

CAP SUR LE DROIT

VEILLE JURIDIQUE EN DROIT SOCIAL

Juin 2022 – Juin 2023

**Faculté de Droit
de l'Université catholique de Lille**

**Master 2 Droit et Gestion des Ressources Humaines
sous la direction de V. Le Blan, Maître de conférences en Droit privé**

Éditorial

Le revirement est spectaculaire : par deux arrêts du 13 septembre 2023 (n°22-17.340 et n°22-17.638), la Chambre sociale de la Cour de cassation écarte partiellement l'application des dispositions légales jugées contraires au droit de l'Union européenne pour reconnaître « désormais » que les salariés en arrêt de travail pour maladie ou accident non professionnel comme professionnel acquièrent des congés payés pendant la période de suspension de leur contrat de travail, quelle qu'en soit la durée. Vient ainsi de se jouer le dernier acte d'une année de jurisprudence marquée par l'intégration de plus en plus soutenue des exigences du droit de l'Union européenne et du droit international. Leur sphère d'influence ne se cantonne d'ailleurs pas à la durée du travail et aux congés payés : elle atteint dorénavant les rives du préjudice nécessaire, et vient façonner le droit à la preuve.

Mais l'année écoulée aura également permis à la jurisprudence d'apporter de nouveaux éclairages sur la mise en œuvre des réformes récentes, de revenir sur des solutions critiquées et de procéder à des évolutions significatives dans des domaines où les interactions entre le juge pénal ou le juge administratif et le juge social se font nettement ressentir. N'oublions pas non plus, toutes ces décisions qui, sans bouleverser notre droit, n'en impactent pas moins sur le quotidien des entreprises. Bonne lecture à la (re)découverte de cette riche année de jurisprudence sociale !

Sommaire

I - Les points de vigilance

Pages : 2 à 36

II - Les bonnes pratiques à développer

Pages : 37 à 51

III - Bon à savoir

Pages : 52 à 72

IV – Focus : Elections professionnelles

Pages : 73 à 76



Les points de vigilance

▪ CDD

Succession de CDD – Pas de rupture anticipée du dernier contrat pour une faute (grave) commise au cours d'un précédent contrat

Cass. soc. 15 mars 2023, n°21-17.227, FS-B

La Cour de cassation déduit de l'article L. 1243-1 du code du travail que la faute grave (ou lourde) à même de justifier de la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée doit nécessairement avoir été commise au cours de l'exécution dudit contrat. Procédant à une analyse contractuelle stricte, elle refuse dès lors que l'employeur puisse invoquer, en cas de succession de contrats à durée déterminée, une faute commise par le salarié au cours d'un précédent contrat à l'appui de la rupture anticipée d'un contrat postérieur. Il importe peu à cet égard que l'employeur n'ait eu connaissance des faits fautifs qu'après le terme du contrat au cours duquel les faits reprochés ont été commis. La faute grave (ou lourde), quand bien même elle serait avérée, ne peut plus servir de fondement à une rupture anticipée au-delà du terme du contrat au cours duquel les faits ont été commis.

- F. Bousez, *Domaine d'exercice du pouvoir disciplinaire et succession de CDD : application du principe d'indépendance des contrats*, JCP S n° 15, 18 avril 2023, 1105.
- D. Castel, *A la une – Contrat à durée déterminée – CDD successifs, faute et rupture anticipée : quelle articulation ?*, JA 2023, n° 678, p. 10.
- F. Gabroy, *CDD successifs et faute grave du salarié : à chaque contrat suffit sa peine*, Dalloz actualité, 28 mars 2023.
- INFOREG, *La faute grave du salarié dans le cadre d'une succession de contrats à durée déterminée*, CDE n° 3, mai-juin 2023, prat. 14.
- K. Le Petitcorps, *Rupture anticipée du CDD : la faute grave doit avoir été commise durant l'exécution du contrat en cours*, Lamy Actualités du droit, 22 mars 2023.
- S. Riancho, *Succession de contrats à durée déterminée : sanctionner avant le terme ou*

s'abstenir !, BJT n° 5, 1^{er} mai 2023, p. 10.

- FRS 07/23, inf. 2, p.3.
- RJS 05/23, n° 240.

▪ Discrimination

Interdiction faite aux seuls hommes de porter des tresses africaines constitutive d'une discrimination directe fondée sur l'apparence physique en lien avec le sexe

Cass. soc. 23 novembre 2022, n°21-14.060, FP-B+R

Subit une inégalité de traitement constitutive d'une discrimination directe fondée sur l'apparence physique en lien avec le sexe, le steward d'une compagnie aérienne qui s'est vu interdire d'exercer ses fonctions parce qu'il portait des tresses africaines non autorisées par le manuel de port de l'uniforme pour le personnel navigant commercial masculin alors que ce même manuel permettait au personnel féminin d'adopter cette coiffure. Les juges du fond ne pouvaient dès lors rejeter les demandes du salarié fondées sur une discrimination qu'autant que la différence de traitement en raison du sexe était justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante (art. L. 1133-1 C. trav.) ou, pour reprendre les termes similaires de la directive du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail à laquelle se réfère également la Chambre sociale de la Cour de cassation, par une « exigence professionnelle véritable et déterminante ». Celle-ci s'entend d'une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause (CJUE, 14 mars 2017 C-188/15). La Cour de cassation en déduit que la perception sociale de l'apparence physique des genres masculin et féminin sur laquelle s'étaient fondés les juges du fond pour dénier toute discrimination ne constitue pas une exigence professionnelle véritable et déterminante susceptible de justifier de la

différence de traitement relative à la coiffure entre les hommes et les femmes.

- P. Adam, *Détresse d'un steward*, SSL n° 2024, 5 décembre 2022, p. 11.
- B. Bossu, *Interdire à un homme le port d'une coiffure avec des tresses peut constituer une discrimination*, JCP G n° 2, 16 janvier 2023, act. 62.
- D. Castel, *Discrimination - Peut-on interdire le port de tresses à un homme ?*, JA 2022, n° 670, p. 41.
- P. Dupont, G. Poissonnier, *Personnel navigant commercial : il est interdit d'interdire... aux hommes une coiffure autorisée aux femmes*, D. 2023, p. 533.
- C. Franco, M.-S. Turet, *Quand la Cour de cassation affirme l'égalité capillaire entre les salarié.e.s*, JSL n° 555, 10 janvier 2023, p. 4.
- M. Hautefort, *Apparence physique du salarié : ce qui est autorisé aux femmes ne peut être interdit aux hommes*, Lamy Actualités du droit, 28 novembre 2022.
- INFOREG, *Une affaire de coiffure pas si anodine*, CDE n° 1, janvier-février 2023, prat. 4.
- E. L., *Dernières jurisprudences sur les libertés fondamentales et le principe de non-discrimination – Compte-rendu de l'intervention de Jean-Guy Huglo, Doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation*, SSL n° 2048, 29 mai 2023, p. 12.
- J.-P. Lhernould, *Réguler le port des coiffures dans l'entreprise peut constituer une discrimination fondée sur l'apparence physique en lien avec le sexe*, JCP S n° 49, 13 décembre 2022, 1317.
- A. Lyon-Caen, *Leçon de coiffure*, RDT 2022 p. 675.
- M. Mercat-Bruns, *A la racine du mal : les tresses africaines, question de genre ou d'origine ?*, RDT 2023, p. 267.
- N. Moizard, *Coiffure correcte exigée*, Dr. soc. 2023, p. 338.
- M. Petsoko, *Air France : interdire à un steward de porter des tresses africaines constitue une discrimination fondée sur l'apparence physique en lien avec le sexe*, LPA n° 3, 31 mars 2023, p. 44.
- M. Peyronnet, *La chambre sociale va-t-elle détruire les stéréotypes de genre à la racine ?*, Dalloz actualité, 5 décembre 2022.
- S. Sereno, *Port d'une coiffure, apparence physique et sexe : une solution d'une obscure clarté*, Gaz. Pal. n° 8, 7 mars 2023, p. 52.
- FRS 24/22, inf. 1, p. 3.
- RJS 02/23, n° 55.

▪ Convention de forfait

Incompatibilité d'une convention de forfait-heures avec le statut de cadre dirigeant

Cass. soc. 11 mai 2023, n°21-25.522, F-B

On sait que le choix de la conclusion d'une convention de forfait en jours exclut la qualité de cadre dirigeant (Cass. soc. 7 septembre 2017, n°15-24.725). Par le présent arrêt, la Cour de cassation adopte la même position lorsque le salarié a été soumis à une convention annuelle de forfait en heures. C'est donc en vain que l'employeur, pour s'opposer à la demande d'heures supplémentaires d'un salarié avec lequel a été conclu une convention de forfait-heures illicite ou privée d'effet, invoquera sa qualité de cadre dirigeant.

- E. Maurel, *L'incompatibilité des conventions de forfait et du régime de cadre dirigeant généralisée*, Dalloz actualité, 2 juin 2023.
- RJS 07/23, n° 382.

▪ Durée du travail

Risque de requalification de l'intégralité d'une période d'astreinte en temps de travail effectif

Cass. soc. 26 octobre 2022, n°21-14.178, FS-B+R

Par deux arrêts du 9 mars 2021 (aff. C-344/19 et aff. C- 580/19), la CJUE a posé les conditions dans lesquelles une période de permanence devait être qualifiée de temps de travail au sens de la directive du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et dont la notion échappe aux Etats membres. Dans le présent arrêt, la Cour de cassation en tire directement les conséquences et considère dorénavant que la qualification de temps de travail effectif doit s'imposer lorsque le salarié a été soumis au cours de ses périodes d'astreinte, à des contraintes d'une intensité telle qu'elles ont affecté, objectivement et très significativement, sa faculté de gérer librement le temps pendant lequel ses

services professionnels n'étaient pas sollicités et de vaquer à des occupations personnelles. Elle appelle donc les juges du fond à procéder à une appréciation *in concreto* des conditions de l'astreinte afin de déterminer s'il n'en résulterait pas une « contrainte significative » pour le salarié emportant qualification desdites périodes en temps de travail effectif avec à la clé, on le sait, de lourdes incidences sur la rémunération due.

Le présent arrêt est également révélateur de ce qu'à l'instar de la CJUE, la Cour de cassation fait de la brièveté du délai d'intervention dont dispose le salarié en période dite d'astreinte un indicateur majeur d'une contrainte significative. Il est de plus probable qu'à l'occasion de nouveaux litiges, la Cour de cassation s'alignera intégralement sur la jurisprudence de la CJUE, ce qui devrait l'amener à retenir la fréquence des interventions comme indicateur de l'intensité de la contrainte pesant sur le salarié pendant les périodes d'astreinte, ce second critère n'étant toutefois appelé à jouer que de manière subsidiaire, dans l'hypothèse où le délai d'intervention imposé au salarié ne suffirait pas à lui seul à emporter la conviction du juge. En revanche, serait écartée toute prise en considération de difficultés organisationnelles étrangères à une véritable « contrainte » découlant de la réglementation, d'un accord collectif ou de l'employeur et qui ne seraient que la conséquence d'éléments naturels (tels que des difficultés de déplacement dans une région montagneuse) ou qui résulteraient d'un libre choix du salarié, dont celui d'un domicile éloigné (CJUE 9 mars 2021, aff. C- 580/19, points 40 à 42).

- S. Ala, M.-P. Lanoue, D. Le Corre, M.-A. Valéry, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – Chambre sociale*, D. 2023, p. 408.
- B. Bossu, J.-F. Cesaro, L. Dauxerre, E. Jeansen, Y. Pagnerre, B. Teyssié, *Droit du travail*, JCP E n° 13, 30 mars 2023, 1098.
- F. Champeaux, *La notion d'astreinte happée par la CJUE*, SSL n° 2022, 21 novembre 2022, p. 12.
- C. Couëdel, *Régime des astreintes et office du juge : la nécessaire prise en compte du degré de contrainte imposé au salarié*, Dalloz actualité, 15 novembre 2022.

- G. François, *Permanence constituant du temps de travail effectif et astreinte : quel critère de distinction ?*, JCP S n° 45, 15 novembre 2022, 1284.
- E. Lilliu, *Dernières jurisprudences sur le temps de travail effectif – Compte-rendu de l'intervention de Philippe Florès, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation*, SSL n° 2048, 29 mai 2023, p. 9.
- H. Nasom-Tissandier, *Requalification de l'astreinte en temps de travail effectif : la Cour de cassation dans les pas de la Cour de justice de l'Union européenne*, JSL n° 555, 10 janvier 2023, p. 19.
- J.-F. Paulin, *Social - Relations de travail – Panorama de jurisprudence*, JA 2023, n° 672, p. 40.
- M. Pelan, *La Cour de cassation encadre les temps d'astreinte et de déplacement au prisme de la jurisprudence de la CJUE*, Avis d'experts-Tribune FL, 20 février 2023.
- M. Véricel, *Qualification de l'astreinte et nécessaire prise en compte du degré de contrainte imposé au salarié*, RDT 2023, p. 46.
- FRS 21/22, inf. 5, p. 10.
- RJS 01/23, n° 20.

Risque de requalification du temps de déplacement domicile-travail des salariés itinérants en temps de travail effectif

Cass. soc. 23 novembre 2022, n°20-21.924, F-B+B+R ; Cass. soc. 1^{er} mars 2023, n°21-12.068, FS-B

La Chambre sociale de la Cour de cassation appliquait jusqu'à présent strictement aux salariés itinérants l'article L. 3121-4 du code du travail selon lequel le temps de déplacement pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail ne constitue pas du temps de travail effectif et ne peut donner lieu qu'à compensation sous forme de repos ou sous forme financière s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu de travail habituel. Son arrêt du 23 novembre 2022 marque un net infléchissement de sa jurisprudence. La décision retrace les étapes ayant amené à cette évolution, à commencer par l'arrêt du 10 septembre 2015 (aff. C-266/14) dans lequel la CJUE a admis que constituaient du temps de travail au sens de la directive du 4 novembre

2003 (concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail) les déplacements quotidiens de ces salariés entre leur domicile et les sites du premier et du dernier client désigné par l'employeur. On se souvient que la Chambre sociale avait alors suggéré dans le rapport annuel 2015 de la Cour de cassation une modification de l'article L. 3121-4 du code du travail en relevant que son premier alinéa « semble faire obstacle à une interprétation de ce texte en conformité avec le droit de l'Union européenne » (p. 71). Dans un arrêt du 30 mai 2018 (n°16-20.634), la Cour de cassation était néanmoins parvenue à maintenir l'application de l'article L. 3121-4 du code du travail, non sans réitérer à plusieurs reprises mais sans succès, son appel au législateur afin que soit assurée la conformité du droit national au droit de l'Union européenne (cf Rapport annuel 2018, p. 112, Rapport annuel 2019, p. 72, Rapport annuel 2020, p. 76). Par arrêt du 9 mars 2021 (aff. C-344/19), la CJUE a toutefois insisté sur l'indisponibilité par les Etats membres de la notion de temps de travail au sens de la directive 2003/88/CE. Aussi la Cour de cassation considère-t-elle dans le présent arrêt qu'« en considération de l'obligation d'interprétation des articles L. 3121-1 et L. 3121-4 du code du travail à la lumière de la directive 2003/88/CE, il y a lieu de juger désormais » que lorsque les temps de déplacement considérés répondent à la définition du temps de travail effectif de l'article L. 3121-1 du code du travail, ces temps ne relèvent pas du champ d'application de l'article L. 3121-4 du code du travail.

Il en résulte que si durant les temps de trajet entre le domicile et les premier et dernier clients, le salarié reste à la disposition de son employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, ces temps doivent s'analyser en temps de travail effectif et être rémunérés comme tel. Les juges du fond sont donc appelés à apprécier les contraintes auxquelles le salarié est soumis afin de déterminer si son temps de trajet constitue du temps de travail effectif au sens de l'article L. 3121-1 du code du travail ou si au contraire il y a lieu à application de l'article L. 3121-4 du

code du travail. En l'espèce, le salarié, qui ne se rendait que de façon occasionnelle au siège de l'entreprise pour l'exécution de sa prestation de travail, conduisait un véhicule mis à sa disposition par l'employeur et devait être en mesure de fixer des rendez-vous, d'appeler et de répondre aux appels professionnels à l'aide d'un kit main libre connecté à son téléphone portable professionnel. La Cour de cassation approuve donc les juges du fond d'avoir considéré que les temps de trajet entre son domicile et les premier et dernier clients devaient être intégrés dans son temps de travail effectif.

Quelques semaines plus tard, occasion était donnée à la Cour de cassation de veiller à la bonne application de cette nouvelle orientation (Cass. soc. 1^{er} mars 2023). En l'espèce, la Cour d'appel avait rejeté la demande d'un salarié itinérant en paiement d'heures supplémentaires pour ses temps de trajet entre son domicile et les premier et dernier clients, au motif que son planning prévisionnel d'interventions, soit 90% de son activité, était organisé bien à l'avance avec son responsable et que pour les autres opérations, il était appelé par téléphone afin de vérifier sa disponibilité avant confirmation de sa mission de telle sorte qu'il n'était pas préalablement à son départ à la disposition permanente de son employeur, même s'il pouvait être amené à transporter dans le véhicule de service des pièces détachées chez le client, ce qui relevait de la nature même de son activité. Sa décision est toutefois censurée par la Cour de cassation. Celle-ci juge ces motifs insuffisants à établir que le salarié n'était pas durant les temps de trajet à la disposition de son employeur, qu'il ne se conformait pas à ses directives et qu'il pouvait vaquer à ses occupations personnelles, alors qu'il apparaissait qu'il était soumis à un planning prévisionnel, utilisait pour ses interventions un véhicule de service et était amené à transporter des pièces commandées par les clients. De toute évidence, la Cour de cassation voit dans ces trois éléments des indices de nature à faire pencher la balance en faveur de la reconnaissance d'un temps de travail effectif. Il reviendra toutefois à la Cour d'appel de renvoi de se prononcer en l'espèce.

- S. Ala, M.-P. Lanoue, D. Le Corre, M.-A. Valéry, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – Chambre sociale*, D. 2023, p. 408.
- X. Aumeran, *Temps de travail des salariés itinérants : revirement de jurisprudence de la chambre sociale*, JCP S n° 47, 29 novembre 2022, act. 388 ; *Temps de travail des salariés itinérants : une solution convaincante*, JCP S n° 1, 10 janvier 2023, 1003 ; *Temps de trajet des itinérants : faisceau d'indices et présomption de temps de travail effectif ?*, JCP S n° 13, 4 avril 2023, 1090.
- B. Bossu, J.-F. Cesaro, L. Dauxerre, E. Jeansen, Y. Pagnerre, B. Teyssié, *Droit du travail*, JCP E n° 13, 30 mars 2023, 1098.
- F. Da Silva, J.-J. Jarry, J. Tournaire, *Salariés itinérants : trajet domicile-client*, Les Cahiers Lamy du DRH n° 304, 1^{er} janvier 2023, p. 28.
- L. Draï, *Travailleurs itinérants : du temps de déplacement professionnel au temps de travail effectif*, JCP G n° 1, 9 janvier 2023, act. 29.
- A. Fabre, M. Morand, *Le temps de déplacement astreignant des itinérants*, SSL n° 2024, 5 décembre 2022, p. 5.
- G. François, *Le temps de déplacement professionnel des salariés sans lieu de travail fixe*, Dr. soc. 2023, p. 348.
- D. Jacotot, *Le temps de déplacement professionnel revu à la lumière de la jurisprudence de la CJUE*, JCP E n° 6, 9 février 2023, 1046.
- L. Malfettes, *Un temps de trajet peut être du temps de travail effectif*, Dalloz actualité, 30 novembre 2022.
- G. Marie, *Le temps de trajet domicile/travail des salariés itinérants peut constituer du temps de travail effectif*, Lamy Actualités du droit, 30 novembre 2022.
- A. Mora, I. Muntlak, *De la possibilité de qualifier le temps de trajet du salarié itinérant en temps de travail effectif : une reconnaissance en demi-teinte*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 233, 1^{er} février 2023, p. 33.
- F. Morel, *Temps de trajet domicile-travail des itinérants : l'alibi européen du revirement de la chambre sociale de la Cour de cassation*, RDT 2023, p. 194.
- H. Nasom-Tissandier, *Temps de trajet des travailleurs itinérants : un revirement de jurisprudence*, JSL n° 556, 24 janvier 2023, p. 19.
- C. Pietralunga, *Le trajet domicile-travail d'un itinérant peut être rémunéré comme temps de travail effectif*, Lamy Actualités du droit, 22 mars 2023.
- S. Ranc, *La mise en conformité du temps de déplacement des salariés itinérants avec le droit*

de l'Union européenne, BJT n° 2, 1^{er} février 2023, p. 5.

- M. Véricel, *Qualification du temps de déplacement*, RDT 2023, p. 484.
- FRS 24/22, inf. 6, p. 12.
- RJS 02/23, n° 81.
- FRS 07/23, inf. 5, p. 9.
- RJS 05/23, n° 255.

Qualification du temps de déplacement entre le lieu de mission et l'hébergement provisoire à l'hôtel dans le cadre d'un déplacement prolongé

Cass. soc. 7 juin 2023, n° 21-22.445, FS-B

L'affaire concernait un salarié exerçant les fonctions d'enquêteur mystère auprès de concessions automobiles appelé à se déplacer dans différentes régions sans pouvoir rejoindre son domicile dans la semaine et nécessitant ainsi un hébergement provisoire à l'hôtel pris en charge par l'employeur. A la suite de la condamnation de l'employeur au paiement d'heures supplémentaires par la Cour d'appel, ce dernier a formé un pourvoi en cassation en reprochant aux juges du fond d'avoir analysé en temps de travail effectif le temps de déplacement entre les concessions visitées et l'hôtel sans vérifier s'il ne devait pas s'analyser en un temps de déplacement professionnel au sens de l'article L. 3121-4 du code du travail ni caractérisé qu'il constituait du temps de travail effectif. La Cour de cassation lui donne raison. Elle reproche à la Cour d'appel :

- d'avoir d'emblée qualifié les temps de trajets concessions visitées/hôtel en temps de trajet entre deux lieux de travail au seul motif que le déplacement prolongé durant la semaine sans retour au domicile relevait d'une organisation du travail arrêtée par l'employeur selon des plannings d'intervention dont il décidait et qui plaçait ainsi le salarié dans une situation où il restait (constamment) à la disposition de l'employeur. Autrement dit, les juges du fond n'avaient pas justifié de la qualification de l'hébergement à l'hôtel en lieu de travail et de l'exclusion de toute analyse des trajets effectués pour se rendre à l'hôtel pour y dormir et en repartir en temps de déplacement professionnel susceptibles de

donner lieu à application de l'article L. 3121-4 du code du travail (à supposer que ces temps de trajet ne puissent alors pas être qualifiés de temps de travail effectif, ce qu'il conviendrait de rechercher en application de la jurisprudence issue de l'arrêt du 23 novembre 2022, cf Cap sur le Droit p. 4). Et l'on voit là poindre le second reproche de la Cour de cassation adressé aux juges du fond :

- de ne pas avoir caractérisé que durant ces trajets concessions visitées/hôtel le salarié était tenu de se conformer aux directives de l'employeur sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. Les juges du fond auraient donc concrètement dû rechercher si pesaient sur le salarié durant ces temps de trajet des contraintes telles que la qualification en temps de travail effectif s'imposait.

- S. Daubin, S. Pélicier-Loevenbruck, *Le renforcement de l'office du juge dans la qualification des temps de déplacement professionnel*, JSL n° 568, 24 juillet 2023, p. 3.
- J. Renard, *Qualification des temps de déplacement : une appréciation au cas par cas*, Lamy Actualités du droit, 28 juin 2023.
- R. Serres, *Contrôle de la qualification du temps de travail effectif en matière de trajets professionnels atypiques*, Dalloz actualité, 29 juin 2023.
- M. Véricel, *Qualification du temps de déplacement*, RDT 2023, p. 484.
- FRS 14/23, inf. 4, p. 7.
- RJS 08-09/23, n° 445.

Preuve des temps de repos du télétravailleur

Cass. soc. 14 décembre 2022, n°21-18.139, F-B

Il ressort d'une jurisprudence à présent bien établie que la charge de la preuve du respect du droit au repos et des durées maximales du travail repose sur l'employeur. Mais cette jurisprudence ne devrait-elle pas être adaptée aux situations de télétravail ? En l'espèce, les juges du fond l'avaient sans doute pensé puisqu'ils avaient rejeté la demande de dommages et intérêts pour violation du droit au repos du salarié au motif qu'il n'était pas démontré une violation par l'employeur de la législation sur le droit au repos alors

notamment « que le salarié effectuait deux jours en télétravail à son domicile ». A tort selon la Cour de cassation pour qui la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne et des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur, y compris lorsque le salarié effectue son travail en télétravail. Elle censure dès lors la décision des juges du fond pour avoir inversé la charge de la preuve. Reste la difficulté pratique pour l'employeur de s'assurer du respect par le salarié en télétravail des temps de repos et durées maximales du travail.

- N. Dinant, *Respect du droit au repos du salarié en télétravail : la charge de la preuve repose sur l'employeur*, Lamy Actualités du droit, 16 janvier 2023.
- J.-P. Lhernould, *Preuve des temps de repos : le télétravailleur est un salarié comme un autre*, JSL n° 558, 20 février 2023, p. 4.
- RJS 03/23, n° 143.

▪ Temps partiel

Avenant de complément d'heures : gare à la requalification du contrat à temps plein !

Cass. soc. 21 septembre 2022, n°20-10.701, FS-B

Depuis la loi du 14 juin 2013 (art. L. 3123-25 C. trav. dans sa version applicable à l'espèce devenu art. L. 3123-22 C. trav.), un accord de branche étendu peut permettre la signature d'un avenant au contrat de travail d'un salarié à temps partiel afin d'augmenter temporairement sa durée de travail, seules les heures réalisées au-delà de la durée prévue par avenant donnant lieu à majoration. Un grand nombre de branches se sont saisies de cette faculté d'autoriser par avenant une augmentation temporaire de la durée du travail du salarié sans majoration des heures ainsi réalisées dans la limite de la durée fixée dans l'avenant. Mais l'avenant temporaire peut-il porter la durée du travail au niveau de celle d'un temps complet ?

Le doute était permis, l'article L. 3123-17 du code du travail (devenu art. L. 3123-9 C. trav.) interdisant de porter par heures

complémentaires la durée de travail du salarié à temps partiel au niveau de la durée légale du travail. Mais précisément, y avait-il lieu d'assimiler le complément d'heures par avenant aux heures complémentaires visées par cette disposition ? C'est à cette question inédite et débattue que répond la Cour de cassation.

Elle admet qu'il résulte de la combinaison des textes susvisés que l'avenant de complément d'heures qui aurait pour effet de porter la durée du travail prévue par le contrat de travail du salarié à temps partiel au niveau de la durée légale du travail emporte requalification du contrat à temps complet. Les dispositions légales n'ayant pas été modifiées en substance par la loi « travail » du 8 août 2016, la même solution devrait s'imposer sous l'empire des textes actuellement en vigueur. Elle invite l'employeur à un usage prudent et modéré des compléments d'heures par avenant même en présence d'un accord de branche étendu l'autorisant à atteindre temporairement par cette voie la durée légale du travail.

- S. Ala, M.-P. Lanoue, D. Le Corre, M.-A. Valéry, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – Chambre sociale*, D. 2023, p. 408.
- L. Bento de Carvalho, *Temps partiel et heures complémentaires, la branche ne crèvera pas le plafond*, JCP S n° 43-44, 2 novembre 2022, 1277.
- N. Bourzat-Alaphilippe, *Temps partiel et complément d'heures*, JS 2022, n° 235, p. 47.
- G. François, *Avenant complément d'heures : quelle limite à l'augmentation temporaire du temps de travail ?*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2023, p. 32.
- E. Maurel, *Temps partiel : quand l'avenant de complément d'heures porte la durée du travail à un travail à temps plein*, Dalloz actualité, 13 octobre 2022.
- S. Mayoux, *La pratique des avenants complément d'heures en matière de temps partiel fragilisée : la Cour de cassation donne des sueurs froides à certaines branches professionnelles*, JSL n° 552, 18 novembre 2022, p. 14.
- M. Morand, *Le point sur les compléments d'heures*, SSL n° 2021, 14 novembre 2022, p. 5.
- F. Morel, *Complément d'heures : une sécurisation législative s'impose*, Lamy Actualités du droit, 11 octobre 2022.

- C. Pietralunga, *Temps partiel - Un avenant sur les heures complémentaires ne peut pas porter la durée de travail du salarié à hauteur d'un temps plein*, Lamy Actualités du droit, 11 octobre 2022.
- S. Riancho, *Complément d'heures pour un salarié à temps partiel : attention à la requalification en temps complet !*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2022, p. 20.
- G. Vachet, *Travail à temps partiel et conclusion d'un avenant de complément d'heures*, JCP E n° 49, 8 décembre 2022, 1401.
- M. Véricel, *Un avenant temporaire de complément d'heures ne peut permettre un dépassement de la durée légale du travail*, RDT 2023, p. 121.
- FRS 18/22, inf. 3, p. 6.
- RJS 11/22, n° 566.

▪ Préjudice « nécessaire »

Non-respect de la durée maximale quotidienne de travail

Cass. soc. 11 mai 2023, n°21-22.281, FS-B

Revenant sur la position qu'elle avait précédemment adoptée dans un arrêt du 18 mars 2020 (n°18-20.447) toutefois non publié, la Chambre sociale de la Cour de cassation admet que le seul constat du dépassement de la durée maximale quotidienne du travail ouvre droit à réparation. Elle censure en conséquence la décision des juges du fond qui avaient rejeté la demande de dommages et intérêts du salarié faute pour lui d'avoir démontré avoir subi un préjudice.

Cette évolution de la jurisprudence s'inscrit dans le prolongement de la récente reconnaissance d'un préjudice nécessaire en cas de non-respect de la durée maximale hebdomadaire de travail (Cass. soc. 26 janvier 2022, n°20-21.636 ; Cass. soc. 14 décembre 2022, n°21-21.411). La Cour de cassation avait alors pu, pour fonder la solution, s'appuyer sur les dispositions légales interprétées à la lumière de l'article 6,b de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 limitant la durée hebdomadaire de travail à 48 heures et sur la jurisprudence de la CJUE selon laquelle 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 » (CJUE 14 octobre 2010, aff. C-243/09). En matière de durée maximale quotidienne du travail cependant, la directive ne comprend pas de disposition fixant une limite. Pour justifier néanmoins de la reconnaissance d'un préjudice nécessaire, la Cour de cassation relève que la limitation par le droit national de la durée quotidienne de travail à 10 heures (art. L. 3121-4 C. trav. devenu art. L. 3121-18 C. trav.) poursuit le même objectif que la directive en ce qu'elle « participe de l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant et le respect effectif des limitations de durées maximales de travail concrétisé par la directive 2003/88/CE ».

- P. Bailly, *Dépassement de la durée maximale du travail : un préjudice nécessaire qui s'ignore*, SSL n° 2050, 12 juin 2023, p. 12.
- K. Le Petitcorps, *Non-respect de la durée maximale de travail journalière : le salarié n'a pas à prouver son préjudice*, Lamy Actualités du droit, 13 juin 2023.
- S. Ranc, *Du nouveau en matière de préjudice nécessaire*, BJT n° 6, 1^{er} juin 2023, p. 19.
- FRS 12/23, inf. 3, p. 6.
- RJS 07/23, n° 381.

Absence de suivi médical renforcé du travailleur de nuit : renvoi préjudiciel à la CJUE

Cass. soc. 7 juin 2023, n°21-23.557, FS-B

L'arrêt est révélateur du refus de la Chambre sociale de la Cour de cassation de prendre l'initiative d'une extension outre mesure de la jurisprudence de la CJUE issue de son arrêt du 14 octobre 2010 (CJUE 14 octobre 2010, aff. C-243/09, cf ci-dessus). C'est en effet sur cette jurisprudence que s'appuyait en l'espèce le salarié pour critiquer le rejet par les juges du fond de sa demande de dommages et intérêts à raison du non-respect par l'employeur de ses obligations relatives au suivi médical renforcé des travailleurs de nuit au motif qu'il ne justifiait d'aucun préjudice. Le salarié soutenait en effet que cette jurisprudence devait nécessairement être transposée en cas de violation des dispositions protectrices de

suivi médical renforcé pour travail de nuit garanties par la directive 2003/88/CE, en ce qu'elles ont le même objet, à savoir la protection de la santé du salarié. La Chambre sociale de la Cour de cassation distingue toutefois les dispositions de l'article 9 relatif à l'évaluation de la santé, et donc au suivi médical des travailleurs de nuit, de celles de l'article 8 de la directive qui fixent des durées maximales quotidiennes de travail en cas de travail de nuit (et dont on peut penser que la violation ouvrirait droit à réparation par transposition de l'arrêt du 14 octobre 2010 de la CJUE, la Cour de cassation y voyant des mesures qui « paraissent de même nature » que celles de l'article 6 de la directive). S'attachant aux termes de l'exposé des motifs de la directive, elle relève en effet que le considérant 9, en ce qu'il indique qu'il « est important » que les travailleurs de nuit bénéficient d'une évaluation de leur santé, lui « paraît moins précis ou impérieux » que celui plus impératif de limitation de la durée du travail de nuit (considérant 8) et se demande ainsi s'il ne fixe pas seulement un objectif général. Elle décide en conséquence de transmettre deux questions préjudicielles à la CJUE :

- Les dispositions de l'article 9 de la directive 2003/88/CE sont-elles dans leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises pour produire un effet direct et être invoquées dans un litige entre particuliers ?

- Dans l'affirmative, le non-respect des dispositions du droit national adoptées pour assurer l'évaluation de la santé des travailleurs de nuit (arts. L. 3122-11 et L. 4624-1 C. trav.) constitue-t-il en tant que tel une violation de l'article 9 de la directive 2003/88/CE, sans qu'il soit besoin, pour obtenir une réparation, de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique qui en aurait résulté ?

Au-delà de la réponse qu'apportera la CJUE et qui déterminera si peut être reconnu un préjudice nécessaire en cas de manquements aux exigences relatives suivi médical des travailleurs de nuit, l'arrêt est révélateur de la place que sont appelés à occuper le droit social de l'Union européenne et le droit international du travail dans la reconnaissance

d'un préjudice nécessaire. Lorsque la disposition européenne ou internationale est suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour être d'effet direct et invoquée dans un litige entre particuliers et qu'elle emporte obligation de sanctionner, la reconnaissance d'un préjudice nécessaire s'impose en cas de violation de la disposition nationale assurant sa transposition. Le Doyen Huglo en a expliqué les raisons : « s'il est loisible au législateur français de ne prévoir de sanctions que par le recours à la responsabilité civile, avec l'exigence dès lors d'un préjudice (...), en revanche, lorsqu'est en jeu une obligation européenne ou internationale de sanctionner, l'abandon de l'évaluation du préjudice au pouvoir souverain des juges du fond risque de conduire à l'absence de toute sanction de la violation de la norme européenne ou internationale considérée et à la priver ainsi de toute effectivité. En quelque sorte, c'est l'obligation où se trouve la Cour de cassation de faire respecter nos obligations européennes et internationales qui détermine la reconnaissance d'un préjudice nécessaire lorsqu'une telle obligation de sanctionner existe dans le droit européen ou international » (J.-H. Huglo, *La Cour de cassation et la réparation en droit du travail*, Dr. soc. 2023, p. 286).

- J.-P. Lhernould, *Préjudice nécessaire en cas de manquement de l'employeur aux règles d'évaluation gratuite de la santé du travailleur ? La Cour de cassation saisit la CJUE de questions préjudicielles*, JCP S n° 25, 27 juin 2023, 1173.
- A. Nivert, *La théorie du préjudice nécessaire va-t-elle s'importer en matière de suivi médical renforcé pour travail de nuit ?*, JSL n° 568, 24 juillet 2023, p. 12.
- RJS 08-09/23, n° 493.

▪ Harcèlement moral

Abandon de l'exigence pour le salarié de qualifier expressément les faits de harcèlement moral

Cass. soc. 19 avril 2023, n°21-21.053, FP-B+R

Un arrêt du 13 septembre 2017 (n°15-23.045)

a subordonné le bénéfice de la protection contre le licenciement du salarié ayant dénoncé des faits de harcèlement moral (arts. L. 1152-2 et L. 1152-3 C. trav.) à une qualification expresse des faits relatés par le salarié en « harcèlement moral » sauf, a ensuite précisé la Cour de cassation, à ce que l'employeur ait lui-même procédé à cette qualification dans la lettre de licenciement (Cass. soc. 9 juin 2021, n°20-15.525). Elle revient dans le présent arrêt sur cette position qui n'avait pas été sans soulever les critiques d'une partie de la doctrine.

