

Veille juridique du 16 au 28 février 2022

TEXTES	
Titres-restaurant : assouplissement des modalités d'utilisation	<i>Décret n° 2021-1368 du 20 octobre 2021 portant dérogations temporaires aux conditions d'utilisation des titres-restaurant Décret n° 2021-104 du 2 février 2021 portant dérogations temporaires aux conditions d'utilisation des titres-restaurant</i>
Indemnité d'activité partielle	<i>Décret n° 2022-241 du 24 février 2022 relatif aux modalités de fixation de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle</i>
Allocation d'activité partielle	<i>Décret n° 2022-242 du 24 février 2022 relatif à la détermination du taux de l'allocation d'activité partielle</i>
Écarts de rémunération entre les femmes et les hommes	<i>Décret n° 2022-243 du 25 février 2022 relatif aux mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise prévues par l'article 13 de la loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle et par l'article 244 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021</i>
ZOOM	
Information du Comité Économique et Social (CSE)	
Nouveau rôle du CSE en matière de protection de l'environnement	
Les durées légales des congés maternité	
JURISPRUDENCE	
Reproches faits lors d'un entretien annuel	<i>Cass. Soc., 2 février 2022 : n° 20-13.833</i>
Impossibilité de reclassement d'un salarié inapte	<i>Cass. Soc., 15 décembre 2021 : n° 20-18.782</i>
Délégation du personnel au CSE central	<i>Cass. Soc., 2 février 2022 : n° 20-60.262</i>
	<i>Cass. Soc., 5 janvier 2022 : n° 20-17.113</i>
Entretien préalable à un licenciement	<i>Cass. Soc., 17 septembre 2014, pourvoi n° 13-16756</i>

TEXTES

Titres-restaurant : assouplissement des modalités d'utilisation

Décret n° 2021-1368 du 20 octobre 2021 portant dérogations temporaires aux conditions d'utilisation des titres-restaurant

Décret n° 2021-104 du 2 février 2021 portant dérogations temporaires aux conditions d'utilisation des titres-restaurant

Depuis juin 2020, le plafond journalier d'utilisation des titres-restaurant est passé de 19 € à 38 € dans les restaurants. Cette mesure de soutien au secteur de la restauration pendant la crise sanitaire a été plusieurs fois reconduite. Elle devait prendre fin le 28 février 2022. Cette disposition est donc de nouveau prorogée jusqu'au 30 juin 2022.

Principe : le titre-restaurant (*Ticket restaurant, Chèque déjeuner, Pass restaurant...*) est un titre de paiement qui permet au salarié de payer son repas, s'il n'a pas de cantine ou de restaurant d'entreprise

Le plafond de paiement des titres-restaurant 2022 reste à 38 € par jour (*au lieu de 19 €*) y compris le week-end et les jours fériés jusqu'au 30 juin 2022. Les tickets peuvent également être utilisés pour le *click and collect* ou pour les livraisons de plats vendus par ces établissements. Le dispositif concerne :

- les restaurants traditionnels ;
- les établissements de restauration rapide mobiles ou non ;
- les établissements de self-service ;
- les restaurants dans les hôtels ;
- les brasseries proposant une offre de restauration.

Le plafond reste à 19 € par jour en supermarché ou magasin alimentaire. Dans les commerces alimentaires, les titres-restaurant ne sont pas valables le dimanche et jour férié, sauf si cette indication est bien spécifiée sur le titre-restaurant.

Remarque : conformément au code du travail, les titres-restaurant 2021 sont utilisables jusqu'à fin février 2022. Il est possible d'échanger gratuitement des titres-restaurant de 2021 non utilisés jusqu'au 15 mars 2022 en les rendant à son employeur pour obtenir des titres-restaurant 2022.

