- E. Jeansen, *Temps partiel mensuel, heures complémentaires hebdomadaires*, in *Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 15, 14 avril 2022, 1162.
- J.-P. Lhernould, *Le salarié à temps partiel qui travaille à temps plein au cours d'une semaine donnée est un salarié à temps plein*, JSL n° 528, 22 octobre 2021, p. 10.
- FRS 18/21, inf. 9, p. 15.
- RJS 10/21, n° 609.

## ▪ Prescription : Action en requalification en CDI - Point de départ du délai

**Action en requalification d'une succession de contrats de mission fondée sur l'irrégularité du motif de recours au contrat**

**Cass. soc. 30 juin 2021, n°19-16.655, FS-B ;**  
**Cass. soc. 11 mai 2022, n°20-12.271, FS-B**

L'arrêt du 30 juin 2021 ôte tout doute sur l'application de la prescription biennale à laquelle sont soumises les actions portant sur l'exécution du contrat (art. L. 1471-1 du code du travail, en l'espèce dans sa rédaction issue de la loi du 14 juin 2013) à l'action en requalification d'un contrat de mission fondée sur l'irrégularité du motif de recours au contrat. Mais dans le prolongement de la solution précédemment dégagée en matière de CDD (Cass. soc. 29 janvier 2020, n°18-15.359), la Cour de cassation précise que le délai court à compter du terme du contrat ou,

en cas de succession de contrats comme en l'espèce, au terme du dernier contrat de mission. Elle rejette en conséquence l'argumentation de l'entreprise utilisatrice qui tendait pour une part à faire admettre que le salarié avait ou aurait dû avoir connaissance des faits lui permettant d'exercer son recours au jour de la conclusion du contrat.

S'agissant des effets de la requalification en CDI, la Cour de cassation admet, tout comme en matière de CDD, mais sur le fondement cette fois de l'article L. 1251-40 du code du travail, que le salarié est fondé à se prévaloir des droits afférents à un CDI prenant effet au premier jour de sa (première) mission (irrégulière).

Ces solutions sont confirmées dans une décision du 11 mai 2022 qui précise par ailleurs que lorsque la requalification porte sur une succession de contrats séparés par des périodes d'inactivité, ces dernières n'ont pas d'effet sur le point de départ de la prescription.

- F. Bousez, *Requalification d'une succession de contrats de mission fondée sur le motif de recours : point de départ du délai de prescription*, JCP S n° 26, 5 juillet 2022, 1188.
- C. Couëdel, *Régime de la prescription selon la nature de la créance invoquée : précisions*, Dalloz Actualité, 20 juillet 2021.
- D. Fallik Maynard, *Requalification de contrats de mission en CDI fondée sur le motif du recours : la prescription court à compter du terme du dernier contrat*, JCP S n° 38, 21 septembre 2021, 1231.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail mars 2021-octobre 2021*, D. 2022, p. 132.
- J. Icard, *Prescription et droit du travail : le grand remue-ménages de la chambre sociale*, SSL n° 1963, 19 juillet 2021, p. 7.
- K. Le Petitcorps, *Requalification de contrats de mission successifs en CDI : point de départ du délai de prescription*, Lamy Actualités du droit, 31 mai 2022.
- S. Riancho, *Précisions sur la prescription*, BJT n° 10, 1<sup>er</sup> octobre 2021, p. 12.
- FRS 01/22, inf. 20, p. 28.
- RJS 10/21, n° 526.
- RJS 07/22, n° 397.

**Action en requalification d'une succession de CAE pour non-respect par l'employeur de son**

## **obligation de formation et d'accompagnement dans l'emploi**

### **Cass. soc. 15 décembre 2021, n°19-14.018, FS-B**

Amenée à se prononcer sur la recevabilité d'une action en requalification de contrats d'accompagnement dans l'emploi à durée déterminée successifs fondée sur un manquement de l'employeur à son obligation de formation et d'accompagnement, la Cour de cassation conclut à l'application du délai de prescription de deux ans prévu pour les actions portant sur l'exécution du contrat (art. L. 1471-1 du code du travail).

S'agissant du point de départ du délai de prescription, la Cour de cassation écarte tant l'argumentation du salarié demandeur au pourvoi qui tendait à faire courir le délai à compter du dernier contrat, que le raisonnement de la Cour d'appel qui l'avait fixé en cours d'exécution des contrats, cette dernière considérant que le salarié avait connu les faits lui permettant d'exercer son droit à requalification, à savoir l'insuffisance de formation, tout au long de l'exécution de chaque contrat. Tenant compte du fondement de l'action, la Cour de cassation retient comme point du départ du délai de deux ans le terme de chacun des contrats conclus. C'est en effet à l'issue de chaque contrat que le salarié est en mesure d'apprécier le respect ou non par l'employeur de son obligation d'assurer des actions de formation, d'orientation et d'accompagnement dans l'emploi.

- F. Bousez, *Requalification d'un CAE pour insuffisance de formation : en cas de succession de contrats, le délai de prescription court à compter du terme de chaque contrat*, JCP S n° 7, 22 février 2022, 1048.
- C. Radé, *Point de départ de la prescription : nouvelle hypothèse concernant la requalification du contrat d'accompagnement dans l'emploi fondée sur le manquement de l'employeur à ses obligations professionnelles*, Dr. soc. 2022, p. 178.
- FRS 15/21, inf. 17, p. 29.
- RJS 02/22, n° 51.

## Action en requalification d'un CDD en CDI pour non-respect du délai de carence

**Cass. soc. 5 mai 2021, n°19-14.295, FS-P**

Suivant la même logique que les arrêts précédemment examinés, la Cour de cassation fait courir le délai de prescription de 2 ans de l'action en requalification d'un CDD en CDI fondée sur un non-respect par l'employeur du délai de carence entre deux CDD successifs (art. L. 1244-3 C. trav.) à compter du premier jour d'exécution du second contrat. C'est en effet à cette date que le manquement de l'employeur est caractérisé et que le salarié est en mesure d'en avoir connaissance.

- F. Bousez, *Application dans le temps de la loi réduisant le délai de prescription applicable à l'action en requalification du contrat à durée déterminée : une décision cohérente*, JCP S n° 26, 29 juin 2021, 1168.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail mars 2021-octobre 2021*, D. 2022, p. 132.
- J. Icard, *Détermination du point de départ de la prescription biennale pour l'action en requalification d'un CDD en cas de non-respect du délai de carence*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2021, p. 13.
- F. Taquet, *Prescription de l'action en requalification d'un CDD en CDI : point de départ du délai*, Rev. proc. coll. n° 5, septembre 2021, comm. 132.
- S. Tournaux, *Prescription de l'action en requalification des CDD à défaut de délai de carence*, Dr. soc. 2021, p. 851.
- FRS 11/21, inf. 12, p. 19.
- RJS 07/21, n° 375.

### ▪ Prescription : Action fondée sur un harcèlement – Point de départ du délai

**Délai de prescription de l'action fondée sur un harcèlement : il court à compter de la date du dernier agissement de l'auteur présumé**

**Cass. soc. 9 juin 2021, n°19-21.931, FS-P**

Il n'était pas vraiment douteux que les actions fondées sur un harcèlement soient soumises à la prescription quinquennale de droit commun (art. 2224 C. civ.), l'application des prescriptions annale et biennale ayant été

expressément écartée par le législateur dans cette hypothèse (art. L. 1471-1 C. trav.). La Cour de cassation en apporte ici une confirmation expresse. En revanche, la question de la fixation du point de départ du délai de 5 ans était beaucoup plus délicate à trancher.

En l'espèce, l'employeur soutenait que la prescription était acquise, le salarié ayant connu ou dû connaître les faits permettant d'exercer ses droits au jour où il s'était rapproché de l'inspection du travail en s'estimant victime d'une forme de harcèlement moral, nonobstant son licenciement ultérieur. Il s'attachait donc à la date à laquelle s'était manifestée la conscience du salarié de ce qu'il subissait des actes de harcèlement. Son raisonnement est toutefois rejeté par la Cour de cassation. Celle-ci approuve les juges du fond d'avoir retenu comme point de départ du délai de prescription la date du dernier agissement de l'auteur présumé de harcèlement, à savoir en l'espèce, la date du licenciement du salarié.

La Cour de cassation précise de plus que l'action n'étant pas en l'espèce prescrite, la Cour d'appel était fondée à prendre en considération, afin de statuer au fond, l'ensemble des agissements invoqués à l'appui du harcèlement quelle que soit leur date de commission. Elle balaie ainsi l'argumentation de l'employeur tendant à écarter de l'appréciation du juge les faits antérieurs de plus de 5 ans à sa saisine.

- M. Hautefort, *Action en réparation du harcèlement moral : la délicate question du point de départ de la prescription*, Lamy Actualités du droit, 29 juin 2021.
- J. Icard, *Prescription et droit du travail : le grand remue-méninges de la chambre sociale*, SSL n° 1963, 19 juillet 2021, p. 7.
- H. Nasom-Tissandier, *Le point de départ du délai de prescription en matière de harcèlement moral : vers une appréciation objective ?*, JSL n° 525, 9 septembre 2021, p. 14.
- FRS 13/21, inf. 13, p. 19.
- RJS 08-09/21, n° 423.

### ▪ Harcèlement moral : qualification des faits dénoncés par le salarié

## Attention à la qualification dans la lettre de licenciement de faits dénoncés par le salarié !

**Cass. soc. 9 juin 2021, n°20-15.525, F-D ; Cass. soc. 29 septembre 2021, n°20-14.179, F-D**

Dans un arrêt du 13 septembre 2017 (n° 15-23.045, Cap sur le droit 2017-2018, p. 9), la Cour de cassation a exclu du bénéfice de la protection légale contre le licenciement consécutif à la dénonciation de faits de harcèlement, le salarié qui faisait uniquement état du traitement qu'il avait subi sans expressément invoquer l'existence d'un harcèlement moral. Un arrêt du 29 septembre 2021 confirme à nouveau cette solution. Mais dans une décision du 9 juin 2021, la Cour de cassation y apporte un tempérament non négligeable. Elle y censure en effet la décision de la Cour d'appel qui, pour rejeter la demande du salarié en nullité de son licenciement, s'était appuyée sur cette jurisprudence bien établie alors que l'employeur avait expressément fait état dans la lettre de licenciement d'accusations d'harcèlement moral qu'il jugeait inexacts. L'employeur doit donc particulièrement veiller à ne pas qualifier dans la lettre de licenciement d'harcèlement moral les faits dénoncés par le salarié, quand bien même il s'agirait de les dénier, alors que le salarié n'aurait pas lui-même procédé à cette qualification.

• C. Leborgne-Ingelaere, *Le harcèlement au travail : bilan 2021*, JCP S n° 51-52, 21 décembre 2021, 1323.

### ▪ Préjudice d'anxiété

#### Preuve du préjudice d'anxiété

**Cass. soc. 15 décembre 2021, n°20-11.046, FS-B ; Cass. soc. 15 décembre 2021, n°20-15.878, FS-D ; CE 28 mars 2022, n°453378**

Depuis la décision de son Assemblée plénière du 5 avril 2019, la Cour de cassation distingue :

- les salariés relevant du « dispositif pré-retraite amiante » (Acaata) et dont l'établissement employeur est inscrit sur une

liste par arrêté ministériel qui bénéficient d'une présomption d'exposition à l'amiante et de leur anxiété

- les salariés « hors établissement listé » qui doivent apporter la preuve de leur exposition effective à l'amiante (ou substance toxique ou nocive) et de ce que cette exposition engendrait un risque élevé de développer une pathologie grave, ainsi que la preuve du préjudice d'anxiété personnellement subi (l'employeur étant par ailleurs admis à prouver qu'il avait bien respecté son obligation de sécurité).

Co-existent donc deux régimes distincts, mais comme en témoigne la première espèce, un salarié peut basculer de l'un à l'autre à la suite de l'annulation par le juge administratif de l'arrêté inscrivant l'établissement employeur sur la liste. Le salarié ne peut alors obtenir indemnisation de son préjudice d'anxiété que dans les conditions du droit commun. Le juge est toutefois parfaitement fondé à retenir la date de l'inscription de l'établissement sur la liste comme point de départ du délai de prescription de son action en réparation du préjudice d'anxiété, peu important la remise en cause ultérieure de l'arrêté, dès lors que c'est cette inscription qui lui a donné une connaissance des faits lui permettant d'exercer son action (1<sup>ère</sup> espèce).

Son indemnisation reste toutefois subordonnée notamment à la preuve d'un préjudice d'anxiété personnellement subi. Les présents arrêts sont révélateurs de ce que le juge ne peut se contenter de déduire le préjudice d'anxiété de l'exposition du salarié à un produit aussi dangereux soit-il que l'amiante. La Cour de cassation rappelle en effet que le préjudice d'anxiété, qui ne résulte pas de la seule exposition au risque créé par une substance nocive ou toxique, est constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance du risque élevé de développer une pathologie grave. Le fait que les études scientifiques démontrent depuis des années le lien causal entre l'inhalation de poussières d'amiante et des maladies engageant le pronostic vital, que le salarié justifie d'exams et d'un suivi médical post-exposition à l'amiante et que d'anciens collègues déclarent une maladie

professionnelle liée à l'amiante est insuffisant à établir le préjudice d'anxiété personnellement subi (2<sup>nd</sup>e espèce). La rigueur avec laquelle la Cour de cassation maintient l'exigence de la preuve d'un trouble psychologique résultant de la connaissance par le salarié de ce qu'il risque de développer une pathologie grave est toutefois relativisée par le fait que cette preuve peut résulter de simples attestations de proches faisant état, comme en l'espèce, de crises d'angoisses régulières, de la peur du salarié de se soumettre aux examens médicaux, d'insomnies et d'un état anxio-dépressif (1<sup>er</sup> arrêt).

Il n'en demeure pas moins que la position adoptée par la Cour de cassation contraste avec celle du Conseil d'Etat appelé de manière similaire à se prononcer sur la responsabilité d'un employeur public à la suite de l'exposition d'un travailleur à l'amiante (hors établissement listé). Dans un arrêt du 28 mars 2022, et donc en parfaite connaissance de cause de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur ce point, le Conseil d'Etat admet que dès lors que le travailleur apporte la preuve d'une exposition effective à l'amiante (celle-ci résultant de la manipulation directe par le salarié de l'amiante ou d'une présence d'une certaine durée et intensité dans un environnement de travail comportant de l'amiante) de nature à l'exposer à un risque élevé de développer une pathologie grave et de voir son espérance de vie diminuée, le préjudice d'anxiété découlant de sa conscience d'être exposé à un risque élevé de développer une pathologie grave doit être indemnisé « sans avoir à apporter la preuve de manifestations de troubles psychologiques ». Le Conseil d'Etat veille ainsi davantage à ce que le juge s'attache aux conditions d'exposition du travailleur à l'amiante dont pour lui découle l'importance du risque de développer une pathologie grave (cette gravité ne faisant aucun doute s'agissant de l'amiante), mais une fois rapportée la preuve de ce que le travailleur a été soumis à un risque élevé de développer une pathologie grave, il considère que le préjudice d'anxiété doit être reconnu. Notons que parmi les éléments avancés par sa

rapporteuse publique pour écarter l'exigence d'une preuve de l'anxiété elle-même, figurait l'argument selon lequel « l'anxiété ne se traduit pas nécessairement par un suivi médical » et que « s'il s'agit de n'exiger que des attestations de proches, nous ne voyons guère d'intérêt d'imposer ni aux requérants, leur production, ni aux juges du fond, leur contrôle, alors qu'elles pourront être produites facilement et sans qu'il soit aisé d'en mesurer leur intérêt, par un requérant voulant légitimement que son préjudice soit reconnu » (M. Le Corre). On voit que le débat entre les deux hautes juridictions est déjà ouvert.

- D. Asquinazi-Bailleux, *Une avancée dans la preuve du préjudice d'anxiété hors ACAATA*, JCP S n° 2, 18 janvier 2022, 1015 ; *Le préjudice d'anxiété devant le Conseil d'Etat : un préjudice d'exposition ?*, BJT n° 07-08, 1<sup>er</sup> juillet 2022, p. 28.
- L. Bloch, *Amiante : conséquence de l'annulation de l'arrêt plaçant l'employeur sur la liste des établissements susceptibles d'ouvrir droit à la l'Acaata*, Resp. civ. et assur. n° 2, février 2022, comm. 46.
- F. Champeaux, *Le Conseil d'Etat facilite la preuve de l'anxiété en présence d'un risque particulièrement important*, SSL n° 1996, 18 avril 2022, p. 12 et Lamy Actualités du droit, 15 avril 2022.
- Q. Chatelier, *Préjudice d'anxiété : (encore) de nouvelles précisions !*, JSL n° 535, 7 février 2022, p. 14 ; *Le Conseil d'Etat consacre une (large) présomption d'anxiété !*, JSL n° 542, 17 mai 2022, p. 22.
- L. de Montvalon, *Prouver l'anxiété*, SSL n° 1990, 7 mars 2022, p. 6.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail octobre 2021-mai 2022*, D. 2022, p. 1280.
- C. Friedrich, *De la preuve du préjudice d'anxiété résultant de l'exposition aux poussières d'amiante*, JCP A n° 13, 4 avril 2022, act. 268.
- C. Lantero, *Le juge administratif, l'amiante et le préjudice d'anxiété*, JCP A n° 16, 25 avril 2022, 2143.
- M. Le Corre, *L'exposition à l'amiante dispense de prouver l'anxiété en résultant*, AJDA 2022, p. 1243.
- D. Necib, *Indemnisation du préjudice d'anxiété des marins exposés à l'amiante : la brèche est ouverte*, Dalloz Actualité, 6 avril 2022.
- A. Tardif, *La réparation du préjudice d'anxiété*

*des travailleurs de l'amiante devant le Conseil d'Etat : vers un dialogue des juges ?*, JCP E n° 24, 16 juin 2022, 1220.

- Actualités FL, 17 janvier 2022.
- RJS 02/22, n° 70.
- Actualités FL, 13 mai 2022.
- RJS 06/22, n° 339.

## ▪ Faute inexcusable de l'employeur

### Présomption de faute inexcusable de l'employeur lorsque le salarié lui a préalablement signalé le risque

#### Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 8 juillet 2021, n°19-25.550, F-B

La Cour de cassation n'a que rarement l'occasion de se prononcer sur l'application de l'article L. 4131-4 du code de travail qui instaure une présomption irréfragable de faute inexcusable de l'employeur lorsque le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle a préalablement signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé.

En l'espèce, pour exclure le jeu de la présomption, les juges du fond avaient adopté une conception restrictive du signalement requis. Ils avaient en effet considéré que la seule transmission à l'employeur d'une lettre anonyme de menace de mort assortie d'une proposition de stratégie de la part du salarié pour en démasquer les auteurs ne caractérisait pas une alerte portant sur son exposition à un risque physique d'agression.

La Cour de cassation condamne cette approche limitative alors que la lettre de menaces était intervenue dans un contexte de fortes tensions internes, la victime enquêtant sur des salariés de l'entreprise à la suite de soupçons de vols chez des clients, de telle sorte qu'il y avait bien lieu d'admettre que le salarié avait signalé à son employeur le risque d'agression qui s'était ensuite concrétisé.

Ce faisant, la Cour de cassation admet nécessairement que le jeu de la présomption ne se réduit pas aux seules hypothèses dans lesquelles le salarié (ou un représentant du personnel) aurait exercé son « droit d'alerte » dans les conditions de l'article L. 4131-1 du code du travail. L'intégration des articles L. 4131-1 et L. 4131-4 du code du travail dans un

même titre consacré aux « droits d'alerte et de retrait » aurait pu laisser penser le contraire. La Cour de cassation s'était toutefois déjà prononcée en ce sens avant recodification alors que le code du travail semblait encore davantage lier les dispositions considérées (Cass. soc. 17 juillet 1998, n°96-20.988 ; arts. L. 231-8 et L. 231-8-1 C. trav. anc.).

- L. de Montvalon, *Sur la présomption de faute inexcusable de l'employeur alerté d'un danger*, SSL n° 1967, 20 septembre 2021, p. 11.
- B. Fieschi, *Aggression et présomption irréfragable de faute inexcusable*, JCP S n° 38, 21 septembre 2021, 1232.
- M. Keim-Bagot, *La faute inexcusable de droit n'est pas subordonnée à l'exercice du droit d'alerte*, BJT n° 10, 1<sup>er</sup> octobre 2021, p. 40.
- C. Radé, *Faute inexcusable de droit et obligation de sécurité de l'employeur*, Resp. civ. et assur. n° 10, octobre 2021, comm. 174.
- RJS 08-09/21, n° 572.

## ▪ Préjudice « nécessaire »

### Atteinte au droit à l'image des salariés et anciens salariés

#### Cass. soc. 19 janvier 2022, n° 20-12.420, F-D

La Chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà affirmé 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 (Cass. soc. 12 novembre 2020, n°19-20.583 – Cap sur le droit 2020-2021, p. 16). Sur le même fondement, elle précise cette fois, qu'il en va de même en cas d'atteinte au droit à l'image du salarié qui porte sur sa captation, sa conservation, sa reproduction et son utilisation.

Une grande vigilance s'impose donc, d'autant que la demande en dommages et intérêts peut émaner non seulement de salariés de l'entreprise mais également, comme en l'espèce, d'anciens salariés. A suivre une décision cependant quelque peu ancienne et non publiée, il serait toutefois possible de recueillir en amont le consentement du salarié pour une période s'étendant au-delà de la

rupture du contrat du travail (Cass. soc. 18 décembre 1996, n°93-44.825).