Pour justifier de la nécessité d'une évolution de sa jurisprudence, la Cour de cassation s'appuie en premier lieu sur l'inégalité qui en résulte dès lors que l'employeur dispose pour sa part de la faculté d'invoquer devant le juge la mauvaise foi du salarié, sans être tenu d'en avoir fait mention préalablement dans la lettre de licenciement (Cass. soc. 16 septembre 2020, n°18-26.696). Elle se fonde en second lieu sur la liberté d'expression dont jouit le salarié sauf abus, et qui en cas d'atteintes non justifiées emporte nullité du licenciement. Aussi admet-elle dorénavant que le salarié qui dénonce des faits de harcèlement ne peut être licencié pour ce motif sous peine de nullité du licenciement, peu important que le salarié n'ait pas expressément qualifié les faits de harcèlement, sauf mauvaise foi du salarié (laquelle ne peut résulter que de sa connaissance de la fausseté des faits qu'il dénonce). Dans la mise en œuvre à l'espèce du nouveau principe de solution, la Cour de cassation souligne de plus qu'au regard des faits en l'occurrence évoqués par le salarié, l'employeur ne pouvait légitimement pas ignorer que le salarié dénonçait des actes de harcèlement moral. S'agit-il là d'un simple ajout, destiné à étayer la condamnation de l'employeur dans l'affaire considérée ou faut-il y voir un réel tempérament à l'application de la solution nouvelle ? A suivre la notice explicative de la Cour de cassation qui accompagne l'arrêt, serait bien posée une véritable limite qui dépasse le cas d'espèce. La notice précise en effet que la solution « ne s'applique que si » l'employeur ne pouvait légitimement ignorer à la lecture de l'écrit

adressé par le salarié et qui a motivé son licenciement, que le salarié dénonçait bien des actes de harcèlement. Elle précise qu'il appartient aux juges du fond de vérifier le caractère évident d'une telle dénonciation dans l'écrit, « quand bien même » les mots « harcèlement moral » n'ont pas été utilisés. Si la protection du salarié, et la nullité du licenciement ne sont donc plus subordonnées à la mention expresse d'un « harcèlement », elles seront néanmoins écartées si le juge estime que l'employeur pouvait légitimement ignorer que le salarié dénonçait des faits de harcèlement. C'est donc sur ce terrain que risque de se déplacer le débat judiciaire.

- P. Adam, *Dénonciation et harcèlement moral : changement de cap ! Par Mots et par maux*, Dr. soc. 2023, p. 558.
- P. Bailly, *Du nouveau en matière de harcèlement moral : décryptage de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 avril 2023*, Lamy Actualités du droit, 12 mai 2023 et SSL n° 2046, 15 mai 2023, p. 12.
- B. Bossu, *Harcèlement moral : abandon de l'exigence de qualification des faits par le salarié*, JCP G n° 25, 26 juin 2023, act. 779.
- D. Castel, *A la une – Licenciement – Dénonciation de harcèlement moral : un revirement bienvenu*, JA 2023, n° 680, p. 10.
- A. Charbonneau, *Celui qui dénonce un harcèlement moral n'a plus à le qualifier : chronique d'un revirement annoncé*, BJT n° 6, 1^{er} juin 2023, p. 17.
- J. Cortot, *Dénonciation du harcèlement : les maux plus forts que les mots*, Dalloz actualité, 23 2023.
- G. Dedessus-Le-Moustier, *Revirement de jurisprudence en matière de protection du salarié en cas de harcèlement moral*, JCP G n° 17-18, 1^{er} mai 2023, act. 542.
- S. Harir, *Immunité légale pour le salarié bien qu'il n'ait pas employé les termes « harcèlement moral » pour qualifier les faits dénoncés*, Gaz. Pal. n° 18, 30 mai 2023, p. 71.
- INFOREG, *La protection du salarié dénonçant des faits de harcèlement*, CDE n° 4, juillet-août 2023, prat. 19.
- C. Leborgne-Ingelaere, *Dénonciation de harcèlement moral : l'abandon légitime de l'exigence de qualification des faits par la victime !*, JCP S n° 19-20, 16 mai 2023, 1127.
- C. Pietralunga, *Harcèlement moral : la protection contre le licenciement associée à la*

dénonciation est indépendante de la qualification des faits, Lamy Actualités du droit, 25 avril 2023.

- FRS 10/23, inf. 2, p.7.
- RJS 07/23, n° 360.

Négation de la faute (grave) d'un salarié harceleur à raison du comportement de l'employeur

Cass. soc. 12 juillet 2022, n°20-22.857, F-D

La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir conclu à l'absence de toute faute, et donc au licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié pourtant auteur d'actes de harcèlement moral alors que ses méthodes managériales pathogènes, menées dans le cadre d'une réorganisation de la direction dont il avait la charge, étaient connues, et même encouragées par sa hiérarchie et la direction des ressources humaines, l'employeur ayant d'ailleurs défendu les décisions prises par le salarié harceleur.

La solution s'inscrit certes dans le prolongement d'une jurisprudence constante tendant à tenir compte du comportement antérieur de l'employeur pour apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement. Elle surprend toutefois en ce qu'elle va en l'espèce jusqu'à exonérer le salarié harceleur de toute responsabilité. Elle invite dès lors à la plus grande prudence. Cautionner des pratiques managériales délétères mène en effet l'employeur à une impasse : s'il ne sanctionne pas le salarié, il manque à son obligation de sécurité mais s'il procède à son licenciement disciplinaire, il s'expose à un risque sérieux de condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

• F. Héas, *Quand le management délétère n'est pas fautif !*, Dr. soc. 2022, p. 942.

- F. Lalanne, *Harcèlement moral : la Cour de cassation insiste une nouvelle fois sur le rôle clé de l'employeur*, JSL n° 549, 7 octobre 2022, p. 24.
- FRS 16/22, inf. 2, p. 3.
- RJS 10/22, n° 507.

Procès France Télécom : la CA de Paris confirme la reconnaissance d'un « harcèlement moral institutionnel »

CA Paris 30 septembre 2022, n°20/05346

On se souvient du jugement du tribunal correctionnel de Paris du 20 décembre 2019 qui a déclaré coupables de harcèlement moral le PDG de France Télécom, son numéro deux ainsi que le DRH de l'époque, admis la culpabilité pour complicité de harcèlement moral de quatre cadres et condamné France Télécom en tant que personne morale. Outre le retentissement lié aux conséquences dramatiques de cette affaire, ce jugement a défrayé la chronique en ce qu'il a considéré que l'infraction de harcèlement moral était constituée sans avoir à démontrer que les agissements étaient dirigés vers une ou plusieurs victimes en particulier, dès lors qu'excédant l'exercice normal du pouvoir de direction, ils procédaient d'une politique de l'entreprise ayant pour but de structurer le travail de tout ou partie d'une collectivité de travailleurs et étaient porteurs, par leur répétition, d'une dégradation des conditions de travail de cette collectivité. Pour les juges de première instance, la preuve de l'appartenance d'une victime à cette collectivité ne s'imposerait que pour la réparation du dommage causé par cette politique constitutive d'un « harcèlement moral institutionnel ».

La Cour d'appel de Paris, par arrêt du 30 septembre 2022, bien qu'elle allège les peines des dirigeants condamnés et conclue à la relaxe de deux des cadres poursuivis pour complicité de harcèlement, confirme le raisonnement suivi en première instance et la reconnaissance d'un harcèlement « institutionnel » dont elle précise qu'il a « pour spécificité d'être en cascade, avec un effet de ruissellement, indépendamment de l'absence de lien hiérarchique entre le prévenu et la victime ».

Un pourvoi en cassation ayant été formé, c'est avec intérêt que l'on suivra la position adoptée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

- P. Adam, *Harcèlement moral institutionnel : l'autre théorie du ruissellement*, SSL n° 2017, 17 octobre 2022, p. 6.
- C. Berlan, J. Cadot, *Retour sur l'arrêt de la Cour*

d'appel de Paris dans l'affaire dite « France Télécom », Les Cahiers Lamy du CSE n° 232, 1^{er} janvier 2023, p. 21.

- A. Bloch, *Suicides à France Télécom : la cour d'appel de Paris valide la notion de « harcèlement moral institutionnel »*, Dalloz actualité, 6 octobre 2022.
- C. Casado, *Harcèlement institutionnel : le crépuscule des restructurations ?*, BJT n° 12, 1^{er} décembre 2022, p. 26.
- M. Miné, *Le harcèlement moral institutionnel réprimé*, RDT 2022, p. 713.
- L. Saenko, *Affaire France Télécom ou la consécration (hasardeuse) du harcèlement moral institutionnel*, Gaz. Pal. n° 36, 8 novembre 2022, p. 16.
- M. Segonds, *Le harcèlement moral « institutionnel » : l'épilogue attendu d'un simple mode opératoire doté d'un mobile économique*, RJS 07/23, Chronique.
- RJS 03/23, n° 124.

▪ Faute inexcusable de l'employeur

Rente ATMP : elle ne couvre plus le déficit fonctionnel permanent !

Cass. ass. pl. 20 janvier 2023, n°21-23.947, B+R ; Cass. ass. pl. 20 janvier 2023, n°20-23.673, B+R

A la suite de la réforme du recours des tiers payeurs opérée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, qui a imposé un recours poste par poste, la 2^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation a fait évoluer sa conception de la rente ATMP pour y inclure la couverture non seulement de la perte de gains professionnels et de l'incidence professionnelle de l'incapacité du salarié, mais aussi le déficit fonctionnel permanent. Cela s'est traduit sur le terrain de la faute inexcusable de l'employeur à l'origine d'un ATMP, et dans le but d'éviter une double indemnisation, par le rejet des demandes de réparation du préjudice résultant des souffrances physiques et morales endurées par la victime pourtant expressément prévue à l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, sauf pour la victime à prouver qu'elle avait subi un préjudice distinct du déficit fonctionnel permanent (en dernier lieu : Cass.

2^{ème} civ. 8 octobre 2020, n°19-13.126). Cette jurisprudence a fait l'objet de vives critiques, d'autant que le Conseil d'Etat s'en tient quant à lui à une conception « historique » de la rente ATMP limitée à la réparation sur une base forfaitaire de la perte de gains professionnels et de l'incidence professionnelle de l'incapacité (CE Avis 8 mars 2013, n°361273, CE 18 octobre 2017, n°404065). La résistance opposée par la Cour d'appel de Nancy à la jurisprudence de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a amené l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à se positionner.

En considération de la jurisprudence du Conseil d'Etat, du mode de calcul de la rente, de l'article L. 452-3 du code de sécurité sociale et des difficultés rencontrées par les victimes à apporter la preuve d'un préjudice distinct du déficit fonctionnel permanent, celle-ci énonce qu'il y a lieu « désormais » de juger que la rente ne répare pas le déficit fonctionnel permanent.

L'indemnisation des souffrances endurées par la victime en est grandement facilitée puisque celle-ci n'a plus dorénavant à apporter la preuve d'un préjudice distinct du déficit fonctionnel. Au-delà, c'est le champ même de l'indemnisation en cas de faute inexcusable de l'employeur qui s'en trouve élargi. En toute logique, ce sont toutes les composantes du déficit fonctionnel permanent, et pas seulement les souffrances endurées visées par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, qui doivent pouvoir donner lieu à indemnisation complémentaire du fait de la faute inexcusable de l'employeur, dès lors qu'elles ne sont pas couvertes par la législation professionnelle (Cons. const. 18 juin 2010).

- X. Aumeran, *Rente AT-MP : retour à l'orthodoxie, fin d'une injustice*, JCP S n° 9, 7 mars 2023, 1061.
- L. Bloch, *Reviement de jurisprudence : qu'on se le dise, la rente AT n'indemnise pas le DFP*, Resp. civ. et ass. n° 3, mars 2023, comm. 52.
- A. Cayol, *Reviement : pas de réparation du déficit fonctionnel permanent par la rente accident du travail*, Dalloz actualité, 8 février 2023.
- P. Grosser, *La nature des rentes AT/MP : le*

reviement de la Cour de cassation, BJD n° 85, 1^{er} mars 2023, comm. 16.

- A. Guégan, *Enonçant que « la rente ne répare pas le déficit fonctionnel permanent », l'assemblée plénière fait d'une pierre deux coups*, Gaz. Pal. n° 6, 21 février 2023, p. 35.
- S. Hocquet-Berg, *Reviement de jurisprudence : la rente accident du travail (AT) ne répare plus le déficit fonctionnel permanent (DFP)*, Resp. civ. et ass. n° 3, mars 2023, alerte 36.
- P. Jourdain, *La rente d'accident du travail n'indemnise pas le déficit fonctionnel permanent (reviement)*, RTD Civ. 2023, p. 382.
- M. Keim-Bagot, *Rente AT-MP : la fin de l'hypertrophie !*, SSL n° 2033, 13 février 2023, p. 6.
- M. Keim-Bagot, J. Knetsch, *(Ré)concilier les inconciliables, Regards croisés sur la réparation des AT-MP*, Dr. soc. 2023, p. 629.
- F. Kessler, *Le déficit fonctionnel permanent peut faire l'objet d'une indemnisation particulière en cas d'accident du travail*, RDSS 2023, p. 345.
- J. Landel, *Reviement de jurisprudence : la rente accident du travail ne répare pas le déficit fonctionnel permanent*, RGDA n° 3, 1^{er} mars 2023, p. 41.
- S. Le Fischer, *L'application du code civil dans le droit de la sécurité sociale : les enseignements de la jurisprudence de la Cour de cassation*, RJS 04/23, Chronique.
- C. Pietralunga, *Accident du travail / maladie professionnelle : le déficit fonctionnel permanent peut désormais être indemnisé en cas de faute inexcusable*, Lamy Actualités du droit, 6 février 2023.
- S. Porchy-Simon, *Reviement de jurisprudence sur la nature de la rente accident du travail – A propos des arrêts de l'assemblée plénière du 20 janvier 2023*, JCP G n° 6, 13 février 2023, act. 194.
- V. Rivollier, *La rente accident du travail n'indemnise plus le déficit fonctionnel permanent, Lecture douce-amère des arrêts du 20 janvier 2023*, D. 2023, p. 321 ; *Le droit commun de la réparation comme complément au régime AT-MP en cas de faute inexcusable – Des difficultés persistantes dans l'articulation entre les deux régimes*, Resp. civ. et ass. n° 5, mai 2023, étude 6.
- J. Traullé, *La redéfinition de l'objet de la rente versée aux victimes d'accidents et de maladies professionnelles par la Sécurité sociale*, Gaz. Pal. n° 17, 23 mai 2023, p. 8.
- FRS 03/23, inf. 10, p. 16.
- RJS 03/23, n° 164.

• Préjudice d'anxiété

Responsabilité extracontractuelle de l'entreprise utilisatrice

Cass. soc. 8 février 2023, n°20-23.312, FP-B+R ; Cass. soc. 15 mars 2023, n°20-23.694, FS-B

On sait que le salarié d'une entreprise sous-traitante qui aurait été exposé à l'amiante (ou à une substance toxique ou nocive générant un risque élevé de développer une pathologie grave) dans une entreprise utilisatrice ne peut obtenir de sa part indemnisation de son préjudice d'anxiété sur le fondement d'un manquement à l'obligation de sécurité, faute d'être lié à elle par un contrat de travail. Il importe peu à cet égard que l'entreprise utilisatrice ait été inscrite sur la liste fixée par arrêté ministériel pour la période au cours de laquelle le salarié est intervenu en son sein : elle n'est tenue d'une obligation de sécurité qu'à l'égard de ses propres salariés. Ce n'est pas dire pour autant que sa responsabilité ne peut pas être recherchée.

L'article L. 4121-5 du code du travail impose aux différentes entreprises dont les travailleurs sont appelés à intervenir sur un même site une obligation de coopération et les articles R. 4511-1 et suivants du code du travail (anciens R. 237-1 et s.) fixent les règles applicables lorsqu'une entreprise fait intervenir en son sein une entreprise extérieure pour y effectuer des travaux. A ce titre, pèsent sur l'entreprise utilisatrice et les entreprises extérieures un certain nombre d'obligations afin de permettre la bonne mise en œuvre des mesures de prévention des risques liés à la coactivité. L'article R. 4511-5 du code du travail prévoit de plus qu'il revient à l'entreprise utilisatrice d'assurer la coordination générale des mesures de prévention entre elle-même et les entreprises extérieures et leurs sous-traitants. Un certain nombre d'obligations sont mises à sa charge afin d'exercer cette mission (obligations d'alerte, d'information, de vérification de l'application du plan de prévention arrêté en commun, d'organisation d'inspections et de réunions...). Un manquement à une ou

plusieurs de ces obligations peut donc avoir contribué au préjudice subi par le salarié d'une entreprise extérieure et justifier la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle de l'entreprise utilisatrice (sans exclure la responsabilité de l'employeur du salarié sur le fondement d'un manquement à ses propres obligations). Le présent arrêt témoigne de ce que cette voie peut être empruntée par le salarié d'une entreprise sous-traitante à des fins d'indemnisation de son préjudice d'anxiété. En l'espèce, étaient en effet précisément caractérisées des manquements de l'entreprise utilisatrice aux obligations qui lui incombaient au titre de la bonne coordination des mesures de prévention qui étaient bien à l'origine du préjudice (absence totale de plan de prévention, absence d'information sur les dangers du site liés à l'amiante, absence d'alerte de l'entreprise sous-traitante alors que le salarié était exposé aux poussières d'amiante sans aucun équipement de protection...). Le salarié d'une entreprise sous-traitante se voit ainsi ouvrir une autre voie d'indemnisation de son préjudice d'anxiété, à côté de l'action contre son employeur fondée sur un manquement à son obligation de sécurité, par la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle de l'entreprise utilisatrice. Cette faculté est confirmée quelques semaines plus tard par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 mars 2023 qui apporte deux précisions.

Elle affirme tout d'abord la responsabilité solidaire de l'entreprise utilisatrice et de l'employeur en cas de fautes partagées à l'origine du préjudice d'anxiété. Elle tranche ensuite la délicate question de la compétence du Conseil de prud'hommes à connaître de l'action en responsabilité extracontractuelle à l'encontre de l'entreprise utilisatrice à raison d'un manquement à son obligation de coordination. S'agissant d'un tiers à la relation de travail, la compétence du tribunal judiciaire semblait devoir s'imposer. Néanmoins, la Cour de cassation, admet la compétence du juge prud'homal par combinaison des articles L. 4111-1 et L. 4111-5 du code du travail.

• D. Asquinazi-Bailleux, *Vers de nouvelles*

réparations pour les salariés exposés à l'amiante : préjudice d'anxiété et atteinte à la dignité, Gaz. Pal. n° 9, 14 mars 2023, p. 25.

- X. Aumeran, *Préjudice d'anxiété : la responsabilité extracontractuelle au soutien des salariés de sous-traitants*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2023, p. 28.
- J. Auriault, N. Benbala, *Le préjudice d'anxiété et l'amiante : de nouvelles perspectives contentieuses...*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 236, 1^{er} mai 2023, p. 13.
- P. Bailly, *Une compétence particulière du juge prud'homal en matière de sous-traitance*, SSL n° 2039, 27 mars 2023, p. 12.
- S. Brissy, *Exposition fautive à des risques professionnels : l'action du salarié d'un sous-traitant contre l'entreprise utilisatrice relève de la compétence du conseil de prud'hommes*, JCP S n° 16-17, 25 avril 2023, 1115.
- A. Bugada, *Santé au travail et sous-traitance : compétence élargie du conseil de prud'hommes*, Procédures n° 5, mai 2023, comm. 146.
- F. Champeaux, E. Lilliu, *Entretien avec Jean-Michel Sommer, Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, SSL n° 2034, 20 février 2023, p. 9.
- Q. Chatelier, *La Cour de cassation améliore l'indemnisation des salariés exposés à des substances toxiques*, Lamy Actualités du droit, 13 février 2023.
- J. Colonna, V. Renaux-Personnic, *Exposition des salariés à une substance dangereuse : vers un nouveau flux d'indemnisation*, JCP E n° 15, 13 avril 2023, 1121.
- N. Farzam, C. Rodriguez, *Amiante : la Cour de cassation élargit de nouveau les possibilités d'indemnisation des salariés*, JSL n° 560, 17 mars 2023, p. 18.
- M.-A. Godefroy, *L'amélioration des conditions d'indemnisation du préjudice d'anxiété des salariés d'entreprises sous-traitantes*, JCP S n° 9, 7 mars 2023, 1060.
- P. Jourdain, *Préjudice d'anxiété amiante : responsabilité extracontractuelle de l'entreprise utilisatrice du salarié exposé à l'amiante*, RTD civ. 2023, p. 372.
- L. Leveneur, *Où l'on voit que la possibilité pour la victime d'un dommage d'en demander éventuellement réparation à un cocontractant n'exclut pas qu'elle puisse aussi le cas échéant agir contre un tiers fautif*, Contrats, conc. consom. n° 5, comm. 76; *Exposition à l'amiante : à qui un salarié d'une entreprise, chargé d'effectuer des travaux dans les locaux d'une autre entreprise, peut-il demander réparation de son préjudice d'anxiété ?*, JCP G n°

14, 10 avril 2023, act. 448.

- L. Malfettes, *Amiante : dignité du salarié, réparation du préjudice d'anxiété et sous-traitance*, Dalloz actualité, 20 février 2023; *La compétence prud'homale reprecisée en matière d'exposition à l'amiante*, Dalloz actualité, 27 mars 2023.
- A. Nivert, *Autonomies dans la réparation, par l'entreprise utilisatrice, du préjudice subi par le salarié d'une entreprise extérieure*, RDT 2023, p. 273.
- P. Oudot, *Préjudice d'anxiété des victimes de l'amiante et sous-traitance : la responsabilité pour faute de l'entreprise utilisatrice*, JCP G n° 08-09, 27 février 2023, act. 281.
- C. Willmann, *L'entreprise utilisatrice, tenue de réparer le préjudice d'anxiété*, Dr. soc. 2023, p. 363.
- FRS 05/23, inf. 5, p. 15.
- RJS 04/23, n° 207.
- RJS 05/23, n° 270.

Le préjudice résultant de l'atteinte à la dignité du salarié : un préjudice distinct du préjudice d'anxiété

Cass. soc. 8 février 2023, n°21-14.451, FP-B+R

Dans une décision remarquable, la Cour de cassation admet qu'un salarié exposé à l'amiante puisse subir et obtenir réparation d'un préjudice distinct du préjudice d'anxiété résultant de l'atteinte à sa dignité.

En l'espèce l'employeur avait été autorisé de manière dérogatoire et provisoire à continuer à utiliser de l'amiante après son interdiction par les pouvoirs publics. Mais il en avait poursuivi l'usage bien au-delà de la période autorisée. Encore qu'il soit délicat de cerner ce que recouvre une atteinte à la dignité, il semble que les Hauts magistrats l'ait décelée dans l'utilisation persistante de l'amiante malgré son interdiction (sans aucune considération pour chacun des salariés exposés, serait-on tenté de préciser). La Cour de cassation considère que le préjudice qui en résulte alors ne se confond pas avec le préjudice d'anxiété qui répare quant à lui l'ensemble des troubles psychologiques résultant de la connaissance par le salarié d'un risque de déclaration à tout moment d'une pathologie grave. Elle distingue ainsi l'action

en réparation du préjudice d'anxiété, fondée sur un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, et l'action en réparation du préjudice issu d'une atteinte à la dignité dont elle indique qu'elle constitue un manquement grave de l'employeur à son obligation de loyauté. Dans ces conditions, un cumul d'actions semble parfaitement envisageable, même si en l'espèce, l'action en réparation du préjudice d'anxiété était prescrite de telle sorte que le salarié ne pouvait prétendre qu'à indemnisation du préjudice résultant de l'atteinte à sa dignité. Cette décision élargit donc les possibilités d'indemnisation des salariés exposés à l'amiante (ou à une substance toxique ou nocive). Mais encore faut-il que soit caractérisée une atteinte à la dignité. Si une telle atteinte en l'espèce s'impose comme une évidence aux yeux des Hauts magistrats, ceux-ci ne fournissent que peu d'indications sur ses éléments constitutifs. A tout le moins la présente décision révèle-t-elle qu'elle ne peut résulter de la seule exposition du salarié à l'amiante ou à toute autre substance dont la dangerosité est avérée.

- P. Adam, *La dignité (bafouée) des travailleurs de l'amiante*, SSL n° 2034, 20 février 2023, p. 13.
- D. Asquinazi-Bailleux, *Vers de nouvelles réparations pour les salariés exposés à l'amiante : préjudice d'anxiété et atteinte à la dignité*, Gaz. Pal. n° 9, 14 mars 2023, p. 25.
- F. Champeaux, E. Lilliu, *Entretien avec Jean-Michel Sommer, Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, SSL n° 2034, 20 février 2023, p. 9.
- Q. Chatelier, *La Cour de cassation améliore l'indemnisation des salariés exposés à des substances toxiques*, Lamy Actualités du droit, 13 février 2023.
- J. Colonna, V. Renaux-Personnic, *Exposition des salariés à une substance dangereuse : vers un nouveau flux d'indemnisation*, JCP E n° 15, 13 avril 2023, 1121.
- N. Farzam, C. Rodriguez, *Amiante : la Cour de cassation élargit de nouveau les possibilités d'indemnisation des salariés*, JSL n° 560, 17 mars 2023, p. 18.
- M. Keim-Bagot, *Atteinte à la dignité du salarié et réparation d'un préjudice distinct : une consécration de la distinction entre dommage et préjudice moral en droit social ?*, JCP S n° 12, 28

mars 2023, 1085.

- J. Knetsch, *Le préjudice d'atteinte à la dignité des travailleurs de l'amiante : les errements de la chambre sociale de la Cour de cassation*, JCP G n° 13, 3 avril 2023, act. 419.
- G. Loiseau, *Chronique Droit des contrats*, JCP G n° 10, 13 mars 2023, doct. 327.
- L. Malfettes, *Amiante : dignité du salarié, réparation du préjudice d'anxiété et soustraction*, Dalloz actualité, 20 février 2023.
- J. Morin, *Nouvelle voie de droit pour l'indemnisation des salariés de l'amiante : de l'idéologie de la réparation à celle de la sanction ?*, RJS 04/23, Chronique.
- S. Ranc, *La dignité du salarié ou la belle inconnue*, BJT n° 4, 1^{er} avril 2023, p. 11.
- A. Tardif, *La reconnaissance du préjudice d'atteinte à la dignité des travailleurs de l'amiante*, RLDC n° 215, 1^{er} juin 2023, p. 15.
- J. Traullé, *Le dépassement du préjudice d'anxiété*, Gaz. Pal. n° 17, 23 mai 2023, p. 2.
- C. Willmann, *Réparation du préjudice d'atteinte à la dignité, exit le préjudice d'anxiété*, Dr. soc. 2023, p. 367.
- FRS 05/23, inf. 5, p. 15.
- RJS 04/23, n° 208.

▪ Inaptitude médicale : exécution loyale de l'obligation de reclassement

Le reclassement en télétravail peut s'imposer, même en l'absence de télétravail dans l'entreprise

Cass. soc. 29 mars 2023, n°21-15.472 F-B

L'employeur manque-t-il à son obligation de reclassement lorsqu'il ne donne pas suite aux préconisations du médecin en faveur d'un reclassement sur un poste en télétravail ? L'employeur en l'espèce s'en défendait dans la mesure où le télétravail n'avait pas été mis en place dans son entreprise. Il n'y avait donc selon lui aucun poste disponible conforme aux préconisations du médecin du travail. Et la jurisprudence admettant que l'employeur n'est pas tenu de créer spécifiquement un poste adapté aux capacités du salarié (Cass. soc. 21 mars 2012, n°10-30. 895), il se trouvait selon lui dans l'impossibilité de reclasser le salarié. Il considérait de surcroît que les fonctions de la salariée n'étaient pas « télétravaillables ». Mais c'est à une toute

autre grille de lecture des dispositions légales que procède la Cour de cassation.

Tout d'abord sans réelle surprise, elle analyse le passage en télétravail préconisé en un aménagement de poste qui relève bien de l'obligation de reclassement. En effet, aux termes de l'article L. 1226-10 du code du travail, l'employeur doit proposer un emploi aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de poste existants ou aménagements du temps de travail.

Ensuite, elle souligne qu'il ressortait des constatations des juges du fond que les missions accomplies par le salarié pouvaient parfaitement être réalisées en télétravail dans les conditions précisément envisagées par le médecin du travail. La solution aurait sans nul été doute différente s'il s'était avéré que les fonctions (exercées dans les conditions préconisées par le médecin du travail) n'étaient pas compatibles avec le télétravail.

Enfin, la Cour de cassation considère que l'absence de mise en place collective du télétravail ne constituait nullement un obstacle dès lors que l'aménagement du poste en télétravail pouvait résulter d'un avenant au contrat de travail.

Elle en conclut que c'est à juste titre que les juges du fond en ont déduit que l'employeur n'avait pas exécuté loyalement son obligation de reclassement. Alors que celui-ci était parfaitement en mesure de proposer un reclassement conforme aux préconisations du médecin du travail, il ne l'a pas fait. L'arrêt confirme ainsi si besoin était que le respect par l'employeur de son obligation de reclassement se mesure dorénavant devant les juges à l'aune de la loyauté dont il doit faire preuve dans sa mise en œuvre.

Dégagée sous l'empire des dispositions antérieures à la loi « travail » du 8 août 2016 et pour une inaptitude professionnelle, la solution reste pleinement applicable après réforme et peut même sans difficultés être étendue aux cas d'inaptitude non professionnelle.

• F. B., *Inaptitude : un reclassement en télétravail s'impose à l'employeur si le poste est*

compatible, SSL n° 2043, 24 avril 2023, p. 9.

• D. Corrignan-Carsin, *Un employeur n'exécute pas loyalement son obligation de reclassement en refusant l'aménagement en télétravail du poste d'un salarié déclaré inapte*, JCP G n° 14, 10 avril 2023, act. 457.

• C. Pietralunga, *Inaptitude : le reclassement en télétravail peut s'imposer sans déploiement préalable dans l'entreprise*, Lamy Actualités du droit, 3 avril 2023.

• S. Riancho, *Le télétravail, une modalité d'aménagement de poste en cas d'inaptitude*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2023, p. 6.

• C. Siharath, *Mise en place du télétravail : nouvelle illustration de l'importance de la loyauté dans la recherche de reclassement du salarié déclaré inapte*, Gaz. Pal. n° 18, 30 mai 2023, p. 67.

• M. Véricel, *Obligation de reclassement du salarié inapte et mise en place du télétravail*, RDT 2023, p. 426.

• FRS 08/23, inf. 6, p. 12.

• RJS 06/23, n° 299.

L'employeur doit solliciter le médecin du travail en cas de doute, même en cas de création de poste

Cass. soc. 21 juin 2023, n°21-24.279, F-B

La Cour de cassation se prononce sur une question inédite et délicate : l'employeur qui, après avoir proposé au salarié inapte un poste créé pour lui, le licencie à la suite de son refus alors que le salarié avait émis des doutes sur la comptabilité du poste avec son état de santé, manque-t-il à son obligation de reclassement ?

La réponse de la Cour de cassation est sans appel : l'employeur doit s'assurer de la compatibilité du poste proposé aux préconisations du médecin et solliciter le cas échéant le médecin du travail à cet effet, peu important que le poste ait été créé lors du reclassement du salarié. A défaut, il ne satisfait pas à son obligation de reclassement de manière sérieuse et loyale.

En l'espèce, il s'avérait que le poste proposé impliquait la conduite d'un véhicule dans des conditions et un périmètre non précisés par l'employeur alors que le médecin du travail, sans écarter toute perspective de déplacement, avait exclu un maintien long

dans une même position. De fait, le salarié avait refusé le poste en évoquant son incompatibilité avec son état de santé. L'employeur aurait donc dû solliciter le médecin du travail afin que soit vérifié si le poste était bien compatible avec l'état de santé du salarié. La solution s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence qui insiste chaque fois que nécessaire sur l'indispensable dialogue qui doit s'instaurer entre l'employeur et le médecin du travail. Cela peut parfaitement se comprendre, y compris lorsque l'employeur propose une création de poste à laquelle il n'est pas légalement contraint, en considération des risques encourus par le salarié qui accepterait le poste. Mais les conséquences qu'en déduit la Cour de cassation sur la rupture du contrat pourra paraître bien sévère à l'employeur. Alors que faute d'emplois disponibles conformes aux exigences légales, celui-ci aurait parfaitement pu légitimement procéder au licenciement du salarié en justifiant d'une impossibilité de reclasser, il se voit en définitive condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse pour avoir envisagé une création de poste à laquelle il n'était pourtant pas tenu. Le message est donc clair : tout poste offert au titre du reclassement doit présenter les mêmes garanties de compatibilité avec l'état de santé du salarié, quand bien même l'employeur ne serait pas dans l'obligation de le proposer (au-delà de la création de poste, on songe également à la proposition d'un poste situé au-delà du périmètre légal de recherche des possibilités de reclassement). A défaut, celui-ci s'expose à une condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

- M. Babin, *Reclassement du salarié inapte : aller au-delà de son obligation n'est pas sans conséquence*, JCP S n° 30-34, 1^{er} août 2023, 1211.
- F. Champeaux, *Le reclassement sous contrôle du médecin du travail*, SSL n° 2053, 3 juillet 2023, p. 11 et Lamy Actualités du droit, 30 juin 2023.
- A. Charbonneau, *Reclassement du salarié inapte sur un poste créé pour l'occasion : quand le juge s'en mêle...*, BJT n° 9, 1^{er} septembre 2023, p. 10.
- S. Demay, *Création d'un poste pour un salarié*

déclaré inapte : l'employeur doit respecter les préconisations du médecin du travail, Dalloz actualité, 11 juillet 2023.

- J.-P. Lhernould, *Créer un poste peut-il suffire à satisfaire à l'obligation de reclassement du salarié inapte ?*, JSL n° 569, 12 septembre 2023, p. 24.
- FRS 15/23, inf. 7, p. 12.

▪ Préavis de licenciement

Impossibilité de renoncer par avance au droit à préavis

Cass. soc. 7 décembre 2022, n°21-16.000, F-B

Cette décision appelle à la plus grande prudence face au souhait exprimé par un salarié d'être rapidement licencié.

En l'espèce, un salarié dont l'emploi était supprimé avait demandé à ce que son licenciement pour motif économique intervienne au plus vite car il avait retrouvé un nouvel emploi exigeant d'être disponible dans les meilleurs délais. L'employeur y avait consenti et avait en conséquence indiqué dans la lettre de licenciement qu'il acceptait la demande du salarié d'être dispensé de préavis. Il est toutefois condamné au versement de l'indemnité compensatrice de préavis. Il ressort en effet de l'article L. 1231-4 du code du travail que ni le salarié ni l'employeur ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles du licenciement. Peu importe dès lors que le salarié ait renoncé préalablement au licenciement à son droit au préavis : cette renonciation n'est pas valable. Il fallait donc considérer que c'était en réalité l'employeur qui dans la lettre de licenciement, l'avait dispensé d'exécuter son préavis, ce qui ouvrait droit au profit du salarié à l'indemnité compensatrice de préavis.

Notons qu'en l'espèce, l'employeur aura payé cher sa sollicitude envers le salarié. Il est en effet parallèlement condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse pour manquement à son obligation de reclassement. La Cour de cassation rappelle en effet que l'employeur ne peut limiter ses recherches et ses offres de reclassement en fonction de la volonté du salarié exprimée par

avance, en dehors de toute proposition concrète (Cass. soc. 4 mars 2009, n°07-42.381).

- K. Le Petitcorps, *Licenciement économique : les recherches de reclassement ne peuvent être limitées en fonction de la volonté exprimée du salarié*, Lamy Actualités du droit, 13 décembre 2022.
- J.-P. Lhernould, *L'effet limité de la volonté du salarié en matière d'obligation de reclassement préalable à un licenciement économique*, JSL n° 557, 6 février 2023, p. 13.
- L. Malfettes, *L'impossible renonciation du salarié à son préavis avant son licenciement*, Dalloz actualité, 16 décembre 2022.
- F. Taquet, *Les dispositions d'ordre public doivent être respectées même en cas de renonciation du salarié*, Rev. proc. coll. n° 1, janvier-février 2023, comm. 15.
- FRS 01/23, inf. 5, p. 7.
- RJS 03/23, n° 132.

▪ Nullité du licenciement

Nullité du licenciement pour violation d'une liberté fondamentale et pluralité des motifs de rupture

Cass. soc. 19 octobre 2022, n°21-15.533, FS-B

L'article L 1235-2-1 du code du travail, issu d'une des ordonnances du 22 septembre 2017, prévoit dorénavant qu'en cas de pluralité de motifs de licenciement alors qu'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, la nullité de la rupture encourue ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte le cas échéant, dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité due au salarié qui n'aurait pas exigé sa réintégration (ou dont la réintégration serait impossible). Si la nullité du licenciement s'impose toujours, le montant de l'indemnisation peut donc aujourd'hui être minoré en considération des autres griefs invoqués par l'employeur et dont le juge estimerait qu'ils étaient susceptibles de justifier le licenciement.