Indemnité d'activité partielle

Décret n° 2022-241 du 24 février 2022 relatif aux modalités de fixation de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle

Le texte prolonge jusqu'au 31 mars 2022 le taux majoré de l'indemnité d'activité partielle versée aux salariés :

- des employeurs dont l'activité a été interrompue par décision administrative en raison de la crise sanitaire
- des employeurs situés dans une circonscription territoriale soumise à des restrictions spécifiques des conditions d'exercice de l'activité économique et de circulation des personnes prises par l'autorité administrative lorsqu'ils subissent une forte baisse de chiffre d'affaires.

Il tire en outre les conséquences réglementaires des modifications introduites par l'article 207 de la loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 de finances pour 2022 relatives à la prise en compte des heures supplémentaires structurelles dans les modalités de calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle, en abrogeant des dispositions devenues obsolètes.

Allocation d'activité partielle

Décret n° 2022-242 du 24 février 2022 relatif à la détermination du taux de l'allocation d'activité partielle

Le texte prolonge jusqu'au 31 mars 2022 le taux d'allocation d'activité partielle de 70 % applicable :

- aux employeurs d'établissements fermés administrativement
- aux employeurs situés dans un territoire qui fait l'objet de restrictions sanitaires dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et qui subissent une forte baisse de chiffre d'affaires.

Écarts de rémunération entre les femmes et les hommes

Décret n° 2022-243 du 25 février 2022 relatif aux mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise prévues par l'article 13 de la loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle et par l'article 244 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021

Le texte précise les modalités de publication, sur le site internet du ministère chargé du travail, des résultats obtenus aux indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en œuvre pour les supprimer.

Il définit également les modalités de fixation des objectifs de progression de chacun des indicateurs et les modalités de publication de ces objectifs et des mesures de correction et de rattrapage.

En outre, il prévoit une obligation de transmission de ces objectifs et des modalités de publication des mesures de correction et de rattrapage aux services du ministre chargé du travail et au comité social et économique (CSE).

Ainsi les objectifs de progression sont consultables sur le site internet de l'entreprise jusqu'à ce que celle-ci obtienne un niveau de résultat au moins égal à 85 points. Les mesures de correction sont consultables sur le site internet de l'entreprise jusqu'à ce que celle-ci obtienne un niveau de résultat au moins égal à 75 points. A défaut de site internet, les objectifs de progression et les mesures de correction sont portés à la connaissance des salariés par tout moyen.

Il prévoit enfin les modalités transitoires relatives à la fixation d'objectifs de progression de chacun des indicateurs, à la publication de ces objectifs ainsi que des mesures de correction et de rattrapage et à la transmission de ces informations aux services du ministre chargé du travail et au comité social et économique (CSE) pour les entreprises ayant obtenu, en 2022, au titre de l'année 2021, un niveau de résultat inférieur aux seuils définis.

Ce décret est notamment pris pour l'application de l'article 13 de la loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle et de l'article 244 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

Information du Comité Économique et Social (CSE)

Les prérogatives du CSE sont nombreuses et variées. A ce titre, il doit être informé et consulté sur bon nombre de sujets et projets.

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, le comité :

- a pour mission d'assurer la présentation des réclamations individuelles et collectives ;
- dispose de compétences en matière de santé, sécurité et conditions de travail ;
- dispose de compétences particulières relatives au licenciement économique collectif, au reclassement du salarié déclaré inapte par le médecin du travail, mais aussi un rôle concernant les congés payés ;
- a un droit d'alerte.

Dans les entreprises de 50 salariés et plus, le CSE :

- reprend les mêmes missions que dans les entreprises de moins de 50 salariés ;
- assure l'expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production (*Article L 2312-8*) ;
- a une obligation générale de consultation au titre de la marche générale de l'entreprise ;
- exerce des missions générales en matière de santé, sécurité et conditions de travail (*analyse des risques professionnels, prévention du harcèlement moral, sexuel et agissements sexistes, etc.*) (*Article L 2312-9*) ;
- formule et examine, à la demande de l'employeur, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'entreprise ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires (*Article L 2312-12*) ;
- procède à des inspections en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail et réalise des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel (*Article L 2312-13*).