- P. Bailly, *Un retour discret du préjudice « nécessaire » ?*, SSL n° 1991, 14 mars 2022, p. 4.
- B. Bauduin, A. Brousse, *Controverse : un préjudice nécessaire, pour quoi faire ?*, RDT 2022, p. 209.
- A. Lepage, *Du sort de l'image des salariés après la rupture du contrat de travail*, Comm. com. électr. n° 3, mars 2022, comm. 21.
- J.-P. Lhernould, *L'employeur ne doit pas porter atteinte à l'image de de ses salariés et ex-salariés*, JSL n° 538, 18 mars 2022, p. 20.
- FRS 04/22, inf. 6, p. 9.
- RJS 04/22, n° 175.

## Dépassement de la durée maximale du travail

### Cass. soc. 26 janvier 2022, n°20-21.636, FS-B

Une décision récente, cependant non publiée, laissait penser que le salarié devait justifier d'un préjudice résultant de la violation de la durée maximale du travail pour bénéficier de dommages et intérêts (Cass. soc. 18 mars 2020, n°18-20.447 relatif à un dépassement de la durée maximale quotidienne). C'est l'exact contre-pied que prend la Cour de cassation dans le présent arrêt, cette fois publié, en énonçant sans ambiguïté que le seul constat du dépassement de la durée maximale du travail, en l'espèce hebdomadaire, ouvre droit à réparation. Elle censure en conséquence la décision des juges du fond qui avaient rejeté la demande en DI du salarié faute pour lui d'avoir démontré avoir subi un préjudice.

La solution repose sur le droit de l'Union européenne. La Cour de cassation opère en effet une lecture des dispositions légales (art. L. 3121-35 C. trav. devenu art. L. 3121-20 C. trav.) à la lumière de la directive 2003/88/CE et s'appuie directement sur la jurisprudence de la CJUE en rappelant que celle-ci admet que la violation de la directive, en ses dispositions relatives à la durée maximale hebdomadaire du travail, prive le travailleur d'un repos suffisant, et « lui cause de ce seul fait, un préjudice dès lors qu'il est porté atteinte à sa sécurité et à sa santé ».

- P. Bailly, *Un retour discret du préjudice « nécessaire » ?*, SSL n° 1991, 14 mars 2022, p. 4.
- B. Bauduin, A. Brousse, *Controverse : un préjudice nécessaire, pour quoi faire ?*, RDT 2022, p. 209.
- J. Cortot, *Non, le préjudice nécessaire n'est pas mort*, Dalloz Actualité, 2 mars 2022.
- D. Julien-Paturle, *Le seul constat du dépassement de la durée maximale hebdomadaire de travail ouvre droit à réparation*, Lamy Actualités du droit, 7 février 2022.
- J.-P. Lhernould, *Travailler plus de 48 heures par semaine cause nécessairement un préjudice : de nouvelles perspectives pour les salariés ?*, JSL n° 537, 4 mars 2022, p. 13.
- M. Morand, *Dépassement de la durée maximale hebdomadaire cause nécessairement un préjudice*, JCP S n° 7, 22 février 2022, 1049 et JCP E n° 10, 10 mars 2022, 1099.
- J. Mouly, *Violation de la durée maximale hebdomadaire de travail : la théorie du préjudice nécessaire fait de la résistance*, Dr. soc. 2022, p. 369.
- S. Ranc, *Le préjudice nécessaire fait de la résistance*, BJT n° 3, 1<sup>er</sup> mars 2022, p. 12.
- FRS 05/22, inf. 8, p. 14.
- RJS 03/22, n° 139.

## ▪ Droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits et libertés

### Indépendance de l'action en défense des droits et libertés et de l'action individuelle du salarié en exécution et rupture de son contrat de travail

### Cass. soc. 8 septembre 2021, n°20-14.011, FS-B

C'est à tort qu'une Cour d'appel a jugé irrecevable la demande d'un salarié au titre de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail en raison de faits de harcèlement dont il s'estimait victime au motif qu'y faisait obstacle l'autorité de la force jugée attachée à un jugement rejetant la demande d'un représentant du personnel fondée sur l'article L. 2313-2 du code du travail.

Les deux actions n'ont effet pas le même objet. L'action prévue à l'article L. 2313-2 du code du travail (devenu l'article L. 2312-59) tend à faire ordonner les mesures propres à

faire cesser une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique ou mentale ou aux libertés individuelles et se distingue ainsi de l'action du salarié au titre de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail. Cette dernière est donc recevable quand bien même un jugement antérieur rendu en la forme des référés (aujourd'hui selon la procédure accélérée au fond) aurait refusé de faire droit à la demande d'un représentant du personnel fondée sur l'article L. 2313-2 du code du travail.

- S. Brissy, *Actions en justice suite à une alerte pour harcèlement moral*, JCP S n° 42, 19 octobre 2021, 1261.
- A. Bugada, *Action en justice du salarié après une procédure d'alerte par un représentant du personnel*, Procédures n° 1, janvier 2022, comm. 17.
- E. Clément, *Harcèlement : l'action en substitution d'un syndicat et l'action du salarié peuvent se succéder*, Dalloz Actualité, 27 septembre 2021.
- M. Eliphe, *Droit d'alerte liberté : le salarié peut engager une action ultérieure au titre de son contrat de travail*, JCP E n° 46, 18 novembre 2021, 1495.
- F. Guiomard, *L'obscurité clarté de la succession des actions collectives et individuelles en justice*, RDT 2021, p. 597.

## ▪ Elections professionnelles

### **Demandes simultanées d'annulation du protocole préélectoral et d'annulation des élections**

#### **Cass. soc. 12 mai 2021, n°19-23.428, F-P**

De manière inédite, la Cour de cassation admet qu'un syndicat qui demande l'annulation du protocole préélectoral est recevable à solliciter, dans la même déclaration, l'annulation des élections à intervenir en application de ce protocole sans avoir à réitérer cette demande après les élections. Le délai pour agir de 15 jours à compter de l'élection prévu par l'article R. 2314-24 du code du travail ne lui est alors pas opposable. A suivre la décision, la demande d'annulation des élections doit toutefois être expressément formulée. Elle ne peut se

déduire de la seule demande d'annulation du protocole préélectoral. Et la solution ne vaut que pour le moyen tiré de l'annulation du protocole préélectoral. Invoquer un autre moyen à l'appui de l'annulation des élections suppose une nouvelle demande dans le respect du délai de 15 jours.

- S. Ala, M.-P. Lanoue, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation Chambre sociale*, D. 2021, p. 1490.
- F. Bergeron-Canut, *Demande anticipée d'annulation des élections*, BJT n° 9, 1<sup>er</sup> septembre 2021, p. 30.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail mars 2021-octobre 2021*, D. 2022, p. 132.
- L. Malfettes, *Contestation du protocole préélectoral et demande d'annulation des élections*, Dalloz Actualité, 1<sup>er</sup> juin 2021.
- Y. Pagnerre, *La représentation collective dérogatoire des gérants de succursales*, JCP S n° 28, 13 juillet 2021, 1186.
- F. Petit, *La contestation des élections professionnelles présentée au juge avant la proclamation des résultats*, Dr. soc. 2021, p. 764.
- M.-C. Tual, *Un syndicat qui conteste le protocole préélectoral peut demander l'annulation des élections à venir*, Lamy Actualités du droit, 26 mai 2021.
- FRS 12/21, inf. 14, p. 31.
- RJS 08-09/21, n° 470.

## **Vote électronique**

### **Cass. soc. 1<sup>er</sup> juin 2022, n°20-22.860, F-B**

Il appartient à l'employeur de s'assurer que les salariés ne disposant pas de poste informatique sont effectivement en mesure d'exercer leur droit de vote. L'employeur doit en effet prendre les précautions appropriées pour qu'aucune personne ne disposant pas du matériel nécessaire ou résidant dans une zone non desservie par internet ne soit écartée du scrutin. En l'espèce, alerté de difficultés que connaissaient certains salariés, l'employeur avait préjugé à tort, que tout salarié avait la possibilité pendant la période d'ouverture du vote d'accéder à des moyens techniques à distance lui permettant d'y participer. Il avait également interdit pour des raisons de sécurité et de confidentialité d'utiliser les postes et ordinateurs des autres salariés mais

sans justifier de ce qui l'empêchait de mettre en place des terminaux dédiés.

Les conséquences sont lourdes : la Cour de cassation en déduit une atteinte au principe général d'égalité face à l'exercice du droit de vote, constituant à elle seule une cause d'annulation du scrutin, quelle que soit son incidence sur le résultat.

- A. Bonardi, *Elections professionnelles et principe général d'égalité face à l'exercice du droit de vote*, JCP S n° 26, 5 juillet 2022, 1187.
- C. Couëdel, *Vote électronique : atteinte au principe d'égalité en cas d'impossibilité matérielle d'exercer son droit de vote*, Dalloz Actualité, 22 juin 2022.
- G. Dedessus-Le-Moustier, *Reconnaissance du principe général d'égalité face à l'exercice du droit de vote*, JCP G n° 24, 20 juin 2022, 750.
- M.-C. Tual, *Vote électronique : le principe d'égalité face à l'exercice du droit de vote doit être respecté*, Lamy Actualités du droit, 14 juin 2022.
- FRS 13/22, inf. 10, p. 20.

### **Annulation des élections en cas de refus illégal de réintégration d'un salarié protégé**

#### **Cass. soc. 19 janvier 2022, n°21-10.264, FS-D**

Le refus illégal de réintégrer un salarié protégé dont l'autorisation de licenciement a été annulée, alors que le salarié avait indiqué à l'employeur qu'à défaut de réintégration, il serait susceptible de contester les élections faute d'être en mesure de se porter candidat, constitue une irrégularité qui a influencé le résultat du scrutin et qui justifie l'annulation des élections, le salarié ayant été mis dans l'impossibilité non seulement d'être électeur mais également d'être éligible.

- S. Theallier, *Le refus illégal de réintégration d'un salarié protégé peut justifier seul l'annulation des élections professionnelles auxquelles il n'a pas pu se présenter*, JCP S n° 8, 1<sup>er</sup> mars 2022, 1061.
- FRS 05/22, inf. 14, p. 25.
- RJS 04/22, n° 203.

### **Recours à un expert par le CSE**

#### **Désignation par le CSE d'un expert afin de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle**

#### **Cass. soc. 14 avril 2021, n°19-23.589, FS-P**

La Cour de cassation apporte un utile éclairage sur les articles L. 2315-94 et L. 2315-95 du code du travail prévoyant dans les entreprises d'au moins 300 salariés la faculté pour le CSE de désigner un expert en vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle.

Il était en effet permis à la suite des évolutions législatives successives d'hésiter sur leur finalité exacte. En l'espèce, l'employeur soutenait que le recours à l'expert n'était possible que si le CSE lui-même participait à la négociation, et non pas dans le cadre d'une négociation menée avec les organisations syndicales. Cette lecture restrictive et difficilement compatible avec la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle est écartée par la Cour de cassation. Elle admet ainsi que les articles L. 2315-94 et L. 2315-95 du code du travail autorisent le CSE à faire appel à un expert afin qu'il apporte aux organisations syndicales toute analyse utile dans le cadre de la préparation de la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle. Elle précise de plus, en réponse à l'employeur qui estimait en toute hypothèse la désignation de l'expert tardive car opérée après ouverture des négociations, qu'il importe uniquement que celle-ci soit réalisée en un temps utile à la négociation.

En revanche, la Cour de cassation procède à une lecture stricte des articles L. 2315-94 et L. 2315-95 du code du travail lorsqu'elle refuse d'étendre la faculté de recourir à un expert pour la préparation de la négociation sur la qualité de vie au travail (aujourd'hui qualité de vie et des conditions de travail) bien que cette dernière soit simultanément visée dans le « bloc » de négociation obligatoire des articles L. 2242-1 et L. 2242-17 du code du travail.

Enfin, la Cour de cassation apporte des précisions concernant la prise en charge du coût de l'expertise. Est énoncé qu'en l'absence de tout indicateur relatif à l'égalité professionnelle au sein de la base de données économiques et sociales, les frais d'expertise sont intégralement pris en charge par l'employeur (art. L. 2315-80 C. trav.). Dans les autres cas, les frais de l'expertise sont répartis

à hauteur de 20 % pour le CSE et 80 % pour l'employeur.

- G. Auzero, *Négociations sur l'égalité professionnelle et recours à l'expertise par le CSE*, BJS n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2021, p. 15.
- J. Cortot, *Précisions sur l'expertise préparant la négociation sur l'égalité professionnelle*, Dalloz Actualité, 4 mai 2021.
- E. Delgado, *Négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : droits, étendue et modalités du recours à l'expertise du CSE*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 217, 1<sup>er</sup> septembre 2021, p. 15.
- G. François, *Premières précisions jurisprudentielles relatives à l'expertise décidée par le CSE en vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2021, p. 38.
- C. Gontard, *Egalité professionnelle : domaine d'intervention de l'expert désigné par le CSE*, Lamy Actualités du droit, 3 mai 2021.
- J.-Y. Kerbourc'h, *Expertise CSE en vue de la négociation sur l'égalité professionnelle : destinataires, délais, champ et prise en charge des honoraires*, JCP S n° 25, 22 juin 2021, 1165.
- F. Signorreto, *Négociation sur l'égalité professionnelle : réduction du champ de la mission de l'expert du CSE*, RDT 2021, p. 527.
- M. Tual, *Egalité professionnelle : précisions sur l'expert du CSE*, Lamy Actualités du droit, 14 avril 2021.
- FRS 10/21, inf. 11, p. 17.
- RJS 06/21, n° 318.

### **Modalités du recours à un expert en cas de « risque grave »**

**Cass. soc. 12 mai 2021, n°20-12.072, F-D ;**  
**Cass. soc. 27 mai 2021, n°19-24.344, F-D ;**  
**Cass. soc. 12 mai 2021, n°19-11.200, F-D**

Les représentants du personnel peuvent recourir à une expertise aux frais de l'employeur lorsqu'un risque grave est constaté (art L. 4614-12 C. trav. anc. devenu art. L. 2315-94 C. trav.). Rappelons que depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, l'article L. 2315-94 du code du travail reprend expressément l'exigence d'un risque grave « identifié et actuel » précédemment dégagée par la jurisprudence.

Un premier arrêt du 12 mai 2021 (n°20-12.072) relatif à la contestation de la

désignation d'un expert par la CHSCT du CHU de Rouen à la suite de l'incendie de l'usine Lubrizol précise que l'existence d'un risque grave s'apprécie au moment de la délibération du comité. En conséquence, il importe peu que des analyses ultérieures de la qualité de l'air n'aient révélé aucun danger dès lors qu'à la date de la désignation de l'expert, il était établi que l'incendie avait d'abord produit un large nuage de fumée sur plus de 20 km puis des retombées de suie alors qu'il était avéré qu'un grand nombre de produits toxiques avaient brûlé et que de nombreuses personnes exposées au nuage de fumée s'étaient plaintes de troubles.

L'exigence d'un risque grave, identifié et actuel au moment de la délibération du comité n'est toutefois pas exclusive d'un risque ancien mais persistant. Reste « actuel » le risque grave non traité ou insuffisamment traité par l'employeur et qui perdure ainsi dans le temps (2<sup>ème</sup> espèce). La Cour de cassation confirme ainsi que le comportement de l'employeur face à un risque avéré n'est pas indifférent. Mais si dans une précédente affaire, la réaction de l'employeur avait amené le juge à considérer que le risque grave avait disparu (Cass. soc. 19 mai 2015, n°13-24.887), cette fois l'insuffisance des mesures prises le conduit à conclure à un risque toujours « actuel ». Aussi justifie-t-il le recours à l'expertise faute de tout « travail d'ampleur pluridisciplinaire » et de dates effectives de réalisation des mesures préconisées dans les programmes successifs de prévention malgré la multiplication des alertes depuis plusieurs années quant à la surcharge de travail, les entorses à la durée quotidienne de repos, ou encore le manque d'effectifs et la survenance de trois nouveaux incidents graves.

La Cour de cassation confirme cependant dans la troisième espèce, la nécessité pour les représentants du personnel de justifier d'éléments objectifs caractérisant un risque avéré (Cass. soc. 14 novembre 2013, n°10-15.206). Ainsi, l'existence d'un risque grave, en l'occurrence psychosocial, n'est pas caractérisée lorsque les représentants du personnel ne font valoir que des éléments isolés, non corrélés entre eux, contestés et non étayés par des éléments objectifs.

- O. Levannier-Gouël, *Sécuriser le recours à l'expert habilité en cas de risque grave par le CSE*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 216, 1<sup>er</sup> juillet 2021, p. 23 ; *Expert habilité : l'appréciation du risque grave*, SSL n° 1965, 6 septembre 2021, p. 15.
- FRS 12/21, inf. 13, p. 27.
- RJS 07/21, n° 395.
- RJS 08-09/21, n° 458.

### **Contestation du choix de l'expert : défaut d'abus manifeste dans la désignation de l'expert (illustration)**

#### **Cass. soc. 22 septembre 2021, n°20-17.635, F-D**

La Cour de cassation rappelle que le juge n'a pas à contrôler le choix de l'expert « risque grave » et ne peut dès lors, sur demande de l'employeur, enjoindre aux représentants du personnel de désigner un nouvel expert, sauf abus manifeste. La jurisprudence leur reconnaît en effet une liberté de choix dès lors que l'expert est bien agréé (aujourd'hui « habilité » (art. L. 2315-94 C. trav.)). La restriction que constitue l'abus manifeste dans la désignation de l'expert n'est toutefois que rarement reconnu. Seul un arrêt de la Cour de cassation relativement ancien en offre une illustration dans une affaire où le coût de l'expertise était manifestement surévalué (Cass. soc. 26 juin 2001, n°99-18.249). En l'espèce, le Président du Tribunal judiciaire avait relevé que la désignation de l'expert avait été réalisée sans disposer ni d'offre, ni d'explication sur la méthodologie proposée ou le coût de l'intervention. Il avait alors conclu à un manquement des représentants du personnel à leur devoir de loyauté s'agissant des modalités de désignation de l'expert qui selon lui, justifiait l'annulation de la désignation de l'expert et l'injonction d'en désigner un autre. La Cour de cassation n'y voit cependant pas un abus manifeste et censure sa décision. Et statuant au fond, elle déboute l'employeur de sa demande tendant à ce qu'il soit enjoint aux représentants du personnel de désigner un autre expert.

Rendue à propos de la désignation d'un expert par le CHSCT dans le cadre d'une expertise

« risque grave », la solution est certainement transposable au CSE et autres cas d'expertise.

- RJS 12/21, n° 664.

### **Droit d'accès à l'information de l'expert du CSE saisi dans le cadre de la consultation sur la politique sociale**

#### **Cass. soc. 23 mars 2022, n°20-17.186, FS-B ; Cass. soc. 18 mai 2022, n°20-21.444, F-D**

Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont pu semer le doute quant à l'étendue des informations auxquelles pouvait accéder l'expert particulièrement en cas d'intervention dans le cadre de la consultation du CSE sur la politique sociale (et les orientations stratégiques). En effet, si au sein des dispositions communes, l'article L. 2315-83 du code du travail indique que l'employeur doit fournir à l'expert l'ensemble des informations nécessaires à l'exercice de sa mission, l'article L. 2315-90 du code du travail ne permet dorénavant à l'expert-comptable d'accéder aux mêmes documents que le commissaire aux comptes que lorsqu'il est saisi dans le cadre de la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise. Les deux arrêts considérés apportent quelques éclaircissements.

La première décision confirme tout d'abord sous l'empire des nouveaux textes qu'il appartient à l'expert de déterminer les documents nécessaires à l'exercice de sa mission. Les magistrats de la Cour de cassation prennent néanmoins le soin de justifier la demande de communication faite en l'espèce par l'expert des DADS et DSN, et qui avait été refusée par l'employeur, par l'objet de sa mission dans le cadre de la consultation sur la politique sociale. Ils laissent donc penser que la demande de l'expert est légitime, et doit être satisfaite par l'employeur, lorsque les informations réclamées sont bien en lien avec la mission qu'il doit accomplir. Cela signifie également que la DSN, parce que nécessaire à l'exercice de sa mission, fait partie des éléments qui doivent être communiqués par l'employeur sur demande de l'expert saisi au titre de la consultation sur la politique sociale.

La solution méritait d'être clairement affirmée puisqu'elle n'allait pas forcément de soi à la simple lecture des nouvelles dispositions légales. Enfin, en rejetant l'argumentation de l'employeur qui s'était prévalu de la multitude d'informations auxquelles l'expert pouvait avoir accès grâce à la BDES, rapport et programme annuel de prévention des risques professionnels et bilan social, la Cour de cassation n'entend visiblement pas adopter une vision restrictive des informations nécessaires à l'exercice de la mission de l'expert. Elle le confirme de manière très nette dans son arrêt du 18 mai 2022. En l'espèce, l'employeur soutenait qu'il n'était tenu à communication que des éléments recensés à l'article R. 2312-20 du code du travail et devant figurer dans la BDESE en l'absence d'accord. De ce fait, il avait refusé de transmettre à l'expert-comptable, dans le cadre de la consultation sur la politique sociale, des éléments d'information individuels que celui-ci réclamait. La Cour de cassation lui donne tort en considérant que ces informations étaient nécessaires à la réalisation de la mission d'expertise en ce qu'ils permettaient de réaliser une analyse complète alors que « l'agglomération des données produites par la société étaient susceptibles de fausser l'analyse », peu important que ces données n'aient pas à figurer dans la BDESE.

Le critère déterminant réside donc dans le caractère nécessaire des informations demandées pour le bon exercice de la mission de l'expert. Ce critère a vocation à s'appliquer à l'ensemble des consultations permettant au CSE de recourir à un expert en vertu de l'article L. 2315-83 du code du travail.

- G. Auzero, *Etendue de la mission et droit à l'information de l'expert-comptable du comité social et économique*, BJS n° 07-08, 1<sup>er</sup> juillet 2022, p. 5.
- D. Julien-Paturle, *Consultation sur la politique sociale : étendue de la mission des experts désignés par le CSE*, JSL n° 541, 4 mai 2022, p. 19.
- M. Klein, L. Vieceli, *Recours à l'expertise par le CSE : retour sur la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 227, 1<sup>er</sup> juillet 2022, p. 12.