Appelée à se prononcer pour la première fois sur cette nouvelle disposition, la Cour de cassation déduit tout d'abord fort logiquement du renvoi opéré par l'article L.

1235-2-1 à l'article L. 1235-3-1 du code du travail que le plancher de six mois de salaire s'impose au juge en toute hypothèse. Il s'agit donc bien d'un minimum d'indemnisation dont doit bénéficier le salarié du fait de la nullité de son licenciement. Mais de manière plus inattendue, la Cour de cassation précise que l'examen des autres griefs invoqués dans la lettre de licenciement est subordonné à une demande de l'employeur qui entendrait contester le montant de l'indemnisation réclamée par le salarié. Elle considère en effet que l'article L. 1235-2-1 du code du travail offre à l'employeur un moyen de défense au fond sur le montant de l'indemnité à laquelle il peut être condamné qui doit être soumis au débat contradictoire. A défaut pour l'employeur de l'invoquer, nulle obligation ne pèse donc sur le juge de le relever d'office. L'employeur qui conteste la nullité du licenciement sera donc bien avisé, à titre subsidiaire, de critiquer le montant de l'indemnisation demandée par le salarié (au-delà de 6 mois de salaire) sur le fondement de l'article L. 1235-2-1 du code du travail.

- S. Ala, M.-P. Lanoue, D. Le Corre, M.-A. Valéry, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – Chambre sociale*, D. 2023, p. 408.
- A. Bugada, *Office du juge dans l'indemnisation d'un licenciement attentatoire à une liberté fondamentale*, JCP S n° 45, 15 novembre 2022, 1288.
- F. Champeaux, *Du rififi sur l'indemnisation du motif dit contaminant*, SSL n° 2019, 31 octobre 2022, p. 11.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail avril 2022 - octobre 2022*, D. 2022, p. 2245.
- L. Malfettes, *Quelques précisions sur les conséquences indemnitaires d'un licenciement nul*, Dalloz actualité, 8 novembre 2022.
- F. Mélin, *Nullité du licenciement et pluralité des motifs de rupture*, JCP G n° 43-44, 31 octobre 2022, act. 1230.
- C. Radé, *Motif contaminant : l'employeur doit demander le bénéfice de l'article L. 1235-2-1 du code du travail*, Dr. soc. 2022, p. 1049.
- S. Riancho, *Réduction de l'indemnité pour licenciement nul : qui ne demande rien... n'a rien !*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2022, p. 21.
- FRS 20/22, inf. 1, p. 2.
- RJS 01/23, n° 13.

Nullité du licenciement et remboursement des allocations de chômage à Pôle emploi

Cass. soc. 19 octobre 2022, n°21-15.533, FS-B ; Cass. soc. 18 janvier 2023, n°21-20.311, FS-B

L'arrêt précité du 19 octobre 2022 (cf Cap sur le Droit p. 19) fournit également l'occasion à la Cour de cassation de préciser que les hypothèses légales de remboursement par l'employeur des indemnités de chômage versées au salarié dans la limite de 6 mois d'allocations à la suite d'une nullité de licenciement sont limitativement énumérées à l'article L. 1235-4 du code du travail. Elle en exclut dès lors l'application s'agissant en l'espèce d'une nullité fondée sur l'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice non visée par ce texte.

L'article L. 1235-4 du code du travail reste donc appréhendé comme posant des exceptions légales au principe du non-remboursement des indemnités de chômage en cas de nullité du licenciement (Cass. soc. 12 février 1991) dont la Cour de cassation n'entend pas étendre le champ au-delà des strictes prévisions légales.

Un arrêt du 18 janvier 2023 vient toutefois compléter cette jurisprudence en admettant à l'inverse que la nullité du licenciement d'un salarié gréviste emporte remboursement à Pôle emploi des indemnités chômage. Certes, comme le soulignait en l'espèce l'employeur, l'article L. 1235-4 du code du travail ne mentionne pas l'article L. 2511-1 du code du travail sur lequel s'étaient fondés les juges du fond pour reconnaître la nullité du licenciement. Mais l'article L. 1235-4 du code du travail vise expressément l'article L. 1232-4 qui renvoie quant à lui à l'ensemble des dispositions comprises dans le chapitre relatif au principe de non-discrimination, dont l'article L. 1132-2 du code du travail qui prohibe lui aussi, sous peine de nullité, tout licenciement en raison de l'exercice normal du droit de grève.

Cette décision permet dès lors de donner l'exacte mesure du nombre d'exceptions légales au principe de non-remboursement des allocations de chômage. Par le jeu des

renvois, il faut en réalité y inclure tous les cas de nullité du licenciement relevant du chapitre relatif au principe de non-discrimination (arts. L. 1132-1 à L. 1132-4 C. trav.).

- P. Adam, *Nullité du licenciement pour fait de grève et remboursement des indemnités de chômage*, Dr. soc. 2023, p. 279.
- S. Ala, M.-P. Lanoue, D. Le Corre, M.-A. Valéry, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – Chambre sociale*, D. 2023, p. 408.
- S. Borocco-Dillies, P. Pacotte, *Nullité du licenciement d'un salarié gréviste et remboursement des allocations chômage*, JSL n° 558, 20 février 2023, p. 15.
- T. Lahalle, *Licenciement nul et remboursement des allocations chômage*, JCP S n° 6, 14 février 2023, 1039.
- M.-C. Tual, *La nullité du licenciement pour exercice normal du droit de grève entraîne le remboursement des indemnités de chômage par l'employeur*, Lamy Actualités du droit, 24 janvier 2023.
- FRS 03/23, inf. 2, p. 4.
- RJS 03/23, n° 134.

Indemnité pour violation du statut protecteur d'un salarié ayant fait valoir ses droits à la retraite et droit à congés payés

Cass. soc. 21 septembre 2022, n°21-13.552, FS-B+R

La Cour de cassation complète sa jurisprudence en matière d'indemnité pour violation du statut protecteur dans le cas particulier où le salarié protégé licencié sans autorisation administrative préalable (ou malgré le refus de l'inspecteur du travail) a d'abord demandé sa réintégration puis, alors que l'instance était toujours en cours, a fait valoir ses droits à la retraite. Dans une telle hypothèse, la jurisprudence reconnaît que le salarié protégé doit bénéficier d'une indemnité pour violation du statut protecteur couvrant les salaires perdus entre la date de l'éviction illicite et la date du départ à la retraite, le fait que le salarié ait fait valoir ses droits à la retraite rendant en effet impossible la réintégration (Cass. soc. 13 février 2019 n°16-25.764). Mais cette période ouvre-t-elle droit à congés payés et donc à indemnité

compensatrice de congés payés comme le prétendait en l'espèce le salarié ?

La Chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà admis que la période comprise entre le licenciement nul du salarié et sa réintégration ouvrait droit à congés payés, sauf à ce que le salarié ait occupé un autre emploi durant cette période (Cass. soc. 1^{er} décembre 2021 n°19-24.766, cf Cap sur le droit 2021-2022, p. 12). La jurisprudence de la CJUE impose en effet d'assimiler la période d'éviction à du temps de travail effectif pour la constitution des droits à congés payés (CJUE 25 juin 2020, aff. C-762/18 et aff. C-37/19). Le présent arrêt témoigne de ce que la solution est à présent ancrée dans notre jurisprudence nationale (celle-ci a d'ailleurs encore été récemment confirmée : Cass. soc. 1^{er} mars 2023, n°21-16.008). La Cour de cassation rappelle de plus que la CJUE consacre le droit à indemnité compensatrice de congés payés au profit du travailleur qui n'a pas pris l'intégralité de ses congés avant la rupture de son contrat, peu important qu'il y ait mis un terme de son propre chef. Elle en déduit alors que l'indemnité due au titre de la violation du statut protecteur ouvre droit au paiement, au titre des congés payés afférents, à une indemnité compensatrice de congés, sauf à ce que le salarié ait occupé un autre emploi au cours de la période comprise entre la date du licenciement illégal et celle de son départ à la retraite. Il est en effet logique que dans ce dernier cas, le salarié doive faire valoir ses droits à congés payés correspondant à ce nouvel emploi à l'égard de son nouvel employeur.

La solution ne vaut cependant qu'autant que le salarié ait bien demandé sa réintégration. La Cour de cassation prend le soin de rappeler qu'à défaut, l'indemnité pour violation du statut protecteur qui correspond alors à la rémunération que le salarié aurait perçue jusqu'à la fin de sa période de protection, n'ouvre pas droit à congés payés.

- F. Bergeron, *Licenciement nul du salarié protégé : quand la période d'éviction ouvre droit à congés payés*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2023, p. 35.
- N. Dinant, *Licenciement nul d'un salarié protégé : l'indemnité d'éviction ouvre droit à*

congés payés, Lamy Actualités du droit, 17 octobre 2022.

- B. Gauriau, *Salarié protégé, licenciement nul, indemnité pour violation du statut protecteur et indemnité compensatrice de congés payés*, JCP S n°45, 15 novembre 2022, 1286.
- J.-P. Lhernould, *Nullité du licenciement du salarié protégé dont la réintégration est impossible : l'indemnité compensatrice de congés payés est désormais due*, JSL n° 552, 18 novembre 2022, p. 20.
- L. Malfettes, *Indemnité de violation du statut protecteur et indemnité de congés payés afférente*, Dalloz actualité, 14 octobre 2022.
- RJS 12/22, n° 623.

Nullité du licenciement fondé sur le refus du salarié de participer à la « culture de l'apéro » de l'entreprise

Cass. soc. 9 novembre 2022, n°21-15.208, F-D

Le comportement critique d'un salarié cadre résidant dans son refus de participer à des séminaires et pots de fin de semaine souvent très alcoolisés, et plus généralement d'adhérer à la politique de l'entreprise basée sur le partage de la valeur « fun and pro » relève de sa liberté d'expression et d'opinion. En l'absence d'abus de sa part dans l'exercice de cette liberté, son licenciement pour insuffisance professionnelle en partie fondé sur ce motif est donc nul.

- M. Hautefort, *Le refus d'adhérer à la « culture » de l'entreprise est un motif illicite de licenciement*, JSL n° 557, 6 février 2023, p. 29.
- M. Peyronnet, *Fun & Pro : quand la sociabilité forcée se heurte au droit du travail*, RDT 2023, p. 419.
- J. Tanguy, S. Theallier, « Fun and pro » : le choix du salarié de ne pas adhérer à une culture d'entreprise déviante participe de sa liberté d'expression et d'opinion, JCP S n° 50, 20 décembre 2022, p. 1323.
- FRS 22/22, inf. 1, p. 2.
- RJS 01/23, n° 5.

■ Demande de résiliation judiciaire du contrat et nullité du licenciement ultérieur

Abandon de la demande de résiliation

judiciaire en cours d'instance et droit à réintégration du fait de la nullité du licenciement

Cass. soc. 11 mai 2023, n°21-23.148, FS-B

On sait que le juge, confronté à une demande de résiliation judiciaire et de nullité du licenciement au cours d'une même instance, doit d'abord examiner la demande de résiliation judiciaire du contrat et, si celle-ci est infondée, se prononcer ensuite sur la validité du licenciement. En cas de nullité du licenciement, la Cour de cassation a toutefois considéré dans un arrêt du 27 janvier 2021 (n°19-21.200) que le maintien par le salarié de son action en résiliation judiciaire faisait obstacle à sa réintégration. Il existe en effet alors une contradiction manifeste entre l'action tendant à la rupture du contrat et la demande de réintégration dans l'entreprise. Cette incompatibilité disparaît toutefois lorsque le salarié renonce à sa demande initiale de résiliation judiciaire du contrat en cours d'instance. Aussi la Cour de cassation censure-t-elle dans le présent arrêt la décision de la Cour d'appel qui, après avoir conclu à la nullité du licenciement du salarié, avait refusé de faire droit à sa demande de réintégration alors que celui-ci avait abandonné dans ses dernières écritures sa demande de résiliation judiciaire. On notera qu'en l'espèce la demande de résiliation judiciaire avait été maintenue jusqu'au troisième jeu de conclusions notifiées en cause d'appel et que ce n'était que dans ses ultimes conclusions que le salarié y avait renoncé. L'employeur peut donc rester dans l'incertitude quant aux intentions du salarié jusqu'à la toute fin de la procédure.

- L. Malfettes, *Licenciement nul et demande de résiliation judiciaire : une possible réintégration sous condition*, Dalloz actualité, 25 mai 2023.
- S. Riancho, *Articulation des modes de rupture : deux arrêts porteurs de précisions*, BJT n° 07-08, 1^{er} juillet 2023, p. 11.
- RJS 07/23, n° 367.

▪ Mobilité intragroupe

Le nécessaire formalisme de la convention tripartite de transfert

Cass. soc. 26 octobre 2022, n°21-10.495, FS-B

On se souvient que dans un arrêt du 8 juin 2016 (n°15-17.555), la Chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu l'autonomie de l'accord tripartite conclu entre un salarié et ses deux employeurs successifs ayant pour objet la poursuite du contrat de travail auprès du nouvel employeur (souvent à l'intérieur d'un même groupe). Cette convention étant destinée à garantir la continuité de la relation de travail avec le nouvel employeur et non pas à organiser la rupture du contrat de travail avec le premier employeur, la Cour de cassation avait dès lors considéré que les dispositions légales relatives à la rupture conventionnelle n'avaient pas vocation à s'appliquer.

Dans le présent arrêt, elle soumet toutefois la convention tripartite de transfert (définitif) à des conditions de validité strictes. Celle-ci ne saurait résulter d'accords séparés entre le salarié et chacun des employeurs successifs. Elle doit procéder d'un même acte, signé de chacune des parties et organisant la poursuite du même contrat de travail. Sans doute une telle exigence permet-elle de s'assurer de l'objet de la convention et des engagements des parties. Néanmoins, les conséquences du défaut de convention tripartite écrite se révèlent fort lourdes pour l'employeur initial : puisque les conditions d'un transfert par convention autonome ne sont pas remplies, celui-ci s'est nécessairement accompagné d'une rupture du contrat de travail non justifiée ouvrant droit au profit du salarié à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

On notera de plus que la solution rend encore un peu plus illusoire une évolution de la jurisprudence relative à la nullité des clauses de mobilité anticipant une mutation dans une autre société du groupe (voir encore récemment : Cass. soc. 14 décembre 2022, n°21-18.633).

- P. Bailly, *L'écrit au secours de l'emploi*, SSL n° 2025, 12 décembre 2022, p. 6.
- J.-F. Cesaro, *Ceci n'est pas une convention tripartite (selon Magritte)*, JCP S n° 50, 20 décembre 2022, 1324.
- A. Chaulet, S. Gouy-Le-Devehat, *Attention, du transfert intra-groupe au licenciement sans cause réelle et sérieuse, il n'y a qu'un pas !*, JCP E n° 3, 19 janvier 2023, 1022.
- J. Icard, *Le formalisme de la convention tripartite de transfert*, RDC n° 1, 1^{er} mars 2023, p. 126.
- K. Le Petitcorps, *Mutation intra-groupe : une convention tripartite doit être signée entre le salarié et les deux employeurs successifs*, Lamy Actualités du droit, 6 novembre 2022.
- J.-P. Lhernould, *La mobilité intragroupe doit reposer sur une convention écrite tripartite*, JSL n° 559, 6 mars 2023, p. 18.
- S. Ranc, *Le formalisme minimaliste de la convention tripartite de mobilité*, BJT n° 12, 1^{er} décembre 2022, p. 5.
- T. Tauran, *Salariée recrutée par une SICAE et réaffectation*, RD rur. n° 1, janvier 2023, comm. 15.
- M. Vicente, *Le formalisme nécessaire à la conclusion d'une convention tripartite de transfert de contrat de travail au sein d'un groupe*, RDT 2023, p. 183.
- RJS 01/23, n° 1.

▪ Coemploi

Notion de coemploi dans la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat : diverger pour mieux se rapprocher ?

Cass. soc. 23 novembre 2022, n°20-23.206, FS-B ; CE 28 avril 2023, n°453087

Ceux qui avaient prédit la disparition de la notion de coemploi, hors lien de subordination, auront vu leurs prévisions déjouées par ce nouvel arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 2022. Non seulement la Chambre sociale de la Cour de cassation manifeste sa volonté de maintenir la notion même de coemploi dans sa jurisprudence mais en l'espèce, elle reconnaît qu'était bien caractérisée une situation de coemploi dans les conditions pourtant restrictives issues de son arrêt du 25 novembre 2020 (n°18-13.769). Il ressortait en effet des constatations des juges du fond qu'à

la suite du rachat par une société belge d'une entreprise de transport du verre, outre que cette dernière avait été privée de toute clientèle propre et s'était retrouvée sous sa totale dépendance économique :

- celle-ci ne pouvait plus organiser par elle-même son activité (transports organisés par la société mère et le salarié, directeur d'exploitation, ayant été privé de tout pouvoir décisionnel après avoir été placé sous la dépendance de deux responsables planning de la société mère qui organisaient intégralement les tournées des salariés de la filiale) ;

- elle avait vu la société belge se substituer à elle dans la gestion de son personnel dans les relations tant individuelles que collectives (absence totale d'autonomie dans l'élaboration des tournées des chauffeurs, leurs plannings, les relations avec les clients, la gestion des congés de maladie des chauffeurs...);

- la gestion financière et comptable de la filiale était assurée par la société belge.

Il en ressortait « une ingérence continuelle et anormale de la société mère dans la gestion économique et sociale de la filiale, allant au-delà de la nécessaire collaboration entre sociétés d'un même groupe, qui s'était traduite par l'éviction des organes de direction ».

Le maintien de l'exigence d'une immixtion permanente dans la gestion économique et sociale de la filiale conduisant à une perte totale d'autonomie d'action de cette dernière confirme que le coemploi demeure somme toute une situation d'exception. Le présent arrêt appelle néanmoins à la vigilance lors de la prise de contrôle d'une société afin de s'assurer que ses dirigeants conservent réellement un pouvoir de décision en matière économique et sociale.

Si la Cour de cassation conserve une place, même restreinte, au coemploi, le Conseil d'Etat en revanche, réitère dans un arrêt du 28 avril 2023, son refus d'intégrer la notion dans sa jurisprudence (voir déjà en ce sens dans le cadre d'une demande d'homologation d'un PSE, CE 17 octobre 2016, n°386306). Au cas présent, la Cour administrative d'appel avait recouru à la notion de coemploi afin de

justifier du refus d'autorisation de licencier un salarié protégé en raison de la cessation d'activité de l'entreprise, motif en principe autonome de licenciement économique. Le Conseil d'Etat juge cependant le moyen tiré de l'existence d'une situation de « coemploi » inopérant; tout en précisant que seul le moyen tiré de ce qu'une autre entreprise était en réalité le véritable employeur du salarié protégé était susceptible d'être invoqué. Il écarte ainsi la notion de coemploi au profit de la recherche du « véritable employeur » du salarié protégé dont l'autorisation de licencier en raison d'une cessation d'activité (non discutée en l'espèce) est demandée (voir déjà en ce sens CE 17 octobre 2016, préc.).

A la différence de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat ne conçoit donc pas que puissent être reconnus deux coemployeurs. En revanche, il admet que celui qui sollicite l'autorité administrative (pour obtenir l'homologation d'un PSE ou une autorisation de licencier) puisse ne pas être le « véritable employeur » et qu'il convient alors d'en tirer les conséquences sur la demande d'autorisation de licencier ou d'homologation du PSE en la rejetant. Pour expliquer cette divergence, a ainsi été mis en avant le rôle distinct que sont appelés à jouer le juge administratif et le juge judiciaire. Alors que le premier doit se prononcer sur la légalité d'une décision administrative rendue à l'égard d'un destinataire, le second se prononce sur des obligations et responsabilités qui peuvent être partagées.

Restera au Conseil d'Etat à préciser les critères permettant une identification du « véritable employeur ». A en croire une doctrine autorisée, il se pourrait que le risque de divergences soit à cet égard limité par une approche du « véritable employeur » en définitive assez similaire à celle du coemploi et résidant dans le défaut d'autonomie réelle de l'employeur, partie au contrat de travail, à l'égard d'une autre société.

- G. Auzero, *Critères du coemploi : illustration jurisprudentielle*, BJS n° 2, 1^{er} février 2023, p. 51.
- J. Brunie, *Une réunion des critères du coemploi rare mais possible*, JCP E n° 7, 16 février 2023, 1055.

- X. Carsin, A. Couret, *Le caractère résiduel du co-emploi*, Rev. sociétés 2023, p. 450.
- R. Chambon, *Le refus du juge administratif d'importer la notion de coemploi*, SSL n° 2047, 22 mai 2023, p. 5.
- O. Demoulin, L. Ternisien, *La responsabilité des sociétés-mères à l'égard des salariés de leurs filiales : mythe ou risque réel ?*, JCP G n° 15, 17 avril 2023, 496.
- A. Goin, D. Pradines, *Parallaxe : le droit du travail vu du Palais-Royal*, AJDA 2023, p. 1116.
- T. Lasserre, *Une (très) rare reconnaissance du coemploi in Chronique Le droit des groupes de sociétés*, JCP E n° 17-18, 27 avril 2023, 1135.
- H. Nasom-Tissandier, *L'indifférence du coemploi dans l'appréciation de la cessation d'activité*, JSL n° 566, 19 juin 2023, p. 14.
- N. Peixoto, *Groupe de sociétés : le nouveau printemps du coemploi ?*, Dalloz actualité, 8 décembre 2022.
- S. Ranc, *Coemploi : rien n'est impossible !*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2023, p. 37.
- J. Renard, *Un salarié protégé ne peut invoquer le coemploi pour faire échec à l'autorisation de licenciement*, Lamy Actualités du droit, 31 mai 2023.
- FRS 12/23, inf. 4, p. 8.
- RJS 02/23, n° 54.
- RJS 07/23, n° 393.

▪ Procédure de licenciement collectif avec PSE

Illégalité de la décision de validation ou (de refus) d'homologation d'un PSE : la responsabilité de l'Etat subordonnée à la faute lourde du Dcrets

CAA Versailles, 25 mai 2023, n°20VE01947 ; CAA Bordeaux, 30 novembre 2022, n°20BX03369

Nouveau revers pour la société Pages Jaunes, devenue Solocal ! L'affaire avait débuté par un litige portant sur la validité d'un accord collectif déterminant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) sur fond de contestation de la validité du mandat du délégué syndical désigné par une organisation syndicale représentative pour signer l'accord. Dans un arrêt du 22 mai 2015, le Conseil d'Etat a approuvé la Cour administrative d'appel de Versailles d'avoir annulé la décision

de validation de ce chef. La société Pages jaunes a alors saisi le tribunal administratif de Cergy-Pontoise aux fins de condamnation de l'Etat à lui verser la somme de 2 583 950,84 au titre de la réparation du préjudice qu'elle estimait avoir subi du fait de la validation fautive du PSE, et correspondant aux sommes versées en exécution des condamnations prud'homales. A la suite des premiers juges, la CAA de Versailles rejette la requête et opte pour un régime de responsabilité de l'Etat fondé sur la faute lourde.

La question divise la doctrine. Certains auteurs se fondent sur le déclin de la faute lourde en matière de responsabilité administrative et le caractère quelque peu formel du contrôle que doit opérer l'autorité administrative pour écarter son exigence. A l'inverse, d'autres auteurs estiment que le contrôle dévolu à l'autorité administrative peut se révéler complexe alors qu'il doit être opéré dans un délai restreint ce qui justifierait la nécessité d'une faute lourde. Dans un arrêt du 30 novembre 2022, la CAA de Bordeaux s'est rangée à la seconde position dans le cadre de l'annulation d'une décision de refus d'homologation d'un PSE unilatéral. C'est à la même conclusion que parvient la CAA de Versailles s'agissant cette fois de l'annulation de la décision de validation du PSE négocié précédemment évoquée. Elles énoncent en effet que dans les conditions dans lesquelles il est organisé, l'exercice par l'autorité administrative de son pouvoir d'homologation d'un PSE unilatéral (CAA Bordeaux) ou de contrôle du PSE négocié (CAA Versailles) ne peut engager la responsabilité de l'Etat que si l'exercice de ce pouvoir révèle l'existence d'une faute lourde de l'autorité administrative. A ce titre, la CAA de Bordeaux souligne la complexité du contrôle que doit opérer l'autorité administrative, et ce dans un bref délai sous peine d'homologation implicite, alors que la CAA de Versailles s'appuie quant à elle sur les difficultés auxquelles se heurte l'autorité administrative dans le contrôle du respect des conditions de validité de l'accord collectif conclu alors qu'elle ne participe pas au processus de négociation et doit se prononcer au vu des informations transmises par l'employeur. Le

raisonnement suivi rappelle sans équivoque la jurisprudence qu'avait adoptée le Conseil d'Etat en faveur d'un régime de responsabilité de l'Etat fondé sur la faute lourde du temps de l'exigence d'une autorisation préalable au licenciement pour motif économique (CE 9 juillet 1997, n°179047). Au regard des enjeux financiers, on attend avec impatience de savoir si le Conseil d'Etat confirmera cette orientation.

- S. Brotons, *La responsabilité de l'Etat en cas de validation illégale d'un PSE. La position de la CCA de Versailles*, SSL n° 2050, 12 juillet 2023, p. 7.
- F. Madelaigue, *L'homologation des plans de sauvegarde reste soumise à la faute lourde*, AJDA 2023, p. 77.

▪ Rupture conventionnelle collective

Annulation de la validation de l'accord de RCC dans un contexte de cessation d'activité d'un site

CE 21 mars 2023, n°459626

L'arrêt Paragon Transaction a déjà fait couler beaucoup d'encre. Le Conseil d'Etat y approuve la Cour administrative d'appel de Versailles d'avoir annulé la validation de l'accord de rupture conventionnelle collective concernant l'ensemble des salariés d'un site dont la fermeture était d'ores et déjà décidée (cf Cap sur le Droit 2021-2022, p. 9). Ce faisant, il s'inscrit dans les pas du Ministère du travail qui, dans un « Questions-Réponses » dédié à la RCC, a considéré que la RCC ne pouvait être utilisée en cas de fermeture de site (point 8).

Le Conseil d'Etat précise tout d'abord qu'un accord de RCC peut en principe être légalement conclu dans un contexte de difficultés économiques (ou dans les autres circonstances visées par l'article L. 1233-3 du code du travail). Il réserve toutefois les situations dans lesquelles doivent être respectées les dispositions d'ordre public relatives au licenciement collectif pour motif économique et donc l'obligation d'élaborer un PSE. Mais là ne se situe pas le cœur du débat. Beaucoup plus discutée est la question de savoir si on se trouvait réellement dans une

hypothèse excluant le recours à un accord de RCC ou plus précisément, au regard du pouvoir de contrôle légalement conféré à l'autorité administrative, dans une hypothèse où celle-ci devait refuser la validation de l'accord de RCC (ou le juge administratif annuler la validation délivrée). Pour l'admettre, le Conseil d'Etat considère que la cessation d'activité de l'établissement ou de l'entreprise (en l'espèce du site) conduisait « de manière certaine » à ce que les salariés qui n'opteraient pas pour la rupture conventionnelle soient licenciés pour motif économique à l'issue de la période d'application de l'accord de RCC, en violation de l'article L. 1237-19 du code du travail selon lequel le recours à l'accord de RCC exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emploi (soulignons que la conformité de l'accord de RCC à l'article L. 1237-19 du code du travail relève expressément du champ de contrôle de l'autorité administrative en application de l'article L. 1237-19-3 du code du travail). Et le Conseil d'Etat approuve la CAA d'avoir considéré que les salariés considérés n'étaient pas, dans ces conditions, en mesure d'espérer un maintien dans « leur emploi » à l'issue de l'application de l'accord. Le Conseil d'Etat envisage donc l'opération de fermeture du site, et de transfert corrélatif des salariés, dans son ensemble jusqu'à la perspective avouée par l'employeur de licenciements des salariés qui n'auraient pas adhéré au dispositif et refuseraient la modification de leur contrat de travail (en l'absence de clause de mobilité). C'est évidemment le caractère inéluctable pour le Conseil d'Etat de licenciements pour motif économique à la suite de la fermeture du site et la réalité des suppressions d'emplois qui a soulevé des interrogations. L'avenir nous dira s'il sera sensible aux critiques formulées par une partie de la doctrine.

- V. Berger, *Articulation RCC-PSE : la très critiquable décision du Conseil d'Etat*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2023, p. 3.
- C. Biget, M.-C. de Montecler, *Validation de la rupture conventionnelle collective : mode d'emploi*, AJDA 2023, p. 591.
- J. Cadot, *Rupture conventionnelle collective :*

- 1ères précisions du Conseil d'Etat*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 237, 1^{er} juin 2023, p. 23.
- H. Cavat, *Déconstruire le séquençage RCC-PSE La nécessaire prise en compte de l'ensemble du projet de réorganisation*, SSL n° 2040, 3 avril 2023, p. 20.
 - J.-F. de Montgolfier, *Les premiers jalons de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la RCC*, SSL n° 2040, 3 avril 2023, p. 15.
 - O. Duthillet de Lamothe, *La création de la rupture conventionnelle collective n'a pas mis fin aux PDV antérieurs*, Lamy Actualités du droit, 22 mai 2023 et SSL n° 2047, 22 mai 2023, p. 10.
 - F. Géa, *Les subtilités de l'arrêt Paragon Transaction*, RDT 2023, p. 415.
 - A. Goin, D. Pradines, *Parallaxe : le droit du travail vu du Palais-Royal*, AJDA 2023, p. 1116.
 - M. Hautefort, *L'accord de RCC ne doit pas servir à contourner un PSE*, JSL n° 563, 9 mai 2023, p. 3.
 - S. Laporte, *Fermeture d'établissement : un accord de RCC ne peut se substituer à un PSE*, Lamy Actualités du droit, 3 avril 2023.
 - P. Morvan, *Illégalité de la rupture conventionnelle collective dans le contexte d'une cessation d'activité*, JCP S n° 18, 9 mai 2023, 1123.
 - F. Taquet, *Limites de la mise en œuvre d'une rupture conventionnelle collective*, Rev. proc. coll. n° 3, mai-juin 2023, comm. 52.
 - FRS 08/23, inf. 4, p. 8.
 - RJS 06/23, n° 301.

▪ Règlement intérieur

Défaut de consultation du CSE sur le RI : un syndicat peut agir en suspension du RI au nom de l'intérêt collectif de la profession

Cass. soc. 21 septembre 2022, n°21-10.718, B+R

La jurisprudence affirme de longue date que le règlement intérieur (ou sa modification) ne peut produire effet que si l'employeur a accompli l'ensemble des diligences prévues par l'article L. 1321-4 du code du travail, ce qui suppose, notamment, la consultation préalable des représentants du personnel. Elle a dès lors considéré, comme le rappelle la Cour de cassation dans le présent arrêt, que le non-respect de l'obligation de consultation rend inopposable au salarié la disposition du

règlement intérieur sur laquelle l'employeur se serait fondé pour le sanctionner.

Mais l'intérêt majeur de l'arrêt réside dans l'opportunité que saisit la Chambre sociale de la Cour de cassation de se prononcer pour la première fois sur la recevabilité de l'action fondée sur un tel défaut de consultation, d'un syndicat au nom de la défense de l'intérêt collectif de la profession. Elle reconnaît ainsi qu'un syndicat peut agir en référé pour la défense de l'intérêt collectif de la profession afin que soit ordonnée la suspension du règlement intérieur non soumis à consultation (jusqu'à accomplissement par l'employeur de cette formalité substantielle).

En revanche, le défaut de consultation ne faisant obstacle qu'à l'introduction du règlement intérieur (art. L. 1321-4 C. trav. : « le règlement intérieur ne peut être introduit qu'après avoir été soumis à l'avis » du CSE), la Chambre sociale de la Cour de cassation, si l'on en croit sa note explicative, en déduit, que ce manquement ne peut constituer une cause de nullité ou d'inopposabilité à tous les salariés de l'entreprise. Elle conclut donc à l'irrecevabilité de la demande d'un syndicat devant le tribunal judiciaire en annulation de l'ensemble du règlement intérieur ou en inopposabilité à l'ensemble des salariés à raison d'un défaut de consultation.

- G. Auzero, *Le règlement intérieur qui n'a pas été soumis aux représentants du personnel peut être contesté en justice par un syndicat*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2022, p. 23.
- B. Bossu, J.-F. Cesaro, L. Dauxerre, E. Jeansen, Y. Pagnerre, B. Teyssié, *Droit du travail*, JCP E n° 13, 30 mars 2023, 1098.
- A. Bugada, *Suspension d'un règlement intérieur à la demande d'un syndicat*, Procédures n° 11, novembre 2022, comm. 254.
- F. Champeaux, *Un syndicat peut demander en référé la suspension du règlement intérieur en raison du défaut de consultation des IRP*, SSL n° 2015, 3 octobre 2022, p. 13.
- C. Couëdel, *Règlement intérieur et défaut de consultation : les limites de l'action syndicale*, Dalloz actualité, 10 octobre 2022.
- N. Dedessus-Le-Moustier, *Suspension du règlement intérieur faite de consultation des institutions représentatives du personnel*, JCP G n° 39, 3 octobre 2022, act. 1085.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du*

travail avril 2022 - octobre 2022, D. 2022, p. 2245.

- B. Gauriau, *La consultation des institutions représentatives du personnel préalable à l'introduction d'un règlement intérieur n'est pas une condition de validité de celui-ci*, JCP S n° 46, 22 novembre 2022, 1293.
- H. Nasom-Tissandier, *Suspension du règlement intérieur : recevabilité de l'action syndicale en défense de l'intérêt collectif de la profession*, JSL n° 550, 25 octobre 2022, p. 7.
- I. Odoul-Asorey, *Recevabilité de l'action syndicale, en l'absence d'information-consultation des IRP sur le règlement intérieur d'entreprise*, RDT 2023, p. 202.
- E. Perrin, *Un syndicat est recevable à demander la suspension du règlement intérieur en raison du défaut de consultation des IRP*, Gaz. Pal. n° 41, 13 décembre 2022, p. 62.
- F. Petit, *L'action d'un syndicat à l'égard d'un règlement intérieur irrégulier*, Dr. soc. 2023, p. 93.
- C. Pietralunga, *Règlement intérieur : la non-consultation du CSE autorise un syndicat à demander sa suspension mais pas sa nullité ni son inopposabilité*, Lamy Actualités du droit, 27 septembre 2022.
- FRS 19/22, inf. 3, p. 7.
- RJS 12/22, n° 643.

▪ Conventions collectives

Bénéfice d'une prime subordonnée à condition de présence à une certaine date chaque année : attention à ne pas commettre de confusions

Cass. soc. 26 octobre 2022, n°21-15.963, FS-B

La condition pour le bénéfice d'une prime posée par la convention collective applicable (en l'espèce la CCN des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985) tenant à « une présence au 31 octobre de chaque année » s'entend de la présence du salarié dans les effectifs à cette date et non de la présence effective du salarié à cette même date. L'employeur ne peut dès lors priver de ladite prime le salarié dont le contrat de travail est seulement suspendu au 31 octobre. Il convient donc de porter la plus grande attention à la bonne lecture des dispositions conventionnelles et de leurs annexes.

- C. Gontard, *Prime conventionnelle : conditions de versements en cas de suspension du contrat*, Lamy Actualités du droit, 8 novembre 2022.
- RJS 01/23, n° 16.

▪ Droit d'expression directe et collective

Abus du droit d'expression (non)

Cass. soc. 21 septembre 2022, n°21-13.045, FS-B

Les décisions relatives à l'exercice du droit d'expression directe et collective organisé par les articles L. 2281-1 à L. 2281-3 du code du travail sont suffisamment rares pour que cet arrêt mérite d'être souligné. Ces dispositions légales garantissent le droit pour tout salarié de s'exprimer sur le contenu, les conditions de travail et l'organisation de son travail dans le cadre d'échanges collectifs. Sauf abus, les opinions émises par le salarié ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement. En l'espèce le salarié, au cours d'une réunion qualifiée d'« expression des salariés lois Auroux », avait directement mis en cause l'organisation de son travail par sa supérieure en présence de cette dernière et devant ses collègues et s'était plaint de la surcharge de travail en résultant. La supérieure en avait visiblement été affectée puisque deux jours plus tard, le médecin du travail constatait une altération de sa santé. Cette considération avait d'ailleurs été prise en compte par les juges du fond qui avaient analysé le comportement du salarié en un acte d'insubordination et de dénigrement légitimant son licenciement. Leur décision est toutefois censurée par la Cour de cassation. Celle-ci considère en effet que les propos tenus par le salarié dans ce cadre relevaient de son droit d'expression directe et collective et qu'il ne ressortait de la motivation de la Cour d'appel aucun abus du salarié dans l'exercice de son droit susceptible de justifier le licenciement.