Remarque : pour exercer leurs missions, les membres du comité doivent avoir une vision globale de l'entreprise et de son fonctionnement. L'employeur doit leur mettre à disposition les documents qui leur permettront d'exercer leur mandat. Toute décision susceptible d'avoir un impact pour les salariés doit préalablement faire l'objet d'une information du CSE.

Un CSE bien informé va pouvoir :

- poser des questions,
- solliciter des éclaircissements sur les sujets concernés,
- provoquer le débat,
- émettre des propositions, qui pourront être reprises par l'employeur.

Dans certains cas, le comité doit simplement être informé. Dans d'autres, l'employeur doit veiller à le consulter. Selon l'importance des sujets concernés, les élus vont devoir émettre ou non un avis.

Lorsqu'il est simplement informé, le CSE n'émet pas d'avis. L'employeur porte simplement à sa connaissance les éléments indispensables à son bon fonctionnement sur un sujet précis. Bien évidemment, cela ne signifie pas que les membres ne peuvent pas émettre d'observation, au contraire.

Lorsqu'il est consulté, le comité doit rendre un avis, c'est-à-dire une opinion motivée. Si les membres ont des

questions, l'employeur doit leur apporter une réponse motivée (*Articles L 2312-5 et L 2312-8 et suivants et L 2312-17*).

La consultation est un temps à ne pas négliger. Elle permet aux membres de l'instance représentative :

- de suivre les évolutions de la situation économique, financière et sociale de l'entreprise,
- d'émettre des réserves sur les projets envisagés,
- de s'assurer de la conformité des projets prévus par l'employeur aux règles légales et conventionnelles les régissant, ou à l'intérêt des salariés,
- de vérifier que l'employeur respecte ses obligations, de faire des recommandations, de donner leur point de vue, etc.

Le comité va rendre un avis, positif ou négatif. L'avis ne lie généralement pas l'employeur. Autrement dit, l'employeur a le droit de prendre une décision contraire à l'avis du CSE, sans que cela constitue un manquement (*sauf cas particuliers ou l'avis conforme du CSE est obligatoire*).

Lorsque l'employeur est tenu par la loi de communiquer des informations au représentant du personnel, celles-ci sont délivrées de manière écrite (*Cass. Crim., 6 avril 1993 : n° 92-80864*). Le contenu se doit d'être précis, concis et compréhensif : des tableaux, diagrammes, graphiques, schématisent et illustrent généralement le projet ou la situation.

Lorsqu'il s'agit d'une consultation obligatoire, les informations sont transmises par le biais d'une mise à jour de la base de données économiques, sociales et environnementales (*BDESE*).

Dans le cadre de leurs attributions consultatives, les élus doivent disposer d'un délai d'examen suffisant, des documents et informations qui leur sont transmis par l'employeur (*Article L 2312-15*), afin d'échanger de façon équilibrée et pertinente lors de la réunion de consultation avant de rendre un avis. L'appréciation de ce délai se fait au cas par cas, selon l'importance du projet à l'étude.

Les informations doivent donc être communiquées avant la réunion du CSE, par exemple lors de l'envoi de l'ordre du jour de la réunion suivante, soit au moins 3 jours avant celle-ci (*Article L 2315-30*).

Remarque : le règlement intérieur du CSE peut également prévoir un délai minimum de remise d'informations

L'employeur a l'obligation de mettre à disposition une BDESE dans les entreprises d'au moins 50 salariés (*Article L 2312-18*). A défaut, la mise en place de cette base de données est facultative.

La BDESE contient les informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur met à disposition du CSE (*Articles L 2312-18 et R 2312-11*).

Les informations contenues dans la BDESE portent sur de nombreux thèmes (*investissements, égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, fonds propres et endettement, ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants, etc.*) et comportent des indicateurs.