- C. Mariano, *Précisions sur le champ de l'expertise dans le cadre de la consultation récurrente sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2022, p. 23.
- M.-C. Tual, *Précisions sur le contenu de l'information à remettre au CSE lors de sa consultation sur la politique sociale*, Lamy Actualités du droit, 5 avril 2022.
- FRS 09/22, inf. 6, p. 9.
- FRS 13/22, inf. 9, p. 18.
- RJS 06/22, n° 304.

## ▪ Conventions collectives

### Extension du champ de l'exception d'illégalité d'une clause d'un accord collectif

**Cass. soc. 2 mars 2022, n°20-16.002, FP-BR ;**  
**Cass. soc. 2 mars 2022, n°20-18.442, FP-BR ;**  
**Cass. soc. 2 mars 2022, n°20-20.077, FP-B ;**  
**Cass. soc. 2 mars 2022, n°20-19.286, FP-D**

On se souvient que l'une des ordonnances du 22 septembre 2017 a réduit le délai de prescription de l'action en nullité d'un accord collectif de 5 ans à 2 mois (art. L. 2262-14 C. trav.). Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition tout en précisant qu'elle ne saurait priver le salarié de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause conventionnelle à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre. C'est à cette condition qu'il n'y a pas eu une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cons. const. 21 mars 2018, n°2018-761 DC).

Dans les présents arrêts, sur le même fondement du droit à un recours juridictionnel effectif, la Cour de cassation étend la faculté d'invoquer par voie d'exception l'illégalité d'une clause d'un accord collectif aux CSE et aux organisations syndicales non-signataires de l'accord, à la condition toutefois que cette clause viole leurs droits propres résultant des prérogatives qui leur sont reconnues par la loi (aux cas présents, droit des représentants du personnel de désigner un expert et droit du syndicat considéré de désigner un délégué

syndical). Mobilisée en défense dans les espèces considérées, l'exception d'illégalité pourra également être invoquée en demande, au soutien d'une prétention. Dans ces conditions, bien que l'exception d'illégalité puisse être soulevée sans condition de délai, la prétention pourra néanmoins être soumise à un délai de prescription. C'est la conclusion qui semble s'imposer à la lecture d'un des arrêts (n°20-16.002) qui précise que « lorsque l'illégalité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif est invoquée par voie d'exception, la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance objet de la demande ». Enfin, deux de ces arrêts (n°20-20.077 et n°20-16.002) prennent le soin de clairement préciser les effets de l'exception d'illégalité lorsqu'elle est retenue. Ceux-ci résident dans l'inopposabilité de la clause illicite à celui qui a soulevé l'exception. L'accord collectif, bien qu'illicite, subsiste donc dans l'ordonnement juridique.

- P.-H. Antonmattei, *Exception d'illégalité d'une clause d'un accord collectif : la Cour de cassation prend la main*, SSL n° 1995, 11 avril 2022, p. 9.
- G. Auzero, L. Bento de Carvalho, *L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail*, Dr. soc. 2022, p. 531.
- D. Baugard, *L'extension de l'exception d'illégalité d'un accord collectif aux CSE et aux syndicats non signataires*, RDT 2022, p. 395.

- F. Bergeron, *Accords collectifs : l'exception d'illégalité est ouverte aux syndicats non-signataires et aux CSE*, BJT n° 5, 1<sup>er</sup> mai 2022, p. 30.
- A. Bugada, *L'exception d'illégalité dans le contentieux des conventions et accords collectifs de travail*, Procédures n° 4, avril 2022, comm. 99.
- F. Champeaux, *Exception d'illégalité et périmètre de désignation des DS*, SSL n° 1991, 14 mars 2022, p. 9.
- Q. Chatelier, *Exception d'illégalité d'un accord collectif : la logique l'emporte !*, JSL n° 541, 4 mai 2022, p. 12.
- J.-F. Cesaro, *Le CSE peut soulever l'exception d'illégalité d'une clause d'un accord collectif*, JCP S n° 12, 29 mars 2022, 1093.
- D. Fonteneau, *L'exception d'illégalité d'un accord collectif au secours du CSE et des syndicats qui souhaitent défendre tardivement leurs prérogatives*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 224, 1<sup>er</sup> avril 2022, p. 14.
- D. Jacotot, *L'accord collectif confronté à l'action en nullité et à l'exception d'illégalité*, JCP E n° 20, 19 mai 2022, 1192.
- M.-C. Tual, *Accord collectif : CSE et syndicats non signataires peuvent invoquer l'illégalité*, Lamy Actualités du droit, 23 mars 2022.
- FRS 06/22, inf. 15, p. 28.
- RJS 05/22, n° 262.

## Les bonnes pratiques à développer

### ▪ Contrôle de l'activité par vidéosurveillance

#### Licéité et recevabilité du moyen de preuve tiré d'enregistrements par vidéosurveillance

**Cass. soc. 23 juin 2021, n°19-13.856, FS-B ;**  
**Cass. soc. 10 novembre 2021, n°20-12.263, FS-B**

Dans un arrêt du 23 juin 2021, la Cour de cassation condamne sur le fondement de l'article L. 1121-1 du code du travail la mise en place d'un système de vidéosurveillance qui plaçait le salarié travaillant en l'espèce seul en cuisine, sous la surveillance constante de la caméra.

L'employeur avait bien tenté d'en justifier par la nécessité de s'assurer que le salarié ne commettait plus de manquements aux règles d'hygiène et de de sécurité qui, avec d'autres faits reprochés, avaient motivé une première sanction (et le placement du salarié sous surveillance permanente). Dans le prolongement de la position adoptée sur ce point par la CNIL, la Cour de cassation considère toutefois que le dispositif adopté, par essence attentatoire à la vie personnelle du salarié, s'avérait disproportionné au but de sécurité des personnes et des biens allégué par l'employeur en ce que le salarié restait sous surveillance constante de la caméra. Les enregistrements issus du dispositif et établissant une nouvelle faute du salarié lui étaient dès lors inopposables.

Dans cette même affaire, l'employeur avait également reproché aux juges du fond de s'être fondés, afin d'écarter la preuve par images vidéo, sur une information incomplète du salarié au regard des exigences de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978. Si, pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation n'a pas eu à répondre à cette branche du moyen, elle se prononce sur cette importante question quelques semaines plus tard dans un arrêt du 10 novembre 2021.

En l'espèce, l'employeur avait d'abord légitimement mis en place un système de vidéosurveillance dans un but de sécurité des biens et des personnes en vertu de la loi du 21 janvier 1995 (qui autorise d'y recourir dans les établissements ouverts au public particulièrement exposés à des risques d'agression), et en avait informé les salariés. Mais il avait employé le dispositif pour contrôler l'activité d'une caissière ce qui avait permis de révéler des actes frauduleux de sa part. Les juges du fond avaient néanmoins admis la licéité du moyen de preuve tiré des enregistrements par caméra en s'appuyant notamment sur l'information donnée par l'employeur à la salariée quant à la présence de caméras dans les locaux dans un but de sécurité et de prévention des atteintes aux biens et aux personnes.

La Cour de cassation censure leur décision à raison tout d'abord de la méconnaissance par l'employeur de l'article 32 de la loi informatique et libertés alors applicable. Cette disposition imposait en effet une information du salarié sur la finalité du dispositif (en l'espèce sur la faculté de contrôler l'activité des salariés qui ne pouvait donc se fonder dans l'objectif de prévenir les atteintes aux biens et aux personnes), ainsi que sur le destinataire des données, les droits du salarié et leurs modalités d'exercice (informations de toute évidence non délivrées en l'espèce). La Cour de cassation considère ensuite que l'employeur aurait dû au préalable informer et consulter les représentants du personnel s'agissant d'un dispositif permettant un contrôle de l'activité des salariés.

S'inscrivant dans les pas de la CNIL, la Cour de cassation subordonne ainsi la licéité du moyen de preuve tiré des images vidéo à une information complète des salariés, ce qui revient aujourd'hui à exiger la délivrance de l'ensemble des informations visées par l'article 13 du RGPD. Et le dispositif étant employé à des fins de contrôle de l'activité des salariés, l'employeur doit au préalable, informer et consulter le CSE (art. L. 2312-38 al. 3 C. trav.).

Reste à savoir si la Cour de cassation maintiendra à l'avenir les exceptions à ces obligations lorsque l'utilisation de la vidéosurveillance n'a pas pour objet de contrôler l'activité des salariés mais que la faute d'un salarié est découverte de manière fortuite grâce au dispositif de vidéosurveillance. Il ne peut être exclu qu'une plus stricte application de l'article 13 du RGPD, qui exige une information complète de la personne concernée en toutes hypothèses de collecte de données à caractère personnel, conduise à une évolution au moins partielle de la jurisprudence.

La rigueur dont fait ici preuve la Cour de cassation pour reconnaître l'illicéité du moyen de preuve est toutefois atténuée par les nuances qu'elle apporte quant aux conséquences qui doivent en résulter. Poursuivant son mouvement de mise en œuvre du droit à la preuve, elle prend en effet le soin de préciser que l'illicéité du moyen de preuve au regard des dispositions légales considérées n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats. 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 l'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. La solution ne surprendra pas lorsque l'illicéité trouve sa source dans un non-respect par l'employeur des exigences posées par la loi informatique et libertés (cf Cass. soc. 25 novembre 2020, n° 17-19.523, Cap sur le droit 2020-2021, pp. 26-27). L'innovation réside ici dans son extension à une illicéité résultant du défaut d'information et de consultation préalables des représentants du personnel. Celle-ci n'emporte dorénavant plus nécessairement le rejet de l'élément de preuve. Progressivement, la Cour de cassation fixe ainsi les contours du droit à la preuve.

- P. Adam, *La vidéosurveillance du salarié sous contrôle judiciaire*, Dr. soc. 2021, p. 843 ; *Sur la recevabilité d'un moyen de preuve illicite – nouvelle variation sur le droit à la preuve*, Dr. soc. 2022, p. 81.
- B. Allix, M. Palin, *Vidéosurveillance portant une atteinte disproportionnée à la vie privée du salarié : mise au point*, FRS 15/21, inf. 19, p. 34 ; *Zoom sur la recevabilité de la preuve illicite dans le contentieux prud'homal*, FRS 24/21, inf. 13, p. 25.
- I. Bello, E. Daoud, *Les moyens de preuve tirés de dispositifs de surveillance illicites peuvent éventuellement être opposés à l'employé*, Dalloz IP/IT 2022, p. 157.
- B. Bossu, *Un système de vidéosurveillance doit être proportionné au but recherché*, JCP S n° 36, 7 septembre 2021, 1215.
- C. Couëdel, *Inopposabilité au salarié d'enregistrements issus d'une vidéosurveillance continue*, Dalloz Actualité, 9 juillet 2021 ; *Usage de la vidéosurveillance et licéité des moyens de preuve*, Dalloz Actualité, 29 novembre 2021.
- M. Hautefort, *Contrôle des salariés : une illustration du principe de proportionnalité*, JSL n° 526, 23 septembre 2021, p. 13 ; *Enregistrement filmé : 3 conditions pour qu'il fasse preuve*, JSL n° 531-531, 20 décembre 2021, p. 14.
- G. Loiseau, *L'apprentissage du droit des données à caractère personnel*, JCP S n° 49, 7 décembre 2021, 1305.
- FRS 15/21, inf. 17, p. 29.
- FRS 22/21, inf. 4, p. 6.
- RJS 10/21, n° 521.
- RJS 02/22, n° 43.

## ▪ Liberté religieuse

### Politique de neutralité dans l'entreprise

#### CJUE 15 juillet 2021, aff. jointes C-804/18 et C-341/19

L'influence exercée par les décisions de la CJUE sur notre jurisprudence nationale impose d'y apporter la plus grande attention. En l'espèce, la CJUE était saisie de différentes questions préjudicielles par le juge allemand dans des affaires où l'employeur avait exigé de salariées de ne plus porter le voile en application d'une directive interne de neutralité.

En premier lieu, la CJUE conforte sa jurisprudence antérieure en énonçant que ne

constitue pas une discrimination directe au sens de la directive 2000/78/CE une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port de tout signe visible de convictions politiques, philosophiques ou religieuses sur le lieu de travail dès lors qu'elle vise indifféremment toute manifestation de telles convictions et traite de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise en leur imposant de manière générale et indifférenciée notamment une neutralité vestimentaire s'opposant au port de tels signes. Mais, et la précision est d'importance car elle n'allait pas de soi, la CJUE considère qu'une limitation de l'interdiction aux seuls signes de grande taille est susceptible de constituer une discrimination directe dès lors que la règle interne a pour conséquence de traiter moins favorablement des salariés que d'autres en raison de leur religion. Il est fort probable que la Cour de cassation en jugerait de même. La prudence commande donc de proscrire une telle limitation.

L'intérêt d'une clause de neutralité générale et indifférenciée dans le règlement intérieur (ou dans une note de service en suivant le régime), seul support de la politique de neutralité admis par la jurisprudence nationale, est en revanche confirmé en ce qu'elle permet à l'employeur d'échapper à toute discrimination directe. Subsiste néanmoins le risque d'une discrimination indirecte si la règle interne, bien que posée de manière neutre, conduit en fait à un désavantage particulier pour des personnes adhérant à une religion donnée. Rappelons que pour la CJUE (CJUE 14 mars 2017, C-157/15), une telle différence de traitement n'est cependant pas constitutive d'une discrimination indirecte lorsqu'elle est objectivement justifiée par un objectif légitime, et que les moyens utilisés pour la réalisation de cet objectif sont d'une part appropriés, ce qui suppose que la règle de neutralité soit appliquée de manière cohérente et systématique, et d'autre part limités à ce qui est strictement nécessaire. Tel est le cas lorsque sont seuls concernés les salariés en contact avec la clientèle et que face au refus d'un salarié de s'y soumettre, l'employeur se serait attaché, avant

d'envisager son licenciement, à rechercher et le cas échéant proposer un poste sans contact visuel avec les clients. La Cour de cassation a fait siens ces principes, sauf en ce qu'elle semble bien ériger en véritable condition de validité de la clause de neutralité la restriction de son application aux seuls salariés en contact avec la clientèle (Cass. soc. 22 novembre 2017, n°13-19.855) alors que la CJUE n'y voit qu'un élément de justification d'une potentielle discrimination indirecte. Cela amène à s'interroger sur la position qu'adoptera la Cour de cassation à la suite des précisions qu'apporte la CJUE dans le présent arrêt concernant la condition relative à l'existence d'un objectif légitime.

Celle-ci confirme certes que le souhait d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients de l'entreprise constitue un objectif légitime. Mais elle indique que la seule volonté de l'employeur de mener une politique de neutralité ne suffit pas à justifier de manière objective la différence de traitement. Celui-ci doit établir un « besoin véritable ». Cette notion soulève bien évidemment de larges incertitudes et l'on suivra avec intérêt les éclairages que pourra y apporter la Cour de cassation. Pour l'heure, la CJUE retient que dans cette démonstration d'un besoin véritable, pourront être pris en considération notamment les droits et attentes légitimes des clients ou usagers ainsi que les conséquences défavorables pour l'entreprise qu'aurait l'absence d'une politique de neutralité compte tenu de la nature de ses activités et du contexte dans lequel elles s'inscrivent. Elle retient également, en réponse à l'une des questions préjudicielles soulevées, que la prévention des conflits sociaux, entendus comme incluant des tensions entre salariés en relation avec les convictions politiques, philosophiques ou religieuses, peut correspondre à un besoin véritable. On notera qu'une telle justification, à la supposer établie par l'employeur, implique alors que l'application de la règle de neutralité s'opère à l'égard de salariés qui ne sont pas nécessairement en contact avec la clientèle, ce qu'interdit aujourd'hui la jurisprudence nationale. En définitive, cette décision ne simplifie guère le traitement du

sujet dans les entreprises et génère de nouvelles incertitudes pour les employeurs soucieux de mettre en place une politique de neutralité. Il n'est toutefois pas exclu qu'elle leur offre de nouvelles voies de justification. Reste à voir comment la Cour de cassation intégrera dans sa jurisprudence ces nouvelles exigences européennes.

- P. Adam, *Religion et travail ou le licenciement de Dieu*, BJT n° 9, 1<sup>er</sup> septembre 2021, p. 47.
- N. Anciaux, J. Icard, *Le dédale de la non-discrimination religieuse*, D. 2021, p. 1749.
- Q. Chatelier, *La CJUE, la neutralité religieuse et l'entreprise*, JSL n° 528, 22 octobre 2021, p. 4.
- B. Dabosville, *Expression religieuse et relation de travail : les juges français et allemands au défi du droit de l'Union*, Dr. soc. 2021, p. 679.
- L. Driguez, *Actualité du droit des discriminations*, SSL suppl. n° 1980-1981, 20 décembre 2021, p. 34.
- O. Dutheillet De Lamothe, *Derniers développements de la jurisprudence sur le voile*, BJT n° 9, 1<sup>er</sup> septembre 2021, p. 45.
- A. Gardin, *Signes religieux en entreprise, la CJUE précise sa jurisprudence in L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS 11/21, Chronique.
- G. Loiseau, *Religion au travail : une question d'équilibre*, JCP S n° 36, 7 septembre 2021, 1214.
- N. Moizard, *Des dispositions nationales plus favorables de protection de la liberté religieuse justifiant une discrimination indirecte*, RDT 2021, p. 715.
- C. Radé, *Neutralité religieuse en entreprise et discrimination indirecte : la clarification qu'on attendait*, Dr. soc. 2021, p. 950.
- P. Rémy, *La CJUE et le voile*, RDT 2021, p. 733.
- A. Rigaux, D. Simon, *Signes religieux ostensibles*, Europe n° 10, octobre 2021, comm. 328.
- S. Robin-Olivier, *Prendre au sérieux le contrôle de proportionnalité en matière de discrimination religieuse*, BJT n° 4, 1<sup>er</sup> avril 2021, p. 59.
- RJS 11/21, n° 629.

## Refus du salarié d'exécuter sa prestation de travail pour un motif religieux

### Cass. soc. 19 janvier 2022, n°20-14.014, FS-B

Quel comportement adopter lorsqu'un salarié refuse d'exécuter sa prestation de travail au motif que ses convictions religieuses s'y

opposent ? Il y a quelques années, la question aurait été exclusivement traitée sous l'angle de la force obligatoire du contrat. La Cour de cassation adopte à présent une autre grille d'analyse en se plaçant sur le terrain du droit de la discrimination.

En l'espèce, à la suite d'une mise en œuvre légitime d'une clause de mobilité, un salarié avait refusé une première mutation, puis une seconde sur le site d'un cimetière en invoquant d'abord une incompatibilité de ses horaires avec ses autres obligations professionnelles, puis après que l'employeur les ait adaptés, au motif que ses convictions religieuses hindouistes lui interdisaient de travailler dans un cimetière. Après que le salarié ait réitéré son refus, l'employeur l'avait sanctionné par une mutation disciplinaire sur un troisième site que le salarié refusa encore de rejoindre ce qui motiva finalement son licenciement pour faute. Le salarié s'estimant victime d'une discrimination en raison de ses convictions religieuses, se prévalut d'une nullité tant de la mutation disciplinaire que de son licenciement et obtint gain de cause devant la Cour d'appel. La Chambre sociale de la Cour de cassation censure la décision des juges du fond au terme d'un raisonnement qui n'a pas manqué de susciter le débat.

Son fondement est connu puisque la Cour de cassation reprend ici mot pour mot la formule employée dans le contentieux de l'interdiction du port de signe religieux et selon laquelle « les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché ».

Le point de départ du raisonnement de la Cour de cassation réside dans l'analyse de la sanction de mutation prononcée par l'employeur en une discrimination directe. Ce postulat de base a soulevé de vives réactions doctrinales, d'autant que la Cour de cassation ne s'explique pas davantage sur cette qualification. Faudrait-il alors considérer que le fait que le salarié ait invoqué un motif religieux à l'appui de son refus placerait nécessairement la réaction patronale sur le terrain d'une discrimination directe ? Les conséquences sont lourdes pour l'employeur

qui ne peut dès lors échapper à une condamnation que si la mesure prise était justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante (art. L. 1133-1 C. trav. ; art. 4, § 1 de la directive 2000/78/CE). Dans cette affaire, l'existence d'une telle exigence est toutefois reconnue par la Chambre sociale de la Cour de cassation mais, il faut le souligner, sans doute au prix d'une interprétation assouplie de la jurisprudence de la CJUE à laquelle elle se réfère néanmoins expressément.

Elle rappelle ainsi que la notion d'exigence professionnelle et déterminante renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité en cause. En l'espèce, elle admet que répondait à cette condition l'exigence de mobilité (sur le site du cimetière) s'agissant d'un chef d'équipe dans le secteur de la propreté affecté sur un site pour exécuter ses tâches contractuelles en vertu d'une clause de mobilité légitimement mise en œuvre par l'employeur. La Cour de cassation s'appuie donc à titre principal sur des éléments tirés de la sphère contractuelle (mobilité conforme aux fonctions que le salarié devait exécuter en vertu de son contrat de travail et résultant de la mise en œuvre légitime par l'employeur d'une clause de mobilité). Cette réactivation de la force obligatoire du contrat au stade de la justification de la mesure patronale semble ainsi venir contrebalancer l'analyse première de la mesure en discrimination directe.