- P. Adam, *Autour du droit d'expression directe et collective*, Dr. soc. 2022, p. 1042.
- B. Bossu, *Sauf abus, l'exercice du droit d'expression ne peut être sanctionné*, JCP S n° 41,

18 octobre 2022, 1262.

- A. Charbonneau, *L'abus du droit d'expression directe et collective*, BJT n° 10, 1^{er} octobre 2022, p. 13.
- L. de Montvalon, *Encourager l'expression des salariés pour améliorer les conditions de travail*, RDT 2022, p. 561.
- M. Hautefort, *Droit d'expression : une mise en cause personnelle n'est pas forcément abusive*, JSL n° 550, 25 octobre 2022, p. 4.
- L. Malfettes, *Liberté d'expression : pas de licenciement sans abus établi*, Dalloz actualité, 17 octobre 2022.
- H. Signoret, *Sauf abus, un salarié ne peut pas être licencié pour avoir émis des critiques sur le fonctionnement de l'entreprise au cours d'une réunion d'expression collective*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 230, 1^{er} novembre 2022, p. 23.
- M.-C. Tual, *Le droit d'expression collective des salariés sur leurs conditions de travail ne peut être sanctionné qu'en cas d'abus*, Lamy Actualités du droit, 11 octobre 2022.
- FRS 19/22, inf. 2, p. 6.
- RJS 12/22, n° 603.

▪ Représentants du personnel

Modification de l'ordre du jour d'une réunion du CCE/CSEC en début de séance

Cass. crim. 13 septembre 2022, n°21-83.914, F-B

Jusqu'à présent, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, tout comme sa Chambre sociale, n'admettait de dérogation à la règle de l'inscription préalable à l'ordre du jour d'une question soumise à délibération que lorsque celle-ci présentait un lien nécessaire avec les sujets devant être débattus en séance. Aussi la Chambre criminelle avait-elle considéré que faute de lien nécessaire avec les questions inscrites à l'ordre du jour, était irrégulière la délibération habilitant son secrétaire à représenter le comité en justice pour délit d'entrave, peu important qu'elle ait été adoptée à l'unanimité des membres titulaires présents (Cass. crim. 5 septembre 2006, n°05-85.895). Dans la présente affaire, l'employeur s'était directement appuyé sur cette jurisprudence pour faire valoir l'irrecevabilité de la constitution de partie civile du CCE, alors que mandat avait été

donné au secrétaire du CCE à l'unanimité des membres titulaires présents pour agir en justice du chef d'entrave, après que la question ait été ajoutée par le secrétaire à l'ordre du jour en début de séance. La question ne présentant effectivement aucun lien avec les sujets inscrits à l'ordre du jour, l'employeur pouvait légitimement espérer avoir gain de cause. D'autant que l'argument selon lequel les membres titulaires absents avaient de ce fait été privés de toute possibilité de s'exprimer sur le sujet semblait bien de nature à convaincre la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Pourtant, celle-ci rejette le pourvoi. Elle admet en effet que l'obligation de communiquer l'ordre du jour aux membres du CCE 8 jours avant la séance (art. L. 1237-14 C. trav. alors applicable) est édictée dans leur intérêt afin de leur permettre d'examiner les questions à l'ordre du jour et d'y réfléchir. Or dès lors qu'il ressort du procès-verbal que l'ordre du jour a été adopté à l'unanimité des membres présents, il en résulte que ces derniers ont accepté, sans objection, de discuter de la question du mandat, manifestant ainsi avoir été avisés en temps utile.

Il convient de noter que la position ici adoptée par la Chambre criminelle pour le CCE, est tout à fait transposable au CSEC, dans la mesure où l'article L. 2316-17 du code du travail est rédigé dans les mêmes termes que l'article L. 2327-14 alors applicable. Si la solution devait être confirmée, rien dans le raisonnement ne s'opposerait non plus à ce qu'elle s'applique également au CSE d'entreprise. Reste à savoir si elle emporterait la conviction de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Un arrêt du 28 juin 2023 (ci-dessous) laisse penser que cette dernière ne devrait pas rester insensible à l'argumentation de la Chambre criminelle.

- G. Auzero, *Modification de l'ordre du jour de la réunion du CSE en début de séance*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2022, p. 25.
- B. Bossu, J.-F. Cesaro, L. Dauxerre, E. Jeansen, Y. Pagnerre, B. Teyssié, *Droit du travail*, JCP E n° 13, 30 mars 2023, 1098.
- J. Cortot, *Validité d'une délibération sur une question non prévue à l'ordre du jour de la réunion des IRP*, Dalloz actualité, 19 octobre 2022.

- F. Duquesne, *La modification en séance de l'ordre du jour du comité d'entreprise*, JCP G n°46, 21 novembre 2022, act. 1298.
- G. François, *Délibération du comité social et économique pour engager une action en justice non inscrite à l'ordre du jour*, JCP S n° 41, 18 octobre 2022, 1265.
- F. Leclercq, *Fonctionnement du comité social et économique : l'ordre du jour, l'embuscade et la loyauté*, JCP E n° 46, 17 novembre 2022, 1377.
- P. Le Cohu, *Une modification de l'ordre du jour d'une réunion d'un CE/CSE ou d'un CCE/CSEC est possible si elle est adoptée à l'unanimité*, Gaz Pal. n° 41, 13 décembre 2022, p. 69.
- M.-C. Tual, *L'ordre du jour des réunions du CSE peut être modifié à l'unanimité en début de séance*, Lamy Actualités du droit, 20 septembre 2022.
- E. Videcoq, *Ordre du jour : l'intérêt du CSE central d'agir en justice unanimement constaté, permet une modification en début de réunion*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 230, 1^{er} novembre 2022, p. 27.
- FRS 17/22, inf. 5, p. 8.
- RJS 11/22, n° 570.

Refus d'inscription à l'ordre du jour du déclenchement de la procédure d'alerte économique : l'employeur ne peut se prévaloir du respect des délais de communication de l'ordre du jour

Cass. soc. 28 juin 2023, n°22-10.586, F-B

L'employeur peut-il refuser d'inscrire à l'ordre du jour de la prochaine réunion du CSE le déclenchement de la procédure d'alerte économique au motif que la date de la réunion serait trop proche pour pouvoir respecter le délai minimal de communication de l'ordre du jour ? Et partant, la délibération du comité malgré l'absence de mention à l'ordre du jour est-elle alors entachée d'irrégularité ? C'est bien ce que soutenait en l'espèce l'employeur. Mais pour la Chambre sociale de la Cour de cassation, le délai légal minimal de communication de l'ordre du jour de trois jours (art. L. 2315-30 C. trav.) est instauré dans l'intérêt de la délégation du personnel au CSE. Il en va de même du délai plus favorable (en l'espèce 5 jours) prévue par voie conventionnelle. Il en résulte que seuls les représentants du personnel peuvent se

prévaloir du respect du délai minimal et que l'employeur ne pouvait refuser d'accéder pour ce motif à la demande d'inscription à l'ordre du jour. En conséquence, l'absence de mention à l'ordre du jour ne constituait pas un motif d'irrégularité de la délibération du comité.

La solution est très certainement transposable au délai minimal de communication de l'ordre du jour des réunions du CSEC et n'a sans doute pas vocation à rester cantonnée au droit d'alerte économique.

- G. François, *Le délai de communication de l'ordre du jour aux membres du comité social et économique : un délai édicté dans l'intérêt des seuls élus*, BJT n° 9, 1^{er} septembre 2023, p. 17.
- J.-Y. Kerbourc'h, *Seuls les membres de la délégation du personnel au CSE peuvent se prévaloir des délais légaux et conventionnels d'inscription d'un point à l'ordre du jour d'une réunion du comité*, JCP S n° 36, 12 septembre 2023, 1229.
- A Roure, *Droit d'alerte économique : il est inscrit de droit à l'ordre du jour*, Lamy Actualités du droit, 10 juillet 2023.
- R. Serres, *Identification des intérêts défendus par le délai de communication de l'ordre du jour des réunions du comité social et économique*, Dalloz actualité, 12 juillet 2023.
- FRS 15/23, inf. 10, p. 19.

▪ Expertise

Recours à l'expert lors de l'examen du rapport relatif à l'accord de participation : le coût en incombe intégralement à l'employeur

Cass. soc. 5 avril 2023, n°21-23.427, FS-B

La question de savoir à qui incombe la prise en charge du coût de l'expert désigné pour assister le CSE lors de l'examen du rapport relatif à l'accord de participation (art. D. 3323-14 C. trav.) constitue une très belle illustration des lacunes et incohérences qui subsistent parfois dans notre Code du travail à la suite de l'intervention des ordonnances du 22 septembre 2017.

Sous l'empire des dispositions antérieures, il ne faisait pas de doute que le coût de l'expertise devait être assumé par

l'employeur. L'article D. 3323-14 du code du travail renvoyait en effet à l'article L. 2325-25 du code du travail qui était lui-même intégré dans une sous-section consacrée aux « experts rémunérés par l'entreprise ». Mais à la suite de l'évolution des dispositions relatives au financement des expertises, l'article L. 2325-5 et la section dans laquelle il était intégré ont été abrogés. Pour autant, l'article D. 3323-14 y renvoie toujours... En l'absence de disposition légale ou réglementaire visant clairement le financement de cette expertise, il est donc revenu à la Cour de cassation de trancher. Considérant qu'elle participe de la consultation récurrente sur la situation économique et financière de l'entreprise et qu'elle ne relève pas des expertises auxquelles le CSE peut recourir à ses frais pour « la préparation de ses travaux » (art. L. 2315-81 C. trav.), elle admet que l'employeur doit en assurer intégralement la prise en charge (art. L. 2315-80, 1^o C. trav.).

- F. Bergeron, *Le coût de l'expertise portant sur le rapport relatif à un accord de participation est à la charge exclusive de l'employeur*, BJT n° 6, 1^{er} juin 2023, p. 29.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail novembre 2022 - juin 2023*, D. 2023, p. 1443.
- L. Gaudemet, J. Kovac, *Participation aux résultats : l'expertise décidée par le comité social et économique sur le rapport annuel relatif à la réserve spéciale de participation est financée par l'employeur*, JCP S n° 22, 6 juin 2023, 1145.
- C. Gontard, *Expertise du rapport relatif à la participation : le coût est à la charge de l'employeur*, Lamy Actualités du droit, 17 avril 2023.
- L. Malfettes, *Le financement par l'employeur de l'expertise CSE sur l'accord de participation*, Dalloz actualité, 18 avril 2023.
- FRS 10/23, inf. 14, p. 29.
- RJS 06/23, n° 323.

▪ Délit d'entrave

Mise en place d'un outil d'évaluation du personnel sans consultation du comité : attention au risque de condamnation pénale

Cass. crim. 6 juin 2023, n°22-83.037, F-D

Comme la Chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc. 28 novembre 2007, n°06-21. 964), la Chambre criminelle voit dans la mise en place d'un outil d'évaluation du personnel de nature à générer une pression psychologique un aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail qui doit être soumis à consultation préalable des représentants du personnel. Elle en tire toutes les conséquences sur le plan pénal en considérant qu'en l'absence de consultation, le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité est constitué.

En l'espèce, l'employeur soutenait que la « revue du personnel » utilisée était un simple support à la formation des cadres destiné à améliorer l'entretien annuel d'évaluation des salariés. Il n'a toutefois pas convaincu les magistrats, dès lors qu'il s'agissait en réalité d'une grille d'évaluation des compétences professionnelles avec des critères qualitatifs précis et dont la finalité était de servir à déterminer les modalités de promotion interne.

La solution, rendue par application des dispositions relatives au CHSCT (arts. L. 4612-8-1 et L. 4742-1 C. trav.), semble parfaitement transposable au CSE (arts. L. 2312-8, 4° et L. 2317-1 C. trav.).

- Y. Pagnerre, *QVT-RPS : l'évaluation occulte des salariés constitue une entrave au dialogue social et une source de pression psychologique*, JCP S n° 36, 12 septembre 2023, 1230.
- A. Roure, *Le CSE doit être consulté sur un nouvel outil d'évaluation, sous peine d'entrave*, Lamy Actualités du droit, 28 juin 2023.
- RJS 08-09/23, n° 459.

▪ Droit à la preuve

Mode d'emploi à l'adresse des juges du fond

Cass. soc. 8 mars 2023, n°21-17.802, FS-B ;
Cass. soc. 8 mars 2023, n°21.848, FS-B ; Cass.
soc. 8 mars 2023, n°21-20.798, FS-D

La consécration par la Cour de cassation du droit à la preuve issu de la jurisprudence de la CEDH, a conduit à l'abandon de l'irrecevabilité automatique d'un mode de preuve illicite. Le

juge doit dorénavant apprécier si l'utilisation de la 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 Chambre sociale de la Cour de cassation n'avait cependant pas jusqu'alors repris les critères plus précis dégagés par la CEDH pour opérer cette mise en balance du droit à la preuve et du respect de la vie personnelle. De fait, les juges du fond ont pu éprouver des difficultés à y procéder avec le risque soit, qu'ils concluent trop rapidement à l'irrecevabilité de la preuve illicite (comme en témoigne la dernière affaire (arrêt n°21-20.798)) soit, et c'est cette situation qui semble plus particulièrement avoir inquiété la Cour de cassation, qu'ils n'en admettent trop facilement la recevabilité. Aussi délivre-t-elle dans le premier arrêt (n°21-17.802) une méthodologie comprenant trois étapes :

- Face à un mode de preuve illicite, le juge doit d'abord s'interroger sur la légitimité du contrôle opéré et vérifier s'il existait des raisons concrètes qui justifiaient que l'employeur y recourt. Autrement dit, est-ce que l'employeur avait de « bonnes raisons », c'est-à-dire une finalité légitime, étayée par des éléments objectifs (préalables) de recourir au dispositif illicite.

- A supposer la première étape franchie, le juge doit vérifier si l'employeur ne pouvait pas atteindre un résultat identique par d'autres moyens plus respectueux de la vie personnelle du salarié. Le juge doit donc rechercher si l'employeur n'avait pas à sa disposition un ou plusieurs moyens de preuve ne portant pas atteinte aux droits du salarié ou moins attentatoires aux droits du salarié. Aussi dans l'affaire considérée, la preuve (illicite) obtenue par vidéosurveillance n'apparaissait-elle pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve de l'employeur dès lors que celui-ci avait lui-même fait mention d'un autre moyen de preuve (à savoir un audit) qu'il n'avait cependant pas versé aux débats...

– Enfin, le juge doit apprécier le caractère proportionné de l’atteinte aux droits du salarié au regard du but poursuivi. Il doit tenir compte de la gravité de l’atteinte ainsi portée aux droits du salarié. Il semblerait donc qu’un mode de preuve illicite, même reconnu indispensable à l’exercice du droit à la preuve de l’employeur, pourrait être écarté en considération de l’atteinte disproportionnée aux droits du salarié que sa production engendrerait.

Est donc dorénavant tracé le chemin que doivent suivre les juges du fond pour se prononcer sur la recevabilité d’un mode de preuve illicite. Ils devront, sous le contrôle de la Cour de cassation, justifier de l’avoir correctement emprunté. Les employeurs qui entendraient se prévaloir d’un mode de preuve illicite doivent l’anticiper. Et encore ne doivent-ils pas oublier d’invoquer leur droit à la preuve. De l’une des décisions (arrêt n°20-21.848), il ressort en effet que l’employeur doit se prévaloir devant les juges du fond de ce que le rejet de la preuve, du fait de son illicéité, porterait atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble. Le moyen ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. Cette condition se retrouve dans les deux autres décisions qui précisent que ce n’est que « lorsque cela lui est demandé » que le juge doit apprécier si l’utilisation de la preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble.

Soulignons enfin que ces arrêts laissent subsister une interrogation : lorsque le moyen de preuve a été obtenu de manière déloyale, y a-t-il lieu à mise en balance du droit à la preuve et du principe de loyauté dans l’administration de la preuve ? Pour l’heure, la Chambre sociale de la Cour a pu éviter de se prononcer en restant sur le terrain de l’atteinte à la vie personnelle. Mais elle a renvoyé devant l’Assemblée plénière deux pourvois mettant en cause le caractère déloyal de l’obtention de la preuve. Dans l’attente des éclairages de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation, l’incertitude demeure.

• P. Adam, C. Lhomond, G. Vial, *Le droit à la*

preuve et le principe de loyauté de la preuve : quelle(s) articulation(s) ?, RDT 2023, p. 156.

• F. Champeaux, *Droit à la preuve : une nouvelle méthodologie pour les juges*, SSL n° 2038, 20 mars 2023, p. 11.

• Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail novembre 2022 - juin 2023*, D. 2023, p. 1443.

• J.-Y. Frouin, *Le droit à la preuve, sens et mode d’emploi*, RJS 05/23, Chronique.

• J. Klein, *Précisions sur l’admissibilité des preuves illicites*, RTD civ. 2023, p. 439.

• G. Loiseau, *Le droit de la preuve illicite*, JCP S n° 14, 11 avril 2023, 1095.

• P. Lokiec, *Le nécessaire bornage du droit à la preuve illicite*, SSL n° 2052, 26 juin 2023, p. 12.

• L. Malfettes, *Le régime de la recevabilité de la preuve illicite précisé*, Dalloz actualité, 16 mars 2023.

• H. Nasom-Tissandier, *Droit à la preuve versus protection de la vie personnelle : quel contrôle par les juges du fond ?*, JSL n° 563, 9 mai 2023, p. 12.

• V. Orif, *L’irrecevabilité, dans le cadre d’un litige, d’un procès-verbal de police communiqué à l’employeur de manière illicite et déloyale*, Gaz. Pal. n° 15, 9 mai 2023, p. 60.

• S. Ranc, *Le caractère indispensable de la preuve illicite*, BJT n° 4, 1^{er} avril 2023, p. 13.

• S. Sereno, *Réflexions sur le droit à la preuve en matière prud’homale*, Gaz. Pal. n° 18, 30 mai 2023, p. 59.

• FRS 07/23, inf. 6, p. 11.

• RJS 05/23, n° 235.

Mesures d’instruction *in futurum*, droit à la preuve et RGPD

Cass. soc. 8 mars 2023, n°21-12.492, FS-B ;

Cass. soc. 1^{er} juin 2023, n°22-13.238, F-B

Le RGPD peut-il être utilement invoqué par l’employeur pour s’opposer aux demandes de salariés qui, s’estimant victimes de discrimination ou d’une inégalité de traitement, entendent obtenir à des fins probatoires sur le fondement de l’article 145 du code de procédure civile, la communication de documents contenant des données personnelles d’autres salariés de l’entreprise ? La question est inédite. Non pas, bien évidemment, que la Cour de cassation ait ignoré l’atteinte aux droits des salariés tiers résultant de la communication d’informations

personnelles les concernant ; mais elle ne l'avait jusqu'à présent abordée que sous le prisme du droit au respect de la vie personnelle, dont elle exige qu'il soit mis en balance avec le droit à la preuve de la discrimination ou de l'inégalité de traitement alléguée, et non pas spécifiquement sous l'angle du droit à la protection des données à caractère personnel.

Les arrêts considérés témoignent toutefois de ce que l'argument tiré d'une violation du RGPD n'a, en tout cas pour l'heure, que peu de portée. La Cour de cassation souligne en effet que parmi les nombreux considérants introduisant les dispositions du Règlement, et qui sont le reflet des principes qui ont présidé à son élaboration, le considérant 4 énonce clairement que « le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu » et qu' « il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité », dont le droit à un recours effectif et celui d'accéder à un tribunal impartial. Elle semble d'ailleurs par cette référence s'être inspirée d'une récente décision de la CJUE (CJUE 2 mars 2023, aff. C-268/21, point 49). Partant, elle ramène le débat à une conciliation entre droit à la preuve et droit au respect de la vie personnelle pour réitérer sa jurisprudence selon laquelle le juge doit d'abord rechercher si la communication des documents n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi et s'il existe « ainsi » un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, et ensuite, « si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitée » (Cass. soc. 22 septembre 2021, n°19-26.149). Dans le premier arrêt du 8 mars 2023, la Cour de cassation approuve ainsi la Cour d'appel d'avoir ordonné la production des bulletins de paie de huit autres

salariés avec occultation des données personnelles à l'exception des noms, prénoms, classification conventionnelle et rémunération nécessaires à la preuve de l'inégalité de traitement alléguée. Dans la seconde espèce du 1^{er} juin 2023, la Cour de cassation en vient cependant à écarter l'argumentation de l'employeur qui reprochait à la Cour d'appel de ne pas s'être expliquée sur le caractère indispensable à la preuve d'une discrimination (syndicale en l'espèce) des mentions relatives à l'adresse postale, au numéro de sécurité sociale, au taux d'imposition ou encore à la domiciliation bancaire figurant sur les bulletins de paie dont la communication avait été ordonnée. La Cour de cassation énonce en effet que la Cour d'appel « n'était pas tenue de s'expliquer sur chaque mention des bulletins de salaire dont la cancellation ne lui était pas demandée ». Ce faisant, elle semble bien opérer une distinction entre les documents demandés, dont il revient au juge de cantonner le périmètre s'il s'avère que certains d'entre eux ne sont pas nécessaires au droit à la preuve, et les différentes données à caractère personnel figurant dans les pièces jugées indispensables au droit à la preuve. Alors même que certaines de ces données seraient totalement inutiles à la preuve d'une quelconque discrimination ou inégalité de traitement, elles n'auraient pas à être occultées, sauf au défendeur à en faire la demande expresse. Si cette lecture devait se confirmer, l'atteinte qui en résulte au droit à la protection des données personnelles des autres salariés serait difficilement acceptable. La jurisprudence de la CJUE semble d'ailleurs s'y opposer. Celle-ci admet certes que la production d'un document contenant des données personnelles puisse être justifiée, mais en prenant le soin de préciser « que, lorsque seule une partie de ces données apparaît nécessaire à des fins probatoires, la juridiction nationale doit envisager la prise de mesures supplémentaires en matière de protection des données, telles que la pseudonymisation, définie à l'article 4, point 5, du RGPD, des noms des personnes concernées ou toute autre mesure destinée à minimiser l'entrave au droit à la protection des données à

caractère personnel que constitue la production d'un tel document » (CJUE 2 mars 2023, aff. C-268/21, point 56).

- P. Adam, *L'article 145 du Code de procédure civile et le droit du travail*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2023, p. 39.
- F. Champeaux, *Droit à la preuve : une nouvelle méthodologie pour les juges*, SSL n° 2038, 20 mars 2023, p. 11.
- A. Danis-Fatôme, *Quand le droit des données à caractère personnel cède devant le droit à la preuve !*, Comm. com. électr. n° 6, juin 2023, comm. 45.
- A. Fabre, *On veut les noms ! Nouvelle conquête du droit à la preuve*, SSL n° 2058, 11 septembre 2023, p. 6.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail novembre 2022 - juin 2023*, D. 2023, p. 1443.
- J.-Y. Frouin, *Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi*, RJS 05/23, Chronique.
- M. Hautefort, *Le RGPD à l'épreuve du droit à la preuve*, JSL n° 567, 7 juillet 2023, p. 10.
- J. Klein, *Sur l'appréciation du motif légitime en matière de mesure in futurum*, RTD civ. 2023, p. 444.
- P. Le Bourgeois, P. Van Deth, *Le droit à la preuve met-il à mal la protection de la vie personnelle des salariés ?*, RDT 2023, p. 233.
- G. Loiseau, *L'article 145 et le droit à la protection des données personnelles*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2023, p. 52 ; *L'utile et l'injuste. La preuve sans retenue d'une discrimination alléguée*, JCP S n° 24, 20 juin 2023, 1158.
- S. Mariette (compte-rendu de son intervention), *Dernières jurisprudences sur le droit à la preuve*, SSL n° 2048, 29 mai 2023, p. 5.
- H. Nasom-Tissandier, *Droit à la preuve versus protection des données personnelles et respect de la vie personnelle*, JSL n° 562, 26 avril 2023, p. 16.
- FRS 07/23, inf. 7, p. 14.
- FRS 13/23, inf. 11, p. 20.
- RJS 06/23, n° 296.
- RJS 08-09/23, n° 423.

▪ Prescription

Non-respect de la priorité de réembauche

Cass. soc. 1^{er} février 2023, n°21-12.485, FS-B

L'action fondée sur le non-respect par l'employeur de la priorité de réembauche

n'est pas liée à la contestation de la rupture du contrat de travail mais à son exécution. En conséquence, doit s'appliquer le délai de prescription biennal de l'article L. 1471-1 du code du travail. Ce délai de prescription de 2 ans commence à courir à la date de cessation de priorité de réembauche, c'est-à-dire à l'expiration du délai d'un an après la rupture du contrat (art. L. 1233-45 C. trav.). C'est en effet à cette date que le salarié est en mesure d'avoir connaissance de la violation par l'employeur de son obligation.

- P. Bailly, *Priorité de réembauche et prescription*, SSL n° 2033, 13 février 2023, p. 11.
- C. Couëdel, *Non-respect de la priorité de réembauche : mise en œuvre de la prescription biennale*, Dalloz actualité, 9 février 2023.
- R. Favre, *Priorité de réembauche : quelle prescription ?*, JCP S n° 9, 7 mars 2023, 1058.
- F. Taquet, *Prescription de l'action du salarié en cas de non-respect de la priorité de réembauche*, Rev. proc. coll. n° 3, mai-juin 2023, comm. 51.
- FRS 04/23, inf. 10, p. 25.
- RJS 04/23, n° 204.

Contestation du taux d'incapacité permanente partielle : revirement de jurisprudence

Cass. 2^{ème} civ. 13 octobre 2022, n°21-14.785, FS-B

Il y a encore peu de temps, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation considérait que le recours de l'employeur en contestation du taux d'incapacité permanente partielle ne constituait pas une action au sens de l'article 2224 du code civil de telle sorte qu'il échappait à toute prescription (Cass. 2^{ème} civ. 22 octobre 2020, n°19-17.130). Opérant un revirement de jurisprudence, elle admet désormais que ce recours constitue une action en justice qui, en l'absence de texte spécifique, se prescrit par cinq ans par application de l'article 2224 du code civil. Ce changement de position s'inscrit dans le prolongement de ses arrêts du 18 février 2021 (n°19-25.886 et n°19-25.887) que les Hauts magistrats prennent le soin de rappeler pour justifier la solution, et qui ont soumis l'action

de l'employeur aux fins d'inopposabilité de la décision de reconnaissance du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie au délai de prescription quinquennal de l'article 2224 du code civil à défaut de texte spécifique applicable (voir encore Cass. 2^{ème} civ. 13 octobre 2022, n°21-13.373 et Cass. 2^{ème} civ. 10 novembre 2022, n°21-13.149).

Il convient toutefois de relativiser la portée pratique de ce revirement de jurisprudence. La prescription quinquennale n'a en effet vocation à jouer que si la caisse n'a pas notifié sa décision à l'employeur (ou le cas échéant, si n'ont pas été mentionnés les voies et délais de recours). Mais depuis le décret du 29 juillet 2009 qui n'était pas applicable au litige, la caisse a l'obligation d'y procéder (art. R. 434-32 CSS). De cette obligation, conjuguée au développement de systèmes de contrôle informatisés des décisions des caisses, il ressort qu'aujourd'hui, dans la plupart des situations, la caisse aura procédé à la notification à l'employeur dans les formes exigées ; ce qui soumet l'action de l'employeur au délai de forclusion de deux mois à compter de la notification (art. R. 142-1-A CSS).

- O. André, *Chronique Droit de la protection sociale*, JCP E n° 14, 6 avril 2023, 1110.
- L. Bloch, *Action en contestation de la décision d'une caisse primaire fixant un taux d'IPP : application de la prescription quinquennale*, Resp. civ. et assur. n° 12, décembre 2022, comm. 269.
- M.-A. Godefroy, *Contentieux de l'incapacité : confirmation de l'application de la prescription quinquennale*, JCP S n° 45, 15 novembre 2022, 1289.
- M. Keim-Bagot, *Prescription des actions de l'employeur*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2022, p. 41.
- S. Le Fischer, *L'application du code civil dans le droit de la sécurité sociale : les enseignements de la jurisprudence de la Cour de cassation*, RJS 04/23, Chronique.
- RJS 12/22, n° 638.

Créance d'indemnité compensatrice de congés payés : vers une inopposabilité par l'employeur de la prescription en cas de carence de sa part ?

CJUE 22 septembre 2022, aff. C-120/21

La CJUE admet que l'article 7 de la directive 2003/88 et l'article 31, paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale en vertu de laquelle le droit au congé annuel payé acquis par un travailleur au titre d'une période de référence est prescrit à l'issue d'un délai de trois ans lorsque l'employeur n'a pas effectivement mis le travailleur en mesure d'exercer ce droit. Elle considère en effet que dans une telle situation, l'application de la prescription va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de sécurité juridique. Plus précisément, elle énonce qu'il « ne saurait être admis, sous prétexte de garantir la sécurité juridique, que l'employeur puisse invoquer sa propre défaillance, à savoir avoir omis de mettre le travailleur en mesure d'exercer effectivement son droit au congé annuel payé, pour en tirer bénéfice dans le cadre du recours de ce travailleur au titre de ce même droit, en excipant de la prescription de ce dernier ». La directive est alors claire : il appartient à l'employeur de se prémunir de demandes tardives au titre de périodes de congé annuel payé non pris en se conformant aux obligations d'information et d'incitation qui lui incombent à l'égard du travailleur.

La Cour de cassation ne pourra pas rester totalement insensible à la jurisprudence européenne et c'est avec attention que l'on suivra comment elle l'intégrera. Admettra-t-elle demain que la prescription triennale (arts. L. 3245-1 et D. 3147-1 du code du travail) ne peut être invoquée par l'employeur s'il n'a pas effectivement mis le salarié en mesure de prendre ses congés ?

Dernière minute : c'est bien la position que vient d'adopter la Cour de cassation dans un arrêt du 13 septembre 2023 (n°22-10.529, FP-B + R) : après avoir rappelé la présente décision de la CJUE, la Cour de cassation énonce qu'« Il y a donc lieu de juger désormais que, lorsque l'employeur oppose la fin de non-recevoir tirée de la prescription, le point de départ du délai de prescription de l'indemnité de congés payés doit être fixé à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés payés auraient pu être

pris dès lors que l'employeur justifie avoir accompli les diligences qui lui incombent légalement afin d'assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé. ». En conséquence, elle censure la décision des juges du fond qui avaient admis le jeu de la prescription triennale sans constater que l'employeur avait effectivement mis en mesure le salarié de prendre ses congés.

- J. Cavallini, *Congés payés et suspension de la prescription*, JCP S n° 41, 18 octobre 2022, 1263.
- L. Driguez, *Congés payés : la jurisprudence de la Cour suit sa pente jusqu'à l'excès*, SSL suppl. n° 2026-2027, 19 décembre 2022, p. 27.
- A. Gardin, *Les congés payés non pris ne peuvent se perdre par l'effet d'une prescription lorsque l'employeur a été défaillant*, in *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS 01/23, Chronique.
- J.-P. Lhernould, *Le régime de prescription des congés payés précisé par la CJUE : conformité du droit français ?*, JSL n° 550, 25 octobre 2022, p. 16.
- M. Véricel, *Prescription de la créance de congés payés non pris*, RDT 2022, p. 720.

caractérisait la force majeure dont résultait l'impossibilité d'agir. Aussi l'action de la salariée en contestation de son licenciement, introduite trois ans après ce dernier était-elle bien recevable. On notera qu'en l'espèce, l'empêchement avait perduré au-delà du terme du délai de prescription. En revanche, lorsque l'empêchement disparaît avant l'expiration du délai, la Chambre sociale de la Cour de cassation refuse de suspendre le cours de la prescription dès lors que le salarié disposait encore du temps nécessaire pour agir avant expiration du délai (Cass. soc. 6 décembre 2017, n°16-10.220 ; Cass. soc. 13 janvier 2021, n°19-16.564)

- S. Mraouahi, *Variation autour de la prescription : la suspension en raison de l'état de santé au soutien du droit au juge*, RDT 2023, p. 349.
- RJS 04/23, n° 214.

Suspension du délai de prescription du fait d'une impossibilité d'agir tenant à l'état de santé mentale du salarié

Cass. soc. 25 janvier 2023, n°21-17.791, F-D

La jurisprudence sociale n'offre que de très rares illustrations d'une impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure (art. 2234 C. civ.) emportant suspension de la prescription (art. 2330 C. civ.). Le présent arrêt, bien que non publié, n'en a que plus d'intérêt. Y est admis que l'état de santé mentale de la salariée, attesté par certificats médicaux faisant état de troubles anxio-dépressifs s'accompagnant de crises de panique incessantes l'ayant empêché durant trois ans, soit bien au-delà de l'expiration du délai de prescription applicable, de mener à bien toute démarche tant personnelle que sociale et administrative notamment lors de la gestion de son dossier prud'homal,

Les bonnes pratiques à développer

▪ Renouvellement de la période d'essai

Signature sans autre mention de la lettre de renouvellement

Cass. soc. 25 janvier 2023, n°21-13.699, F-D

La Cour de cassation exige un accord exprès et non équivoque du salarié au renouvellement de sa période d'essai qui ne peut être déduit de la seule apposition de sa signature sur un document établi par l'employeur (Cass. soc. 25 novembre 2009, n°08-43.008). Sans remettre en cause cette jurisprudence, le présent arrêt admet toutefois que d'autres éléments, complémentaires de la signature de la lettre de renouvellement, peuvent permettre de caractériser la volonté claire et non équivoque du salarié d'accepter le renouvellement de sa période d'essai. En l'espèce, ont ainsi été retenus des mails du salarié à l'adresse de recruteurs indiquant que sa période d'essai était prolongée et qu'il était en recherche d'emploi ainsi qu'une attestation en ce sens d'un recruteur. En cas de contentieux, l'employeur sera donc bien avisé de rechercher si des éléments complémentaires attestant de la volonté claire et non équivoque du salarié pourraient ainsi pallier l'insuffisance de la seule signature du salarié. La prudence commande toutefois de sécuriser en amont le renouvellement de la période d'essai en veillant à ce que la signature du salarié soit assortie d'une mention explicite (ainsi que de la date de son acceptation). La Cour de cassation admet à ce titre que l'apposition par le salarié de sa signature et de la mention « lu et approuvé » sur la lettre notifiant le renouvellement de la période d'essai vaut accord exprès à ce renouvellement (Cass. soc. 23 septembre 2014, n°13-17.140 et Cass. soc. 21 janvier 2015, n°13-23.018).

- FRS 04/23, inf. 1, p. 2.
- RJS 04/23, n° 183.

▪ Clauses du contrat de travail

Conditions de licéité d'une prime d'arrivée sous condition de présence

Cass. soc. 11 mai 2023, n°21-25.136, FS-B

Etait en cause en l'espèce une clause prévoyant le versement au salarié d'une prime d'arrivée relativement conséquente dont l'acquisition intégrale était subordonnée à la présence du salarié à l'issue d'une période de trois ans. La clause précisait qu'en cas de démission ou de licenciement pour faute grave ou lourde avant la fin de la troisième année, le salarié conserverait la partie de la prime correspondant aux mois de présence, mais devrait rembourser la partie de la prime correspondant aux mois manquants. Le salarié avait démissionné avant le terme de la période de trois ans et avait refusé tout remboursement partiel de la prime en faisant valoir la nullité de la clause comme portant atteinte à la liberté de démissionner. La Cour de cassation reconnaît cependant dans le présent arrêt la licéité d'une clause subordonnant l'acquisition de l'intégralité d'une prime d'arrivée à une condition de présence dans l'entreprise pendant une certaine durée sous réserve toutefois :

- Que la prime soit indépendante de la rémunération de l'activité du salarié. Elle doit donc s'ajouter au salaire versé en contrepartie du travail et ne pas dépendre de l'activité effectivement réalisée par le salarié.