Un accord d'entreprise peut aménager le contenu de la base de données unique. A défaut, la loi en précise les contours.

L'ensemble des informations de la base contribue à donner une vision claire et globale de l'activité de l'entreprise.

Le CSE peut :

- estimer que les informations qui lui ont été communiquées, ne lui permettent pas d'avoir une réelle vision du projet, en raison de leur manque de précision ;
- ou encore, constater qu'aucune information ne lui a été délivrée.

Dans ce cas, il a la possibilité de saisir le président du tribunal judiciaire (*TJ*) statuant selon la procédure accélérée au fond. La demande consiste à faire ordonner, par l'intermédiaire du juge, la communication en urgence des éléments manquants par la direction.

L'employeur peut être condamné pour délit d'entrave, s'il tarde à communiquer les informations nécessaires ou s'il s'abstient totalement (*Cass. Crim., 4 novembre 1982 : n° 82-90715*).

Nouveau rôle du CSE en matière de protection de l'environnement

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, la question de la transition écologique intègre le dialogue social de l'entreprise.

Cette loi comporte en effet un chapitre visant à *adapter l'emploi à la transition écologique*.

Ainsi, le comité social et économique (*CSE*) doit désormais rendre un avis sur les conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise et la dimension environnementale est intégrée :

- à la BDES (*Base de données économiques et sociales*),
- à la GPEC (*Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences*)
- ou encore à la formation des représentants du personnel.

L'employeur se doit alors d'analyser l'éventuel impact écologique des mesures qu'il prend afin notamment d'aborder cette question avec le CSE. Le nouveau rôle joué par le CSE permet par ailleurs d'envisager qu'il exercera davantage le droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement prévu à l'article L 4133-2 du code du travail, jusqu'à lors très peu mis en œuvre.

Le nouvel article L 2312-8, I du code du travail, confère au CSE des entreprises d'au moins 50 salariés une nouvelle attribution dans le cadre de sa mission générale visant à assurer une expression collective des salariés. Ce CSE doit désormais prendre en comptes les conséquences environnementales des décisions de l'employeur.

Il découle de cette nouvelle attribution, une nouvelle consultation obligatoire du CSE (*Article L 2312-8, III nouv.*) par l'employeur dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

L'employeur est donc à présent tenu d'informer et de consulter le CSE sur les conséquences environnementales des mesures présentées aux élus dans le cadre de l'information/consultation du CSE sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise

Pour rappel, l'article L 2312-8 du code du travail prévoit que le CSE des entreprises d'au moins 50 salariés est informé et consulté sur les questions intéressants l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur :

- les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ;
- la modification de son organisation économique ou juridique ;
- les conditions d'emploi, de travail, notamment la durée du travail, et la formation professionnelle ;
- l'introduction de nouvelles technologies, tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ;
- les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des accidentés du travail, des invalides de guerre, des invalides civils, des personnes atteintes de maladies chroniques évolutives et des travailleurs handicapés, notamment sur l'aménagement des postes de travail.

Le CSE doit donc désormais être informé et consulté sur les conséquences environnementales de ces mesures.

De plus, l'article L 2312-17 du code du travail prévoit également dans une disposition d'ordre public que, désormais, l'employeur est tenu d'informer le CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés, des conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise au cours des 3 grandes consultations récurrentes du CSE qui portent sur :

- les orientations stratégiques de l'entreprise ;
- la situation économique et financière de l'entreprise ;
- la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

Les dispositions supplétives relatives aux consultations récurrentes reprennent cette même obligation (*Article L 2312-22, al. 5 nouv.*). Par conséquent, un accord collectif ne saurait déroger à cette obligation d'information.

Par ailleurs, l'expert-comptable auquel peut recourir le CSE à l'occasion de ces 3 grandes consultations récurrentes voit en conséquence sa mission enrichie.