Enfin, pour exclure toute discrimination directe injustifiée et la nullité corrélative du licenciement du salarié, la Cour de cassation s'attache au caractère proportionné de la sanction patronale (non sans quelque ambiguïté puisqu'en application de l'article 4, § 1 de la directive 2000/78/CE, ne serait-ce pas la proportionnalité de l'exigence professionnelle et déterminante, c'est-à-dire au cas présent de l'exigence de mobilité qui devrait être examinée ?). En l'espèce, la mutation disciplinaire permettait le maintien de la relation contractuelle, le salarié étant appelé à travailler sur un autre site de nettoyage ne présentant *a priori* aucune incompatibilité avec ses convictions religieuses. Sans doute alors faut-il

comprendre que la mutation disciplinaire ne portait pas une atteinte excessive à la liberté religieuse du salarié mais qu'il en aurait été différemment si l'employeur avait immédiatement procédé au licenciement du salarié à la suite de son refus de mutation, bien que d'autres alternatives respectueuses des croyances du salarié étaient envisageables. Il serait donc prudent dans ce type de situation d'éviter autant que possible la voie radicale du licenciement.

- P. Adam, *Le cimetière des promesses, La force obligatoire du contrat (de travail) à l'épreuve de la liberté religieuse*, SSL n° 1985, 31 janvier 2022, p. 10.
- N. Anciaux, J. Icard, *Exiger l'exécution de la prestation de travail est-il discriminer ? La perversion de la notion de discrimination*, Dr. soc. 2022, p. 397.
- B. Bossu, *Discrimination fondée sur les convictions religieuses et exigence professionnelle essentielle et déterminante*, JCP S n° 9, 8 mars 2022, 1064.
- S. Cacioppo, E. Putman, *Liberté religieuse du salarié et mutation disciplinaire*, RJPF n° 4, 1<sup>er</sup> avril 2022, p. 23.
- Q. Chatelier, *Liberté religieuse : l'exigence professionnelle essentielle et déterminante existe !*, JSL n° 538, 18 mars 2022, p. 4.
- J. Colonna, V. Renaux-Personnic, *Sanction du refus d'exécuter une obligation du contrat de travail pour motif religieux*, JCP G n° 10, 14 mars 2022, 324.
- C. Couëdel, *Refus d'une mutation pour des raisons religieuses : la justification de la sanction disciplinaire*, Dalloz Actualité, 4 février 2022.
- A. Gardin, *Atteinte à la liberté religieuse et discrimination fondée sur la religion. Quelle(s) articulation(s) ? Réflexions à partir de la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, RJS 05/22, Chronique.
- J. Mouly, *Force obligatoire du contrat et convictions religieuses du salarié à l'épreuve des discriminations*, D. 2022, p. 492.
- FRS 04/22, inf. 5, p. 8.
- RJS 03/22, n° 122.

### **Licencier le salarié à la suite de son refus de prêter un serment juratoire pour des raisons religieuses ?**

**Cass. soc. 7 juillet 2021, n°20-16.206, FS-B**

Dernier rebondissement dans une affaire qui aura fait couler beaucoup d'encre et mobilisé à trois reprises la Chambre sociale de la Cour de cassation. Chose peu commune, celle-ci revient en partie, à la suite de la résistance de la Cour d'appel de renvoi et d'un nouveau pourvoi en cassation, sur la solution qu'elle avait précédemment adoptée dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2017 (n°16-10.459).

Était en cause en l'espèce, le licenciement disciplinaire d'un salarié au motif qu'il avait refusé de prêter le serment prévu par la loi et en conséquence n'avait pu obtenir l'assermentation indispensable à l'exercice de ses fonctions. Il s'avérait qu'au moment de sa prestation de serment devant le TGI, le salarié avait demandé à substituer à la formule « je le jure » incompatible avec ses convictions chrétiennes, une formule de serment différente. Mais le Président du TGI le lui avait refusé et avait fait acter le défaut de prestation de serment. Les juges du fond avaient reconnu la légitimité du licenciement en considérant que la formule « je le jure » était dénuée de toute connotation religieuse. La Cour de cassation censure leur décision en déniant tout comportement fautif du salarié. Cette conclusion semblait en effet devoir s'imposer dès lors que la loi exigeait une prestation de serment n'imposait pas la forme du serment et que le salarié ne s'était nullement opposé à un engagement solennel mais avait seulement sollicité d'y procéder autrement qu'en employant la formule « je le jure ». Mais le véritable intérêt de l'arrêt réside dans la sanction corrélative du licenciement. Dans sa décision du 1<sup>er</sup> février 2017, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait déduit du caractère non fautif du refus du salarié que le licenciement avait été prononcé en raison des convictions religieuses du salarié et était donc nul. Dans ce nouvel arrêt, elle adopte la conclusion exactement inverse en affirmant expressément que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse et non pas nul, faute d'avoir été prononcé en raison des convictions religieuses du salarié. Il apparaît donc que la Cour de cassation revient sur sa conception relativement extensive de la discrimination qu'il avait initialement amenée à considérer le

licenciement comme nécessairement discriminatoire.

La nullité étant écartée parce que le licenciement n'avait pas été prononcé en raison des convictions religieuses du salarié, il n'était pas interdit de penser qu'au-delà des circonstances de l'espèce, la Cour de cassation entendait dorénavant s'attacher à la cause immédiate et déterminante de la décision de l'employeur afin de déterminer si une discrimination était caractérisée. L'arrêt du 19 janvier 2022 précédemment commenté (n°20-14.014) sème toutefois le doute. Rappelons que dans cette décision, la Chambre sociale de la Cour de cassation se place d'emblée sur le terrain d'une discrimination directe dont il ne peut être justifié que par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, du seul fait que l'employeur avait sanctionné le salarié à la suite de son refus de mutation dans un cimetière pour des raisons religieuses sans s'inquiéter, à défaut pour l'employeur de s'être expressément fondé sur ce motif religieux, de la place que celui-ci avait réellement pu occuper dans sa volonté de sanctionner le salarié.

- P. Adam, *Je (ne) le jure (pas) : dévot et des mots*, SSL n° 1964, 30 août 2021, p. 15.
- B. Bossu, *Le licenciement pour refus de prestation de serment pour motif religieux est sans cause réelle et sérieuse*, JCP G n° 35, 30 août 2021, 868.
- Q. Chatelier, *La prestation de serment à l'épreuve de la liberté religieuse*, JSL n° 526, 23 septembre 2021, p. 4.
- J.-M. Chonnier, *Refuser de jurer pour prêter serment n'est pas une faute*, JCP E n° 40, 7 octobre 2021, 1441.
- G. Dedessus-Le-Moustier, *Prestation de serment, formule « je le jure » et licenciement pour motif disciplinaire*, JCP G n° 29, 19 juillet 2021, 804.
- G. Duchange, *Protection de la liberté religieuse du salarié assermenté*, in *Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 15, 14 avril 2022, 1162.
- C. Eoche-Duval, *La liberté de conscience en droit du travail*, RFDA 2021, p. 1053.
- D. Julien-Paturle, *Procédure d'assermentation : possibilité de substituer à la formule « je le jure » celle d'un engagement solennel*, Lamy Actualités du droit, 19 juillet 2021.
- L. Malfettes, *Précision sur la liberté religieuse*

et l'obligation de prêter serment, Dalloz Actualité, 22 juillet 2021.

- J. Mouly, *Licenciement et refus de prêter serment pour motif religieux : la mise à l'écart du droit des discriminations*, Dr. soc. 2021, p. 813.
- F. Pinatel, *Serment juratoire et liberté religieuse : la fin probable d'un (trop long) feuillet*, JCP S n° 40, 5 octobre 2021, 1244.
- S. Sereno, *Prestation de serment, liberté religieuse et licenciement : les tâtonnements de la Cour de cassation*, Gaz. Pal. n° 43, 7 décembre 2021, p. 53.

## ▪ Respect du principe d'égalité de traitement

### Egalité de traitement et transfert des contrats de travail

**Cass. soc. 23 juin 2021, n°18-24.810, FS-B ;  
Cass. soc. 23 juin 2021, n°18-24.809, FS-B**

Ne constitue par une atteinte prohibée au principe d'égalité de traitement le maintien par un employeur d'un avantage au seul profit des salariés transférés par « application volontaire de l'article L. 1224-1 du code du travail ».

La Cour de cassation procède ainsi à une harmonisation de la jurisprudence en matière de transfert des contrats de travail : que celui-ci soit légal, conventionnel ou volontaire, la différence de traitement résultant d'un maintien des droits des salariés transférés est justifiée. Cette décision est d'autant plus remarquable qu'il était loin d'être acquis que le seul accord des parties sur lequel repose l'« application volontaire de l'article L. 1224-1 » puisse justifier la différence de traitement qui en résulte pour les autres salariés de l'entreprise.

- G. Duchange, *Pas d'inégalité de traitement en cas de transfert volontaire des contrats de travail*, BJT n° 10, 1<sup>er</sup> octobre 2021, p. 10.
- INFOREG, *Le principe d'égalité de traitement dans le cadre du transfert d'entreprise*, CDE n° 5, septembre 2021, prat. 23.
- F. Lalanne, *L'employeur peut faire des différences de traitement entre ses employés d'origine et des salariés qu'il reprend volontairement*, Lamy Actualités du droit, 6 juillet 2021.

• L. Malfettes, *Précisions sur le régime du transfert du contrat de travail*, Dalloz Actualité, 8 juillet 2021.

- H. Nasom-Tissandier, *De nouvelles précisions sur la justification des différences de traitement en cas de transfert d'entreprise*, JSL n° 526, 23 septembre 2021, p. 16.
- C. Radé, *Egalité de traitement et reprise des contrats de travail : la Cour de cassation sur la corde raide*, Dr. soc. 2021, p. 696.
- FRS 16/21, inf. 11, p. 26.
- RJS 10/21, n° 531.

### Licité d'une différence de rémunération entre salariés de différents sites

**Cass. soc. 23 juin 2021, n°19-21.771 à 19-21.773, n°19-21.775 à 19-21.776 et n°19-21.778 à 19-21.779, FS-B**

L'employeur, afin d'égaliser le traitement des salariés au sein d'un même site, peut-il décider par voie unilatérale d'octroyer un avantage à certains d'entre eux, sans craindre que les salariés des autres sites exerçant le même travail n'en revendiquent et n'en obtiennent le bénéfice par application du principe d'égalité de traitement ?

En l'espèce, à la suite de la reprise d'un marché par l'entreprise, avaient été transférés les contrats de travail concernés par application d'une garantie d'emploi instituée par convention collective. Le maintien du bénéfice d'une prime d'assiduité avait été ainsi assuré. Le nouvel employeur avait ensuite entendu aligner le traitement des nouveaux embauchés sur le site sur celui des salariés dont le contrat avait été repris. Il leur avait donc octroyé la prime par engagement unilatéral. Des salariés travaillant dans la même entreprise mais sur un autre site en avaient alors revendiqué le versement par application du principe d'égalité de traitement.

Fort logiquement, la Cour de cassation reconnaît bien l'existence d'une différence de traitement. Il n'était en effet pas douteux que tous les salariés de l'entreprise pourtant dans une situation identique n'étaient pas traités de la même manière. Mais cette différence de traitement n'était-elle pas justifiée ? Résultant d'un engagement unilatéral, elle ne saurait

être admise que si l'employeur en justifie par des raisons objectives et pertinentes. Or dans le présent arrêt, la Cour de cassation admet que constitue une justification objective et pertinente la volonté de l'employeur de réduire les disparités entre des salariés dont le contrat de travail s'est poursuivi et les salariés nouvellement embauchés sur le même site. La volonté de l'employeur de rétablir l'égalité entre salariés d'un même site est donc déterminante et légitime la différence de traitement avec les salariés des autres sites. Ces derniers ont donc vu en l'espèce leur demande rejetée.

- F. Lalanne, *L'employeur peut faire des différences de traitement entre ses employés d'origine et des salariés qu'il reprend volontairement*, Lamy Actualités du droit, 6 juillet 2021.
- L. Malfettes, *Précisions sur le régime du transfert du contrat de travail*, Dalloz Actualité, 8 juillet 2021.
- H. Nasom-Tissandier, *De nouvelles précisions sur la justification des différences de traitement en cas de transfert d'entreprise*, JSL n° 526, 23 septembre 2021, p. 16.
- C. Radé, *Egalité de traitement et reprise des contrats de travail : la Cour de cassation sur la corde raide*, Dr. soc. 2021, p. 696.
- FRS 16/21, inf. 11, p. 26.
- RJS 10/21, n° 532.

## ▪ Rémunération

### Salaires minima hiérarchiques : notion et articulation entre négociation de branche et négociation d'entreprise

#### CE 7 octobre 2021, n°433053

Depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, est assurée la primauté des dispositions d'un accord d'entreprise sur celles d'une convention de branche ayant le même objet à l'exception de 13 thèmes de négociation dont les « salaires minima hiérarchiques » (« bloc 1 ») pour lesquels la négociation de branche prévaut, sauf à ce qu'un accord d'entreprise assure des « garanties au moins équivalentes » (art. L. 2253-1 C. trav.). Par crainte de suppressions ou de réductions de primes ou majorations conventionnelles

constituant parfois une part non négligeable de la rémunération de certains salariés par voie d'accord d'entreprise, et corrélativement d'une forme de « dumping social », des négociations se sont engagées dans différentes branches afin d'intégrer certains compléments de salaire dans les salaires minima hiérarchiques (SMH). Cette initiative s'est cependant heurtée au refus de la Ministre du travail d'étendre ces dispositions au motif que les SMH ne pouvaient se rapporter qu'à un salaire de base, dans une volonté de préserver la plus large faculté d'aménagement par accord d'entreprise des primes et majorations prévues par accord de branche (sous la seule réserve d'une clause de verrouillage pour les primes pour travaux dangereux ou insalubres (« bloc 2 » - art. L. 2253-2 C. trav.). C'est à la suite d'un tel refus d'extension que le Conseil d'Etat a été appelé à se prononcer sur recours de l'ensemble des signataires d'un accord de branche.

Celui-ci condamne tout d'abord la conception restrictive des SMH retenue par le ministère. Il considère ainsi qu'à défaut de définition légale de la notion de SMH et d'éclairage apporté par les travaux parlementaires, les partenaires sociaux de la branche sont libres de définir les SMH, en y intégrant le cas échéant certains compléments de salaire, sans être contraints de les restreindre au seul salaire de base.

Ces compléments de salaire n'en sont pas pour autant « sanctuarisés » comme le revendiquaient les organisations syndicales de salariés requérantes. Le Conseil d'Etat précise en effet qu'il reste parfaitement possible par accord d'entreprise de les réduire ou de les supprimer dès lors que sont prévus d'autres éléments de rémunération permettant aux salariés de percevoir une rémunération effective au moins égale aux minima conventionnels (impérativité de l'accord d'entreprise assurant des garanties au moins équivalentes). La définition adoptée par l'accord de branche des SMH ne garantit donc que des montants minima mais ne fait pas obstacle à ce qu'un accord d'entreprise prévoit des modalités de rémunération distinctes pour les atteindre.

- G. Auzero, *Le Conseil d'Etat aux prises avec les*

« salaires minima hiérarchiques », Dr. soc. 2021, p. 1003.

• C. Beaufils et C. Malverti, *Salaires minima hiérarchiques : la branche plie, mais ne rompt pas*, AJDA 2021, p. 2272.

• F. Bergeron-Canut, *Salaires minima hiérarchiques : le Conseil d'Etat au secours des branches*, JCP G n° 46, 15 novembre 2021, 1205.

• R. Chambon, *Les pouvoirs des branches professionnelles en matière de « salaires minima hiérarchiques »*, Conclusions (extraits), SSL n° 1971, 18 octobre 2021, p. 7.

• M. Cordelier, *Le Conseil d'Etat artisan d'une préservation de la compétence des branches dans la définition des minima sociaux*, RDT 2022, p. 175.

• A. Cormier Le Goff, F. Morel, *Une définition des minima de branche respectueuse de la négociation collective dans l'esprit de la réforme de 2017*, SSL n° 1971, 18 octobre 2021, p. 13.

• N. Dinant, *Les salaires minima hiérarchiques de branche peuvent intégrer des compléments de rémunération*, Lamy Actualités du droit, 18 octobre 2021.

• G. Duchange, *Rémunération : les minima hiérarchiques peuvent comprendre tous types de primes*, BJT n° 12, 1<sup>er</sup> décembre 2021, p. 4 ; *La convention de branche peut intégrer les primes dans les salaires minima hiérarchiques*, in *Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 15, 14 avril 2022, 1162.

• Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail mars 2021-octobre 2021*, D. 2022, p. 132.

• N. Finck, S. Seroc, *Matières dans lesquelles la convention de branche prévaut sur les conventions d'entreprise (cas des garanties applicables en matière de salaires minima hiérarchiques)*, Gaz. Pal. n° 36, 19 octobre 2021, p. 35.

• G. François, *Définition des minima hiérarchiques et articulation entre accord de branche et d'entreprise : la décision contestable du Conseil d'Etat*, BJT n° 11, 1<sup>er</sup> novembre 2021, p. 26.

• R. Giroudet, *Les enseignements de l'arrêt du Conseil d'Etat relatif aux minima conventionnels, Vers plus de démocratie sociale ?*, JCP S n° 16-17, 26 avril 2022, 1120.

• M. Morand, *Les minima conventionnels, Questions et propositions de réponses*, SSL n° 1977, 29 novembre 2021, p. 5.

• S. Norval-Grivet, *Salaires minima hiérarchiques, l'articulation des normes conventionnelles*, Dalloz Actualité, 13 octobre 2021.

• F. Pinatel, *Salaires minima hiérarchiques et*

*négociation d'entreprise : le passé à l'œuvre*, JCP S n° 48, 30 novembre 2021, 1300.

• C. Terrenoire, *Définition des salaires minima hiérarchiques : les pouvoirs respectifs des conventions de branche et d'entreprise définis par le Conseil d'Etat*, JCP E n° 48, 2 décembre 2021, 1521.

• FRS 19/21, inf. 15, p. 32.

• RJS 12/21, n° 671.

### Rémunération variable : charge de la preuve du caractère réalisable des objectifs

#### Cass. soc. 15 décembre 2021, n°19-20.978, FS-B

Selon une jurisprudence bien établie, l'employeur peut fixer unilatéralement les objectifs assignés au salarié et dont dépend le versement d'une partie de sa rémunération, à la condition que ces objectifs soient « réalisables » (ou « réalistes »). A défaut, la rémunération variable est due en intégralité. Mais en cas de litige, sur qui repose la charge de la preuve du caractère réaliste des objectifs ? La Cour de cassation apporte une réponse claire et sans ambiguïté sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 1315 du code civil (devenu art. 1353 al. 2 c. civ.) : la charge de la preuve repose sur l'employeur. L'employeur n'ayant en l'espèce apporté aux débats aucun élément de preuve, il est condamné à verser l'intégralité de la part variable de la rémunération au salarié.

Le présent arrêt confirme une décision quelque peu ancienne et qui avait pu passer inaperçue faute d'être publiée (Cass. soc. 24 octobre 2012, n°11-23.843).

• F. Champeaux, *La charge de la preuve du caractère raisonnable des objectifs incombe à l'employeur*, SSL n° 1986, 7 février 2022, p. 13.

• Q. Chatelier, *Rémunération variable : la preuve du caractère réalisable des objectifs repose sur l'employeur*, JCP S n° 6, 15 février 2022, 1040.

• M. Favrel, *Rémunération variable : une rigoureuse exigence relative à la fixation des objectifs*, Dalloz Actualité, 13 janvier 2022.

• M. Hautefort, *Paiement de variable : qui doit prouver que les objectifs sont réalisables ?*, JSL n° 536, 21 février 2022, p. 13.

• G. Pignarre, *Charge de la preuve des objectifs réalisables : la chambre sociale réaffirme sa*

position, RDT 2022, p. 173.

- S. Riancho, *Clause de rémunération variable : sur qui pèse la charge de la preuve ?*, BJT n° 2, 1<sup>er</sup> février 2022, p. 9.
- RJS 02/22, n° 65.

## ▪ Période d'essai

### Caractère raisonnable de la durée de la période d'essai

#### Cass. soc. 7 juillet 2021, n°19-22.922, FS-B

La loi du 25 juin 2008, tout en fixant des maxima légaux, a permis le maintien des durées conventionnelles plus longues prévues par accord de branche antérieur à la publication de la loi. Si une convention de branche peut ainsi permettre aux parties de dépasser les maxima légaux, il n'en demeure pas moins que la durée de la période d'essai arrêtée doit être conforme à la convention OIT n° 158 qui impose que la période d'essai soit d'une durée raisonnable (art. 2, § 2, b). Le juge peut donc être appelé à contrôler son caractère raisonnable. Dans un premier temps, la Cour de cassation, a affirmé que le caractère raisonnable de l'essai devait s'apprécier au regard de la finalité de l'essai et de l'exclusion des règles du licenciement. Elle semblait donc commander de procéder à une appréciation abstraite, indépendamment de l'emploi occupé (Cass. soc. 4 juin 2009, n°08-41.359). C'est précisément la méthode qu'avait suivie en l'espèce les juges du fond pour conclure au caractère déraisonnable d'une période d'essai de 6 mois non renouvelable prévue au contrat de travail sur autorisation de la convention de branche. Leur décision est toutefois censurée pour s'être ainsi déterminés par « une affirmation générale » sans rechercher si la durée n'était pas raisonnable « au regard de la catégorie d'emploi occupé ». On notera que la Cour de cassation n'impose pas pour autant aux juges du fond de répondre à l'argumentation qu'avait développée l'employeur pour justifier de la durée de l'essai et qui tenait aux exigences précises du poste, en l'occurrence de conseiller commercial en assurances, alors que dans une précédente décision, cependant

non publiée, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait énoncé que le caractère raisonnable de la durée de l'essai s'appréciait au regard de la finalité de ce dernier et compte tenu des fonctions et responsabilités confiées au salarié (Cass. soc. 12 novembre 2020, n°18-24.111). Elle adopte donc aujourd'hui une position médiane entre une appréciation purement abstraite du caractère raisonnable de la durée de l'essai et une appréciation *in concreto* qui suppose toutefois pour l'employeur de bien prendre en considération la catégorie d'emploi considérée lors de la fixation de la durée de l'essai.

- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail mars 2021-octobre 2021*, D. 2022, p. 132.
- W. Fraisse, *Période d'essai : appréciation de la durée raisonnable*, Dalloz Actualité, 13 septembre 2021.
- J.-Y. Frouin, *La détermination de la durée maximale de la période d'essai et l'office du juge*, JCP S n° 37, 14 septembre 2021, 1222.
- M. Hautefort, *Durée de la période d'essai : il n'y a pas que le Code du travail. Comment tenir compte de la Convention n° 158 de l'OIT ?*, Lamy Actualités du droit, 15 juillet 2021.
- J. Icard, *Concrétisation du contrôle de conventionnalité de la durée des périodes d'essai conventionnelles*, BJT n° 9, 1<sup>er</sup> septembre 2021, p. 25.
- J.-P. Lhernould, *Période d'essai supérieure au plafond légal : comment apprécier si elle a une durée raisonnable ?*, JSL n° 527, 7 octobre 2021, p. 8.
- S. Tournaux, *Catégories professionnelles et durée raisonnable d'essai*, Dr. soc. 2021, p. 845.
- FRS 16/21, inf. 10, p. 24.
- RJS 10/21, n° 517.

## ▪ CDD

### La seule réorganisation d'un service ne constitue pas un motif précis de recours au CDD

#### Cass. soc. 8 septembre 2021, n°20-16.324, F-D ; Cass. soc. 15 septembre 2021, n°19-23.909, F-D

La Chambre sociale de la Cour de cassation rappelle que la mention sur le CDD d'une

« réorganisation d'un service » ne vaut pas définition précise de son motif (voir déjà Cass. soc. 9 juin 2017, n°15-28.599). S'il s'agit de la seule indication figurant sur le contrat, la sanction est immédiate : la requalification en CDI s'imposera de ce seul fait et il serait vain pour l'employeur de tenter de faire valoir devant le juge que cette réorganisation générerait nécessairement un surcroît d'activité (2<sup>nd</sup>e espèce). En revanche, il faut considérer que comporte bien un motif précis le CDD conclu « en vue d'un accroissement d'activité lié à la réorganisation du service » (2<sup>nd</sup>e espèce). L'employeur devra cependant être en mesure d'établir le surcroît temporaire d'activité invoqué pour échapper à toute condamnation.

## ▪ Inaptitude médicale

**Mention expresse emportant dispense de l'obligation de reclassement = pas d'obligation de consulter le CSE**

**Cass. soc. 8 juin 2022, n°20-22.500, FS-B**

On attendait avec impatience la position de la Cour de cassation. C'est dorénavant chose faite : la mention expresse par le médecin du travail dans l'avis d'inaptitude de ce que l'état de santé fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi ou de ce que tout maintien dans l'emploi serait gravement préjudiciable à la santé du salarié (art. L. 1226-12 C. trav.) dispense l'employeur de consulter les représentants du personnel (en l'espèce les délégués du personnel, aujourd'hui le CSE).

La solution, ici énoncée pour un cas d'inaptitude professionnelle doit logiquement être étendue aux situations d'inaptitude non professionnelle (art. L. 1226-2-1 C. trav.).

On notera par ailleurs que la Cour de cassation ne tire aucune conséquence de ce que le médecin du travail s'était en l'espèce référé à un état de santé faisant obstacle à tout reclassement dans « un » emploi et non dans « l' » emploi comme le prévoit l'article L. 1226-12 du code du travail. On sait que cette même différence de rédaction existe entre l'article L. 1226-2-1 du code du travail applicable en cas d'inaptitude non professionnelle et l'article L.

1226-12 du code du travail et qu'elle n'a pas manqué de soulever certaines interrogations. L'arrêt suggère que la Cour de cassation n'entend pas y attacher d'importance particulière.

Il n'en demeure pas moins qu'une rédaction de l'avis qui s'écarterait des exigences légales ferait obstacle à toute dispense de l'obligation de reclassement et corrélativement à la dispense de l'obligation de consulter le CSE. Il convient donc de prêter une attention particulière à la manière dont le médecin du travail a rédigé l'avis d'inaptitude et à ne pas en conclure trop rapidement à un allègement des obligations en matière de reclassement.

- A. Charbonneau, *Dispense de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude et consultation des représentants du personnel : les obligations de l'employeur clarifiées*, BJT n° 07-08, 1<sup>er</sup> juillet 2022, p. 13.
- C. Cheriet, *Exit l'obligation de consulter le CSE en cas de reclassement impossible d'un salarié inapte*, SSL n° 2006, 27 juin 2022, p. 11.
- M. Hautefort, *La consultation des représentants du personnel ne s'impose pas lorsque l'avis médical fait état d'une impossibilité de reclassement*, Lamy Actualités du droit, 20 juin 2022.
- L. Malfettes, *Impossibilité de reclassement et dispense de consultation des représentants du personnel*, Dalloz Actualité, 20 juin 2022.
- FRS 13/22, inf. 7, p. 14.

## ▪ Exercice du pouvoir disciplinaire

**Proposition d'une sanction modifiant le contrat et respect du délai de prescription des faits fautifs de l'article L. 1332-4 C. trav.**

**Cass. soc. 27 mai 2021, n°19-17.587, FS-P**

La jurisprudence « Hôtel Le Berry » a contraint les employeurs qui envisagent à titre disciplinaire une rétrogradation ou une mutation emportant modification du contrat à recueillir préalablement l'accord du salarié. Mais comment concilier cette obligation, et le cas échéant les conséquences d'un éventuel refus du salarié, avec le respect des délais légaux de procédure qui, par hypothèse, n'ont guère été pensés pour répondre à ces besoins ? Pour l'employeur qui s'orienterait

vers une sanction emportant modification du contrat, les risques sont grands : le délai de 2 mois de prescription des faits fautifs (art. L. 1332-4 C. trav.) et le délai d'un mois pour prononcer la sanction à compter de la date de l'entretien (art. L. 1332-2 C. trav.) sont des exigences de fond dont le non-respect emporte nullité de la sanction en définitive prononcée. Le présent arrêt apporte des éclaircissements sur la manière dont il convient de procéder.

La Cour de cassation confirme tout d'abord (voir Cass. soc. 13 janvier 2013, n°11-28.109) que le délai de l'article 1332-4 du code du travail est interrompu une première fois par l'engagement des poursuites disciplinaires, puis une nouvelle fois par notification de la proposition de modification du contrat (qui, bien que cela ne soit pas précisé, doit logiquement de plus intervenir dans le délai restreint d'un mois à compter de la date de l'entretien), et encore à nouveau par le refus du salarié, de telle sorte que la convocation à un nouvel entretien à la suite du refus doit intervenir dans le délai de 2 mois à compter de celui-ci. Elle reconnaît ensuite, implicitement mais nécessairement, la faculté pour l'employeur d'assortir sa proposition de sanction d'un délai pour l'accepter ou la refuser, le silence du salarié à son terme valant refus de sa part.

Il en résulte que l'employeur peut fixer au salarié une date butoir pour faire connaître sa réponse qui ne devra cependant pas excéder 2 mois à compter de la notification de la proposition de sanction. Si le salarié refuse expressément avant expiration du délai imparti, l'employeur devrait logiquement disposer de 2 mois à compter de ce refus pour reprendre la procédure. Si le salarié ne répond pas dans le délai imparti, son silence vaut refus à la date d'expiration du délai de réflexion et c'est alors à compter de cette date que court un nouveau délai de 2 mois pour convoquer le salarié à un nouvel entretien en vue d'une autre sanction. Le refus qui serait exprimé par le salarié après expiration du délai de réflexion ne doit en revanche pas être pris en considération. Là résidait l'erreur commise par l'employeur en l'espèce. Il avait en effet laissé au salarié jusqu'au 10 mai pour

apporter sa réponse à une proposition de mutation disciplinaire. Ce dernier n'avait cependant manifesté son refus qu'après expiration du délai imparti, à savoir le 18 mai. L'employeur ne l'ayant convoqué à un nouvel entretien que le 16 juillet, soit au-delà de 2 mois après expiration du délai de réflexion, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir conclu à la nullité de la sanction en définitive prononcée, à savoir une rétrogradation disciplinaire, peu important que celle-ci ait été cette fois acceptée par le salarié.

- M. Hautefort, *Mutation ou rétrogradation disciplinaire : la Cour de cassation se montre intransigeante sur le respect des délais*, Lamy Actualités du droit, 3 juin 2021.
- J. Icard, *Complexification du régime de la modification du contrat de travail pour motif disciplinaire*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2021, p. 20.
- J.-P. Lhernould, *Refus du salarié d'une sanction disciplinaire : quel délai pour reconvoquer le salarié ?*, JSL n° 523, 2 juillet 2021, p. 12.
- J. Mouly, *Refus d'une mutation disciplinaire : précisions sur le point de départ du délai de prescription prévu par l'article L. 1332-4 du code du travail*, Dr. soc. 2021 p. 755.
- S. Tournaux, *Le délai de réponse du salarié en cas de proposition de modification du contrat de travail disciplinaire*, SSL n° 1969, 4 octobre 2021, p. 10.
- FRS 12/21, inf. 9, p. 21.
- RJS 08-09/21, n° 418.

## ▪ Elections professionnelles

### Modalités de fixation de la proportion d'hommes et de femmes dans chaque collège électoral

**Cass. soc. 12 mai 2021, n°20-60.118, F-P ;  
Cass. soc. 29 septembre 2021, n°20-60.246, F-B**

La proportion d'hommes et de femmes dans chaque collège s'avère indispensable à la constitution des listes de candidats aux élections professionnelles dans le respect de l'exigence d'une représentation équilibrée. De la combinaison des articles L. 2314-13 et L. 2314-31 du code du travail, la Cour de cassation dégage le principe selon lequel la

proportion d'hommes et de femmes dans chaque collège doit figurer dans le protocole préélectoral en fonction des effectifs connus lors de la négociation du protocole, et qu'à défaut d'indication dans le protocole, il revient à l'employeur de la fixer en fonction de la composition du corps électoral existant au moment de l'établissement des listes électorales, sous le contrôle des organisations syndicales, peu important les modifications qui seraient ultérieurement apportées à la liste électorale.

Le second arrêt l'amène à appliquer cette règle dans l'hypothèse où à la suite d'un désaccord entre l'employeur et les organisations syndicales sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux (et le cas échéant sur la répartition des sièges entre collèges), le DREETS est appelé à en décider (art. L. 2314-13 al. 3 C. trav.). La Cour de cassation refuse d'étendre la compétence de l'autorité administrative à la fixation de la proportion hommes/femmes dans chaque collège.

- F. Bergeron-Canut, *Élections : le DREETS n'a pas à préciser la répartition des hommes et des femmes dans chaque collège électoral*, BJT n° 11, 1<sup>er</sup> novembre 2021, p. 20.
- E. Clément, *Précisions sur les modalités de répartition hommes/femmes composant chaque collège électoral*, Dalloz Actualité, 21 juin 2021.
- D. Julien-Paturle, *Elections du CSE : précision sur la répartition hommes/femmes dans les collèges électoraux*, Lamy Actualités du droit, 6 octobre 2021.
- C. Mariano, *Fixation des proportions de femmes et d'hommes du collège électoral : quelle temporalité ?*, BJT n° 07-08, 1<sup>er</sup> juillet 2021, p. 28.
- Y. Pagnerre, *Quand fixer la proportion de femmes et d'hommes en matière de parité électorale ?*, JCP S n° 28, 13 juillet 2021, 1185.
- F. Petit, *Qui détermine la proportion de femmes et d'hommes composant chaque collège électoral ?*, Dr. soc. 2021, p. 1049.
- T. Tauran, *Élections professionnelles au sein de coopératives agricoles formant une unité économique et sociale*, RD rur. n° 498, décembre 2021, comm. 265.
- M.-C. Tual, *Précisions sur la date à laquelle la proportion de femmes et d'hommes des listes de candidats aux élections du CSE doit être fixée*, Lamy Actualités du droit, 2 juin 2021 ; *C'est*

*l'employeur qui fixe la proportion de femmes et d'hommes dans les collèges électoraux en l'absence de dispositions dans le protocole*, Lamy Actualités du droit, 13 octobre 2021.

- FRS 12/21, inf. 15, p. 33.
- FRS 19/21, inf. 14, p. 30.
- RJS 08-09/21, n° 468.
- RJS 12/21, n° 668.

**Exclusion de l'électorat de certains salariés assimilés à l'employeur : l'atteinte au principe de participation est disproportionnée**

**Cons. const. 19 novembre 2021, n°2021-947 QPC ; Cass. soc. QPC 15 septembre 2021, n°21-40.013, FS-B**

Le Conseil constitutionnel a été saisi par la Chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc. QPC 15 septembre 2021, n°21-40.013) d'une QPC portant sur la conformité au principe de participation des travailleurs de l'article L. 2314-18 du code du travail (dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017) tel qu'interprété par la jurisprudence constante de la Cour de cassation. Celle-ci considère en effet de longue date, sur le fondement de cette disposition légale, que ne peuvent être électeurs les salariés qui, soit disposent d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise, soit représentent effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel (en dernier lieu : Cass. soc. 31 mars 2021, n°19-25.233).

Le Conseil constitutionnel censure la disposition litigieuse, telle qu'interprétée par la jurisprudence, en ce qu'elle porte une atteinte disproportionnée au principe de participation des travailleurs garanti par le Préambule de la Constitution de 1946, en privant des salariés de toute possibilité de participer en qualité d'électeur aux élections du CSE, « au seul motif » qu'ils disposent d'une telle délégation ou d'un tel pouvoir de représentation.

Soulignant toutefois qu'une abrogation immédiate de l'article L. 2314-18 du code du travail aurait pour effet de supprimer toute condition pour être électeur, la Conseil

constitutionnel en reporte l'abrogation au 31 octobre 2022, en précisant que les mesures prises avant cette date en application de ses dispositions ne peuvent être contestées sur le fondement de son inconstitutionnalité. Le législateur devra donc intervenir avant le 31 octobre. Il lui reviendra de résoudre la difficulté et de s'attacher à ce que les restrictions qu'il entendrait apporter ne portent pas une atteinte disproportionnée au principe de participation des travailleurs.

Notons que le Conseil constitutionnel n'a été amené à se prononcer que sur la conformité de l'article L. 2314-18 du code du travail tel qu'interprété par la Cour de cassation. N'est donc en rien remise en cause la jurisprudence selon laquelle les salariés qui disposent d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise, ou qui représentent effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel ne sont pas éligibles.

- B. Bauduin, *Un an de QPC en matière sociale (janvier à décembre 2021)*, JCP S n° 1, 11 janvier 2022, 1001.
- F. Bergeron-Canut, *Exclusion de l'électorat des salariés assimilés à l'employeur : censure du Conseil constitutionnel*, BJT n° 1, 1<sup>er</sup> janvier 2022, p. 29.
- A. Bonardi, *Salariés représentants ou délégataires de l'employeur : bientôt aux urnes ?*, JCP S n° 41, 12 octobre 2021, 1255.
- F. Champeaux, *Les salariés assimilés ou représentant l'employeur retrouvent leur droit de vote aux élections*, SSL n° 1977, 29 novembre 2021, p. 13.
- M. Content, G. de Saint Sernin, *Elections professionnelles : le cadre dirigeant, un électeur comme les autres ?*, Dalloz Actualité, 2 décembre 2021.
- G. François, *Transmission d'une QPC relative à l'exclusion de l'électorat des salariés assimilés à l'employeur*, BJT n° 11, 1<sup>er</sup> novembre 2021, p. 18.
- F. Petit, *La qualité d'électeur du salarié assimilé au chef d'entreprise*, Dr. soc. 2022, p. 189.
- C. Richaud, *Requalification de l'électorat aux élections professionnelles : « c'est qui le patron ? »*, Gaz. Pal. n° 18, 24 mai 2022, p. 5.
- M.-C. Tual, *L'exclusion des salariés assimilés à l'employeur de la qualité d'électeurs au CSE est inconstitutionnelle*, Lamy Actualités du droit, 23 novembre 2021.

- FRS 22/21, inf. 13, p. 21.
- RJS 02/22, n° 84.

## Éligibilité au CSE du responsable sécurité de l'entreprise

### Cass. soc. 19 janvier 2022, n°19-25.982, FS-B

Dans l'attente d'une intervention législative à la suite de l'abrogation à venir de l'article 2314-18 du code du travail tel qu'interprété par la jurisprudence constante de la Cour de cassation (Cons. const. 19 novembre 2021, n°2021-947 QPC), cette dernière a été appelée à se prononcer sur l'éligibilité au CSE du responsable interne de sécurité et des conditions de travail ou de l'agent chargé de la sécurité et des conditions de travail qui, en application de l'article L. 2314-3 du code du travail, assistent avec voix consultative aux réunions du CSE et le cas échéant de la CSSCT concernant les points de l'ordre du jour relevant de la santé, de la sécurité et des conditions de travail.

Restant fidèle à sa jurisprudence sans pour autant venir heurter la décision du Conseil constitutionnel, la Chambre sociale de la Cour de cassation admet que ces salariés ne représentent pas l'employeur au sein du CSE, dans la mesure où ils n'interviennent que de façon ponctuelle et avec simple voix consultative. Elle en déduit qu'ils sont en principe éligibles au CSE. Et à défaut en l'espèce de toute délégation de pouvoirs de l'employeur permettant une assimilation au chef d'entreprise, elle en conclut que c'est à juste titre que le tribunal a rejeté la demande d'annulation de la candidature du salarié.

- N. Chavrier, M. Nasica, *La qualité du responsable interne du service de sécurité et des conditions de travail ne prive pas de l'éligibilité au CSE*, JSL n° 537, 4 mars 2022, p. 22.
- F. Duquesne, *Éligibilité du responsable salarié du service de sécurité*, JCP S n° 9, 8 mars 2022, 1067.
- T. Godey, M. Loncle, *Pas d'inéligibilité pour le responsable santé, sécurité et conditions de travail qui ne représente pas l'employeur*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 223, 1<sup>er</sup> mars 2022, p. 31.
- G. François, *De l'éligibilité au comité social et économique du responsable interne du service de*

*sécurité et des conditions de travail et de l'agent en charge de la sécurité et des conditions de travail*, BJT n° 3, 1<sup>er</sup> mars 2022, p. 19.

- M.-C. Tual, *Le responsable du service santé, sécurité et conditions de travail est éligible au CSE*, Lamy Actualités du droit, 2 février 2022.
- FRS 04/22, inf. 10, p. 14.
- RJS 03/22, n° 149.

### ▪ Règlement intérieur

#### Interdiction de toute consommation d'alcool dans le règlement intérieur

##### CE 14 mars 2022, n°434343

Lorsque la consommation d'alcool est susceptible de porter atteinte à la santé et à la sécurité des travailleurs, l'employeur peut prendre des mesures proportionnées au but recherché en limitant voire en interdisant une telle consommation sur le lieu de travail, l'interdiction de toute imprégnation alcoolique des salariés concernés n'étant permise qu'en cas de danger particulièrement élevé pour les salariés ou pour les tiers (CE 8 juillet 2019, n°420434 - Cap sur le droit 2019, p. 18). En l'espèce, les dispositions du règlement intérieur de l'entreprise prévoyaient l'interdiction d'introduire, de distribuer ou de consommer des boissons alcoolisées. L'autorité administrative avait toutefois exigé leur modification, approuvée en cela par les juges du fond. Ces derniers reprochaient à l'employeur de ne pas justifier de l'existence d'une situation particulière de danger faute d'éléments chiffrés sur le nombre d'accidents du travail ou de sanctions préalables liées à l'alcool sur le site.

Ce n'est pas l'avis du Conseil d'Etat.

Il précise tout d'abord, que si l'employeur doit bien évidemment établir que l'interdiction posée est justifiée et proportionnée au but recherché, il n'est pas exigé qu'il soit en mesure de faire état de risques déjà réalisés. La solution, fondée sur les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail se comprend parfaitement : la position de l'autorité administrative conduisait à admettre que l'employeur ne puisse prendre une mesure d'interdiction potentiellement nécessaire qu'en cas de risques déjà réalisés, en contradiction totale avec son obligation de prévention.

Restait alors au Conseil d'Etat à se prononcer sur le caractère justifié et proportionné de la

mesure en l'espèce. Il s'avérait que 90% des salariés occupaient des postes ou étaient affectés à des activités pour lesquels l'imprégnation alcoolique était bien de nature à exposer les salariés ou les tiers à un danger. Et le Conseil d'Etat souligne que les 10% restant qui occupaient des fonctions tertiaires, étaient appelés à se déplacer régulièrement sur l'ensemble du site et à partager les mêmes locaux. Il en déduit dès lors que c'était bien l'ensemble des salariés qui était exposé à un risque et que l'interdiction était dès lors justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

- F. Champeaux, *Quand l'obligation de sécurité percute le contrôle de justification et de proportionnalité sur le règlement intérieur*, SSL n° 1995, 11 avril 2022, p. 12.
- V. Cohen-Donsimoni, *L'interdiction de consommation d'alcool dans l'entreprise n'est pas subordonnée à l'existence de risques déjà réalisés*, JCP S n° 18, 10 mai 2022, 1130.
- J.-P. Lhernould, *Prohiber de manière générale la consommation d'alcool dans l'entreprise est possible en vertu de l'obligation de sécurité*, JSL n° 541, 4 mai 2022, p. 23.
- C. Pietralunga, *Interdiction de l'alcool : notion de caractère justifié et proportionné*, Lamy Actualités du droit, 5 avril 2022.
- FRS 07/22, inf. 2, p. 4.
- RJS 05/22, n° 277.

### ▪ Preuve résultant d'une enquête interne ou d'un audit

#### Licéité du moyen de preuve tiré d'investigations à l'insu du salarié

##### Cass. soc. 27 mai 2021, n°19-23.984, F-D

Est licite le moyen de preuve tiré d'enquêtes internes et d'audits réalisés sans information préalable du salarié à la suite en l'espèce de signalements par des clients d'anomalies de facturation, les investigations menées portant notamment sur les documents comptables de l'entreprise et n'ayant pas eu pour objet de contrôler spécifiquement l'activité du salarié.