- Que l'atteinte portée à la liberté du salarié de démissionner soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché (art. L. 1121-1 C. trav.). Dans le présent arrêt, la Cour de cassation reconnaît ainsi que l'objectif de fidélisation poursuivi par l'employeur peut constituer un intérêt légitime susceptible de justifier une atteinte à la liberté du travail du salarié. Sans doute, même si la question ne semblait pas faire débat en l'espèce, faudrait-il à ce titre s'assurer que la nature de la tâche à accomplir légitime l'objectif de fidélisation, ce qui

supposerait que les compétences du salarié recruté soient relativement rares. Par ailleurs, l'atteinte portée à la liberté du travail du salarié ne doit pas être excessive. Cela implique d'une part que la durée de la période au terme de laquelle la prime est en intégralité acquise ne soit pas trop longue (en l'espèce, elle était limitée à 3 ans). Et l'atteinte aux droits du salarié serait certainement disproportionnée si la clause imposait le remboursement en intégralité de la prime versée en cas de démission. Tel n'était pas le cas en l'espèce, la clause prévoyant un remboursement de la prime au prorata du temps que le salarié n'avait pas passé dans l'entreprise avant l'expiration de la période de 3 ans du fait de sa démission.

- O. Guillemot, *Validité d'une clause stipulant une prime d'arrivée remboursable : quand donner et retenir vaut parfois*, RDT 2023, p. 411.
- R. Guinchard, *La prime d'arrivée sous condition de présence, un outil efficace pour retenir les salariés*, SSL n° 2050, 12 juin 2023, p. 10.
- M. Hautefort, *Conditions de validité d'une clause visant à la fidélisation des nouveaux embauchés*, JSL n° 566, 19 juin 2023, p. 3.
- T. Lahalle, *Contrat de travail et liberté du travail*, JCP E n° 24, 15 juin 2023, 1187.
- K. Le Petitcorps, *Prime d'arrivée : conditions de licéité et de remboursement en cas de démission*, Lamy Actualités du droit, 31 mai 2023.
- E. Maurel, *Que vaut la liberté du travail contre une prime de fidélité ?*, Dalloz actualité, 30 mai 2023.
- J. Mouly, *La licéité des primes de fidélité remboursables à l'aune de la liberté du travail*, Dr. soc. 2023, p. 654.
- E. Petkova, *Primes incitatives à l'embauche : un levier pour recruter et retenir les salariés*, JCP S n° 22, 6 juin 2023, 1144.
- FRS 12/23, inf. 1, p. 2.
- RJS 07/23, n° 376.

▪ CDD

Signature manuscrite scannée de l'employeur

Cass. soc. 14 décembre 2022, n°21-19.841, FS-B

Si la signature manuscrite scannée apposée sur un CDD ne peut être assimilée à une

signature électronique au sens de l'article 1367 du code civil, elle ne vaut cependant pas absence de signature dès lors :

- qu'elle permet de parfaitement identifier son auteur (il n'était pas contesté en l'espèce qu'il s'agissait bien du gérant de la société) ;
- et que ce dernier disposait du pouvoir de signer le contrat.

En conséquence, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir rejeté la demande de requalification du CDD en CDI pour défaut d'écrit.

- F. Champeaux, *Les conditions de la recevabilité de la signature manuscrite scannée d'un CDD*, SSL n° 2029, 16 janvier 2023, p. 13.
- A. Clerc, E. Leynaud, *L'apposition de la signature manuscrite numérisée du gérant de la société ne vaut pas absence de signature du contrat de travail à durée déterminée*, JSL n° 557, 6 février 2023, p. 8.
- T. Douville, *Signature numérisée d'un CDD : prudence !*, Gaz. Pal. n° 11, 28 mars 2023, p. 8.
- G. Loiseau, *La signature apposée sous forme d'une image numérisée a la valeur d'une signature*, Comm. com. électr. n° 2, février 2023, comm. 9.
- E. Maurel, *Signature manuscrite numérisée et validité du CDD*, Dalloz actualité, 10 janvier 2023.
- S. Ranc, *Les effets d'une signature manuscrite mais scannée en matière de CDD*, BJT n° 2, 1^{er} février 2023, p. 7.
- T. Tauran, *Signature sous forme d'une image numérisée*, Dr. rur. n° 2, février 2023, comm. 32.
- FRS 02/23, inf. 2, p. 4.
- RJS 02/23, n° 60.

▪ Inaptitude médicale

Etendue de l'obligation de reclassement d'un salarié protégé inapte

CE 19 juill. 2022, n°438076

A l'instar de la Chambre sociale de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de préciser que l'employeur était tenu, dans le cadre de son obligation de reclassement du salarié protégé inapte, de rechercher et proposer les postes disponibles y compris le cas échéant, ceux pourvus par CDD (CE 11 juin 1990, n°84650). Dans le présent arrêt, il prolonge la solution en énonçant clairement

que l'employeur doit rechercher sérieusement les postes disponibles quelle que soit la durée des contrats susceptibles d'être proposés pour pourvoir ces postes. Dès lors, si l'employeur a recours au travail temporaire dans des conditions telles qu'elles révèlent l'existence d'un ou plusieurs postes disponibles dans l'entreprise, il est tenu de les proposer au salarié inapte.

Il apparaissait toutefois en l'espèce, que le recours au travail temporaire dans l'entreprise concernait des missions de très courte durée de 2 à 3 jours, destinées à pallier des absences ponctuelles ou à faire face à des pics saisonniers d'activité et qui revêtaient donc un caractère aléatoire. En conséquence, les postes considérés ne constituaient pas des emplois disponibles que l'employeur aurait dû proposer au titre de son obligation préalable de reclassement.

- F. Bergeron, *Reclassement des salariés protégés inaptes : proposition de postes temporaires disponibles*, BJT n° 10, 1^{er} octobre 2022, p. 27.
- R. Chambon, *Des postes de travail pourvus par des intérimaires ouverts au reclassement*, SSL n° 2013, 19 septembre 2022, p. 5.
- C. Pietralunga, *Inaptitude du salarié protégé : reclassement sur des postes en intérim disponibles*, Lamy Actualités du droit, 6 septembre 2022.
- RJS 10/22, n° 528.

Dispense de l'obligation de reclassement : attention à ne pas commettre de confusions

Cass. soc. 8 février 2023, n°21-19.232, FS-B ;
Cass. soc. 8 février 2023, n°21-11.356, FS-D

L'élargissement des cas de dispense de l'obligation de reclassement préalable à un licenciement pour inaptitude médicale par la loi « travail » du 8 août 2016 s'est accompagné d'un abandon de toute référence légale à un obstacle au maintien du salarié « dans l'entreprise ». Il faut donc dorénavant comprendre que la mention expresse et exacte par le médecin du travail sur l'avis d'inaptitude d'un état de santé faisant obstacle à tout reclassement dans l'emploi (ou dans un emploi) ou de ce que tout maintien

du salarié dans l'emploi (ou dans un emploi) serait gravement préjudiciable à sa santé dispense totalement l'employeur de toute recherche des possibilités de reclassement, y compris le cas échéant au sein du groupe de reclassement auquel appartiendrait l'entreprise. C'est bien en ce sens que se prononce la Cour de cassation dans le premier arrêt du 8 février 2023 (n°21-19.232). En l'espèce, c'est en vain que le salarié licencié pour inaptitude avait invoqué à l'appui d'un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement l'absence de toute recherche au sein du groupe de reclassement dès lors que l'avis d'inaptitude mentionnait expressément que l'état de santé du salarié faisait obstacle à tout reclassement dans l'emploi.

Mais que la mention légale soit complétée ou modifiée, et l'employeur reste alors pleinement tenu de son obligation de reclassement. Or il n'est pas rare que le médecin du travail rajoute les termes « dans l'entreprise » en considération d'un état de santé du salarié jugé incompatible avec tout emploi dans l'entreprise, sans pour autant que ne soit exclue toute perspective d'un emploi au-delà du périmètre de l'entreprise. L'employeur doit alors se montrer extrêmement prudent : une telle mention ne le dispense pas de son obligation de reclassement. Le second arrêt du 8 février 2023 (n°21-11.356) en témoigne : en l'espèce, la Cour de cassation approuve la condamnation de l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dès lors que l'avis d'inaptitude mentionnait que l'état de santé du salarié faisait obstacle à tout reclassement dans « cette entreprise » et que l'employeur n'avait procédé à aucune recherche dans le groupe dans le reclassement. Notons également que dans cette hypothèse, l'employeur reste tenu de consulter le CSE alors qu'il en est dispensé lorsque l'avis du médecin du travail reprend expressément les formules légales (voir : Cass. soc. 8 juin 2022 (n°20-22.500) pour une inaptitude professionnelle et Cass. soc. 16 novembre 2022 (n°21-17.255) pour une inaptitude non professionnelle).

Confronté à une mention excluant un maintien « dans l'entreprise » l'employeur, afin de ne pas s'exposer à une condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, devra solliciter à nouveau le médecin du travail afin de disposer des préconisations nécessaires à la recherche des possibilités de reclassement et le cas échéant, d'être en capacité de justifier de l'impossibilité de reclasser le salarié.

- P. Bailly, *L'avis d'inaptitude à l'emploi et ses conséquences*, SSL n° 2035, 27 février 2023, p. 8.
- A. Dejean de la Batie, *Constat d'inaptitude : retour sur la portée de la réforme de 2016*, JSL n° 562, 26 avril 2023, p. 4.
- F. Dumont, *Portée générale de la dispense d'obligation de reclassement de l'employeur au regard de l'avis d'inaptitude mentionnant l'obstacle à tout reclassement dans l'emploi*, JCP S n° 13, 4 avril 2023, 1093.
- S. Riancho, *Inaptitude : l'obligation de reclassement et la motivation du licenciement en question*, BJT n° 3, 1^{er} mars 2023, p. 19.
- FRS 05/23, inf. 6, p. 18.
- RJS 04/23, n° 193.

▪ Licenciement

Pas d'annonce verbale du licenciement sans preuve de l'envoi préalable de la lettre de licenciement

Cass. soc. 28 septembre 2022, n°21-15.606, F-D

La décision présente le mérite de rappeler aux juges du fond qu'un employeur peut parfaitement prévenir un salarié licencié pour faute grave (ou faute lourde) qu'il ne doit plus se présenter au travail par voie d'échange oral ou téléphonique à condition que la lettre de licenciement ait bien été préalablement envoyée, ne serait-ce que quelques heures voire quelques minutes avant l'évocation orale du licenciement. Depuis 2005 (Cass. soc. 11 mai 2005, n°03-40.650 et 03-40.651), la jurisprudence retient en effet que la rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté de rompre le contrat de travail, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec

demande d'avis de réception notifiant la rupture. En l'espèce, le salarié avait établi qu'il avait été informé par un appel téléphonique reçu à 17h50, la lettre de licenciement ayant été réceptionnée le lendemain, ce qui supposait à tout le moins qu'elle ait été envoyée la veille. La CA en avait déduit la concomitance de leur date et conclu à un licenciement verbal en conséquence sans cause réelle et sérieuse ; à tort pour les Hauts magistrats faute d'avoir recherché si la lettre de licenciement n'avait pas été expédiée avant la conversation téléphonique. Il reviendra ainsi à la Cour d'appel de renvoi de rechercher la chronologie précise des faits. Il est donc essentiel que l'employeur ait bien veillé, avant toute évocation orale du licenciement, à s'aménager la preuve non seulement de la date mais également de l'heure exacte de l'envoi de la lettre de licenciement.

- A. Charbonneau, *Licenciement verbal et expédition de la lettre de notification : de l'importance d'établir une chronologie précise*, BJT n° 12, 1^{er} décembre 2022, p. 12.
- D.-J. Paturle, *Dire au salarié de ne plus venir travailler n'est pas un licenciement verbal si sa lettre de licenciement vient d'être expédiée*, JSL n° 555, 10 janvier 2023, p. 29.
- RJS 12/22, n° 606.

▪ Faculté de préciser le motif du licenciement

Absence d'obligation d'informer le salarié de sa faculté de demander des précisions sur le motif du licenciement

Cass. soc. 29 juin 2022, n°20-22.220, FS-B

Dans le souci d'assouplir la jurisprudence « Rogié », l'une des ordonnances du 22 septembre 2017 a permis à l'employeur de préciser les motifs du licenciement postérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement, soit spontanément, soit sur demande écrite du salarié (art. L. 1235-2 C. trav.) dans le délai de 15 jours suivant la notification du licenciement (art. R. 1232-13 C. trav.). A défaut de toute initiative du salarié, l'insuffisance de motivation est

dorénavant impuissante à rendre à elle seule le licenciement sans cause réelle et sérieuse et ne constitue qu'une irrégularité de procédure. Dans le présent arrêt, la Cour de cassation précise qu'aucune obligation d'informer le salarié de sa faculté de demander des précisions ne pèse sur l'employeur, les dispositions légales et réglementaires ne le prévoyant pas.

- C. Couëdel, *Précision des motifs de licenciement et information du salarié : une faculté plutôt qu'une obligation de l'employeur*, Dalloz actualité, 14 septembre 2022.
- A. Fabre, *Droit du salarié à demander des précisions sur le motif de son licenciement : l'employeur n'a pas l'obligation d'en faire mention dans la lettre*, RDT 2022, p. 505.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail avril 2022 - octobre 2022*, D. 2022, p. 2245.
- C. Gailhbaud, *Pas d'obligation d'informer le salarié de son droit de demander des précisions sur les motifs de son licenciement*, Gaz. Pal. n° 30, 27 septembre 2022, p. 61.
- INFOREG, *La procédure de précision des motifs de licenciement*, CDE n° 5, septembre 2022, prat. 24.
- F. Joly, *Pas de mention obligatoire du droit du salarié à demander des précisions sur le motif de licenciement*, LEDEN n° 8, 1^{er} septembre 2022, p. 6.
- Y. Leroy, *Précisions des motifs de licenciement : la grande illusion ?*, Dr. soc. 2022, p. 805.
- J. Mouly, *Abandon de la jurisprudence Rogié : l'employeur n'a pas l'obligation d'informer le salarié de son droit de demander que les motifs de licenciement soient précisés*, Dr. soc. 2022, p. 949.
- H. Nasom-Tissandier, *Pas d'obligation d'informer le salarié de la possibilité de demander une précision du motif de licenciement*, JSL n° 549, 7 octobre 2022, p. 9.
- S. Riancho, *Pas d'obligation d'information du salarié quant à sa possibilité de solliciter une précision du motif de licenciement*, BJT n° 9, 1^{er} septembre 2022, p. 11.
- F. Taquet, *Aucune obligation pour l'employeur d'informer le salarié de son droit à demander des précisions sur les motifs de son licenciement*, Rev. proc. coll. n° 5, septembre 2022, comm. 83.
- FRS 15/22, inf. 3, p. 5.
- RJS 10/22, n° 509.

Point de départ du délai pour apporter des précisions sur le motif économique de la rupture en cas d'adhésion à un CSP

Cass. soc. 5 avril 2023, n°21-18.636, FS-B

L'adhésion d'un salarié à un contrat de sécurisation professionnelle (CSP) constituant une modalité du licenciement pour motif économique, la rupture doit avoir une cause économique réelle et sérieuse. La jurisprudence exige de longue date que l'employeur informe le salarié du motif économique de la rupture dans un écrit porté à la connaissance du salarié au plus tard au moment de son acceptation (cf en dernier lieu : Cass. soc. 18 janvier 2023, n°21-19.349). Pour répondre aux exigences légales de motivation, doivent être indiquées à la fois la raison économique de la rupture et son incidence sur l'emploi ou le contrat de travail. Que l'une ou l'autre de ces indications fasse défaut et le motif est imprécis. Dans le présent arrêt, la Cour de cassation admet tout d'abord que le motif économique énoncé par l'employeur lors de la proposition de CSP au salarié puisse dorénavant être précisé conformément aux articles L. 1235-2 et R. 1235-13 du code du travail. Restait à déterminer le point de départ du délai de 15 jours dont dispose l'employeur pour prendre le cas échéant l'initiative d'apporter les précisions nécessaires (ou dont dispose le salarié pour demander des précisions). L'hésitation était permise dans la mesure où l'exigence jurisprudentielle d'une information sur le motif économique au plus tard au moment de l'adhésion semble bien reposer sur la nécessité pour le salarié d'avoir pu prendre sa décision en pleine connaissance de cause. La Cour de cassation procède toutefois par parallélisme avec le licenciement : puisque c'est l'acceptation du CSP qui emporte rupture du contrat, le délai de 15 jours pour préciser le motif ne commence à courir qu'à la date de l'adhésion du salarié au dispositif.

- X. de Jerphanion, *Application de la procédure de précision du motif de licenciement en cas d'adhésion du salarié au CSP*, JCP S n° 19-20, 16 mai 2023, 1130.
- F. Gabroy, *Contrat de sécurisation*

professionnelle : point de départ du délai de quinze jours pour préciser le motif économique de licenciement, Dalloz actualité, 19 avril 2023.

- L. Moins, *CSP : l'employeur peut préciser le motif économique de la rupture dans les 15 jours suivant l'adhésion du salarié*, Lamy Actualités du droit, 11 avril 2023.
- FRS 10/23, inf. 4, p.12.
- RJS 06/23, n° 310.

▪ Licenciement pour motif économique

Ordre des licenciements : critère relatif à la situation des salariés présentant des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile

Cass. soc. 12 juillet 2022, n°20-23.651, F-B

Lorsqu'un licenciement individuel ou collectif pour motif économique est envisagé et à défaut d'accord collectif, l'employeur définit unilatéralement les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements après consultation du CSE. Il doit cependant nécessairement prendre en compte l'ensemble des critères légaux énoncés à l'article L. 1233-5 du code du travail, dont celui tiré de la situation des salariés présentant des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile et notamment, mais pas seulement, celle des personnes handicapées et des salariés âgés. De manière surprenante, la Cour d'appel avait en l'espèce considéré que l'employeur n'était pas tenu de prendre en compte la situation d'un salarié engagé sous contrat d'insertion revenu minimum d'activité (CI-RMA) au motif qu'il n'était pas en situation de handicap. Sa décision ne pouvait qu'être censurée d'une part en raison du caractère expressément non limitatif des situations répondant à ce critère, d'autre part du fait que le CI-RMA, aujourd'hui disparu, était un contrat à destination des personnes particulièrement éloignées de l'emploi et présentant bien en conséquence des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile. La solution est sans doute aujourd'hui transposable au contrat unique d'insertion à

durée indéterminée, le CUI-CAE et le CUI-CIE ayant tous deux pour objet de faciliter l'insertion professionnelle des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi (arts. L. 5134-20 et L. 5134-65 C. trav.).

- C. Couëdel, *Critères d'ordre de licenciement : nécessaire prise en compte de la situation particulière des salariés en contrat d'insertion*, Dalloz actualité, 15 septembre 2022.
- H. de Frémont, *La prise en compte du CI-RMI dans les critères d'ordre des licenciements pour motif économique*, LEDEN n° 9, 1^{er} octobre 2022, p. 6.
- R. Favre, *Le contrat d'insertion comme critère d'ordre des licenciements*, JCP S n° 38, 27 septembre 2022, 1243.
- K. Le Petitcorps, *Ordre des licenciements : précision sur un des critères légaux*, Lamy Actualités du droit, 29 août 2022.
- J.-P. Lhernould, *Prise en compte des contrats aidés dans les critères d'ordre des licenciements économiques*, JSL n° 548, 23 septembre 2022, p. 4.
- S. Ranc, *Précision relative à la réinsertion professionnelle en tant que critère d'ordre des licenciements*, BJT n° 10, 1^{er} octobre 2022, p. 15.
- FRS 16/22, inf. 3, p. 5.
- RJS 10/22, n° 510.

▪ Procédure lourde de licenciement collectif avec PSE

Obligation de mise en place d'un PSE - UES

Cass. soc. 28 septembre 2022, n°21-19.092, F-B

Les conditions d'effectifs et de nombre de licenciements envisagés dont dépend l'obligation de mettre en place un PSE s'apprécient en principe au niveau de l'entreprise sauf lorsque dans le cadre d'une UES, la décision de licencier a été prise au niveau de celle-ci (Cass. soc. 16 novembre 2010). Mais qu'en est-il lorsque le jugement reconnaissant l'UES fait l'objet d'un appel toujours pendant lorsqu'est engagée la procédure de licenciement ? L'appel étant suspensif, la Cour de cassation en déduit que les conditions présidant à l'obligation

d'élaborer un PSE doivent s'apprécier au niveau de l'entreprise considérée.

- B. Bossu, J.-F. Cesaro, L. Dauxerre, E. Jeansen, Y. Pagnerre, B. Teyssié, *Droit du travail*, JCP E n° 13, 30 mars 2023, 1098.
- J. Daniel, *UES : une perturbation durable pour la mécanique du licenciement pour motif économique*, JCP S n° 42, 25 octobre 2022, 1271.
- N. Dedessus-Le-Moustier, *Mise en œuvre d'un PSE et procédure de reconnaissance d'une UES*, JCP G n° 41, 17 octobre 2022, act. 1159.
- L. Fin-Langer, *Quelle influence de la reconnaissance d'une UES sur la procédure de licenciement pour motif économique prononcé à la suite de l'ouverture d'une liquidation judiciaire ?*, Act. Proc. coll. n° 20, décembre 2022, alerte 261.
- D. Jacotot, *Le licenciement en liquidation judiciaire à l'épreuve de l'unité économique et sociale*, Rev. proc. coll. n° 1, janvier-février 2023, comm. 13.
- L. Malfettes, *Jugement de reconnaissance d'une UES frappé d'appel et grand licenciement économique*, Dalloz actualité, 17 octobre 2022.
- H. Nasom- Tissandier, *Les conditions d'appréciation de mise en place d'un PSE peuvent s'apprécier au niveau de l'UES*, JSL n° 551, 7 novembre 2022, p. 21.
- RJS 12/22, n° 609.

Protection de la santé et contrôle de l'autorité administrative dans les procédures lourdes avec PSE

CE 21 mars 2023, n°460660, n°460924 ; CE 21 mars 2023, n°450012

En confiant à l'autorité administrative le contrôle du respect par l'employeur de son obligation de sécurité/prévention préalablement à la mise en œuvre d'un projet de restructuration emportant PSE dans le cadre de sa décision d'homologation ou de validation, le Tribunal des conflits (8 juin 2020, n° C4189) a certes adopté une position non dépourvue d'une certaine logique juridique mais qui a laissé entreprises et Dreets dans l'embarras, ce contrôle il faut bien l'avouer, n'ayant guère été prévu et par conséquent organisé par le législateur. Les éclairages apportés par le Conseil d'Etat étaient donc attendus.

Ces premières décisions laissent toutefois subsister un certain nombre d'incertitudes. En effet, étant toutes deux rendues dans le cadre d'une homologation, la nature et l'étendue du contrôle opéré par le Dreets lors d'une demande de validation d'un projet de licenciement collectif négocié restent incertains. Toutefois, au regard de l'objectif de prévention des risques professionnels, qui se distingue nettement de la finalité du PSE, et en considération de l'exigence légale de l'article L. 4121-1 du code du travail de prendre les mesures nécessaires à la protection de la santé des salariés, rien ne semble justifier que le contrôle de l'autorité administrative soit d'une moindre intensité lors de l'examen d'une demande de validation.

Mais précisément, quelle est l'exacte étendue du contrôle que doit opérer le Dreets ? Dans les deux espèces considérées, le Conseil d'Etat conclut à la nécessaire annulation de l'homologation dès lors que l'autorité administrative soit n'avait pas du tout contrôlé si l'employeur avait respecté son obligation de prévention, seule la régularité de la procédure de consultation ayant été vérifiée (pouvoi n°450012), soit avait accordé l'homologation bien que l'employeur n'ait pris aucune mesure propre à protéger les salariés alors que des risques pour leur santé étaient avérés (pouvois n°460660 et 460924). La complète défaillance de l'autorité administrative dans le contrôle qui lui incombait justifiait donc dans les deux cas l'annulation de l'homologation.

Le Conseil d'Etat fournit toutefois des indications sur l'étendue du contrôle qu'est appelé à opérer le Dreets. Il énonce en effet que si l'employeur a arrêté des actions de prévention, le Dreets doit vérifier « si celles-ci correspondent à des mesures précises et concrètes, au nombre de celles prévues aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail qui, prises dans leur ensemble, sont au regard de ces risques, propres à les prévenir et à protéger les travailleurs ». La formulation employée et la mise en œuvre de la méthode d'appréciation globale laissent la porte ouverte à une appréciation distincte et sans doute plus souple de l'exigence des mesures

nécessaires pour protéger la santé des travailleurs (art. L. 4121-1 C. trav.) que celle jusqu'ici opérée par le juge judiciaire. En revanche, il semble que le Conseil d'Etat distingue à juste titre, le contrôle du respect de l'obligation de prévention assortie de l'exigence pour l'employeur de prendre les mesures nécessaires, du contrôle du contenu du PSE lui-même. Il importe en effet de les distinguer, le PSE répondant à des finalités totalement distinctes de maintien dans l'emploi et de reclassement des salariés, et la caractérisation de son insuffisance s'opérant au terme d'un contrôle de proportionnalité aux moyens de l'entreprise (ou du groupe auquel elle appartient). Néanmoins, le communiqué disponible sur le site du Conseil d'Etat qui, il est vrai n'a guère de portée juridique, est source de confusions puisqu'il indique que le « PSE soumis à la DREETS ne comportait aucune mesure propre à protéger les salariés », ou vise l'absence de mise en œuvre par la Dreets de son obligation de contrôle « du PSE en matière de RPS ». La distinction entre contrôle du contenu du PSE et contrôle du respect de l'obligation de prévention est pourtant d'autant plus essentielle que l'article L. 1235-10 du code du travail ne prévoit la nullité de la procédure de licenciement (et donc des licenciements consécutifs) qu'en cas d'annulation de la décision d'homologation ou de validation pour insuffisance du PSE. Rattacher, comme l'avait fait la CAA de Versailles (29 novembre 2021, n°21VE02582) l'insuffisance des mesures de prévention à l'insuffisance du PSE était de ce point de vue discutable, comme l'a d'ailleurs souligné dans ses conclusions le rapporteur public Jean-François de Montgolfier (arrêt n° 460660 et 460924). A défaut pour le pourvoi d'avoir critiqué cette grille d'analyse, le Conseil d'Etat n'a cependant pas eu à se prononcer sur ce point. Il serait néanmoins souhaitable qu'il procède à une clarification. Enfin, il ressort des arrêts considérés qu'au titre du contrôle global de la régularité de la procédure d'information et de consultation du CSE, le Dreets doit vérifier que le CSE a pu donner son avis en toute connaissance de cause et, notamment qu'il a disposé de toutes les informations utiles pour pouvoir se

prononcer, à savoir les éléments relatifs à l'identification et à l'évaluation des conséquences de la réorganisation sur la santé ou la sécurité des travailleurs, et le cas échéant aux actions arrêtées pour les prévenir transmis par l'employeur lors de la convocation du CSE à la première réunion ou en réponse à des demandes du CSE ou des observations ou injonctions du Dreets. En indiquant que l'obligation d'information et de consultation porte sur les conséquences sur la santé du projet de réorganisation, le Conseil d'Etat renvoie ainsi à l'obligation de consultation sur l'opération projetée et ses modalités d'application visée par l'article L. 1233-30, dans le droit fil de la décision du Tribunal des conflits et de sa jurisprudence antérieure. Il en résulte que cette consultation s'impose de manière identique lorsque le projet de licenciement collectif est négocié.

- H. de Frémont, *RPS : précisions utiles sur la nature et l'étendue du contrôle de l'administration*, LEDEN n° 5, 1^{er} mai 2023, p. 6.
- J.-F. de Montgolfier, *PSE et RPS : l'étendue du contrôle de l'administration*, SSL n° 2040, 3 avril 2023, p. 5.
- L. de Montvalon, *Prise en compte de la prévention des risques professionnels lors de l'élaboration d'un PSE : des réponses et des questions*, RDT 2023, p. 476.
- L. de Montvalon, T. Le Gall, P. Rozec, *L'intégration de la prévention des RPS au PSE, pour quoi faire ?*, RDT 2023, p. 377.
- B. Gauriau, *La mission élargie de l'Administration face à un PSE ou la nécessaire prise en compte des risques psychosociaux*, JCP S n° 18, 9 mai 2023, 1124.
- M. Hautefort, *Homologation du PSE : le Conseil d'Etat insiste sur la prévention des risques psychosociaux*, JSL n° 564, 24 mai 2023, p. 7.
- D. Jacotot, *PSE, RPS : contrôle de l'autorité administrative*, Rev. proc. coll. n° 4, juillet-août 2023, comm. 70.
- L. Marquet De Vasselot, A. Martinon, *Les contrôles administratifs et judiciaires*, JCP S n° 18, 9 mai 2023, 1120.
- S. Norval-Grivet, *Le contrôle des risques psycho-sociaux au stade du PSE : mode (et précautions) d'emploi*, Dalloz actualité, 6 avril 2023.
- C. Pietralunga, *La validité de l'homologation du PSE est conditionnée à la prise en compte des risques psychosociaux*, Lamy Actualités du droit,

29 mars 2023.

- A. Stoki, *Le contrôle du respect de l'obligation de sécurité dans les PSE : des clarifications mais des questions en suspens*, SSL n° 2040, 3 avril 2023, p. 11.
- FRS 08/23, inf. 3, p. 5.
- RJS 05/23, n° 258.

▪ Droits à intéressement

Congé de reclassement et droits à intéressement

Cass. soc. 1^{er} juin 2022, n°20-16.404, FS-B

La Cour de cassation apporte des éclaircissements concernant le droit à intéressement d'un salarié ayant opté pour un congé de reclassement.

La Cour de cassation reconnaît tout d'abord sans surprise que le salarié en congé de reclassement doit bien être considéré comme un bénéficiaire de l'accord d'intéressement (sous réserve d'une condition d'ancienneté qui ne peut excéder 3 mois). La qualité de bénéficiaire appartient en effet selon l'article L. 3342-1 du code du travail à tout salarié compris dans le champ d'un accord d'intéressement. Or le salarié en congé de reclassement demeure salarié de l'entreprise jusqu'à la fin de son congé de reclassement en application de l'article L. 1233-72 du code du travail. La même solution avait déjà été adoptée par la jurisprudence concernant le droit à participation.

Elle se prononce ensuite sur l'étendue de son droit à intéressement. Celle-ci dépend des modalités de répartition de l'enveloppe globale d'intéressement fixées par l'accord (art. L. 3314-5 C. trav.). L'hypothèse la plus simple réside dans un accord prévoyant une répartition uniforme auquel cas le salarié en congé de reclassement doit bénéficier des mêmes droits à intéressement que les autres salariés. Mais au cas présent, l'accord prévoyait une répartition proportionnelle au temps de présence et aux salaires.

Pour la partie répartie en fonction du temps de présence, doivent être prises en compte les périodes de travail effectif ainsi que les périodes assimilées à du temps de travail effectif. Or la Cour de cassation précise que le

congé de reclassement n'est pas légalement assimilé à une période de temps de travail effectif. On notera que la généralité de la formule employée pourrait laisser penser qu'elle y englobe la période du congé correspondant au préavis. Toutefois, sa prise en considération par l'employeur pour le calcul des droits du salarié n'était pas en cause en l'espèce de telle sorte que l'incertitude sur ce point demeure. Quant à l'accord, il ne prévoyait pas davantage l'assimilation du congé de reclassement à une période de temps de travail effectif. En conséquence, le salarié ne pouvait prétendre à aucune prime d'intéressement à ce titre.

Concernant la répartition en fonction des salaires, l'étendue des droits à intéressement dépend de la définition conventionnelle du salaire à prendre en compte et donc de l'intégration ou non dans son champ des allocations de reclassement versées au salarié en congé de reclassement. Il ressortait en l'espèce des dispositions conventionnelles que l'employeur n'était nullement contraint de prendre en compte le montant des allocations de reclassement excédant la durée du préavis. Pas davantage n'y est-il tenu au titre de l'article L. 3314-3 du code du travail. Aussi la Cour de cassation légitime-t-elle le mode de calcul des droits à intéressement opéré en l'espèce par l'employeur.

- C. Couëdel, *Salariés en congé de reclassement et bénéfice de l'intéressement : quelles modalités de calcul et de répartition ?*, Dalloz actualité, 17 juin 2022.
- Q. Frisoni, M. Loizel, L. Pascaud *Congé de reclassement et intéressement : affaire classée ?*, SSL n° 2010, 29 août 2022, p. 15.
- P. Mureau, *Congé de reclassement : quelles incidences sur les droits issus de l'intéressement et la participation ?*, JSL n° 546, 21 juillet 2022, p. 11.
- FRS 13/22, inf. 5, p. 10.
- RJS 08-09/22, n° 467.

▪ Alerte

Niveau de mise en place du registre d'alerte en matière de risque grave pour la santé publique ou l'environnement dans une entreprise comportant plusieurs établissements

Cass. soc. 28 septembre 2022, n°21-16.993, F-B

Le travailleur, ou un représentant du personnel, qui estimerait de bonne foi que les produits ou procédés de fabrication utilisés par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement peut en alerter directement l'employeur (arts. L. 4133-1 et L. 4133-2 C. trav.). Cette alerte est consignée par écrit dans un registre spécial qui doit être tenu, sous la responsabilité de l'employeur, à disposition des représentants du personnel (arts. D. 4133-1 et D. 4133-2 C. trav.). Mais l'employeur est-il contraint de mettre en place un registre spécial dans chacun des établissements/sites de l'entreprise ? La Cour de cassation procède à une distinction : si l'entreprise est dotée d'un unique CSE, le registre ne s'impose qu'au siège social et non pas dans chacun des établissements/sites (en l'espèce dans chacun des magasins de l'entreprise). Il s'en déduit qu'à l'inverse, lorsque l'entreprise comprend des établissements distincts au sens juridique du terme et que plusieurs CSE sont ainsi constitués, l'employeur doit tenir un registre spécial dans chacun des établissements distincts.

La même solution devrait sans doute s'imposer s'agissant du registre dans lequel doit être consigné l'avis du représentant du personnel qui a constaté un danger grave et imminent pour la santé ou la sécurité d'un ou plusieurs travailleurs (arts. L. 4132-2 et D. 4132-1 C. trav.).

- B. Bossu, J.-F. Cesaro, L. Dauxerre, E. Jeansen, Y. Pagnerre, B. Teyssié, *Droit du travail*, JCP E n° 13, 30 mars 2023, 1098.
- C. Couëdel, *Registre d'alerte en matière de santé et d'environnement : à quel niveau le mettre en place en cas de multiplicité d'établissements ?*, Dalloz actualité, 13 octobre 2022.
- M. Hautefort, *Un seul CSE, un seul registre des alertes environnementales*, JSL n° 551, 7 novembre 2022, p. 18.
- J.-Y. Kerbourc'h, *Tenue du registre d'alerte en matière de santé et d'environnement : le sacre de l'établissement distinct*, JCP S n° 42, 25 octobre 2022, 1272.

- C. Pietralunga, *Alerte santé publique et environnement : le registre ne s'impose pas dans les établissements sans CSE*, Lamy Actualités du droit, 5 octobre 2022.
- M. Véricel, *Registre d'alerte en matière de risque grave pour la santé publique ou l'environnement : précisions sur sa mise en place*, RDT 2022, p. 718.
- FRS 19/22, inf.8, p.16.
- RJS 12/22, n° 614.

Alerte pour atteinte aux droits des personnes : imputation du temps passé sur le crédit d'heures de délégation

Cass. soc. 9 novembre 2022, n°21-16.230, F-D

La Cour de cassation pose en principe que le temps passé par les membres de la délégation du personnel au CSE à l'exercice de leur droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes (art. L. 2312-59 C. trav.) s'impute sur leur crédit d'heures de délégation.

En l'espèce, était en cause le temps passé à la réunion organisée par l'employeur à la demande des membres de la délégation du personnel du CSE qui avaient exercé leur droit d'alerte au motif d'une discrimination envers une femme enceinte. Les juges du fond l'avaient analysé en du temps passé à la recherche de mesures préventives dans une situation d'urgence et de gravité au sens de l'article L. 2315-11 du code du travail justifiant de son paiement comme temps de travail effectif sans imputation sur les heures de délégation. Leur décision est censurée par la Cour de cassation pour qui ce temps de réunion s'inscrivait bien dans le cadre de la mission confiée par l'article L. 2312-59 du code du travail aux représentants du personnel.

- J.-B. Cottin, *Droits d'alerte du CSE : quelles sont les dernières précisions apportées par les juges ?*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 232, 1^{er} janvier 2023, p. 6.
- M.-C. Tual, *Le temps passé par les membres du CSE à l'exercice d'une alerte pour atteinte aux droits des personnes s'impute sur le crédit d'heures*, Lamy Actualités du droit, 30 novembre 2022.
- FRS 24/22, inf. 7, p. 14.
- RJS 02/23, n° 90.

▪ Représentants du personnel

Mise en place de représentants de proximité : accord d'entreprise exigé !

Cass. soc. 1^{er} juin 2023, n°22-13.303, FS-B

La Cour de cassation exclut que la mise en place de représentants de proximité puisse s'opérer par accord d'établissement.

