



Actualités législatives et réglementaires

► *Apprentissage*

L'arrêté du 13 septembre 2021, modifiant l'arrêté du 24 août 2020 fixant les niveaux de prise en charge des contrats d'apprentissage, est paru au *JO* du 18.

► *Crise sanitaire*

Le décret n°2021-1201 du 17 septembre 2021, modifiant le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, est paru au *JO* du 18.

Deux autres textes sont parus au *JO* du 23 :

- l'ordonnance n°2021-1214 du 22 septembre 2021 portant adaptation de mesures d'urgence en matière d'activité partielle,
- le décret n°2021-1215 du 22 septembre 2021 modifiant le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

► *Code de commerce - Entreprises en difficulté*

Le décret n°2021-1218 du 23 septembre 2021, portant modification du livre VI du code de commerce, est paru au *JO* du 24.

Jurisprudence

► *Congés payés*

En application des articles L 3141-12, L 3141-14 et L 3141-30 du code du travail, interprétés à la lumière de l'article 7 de la directive 2003/88, il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité de bénéficier effectivement de son droit à congé auprès de la caisse de congés payés, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement.

Seule l'exécution de cette obligation entraîne la substitution de l'employeur par la caisse pour le paiement de l'indemnité de congés payés (Cass. soc., 22-9-21, n°19-17046).

► *Inaptitude*

L'employeur qui s'abstient de saisir, après le premier examen médical du salarié, le médecin du travail pour faire pratiquer le second examen médical visant à constater l'inaptitude commet une faute susceptible de causer au salarié un préjudice dont l'existence est appréciée souverainement par les juges du fond (Cass. soc., 22-9-21, n°19-17046).

A noter que cette jurisprudence est rendue sous l'empire des anciennes dispositions du code du travail imposant, sauf en cas de danger immédiat, la réalisation de deux examens médicaux pour constater l'inaptitude.

Depuis le 1^{er} janvier 2017, l'inaptitude peut être constatée à l'issue d'une seule visite, sauf si le médecin du travail estime nécessaire une seconde visite.

► *Procédure disciplinaire*

Une convention collective peut subordonner le prononcé du licenciement à l'existence de sanctions antérieures pouvant être notamment une observation.

Dans ce cas, cette sanction étant de nature à avoir une incidence sur la présence dans l'entreprise du salarié au sens de l'article L 1332-2 du code du travail, l'employeur est tenu de respecter la procédure disciplinaire prévue par les dispositions de L 1332-2 et de convoquer le salarié à un entretien préalable (Cass. soc., 22-9-21, n°18-22204).

► *Procédure disciplinaire - Convention collective*

La rupture prononcée en méconnaissance d'une règle de procédure disciplinaire prévue par des dispositions conventionnelles, constituant une garantie de fond, n'est pas nulle mais seulement dépourvue de cause réelle et sérieuse, en l'absence de dispositions statutaires prévoyant expressément la nullité de la rupture dans une telle hypothèse (Cass. soc., 22-9-21, n°19-10785).

► *Sanction disciplinaire - Faits nouveaux*

Lorsque l'employeur convoque le salarié à plusieurs entretiens préalables successifs, le délai qui est imparti pour notifier le licenciement disciplinaire court à compter du premier entretien préalable sauf si la convocation du salarié à un second entretien est justifiée par la découverte de faits fautifs nouveaux postérieurement au premier entretien (Cass. soc., 22-9-21, n°18-22204).

► **Liberté d'expression - Abus**

Caractérise un abus de la liberté d'expression du salarié, le fait de diffuser un courrier à un large public en l'adressant à un établissement exerçant une autorité hiérarchique sur l'employeur et dans lequel il détourne le sens d'une recommandation professionnelle faite par l'un de ses collègues et dénigre l'établissement l'employant auprès de tiers exerçant une autorité de tutelle sur l'employeur (Cass. soc., 22-9-21, n°18-22204).

► **Référé *in futurum* - Discrimination**

Le référé « *in futurum* » prévu par l'article 145 du code de procédure civile, permettant de demander au juge de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre le litige, ne peut être écarté en matière de discrimination au motif de l'existence d'un mécanisme probatoire spécifique résultant des dispositions de l'article L 1134-1 du code du travail (Cass. soc., 22-9-21, n°19-26144).

► **Modification du contrat Heures supplémentaires**

Le recours systématique à des heures supplémentaires, portant la durée du travail d'un salarié de 35 heures à 39 heures, s'analyse en une modification du contrat du travail implicite dont le refus n'est pas fautif (Cass. soc., 8-9-21, n°19-16908).

► **Congés payés - Report**

Des dispositions ou pratiques nationales peuvent limiter le cumul des droits aux congés annuels payés d'un travailleur en incapacité de travail au moyen d'une période de report à l'expiration de laquelle le droit au congé payé s'éteint. Ces dispositions ou pratiques sont conformes à la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, dès lors que cette période de report dépasse substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée. Tel n'est pas le cas d'une convention collective qui prévoit une période de report de congés de 12 mois (Cass. soc., 15-9-21 n°20-16010).