Peu importe que le salarié n'ait pas été informé ni entendu lors des investigations. Le mode de preuve par enquêtes internes et audits n'en est pas pour autant déloyal.

• B. Bossu, *Surveillance au travail : une protection du salarié en recul*, Lexbase – Quotidien, 30 août 2021.

### **Harcèlement moral ou sexuel – Valeur probante d'un rapport d'enquête interne**

**Cass. soc. 1<sup>er</sup> juin 2022, n°20-22.058, F-D ;  
Cass. soc. 29 juin 2022, n° 21-11.437, FS-B**

Le respect par l'employeur de son obligation de sécurité lui impose, lorsqu'il est informé de faits susceptibles de constituer un harcèlement, de prendre les mesures nécessaires en vue de le faire cesser et de sanctionner leur auteur. L'employeur est donc amené à la suite de dénonciation de faits de harcèlement à mener une enquête et le cas échéant à sanctionner le salarié mis en cause. La Cour de cassation rappelle qu'en matière prud'homale la preuve est libre, et que le rapport d'enquête interne peut être produit par l'employeur pour justifier de la faute du salarié sanctionné, le juge devant alors en apprécier la valeur probante, sauf investigations illicites, en tenant compte le cas échéant des autres éléments de preuve produits par les parties.

Dans les deux espèces, la Cour de cassation reproche aux juges du fond d'avoir écarté des débats le rapport d'enquête interne.

Dans la première affaire, ces derniers s'étaient fondés sur le fait que l'enquête avait été menée par la direction des ressources humaines sans association des représentants du personnel, une partie seulement des collaborateurs potentiellement victimes des actes de harcèlement ayant été interrogée sans que les critères de sélection ne soient connus, motifs que la Cour de cassation juge impropres à écarter le rapport d'enquête comme élément de preuve.

Dans la deuxième affaire, la Cour d'appel avait conclu au caractère déloyal de l'enquête du fait que tous les témoins ou intéressés n'avaient pas été auditionnés, que les salariés

ayant dénoncé les actes de harcèlement avaient été entendus ensemble, que le compte-rendu d'enquête n'avait pas été signé et que la durée de l'audition du salarié soupçonné d'acte de harcèlement n'était pas indiquée pas plus que les temps de repos. Là encore la Cour de cassation n'y voit pas des motifs justifiant d'écarter le rapport d'enquête. La censure de la décision des juges du fond était ici d'autant plus inévitable qu'ils avaient refusé d'examiner d'autres éléments de preuve fournis par l'employeur.

• FRS 14/22, inf. 2, p. 3.

### **▪ Temps de pause**

#### **Temps de pause et temps de travail effectif**

**Cass. soc. 2 juin 2021, n°19-15.468, FS-D**

Devoir conserver son téléphone mobile professionnel durant tous les déplacements internes afin de rester joignable à tout moment pour répondre à une demande d'information urgente, en l'espèce de transporteurs effectuant des livraisons, ne constitue pas du temps de travail effectif. Pour avoir admis le contraire sans justifier de ce que les salariés étaient durant leurs pauses à la disposition de leur employeur et devaient se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, la décision des juges du fond est censurée par la Cour de cassation.

• RJS 10/21 n° 543.

### **▪ Rémunération**

#### **Versement de la prime sur objectifs en cas de départ du salarié en cours d'exercice**

**Cass. soc. 9 février 2022, n°20-12.611, F-D**

Il est acquis depuis un arrêt du 23 mars 2011 (n°09-69.127) qu'une prime annuelle d'objectifs qui constitue la partie variable de la rémunération du salarié en contrepartie de son activité s'acquiert au prorata du temps de présence dans l'entreprise. Jusqu'à présent, la

jurisprudence n'avait semble-t-il fait application de cette règle que pour reconnaître le droit du salarié ayant quitté l'entreprise avant la date de versement de la prime, à son paiement *pro rata temporis*. La Cour de cassation la rappelle cette fois pour justifier du rejet de la demande du salarié au paiement de la totalité de la prime, peu important qu'il ait atteint l'ensemble de ses objectifs avant son départ.

• RJS 04/22, n° 183.

### **Droit à DI en cas de non-respect du SMIC : nécessité d'un préjudice distinct causé par la mauvaise foi de l'employeur**

**Cass. soc. 29 septembre 2021, n°20-10.634, FS-B**

La Cour de cassation poursuit son mouvement tendant à l'abandon de la théorie du préjudice nécessaire amorcé en 2016 (qui connaît néanmoins des exceptions), et revient sur sa jurisprudence qui admettait que le non-paiement d'une rémunération au moins égale au SMIC causait nécessairement un préjudice au salarié (Cass. soc. 29 juin 2011, n°10-12.884).

Opérant une application stricte de l'article 1231-6 du code civil, elle subordonne dorénavant le versement de dommages et intérêts à la preuve d'un préjudice distinct de celui résultant du retard de paiement causé par la mauvaise foi de l'employeur. Elle censure en conséquence la décision des juges du fond qui avaient certes reconnu l'existence d'un préjudice distinct mais sans que ne soit caractérisée la mauvaise foi de l'employeur.

Les mêmes exigences avaient déjà été imposées pour l'octroi de DI en cas de non-paiement d'heures supplémentaires (Cass. soc. 14 septembre 2016, n°14-26.101). Il devrait en aller de même en cas de non-respect des minima conventionnels.

• T. Lahalle, *Application du salaire minimum aux gérants non-salariés de succursale alimentaire*, JCP S n° 43-44, 26 octobre 2021, 1268.

• G. Marie, *Non-respect du SMIC : conditions de l'indemnisation du salarié*, Lamy Actualités du droit, 6 octobre 2021.

• FRS 19/21, inf. 9 p. 20.  
• RJS 12/21 n° 675.

### **▪ CDD et contrats de mission successifs**

#### **Exclusion par accord de branche étendu de l'application du délai de carence**

**CE 19 mai 2021, n°426825 ; CE 27 avril 2022, n°440521**

Les articles L. 1244-3 et L. 1251-36 du code du travail imposent le respect d'un délai de carence en cas de succession de CDD et/ou de contrats de mission sur un même poste. Jusqu'à l'intervention d'une des ordonnances du 22 septembre 2017, la loi fixait un certain nombre d'exceptions limitatives à l'application du délai de carence. Depuis lors, un accord de branche étendu peut prévoir les cas dans lesquels le délai de carence n'est pas applicable (arts. L. 1244-4 et L. 1251-37 C. trav.), et peut ainsi rallonger ou restreindre la liste légale. Les dispositions d'ordre public interdisant qu'il soit pourvu durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise par CDD ou contrat de mission s'imposent toutefois. C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat a été saisi de recours en excès de pouvoir contre des arrêtés d'extension de conventions collectives qui aménageaient l'application du délai de carence.

Dans le premier arrêt, le Conseil d'Etat admet parfaitement que la convention collective conclue ajoute aux cas énumérés par la loi celui où l'un des deux contrats de travail à durée déterminée ou contrats de travail temporaire successifs est conclu pour un motif "d'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise", et ce quand bien même son rapporteur public reconnaissait que cette hypothèse supplémentaire d'exclusion du délai de carence rendait très résiduelle l'exigence d'un délai de carence entre deux contrats. La prudence s'impose néanmoins car l'utilisation par l'entreprise de cette autorisation conventionnelle d'enchaîner les contrats sans délai de carence ne la met pas à l'abri d'un risque de requalification en CDI s'il s'avérait qu'était en réalité pourvu par

contrats précaires successifs un emploi lié à l'activité permanente de l'entreprise.

En revanche, dans sa décision du 27 avril 2022, le Conseil d'Etat condamne les dispositions conventionnelles, ou plutôt leur extension par arrêté ministériel, en ce qu'elles entendaient écarter le délai de carence dans tous les cas de succession de CDD. Il relève en effet que l'article L. 1244-4 du code du travail n'autorise que de définir par voie conventionnelle les différents cas dans lesquels le délai de carence ne s'applique pas, et qu'il ne permet donc pas de prévoir que le délai de carence ne s'appliquera pas de façon générale dans tous les cas de succession de CDD. Il faut donc en conclure qu'il n'est pas permis par voie conventionnelle d'exclure systématiquement tout délai de carence mais qu'en revanche l'accord de branche étendu peut parfaitement rallonger la liste des cas où il est écarté, y compris jusqu'à ce que son application en devienne en pratique tout à fait marginale ...

- F. Bergeron, *Accord de branche étendu : le Conseil d'Etat encadre les conditions d'exclusion du délai de carence entre deux CDD*, BJT n° 07-08, 1<sup>er</sup> juillet 2022, p. 21.
- R. Chambon, *Un avenant à la convention collective de Pôle emploi ne peut supprimer totalement le délai de carence entre deux CDD*, *Conclusions (extraits)*, SSL n° 2002, 30 mai 2022, p. 5.
- D. Necib, *Pas de suppression générale du délai de carence applicable aux contrats de travail à durée déterminée par une convention collective*, AJDA 2022, p. 902.
- K. Le Petitcorps, *Exclusion du délai de carence entre deux CDD par accord de branche : elle ne peut être générale*, Lamy Actualités du droit, 23 mai 2022.
- FRS 13/21, inf. 5, p. 7.
- FRS 13/21, inf. 15, p. 24 (conclusions R. Chambon).
- RJS 08-09/21, n° 426.
- Actualités FL, 20 mai 2022.
- RJS 07/22, n° 360.

## ▪ Inaptitude médicale

**Portée d'une erreur formelle dans l'avis d'inaptitude.**

## Cass. soc. 16 juin 2021, n°20-10.386, F-D

L'erreur du médecin du travail dans son avis d'inaptitude sur la dénomination du poste occupé par le salarié ne constitue qu'une simple erreur matérielle qui n'affecte pas la validité de l'avis dès lors que le médecin du travail s'était rendu dans l'entreprise, avait réalisé une étude du poste du salarié et vérifié concrètement les conditions d'exercice de ses fonctions et qu'il avait échangé avec l'employeur qui avait pu formuler des observations.

- FRS 14/21, inf. 14, p. 29.
- RJS 8-9/21, n° 454.

## ▪ Licenciement pour motif personnel

**Licencier pour insuffisance professionnelle après refus d'une proposition de rétrogradation : c'est possible !**

## Cass. soc. 9mars 2022, n°20-17.005, FS-B

L'employeur n'est pas contraint, après refus d'une rétrogradation par le salarié, de rester sur le terrain disciplinaire et peut parfaitement à la suite de ce refus, motiver le licenciement par une insuffisance professionnelle.

La Cour de cassation revient donc sur l'orientation première de la jurisprudence : celle-ci laissait en effet penser que l'employeur était lié par son choix initial de mener une procédure disciplinaire qui n'avait pu aller à son terme qu'à raison du refus du salarié de la proposition de sanction/modification (Cass. soc. 28 novembre 2000, n°98-43.029). Procéder au licenciement non disciplinaire du salarié pour insuffisance professionnelle semblait alors inéluctablement conduire à une condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ce risque immédiat de condamnation est dorénavant écarté. La Cour de cassation s'appuie en effet sur l'article L. 1232-6 du code du travail pour considérer que seul le motif figurant dans la lettre de licenciement détermine la nature du licenciement, peu important dès lors que

l'employeur ait proposé une sanction emportant modification du contrat refusée par le salarié avant de licencier celui-ci pour insuffisance professionnelle.

- P. Adam, *Variations (partiellement iconoclastes) autour du droit disciplinaire*, RDT 2022, p. 387.
- A. Charbonneau, *Licenciement pour insuffisance professionnelle à la suite d'une rétrogradation disciplinaire refusée*, BJT n° 5, 1<sup>er</sup> mai 2022, p. 19.
- C. Couëdel, *Licenciement pour insuffisance professionnelle consécutif à une sanction disciplinaire : quelle influence ?*, Dalloz Actualité, 30 mars 2022.
- J.-Y. Frouin, *Licenciement pour insuffisance professionnelle et procédure disciplinaire préalable*, JCP S n° 15, 19 avril 2022, 1114.
- J.-P. Lhernould, *Proposer une rétrogradation-sanction n'empêche pas de licencier pour insuffisance professionnelle*, SSL n° 1997, 25 avril 2022, p. 12 et JSL n° 540, 20 avril 2022, p. 8.
- J. Mouly, *Le refus d'une rétrogradation disciplinaire par le salarié n'empêche pas l'employeur de prononcer un licenciement pour insuffisance professionnelle*, Dr. soc. 2022, p. 470.
- FRS 07/22, inf. 5, p. 10.
- RJS 05/22, n° 245.

## ▪ Licenciement pour motif disciplinaire

### Portée juridique d'un guide RH interne

#### Cass. soc. 27 mai 2021, n°19-16.117, FS-P

La Cour de cassation dénie toute valeur normative à un guide mémento des règles de gestion RH élaboré au sein de la société La Poste. Elle n'y voit en effet qu'un document interne à l'entreprise se bornant à expliciter les règles de droit à destination des délégués du pouvoir disciplinaire en charge de les mettre en œuvre. La méconnaissance de l'exigence figurant dans ce guide de mentionner dans la lettre de convocation à l'entretien préalable les fautes reprochées au salarié, en sus de l'objet de l'entretien imposé par la loi, n'est dès lors pas de nature à affecter la validité du licenciement prononcé, contrairement à ce que soutenait le salarié. La solution doit pouvoir être étendue à tout document interne qui tend seulement, dans un objectif pédagogique, à expliciter la

règlementation applicable aux salariés appelés à la mettre en œuvre.

- C. Couëdel, *Mise en œuvre de la procédure de licenciement disciplinaire et valeur d'un guide RH d'entreprise*, Dalloz actualité, 15 juin 2021.
- S. Riancho *Portée juridique d'un « guide mémento de gestion RH » sur la validité de la procédure disciplinaire*, BJT n°07-08, 1<sup>er</sup> juillet 2021, p. 22.
- RJS 08-09/21, n° 498.

### Délai pour engager la procédure de licenciement en cas d'absence du salarié et qualification de faute grave

#### Cass. soc. 9 mars 2022, n°20-20.872, F-B

L'écoulement d'un certain délai entre la découverte des faits fautifs et l'engagement des poursuites disciplinaires pour faute grave ne peut avoir pour effet de retirer à la faute son caractère de gravité lorsque le salarié est absent de l'entreprise. Dans cette circonstance, la Cour de cassation exclut ainsi toute prise en compte du temps mis par l'employeur pour engager la procédure (dans la limite de 2 mois – art. L. 1332-4 C. trav.) dans l'appréciation de la faute grave. Attention toutefois : le retour du salarié dans l'entreprise après découverte des faits fautifs doit inciter l'employeur à engager rapidement la procédure sous peine de disqualification de la faute grave. On peut également penser que la solution ici adoptée comporte une réserve lorsque la faute grave a été commise par le salarié durant la période de suspension de son contrat de travail.

- A. Bonardi, *La mise en œuvre de la procédure de licenciement pour faute grave en cas d'absence du salarié*, JCP S n° 15, 19 avril 2022, 1115.
- C. Couëdel, *Engagement tardif de la procédure : quelle conséquence sur le degré de gravité de la faute ?*, Dalloz Actualité, 28 mars 2022.
- S. Riancho, *Licenciement disciplinaire : en cas de suspension du contrat, l'employeur ne perd rien à attendre*, BJT n° 4, 1<sup>er</sup> avril 2022, p. 9.
- FRS 08/22, inf. 2, p. 5.
- RJS 05/22, n° 242.

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

### Cass. soc. 19 janvier 2022, n°20-19.742, F-D

Si 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 différemment lorsque les faits commis hors du temps et du lieu de travail se rattachent à la vie professionnelle du salarié. Le présent arrêt offre une nouvelle illustration de la notion de faits se rattachant à la vie professionnelle s'agissant d'un salarié licencié pour faute grave après avoir provoqué un accident de la circulation avec le véhicule de fonction de l'entreprise alors qu'il conduisait en état d'ébriété, lors du retour tardif d'un salon professionnel sur lequel il s'était rendu sur instruction de l'employeur.

- D. Julien-Paturle, *Conduite d'un véhicule de fonction en état d'ébriété : vie privée ou vie professionnelle ?*, JSL n° 537, 4 mars 2022, p. 25.
- FRS 05/22, inf. 5, p. 10.
- RJS 04/22, n° 180.

## ▪ Licenciement pour motif économique

### Liquidation amiable de la société et légitimité du licenciement pour motif économique d'un salarié inapte

### Cass. soc. 15 septembre 2021, n°19-25.613, FS-B

La jurisprudence a admis, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, que le salarié inapte puisse légitimement faire l'objet d'un licenciement pour motif économique fondé sur la cessation totale de l'activité lorsque l'entreprise n'appartient pas à groupe, aucun reclassement du salarié ne pouvant être envisagé (Cass. soc. 4 octobre 2017, n°16-16.441). Elle étend dans le présent arrêt la solution dans l'hypothèse d'une liquidation amiable consécutive en l'espèce au départ à la retraite de l'employeur sans repreneur. Pour que l'employeur ne soit pas contraint de répondre aux obligations d'un licenciement pour inaptitude médicale et puisse

légitimement procéder à un licenciement pour motif économique, deux conditions cumulatives doivent donc être remplies : une cessation d'activité répondant aux exigences jurisprudentielles et donc totale et définitive, et l'absence d'appartenance de l'entreprise à un groupe puisqu'à défaut, s'ouvriraient des perspectives de reclassement. La présente décision confirme de plus qu'en ce cas, le salarié dont l'inaptitude est professionnelle ne peut prétendre à l'indemnité spéciale de licenciement, le licenciement étant fondé non pas sur l'inaptitude médicale mais sur un motif économique.

- M. Babin, *Licenciement économique d'un salarié déclaré inapte en cas de cessation d'activité et d'impossibilité de reclassement*, JCP S n° 42, 19 octobre 2021, 1262.
- J.-P. Lhernould, *Concomitance entre inaptitude et cessation d'activité : quel licenciement ?*, JSL n° 529, 4 novembre 2021, p. 4.
- C. Pietralunga, *Inaptitude : reclassement du salarié en cas de liquidation amiable*, Lamy Actualités du droit, 18 octobre 2021.
- FRS 18/21, inf. 5, p. 8.
- RJS 11/21, n° 592.

## ▪ Procédure lourde de licenciements collectifs avec PSE

### Etendue du pouvoir d'injonction du Dreets

### CE 31 janvier 2022, n°435888

Le Dreets est-il tenu de faire droit à toute demande d'injonction formulée en application de l'article L. 1233-57-5 du code du travail ? Le Conseil d'Etat répond par la négative. Il se déduit en effet de l'article D. 1233-12 du code du travail qu'il dispose d'un pouvoir d'appréciation de la pertinence des demandes formulées (« S'il décide de faire droit à la demande, le directeur régional adresse une injonction ... »). Pour autant, l'autorité administrative doit, dans le cadre du contrôle global de la régularité de la procédure de consultation et sous le contrôle du juge, vérifier que le CSE a pu se prononcer en toute connaissance de cause. L'homologation ou la validation acquise alors que le Dreets aurait refusé de donner suite à une demande

d'injonction pourtant nécessaire à ce que le CSE puisse rendre ses avis en toute connaissance de cause, pourrait donc être contestée avec succès devant le juge administratif. En l'espèce, il ressortait toutefois des pièces du dossier que le CSE avait été pleinement en mesure de se prononcer bien que l'autorité administrative n'ait enjoint à l'employeur de communiquer à l'expert-comptable mandaté par les représentants du personnel qu'une partie des documents demandés. La procédure était donc régulière.

- R. Chambon, *Le pouvoir de la Direccte de refuser de faire droit à une demande d'injonction, Conclusions (extraits)*, SSL n° 1988, 21 février 2022, p. 5.

### Négociation d'un PSE au niveau d'une UES

#### CE 2 mars 2022, n°438136

Le Conseil d'Etat admet qu'un accord collectif majoritaire portant PSE puisse être valablement signé au niveau d'une UES. Il précise ensuite quels doivent en être les signataires, l'UES n'étant pas dotée de la personnalité morale. L'accord doit ainsi être conclu entre d'une part une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau de l'UES et d'autre part, soit par chacune des entreprises constituant l'UES, soit l'une d'entre elles sur mandat exprès préalable des entreprises membres de l'UES. Ces conditions n'étant pas remplies en l'espèce, la validation de l'accord devait être refusée par l'autorité administrative.

- G. Auzero, *Qui peut signer un accord déterminant le contenu du PSE conclu au niveau d'une UES ?*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2022, p. 21.
- F. Dieu, *Les signataires d'un accord portant PSE au niveau de l'UES, Conclusions*, SSL n° 1992, 21 mars 2022, p. 7.
- M. Kocher, *Conclure un accord collectif de PSE au niveau de l'unité économique et sociale. Quelle dynamique ?*, RDT 2022, p. 240.
- FRS 6/22, inf. 8, p. 16.
- RJS 05/22, n° 246.

### Pertinence du PSE unilatéral

#### CE 22 juillet 2021, n°434362

Le Conseil d'Etat précise que l'employeur doit identifier dans le PSE l'ensemble des postes de reclassement interne disponibles, y compris ceux d'une durée limitée. Il n'est donc pas permis, comme l'avait fait l'employeur en l'espèce, de limiter l'identification des possibilités de reclassement aux seuls postes pourvus en CDI et en CDD d'au moins 3 mois. Néanmoins, fidèle à sa jurisprudence, le Conseil d'Etat refuse que le juge déduise automatiquement de cette exclusion des possibilités de reclassement en CDD (en l'occurrence de moins de 3 mois) une insuffisance du plan. Les mesures du plan doivent en effet faire l'objet d'une appréciation globale. Et à la lumière des autres mesures de reclassement qui y figuraient, le Conseil d'Etat considère ici que le PSE répondait aux exigences légales.