L'article L. 2313-7 du code du travail exige en effet que leur mise en place se fasse par l'accord d'entreprise « défini par l'article L. 2313-2 » du code du travail c'est-à-dire par l'accord d'entreprise (majoritaire sans possibilité de référendum) déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts. C'est le principe. Mais qu'en est-il en cas d'échec des négociations sur la définition des établissements distincts ? La Cour de cassation envisage à ce titre l'hypothèse dans laquelle, faute d'accord collectif, le nombre et le périmètre des établissements distincts auront été définis unilatéralement par l'employeur (ou en cas de litige portant sur sa décision, par l'autorité administrative ou le juge judiciaire conformément à l'article 2313-5 du code du travail). Elle admet donc que la mise en place de représentants de proximité puisse s'opérer malgré l'échec des négociations sur la définition des établissements distincts. Mais n'en est pas pour autant ouverte la faculté de conclure un accord d'établissement : la Cour de cassation maintient l'exigence d'un accord d'entreprise majoritaire (sans possibilité de référendum). Celui-ci doit prévoir « pour l'ensemble de l'entreprise » (formule qui mériterait éclaircissements) la mise en place des représentants de proximité rattachés aux différents CSE d'établissement. Il y avait donc lieu en l'espèce d'annuler les dispositions de l'accord d'établissement prévoyant la mise en place des représentants de proximité ce qui, précise la Cour de cassation, emporte caducité de leurs mandats.

- J.-B. Cottin, *Seul l'accord d'entreprise de division en établissements distincts peut mettre en place des représentants de proximité !*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 238, 1^{er} juillet 2023,

p. 21.

- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail novembre 2022 - juin 2023*, D. 2023, p. 1443.
- G. François, *Quel accord collectif pour la mise en place des représentants de proximité ?*, Dr. soc. 2023, p. 697.
- C. Gontard, *Représentants de proximité : leur mise en place nécessite un accord d'entreprise*, Lamy Actualités du droit, 5 juin 2023.
- G. Loiseau, *Premières vues sur les représentants de proximité*, JCP S n° 27-28, 11 juillet 2023, 1188.
- C. Mariano, *Nature de l'accord de mise en place des représentants de proximité : le choix de l'interprétation littérale*, BJT n° 07-08, 1^{er} juillet 2023, p. 14.
- E. Peskine, *Quel accord collectif pour mettre en place des représentants de proximité ?*, RDT 2023, p. 489.
- C. Wolmark, *Représentants de proximité et négociation d'établissement*, SSL n° 2056, 28 août 2023, p. 10.
- FRS 14/23, inf. 7, p. 12.
- RJS 08-09/23, n° 456.

Fixation des critères de définition des établissements distincts : la liberté des partenaires sociaux consacrée

Cass. soc. 1^{er} février 2023, n°21-15.371, FS-B+R

La Cour de cassation conforte la primauté de la négociation collective sur la décision unilatérale de l'employeur et consacre la liberté des partenaires sociaux dans la détermination des critères permettant de fixer le nombre et le périmètre des établissements distincts. Elle refuse en effet, en l'absence de toute restriction légale résultant de l'article L. 2313-2 du code du travail (et en conformité avec le droit de l'Union européenne) de subordonner la validité de l'accord d'entreprise à la prise en compte par les partenaires sociaux d'un quelconque critère impératif, et en particulier du critère tiré de la spécificité d'un métier qui était invoqué en l'espèce par un syndicat non signataire de l'accord aux fins d'obtenir la reconnaissance d'un établissement distinct propre au personnel navigant. Pas davantage ne s'impose aux partenaires sociaux la prise en

compte du critère, tel qu'interprété par la jurisprudence, de « l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel » qui précisément n'a été posée par le législateur qu'à défaut d'accord, lorsque l'employeur est autorisé de manière supplétive à procéder par décision unilatérale (art. L. 2313-3 C. trav. et Cass. soc. 17 avril 2019, n°18-22.948). La Cour de cassation ne formule qu'une réserve à la liberté des partenaires sociaux : la fixation du nombre et du périmètre des établissements doit permettre la représentation de l'ensemble des salariés eu égard au principe à valeur constitutionnelle de participation (art. 8 du Préambule de la Constitution de 1946). Ce qui signifie bien que la validité de l'accord serait remise en cause s'il en résultait que des salariés étaient privés de représentation : la liberté des partenaires sociaux est grande mais elle reste, sur ce fondement, soumise au contrôle du juge. Telle que présentée, il s'agit toutefois d'un contrôle *a minima*. En l'espèce il ne faisait d'ailleurs pas de doute que la représentation des pilotes était assurée. Mais on peut noter que la Cour de cassation procède au cas présent à une vérification somme toute assez approfondie. C'est peut-être sur l'étendue de ce contrôle que porteront les litiges de demain.

- G. Auzero, *La libre détermination des établissements distincts par la voie conventionnelle*, BJT n° 3, 1^{er} mars 2023, p. 24.
- D. Chenu, *Détermination de la circonscription électorale du CSE par accord collectif*, Dr. soc. 2023, p. 567.
- F. Duquesne, J. Heintz, *La négociation du périmètre du comité social et économique d'établissement sous l'emprise du principe de participation*, JCP G n° 8-9, 27 février 2023, act. 285.
- O. Dutheillet de Lamothe, *Détermination des établissements distincts du CSE : le retour de la négociation collective dans la jurisprudence de la chambre sociale*, Lamy Actualités du droit, 17 février 2023 ; *L'arrêt de la Cour de cassation Air France du 1^{er} février 2023 : le retour de la négociation collective*, SSL n° 2034, 20 février 2023, p. 15.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail novembre 2022 - juin 2023*, D. 2023, p. 1443.

- C. Gontard, *Détermination des établissements distincts : les partenaires sociaux seuls juges*, Lamy Actualités du droit, 6 février 2023.
- D. Guillouet, A.-S. Lehembre, *Liberté des syndicats dans le découpage de l'entreprise en établissements distincts*, JSL n° 559, 6 mars 2023, p. 13.
- J. Jardonnet, *Les partenaires sociaux définissent librement les établissements distincts, sans être contraints par les spécificités d'un métier*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 235, 1^{er} avril 2023, p. 23.
- E. Jeansen, Y. Pagnerre, *Les normes fondamentales au secours des établissements distincts conventionnels*, JCP S n° 8, 28 février 2023, 1054.
- L. Malfettes, *Libre détermination des établissements distincts par les partenaires sociaux : rappel de la nécessaire représentation de l'ensemble des salariés*, Dalloz actualité, 13 février 2023.
- C. Wolmark, *Liberté de détermination conventionnelle des établissements distincts en vue de la mise en place des CSE d'établissement*, RDT 2023, p. 130.
- FRS 04/23, inf. 9, p. 23.
- RJS 04/23, n° 209.

Elaboration de l'ordre du jour des réunions du CSE

Cass. soc. 28 septembre 2022, n°21-15.154, F-D

Bien que non publié, le présent arrêt ouvre la voie à de plus larges hypothèses d'inscription unilatérale par l'employeur d'une question à l'ordre du jour à la suite d'un refus du secrétaire du comité.

Le législateur a en effet prévu, par exception au principe de l'élaboration conjointe de l'ordre du jour, que les consultations rendues obligatoires par une disposition législative ou réglementaire, ou par un accord collectif sont inscrites de plein droit par le président ou le secrétaire (art. L. 2315-29 C. trav. – anc. L. 2325-15 C. trav.). Dans le présent arrêt, la Chambre sociale de la Cour de cassation étend la faculté d'inscription unilatérale à une information/consultation du CSE rendue obligatoire par la jurisprudence.

En l'espèce, était en cause la mise à l'ordre du jour de la dénonciation par l'employeur d'un accord atypique relatif au régime de

prétraite applicable dans l'entreprise. On sait que la Cour de cassation impose pour que la dénonciation d'un usage d'entreprise ou d'un engagement unilatéral de l'employeur soit régulière notamment qu'une information soit donnée au comité en réunion après inscription à l'ordre du jour (Cass. soc. 5 janvier 2005, n°02-42.819). De surcroît, le comité en l'espèce avait lui-même invoqué qu'une consultation, et non pas une simple information, était obligatoire. La Cour de cassation en déduit sur le fondement de l'article L. 2325-15 du code du travail alors applicable, que l'inscription unilatérale par l'employeur était régulière, en prenant le soin toutefois de vérifier que l'employeur avait bien préalablement sollicité le secrétaire afin qu'elle soit inscrite à l'ordre du jour conformément à sa jurisprudence (Cass. soc. 12 juillet 2010, n°08-40.740). L'employeur doit donc être en mesure en cas de contestation d'établir que l'inscription à l'ordre du jour de la question a fait l'objet d'un désaccord. A cet égard, le présent arrêt admet parfaitement que cette preuve puisse être apportée par la production d'attestations.

• M.-C. Tual, *Une consultation du CSE peut être inscrite à l'ordre du jour malgré l'opposition du secrétaire*, Lamy Actualités du droit, 28 octobre 2022.

Autonomie des consultations ponctuelles et de la consultation récurrente sur les orientations stratégiques

Cass. soc. 21 septembre 2022, n°20-23.660, FS-B+R

La question de l'articulation entre les consultations ponctuelles sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise (arts. L. 2312-8 et L. 2312-37 C. trav.) et la consultation récurrente sur les orientations stratégiques introduite par le législateur en 2013 (art. L. 2312-24 C. trav.) a divisé tant la doctrine que les juridictions du fond. La position de la Cour de cassation était donc attendue. Par un arrêt du 21 septembre 2022, celle-ci opte clairement en faveur de l'indépendance des consultations ponctuelles par rapport à la

consultation sur les orientations stratégiques. Elle énonce en effet que la consultation ponctuelle sur la modification de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise ou en cas de restructuration et compression des effectifs n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le CSE sur les orientations stratégiques de l'entreprise. Toute action afin que soit ordonnée la suspension de la consultation ponctuelle au motif que le projet considéré n'aurait pas été abordé dans le cadre de la consultation sur les orientations stratégiques, ou que le CSE en aurait été insuffisamment informé, est donc vouée à l'échec.

Subsiste toutefois une interrogation soulevée par une partie de la doctrine : en irait-il de même en cas de déloyauté de l'employeur lors de la consultation sur les orientations stratégiques, alors qu'il aurait pris le soin de dissimuler une orientation impliquant un proche projet relevant de la consultation ponctuelle ? La déloyauté est difficilement acceptable. Mais rien dans la solution telle qu'elle est formulée par la Cour de cassation ne suggère qu'elle souffrirait d'exceptions. S'il s'avérait que la déloyauté n'était pas davantage susceptible de justifier la suspension de la consultation sur le projet ponctuel, cela ne signifie pas que l'employeur n'encourrait aucune sanction. Il s'exposerait à des poursuites pour délit d'entrave et à une condamnation à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le CSE.

- L. Aluome, *Consultations ponctuelles et récurrentes du CSE : la Cour de cassation se prononce en faveur de l'autonomie*, JCP E n° 48, 1^{er} décembre 2022, 1394.
- C. Arandel, K. Benyahya, *Articulation des consultations du CSE : quand la consultation ponctuelle s'émancipe de la consultation récurrente !*, JSL n° 553-554, 22 décembre 2022, p. 24.
- V. Armillei, P. Lagesse, *Les consultations ponctuelles et récurrentes du CSE : des obligations indépendantes*, Rev. sociétés 2023, p. 49.
- F. Aubonnet, *Les consultations ponctuelles ne sont pas subordonnées au respect préalable de la consultation sur les orientations stratégiques*,

SSL n° 2016, 10 octobre 2022, p. 6.

- G. Auzero, *Indépendance de la consultation sur les orientations stratégiques et des consultations ponctuelles*, BJS n° 11, 1^{er} novembre 2022, p. 6.
- B. Bossu, J.-F. Cesaro, L. Dauxerre, E. Jeansen, Y. Pagnerre, B. Teyssié, *Droit du travail*, JCP E n° 13, 30 mars 2023, 1098.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail avril 2022 - octobre 2022*, D. 2022, p. 2245.
- N. Gssime, *Consensus des juges sur l'autonomie des consultations du CSE sur le PSE et sur les orientations stratégiques*, SSL n° 2038, 20 mars 2023, p. 4.
- G. Loiseau, *L'indépendance des consultations du CSE*, JCP S n° 40, 11 octobre 2022, 1254.
- C. Mariano, *Articulation des consultations du CSE : pas d'obligation de coordonner les consultations ponctuelles avec la consultation récurrente sur les orientations stratégiques*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2022, p. 26.
- P. Mureau, *Consultation récurrente sur les orientations stratégiques et consultation sur un projet ponctuel : la question de l'articulation est close*, JSL n° 550, 22 octobre 2022, p. 11.
- R. Ouakrat, *L'employeur peut-il consulter le CSE sur un projet de restructuration sans l'avoir préalablement consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise ?* Les Cahiers Lamy du CSE n° 230, 1^{er} novembre 2022, p. 29.
- M.-C. Tual, *L'employeur peut consulter le CSE sur un projet de restructuration même s'il ne l'a pas préalablement consulté sur les orientations stratégiques*, Lamy Actualités du droit, 5 octobre 2022.
- FRS 18/22, inf. 5, p. 9.
- RJS 11/22, n° 572.

▪ Délégué à la protection des données

Licencier un DPD : à quelles conditions ?

CJUE 22 juin 2022, aff. C-534/20 ; CE 21 octobre 2022, n°459254

A la suite de son licenciement, et du refus de la CNIL de donner suite à sa plainte formée sur le fondement de l'article 38§3 du RGPD, une déléguée à la protection des données (DPD) a exercé un recours devant le Conseil d'Etat. Rappelons que l'article 38§3 du RGPD garantit l'indépendance dont doit bénéficier le DPD dans l'exercice de sa mission en interdisant

qu'il soit relevé de ses fonctions ou pénalisé pour l'exercice de ses missions.

Le Conseil d'Etat, reprenant en substance l'interprétation faite par la CJUE de l'article 38 §3 du RGPD dans une décision du 22 juin 2022, admet toutefois que cette disposition ne fait pas obstacle à la sanction ou au licenciement d'un DPD en raison de manquements à des règles internes à l'entreprise dont le respect s'impose à tous les salariés dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec son indépendance fonctionnelle. Il ressort en effet de l'arrêt de la CJUE :

- que la protection instaurée par l'article 38 § 3 du RGPD doit certes s'entendre d'une protection « contre toute décision par laquelle il serait mis fin à ses fonctions, par laquelle il subirait un désavantage ou qui constituerait une sanction », mais dont l'étendue doit s'apprécier à l'aune de sa finalité, à savoir préserver « l'indépendance fonctionnelle » du DPD et ainsi garantir l'effectivité des dispositions du RGPD (encore en ce sens : CJUE 9 février 2023, aff. C-453-21 et aff. C-560/21).

- que l'article 38 du RGPD n'a pas pour objet de régir globalement les relations de travail entre un responsable du traitement ou un sous-traitant et des membres de son personnel, lesquelles ne sont susceptibles d'être affectées que de manière accessoire, dans la mesure strictement nécessaire à la réalisation des objectifs du RGPD.

En l'espèce, l'employeur pouvait donc reprocher à la salariée DPD un non-respect des règles internes (à savoir notamment s'affranchir des chaînes hiérarchiques et prendre ses congés sans en avertir en temps utile sa hiérarchie) dès lors qu'elles n'étaient pas incompatibles avec son indépendance fonctionnelle. Celui-ci avait de plus invoqué à son encontre des défaillances dans l'exercice de ses missions (alertes répétées de non-conformité non motivées ni documentées, absence de réponse aux sollicitations des salariés, absence de disponibilité délibérée...) bien que l'ensemble des moyens nécessaires à l'exercice de ses missions ait été mis à sa disposition. Sur ce second aspect, le Conseil d'Etat prolonge pleinement la jurisprudence

de la CJUE qui, dans son arrêt du 22 juin 2022, a clairement admis que devait pouvoir être licencié le salarié DPD qui ne possède plus les qualités professionnelles requises pour exercer ses fonctions ou qui ne s'acquitterait pas de ses tâches conformément aux dispositions du RGPD (encore en ce sens : CJUE 9 février 2023, aff. C-560/21). L'action de la DPD devant le Conseil d'Etat contre la décision de la CNIL s'est ainsi soldée par un échec.

- N. Belkacem, *Décision de refus de la CNIL de donner suite à une plainte et le contrôle du juge : une géométrie variable, illustrations au travers du droit d'accès et de l'exercice de la fonction « protégée » du délégué à la protection des données*, Comm. com. électr. n° 3, mars 2023, comm. 19.
- L. Costes, *Un délégué à la protection des données peut être sanctionné ou licencié*, Lamy Actualités du droit/Affaires, 1^{er} décembre 2022.
- N. Dinant, *Le statut protecteur du délégué à la protection des données n'exclut pas tout licenciement*, Lamy Actualités du droit, 14 novembre 2022.
- T. Douville, F. Gabroy, *Du renforcement de la protection des délégués à la protection des données*, JCP E n° 31-35, 1^{er} août 2022, 1281.
- F. Gabroy, *Le statut du délégué à la protection des données en droit du travail*, RDT 2022, p. 625.
- A. Gardin, *Licenciement d'un délégué à la protection des données : premiers éclairages sur la protection fonctionnelle du RGPD*, in *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS 11/22, Chronique.
- F. Gazin, *Protection des données*, Europe n° 08-09, août-septembre 2022, comm. 266.
- M. Hautefort, *DPO « indépendant » ne signifie pas « protégé » au sens du droit du travail*, JSL n° 555, 10 janvier 2023, p. 24.
- E. Maupin, *Motivation du refus de la CNIL de donner suite à une plainte*, AJDA 2022, p. 2040.
- E. Rançon, *CJUE : précisions sur le licenciement du délégué à la protection des données/ER*, Dalloz IP/IT 2022, p. 351.
- J.-N. Robin, J. Vessier, *La relative protection du salarié désigné délégué à la protection des données*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 233, 1^{er} février 2023, p. 30.
- A. Simonneaux, *Le contentieux du Data Protection Officer devant le juge administratif*, AJDA 2023, p. 335.
- RJS 11/22, n° 597.

- FRS 21/22, inf. 1, p. 3.
- RJS 01/23, n° 52.

Conflit d'intérêts (art. 38§6 RGPD) – notion

CJUE 9 février 2023, aff. C-453/21

Cette nouvelle décision de la CJUE apporte des éclairages concernant la révocation d'un DPD dans une potentielle situation de conflit d'intérêts (art. 38§6 du RGPD).

La CJUE confirme tout d'abord les orientations précédemment dégagées dans l'arrêt « Leistriz du 22 juin 2022 (aff. C-534/20, cf ci-dessus) concernant la faculté de licencier le DPD salarié dans le respect des objectifs du RGPD. Puis, elle rappelle que le RGPD autorise expressément l'exercice d'autres fonctions ou missions. Mais encore faut-il que celles-ci ne soient pas susceptibles de nuire à l'exercice des fonctions en tant que DPD. Il y va de la nécessité de préserver l'indépendance fonctionnelle du DPD et donc de garantir l'effectivité des dispositions du RGPD.

Elle admet plus précisément que l'indépendance fonctionnelle du DPD serait compromise, et un conflit d'intérêts caractérisé, si les autres missions ou fonctions confiées au DPD le conduisaient à déterminer les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel auprès du responsable du traitement ou de son sous-traitant, alors qu'il lui revient en tant que DPD d'en assurer le contrôle. Il appartient toutefois au juge national de déterminer au cas par cas s'il y a un conflit d'intérêts en tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes, et notamment de la structure organisationnelle du responsable du traitement ou de son sous-traitant et à la lumière de l'ensemble de la réglementation applicable, y compris des éventuelles règles internes de ces derniers.

- L. Costes, *Précisions de la CJUE sur la possibilité de révoquer un DPO en situation de conflits d'intérêts*, Lamy Actualités du droit/Affaires, 24 février 2023.
- J. Tribout, *Indépendance du délégué à la protection des données*, Europe n° 4, avril 2023, comm. 139.

Bon à savoir

▪ Conventions de forfait

Travail le dimanche d'un salarié en convention de forfait jours : pas d'heures supplémentaires sans remise en cause de la convention de forfait

Cass. soc. 21 septembre 2022, n°21-14.106, FS-B

La Cour de cassation juge qu'un salarié soumis à une convention de forfait en jours dont il ne conteste pas la validité ne peut pas réclamer que le temps de travail qu'il a effectué certains dimanches lui soit rémunéré en heures supplémentaires.

Les salariés en forfait jour ne sont en effet pas concernés par les durées maximales de travail ni par la durée légale du travail. En revanche, ils doivent bénéficier du repos quotidien minimal de onze heures ainsi que du repos hebdomadaire de vingt-quatre heures donné en principe le dimanche. Dès lors, tant que n'est pas remise en cause sur le fond la convention de forfait-jours, tout décompte horaire est exclu. C'est donc fort logiquement que la Cour de cassation en déduit que la demande de paiement d'heures supplémentaires devait être rejetée. La solution, quoique rendue par application des dispositions antérieures à la loi du 8 août 2016, est certainement transposable sous l'empire des dispositions actuellement en vigueur. Elle ne doit toutefois pas faire oublier que dans une telle situation, quand bien même la convention de forfait-jours serait parfaitement valable et que l'employeur n'aurait commis aucun manquement la privant d'effets, le salarié pourra prétendre aux droits résultant le cas échéant d'un dépassement de son forfait, ou à des dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait du non-respect de son droit à repos hebdomadaire ou de son droit à repos dominical.

• S. Borocco-Dillies, P. Pacotte, *Pas de paiement d'heures supplémentaires pour un salarié soumis*

à une convention de forfait en jours travaillant le dimanche, JSL n° 551, 7 novembre 2022, p. 14.

- G. Marie, *Forfait-jours : pas de paiement d'heures supplémentaires sans contestation de sa validité*, Lamy Actualités du droit, 5 octobre 2022.
- S. Riancho, *La convention de forfait en jours fait obstacle au paiement d'heures supplémentaires*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2022, p. 18.
- M.-N. Rouspide-Katchadourian, *Forfait jours et travail du dimanche : quels droits pour le salarié ?*, JCP S n° 42, 25 octobre 2022, 1270.
- R. Serres, *Forfait en jours contre repos dominical*, RDT 2023, p. 198.
- G. Vachet, *Forfait jours et travail le dimanche*, JCP E n° 47, 24 novembre 2022, 1385.
- FRS 18/22, inf. 4, p. 7.
- RJS 11/22, n° 564.

▪ Contrôle des salariés

Présomption de caractère professionnel de l'agenda électronique disponible sur l'ordinateur professionnel

Cass. soc. 9 novembre 2022, n°20-18.922, F-D

La règle est connue : les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence. C'est davantage ici l'application de cette présomption de caractère professionnel à l'agenda électronique présent sur l'ordinateur professionnel qui pourrait surprendre plus d'un salarié, tant celui-ci constitue en pratique un outil d'organisation de la vie professionnelle mais aussi personnelle.

• RJS 01/23, n° 1.

▪ Autorité de la chose jugée au pénal

Inopposabilité devant le juge prud'homal de l'illicéité de la preuve jugée probante devant le juge pénal

Cass. soc. 21 septembre 2022, n°20-16.841, FS-B

Un salarié a été licencié pour faute grave à la suite d'une rixe avec un tiers, faits pour lesquels il a été condamné par le juge pénal pour violences volontaires sur le fondement notamment d'un enregistrement pris à son insu à partir du portable du tiers établissant sa participation à l'altercation sans toutefois permettre de déterminer qui en était à l'origine. Devant le juge prud'homal devant lequel il contestait la légitimité de son licenciement, le salarié se prévalait du caractère déloyal de l'enregistrement et sollicitait une expertise technique afin qu'il soit établi que le tiers avait procédé à un montage en supprimant les images révélant qu'il avait provoqué la rixe. Toutefois, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré que le salarié n'était plus admis à soutenir devant le juge prud'homal l'illicéité du mode de preuve dès lors que celui-ci avait été jugé probant par le juge pénal par une décision statuant au fond devenue définitive. Elle précise à ce titre que l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil qui s'y attache s'étend « aux motifs qui sont le soutien nécessaire du chef de dispositif prononçant la décision », et donc à la preuve des faits ayant conduit à la condamnation du salarié. Il en résulte que la déloyauté de la preuve ne peut plus être discutée devant le juge prud'homal appelé à se prononcer sur la légitimité de la sanction. Dès lors que la faute aura été pénalement sanctionnée (par jugement ayant autorité de la chose jugée), il est donc indifférent qu'elle ait été établie par un procédé considéré comme déloyal ou illicite par le juge civil.

Il n'en demeure pas moins que le juge prud'homal reste maître de l'appréciation de la gravité de la faute reprochée au salarié. Il y a maintenant bien longtemps que la jurisprudence ne considère plus que la faute

résidant dans un comportement pénalement répréhensible constitue nécessairement une faute grave. En l'espèce, dans la mesure où le salarié n'avait jamais fait l'objet d'aucune sanction et en considération des conditions dans lesquelles la rixe était intervenue (en dehors de l'entreprise, avec un tiers), la faute grave qu'avait invoquée l'employeur est écartée.

- P. Adam, *La loyauté vs le droit à la preuve : une descente dans le maelström*, RDT 2023, p. 156.
- A. Bugada, *Rixe entre salariés filmée avec un portable : autorité de la chose jugée par le tribunal de police sur le jugement prud'homal*, Procédures n° 11, novembre 2022, comm. 250.
- F. Guiomard, *L'appréciation de la faute disciplinaire en cas de condamnation pénale provenant d'une preuve obtenue de façon déloyale*, RDT 2022, p. 593.
- J. Klein, *Quand la déloyauté de la preuve se heurte à l'autorité de chose jugée au pénal*, RDT 2023, p. 167.
- E. Maurel, *L'autorité de la chose jugée au pénal et ses conséquences prud'homales*, Dalloz actualité, 18 octobre 2022.
- J. Mouly, *Autorité absolue de la chose jugée au pénal versus loyauté de la preuve au civil*, Dr. soc. 2022, p. 1052.
- R. Salomon, *Chronique de droit pénal social*, Dr. soc. 2023, p. 265.
- M. Segonds, *Illicéité du mode de preuve et autorité (absolue et positive) de la chose jugée au pénal sur le social*, JCP S n° 43-44, 2 novembre 2022, 1280.
- RJS 12/22, n° 630.

Faute inexcusable de l'employeur et autorité de la chose jugée au pénal en cas de relaxe de l'employeur

Cass. 2^{ème} civ. 1^{er} décembre 2022, n°21-10.773, F-B

Depuis la loi du 10 juillet 2000 qui a introduit l'article 4-1 du code de procédure pénale, la dualité de la faute pénale non intentionnelle et de la faute inexcusable de l'employeur semblait bien avoir été consacrée par la jurisprudence en cas de relaxe de l'employeur. Celle-ci avait ainsi d'abord abandonné toute référence à l'autorité de la chose jugée au pénal pour ensuite expressément énoncer « qu'il résulte de l'article 4-1 du code de

procédure pénale que la faute pénale non intentionnelle, au sens des dispositions de l'article 121-3 du code pénal, est dissociée de la faute inexcusable au sens des dispositions de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale et qu'il appartient dès lors à la juridiction de la sécurité sociale de rechercher si les éléments du dossier permettent de retenir la faute inexcusable de l'employeur, laquelle s'apprécie de façon distincte des éléments constitutifs de l'infraction d'homicide involontaire » (Cass. soc. 15 mars 2012, n°10-15.503). Une décision de relaxe du chef d'homicide ou blessures involontaires n'est donc nullement exclusive de la reconnaissance d'une faute inexcusable de l'employeur par le juge civil, celle-ci étant distincte de la faute pénale non intentionnelle.

Par cette décision, la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation vient cependant nuancer de manière significative sa jurisprudence. Elle rappelle certes que le juge civil, en l'absence de faute pénale non intentionnelle, peut retenir une faute inexcusable de l'employeur mais réintroduit ensuite le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal en ce qui concerne l'existence du fait qui forme la base commune aux deux actions, sa qualification et la culpabilité ou l'innocence de celui à qui le fait est imputé.

En l'espèce, les juges du fond avaient reconnu la faute inexcusable de l'employeur en considérant que l'employeur avait bien conscience du danger résultant de l'opération au cours de laquelle le salarié avait été gravement brûlé (changement d'une pompe sur une installation d'ammoniac), celle-ci faisant l'objet d'une procédure spécifique, et qu'il savait ou aurait dû savoir que la vanne dont l'ouverture inopinée avait fait surgir un jet d'ammoniac n'était pas munie d'un dispositif assurant son verrouillage, peu important que la cause de son ouverture soit indéterminée. Mais leur décision est censurée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dès lors que le juge pénal, pour prononcer la relaxe, après avoir relevé que les causes de l'ouverture de la vanne étaient indéterminées, avait écarté un manquement de l'employeur aux règles de sécurité lié à

l'absence de dispositif de verrouillage spécifique de la vanne. Autrement dit, puisque le juge pénal avait écarté tout manquement aux règles de sécurité concernant la vanne, le juge civil ne pouvait plus se fonder, pour caractériser la faute inexcusable de l'employeur, sur l'absence de mise en place d'un système de verrouillage adéquat.

Cette décision n'en suscite pas moins des interrogations tant au regard des éléments constitutifs de la faute inexcusable de l'employeur (que l'employeur n'ait manqué à aucune règle particulière de sécurité ne constitue pas en soi un obstacle à la reconnaissance d'une faute inexcusable) qu'au regard de l'étendue de la brèche qu'elle ouvre en faveur d'une perte d'autonomie de la faute inexcusable. C'est donc avec attention que sera suivie l'évolution de la jurisprudence en la matière.

- D. Asquinazi-Bailleux, *La caractérisation de la faute inexcusable subordonnée à l'autorité de la chose jugée au pénal ?*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2023, p. 32.
- F. Chopin, *Autorité de la chose jugée au pénal – faute inexcusable in Chronique Droit de la protection sociale*, JCP E n° 14, 6 avril 2023, 1110.
- M. Keim-Bagot, *Faute inexcusable : revirement sur le front de l'autorité de la chose jugée ?*, Resp. civ. et assur. n° 2, février 2023, comm. 26 ; *Faute inexcusable et autorité de la chose jugée au pénal sur le civil : une solution trouble*, JCP S n° 2, 17 janvier 2023, 1013.
- R. Salomon, *Chronique de droit pénal social*, Dr. soc. 2023, p. 265.
- RJS 02/23, n° 109.

▪ Obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement

Nature des obligations d'information du travailleur sur les risques pour sa santé et sa sécurité et de formation pratique et appropriée à la sécurité

Cass. crim. 21 juin 2022, n°21-85.691, FS-B

La Cour de cassation précise que l'obligation d'information du travailleur sur les risques

pour sa santé et sa sécurité (art. L. 4141-1 C. trav.) et l'obligation de formation pratique et appropriée à la sécurité (art. L. 4141-2 C. trav.) ne constituent pas des obligations particulières de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou les règlements dont la violation manifestement délibérée serait susceptible de caractériser une faute délibérée. La Chambre criminelle énonce en effet que les articles L. 4141-1 et L. 4141-2 du code du travail ne comportent que des obligations générales de prudence ou de sécurité. La précision est utile alors que l'hésitation était permise à la simple lecture de ces dispositions.

En conséquence, et quand bien même le non-respect de l'obligation d'information et de formation aurait contribué à l'accident dont a été victime un salarié, le prévenu ne peut être reconnu coupable du délit de blessures involontaires ayant entraîné une incapacité de travail inférieure à 3 mois. En effet, aux termes de l'article 222-20 du code pénal, seule la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité légale ou réglementaire permet d'entrer en condamnation (à la différence des autres dispositions pénales incriminant l'homicide ou les blessures involontaires pour lesquels une condamnation à raison d'un manquement à une obligation générale de sécurité reste envisageable sur le fondement d'une faute caractérisée).

- A. Barège, *Blessures involontaires avec ITT : de l'importance de distinguer les obligations générales et particulières de prudence ou de sécurité*, JCP G n° 36, 12 septembre 2022, act. 996.
- A. Casado, *Carence dans l'information et la formation des travailleurs sur les risques pour la santé et la sécurité : la chambre criminelle en eaux troubles*, BJT n° 10, 1^{er} octobre 2022, p. 43.
- A. Cerf-Hollender, *Faute délibérée ou faute caractérisée : halte à la correctionnalisation des accidents du travail en violation du principe de la légalité criminelle et de l'interprétation stricte*, RSC 2022, p. 865.
- P. Conte, *Atteinte involontaire à l'intégrité de la personne : notion d'obligation particulière de prudence ou de sécurité*, Dr. pén. n° 9, septembre 2022, comm. 140 ; *Notion d'obligation particulière de prudence et de*

sécurité : les hésitations de la chambre criminelle, Dr. pén. n° 11, novembre 2022, comm. 178.

- F. Duquesne, *Le particularisme de l'obligation de prudence ou de sécurité en droit du travail*, JCP E n° 38, 22 septembre 2022, 1312.
- L. Gamet, *Le délit de blessures involontaires en cas d'incapacité de travail inférieure à 3 mois*, JCP S n° 35, 6 septembre 2022, 1220.
- Y. Mayaud, *Un article frontalier pour les infractions non intentionnelles : l'article 222-20 du code pénal*, RSC 2022, p. 591.
- R. Mesa, *La transgression par l'employeur, des obligations légales d'information et de formation des travailleurs à la sécurité n'est pas une faute de mise en danger*, JSL n° 547, 14 septembre 2022, p. 12.
- C. Pietralunga, *Accident du travail – l'absence de formation générale à la sécurité ne permet pas de retenir le délit de blessures involontaires*, Lamy Actualités du droit, 18 juillet 2022.
- M. Recotillet, *La chambre criminelle fait une application rigoureuse de l'article 222-20 du code pénal*, Dalloz actualité, 7 juillet 2022.
- R. Salomon, *Chronique de droit pénal social*, Dr. soc. 2022, p. 748.
- M. Segonds, *Un an de droit pénal du travail (septembre 2021 - septembre 2022)*, JCP S n° 46, 22 novembre 2022, 1291 et Dr. pén. n° 11, novembre 2022, chron. 11.
- RJS 8-9/22, n° 449.

Notion d'obligation particulière de prudence ou de sécurité – délit de mise en danger d'autrui

Cass. ass. pl. 20 janvier 2023, n°22-82.535, B+R

Dans le contexte très médiatisé de la mise en examen de la Ministre de la santé en poste au début de la pandémie de Covid-19, mise en examen annulée par la présente décision, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation précise au visa de l'article 223-1 du code pénal que l'infraction de mise en danger d'autrui suppose la violation d'un texte qui prévoit une obligation de prudence ou de sécurité « objective, immédiatement perceptible et clairement applicable sans faculté d'appréciation personnelle du sujet ». Elle adopte donc une conception volontairement restrictive de l'obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou

le règlement. C'est avec attention que l'on suivra l'application qui en sera faite dans le champ du droit pénal du travail.

- P. Conte, *Notion d'obligation particulière de prudence ou de sécurité*, Dr. pén. n° 3, mars 2023, comm. 42.
- Y. Mayaud, *De la mise en examen à la mise en danger : la Cour de justice de la République entre ajustements et censure*, JCP E n° 08-09, 27 février 2023, doct. 295.
- R. Mesa, *Responsabilité pénale des dirigeants publics et défaillances dans la gestion d'une crise sanitaire : pas de délit de risques causés à autrui*, JCP A n° 21, 30 mai 2023, 2173.
- M. Recotillet, *Nullité de la mise en examen d'Agnès Buzyn pour mise en danger d'autrui résultant de la gestion de la crise sanitaire*, Dalloz actualité, 2 février 2023.
- L. Saenko, *Gestion du Covid et délit de mise en danger de la vie d'autrui : quand l'Assemblée plénière dit non à la Cour de justice de la République*, RTD com. 2023, p. 231.

▪ Inaptitude

Déclaration d'inaptitude (sans étude de poste préalable) : l'avis du médecin du travail doit être contesté dans le délai de 15 jours

Cass. soc. 7 décembre 2022 n°21-23.662, FS-B

La réforme de la procédure de contestation des avis du médecin du travail (art. L. 4624-7 C. trav.) a été difficile et a suscité un grand nombre d'interrogations. Les éclairages de la jurisprudence sont donc les bienvenus.