Sa mission doit désormais porter sur tous les éléments d'ordre économique, financier, social mais aussi environnemental nécessaires à la compréhension :

- des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise s'agissant de la consultation récurrente sur la situation économique et financière (*Article L 2315-89 nouv.*).
- des orientations stratégiques de l'entreprise s'agissant de la consultation récurrente sur ce thème (*Article L 2315-87-1 nouv.*).
- de la politique sociale de l'entreprise, des conditions de travail et de l'emploi s'agissant de la consultation récurrente du CSE sur ces sujets (*Article L 2315-91-1 nouv.*).

De plus, l'ensemble des informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur met à disposition du CSE sont rassemblées au sein d'une base désormais dénommée *base de données économiques, sociales et environnementales (BDESE)* (*Article L 2312-18, al. 1 nouv.*).

En conséquence des nouvelles attributions du CSE en matière environnementale, l'article L 2312-21 al. 4 nouveau du code du travail prévoit que l'accord d'entreprise portant sur la BDESE doit désormais prévoir que cette base comporte le thème des conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise.

En l'absence d'accord collectif définissant le contenu de la BDESE, les informations contenues dans cette base doivent obligatoirement porter sur le thème des conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise (*Article L 2312-36, 10° nouv.*).

Toutefois, les articles R 2312-8 et R 2312-9 du code du travail qui définissent le contenu précis de la désormais dénommée BDESE à défaut d'accord sur le sujet n'ont pour l'heure pas encore été modifiés. Le détail des informations à y faire figurer pour ce nouveau thème reste donc pour le moment encore incertain.

Enfin, les négociations récurrentes sur la GPEC doivent désormais *répondre aux enjeux de la transition écologique*, que ces négociations soient engagées au niveau des branches (*Articles L 2241-12, al. 1 nouv.*) ou des entreprises (*Article L 2242-20, 1° nouv.*).

Néanmoins, cette obligation n'a été insérée que dans les dispositions supplétives du code du travail de sorte qu'un accord aménageant les modalités des négociations sur le GPEC peut écarter ce point.

En raison des nouvelles attributions du CSE en matière environnementale, le stage de formation économique de 5 jours dont bénéficie les membres titulaires du CSE élus pour la première fois dans les entreprises d'au moins 50 salariés, peut à présent porter sur les conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise (*Article L 2315-63 nouv.*)

Enfin, la formation économique, sociale et syndicale ouverte aux salariés appelés à exercer des fonctions syndicales est renommée *formation économique, sociale, environnementale et syndicale* (*Article L 2145-1 nouv.*).

Les durées légales des congés maternité

La salariée a le droit de bénéficier d'un congé de maternité, composé d'un congé prénatal et d'un congé postnatal, dont la durée varie en fonction de deux critères :

- le nombre d'enfants à naître
- le nombre d'enfants déjà à charge

Durées légales des congés de maternité				
Nombre d'enfants à naître	Nombre d'enfants déjà à charge	Durée du congé prénatal	Durée du congé postnatal	Durée totale du congé de maternité
1	0 ou 1	6 semaines	10 semaines	16 semaines
1	2 ou plus	8 semaines	18 semaines	26 semaines
2	-	12 semaines	22 semaines	34 semaines
3 ou plus	-	24 semaines	22 semaines	46 semaines

La convention collective dont relève l'entreprise peut prévoir des durées plus longues

La salariée peut choisir de répartir ses congés entre la période prénatale et postnatale. Toutefois, l'employeur ne peut pas employer la salariée pendant une période de 8 semaines au total avant et après son accouchement.

De plus, il est interdit d'employer la salariée dans les 6 semaines qui suivent son accouchement.