Le second intérêt de cette décision réside dans la distinction opérée par le Conseil d'Etat entre les mesures de reclassement comprises dans le PSE, qui rentrent bien dans le périmètre de contrôle de l'autorité administrative, et leurs modalités de mise en œuvre sur le plan individuel qui en sont exclues et ne peuvent dès lors servir de fondement à un refus ou à une annulation d'homologation. Le Conseil d'Etat censure ainsi la décision de la CAA qui avait considéré que l'homologation devait être annulée du fait que le PSE laissait aux salariés menacés de licenciement un délai inférieur au délai minimum de 15 jours garanti par l'article D. 1233-2-1 du code du travail pour présenter leur candidature à la suite de la diffusion des offres de reclassement. Ce n'est pas dire que l'employeur n'encourrait aucune sanction en mettant en œuvre une modalité irrégulière telle que prévue dans le plan. Mais il reviendra au juge prud'homal d'en tirer les conséquences en cas de contestation par le salarié licencié du respect à son égard de l'obligation de reclassement.

- L. Moins, *Reclassement interne : le PSE doit identifier l'ensemble des postes disponibles peu importe la durée des contrats*, Lamy Actualités du droit, 7 septembre 2021.

- H. de Frémont, *Le juge administratif et l'article L. 1233-4 du Code du travail*, LEDEN n° 10, novembre 2021, p. 7.
- S. Norval-Grivet, *Regards croisés sur l'obligation de reclassement : les frontières entre le plan de sauvegarde de l'emploi et le licenciement*, RDT 2021, p. 519.
- FRS 17/21, inf. 6, p. 13.
- RJS 11/21, n° 605.

### **Salarié protégé : le périmètre du groupe de reclassement défini dans le PSE homologué ne peut être remis en cause par l'inspecteur du travail**

#### **CE 22 juillet 2021, n°427004**

L'homologation du PSE unilatéral fait obstacle à ce que l'inspecteur du travail, dans le cadre de l'examen de la demande d'autorisation préalable au licenciement d'un salarié protégé, s'appuie sur un périmètre du groupe de reclassement distinct de celui fixé dans le PSE pour considérer que l'employeur a manqué à son obligation individuelle de reclassement et refuser l'autorisation de licencier.

Ainsi, même si l'employeur a omis de rechercher les possibilités de reclassement dans une société qui faisait bien partie du groupe de reclassement au sens de la jurisprudence, l'inspecteur du travail ne peut en tirer argument pour refuser l'autorisation de licencier dès lors que cette société ne relevait pas du périmètre de reclassement arrêté dans le PSE homologué. La position ici adoptée par le Conseil d'Etat pourrait paraître sévère pour le salarié protégé dont l'autorisation de licenciement doit être accordée alors même que l'employeur aurait délaissé des possibilités de reclassement. Elle est en revanche sécurisante pour l'entreprise qui, sauf à ce que la décision d'homologation elle-même soit contestée, peut pleinement se fier dans la mise en œuvre de son obligation individuelle de reclassement au cadre de reclassement fixé dans son PSE.

A suivre toutefois les très instructives conclusions du rapporteur public, M. Chambon, et les termes de la décision qui semblent eux-mêmes en ce sens, la solution ne devrait pas pouvoir être étendue au PSE

négocié. En effet, à la différence du document unilatéral qui est soumis à un contrôle approfondi passant par la vérification du respect par l'employeur de son obligation d'une recherche sérieuse des postes disponibles au sein des entreprises appartenant au groupe de reclassement, le PSE négocié ne fait l'objet que d'un contrôle restreint du Dreet, ce dernier devant seulement s'assurer de la présence de mesures de reclassement dans le plan. Il faut par ailleurs sans doute réserver l'hypothèse d'une évolution des circonstances se traduisant par un élargissement du groupe de reclassement entre la décision d'homologation et la date d'examen de la demande d'autorisation de licencier et dont pourrait tenir compte l'inspecteur du travail.

- G. Auzero, *L'inspecteur du travail ne peut remettre en cause le périmètre du groupe de reclassement déterminé par le PSE*, BJT n° 10, 1<sup>er</sup> octobre 2021, p.24.
- R. Chambon, *Le PSE, le licenciement d'un salarié protégé et le périmètre de reclassement*, Conclusions, SSL n° 1966, 13 septembre 2021, p. 14.
- Q. Chatelier, *L'impossible remise en cause par l'inspecteur du travail du périmètre du groupe de reclassement fixé dans un PSE homologué*, JCP S n° 39, 28 septembre 2021, 1237.
- N. Dinant, *Salarié protégé : le périmètre de reclassement défini par le PSE ne peut être remis en cause par l'IT*, Lamy Actualités du droit, 13 septembre 2021.
- S. Norval-Grivet, *Regards croisés sur l'obligation de reclassement : les frontières entre le plan de sauvegarde de l'emploi et le licenciement*, RDT 2021, p. 519
- RJS 10/21, n° 554.

### **Ordre des licenciements : répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire**

#### **Cass. soc. 20 avril 2022, n°20-20.567, FS-B**

La Cour de cassation, en cohérence avec la jurisprudence du Conseil d'Etat, a précédemment admis que la contestation de la conformité aux dispositions légales et conventionnelles des critères d'ordre et de leurs règles de pondération fixés dans un PSE

unilatéral relevait de la seule compétence du juge administratif (Cass. soc. 25 mars 2020, n°17-24.491). De même la définition des catégories professionnelles au sein desquelles les critères d'ordres sont appelés à être mis en œuvre relève-t-elle du contrôle de l'autorité administrative et corrélativement de la compétence du juge administratif (CE 30 mai 2016, n°387798). Dans la présente décision la Cour de cassation considère en revanche que le juge prud'homal reste compétent pour connaître des demandes individuelles relatives à l'application par l'employeur des critères d'ordre.

- G. Dedessus-Le-Moustier, *Compétence résiduelle du juge judiciaire en matière de contentieux relatif à la mise en œuvre de l'ordre des licenciements*, LEDEN n° 6, juin 2022, p. 6.
- L. Malfettes, *PSE : application des critères d'ordre et compétence du juge judiciaire*, Dalloz Actualité, 18 mai 2022.
- FRS 10/22, inf. 12, p. 19.
- RJS 07/22, n° 372.

### **Absence de contrôle a priori du motif économique des licenciements envisagés**

#### **Cass. soc. 29 septembre 2021, n°19-23.248, FS-B**

Le Conseil d'Etat dans son arrêt « Heinz France » du 22 juillet 2015 (n°385816) a précisé que l'administration, lors de l'examen de la demande d'homologation d'un PSE unilatéral, n'avait pas à se prononcer sur le motif économique du projet de licenciement collectif. Un syndicat en avait déduit la compétence du juge judiciaire et fait valoir devant celui-ci l'absence de cause économique au soutien d'un projet de fermeture de site et des licenciements corrélativement envisagés afin qu'il soit fait interdiction à l'employeur de fermer le site et de supprimer les emplois. L'affaire n'est pas sans rappeler le célèbre arrêt « Vivéo » (Cass. soc. 3 mai 2012, n°11-20.741) rendu sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 et dans lequel la Cour de cassation avait coupé court à toute perspective de remise en cause de la validité de la procédure de licenciement

collectif sur le fondement d'une absence de cause économique. La Cour de cassation maintient exactement le même cap dans le présent arrêt rendu cette fois sous l'empire des nouvelles dispositions légales. A nouveau, elle rejette toute idée d'un contrôle préventif du motif économique des licenciements par le juge judiciaire, ce dernier n'étant appelé à apprécier la réalité du motif économique qu'à la suite d'une contestation individuelle postérieure à la notification des licenciements.

- F. Champeaux, *Le juge judiciaire n'est pas compétent pour connaître du motif économique au stade du projet de PSE*, SSL n° 1970, 11 octobre 2021, p. 14.
- G. Dedessus-Le-Moustier, *PSE : compétence du juge administratif en matière d'obligation de recherche d'un repreneur*, LEDEN n° 10, novembre 2021, p. 6.
- F. Géa, S. Vernac, *L'arrêt Ford Aquitaine Industries : un (double) déni de justice ?*, RDT 2021 p. 647.
- M. Hautefort, *Référé pour prévenir un licenciement collectif : nouvelle tentative, nouvel échec*, JSL n° 529, 4 novembre 2021, p. 11.
- P. Morvan, *Contestation de la décision de fermeture d'une entreprise avec refus d'une offre de reprise*, JCP S n° 45, 9 novembre 2021, 1278.
- FRS 19/21, inf. 6, p. 16.
- RJS 12/21, n° 651.

### **▪ Délai de prescription applicable**

#### **La nature de la créance objet de la demande détermine le délai de prescription applicable**

**Cass. soc. 23 juin 2021, n°18-24.810 FS-B ; Cass. soc., 30 juin 2021, n°20-12.960 et n°20-12.962 FS-B ; Cass. soc. 30 juin 2021, n°19-10.161 FS-B ; Cass. soc. 30 juin 2021, n°18-23.932 FS-B ; Cass. soc. 30 juin 2021, n°19-14.543 FS-B**

La succession de réformes et la multiplication des délais de prescription qui en a résulté n'ont pas été sans générer des difficultés d'identification du délai de prescription chaque fois applicable. Dans une série d'arrêts rendus en juin dernier, la Chambre sociale de la Cour de cassation tente d'y remédier en dégagant un principe de détermination de la durée de la prescription lui permettant de

trancher entre la prescription biennale de l'article L. 1471-1 du code du travail tenant aux actions relatives à l'exécution du contrat et la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail applicable aux actions en paiement ou en répétition du salaire. Elle énonce ainsi que « la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance invoquée » et non pas par le fondement juridique de la demande.

Aussi considère-t-elle que relève de la prescription triennale, la demande en paiement d'un treizième mois ou la demande en rappel de salaire peu important qu'elle soit fondée sur la méconnaissance du principe d'égalité de traitement (1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> espèces). Elle conclut de même au jeu de la prescription triennale pour toute demande en rappel de salaire qu'elle soit fondée sur la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat à temps plein ou sur une contestation de la classification professionnelle (3<sup>ème</sup> espèce), ou encore sur l'invalidité d'une convention en forfait jours (4<sup>ème</sup> espèce). Il n'en va pas différemment s'agissant d'une demande de monétisation de jours épargnés sur le compte épargne-temps du fait de sa nature salariale (5<sup>ème</sup> espèce).

Cette approche jurisprudentielle devrait amener à conférer à la prescription triennale une large portée, un très grand nombre de demandes de salariés tendant au paiement de salaires ou d'éléments de nature salariale. Cette grille d'analyse trouve toutefois une limite dans la volonté du législateur, en certaines hypothèses, de privilégier le fondement juridique de l'action spécialement en matière de discrimination (art. L. 1134-5 C. trav.) ou de harcèlement moral ou sexuel (art. L. 1471-1 C. trav.). Nul doute qu'elle continuera à l'avenir à susciter le débat.

- S. Ala, M.-P. Lanoue, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation Chambre sociale*, D. 2021, p. 1490.
- D. Baugard, *Prescription de l'action en rappel de salaires fondée sur la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en un contrat à temps plein*, RDT 2021, p. 577.
- F. Champeaux, *Ce qu'il faut savoir sur la prescription*, SSL n° 1976, 22 novembre 2021, p. 11.

- C. Couëdel, *Régime de la prescription selon la nature de la créance invoquée : précisions*, Dalloz Actualité, 20 juillet 2021.
- B. Gauriau, *Variations autour de la prescription en droit du travail*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 223, 1<sup>er</sup> mars 2022, p. 37.
- H. Guyot, *La détermination du délai de prescription dépend de la nature de la créance objet de la demande*, JCP S n° 36, 7 septembre 2021, 1219.
- J. Icard, *Prescription et droit du travail : le grand remue-méninges de la chambre sociale*, SSL n° 1963, 19 juillet 2021, p. 7.
- G. Loiseau, A. Martinon, *Le shopping de la prescription*, BJT n° 12, 1<sup>er</sup> décembre 2021, p. 1.
- V. Orif, *L'identification de la prescription ne dépend pas du fondement mais de la nature de l'objet de la demande*, Gaz. Pal. n° 38, 2 novembre 2021, p. 47.
- G. Pignarre, *Prescription de la créance de salaire : la chambre sociale précise le domaine de la prescription triennale*, RDT 2021, p. 721.
- C. Radé, *La durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance invoquée*, Dr. soc. 2021, p. 853.
- S. Riancho, *Précisions sur la prescription*, BJT n° 10, 1<sup>er</sup> octobre 2021, 12.
- F. Taquet, *Prescription de la demande de rappel de salaire en cas de requalification du contrat de travail*, Rev. proc. coll. n° 5, septembre 2021, comm. 133.
- FRS 15/21, inf. 17, p. 29.
- RJS 10/21, n° 531.
- RJS 10/21, n° 524.
- RJS 10/21, n° 548.
- RJS 10/21, n° 544.
- RJS 10/21, n° 522.

### **Rappels de salaire sur le fondement d'une requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet : point de départ du délai de prescription triennale**

#### **Cass. soc. 9 juin 2022, n°20-16.992, FS-B**

La Cour de cassation, conformément à ses arrêts du 30 juin 2021 précédemment examinés, confirme l'application de la prescription triennale résultant de la demande en rappel de salaire fondée sur la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat à temps plein. Surtout, elle précise que le délai ne court pas à compter de

la connaissance par le salarié de la première irrégularité justifiant la requalification du contrat mais à compter de la date d'exigibilité de la créance salariale due à raison de cette irrégularité, celle-ci correspondant pour les salariés payés au mois à la date habituelle de paiement du salaire dans l'entreprise.

La date à laquelle le salarié a eu connaissance de l'irrégularité résidant dans le dépassement de la durée légale est donc indifférente. C'est la date d'exigibilité de la créance salariale qui marque le point de départ du délai de prescription.

En l'espèce, la première irrégularité s'était opérée au moins d'août 2013 de telle sorte qu'il y avait lieu à requalification du contrat à temps partiel en contrat à temps complet à partir de septembre 2013. L'irrégularité avait semble-t-il été réitérée durant les deux mois suivants, puis à compter du mois de novembre, le salarié avait été à nouveau payé à temps partiel. Son contrat de travail avait été rompu le 16 octobre 2015 et il avait saisi la juridiction prud'homale le 12 décembre 2016 afin d'obtenir les rappels de salaire résultant de la requalification en contrat de travail à temps complet de novembre 2013 jusqu'à la rupture de son contrat.

On comprend mieux que l'employeur ait tenté de se prévaloir d'un délai courant à compter de la connaissance de la première irrégularité justifiant la requalification en contrat à temps complet, auquel cas l'action aurait été prescrite. Mais ce n'est pas le raisonnement suivi par la Cour de cassation. Elle considère que la saisine de la juridiction prud'homale ayant été opérée le 12 décembre 2016, la prescription triennale a été interrompue. La saisine est en effet intervenue moins de 3 ans avant la date du dernier rappel de salaire exigible, le contrat ayant été rompu le 16 octobre 2015. Elle fait ensuite application de l'article L. 3245-1 du code du travail qui prévoit qu'en cas de rupture du contrat de travail, la demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture de telle sorte que les rappels de salaire échus à compter de novembre 2013, soit moins de 3 ans avant la rupture du contrat, n'étaient pas prescrits.

- C. Couëdel, *Requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet : point de départ et durée du délai de prescription*, Dalloz Actualité, 27 juin 2022.
- FRS 13/22, inf. 11, p. 22.

### **Action en reconnaissance d'un contrat de travail : délai de prescription applicable et point de départ**

**Cass. soc. 11 mai 2022, n°20-18.084, FS-B ;  
Cass. soc. 11 mai 2022, n°20-14.421, FS-B**

La Chambre sociale de la Cour de cassation précise que l'action tendant à voir qualifier une relation contractuelle dont la nature est indéterminée ou contestée est soumise au délai de prescription de 5 ans de l'article 2224 du code civil.

Elle fixe le point de départ de ce délai à la date à laquelle la relation contractuelle dont la qualification est contestée a cessé, considérant que c'est à cette date que le titulaire connaît l'ensemble des faits lui permettant d'exercer son droit.

- H. Nasom-Tissandier, *Durée et point de départ de la prescription de l'action en qualification de contrat de travail*, JSL n° 545, 5 juillet 2022, p. 15.
- FRS 12/22, inf. 6, p. 11.
- RJS 07/22, n° 398.

### **▪ Contrôle URSSAF**

#### **Formalisme de la lettre d'observations et exploitation de documents figurant sur une clé USB**

**Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 24 juin 2021 n°20-10.139, F-D ;  
Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 24 juin 2021 n°20-10.136, F-D**

La procédure de contrôle doit être annulée dès lors que la liste de documents mentionnée dans la lettre d'observations était incomplète et imprécise en violation de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction applicable au contrôle litigieux, à défaut de toute référence à des copies de fichiers remis par l'employeur sur clé USB pourtant exploitées par l'inspecteur du recouvrement.

La Cour de cassation semble ainsi se montrer plus exigeante qu'elle n'avait pu l'être par le passé quant à la précision dans la lettre d'observations des documents ayant servi à établir le bien-fondé du redressement (cf not. : Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 18 février 2010, n°09-65.432). Le décret du 8 juillet 2016, non applicable en l'espèce, permettant toutefois dorénavant au cotisant de compléter la liste des documents, il subsiste un doute sur la position qu'adoptera à l'avenir la jurisprudence.

- P. Baron, K. Ozingi, M. Rodrigues, A. Seguin, *Le contrôle URSSAF : bilan 2021*, JCP S n° 13, 5 avril 2022, 1097.
- R. Salomon, *Chronique de droit pénal social*, Dr. soc. 2022, p. 61.
- F. Taquet, *Contrôles et contentieux URSSAF – Actualité jurisprudentielle du 1<sup>er</sup> avril au 30 juin 2021*, JCP E n° 31-35, 5 août 2021, 1401 ; *Contrôles URSSAF : quelques pratiques à l'épreuve de la jurisprudence ...*, JSL n° 540, 20 avril 2022, p. 4.
- RJS 10/21, n° 567.

## ▪ Elections professionnelles

### Irrecevabilité de la demande d'annulation des élections d'un syndicat

**Cass. soc. 24 novembre 2021, n°20-20.962, F-B ; Cass. soc. 18 mai 2022, n°21-11.737, F-B**

Dans le premier arrêt du 24 novembre 2021, la Cour de cassation restreint la faculté de contester, après proclamation des résultats et en vue d'obtenir l'annulation des élections, le protocole d'accord préélectoral répondant aux conditions de majorité posées par les dispositions légales (aujourd'hui à l'article L. 2314-6 du code du travail), quand bien même serait invoquée la méconnaissance d'une règle d'ordre public. Elle admet en effet l'irrecevabilité de l'action introduite après proclamation des résultats par un syndicat qui, soit a signé le protocole d'accord préélectoral, soit a présenté des candidats lors du premier tour des élections sans émettre de réserves. L'action reste donc ouverte à tout syndicat sans restriction avant proclamation des résultats. En revanche, passée cette date, elle ne peut plus être exercée que par un syndicat qui n'aura pas signé le protocole

d'accord préélectoral ou par un syndicat qui n'aura pas présenté de candidat ou s'il en a présenté, qui aura formulé des réserves (au plus tard lors du dépôt de la liste).

L'arrêt du 18 mai 2022 relève du même esprit, dans l'hypothèse cette fois d'une fixation des modalités de déroulement du scrutin par décision unilatérale de l'employeur (à défaut d'accord préélectoral et de saisine du juge à cette fin). La Cour de cassation considère en effet que le syndicat qui présente des candidats sans émettre de réserves sur ces modalités ni les avoir contestées devant le juge ne peut plus, après proclamation des résultats, remettre en cause la validité de la décision unilatérale et demander sur ce fondement l'annulation des élections.

- F. Bergeron-Canut, *Irrecevabilité de l'action en nullité du protocole préélectoral et des élections subséquentes exercée par un syndicat signataire : application implicite de la règle de l'estoppel ?*, BJT n° 1, 1<sup>er</sup> janvier 2022, p. 30.
- F. Champeaux, *La contestation du PAP après les élections n'est pas ouverte aux syndicats signataires*, SSL n° 1978, 6 décembre 2021, p. 10.
- C. Couëdel, *Précisions en matière d'élections professionnelles : distinguer le vrai du faux (pas)*, Dalloz Actualité, 1<sup>er</sup> juin 2022.
- G. François, *Action en nullité du protocole préélectoral : la théorie des nullités écornée ?*, Dr. soc. 2022, p. 158.
- S. Hourson, *Elections professionnelles : la déloyauté ne paie pas !*, Dr. adm. n° 1, janvier 2022, alerte 2.
- L. Malfettes, *Précisions sur la recevabilité de la contestation d'un protocole d'accord préélectoral*, Dalloz Actualité, 9 décembre 2021.
- Y. Pagnerre, *Un PAP difficilement contestable*, JCP S n° 2, 18 janvier 2022, 1013.
- M. Tastevin, *Contentieux des élections : précisions sur l'obligation de neutralité et l'organisation des élections par l'employeur*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 227, 1<sup>er</sup> juillet 2022, p. 19.
- M.-C. Tual, *L'atteinte à un principe général du droit électoral ne justifie pas toujours l'annulation du scrutin*, Lamy Actualités du droit, 29 novembre 2021.
- FRS 24/21, inf. 12, p. 23.
- FRS 12/22, inf. 4, p. 7.
- RJS 02/22, n° 86.

## Vote électronique

### Cass. soc. 23 mars 2021, n°20-20.047, FS-B

La Cour de cassation précise la date d'appréciation des conditions d'électorat et d'éligibilité, et plus précisément en l'espèce de la condition d'ancienneté, en cas de recours au vote électronique se déroulant sur plusieurs jours. Celle-ci doit s'apprécier à la date du premier jour du scrutin, sans que le protocole préélectoral ne puisse y déroger.