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation se prononce tout d'abord sur la faculté pour un salarié licencié pour inaptitude médicale de contester la validité de son licenciement sur le fondement d'une irrégularité dans la procédure de constatation de l'inaptitude. En l'espèce, le salarié considérait que son licenciement pour inaptitude était nul car en réalité fondé sur son état de santé à défaut d'inaptitude régulièrement constatée par le médecin du travail en l'absence de toute étude de poste. On reconnaît ici le raisonnement suivi par le passé par la Cour de cassation en cas d'inaptitude constatée sans respect de l'exigence, aujourd'hui disparue, du double examen médical (ou du délai

minimum de 15 jours entre les deux visites). La Chambre sociale de la Cour de cassation refuse cependant de suivre le salarié dans cette voie (déjà en ce sens Cass. soc. 19 décembre 2007, n°06-46.147). Elle appréhende en effet l'éventuelle absence d'étude de poste (ou des conditions de travail) comme un élément susceptible d'influer sur la pertinence de l'avis rendu par le médecin du travail et devant donc être invoqué dans le cadre d'une contestation de l'avis lui-même devant le juge des référés (à l'époque des faits, aujourd'hui selon la procédure accélérée au fond). De nullité du licenciement il ne saurait être question.

Le raisonnement suivi par la Cour de cassation permet certainement d'expurger en amont, très rapidement les « vices » affectant la procédure de constatation de l'inaptitude en déplaçant la problématique sur le terrain de la contestation de l'avis même du médecin du travail selon la procédure accélérée au fond, dans un délai restreint. Mais encore faut-il qu'un recours ait été exercé dans le délai de 15 jours à compter de la notification de l'avis (art. R. 4624-45 C. trav.). A défaut, l'avis du médecin du travail, bien que rendu en contradiction avec les articles L. 4624-4 et R. 4624-42 du code du travail faute d'étude de poste, s'impose aux parties comme au juge. Telle qu'énoncée par la Cour de cassation, la solution doit d'ailleurs être élargie à toute contestation de l'avis du médecin du travail : passé le délai de 15 jours, celui-ci est définitif. Elle ne vaut toutefois qu'autant qu'aient été indiqués dans l'avis du médecin du travail les voies et délais de recours. Le modèle d'avis d'inaptitude issu d'un arrêté du 21 octobre 2017 prend le soin de les préciser ce qui devrait limiter les difficultés. Notons néanmoins que ce modèle n'a pas été réactualisé de telle sorte que l'objet de la contestation auquel il se réfère est aujourd'hui inexact (y sont ainsi visés « les éléments de nature médicale justifiant le présent avis » au lieu de l'« avis (...) reposant sur des éléments de nature médicale » - art. L. 4624-7 C. trav.). Bien que cela semble peu probable, il ne peut être totalement exclu que le juge y voit une information insuffisante. Quoiqu'il en soit en l'espèce, les juges du fond

avaient constaté qu'étaient bien indiqués les délais et voies de recours dans l'avis d'inaptitude et que le salarié n'avait pas contesté l'avis du médecin du travail dans le délai de 15 jours. En conséquence, la Cour de cassation rejette le pourvoi.

- S. Ala, M.-P. Lanoue, D. Le Corre, M.-A. Valéry, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – Chambre sociale*, D. 2023, p. 408.
- C. Couëdel, *Lumière sur les modalités de contestation de l'avis d'inaptitude*, Dalloz actualité, 6 janvier 2023.
- O. Giovenal, *Inaptitude : l'avis du médecin du travail s'impose aux parties s'il n'est pas contesté à temps*, JSL n° 556, 24 janvier 2023, p. 12.
- S. Riancho, *Avis d'inaptitude : précisions sur les modalités de contestation et le contrôle du juge*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2023, p. 7.
- FRS 01/23, inf. 15, p. 18.
- RJS 02/23, n° 88.

Contestation de l'avis du médecin du travail : éléments de nature à influencer sur la décision du juge

Cass. soc. 7 décembre 2022, n°21-17.927, FS-B ; Cass. soc. 7 décembre 2022, n°21-11.948, FS-D

Les études de poste et des conditions de travail font partie des éléments de toute nature ayant conduit au prononcé de l'avis que le juge examine en cas de contestation de l'avis du médecin du travail. Le défaut de réalisation de l'une ou l'autre de ces études peut amener le juge à douter du bien-fondé de l'avis du médecin du travail et à confier une mesure d'instruction au médecin inspecteur du travail afin d'être éclairé. Mais il est des cas, somme toute relativement exceptionnels, où leur absence n'a nécessairement eu aucune conséquence. Illustration en est donnée avec le premier arrêt (n°21-17.927). En l'espèce, aucune étude des conditions de travail n'avait été réalisée préalablement à la déclaration d'inaptitude. Mais il apparaissait que l'inaptitude ne résultait pas des conditions de travail du salarié, mais d'une dégradation des relations entre les parties pendant un arrêt de travail, et des conséquences psychiques qui en avaient

résulté. Le défaut d'étude des conditions de travail n'avait donc pu avoir aucune incidence sur les conclusions du médecin du travail. La réalisation de l'étude n'était pas de nature à influencer sur sa décision.

Le second arrêt (21-11.948), qui n'a pas eu les honneurs d'une publication, se révèle pourtant très instructif. En l'espèce, une salariée reprochait à la CA d'avoir confirmé l'avis d'inaptitude dont elle avait fait l'objet en privilégiant les conclusions du rapport d'expertise établi par le médecin mandaté par l'employeur au détriment des conclusions du rapport du médecin inspecteur du travail. L'argument est toutefois balayé par la Cour de cassation qui souligne que le juge, pour conclure à une inaptitude, s'était bien fondé sur un ensemble d'éléments, dont les deux rapports évoqués et non pas exclusivement sur le rapport du médecin mandaté par l'employeur. Il en résulte que le juge peut parfaitement, à la suite de l'analyse de l'ensemble des éléments dont il dispose, aboutir à une conclusion contraire à celle du médecin inspecteur du travail. Et l'on voit l'intérêt que peut avoir l'employeur de mandater un médecin : son rapport est aussi de nature à influencer sur la décision du juge.

- M. Abry-Durand, *L'office du juge prud'homal en cas de contestation de l'avis du médecin du travail*, RDT 2023, p. 110.
- S. Ala, M.-P. Lanoue, D. Le Corre, M.-A. Valéry, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – Chambre sociale*, D. 2023, p. 408.
- C. Couëdel, *Lumière sur les modalités de contestation de l'avis d'inaptitude*, Dalloz actualité, 6 janvier 2023.
- M. Hautefort, *Diagnostic de l'inaptitude : les exigences réglementaires sont écartées quand elles ne sont pas pertinentes*, JSL n° 556, 24 janvier 2023, p. 16.
- H. Nasom-Tissandier, *Inaptitude physique et portée de l'exigence d'étude de poste*, JSL n° 557, 6 février 2023, p. 16.
- C. Pietralunga, *Avis d'inaptitude : éléments examinés par le juge dans le cadre d'une contestation*, Lamy Actualités du droit, 14 décembre 2022.
- S. Riancho, *Avis d'inaptitude : précisions sur les modalités de contestation et le contrôle du juge*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2023, p. 7.
- D. Ronet-Yague, *Contestation de l'avis du*

médecin du travail : étendue du contrôle prud'homal, Gaz. Pal. n° 8, 7 mars 2023, p. 23.

- FRS 01/23, inf. 15, p. 18.
- FRS 01/23, inf. 16, p. 20.
- RJS 02/23, n° 87.
- RJS 02/23, n° 89.

Déclaration d'inaptitude pendant un arrêt de travail à l'issue d'un examen médical à la demande du salarié

Cass. soc. 24 mai 2023, n°22-10.517, FS-B

La Cour de cassation reconnaît expressément qu'une déclaration d'inaptitude peut intervenir à l'issue d'un examen à la demande du salarié (art. R. 4624-34 C. trav.), y compris, et là réside l'innovation, pendant la suspension du contrat de travail.

Il faut dire que le dernier obstacle textuel a été levé par la loi « travail » du 8 août 2016. Le législateur a en effet fait disparaître des articles L. 1226-2 (inaptitude non professionnelle) et L. 1226-10 du code du travail (inaptitude professionnelle) la référence à une déclaration d'inaptitude « à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident ou une maladie ». Rien dans les dispositions légales ne s'opposait donc à ce que la jurisprudence franchisse clairement le pas.

Est-ce à dire pour autant qu'en pratique, les déclarations d'inaptitude en cours d'arrêt de travail occuperont une place significative ? Il est permis d'en douter. Les salariés en arrêt de travail seront certainement réticents à solliciter un examen médical qui les engagerait dans un processus susceptible de les conduire au licenciement ou de précipiter une rupture du contrat de travail même inévitable. En l'espèce, l'avis d'inaptitude était ainsi intervenu 15 jours après le début de l'arrêt de travail et le licenciement du salarié plus d'un mois avant son terme, le médecin du travail ayant fait mention dans son avis de l'un des cas légaux de dispense de l'obligation de reclassement.

Par ailleurs, l'intervention de l'avis d'inaptitude pendant l'arrêt de travail soulève de redoutables questions de conciliation avec les exigences légales et jurisprudentielles en matière d'inaptitude (règles liées à la rupture

du contrat en cas d'inaptitude professionnelle, obligation pour l'employeur d'organiser une visite de reprise qui n'aurait plus d'objet mais qui fixe le terme de la période de suspension du contrat et le point du départ du délai d'un mois pour reprendre le versement des salaires, mise en œuvre et respect de l'obligation de reclassement (sauf dispense légale)...). En l'espèce, la Cour de cassation ne se prononce que sur la validité même de l'avis d'inaptitude rendu en cours d'arrêt de travail et invoqué à l'appui du licenciement (notons à ce titre qu'elle semble bien y voir une question relevant d'une action au fond et non pas de la procédure de contestation de l'avis). Elle l'admet parfaitement dès lors que l'avis résultait d'un examen médical à la demande du salarié prévu par les textes. Mais les questions qui restent en suspens sont nombreuses.

• M. Babin, *L'inaptitude médicale du salarié peut être constatée pendant la période de suspension du contrat de travail*, JCP S n° 25, 27 juin 2023, 1171.

• V. Frolava, *Inaptitude : un salarié en arrêt-maladie peut demander une visite médicale et être déclaré inapte*, Lamy Actualités du droit, 31 mai 2023.

• L. Malfettes, *L'inaptitude constatée valablement pendant la suspension du contrat de travail*, Dalloz actualité, 7 juin 2023.

• S. Riancho, *Validité de l'inaptitude constatée lors d'un examen médical ayant lieu durant la suspension du contrat de travail d'un salarié, à la demande de ce dernier*, BJT n° 07-08, 1^{er} juillet 2023, p. 8.

• FRS 13/23, inf. 8, p. 13.

• RJS 08-09/23, n° 428.

▪ **Maternité**

Défaut de mention expresse de l'état pathologique résultant de la grossesse

Cass. soc. 14 septembre 2022, n°20-20.819, F-D

La salariée enceinte bénéficie en période de congé dit pathologique (art. L. 1225-21 C. trav.) d'une protection absolue contre le licenciement. Mais encore faut-il qu'un état pathologique résultant de la grossesse soit

attesté par certificat médical, ce qui suppose en pratique que le médecin coche la case correspondante sur le formulaire d'arrêt de travail destiné à l'employeur. En l'espèce, le médecin traitant n'avait pas rempli la case « en rapport avec un état pathologique résultant de la grossesse » sur l'avis de prolongation de l'arrêt de travail mais avait indiqué « contractions utérines, fatigue ». Il avait par la suite établi, mais près d'un an et demi plus tard, une attestation portant cette fois expressément indication de l'état pathologique. Pour autant, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré que la salariée ne pouvait prétendre à la protection absolue contre le licenciement. Elle s'en remet en effet pleinement à l'appréciation souveraine des juges du fond qui s'étaient arrêtés au défaut initial de mention de l'état pathologique, et qui avaient dénié toute valeur probante à l'attestation du médecin établie un an et demi après les faits.

- C. Pietralunga, *Maternité : l'arrêt maladie non pathologique exclut une protection absolue contre le licenciement*, Lamy Actualités du droit, 17 octobre 2022.
- RJS 11/22, n° 559.

▪ Rupture conventionnelle du contrat de travail

Autorisation de la rupture conventionnelle du contrat de travail d'un salarié protégé harcelé

CE 13 avril 2023, n°459213

Appelé à se prononcer pour la première fois sur l'étendue du contrôle opéré par l'autorité administrative à la suite d'une demande d'autorisation d'une rupture conventionnelle, le Conseil d'Etat précise qu'il revient à l'inspecteur du travail de s'assurer que la rupture n'est pas au nombre de celles mentionnées à l'article L. 1237-16 du code du travail (ruptures amiables conclues dans le cadre d'un PSE, d'un accord de GPEC, de mobilité ou de rupture conventionnelle collective), qu'elle n'a été imposée à aucune des parties (art. L. 1237-11 C. trav.) et que la

procédure et les garanties prévues par le code du travail ont été respectées (arts. L. 1237-12 et L. 1237-13 C. trav). Il précise qu'à ce titre, il lui incombe notamment de vérifier qu'aucune circonstance, en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées par le salarié ou à son appartenance syndicale, n'a été de nature à vicier son consentement (arts. L. 1237-15 C. trav. et par renvoi de cette disposition aux règles du licenciement, arts. R. 2421-7 et R. 2124-16 C. trav.).

Plus particulièrement se posait la question en l'espèce de savoir si la rupture conventionnelle conclue dans un contexte de harcèlement moral et de discrimination syndicale, qu'avait d'ailleurs précédemment reconnu le juge judiciaire, devait nécessairement emporter rejet de la demande d'autorisation (ou annulation de la décision d'autorisation). A l'instar de la Chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc. 23 janvier 2019, n°17-21.550), le Conseil d'Etat distingue toutefois faits de harcèlement (ou de discrimination syndicale) et vice du consentement. Il souligne en effet que l'existence de faits de harcèlement moral (ou de discrimination syndicale) n'est pas de nature, par elle-même, à faire obstacle à ce que l'inspection du travail autorise une rupture conventionnelle, sauf à ce que ces faits aient vicié le consentement du salarié. Il appartient donc à l'inspecteur du travail et le cas échéant au juge administratif de vérifier au cas par cas si la situation de harcèlement (ou de discrimination syndicale) a généré un vice du consentement. En l'espèce, pour considérer que tel n'était pas le cas et ainsi reconnaître que le salarié avait librement donné son consentement à la rupture conventionnelle, les juges ont relevé que le salarié, qui était à l'origine de la rupture conventionnelle, n'avait pas exercé son droit de rétraction, alors que les manquements de l'employeur constitutifs de harcèlement étaient antérieurs de plus de deux ans à la conclusion de la convention de rupture et qu'il ressortait des faits la volonté des deux parties de mettre un terme à leur relation contractuelle.

- J.-Y. Kerbourc'h, *Un salarié protégé harcelé et*

discriminé peut-il conclure une convention de rupture exempte de vices du consentement ?, JCP S n° 29, 25 juillet 2023, 1201.

• K. Le Petitcorps, *Rupture conventionnelle d'un salarié protégé : étendue du contrôle de l'inspection du travail*, Lamy Actualités du droit, 16 mai 2023.

• J.-P. Lhernould, *Rupture conventionnelle d'un salarié protégé harcelé : quel contrôle par l'Administration ?*, JSL n° 567, 7 juillet 2023, p. 22.

• E. Maurel, *L'appréciation du consentement du salarié protégé lors de la rupture conventionnelle*, Dalloz actualité, 17 mai 2023.

• FRS 11/23, inf. 6, p. 9.

• RJS 07/23, n° 394.

Licenciement verbal suivi de la conclusion d'une rupture conventionnelle

Cass. soc. 11 mai 2023, n°21-18.117, FS-B

La Cour de cassation confirme que la rupture conventionnelle conclue après licenciement opéré par l'employeur vaut renonciation commune des parties au licenciement (Cass. soc. 3 mars 2015, n°13-20.549). L'arrêt innove toutefois en ce que la Cour de cassation ne se contente pas d'en déduire la date de rupture du contrat de travail mais en tire cette fois les conséquences quant à l'action du salarié en contestation de son licenciement. Elle reproche en effet à la Cour d'appel d'avoir condamné l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse à raison du licenciement verbal qu'il avait initialement opéré alors que du fait de la conclusion de la convention de rupture et en l'absence de tout exercice par les parties de leur faculté de rétraction, celles-ci avaient renoncé au licenciement verbal antérieur. La contestation de la rupture du contrat par le salarié ne pouvait donc plus porter que sur la rupture conventionnelle, action soumise au délai de prescription d'un an à compter de l'homologation de la convention de rupture (art. L. 1237-14 C. trav.). En l'espèce, il en résultait que l'action du salarié était prescrite. Autrement dit, l'acceptation de la rupture conventionnelle emporte renonciation du salarié à se prévaloir de l'illégitimité du licenciement antérieurement opéré. Seule la

rupture conventionnelle peut être contestée dans le délai d'un an à compter de l'homologation de la convention de rupture. Certains y verront sans doute un moyen commode pour l'employeur de couvrir grâce à la conclusion ultérieure d'une rupture conventionnelle un licenciement injustifié. Il n'en demeure pas moins qu'admettre que le salarié puisse se prévaloir de l'illégitimité du licenciement initial aurait eu pour conséquence de remettre en cause dans son principe et dans ses effets la rupture conventionnelle alors même qu'elle répondrait aux exigences légales et que le salarié n'aurait pas exercé son droit de rétractation. La cohérence de la jurisprudence et la volonté du législateur de sécuriser la rupture conventionnelle s'y opposaient certainement (voir en ce sens, l'avis de l'avocate générale Mme Wurtz disponible sur le site de la Cour de cassation).

• J. Brunie, *L'articulation entre licenciement verbal et rupture conventionnelle consécutifs*, RDT 2023, p. 473.

• T. Lahalle, *Rupture du contrat de travail. Un train peut en cacher un autre...*, JCP S n° 25, 27 juin 2023, 1172.

• K. Le Petitcorps, *La signature d'une rupture conventionnelle vaut renonciation au licenciement antérieur*, Lamy Actualités du droit, 6 juin 2023.

• L. Malfettes, *Rupture conventionnelle emportant renonciation à la rupture unilatérale*, Dalloz actualité, 31 mai 2023.

• S. Riancho, *Articulation des modes de rupture : deux arrêts porteurs de précisions*, BJT n° 07-08, 1^{er} juillet 2023, p. 11.

• FRS 12/23, inf. 2, p. 4.

• RJS 07/23, n° 368.

▪ Licenciement pour motif économique

Motif économique : Difficultés économiques

Cass. soc. 21 septembre 2022, n°20-18.511, FS-B ; Cass. soc. 1^{er} février 2023, n°20-19.661, FS-B

La Cour de cassation offre de nouveaux éclairages sur l'appréciation par le juge des difficultés économiques invoquées à l'appui

d'un licenciement en application de l'article L. 1233-3 du code du travail tel que modifié par la loi « travail » du 8 août 2016.

Dans le premier arrêt, pour conclure à l'absence de motif économique, la Cour d'appel avait cru pouvoir se cantonner à l'examen de la réalité de la baisse significative de commandes et du chiffre d'affaires durant le nombre de trimestres exigés par la loi, effectivement invoquée par l'employeur, en délaissant les autres éléments de justification de la réalité des difficultés économiques également avancés par l'employeur (pertes structurelles conséquentes sur les 4 dernières années, capitaux propres inférieurs à la moitié du capital sociale, endettement s'élevant à 7,5 millions d'euros peu de temps avant le licenciement pour un licenciement opéré le 20 mars 2017). Respectant la lettre de l'article L. 1233-3 du code du travail, la Cour de cassation lui donne tort : si l'évolution significative de la baisse de commandes ou de chiffre d'affaires n'est pas établie, les juges du fond n'en doivent pas moins examiner l'ensemble des éléments de nature à établir la réalité des difficultés économiques invoqués par l'employeur afin de déterminer si les difficultés économiques n'étaient pas caractérisées par l'évolution significative d'au moins un des autres indicateurs visés par l'article L. 1233-3 du code du travail ou par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. L'employeur doit donc pouvoir justifier de la réalité des difficultés économiques par d'autres éléments que la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes dans les conditions de l'article L. 1233-3 du code du travail, y compris le cas échéant grâce à des indicateurs ou éléments non recensés par le législateur (à savoir en l'espèce, le niveau de capitaux propres ou d'endettement).

Dans le second arrêt du 1^{er} février 2023, la Cour de cassation se prononce plus précisément sur la caractérisation des difficultés économiques grâce à la preuve d'une « évolution significative » d'un des indicateurs comptables visés par l'article L. 1233-3 du code du travail à savoir en l'espèce, la dégradation de l'excédent brut d'exploitation.

En premier lieu et conformément à l'article L. 1233-3 du code du travail dans sa nouvelle rédaction, la Cour de cassation admet dorénavant qu'il suffit qu'au moins un des indicateurs ait connu une évolution significative (ici la dégradation de l'excédent brut d'exploitation) pour que soit établie la réalité des difficultés économiques. Contrairement à ce que soutenait le salarié licencié, il était dès lors indifférent que le chiffre d'affaires ait quant à lui pu connaître une évolution favorable.

En second lieu, la Cour de cassation s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond et n'opère qu'un contrôle léger s'agissant de déterminer si l'évolution de l'indicateur considéré était bien « significative ». Partant des constatations des juges du fond qui s'étaient appuyés sur les données relatives à l'évolution de l'excédent brut d'exploitation en amont (et en aval) de la rupture du contrat de travail, elle considère que c'est à juste titre qu'ils ont pu déduire du « caractère sérieux et durable » de la dégradation de l'excédent brut d'exploitation une évolution « significative » à même de justifier le licenciement.

- B. Bossu, J.-F. Cesaro, L. Dauxerre, E. Jeansen, Y. Pagnerre, B. Teyssié, *Droit du travail*, JCP E n° 13, 30 mars 2023, 1098.
- C. Couëdel, *Licenciement pour motif économique : précisions quant à l'appréciation des difficultés économiques par le juge*, Dalloz actualité, 12 octobre 2022.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail avril 2022 - octobre 2022*, D. 2022, p. 2245.
- L. Fin-Langer, *Comment le juge prud'homal sorti par la porte des règles du licenciement économique revient par la fenêtre !*, Act. Proc. coll. n° 20, décembre 2022, alerte 262.
- F. Géa, *Difficultés économiques : nouvelles précisions jurisprudentielles*, RDT 2022, p. 711.
- M. Hautefort, *Difficultés économiques : comment apprécier l'évolution « significative » d'un indicateur*, JSL n° 560, 17 mars 2023, p. 24.
- T. Hollande, L. Richard, *Les indicateurs comptables ont-ils effacé le pouvoir d'appréciation du juge des difficultés économiques ?*, RDT 2023, p. 304.
- F. Joly, *Preuve des difficultés économiques en l'absence d'une baisse du chiffre d'affaires ou des commandes*, LEDEN n° 10, 1^{er} novembre 2022, p.

5 ; *Difficultés économiques caractérisées par la dégradation de l'EBE*, LEDEN n° 3, 1^{er} mars 2023, p. 6.

• K. Le Petitcorps, *Licenciement économique : l'appréciation des difficultés économiques ne se limite pas au seul examen de la baisse du chiffre d'affaires*, Lamy Actualités du droit, 28 septembre 2022 ; *Licenciement économique : exemples de difficultés caractérisées par une dégradation de l'excédent brut d'exploitation*, Lamy Actualités du droit, 21 février 2023.

• J.-P. Lhernould, *Licenciement économique : du droit de recourir à tout indicateur économique et tout élément pour justifier des difficultés économiques*, JSL n° 551, 7 novembre 2022, p. 10.

• E. Maurel, *L'évolution significative de l'excédent brut d'exploitation ou sa diminution sérieuse et durable*, Dalloz actualité, 14 février 2023.

• P. Morvan, *Définition des difficultés économiques*, JCP S n° 43-44, 2 novembre 2022, 1278 ; *Définition des difficultés économiques*, JCP S n° 10, 14 mars 2023, 1067.

• S. Riancho, *Application de l'article L. 1233-3 du Code du travail : le contrôle du juge explicité*, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2022, p. 15 ; *Dégradation de l'excédent brut d'exploitation : comment l'apprécier pour fonder un licenciement pour motif économique ?*, BJT n° 3, 1^{er} mars 2023, p. 17.

• F. Taquet, *Notion de difficultés économiques*, Rev. proc. coll. n° 6, novembre 2022, comm. 106.

• FRS 18/22, inf. 1, p. 3.

• FRS 04/23, inf. 4, p. 8.

• RJS 12/22, n° 608.

• RJS 04/23, n° 203.

illustration de l'irrecevabilité de l'action d'un salarié faute d'intérêt à agir.

En l'espèce, le projet de réorganisation de l'entreprise tendait à la fermeture d'un site avec suppressions d'emplois justifiant la mise en place d'un PSE et transfert du surplus d'activité sur un autre établissement avec mutation des salariés considérés par mise en œuvre de la clause de mobilité figurant dans leur contrat de travail. L'accord collectif portant PSE prévoyait expressément que pour les salariés ayant une clause de mobilité, leur nouvelle affectation ne constituait qu'un simple changement des conditions de travail. Précisément, cette exclusion du champ d'application du PSE des salariés tenus par une clause de mobilité avait amené un salarié rentrant dans ce cas de figure à contester la décision de validation de l'autorité administrative. La CAA de Versailles considère toutefois que son action est irrecevable dès lors qu'il n'était pas susceptible d'être licencié pour motif économique, sa mutation par application de la clause de mobilité ne constituant qu'un simple changement de ses conditions de travail et son emploi étant préservé.

• S. Brotons, *L'intérêt à agir du salarié à l'encontre d'un PSE*, SSL n° 2014, 26 septembre 2022, p. 12.

Contrôle des modalités de mise en œuvre de l'obligation de reclassement individuelle prévues dans un PSE

CE 20 juin 2022, n°437767

Le Conseil d'Etat revient sur l'articulation entre obligation de reclassement sur le plan collectif, relevant du PSE, et la mise en œuvre par l'employeur de son obligation de reclassement sur le plan individuel, et donc sur les champs de compétence corrélatifs du juge administratif et du juge judiciaire. La particularité de la présente affaire résidait dans le fait que le PSE envisageait les modalités de mise en œuvre de l'obligation de reclassement individuelle en prévoyant la diffusion aux salariés d'une seule offre de reclassement, mesure critiquée par les

▪ PSE

Défaut d'intérêt à agir du salarié à l'encontre de la décision du Dcrets : illustration

CAA Versailles, ord. 14 septembre 2022, n°22VE01924

Dès l'arrêt « Pages jaunes » du 22 juillet 2015 (n°385668), le Conseil d'Etat s'est refusé à déduire de l'article L. 1235-7-1 du code du travail que les salariés étaient dispensés de justifier d'un intérêt à agir en annulation d'une décision de validation ou d'homologation. Cet arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles offre une

syndicats qui soulignaient de plus qu'aucun critère de départage en cas de candidatures multiples n'était fixé. Pour eux, il en résultait une insuffisance du PSE justifiant l'annulation de la décision d'homologation du Dreets. Le Conseil d'Etat s'en tient toutefois à une stricte répartition des compétences : l'autorité administrative n'a pas à prendre en considération les modalités de mise en œuvre sur le plan individuel de l'obligation de reclassement prévues dans le PSE pour arrêter sa décision d'homologation. Il est donc vain de les contester devant le juge administratif.

- C. Cheriet, *Le reclassement face à ses juges*, SSL n° 2013, 19 septembre 2022, p. 12.
- H. de Frémont, *Article L. 1233-4 du Code du travail et contrôle de l'administration*, LEDEN n° 8, 1^{er} septembre 2022, p. 7.
- N. Finck, S. Seroc, *Modalités de contrôle de l'appréciation de la suffisance d'un plan de reclassement*, Gaz. Pal. n° 22, 5 juillet 2022, p. 41.
- S. Norval-Grivet, *PSE et reclassement individuel : des lignes de partage (de nouveau) précisées*, Dalloz actualité, 7 septembre 2022.
- F. Taquet, *Etendue du contrôle de l'Administration saisie d'une demande d'homologation d'un PSE*, Rev. proc. coll. n° 1, janvier-février 2023, comm. 14.
- FRS 15/22, inf. 5, p. 8.
- RJS 10/22, n° 512.

Lettre de l'autorité administrative déniait l'obligation de mettre en place un PSE

Cass. soc. 14 décembre 2022, n°21-14.304, FS-B

En pratique, une entreprise peut être confrontée à la situation où, alors que le processus d'élaboration d'un PSE est engagé, l'autorité administrative lui fait savoir qu'elle estime qu'il n'est pas obligatoire au regard de la loi. En l'espèce, l'autorité administrative avait ainsi indiqué par lettre à l'employeur que les conditions de mise en œuvre d'un PSE n'étaient pas remplies et que le PSE ne constituait pas « l'outil juridique » adéquat » pour accompagner le projet de restructuration. L'employeur avait en conséquence abandonné l'élaboration en cours du PSE (certain que l'autorité

administrative refuserait toute validation ou homologation puisqu'elle considérait qu'un PSE n'était pas obligatoire). Deux syndicats et le CSE ont alors saisi le tribunal judiciaire en référé afin que soit suspendu le projet de réorganisation dans l'attente de la présentation et de la négociation d'un PSE avec les syndicats représentatifs. Mais le juge judiciaire était-il compétent ? Réponse négative de la Cour de cassation au terme d'une motivation qui, à juste titre, ont laissé les commentateurs quelque peu perplexes. Retenons pour aller à l'essentiel qu'elle voit dans le courrier de l'autorité administrative déniait l'obligation de mettre en place un PSE un acte administratif faisant grief et susceptible en tant que tel d'un recours devant le juge administratif.

- F. Géa, *Trouble(s) dans la jurisprudence sur les PSE*, RDT 2023, p. 114.
- L. Marquet De Vasselot, A. Martinon, *Les contrôles administratifs et judiciaires*, JCP S n° 18, 9 mai 2023, 1120.
- P. Morvan, *Contrôle de l'Administration sur un projet de réorganisation*, JCP S n° 2, 17 janvier 2023, 1011.
- M.-C. Tual, *Si la Dreets juge que les conditions de mise en place du PSE ne sont pas remplies, c'est le juge administratif qui doit être saisi*, Lamy Actualités du droit, 10 janvier 2023.
- RJS 02/23, n° 77.

Sécurisation de la modification du contrat intervenue dans le cadre d'un projet de réorganisation avec PSE

Cass. soc. 23 novembre 2022, n°21-16.162, FS-B

La modification du contrat pour motif économique intervenue dans les conditions de l'article L. 1222-6 du code du travail à la suite d'un projet de réorganisation de l'employeur ayant donné lieu à PSE (mais non dans le cadre de la mise en œuvre du plan) est-elle affectée par l'annulation de la décision de validation de l'accord portant PSE à raison de son absence de caractère majoritaire ? La salariée considérée le soutenait. Elle faisait valoir que la nullité de l'accord portant PSE devait s'étendre à tous les actes subséquents

y compris la modification du contrat de travail opérée dès lors que proposition de modification du contrat résultait de la mise en œuvre d'un projet de réorganisation avec PSE et que ce dernier devait s'appliquer en cas de refus de sa part de la modification du contrat. L'argumentation développée n'est pas sans rappeler la fameuse jurisprudence *La Samaritaine...* Mais dorénavant, seuls les refus (sans renonciation de l'employeur à la modification du contrat) sont de nature à établir un lien avec le PSE, ce que ne manque pas de souligner la Cour de cassation en rappelant les termes de l'article L. 1233-25 du code du travail. Et la nullité de la procédure de licenciement n'est plus guère envisagée qu'en cas d'annulation de la décision de validation ou d'homologation du PSE pour insuffisance du plan. On voit mal dans ces conditions comment le juge aurait pu donner satisfaction à la salariée. Aussi la Cour de cassation considère-t-elle que la modification du contrat ne constitue pas un acte subséquent à l'accord portant PSE et que le salarié qui a accepté (en l'espèce tacitement dans les conditions de l'article L. 1222-6 du code du travail) la modification de son contrat n'est pas fondé à se prévaloir du défaut de validité de l'accord collectif pour obtenir la nullité de l'avenant au contrat de travail. Restait la voie d'un éventuel vice du consentement donné à la modification du contrat. Mais il est écarté, les juges du fond ayant relevé que l'employeur avait informé légitimement et de manière licite la salariée des conséquences d'un éventuel refus de la proposition de modification et que la négociation et la validation préalables de l'accord portant PSE lui avaient permis d'opérer un choix éclairé.

- C. Couëdel, *Réorganisation de l'entreprise et défaut de validité de l'accord PSE : l'avenant modificatif ne constitue pas un « acte subséquent »*, 12 décembre 2022.
- F. Joly, *Pas d'effet de l'annulation de la validation du PSE sur les modifications du contrat pour motif économique*, LEDEN n° 1, 1^{er} janvier 2023, p. 6.
- M. Kocher, *Annulation de la décision de validation d'un PSE et modification du contrat pour motif économique : quelles articulations ? Quelles conséquences ?*, RDT 2023, p. 37.

- J.-P. Lhernould, *La modification du contrat pour motif économique n'est pas un acte subséquent du PSE*, JSL n° 556, 24 janvier 2023, p. 8.
- S. Rioche, *Une modification du contrat de travail mise en œuvre dans un contexte de réorganisation reste valable malgré l'annulation de l'accord de plan de sauvegarde de l'emploi*, JCP S n° 3, 24 janvier 2023, 1019.
- RJS 02/23, n° 77.

▪ Nullité du licenciement

Abus du salarié qui menace son employeur de façon répétée d'intenter une action en justice contre lui

Cass. soc. 7 décembre 2022, n°21-19.280, F-D

Le comportement du salarié résidant dans des menaces répétées de porter plainte dans une logique d'intimidation caractérise un abus de ce dernier de son droit d'agir en justice. Aussi doit-il être débouté de sa demande de nullité de la rupture de son contrat.

- P. Le Cohu, *Abus dans l'exercice des libertés d'agir en justice et d'expression*, Gaz Pal. n° 8, 7 mars 2023, p. 59.
- FRS 01/23, inf. 3, p. 5.
- RJS 01/23, n° 58.

Nullité du licenciement fondé sur l'exercice d'un mandat d'élu local : déduction des revenus perçus de l'indemnité d'éviction à défaut de violation d'une liberté fondamentale constitutionnellement garantie

Cass. soc. 8 mars 2023, n°20-18.507, FS-B

Le licenciement fondé sur les absences d'un élu local en lien avec l'exercice de son mandat est nul (art. L. 2123-8 CGCT seul applicable en l'espèce ; arts. L. 1132-1 et L. 1132-4 C. trav.) et ouvre droit à réintégration ainsi qu'à indemnité d'éviction correspondant à la rémunération que le salarié aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration. La Cour de cassation précise dans le présent arrêt qu'il y a lieu de déduire de cette indemnité les revenus que le salarié a pu percevoir au cours de cette période.

En l'espèce, la salariée pour s'opposer à une restriction de son indemnité avait tenté de se prévaloir d'une atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie du salarié d'exercer comme tout citoyen un mandat électif reposant sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958. L'argumentation était de nature à convaincre la Cour de cassation qui semble effectivement faire de la violation d'une liberté fondamentale constitutionnellement garantie la condition nécessaire à une dérogation au principe de la déduction des revenus perçus pendant la période d'éviction. Elle est cependant balayée par la Chambre sociale qui refuse de voir dans les deux dispositions visées la consécration d'une liberté fondamentale (d'exercer un mandat électif local) qui justifierait d'une non-déduction des revenus perçus.

- P. Bailly, *Mandat électif municipal et liberté constitutionnelle*, SSL n° 2038, 20 mars 2023, p. 9.
- J.-P. Lhernould, *Modalités de réintégration d'une salariée licenciée en raison de l'exercice de son mandat de conseillère municipale*, JSL n° 563, 9 mai 2023, p. 16.
- C. Martin, *Licenciement nul : quelles sommes sont dues au titre de l'indemnité d'éviction ?*, Dalloz actualité, 22 mars 2023.
- J. Mouly, *Nullité du licenciement, réintégration et déductibilité des revenus de remplacement : le cas du salarié élu local ou l'entêtement de la Cour de cassation*, Dr. soc. 2023, p. 458.
- F. Pinatel, *A propos du refus, par la chambre sociale, de reconnaître l'existence d'une liberté fondamentale d'exercice d'un mandat électoral*, JCP S n° 14, 11 avril 2023, 1097.
- S. Riancho, *Mandat d'un élu local et nullité du licenciement : quelles conséquences indemnitaires ?*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2023, p. 13.
- FRS 06/23, inf. 5, p. 10.
- RJS 05/23, n° 248.

Calcul de l'indemnité d'éviction : exclusion des sommes réclamées au titre de l'intéressement et de la participation

Cass. soc. 1^{er} mars 2023, n°21-16.008, F-B

La Cour de cassation apporte une utile

précision concernant le montant de l'indemnité d'éviction à l'heure où le Gouvernement et les partenaires sociaux entendent encourager « le partage de la valeur en entreprise ».