► **Polynésie française - Agent de droit public**

Il résulte de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°2005-10 du 4 janvier 2005, ratifiée par l'article 20 de la loi n°2007-224 du 21 février 2007 et de l'article 73 de la même ordonnance, dans sa rédaction issue de la loi n°2011-664 du 15 juin 2011, que sous réserve qu'ils remplissent les conditions fixées par l'article 73 de l'ordonnance n°005-10 du 4 janvier 2005, les agents recrutés par contrat par les communes de Polynésie française et qui étaient encore en fonction le 7 janvier 2005 sont réputés titulaires d'un contrat à durée indéterminée de droit public et qu'ils doivent dès lors être regardés comme relevant, à compter de cette date, d'un statut de droit public. Par suite, ils n'entrent pas dans le champ d'application des dispositions du code du travail applicable en Polynésie française (Cass. soc., 22-9-21, n°19-23390 ; 19-23398 à 19-23400).

FOCUS

Non-respect de la « parité » : pas de remplacement par le suppléant

La représentation équilibrée pour les élections professionnelles (autrement appelée parité) est issue de la loi n°2015-994 du 17 août 2015 (art. L 2314-30 et s. du code du travail).

Cette exigence de représentation équilibrée impose que, dans le cadre des élections professionnelles des membres du CSE, les listes de candidats soient composées d'un nombre de femmes et d'hommes proportionnel au nombre de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale. Ces listes sont composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des deux sexes.

La sanction du non-respect de la représentation équilibrée n'est pas l'annulation de la liste mais l'annulation de l'élection irrégulière des candidats. En effet, selon l'article L 2314-32 alinéa 3 du code du travail, la constatation par le juge, après l'élection, du non-respect par une liste de candidats des prescriptions prévues à l'article L 2314-30 entraîne l'annulation de l'élection d'un nombre d'élus du sexe surreprésenté égal au nombre de candidats du sexe sous-représenté en surnombre sur la liste de candidats au regard de la part de femmes et d'hommes que celle-ci devait respecter.

Dès lors, le juge procède à l'annulation de l'élection des derniers élus du sexe surreprésenté en suivant l'ordre inverse de la liste des candidats.

En l'absence de précisions des textes, la question était de savoir si, lorsque le juge annule l'élection d'un candidat pour non-respect de la représentation équilibrée, le siège devenu vacant pour cette raison pouvait être pourvu par un suppléant selon les règles classiques de suppléance. La Cour de cassation (Cass. soc., 22-9-21, n°20-16859) a enfin répondu à cette question.

En l'espèce, dans le cadre d'un contentieux en annulation d'un candidat élu pour non-respect de la représentation équilibrée, un employeur a formulé une demande subsidiaire visant, en cas d'annulation de l' élu, à ce que soit désigné comme titulaire l' élu suppléant de la liste présentée par le même syndicat (on suppose que l'employeur voulait éviter d'organiser des élections partielles dans un futur proche...).

Pour la Cour de cassation, l'annulation de l'élection d'un titulaire ne peut donner lieu à son remplacement par un suppléant.

Pourquoi ?

- il existe une sanction spécifique au non-respect des règles de représentation équilibrée : l'annulation de l'élection des candidats (art. L 2314-32) ;
- le code du travail prévoit que l'annulation de certains mandats pour non-respect de la représentation équilibrée peut donner lieu à des élections partielles. Elles sont alors organisées si certaines conditions sont réunies.
- les dispositions de l'article L 2314-10, alinéa 1^{er} et L 2314-32 sont d'ordre public absolu ;
- les événements donnant lieu au remplacement d'un titulaire par un suppléant sont limitativement énumérés à l'article L 2314-37 : n'y figure pas l'annulation du mandat pour non-respect de la représentation équilibrée.

La Haute juridiction en conclut que : « *le tribunal, qui a retenu que l'annulation de l'élection ne figure pas au nombre des causes de cessation des fonctions prévues par l'article L. 2314-33 et qu'aucun renvoi n'est envisagé par le législateur aux dispositions de l'article L. 2314-37 relatives au remplacement d'un délégué titulaire qui cesse ses fonctions, a, à bon droit, écarté l'application des dispositions de l'article L. 2314-37 du code du travail et dit qu'il n'y avait pas lieu à désigner un remplaçant pour occuper le siège de membre titulaire ainsi laissé vacant* ».

Ainsi, en cas de perte d'élus pour non-respect de la représentation équilibrée, la seule solution à notre disposition est (si les conditions en sont réunies) l'organisation d'élections partielles. A noter que l'annulation de l'élection d'un élu n'a pas d'effet sur une éventuelle désignation en qualité de délégué syndical (Cass. soc., 11-12-19, n°18-19379).

Cette solution était prévisible : la Cour de cassation, se conformant à la volonté du législateur, œuvre à maintenir la rigueur de la sanction de la nullité de l'élection du titulaire du mandat.

Cette solution s'ajoute aux très nombreuses décisions de la Cour de cassation apportant des précisions essentielles en matière de représentation équilibrée aux élections professionnelles.

Attention donc au moment de l'établissement des listes de candidats !