Cet arrêt est également l'occasion de préciser que l'employeur est en droit de refuser à un syndicat ayant déposé une liste de candidatures d'accéder après clôture du scrutin par vote électronique aux listes d'émargement. Il se déduit en effet des dispositions réglementaires applicables au vote électronique, qu'il appartient au syndicat considéré après clôture du scrutin, en cas de contestation des élections, de demander au juge que les listes d'émargement soient tenues à la disposition de ce dernier.

- L. Malfettes, *Nouvelles précisions sur le régime des élections professionnelles*, Dalloz Actualité, 31 mars 2022.
- C. Mariano, *Vote électronique : quel droit d'accès à la liste d'émargement et quelle date d'appréciation des conditions d'électorat et d'éligibilité ?*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2022, p. 25.
- M. Tastevin, *Nouvelles précisions en cas de recours au vote électronique lors des élections du CSE*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 225, 1<sup>er</sup> mai 2022, p. 14.
- FRS 08/22, inf. 11, p. 21.
- RJS 06/22, n° 313.

### ▪ Représentant syndical au CSE

#### **Pas de représentant syndical au CSE dans les entreprises de moins de cinquante salariés**

### Cass. soc. 8 septembre 2021, n°20-13.694, FS-B

Lors de la réforme des IRP, les ordonnances du 22 septembre 2017 ont simplement reproduit les dispositions relatives à la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise pour les appliquer au CSE, en maintenant la

distinction entre entreprises d'au moins 300 salariés (art. L. 2314-2 C. trav.) et entreprises de moins de 300 salariés (art. L. 2143-22 C. trav.). Dans ce dernier cas, le délégué syndical est de droit représentant syndical au CSE. Mais la réforme a également introduit un CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés qui est venu se substituer aux délégués du personnel. Est-ce à dire que pourrait y être désigné un représentant syndical, dès lors que l'article L. 2143-6 du code du travail a maintenu la faculté d'un syndicat représentatif de désigner un élu (hier délégué du personnel, aujourd'hui membre du CSE) comme délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés ? Aucune disposition légale ne vient expressément l'exclure. La Cour de cassation a donc été amenée à trancher la question.

Par un moyen relevé d'office, la Chambre sociale de la Cour de cassation ferme la porte à toute faculté de désignation d'un représentant syndical au CSE d'une entreprise de moins de 50 salariés.

Elle relève tout d'abord que le législateur n'a prévu la désignation d'un représentant syndical distinct du délégué syndical que dans les entreprises d'au moins 300 salariés (art. L. 2314-2 C. trav.). Elle considère ensuite que le délégué syndical visé par l'article L. 2143-22 du code du travail dans les entreprises de moins de 300 salariés, et qui est donc de droit représentant syndical au CSE, ne peut être que celui désigné en vertu des dispositions de droit commun et donc uniquement dans les entreprises d'au moins 50 salariés de telle sorte que les dispositions de l'article L. 2143-22 du code du travail ne sont pas applicables dans les entreprises de moins de 50 salariés. Il est donc indifférent que l'article L. 2143-6 du code du travail permette à titre dérogatoire la désignation d'un membre du CSE comme délégué syndical : cela ne peut avoir pour conséquence d'ouvrir la possibilité de désigner un représentant syndical au CSE d'une entreprise de moins de 50 salariés.

Ce faisant, la Cour de cassation reste fidèle à sa jurisprudence qui refuse le cumul de la fonction d'élu du personnel et de représentant syndical auprès du comité. Soulignons que suivant son raisonnement,

cette impossibilité est totale, y compris lorsque comme en l'espèce, le syndicat représentatif n'a pas désigné de délégué syndical.

- G. Auzero, *Pas de représentant syndical au sein du « petit » CSE*, BJT n° 10, 1<sup>er</sup> octobre 2021, p. 19.
- J. Cortot, *Pas de représentant syndical au CSE si l'entreprise compte moins de cinquante salariés*, Dalloz Actualité, 29 septembre 2021.
- L. Dauxerre, *Absence de représentant syndical au sein du CSE constitué dans une entreprise de moins de 50 salariés*, in *Chronique Travail – Droit du travail*, JCP E n° 15, 14 avril 2022, 1162.
- B. Gauriau, *Pas de représentant syndical au CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés !*, JCP S n° 49, 19 octobre 2021, 1263.
- F. Petit, *L'exclusion de toute représentation syndicale auprès des comités sociaux et économiques des entreprises de moins de cinquante salariés*, Dr. soc. 2021, p. 1048.
- M.-C. Tual, *Le point sur la représentation syndicale dans les entreprises de moins de 50 salariés*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 226, 1<sup>er</sup> juin 2022, p. 36.
- RJS 11/21, n° 614.

## ▪ Etablissements distincts

### Constat de la perte de la qualité d'établissement par l'employeur : application des dispositions relatives à la détermination et à la contestation du périmètre des établissements distincts

#### Cass. soc. 20 octobre 2021, n°20-60.258 à 20-60.261, F-B

Dans le silence des textes, la Cour de cassation étend l'application des dispositions légales et réglementaires relatives à la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts au constat de la perte de la qualité d'établissement distinct. Elle estime en effet que ce dernier conduit à modifier le nombre et le périmètre des établissements distincts au niveau desquels les CSE sont mis en place dans l'entreprise.

Bien que ne résidait pas là l'objet du litige, il en résulte que le constat de la perte de la qualité d'établissement distinct par décision unilatérale de l'employeur ne peut intervenir

en vertu de l'article L. 2313-3 du code du travail qu'à défaut d'accord d'entreprise, ce qui suppose qu'au préalable, une tentative loyale de négociation ait été menée (Cass. soc. 17 avril 2019, n°18-22.948). Telle avait été d'ailleurs la démarche suivie par l'employeur dans la présente affaire.

Sur le fond, la Cour de cassation conclut à l'irrecevabilité de l'action de salariés tendant à la suspension des effets de la décision unilatérale de l'employeur. En effet, l'article R. 2313-1 du code du travail ayant vocation à s'appliquer, la Cour de cassation en déduit que seules les organisations syndicales représentatives ou ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise sont habilitées à contester la décision de l'employeur (devant l'autorité administrative dans les 15 jours de leur information). Il leur revient donc le cas échéant de faire valoir les intérêts des salariés. Mais si elles ne forment aucun recours, comme en l'espèce, les salariés ne peuvent agir.

- G. Auzero, *Premières précisions de la Cour de cassation relativement à la perte de la qualité d'établissement distinct*, BJT n° 12, 1<sup>er</sup> décembre 2021, p. 14.
- J. Daniel, *De vie à trépas, l'établissement distinct reste hors de portée des salariés*, JCP S n° 48, 30 novembre 2021, 1299.
- G. Dedessus-Le-Moustier, *Précisions relatives à la contestation de la perte de la qualité d'établissement distinct devant le Drets*, JCP G n° 45, 8 novembre 2021, 1170.
- F. Duquesne, J. Heintz, *Constat de la perte de qualité d'établissement distinct : négociation exigée !*, JCP E n° 47, 25 novembre 2021, 1503.
- C. Gontard, *Perte de la qualité d'établissement distinct : pas de contestation possible par les salariés*, Lamy Actualités du droit, 25 octobre 2021.
- L. Malfettes, *Pas de contestation possible pour les salariés d'une décision unilatérale de perte de la qualité d'établissement distinct*, Dalloz Actualité, 9 novembre 2021.
- F. Petit, *Qui a intérêt à agir pour contester les périmètres des établissements distincts ?*, Dr. soc. 2022, p. 185.
- C. Wolmark, *CSE d'établissement : reconnaissance et perte de la qualité d'établissement distinct*, RDT 2022, p. 50.
- FRS 20/21, inf. 8, p. 11.
- RJS 01/22, n° 19.

## **Droit d'alerte économique : exclusion des CSE d'établissement**

### **Cass. soc. 15 juin 2022, n°21-13.312, F-B**

Sous l'empire des dispositions issues de l'ordonnance du 22 septembre 2017 (art. L. 2312-63 C. trav.), la Cour de cassation confirme que le déclenchement de l'alerte économique est réservé, dans les entreprises à établissements distincts, au seul CSE central, l'exercice du droit d'alerte étant subordonné à l'existence de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise.

La présente affaire lui donne cependant l'occasion de préciser qu'il en est ainsi quand bien même le CSE central n'aurait pas lui-même exercé son droit d'alerte, et que l'établissement considéré serait susceptible de subir les conséquences de la restructuration envisagée et qui a motivé l'alerte du CSE d'établissement. Ce dernier se voit donc dénier toute prérogative en la matière quelles que soient les circonstances.

- J. Cortot, *Droit d'alerte économique : chasse gardée du CSE central*, Dalloz Actualité, 5 juillet 2022.
- FRS 14/22, inf. 10, p. 11.

### **▪ Affichage du CSE et respect de la vie personnelle du salarié**

#### **Conditions dans lesquelles peut être exigé le retrait d'un affichage du CSE révélant des faits de la vie personnelle**

### **Cass. soc. 16 février 2022, n°20-14.416, FS-B**

Confronté à un affichage par un membre de la délégation du personnel révélant des faits relevant de la vie personnelle d'un ou plusieurs salariés, l'employeur peut en exiger en justice le retrait lorsque l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle n'est pas indispensable à la défense d'un droit fondamental à laquelle participent les représentants du personnel dans l'exercice de leurs missions ni proportionnée au but poursuivi. En l'espèce, le secrétaire du CSE avait affiché un extrait des conclusions déposées par l'avocat des représentants du

personnel dans le cadre d'un contentieux les opposant à l'employeur et comportant la reproduction d'un mail adressé trois ans auparavant par l'employeur à son responsable sécurité lui reprochant la manière dont il avait communiqué avec le secrétaire du CHSCT sur le sujet de l'amiante et lui retirant tout droit de communication en ce domaine sans autorisation préalable de sa hiérarchie.

La Cour de cassation y voit bien un élément relevant de la vie personnelle du salarié qui ne pouvait être révélé qu'à condition que l'affichage soit indispensable à la défense du droit à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs que le CSE a pour mission de protéger (art. L. 2312-9 C. trav.) et que l'atteinte ainsi portée à la vie personnelle du salarié soit proportionnée au but recherché. Elle censure alors la décision de la Cour d'appel qui avait rejeté la demande de retrait de l'affichage de l'employeur sans justifier de ce que ces conditions étaient remplies. Celle-ci s'était en effet contentée d'affirmer que l'intérêt du mail, en ce qu'il portait sur l'amiante qui était source d'inquiétudes des salariés depuis plusieurs années, justifiait l'atteinte à la vie personnelle du salarié.

- S. Buras, R. Ouakrat, *Les membres du CSE peuvent afficher des informations relevant de la vie personnelle d'un salarié... sous certaines conditions*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 224, 1<sup>er</sup> avril 2022, p. 23.
- L. Dauxerre, *Affichage par un membre de la délégation du personnel du CSE d'une information relevant de la vie personnelle du salarié*, JCP S n° 10, 15 mars 2022, 1076.
- L. de Montvalon, *L'affichage par le CSE d'informations relevant de la vie personnelle d'un salarié*, Dalloz Actualité, 4 mars 2022
- G. François, *L'atteinte portée à la vie personnelle du salarié par l'affichage du comité social et économique*, Dr. soc. 2022, p. 422.
- D. Julien-Paturle, *Affichage du CSE : la limite de la vie personnelle des salariés*, Lamy Actualités du droit, 25 février 2022.
- C. Mariano, *La vie personnelle des salariés mis en balance avec l'exercice des missions du CSE*, BJT n° 4, 1<sup>er</sup> avril 2022, p. 14.
- FRS 06/22, inf. 14, p. 25.
- RJS 04/22, n° 192.

## Focus Barème « Macron »

Cass. soc. 11 mai 2022, n°21-15.247, FP-B-R  
Cass. soc. 11 mai 2022, n°21-14-490, FP-B-R

*La Chambre sociale de la Cour de cassation juge les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail compatibles avec l'article 10 de la convention n° 158 sur le licenciement et impose aux juges du fond de fixer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au sein de la fourchette prévue par le barème. Elle leur ferme ainsi la voie à un contrôle de conventionnalité in concreto. (arrêt n°2). Et peu importe que le CEDS, dont la décision était attendue, en vienne à conclure à une violation de l'article 24 de la Charte sociale européenne : la Cour de cassation ne reconnaît de toute façon pas d'effet direct à la Charte en France (arrêt n°1). C'est ainsi la fin d'une saga judiciaire exceptionnelle, qui n'est pas sans rappeler celle de feu le CNE, si ce n'est que son dénouement est cette fois beaucoup plus favorable aux dispositions litigieuses. Le débat à la suite de ces arrêts n'en est pas pour autant clos comme en témoigne la littérature qui leur est consacrée.*

- C. Bergère-Mestrinaro, *Un arrêt qui coule de source(s)*, Gaz. Pal. n° 18, 24 mai 2022, p. 1.
- A. Bugada, P. Le Cohu, G. de Raincourt, A. Sauret, *Barème Macron : un arrêt tant attendu*, Gaz. Pal. n° 18, 24 mai 2022, p. 39.
- F. Champeaux, *Le barème triomphe*, SSL n° 2000, 16 mai 2022, p. 9.
- F. Champeaux, C. Cheriet, *Les arrêts sur le barème sont conformes à la tradition constitutionnelle française, Compte-rendu de l'intervention de Jean-Guy Huglo, Doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation*, SSL n° 2004, 13 juin 2022, p. 7.
- N. de Sevin, L. Guilmet, *Les arrêts sur le barème : le respect de la separation des pouvoirs et de l'égalité devant la loi*, JCP S n° 24, 21 juin 2022, 1168.
- N. Dinant, *Licenciement injustifié : la Cour de cassation valide le barème Macron*, Lamy Actualités du droit, 12 mai 2022.
- J. Icard, *Barème : une fin de saga bâclée*, SSL n° 2000, 16 mai 2022, p. 13.
- G. Loiseau, *Le barème s'incrute*, JCP S n° 20-21, 24 mai 2022, 1153.
- G. Loiseau, *Il était une fois le barème*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2022, p. 1.
- P. Lokiec, *L'intouchable barème des indemnités prud'homales*, D. 2022, p. 1088.
- L. Malfettes, *La conventionnalité du barème Macron*, Dalloz Actualité, 16 mai 2022.
- F. Melleray, *Vertige du contrôle de conventionnalité*, AJDA 2022, p. 1001.
- Y. Pagnerre, *Conventionnalité du barème d'indemnisation des licenciements injustifiés : fin... et suites ?*, JCP G n° 24, 20 juin 2022, 753.
- Y. Pagnerre, *Conventionnalité du barème d'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse : épilogue à suivre*, Gaz. Pal. n° 22, 5 juillet 2022, p. 24.
- C. Porteron, *La validation du barème Macron par la Cour de cassation*, LPA n° 6, 30 juin 2022, p. 46.
- C. Radé, *Barème : vous avez dit « motivation enrichie » ?*, Dr. soc. 2022, p. 473.
- J.-E. Ray, *Deux arrêts exemplaires*, SSL n° 2000, 16 mai 2022, p. 10.
- S. Riancho, *Barème dut « Macron » : la conventionnalité affirmée à l'aune de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT*, BJT n° 6, 1<sup>er</sup> juin 2022, p. 16.
- C. Wolmark, *Barème Macron : les prémisses de l'arrêt n° 21-14.490 du 11 mai 2022, Quelques observations critiques*, RDT 2022, p. 361.
- FRS 11/22, inf. 3, p. 7.
- RJS 07/22, n° 367.

◇ Disponibles sur le site de la Cour de cassation :

- Communiqué, 11 mai 2022, pourvois n°21-14.490 et 21-15.247.
- Notice explicative relative aux arrêts du 11 mai 2022, pourvoi n° 21-15.247 (arrêt n° 1) et pourvoi n° 21-14.490, 6 p.
- A. Berriat, Avis sur le pourvoi n° 21-14.490, 27 p.
- A. Berriat, Avis sur les pourvois 21-15.249, 21-15.247 et 21-15.250, 31 p.
- P. Barincou, A. Prache, Rapport sur le pourvoi n° 21-14.490, 119 p.
- P. Barincou, A. Prache, Rapport sur le pourvoi n° 21-15.247, 82 p.

« 168. Le Comité considère que les plafonds prévus par l'article L. 1235-3 du Code du travail ne sont pas suffisamment élevés pour réparer le préjudice subi par la victime et être dissuasifs pour l'employeur. En outre le juge ne dispose que d'une marge de manœuvre étroite dans l'examen des circonstances individuelles des licenciements injustifiés. Pour cette raison, le préjudice réel subi par le salarié en question lié aux circonstances individuelles de l'affaire peut être négligé et, par conséquent, ne pas être réparé. En outre, les autres voies de droit sont limitées à certains cas. Le Comité considère donc, à la lumière de tous les éléments ci-dessus, que le droit à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée au sens de l'article 24.b de la Charte n'est pas garanti. Par conséquent, le Comité dit qu'il y a violation de l'article 24.b de la Charte ».

- J. Icard, *Le barème désavoué par le CEDS : un coup d'épée dans l'eau ?*, SSL n° 2006, 27 juin 2022, p. 5.

**Rapport OIT du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention n° 158 sur le licenciement, 16 février 2022, 24 p.**

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_839607.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_839607.pdf)

« 80. (...) le comité considère – en dehors des cas de licenciement mettant en cause un droit fondamental pour lesquels le principe de la réparation intégrale est acquis et indépendamment de la réparation pour préjudice distinct – que la conformité d'un barème, et donc d'un plafonnement, avec l'article 10 de la convention, dépend du fait que soit assurée une protection suffisante des personnes injustement licenciées et que soit versée, dans tous les cas, une indemnité adéquate.

81. Dans ces conditions, le comité invite le gouvernement à examiner à intervalles réguliers, en concertation avec les partenaires sociaux, les modalités du dispositif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-3, de façon à assurer que les paramètres d'indemnisation prévus par le barème permettent, dans tous les cas, une réparation adéquate du préjudice subi pour licenciement abusif.

IV. Recommandations du comité

82. Le comité recommande au Conseil d'administration :

- a) d'approuver le présent rapport ;
- b) de demander au gouvernement de tenir compte, dans le cadre de l'application de la convention no 158, des observations formulées aux paragraphes 54, 58, 80 et 81 des conclusions du comité ;
- c) d'inviter le gouvernement à fournir des informations à ce sujet, pour examen et suivi ultérieur, le cas échéant, par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations ;
- d) de rendre public le rapport et de déclarer close la procédure de réclamation. »

*Le rapport de l'OIT révèle une réponse plus nuancée que ne pourraient le laisser penser les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation à la question de la conformité du barème « Macron » à la convention OIT n° 158 sur le licenciement.*

*Le comité était par ailleurs appelé à se prononcer sur la conventionnalité des accords de préservation ou de développement de l'emploi devenus, à la suite de modifications opérées par l'une des ordonnances du 22 septembre 2017, les accords de performance collective (APC). Ces évolutions ont été prises en compte par le comité qui analyse donc le dispositif tel qu'il est aujourd'hui applicable. Ses conclusions sont certainement de nature à alimenter un nouveau débat...*

« 54. (...) le comité considère qu'il incombe au juge national de déterminer si cette notion de nécessité de fonctionnement de l'entreprise a été effectivement respectée au sens de l'article 4 de la convention. (...)

57. Le comité observe qu'il ressort des dispositions précitées de la convention que, face à un licenciement dont il est invoqué que le motif découle des nécessités du fonctionnement de l'entreprise, l'organe chargé d'examiner la validité du licenciement doit, à tout le moins: i) être en mesure d'exercer un contrôle effectif et non seulement formel du motif de licenciement afin de s'assurer en particulier que la rupture du contrat de travail est intervenue véritablement pour les motifs invoqués relatifs aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise et non pas pour d'autres raisons qui pourraient s'avérer contraires à la convention; et ii) garantir que la charge de prouver que le licenciement était justifié ou non ne repose pas uniquement sur le seul salarié.

58. Le comité considère que, au-delà de l'affirmation expresse par l'article L. 2254-2 du caractère réel et sérieux du licenciement basé sur le refus du salarié de la modification de son contrat de travail consécutive à la signature d'un accord de performance collective, le juge doit pouvoir continuer à procéder à un véritable contrôle judiciaire. Le comité considère en effet que le texte de l'article L. 2254-2 ne fait que rappeler l'exigence selon laquelle tout licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse. Il appartient au juge dans le cadre des procédures judiciaires relatives au licenciement fondé sur l'article L. 2254-2 de déterminer s'il existe ou non un motif valable au sens de l'article 4 de la convention, à savoir si le motif du licenciement est fondé sur « les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service », étant établi que, au cours du débat judiciaire, la charge de la preuve ne devra pas reposer sur le seul salarié. Le comité prie le gouvernement de tenir, dans le cadre du contrôle régulier de l'application de la convention, la CEACR informée à cet égard.

- H. Cavat, *Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un « véritable contrôle judiciaire » des accords de performance collective et des licenciements subséquents*, RDT 2022, p. 300.



## **Master 2 DGRH Formation initiale – Promotion 2021-2022**

Melissa AÏT LARBI

Céline BART

Lucie BLANQUART

Margaux CABRESIN

Alban CARRE

Solène CHEVALEYRE

Jeanne COMBECAVE

Charlotte CORMERAIS

Roxane COUSU

Inès CUVELIER

Ouléye DIAW

Solène DUBRULLE

Caroline FERT

Romane GOUIN

Inès GRANDIERES

Camille GUILLON

Alice JACQUET

Simon JOUANEN

Tawfik KHEMIRA

Alix MARTIN

Inès MEROUCHI

Maëlle NOE

Ariane PERICONE

Xavier VALOT