Elle exclut en effet de son calcul les sommes réclamées au titre de l'intéressement et de la participation et que le salarié aurait perçues s'il n'avait pas été illicitement licencié, faute pour celles-ci de constituer des salaires. Seules les sommes ayant la nature de salaire sont donc à prendre en considération dans le calcul de l'indemnité d'éviction.

- L. Malfettes, *Le périmètre de l'indemnité d'éviction en cas de licenciement nul réprécisé*, Dalloz actualité, 14 mars 2023.
- C. Martin, *Licenciement nul : quelles sommes sont dues au titre de l'indemnité d'éviction ?*, Dalloz actualité, 22 mars 2023.
- J. Mouly, *Nullité du licenciement, réintégration et indemnité d'éviction : l'indemnité de congés payés est due, non la créance d'intéressement et de participation*, Dr. soc. 2023, p. 462.
- FRS 06/23, inf. 5, p. 10.
- RJS 05/23, n° 248.

▪ Expertise

Point de départ du délai de contestation du coût prévisionnel de l'expertise en cas de modification

Cass. soc. 7 décembre 2022, n°21-16.996, F-B

Aux termes des articles L. 2315-86 et R. 2315-49 du code du travail, l'employeur qui entend contester le coût prévisionnel, l'étendue ou la durée d'une expertise demandée par le CSE dispose d'un délai de 10 jours pour saisir le tribunal judiciaire à compter de la notification par l'expert désigné du coût prévisionnel, de l'étendue et de la durée de l'expertise. Mais qu'en est-il lorsque comme en l'espèce, l'expert modifie sa proposition et révisé le montant prévisionnel de son intervention (à la baisse ou à la hausse) ? La Cour de cassation admet que le délai de 10 jours pour saisir le juge court alors à compter de la notification de la seconde proposition tarifaire.

La solution présente l'avantage de préserver le droit à contestation de l'employeur lorsque

celui-ci se sera dans un premier temps rapproché de l'expert pour tenter d'obtenir une diminution du coût et/ou de la durée d'intervention. Énoncée en l'espèce à propos d'une expertise risque grave, elle est applicable à l'ensemble des cas d'expertise, à l'exception expressément visée par la Cour de cassation, de l'expertise dont peut bénéficier le CSE dans le cadre d'un licenciement collectif avec PSE, celle-ci obéissant à un régime spécifique.

- G. Auzero, *Point de départ du délai de contestation du coût prévisionnel d'une expertise demandée par le CSE*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2023, p. 14.
- S. Boisdon, F.-G. Laprévotte, *La seconde notification à l'employeur d'un coût prévisionnel d'expertise marque le point de départ d'un nouveau délai de contestation de celui-ci*, JCP S n° 2, 17 janvier 2023, 1012.
- A. de Gabory, A. Forge, *Rectification du cahier des charges de l'expert désigné par le CSE : nouvelle opportunité pour l'employeur de le contester*, JSL n° 557, 6 février 2023, p. 24.
- O. Giovenal, *Le point de départ du délai de contestation de l'expertise du CSE par l'employeur débute à l'envoi du dernier coût prévisionnel par l'expert*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 233, 1^{er} février 2023, p. 28.
- L. Malfettes, *Expertise : précisions sur le point de départ du délai de contestation*, Dalloz actualité, 13 janvier 2023.
- M.-C. Tual, *Le délai de contestation du coût prévisionnel de l'expertise court à compter du dernier tarif notifié par l'expert*, Lamy Actualités du droit, 12 décembre 2022.
- FRS 01/23, inf. 17, p. 21.
- RJS 02/23, n° 91.

Étendue de la mission de l'expert-comptable - situation économique et financière de l'entreprise

Cass. soc. 1^{er} juin 2023, n° 21-23.393 FS-B

À l'occasion d'un litige concernant l'étendue et corrélativement la durée et le coût de la mission de l'expert-comptable désigné dans le cadre de la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise, la Cour de cassation en précise les contours.

En premier lieu, dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure relative au comité

d'entreprise, elle reconnaît sous l'empire des dispositions légales applicables au CSE, que la mission de l'expert-comptable peut porter sur la situation et le rôle de l'entreprise au sein du groupe (sur le fondement des articles L. 2315-89 et L. 2315-90 du code du travail et de l'article L. 823-14 du code de commerce).

Mais l'employeur soutenait également que la mission de l'expert ne pouvait s'inscrire que dans la limite temporelle définie par l'article R. 2312-10 du code du travail, cette disposition envisageant la mise à disposition dans la BDES d'informations ne portant que sur l'année en cours et les deux années précédentes. Or l'expert avait sollicité pour l'exercice de sa mission un ensemble d'informations remontant jusqu'à 5 ans en arrière, ce dont il résultait qu'il avait entendu étendre son expertise au-delà de la limite temporelle qui devait s'imposer. L'employeur critiquait dès lors le jugement en ce qu'il avait rejeté ses demandes tendant à ce que la mission de l'expert soit limitée à l'année en cours et aux deux précédentes et que soient réduits en conséquence la durée et le coût de l'expertise. Cette fois, la Cour de cassation le suit pleinement dans son raisonnement. Après avoir rappelé les termes des articles L. 2312-36 et R. 2312-10 alinéa 1, elle énonce ainsi que l'expertise ne peut porter que sur l'année qui fait l'objet de la consultation et les deux années précédentes ainsi que sur les éléments d'information relatifs à ces années.

- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail novembre 2022 - juin 2023*, D. 2023, p. 1443.
- O. Giovenal, *Périmètre géographique et temporel de la mission de l'expert du CSE sur la situation économique et financière de l'entreprise*, JSL n° 567, 7 juillet 2023, p. 14.
- T. Lahalle, *Périmètres d'intervention de l'expert-comptable sollicité par le CSE*, JCP S n° 26, 4 juillet 2023, 1181.
- L. Malfettes, *Les limites du champ du recours à l'expertise économique et financière par le CSE reprécisées*, Dalloz actualité, 16 juin 2023.
- A. Roue, *Consultation du CSE sur la situation économique et financière : des précisions sur l'étendue de l'expertise*, Lamy Actualités du droit, 20 juin 2023.
- FRS 13/23, inf. 9, p. 15.
- RJS 08-09/23, n° 458.

Audition de salariés par l'expert-comptable : l'accord de l'employeur et des salariés concernés est nécessaire

Cass. soc. 28 juin 2023, n°22-10.293, FS-B

L'expert-comptable désigné dans le cadre de la consultation sur la politique sociale, s'il considère que l'audition de certains salariés est utile à l'accomplissement de sa mission, ne peut y procéder qu'avec l'accord exprès de l'employeur et des salariés concernés. Tel est l'enseignement de cet arrêt dont la portée reste toutefois incertaine. Il semblerait tout d'abord logique que ne soient concernées que les auditions de salariés sur le lieu de travail et durant le temps de travail. Par ailleurs, qu'en est-il dans les autres cas de recours à un expert ? La Cour de cassation dans le présent arrêt ne vise que l'intervention de l'expert-comptable dans le cadre de la consultation sur la politique sociale, contexte dans lequel était apparu le litige. Mais en réponse au moyen, elle s'appuie sur les articles L. 2315-82 et L. 2315-83 du code du travail (qui garantissent à l'expert un libre accès dans l'entreprise pour les besoins de sa mission ainsi que les informations nécessaires à l'exercice de sa mission) dont elle refuse de déduire un droit pour l'expert d'auditionner certains salariés. Ces dispositions légales sont générales et couvrent tous les cas de recours à un expert-comptable ou à un expert habilité. Elles ne devraient donc pas davantage pouvoir servir de fondement à la reconnaissance d'un droit d'auditionner des salariés dans les autres hypothèses de recours à un expert.

- F. Champeaux, *L'audition des salariés par l'expert soumise à l'accord de l'employeur*, SSL n° 2054, 10 juillet 2023, p. 12.
- L. Dauxerre, *Expert-comptable du CSE : pas d'audition des salariés sans l'accord exprès de l'employeur*, JCP S n° 35, 5 septembre 2023, 1220.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail novembre 2022 - juin 2023*, D. 2023, p. 1443.
- G. François, *Pas de droit d'auditionner les salariés pour l'expert-comptable désigné par le comité social et économique*, Dr. soc. 2023, p. 733.

- F. Gabroy, *Pas de liberté d'audition des salariés pour l'expert-comptable désigné par le CSE*, Dalloz actualité, 6 juillet 2023.
- O. Giovenal, *L'expert du CSE n'est pas libre d'auditionner les salariés de l'entreprise*, JSL n° 569, 12 septembre 2023, p. 21.
- A. Lucchini, *Le droit reconnu et conditionné de l'expert-comptable du CSE d'auditionner le personnel de l'entreprise*, BJT n° 9, 1^{er} septembre 2023, p. 19.
- FRS 15/23, inf. 9, p. 16.

▪ Délégué syndical

Désignation d'un délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés : revirement de jurisprudence

Cass. soc. 19 avril 2023, n°21-17.916, FS-B

Voilà un revirement de jurisprudence clairement destiné à favoriser l'implantation syndicale dans les entreprises de moins de 50 salariés. En effet, en considération du « rôle désormais dévolu par le législateur à la négociation collective au sein des entreprises » qui « suppose que les conditions de désignation d'un délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés ne soit pas subordonnée à des conditions inappropriées », la Cour de cassation admet que doit pouvoir être désigné comme délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés, à condition qu'il en remplisse bien les conditions prévues par loi, un salarié ayant précédemment exercé des fonctions de représentant d'un autre syndicat ou élu lors des dernières élections sur des listes présentées par un autre syndicat. Comme le souligne l'arrêt, il n'appartient qu'au syndicat désignataire de juger de l'opportunité d'un tel choix et d'apprécier si l'élu considéré est en mesure de remplir sa mission. La Cour de cassation harmonise donc sa jurisprudence, quelle que soit la taille de l'entreprise, le même principe de solution ayant déjà été dégagé dans les entreprises d'au moins 50 salariés (Cass. soc. 17 avril 2013, n°12-22.699).

- L. Dauxerre, *Désignation du délégué syndical, affinement de la construction jurisprudentielle*, JCP S n° 30-34, 1^{er} août 2023, 1206.

- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail novembre 2022 - juin 2023*, D. 2023, p. 1443.
- G. François, *Nouveau revirement de jurisprudence à propos du salarié pouvant être désigné délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés*, BJT n° 6, 1^{er} juin 2023, p. 23.
- P. Francoual, *Délégués syndicaux : une série de précisions éclaire les modalités de leur désignation*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 237, 1^{er} juin 2023, p. 19.
- C. Gontard, *Entreprises de moins de 50 salariés : un élu peut être désigné DS par une autre organisation syndicale que celle qui l'a présenté*, Lamy Actualités du droit, 2 mai 2023.
- M. Hautefort, *Désignation du délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés : la Cour change la donne*, JSL n° 565, 7 juin 2023, p. 13.
- E. Lilliu, *La Cour de cassation gardienne de l'implantation syndicale en entreprise*, SSL n° 2053, 3 juillet 2023, p. 12.
- L. Malfettes, *Nouvelles précisions sur les conditions de désignation du délégué syndical*, Dalloz actualité, 10 mai 2023.
- FRS 11/23, inf. 8, p. 14.
- RJS 07/23, n° 390.

▪ Représentant de la section syndicale

Etendue de l'interdiction de désigner un même RSS en cas d'échec aux élections professionnelles

Cass. soc. 19 avril 2023, n°21-23.483, FS-B

L'échec d'un syndicat de l'entreprise à accéder à la représentativité lors des élections professionnelles emporte perte du mandat de son représentant de section syndicale avec interdiction d'une nouvelle désignation du salarié comme représentant syndical « au titre d'une section » jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes (art. L. 2142-1-1 C. trav.). Mais cette référence légale à « une section » renvoie-t-elle à la section originelle du salarié dont le mandat a pris fin ou doit-elle se comprendre de manière plus large de toute section ? La Cour de cassation opte pour la seconde alternative. Elle considère en effet que l'interdiction de désigner à nouveau le salarié comme représentant de section syndicale est

opposable à toute organisation syndicale non représentative dans l'entreprise qu'elle soit ou non celle ayant précédemment désigné le salarié. Un autre syndicat non représentatif ne peut donc pas davantage désigner le salarié comme représentant de section syndicale.

- G. François, *La fin du mandat de représentant de section syndicale pour cause de non-accession du syndicat à la représentativité : nouvelles précisions jurisprudentielles*, BJT n° 6, 1^{er} juin 2023, p. 27.
- P. Francoual, *Délégués syndicaux : une série de précisions éclaire les modalités de leur désignation*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 237, 1^{er} juin 2023, p. 19.
- B. Gauriau, *Sur une interdiction de désignation du RSS opposable à tous les syndicats non représentatifs (à propos de l'article L. 2142-1-1 du code du travail)*, JCP S n° 24, 20 juin 2023, 1162.
- C. Gontard, *Le salarié, déjà RSS pour un premier syndicat, ne peut pas être redésigné en tant que tel par un autre*, Lamy Actualités du droit, 10 mai 2023.
- L. Malfettes, *Nouvelles précisions sur les conditions de désignation du délégué syndical*, Dalloz actualité, 10 mai 2023.
- FRS 11/23, inf. 9, p. 16.
- RJS 07/23, n° 388.

▪ Conventions collectives

Point de départ et nature du délai de deux mois pour agir en nullité d'un accord de branche

Cass. soc. 21 septembre 2022, n°20-23.500, FS-B+L

La Cour de cassation met fin aux incertitudes relatives au point de départ du délai de deux mois pour agir en nullité d'un accord de branche résultant de la rédaction ambiguë des articles L. 2262-14 et L. 2231-5-1 du code du travail. La première de ces dispositions prévoit en effet que le délai de deux mois court à compter de la publication de l'accord et opère à ce titre un renvoi à l'article L. 2231-5-1 du code du travail qui précise que les accords collectifs « sont rendus publics et versés dans une base de données nationale, dont le contenu est publié en ligne dans un standard

ouvert aisément réutilisable ». Fallait-il en déduire que le point de départ du délai était repoussé à la diffusion de l'accord sur Légifrance, après publication au BOCC, ou qu'il courrait dès publication officielle au BOCC ? C'est la seconde alternative que retient la Cour de cassation, la seule à même de conférer date certaine à l'accord et donc à satisfaire l'objectif de sécurité juridique. La diffusion sur Légifrance n'est analysée que comme une mesure complémentaire destinée quant à elle à répondre au besoin d'accessibilité de la norme de droit (on notera d'ailleurs au regard de ce second objectif que les BOCC sont aisément accessibles sur Légifrance). La Cour de cassation approuve donc les juges du fond d'avoir jugé l'action en nullité de syndicats irrecevable, la saisine du juge ayant été opérée plus de deux mois après la publication de l'accord de branche considéré au BOCC.

La Cour de cassation saisit par ailleurs l'occasion qui lui était donnée de mettre un terme aux hésitations sur la nature du délai de 2 mois pour agir en nullité : devait-il s'analyser en un délai de prescription ou en un délai de forclusion dont le régime, plus sévère, fait notamment obstacle à tout aménagement conventionnel ? La Cour de cassation prend clairement position en prenant le soin à deux reprises de le qualifier de délai de forclusion. Elle s'inscrit ainsi dans les pas du législateur qui, en instaurant le délai de 2 mois pour agir en nullité, entendait sécuriser les accords collectifs.

- A. Bugada, *Action en nullité contre une convention collective de branche*, Procédures n° 11, novembre 2022, comm. 251.
- H. Ciray, *Action en nullité d'un accord de branche : point de départ du délai de forclusion de deux mois*, Dalloz actualité, 12 octobre 2022.
- L. Dauxerre, *Annulation d'une convention ou d'un accord de branche*, JCP E n° 17-18, 27 avril 2023, 1144.
- G. François, *Nature et point de départ du délai relatif à l'action en nullité d'un accord de branche*, Dr. soc. 2023, p. 60.
- C. Gontard, *Action en nullité d'un accord de branche : point de départ du délai de forclusion*, Lamy Actualités du droit, 27 septembre 2022.
- C. Mariano, *Action en nullité d'un accord*

collectif de branche : précisions sur la nature et le point de départ du délai de deux mois, BJT n° 11, 1^{er} novembre 2022, p. 28.

- C. Pernot, *Le BOCC comme point de départ du délai pour agir en nullité d'un accord de branche, une quête de sécurité juridique de la norme collective*, JCP S n° 41, 18 octobre 2022, 1266.
- RJS 11/22, n° 574.

Irrecevabilité de l'exception d'illégalité d'un accord collectif invoquée par un signataire

Cass. soc. 19 octobre 2022, n°21-15.270, FS-B

Au-delà du particularisme de l'affaire tenant à la conclusion d'un accord de participation au sein d'un comité d'entreprise devenu CSE, mais dans lequel la Cour de cassation voit bien un accord collectif dont le comité d'entreprise était signataire, cette décision confirme le sentiment majoritaire de la doctrine après les arrêts du 2 mars 2022 : le signataire d'un accord collectif n'est pas recevable à invoquer par voie d'exception l'illégalité de l'accord.

- D. Baugard, *Pas d'exception d'illégalité pour les signataires d'un accord collectif*, RDT 2023, p. 48.
- L. Bento de Carvalho, *L'irrecevabilité de l'exception d'illégalité invoquée par le comité d'entreprise signataire d'un accord de participation*, JCP S n° 46, 22 novembre 2022, 1292.
- F. Bergeron, *L'illégalité de l'accord collectif invoquée par voie d'exception*, Dr. soc. 2023, p. 217.
- D. Chenu, *Irrecevabilité de l'exception d'illégalité d'un accord collectif formée par un signataire*, Dr. soc. 2023, p. 190.
- C. Couëdel, *Possibilité pour le CSE d'invoquer l'exception d'illégalité d'un accord : une faculté sous condition de non-signature*, Dalloz actualité, 7 novembre 2022.
- Y. Ferkane, S. Vernac, *Chronique Droit du travail avril 2022 - octobre 2022*, D. 2022, p. 2245.
- G. François, *Le comité social et économique ne peut se prévaloir par voie d'exception de l'illégalité d'une clause d'un accord de participation dont il est signataire*, BJT n° 12, 1^{er} décembre 2022, p. 19.
- A. Lucchini, *Articulation entre action en nullité et exception d'illégalité ou la théorie des vases (non) communicants*, SSL n° 2022, 21 novembre 2022, p. 9.
- Y. Pagnerre, *Accord de participation*,

irrecevabilité de l'exception de nullité invoquée par le CSE signataire, JCP E n° 19, 11 mai 2023, p. 1154.

- S. Riancho, *Quand une discipline se reflète dans un arrêt...*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2023, p. 39.
- RJS 01/23, n° 28.

▪ Délai de prescription

Action du salarié en paiement d'une créance de participation : application de la prescription biennale

Cass. soc. 13 avril 2023, n°21-22.455, FS-B

La Chambre sociale de la Cour de cassation, après avoir rappelé le principe dorénavant bien établi selon lequel la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance invoquée, précise que l'action d'un salarié en paiement d'une créance de participation aux résultats de l'entreprise, laquelle n'a pas une nature salariale (déjà en ce sens : Cass. soc. QPC 23 mars 2022, n°21-22.455), relève de l'exécution du contrat de travail et est donc soumise à la prescription biennale de l'article L. 1471-1 du code du travail.

- L. Gaudemet-Toulemonde, J. Kovac, *L'action du salarié en paiement d'une créance de participation se prescrit par deux ans*, SSL n° 2049, 5 juin 2023, p. 11.
- FRS 11/23, inf. 1, p. 3.
- RJS 06/23, n° 329.

Point de départ du délai de prescription de l'action en requalification du CDD en CDI fondée sur le défaut de mention du nom et de la qualification du salarié remplacé

Cass. soc. 23 novembre 2022, n°21-13.059, FS-B

Lorsque l'action en requalification est fondée sur le motif du recours au CDD, le délai de prescription biennal court à compter du terme du contrat ou en cas de succession de CDD, à compter du terme du dernier contrat (Cass. soc. 29 janvier 2020, n°18-15.359). En revanche, lorsque l'action en requalification est fondée sur l'absence d'une mention au

contrat, le délai de prescription court à compter de la conclusion du contrat (Cass. soc. 3 mai 2018, n°16-26.437). Mais qu'en est-il lorsque l'action en requalification repose sur le défaut d'indication du nom ou de la qualification de la personne remplacée ?

Dans la mesure où ces mentions participent de la définition précise du motif du CDD, les juges du fond avaient considéré que l'action était en réalité fondée sur la validité du motif de recours au CDD et avaient en conséquence fait courir le délai de prescription à compter du dernier contrat. La Cour de cassation refuse cependant de les suivre dans leur raisonnement. Elle considère que l'action était fondée sur une absence de mention de telle sorte que le point de départ du délai de prescription devait être fixé au jour de la conclusion du contrat. Il en résultait en l'espèce que l'action était en réalité prescrite. La solution semble cohérente : le défaut de mention apparaît dès la conclusion du contrat (ou de l'avenant) et c'est donc à cette date que le salarié est en mesure d'en avoir connaissance.

- F. Bousez, *Action en requalification pour défaut d'une mention obligatoire et point de départ du délai de prescription*, JCP S n° 49, 13 décembre 2022, 1315.
- C. Couëdel, *CDD de remplacement et absence de mentions au contrat : où situer le point de départ de la prescription*, Dalloz actualité, 12 janvier 2023.
- S. Riancho, *Requalification du CDD : la prescription de l'action fondée sur l'absence du nom ou de la qualification professionnelle court à compter de la conclusion du contrat*, BJT n° 1, 1^{er} janvier 2023, p. 5.
- F. Vaccaro, *Géométrie variable du point de départ de la prescription de l'action en requalification du CDD/intérim*, JSL n° 556, 24 janvier 2023, p. 4.
- FRS 24/22, inf. 8, p. 15.
- RJS 02/23, n° 99.

Point de départ du délai de prescription de l'action en requalification du CDD en CDI à défaut d'écrit

Cass. soc. 15 mars 2023, n° 20-21.774, FS-B ; Cass. soc. 11 mai 2023, n°20-22.472, FS-B

Poursuivant son œuvre de clarification, la Chambre sociale de la Cour de cassation saisit l'occasion qui lui était offerte dans la première espèce (Cass. soc. 15 mars 2023) de compléter sa jurisprudence en précisant que lorsque l'action en requalification du CDD en CDI est fondée sur le défaut d'établissement d'un écrit, le délai de prescription de deux ans court à compter de l'expiration du délai de deux jours dont dispose l'employeur pour transmettre le contrat (art. L. 1242-13 C. trav.). Elle confirme cette solution quelques semaines plus tard dans un arrêt du 11 mai 2023 en apportant toutefois une précision inédite quant aux effets de la requalification en CDI.

En l'espèce, le salarié avait été recruté pour des activités saisonnières au cours de 4 périodes s'étalant, avec interruptions, entre le 16 juin 2014 et le 25 avril 2016. L'employeur n'avait produit en justice que le second et le dernier contrat dont la signature ne pouvait être attribuée avec certitude au salarié. Et il soutenait que le salarié avait délibérément refusé de signer les deux autres contrats sans toutefois être en mesure de l'établir. Le salarié, pour prétendre à requalification en CDI, avait invoqué ce défaut d'écrit et de signature et contesté le motif du recours au CDD. Les juges du fond avaient écarté le fondement tiré du motif de recours au CDD, le caractère saisonnier des contrats ne faisant pas de doute. Mais en considération de l'absence de tout écrit et du défaut de signature, ils avaient requalifié les deux derniers contrats en CDI et considéré que cette requalification prenait effet à la date de conclusion du premier d'entre eux (soit le 1^{er} juillet 2015). Dans son pourvoi en cassation, le salarié contestait cette limitation des effets de la requalification : s'appuyant sur la solution posée par la Cour de cassation dans son arrêt du 29 janvier 2020 selon laquelle lorsque la demande de requalification est reconnue fondée, elle produit ses effets à la date du premier engagement irrégulier, il soutenait que ses effets devaient remonter à la date de son tout premier contrat (soit au 16 juin 2014).

La Cour de cassation après avoir rappelé les points de départ de la prescription de l'action

en requalification fondée sur le défaut d'établissement d'écrit (au terme du délai de deux jours pour transmission du contrat) et sur l'absence de mention (à la date de conclusion du contrat), approuve toutefois le raisonnement des juges du fond. Au regard de la date de saisine du Conseil de prud'hommes (31 mai 2017) et desdites règles de prescription, il apparaissait en effet que l'action en requalification des deux premiers contrats était prescrite. La Cour de cassation refuse donc de faire remonter les effets de la requalification en CDI à ces contrats. Elle précise ainsi qu'en cas de requalification reconnue comme fondée à raison du défaut d'écrit ou de l'absence de mention, le salarié est en droit de se prévaloir d'une ancienneté à compter du premier contrat irrégulier « non atteint par la prescription ».

- M. Billiau, G. Loiseau, *Régime de l'obligation*, JCP E n° 27, 10 juillet 2023, doct. 851.
- F. Bousez, *Point de départ du délai de prescription en matière de requalification du CDD : l'absence de contrat écrit est assimilée à une irrégularité de forme*, JCP S n° 16-17, 25 avril 2023, 1112 ; *Point de départ du délai de prescription de l'action en requalification d'un CDD : une décision pédagogique*, JCP S n° 25, 27 juin 2023, 1169.
- E. Maurel, *Point de départ et prescription de l'action en requalification d'un CDD en CDI*, Dalloz actualité, 29 mars 2023.
- RJS 05/23, n° 272.
- RJS 07/23, n° 398.

Computation des délais de prescription d'une action en justice

Cass. soc. 13 avril 2023, n°21-14.479, FS-B

La solution est ancienne mais n'avait semblé-t-il jamais encore été énoncée par la Chambre sociale de la Cour de cassation : le jour pendant lequel se produit un événement d'où court un délai de prescription ne compte pas dans ce délai. Son fondement réside dans l'article 2228 du code civil selon lequel la prescription se compte par jours et non par heures. Peu importe ainsi l'heure à laquelle l'évènement s'est produit, le décompte s'opère à compter du lendemain. Notons que les Hauts magistrats ont ici procédé par

substitution de motifs, alors que le demandeur au pourvoi reprochait aux juges du fond, à juste titre, de s'être fondés sur les articles 641 et 642 du code de procédure civile pour considérer que l'action du salarié n'était pas prescrite. La décision rappelle ainsi que les règles de computation des délais de prescription d'une action ne se confondent pas avec les règles de computation des délais de procédure.

- S. Riancho, *Décompte du délai de prescription : le jour de l'évènement qui le fait courir ne compte pas !*, BJT n° 5, 1^{er} mai 2023, p. 8.
- RJS 06/23, n° 334.

Focus Elections professionnelles

Protocole d'accord préélectoral

Cass. soc. 12 juillet 2022, n°21-11.420, F-B

A défaut de tentative préalable de négociation du protocole préélectoral dans des conditions loyales, l'autorité administrative est fondée à rejeter les demandes de répartition du personnel entre les collèges électoraux et des sièges entre les différentes catégories du personnel à défaut d'accord avec les organisations syndicales (art. L. 2314-13 C. trav.).

- RJS 10/22, n° 532 ; FRS 16/22, inf. 13, p. 31.

Cass. soc. 9 novembre 2022, n°21-60.183, F-B

Les règles relatives à la mixité des candidats (art. L. 2314-30 C. trav.) doivent être respectées en cas d'élections partielles.

La proportion hommes-femmes figurant dans le protocole préélectoral pour les élections initiales s'applique aux élections partielles.

- RJS 01/23, n° 27 ; FRS 22/22, inf. 8, p. 17.

Cass. soc. 22 mars 2023, n°22-13.535, F-B

Tout comme la fédération ou l'union de syndicats qui a signé le protocole d'accord préélectoral, le syndicat non signataire qui lui est affilié ne peut en contester la validité après la proclamation des résultats et demander à ce titre l'annulation des élections professionnelles.

- RJS 06/23, n° 327 ; FRS 0/23, inf. 7, p. 14.

Office du juge des élections - art. L. 2314-13, al. 5 C. trav.

Ambiguïté de l'accord collectif définissant le périmètre des établissements distincts

Cass. soc. 14 décembre 2022, n°21-19.551, FS-B+R

Il appartient au tribunal judiciaire d'examiner l'ensemble des contestations, qu'elles portent sur la légalité externe ou la légalité interne de la décision de l'autorité administrative sollicitée aux fins de répartition des sièges et personnel entre les collèges en l'absence d'accord conclu avec les organisations syndicales. S'il les juge mal fondées, il lui appartient de confirmer la décision. S'il les accueille partiellement ou totalement, il lui appartient d'annuler la décision administrative et de statuer à nouveau, par une décision se substituant à celle de l'autorité administrative, sur les questions demeurant en litige d'après l'ensemble des circonstances de fait à la date où le juge statue.

Il ne peut dès lors, sans commettre un déni de justice, se déclarer incompétent au motif qu'il ne pourrait interpréter l'accord collectif définissant les établissements distincts.

Dans la mesure où la détermination du périmètre des établissements distincts est un préalable à la répartition des salariés dans les collèges de chaque établissement, l'administration doit, sous le contrôle du juge judiciaire, procéder à la répartition sollicitée par application de l'accord collectif définissant les établissements distincts et leurs périmètres. Il revient ensuite judiciaire de se prononcer sur la légalité de la décision du Dreet, au besoin après interprétation de l'accord considéré, en respectant d'abord la lettre puis, s'il manque de clarté, au regard de l'objectif qui

est que la définition des périmètres des établissements distincts soit de nature à permettre l'exercice effectif des prérogatives de l'institution représentative du personnel.

L'autorité administrative ayant en l'espèce refusé d'appliquer l'accord, le juge judiciaire aurait dû annuler sa décision et interpréter l'accord afin de procéder ensuite à la répartition des sièges et des salariés entre les collèges électoraux au sein des établissements distincts ainsi délimités.

- RJS 03/23, n° 150 ; FRS 03/23, inf. 11, p. 18.

Vote blanc ou nul

Cass. soc. 15 juin 2022, n°21-60.107, F-B

Tout salarié électeur dispose, en vertu de sa liberté fondamentale de voter, de la faculté d'exprimer un vote blanc ou nul, peu important que le protocole d'accord préélectoral ne l'ait pas prévue. L'absence de précision dans le protocole d'accord préélectoral ne constitue donc pas une cause d'annulation du scrutin.

Il en est ainsi que le scrutin s'opère par vote physique ou par vote électronique.

Si la Cour de cassation s'est prononcée en l'espèce sur un scrutin intervenu dans le cadre d'un référendum sur un accord minoritaire, sont mis en œuvre des principes généraux du droit électoral qui ont dès lors vocation à s'appliquer aux élections professionnelles.

- RJS 08-09/22, n° 466 ; FRS 14/22, inf. 13, p. 16.

Opérations de vote

Cass. soc. 21 septembre 2022, n°21-14.123, F-D

La circonstance que les électeurs n'ont pas eu accès librement au lieu de dépouillement (celui-ci étant en l'espèce fermé à clé en raison d'un climat extrêmement tendu et d'incidents survenus lors d'un précédent scrutin) est de nature à affecter la sincérité des élections électorales et constitue une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections en application des articles L. 67 et L. 63 du code électoral.

Il est indifférent que la fermeture de l'accès à la salle de dépouillement ait été décidée en accord avec les organisations syndicales dans le cadre d'un avenant au protocole préélectoral et que la salle soit restée visible depuis une baie vitrée.

- RJS 12/22, n° 624 ; FRS 19/22, inf. 9, p. 17.

Cass. soc. 15 juin 2022, n°20-21.992, F-B

En l'absence de salle de vote (recours au vote électronique), le résultat des élections peut être publié par tout moyen permettant l'accessibilité du résultat, dès sa proclamation, à l'ensemble du personnel au sein de l'entreprise.

En l'espèce sont jugées régulières les conditions de publication des résultats dès lors qu'en l'absence de salle de vote du fait du recours au vote électronique, le bureau de vote s'était réuni pour dépouiller les résultats et que dès la fin du dépouillement électronique, les résultats avaient été imprimés en présence des délégués de liste, affichés puis largement diffusés au sein de l'entreprise à destination de l'ensemble du personnel.

- RJS 08-09/22, n° 462 ; FRS 14/22, inf. 12, p. 14.

Modifications législatives

à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2021
(Cons. const. n° 2021-947 QPC)

Rappel : La jurisprudence considérait de manière constante que ne pouvaient être électeurs ni éligibles les salariés disposant d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise ou représentant effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel. A la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a toutefois jugé contraire à la Constitution l'article L. 2314-18 du code du travail telle qu'interprété par la jurisprudence. L'abrogation de cette disposition a été reportée par le Conseil constitutionnel au 31 octobre 2022. Le législateur se devait donc d'intervenir.

La loi n°2022-1598 du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi a ainsi modifié l'article L. 2314-18 du code du travail, avec application au 31 octobre 2022.

Conditions de l'électorat

Art. L. 2314-18 C. trav.
(applicable au 31 octobre 2022)

Sont **électeurs l'ensemble** des salariés âgés de seize ans révolus, travaillant depuis trois mois au moins dans l'entreprise et n'ayant fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques.

La censure du Conseil constitutionnel ne portant toutefois que sur la jurisprudence excluant les salariés assimilés à l'employeur de l'électorat, le législateur a entendu consacrer la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation en matière d'inéligibilité.

Conditions de l'éligibilité

Art. L. 2314-19 C. trav.
(en vigueur depuis le 23 décembre 2022)

Sont **éligibles** les électeurs âgés de dix-huit ans révolus, et travaillant dans l'entreprise depuis un an au moins, **à l'exception** des conjoint, partenaire d'un pacte civil de solidarité, concubin, ascendants, descendants, frères, sœurs et alliés au même degré de l'employeur **ainsi que des salariés qui disposent d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise ou qui le représentent effectivement devant le comité social et économique.**

Les salariés travaillant à temps partiel simultanément dans plusieurs entreprises ne sont éligibles que dans l'une de ces entreprises. Ils choisissent celle dans laquelle ils font acte de candidature.

- G. François, *L'électorat et l'éligibilité des salariés assimilés à l'employeur*, Dr. soc. 2023, p. 166.
- J.-Y. Kerbourc'h, *L'électorat et l'éligibilité au comité social et économique après la loi du 21 décembre 2022*, JCP S n° 13, 4 avril 2023, 1088.
- V. Lalane, F. Legras *L'ouverture du statut d'électeur aux cadres représentant l'employeur et le principe de neutralité*, Les Cahiers Lamy du CSE n° 234, 1^{er} mars 2023, p. 18.

Ressources

◊ **Questions-Réponses CNIL Elections professionnelles et données personnelles - 24 octobre 2022**, disponible sur [cnil.fr](https://www.cnil.fr)

- Présentation synthétique : FRS 22/22, inf. 9, p. 19.

- S. Saulnier, *Elections professionnelles et données personnelles : les obligations à respecter*, SSL n° 2023, 28 novembre 2022, p. 4.

◊ **Dossier : Election du CSE : Processus électoral et incidents, Les Cahiers Lamy du DRH n° 301, 1^{er} octobre 2022, 72 p.**

Sommaire :

- Capstan : Droit à l'essentiel – Election du CSE : étapes et points de vigilance en tableaux
- Les info'-strat' Factorhy Avocats ; Election du CSE : processus électoral et incidents (infographies)
- Préconisations de Marie Hautefort ; Election du CSE en modèles

◊ **Dossier spécial : Renouvellement du CSE. Ce qu'il faut retenir de ce premier mandat à l'aube des prochaines élections, Les Cahiers Lamy du CSE, suppl. n° 229, 1^{er} octobre 2022, 64 p.**

◊ **R. Favre, Organiser les élections professionnelles, JCP n° 15, 18 avril 2023, 1104.**

◊ **J. Crédoz - Rosier, Dix recommandations pratiques pour un renouvellement du CSE efficient et sans écueils !, SSL n° 2051, 19 juin 2023, p. 5.**

Avec les contributions de l'équipe enseignante en droit social

Ont collaboré à l'édition 2022-2023 du Cap sur le Droit

Makiya Bouaziz, Enseignante FLD

Virginie Le Blan, Maître de conférences FLD

Les étudiants du Master 2 DGRH - Formation initiale Promotion 2022-2023

Flore BEAUMONT

Léa BOHEM

Emmanuel CORBEL

Alice DELECROIX

Elise FABING

Juliette FOUBERT

Hicham IBN TATTOU

Baptiste JAYET

Alexiane LE GALL

Charles LIEVRE

Simon MEIER



Elisa NOBLET

Louise OURY

Garance PLAISANCE

Louise POSLEDNIK

Noëlle PREVOST

Quentin SAILLOUR

Marine SEYNAEVE

Julie THIBAUT

Brunelle VALOISE

Rana YILMAZ