Modulations pouvant être appliquées au congé maternité	
Report d'une partie du congé prénatal sur le congé postnatal du congé maternité	La salariée peut choisir de reporter son congé prénatal de 3 semaines maximums sous réserve d'acceptation du médecin qui la suit
	Cette demande doit être effectuée au plus tard 1 jour avant la date de congé initialement prévue. Dans ce cas, ce report s'additionne au congé postnatal
	<i>Exemple : Inès attend un enfant et a 2 enfants déjà à charge. Elle dispose donc de 8 semaines de congé prénatal. Elle peut prendre ce congé 5 semaines avant l'accouchement si elle le souhaite. Dans ce cas, elle pourra additionner les 3 semaines non prises aux 18 semaines de congé postnatal auquel elle a le droit</i>
Conséquences d'un arrêt maladie durant la période de report	La loi dispose qu'en cas d'arrêt maladie délivré à la salariée durant sa période de report, le report est annulé
	Le congé prénatal démarre alors au premier jour de la date de délivrance de l'arrêt de travail
	<i>Exemple : Victoria attend un enfant et n'a pas d'enfant à charge. Elle dispose donc de 6 semaines de congé prénatal et décide, après avoir consulté son médecin, de reporter 2 des 6 semaines à son congé postnatal. Elle aura donc 4 semaines de congés avant la naissance et 12 semaines après la naissance.</i>
Avancer le début du congé prénatal du congé maternité	La salariée peut avancer le début du congé prénatal dans deux cas de figure :
	<ul style="list-style-type: none"> - si elle a déjà au moins 2 enfants à charge et qu'elle attend un enfant, elle peut avancer son congé prénatal de 2 semaines maximum - si elle attend des jumeaux, elle peut augmenter son congé prénatal de 4 semaines maximum
	Dans les deux cas, son congé postnatal sera réduit d'autant

Congé maternité : cas particuliers	
Congé pathologique	Un congé pathologique peut être prescrit par un médecin à la salariée en raison de complications d'ordre médical sur la période prénatale
	Limité à 2 semaines, il peut être prescrit en une ou plusieurs fois. Il ne peut cependant pas être reporté sur la période postnatale
Accouchement prématuré	En cas d'accouchement prématuré, la durée totale du congé reste inchangée : les jours de congés prénataux restants sont additionnés aux congés postnataux
	Exemple : <i>Le premier enfant de Clarisse est né avec 6 jours d'avance. Par conséquence, ces 6 jours s'ajoutent aux 10 semaines de congé postnatal auquel elle peut prétendre. Si l'accouchement a lieu plus de 6 semaines avant la date présumée, le congé est rallongé d'autant de jours d'avance</i>
	Exemple : <i>Bernadette doit accoucher le 3 avril 2022 et la date du début de son congé de maternité était prévue au 13 avril 2022. La durée supplémentaire du congé dont elle pourra bénéficier (donc d'indemnisation) est égale à 10 jours</i>
Accouchement tardif	En cas d'accouchement tardif, le congé prénatal est prolongé d'autant de jours de retard. Cette fois, la durée du congé postnatal reste inchangée
	Exemple : <i>Roxane devait accoucher le 6 mai 2022 mais l'enfant naît le 9 mai 2022. Son congé prénatal est prolongé de 3 jours et la durée du congé postnatal reste identique</i>

JURISPRUDENCE

Reproches faits lors d'un entretien annuel

Cass. Soc., 2 février 2022 : n° 20-13.833

L'entretien d'évaluation, souvent organisé annuellement entre le salarié et son supérieur hiérarchique, destiné à faire le bilan de l'année et à fixer les objectifs de l'année suivante, est un moment privilégié pour faire le point et est souvent l'occasion d'émettre des points d'alerte et suggestions d'amélioration.

Selon les griefs énoncés et la façon dont ils sont formulés, ils peuvent être qualifiés de sanction disciplinaire au sens de l'article L 1331-1 du code du travail, épuisant ainsi le pouvoir disciplinaire de l'employeur et l'empêchant de prononcer ultérieurement une nouvelle sanction pour les mêmes faits.

En l'espèce :

Un salarié a été licencié pour faute grave en raison de manquements dont l'employeur lui avait déjà fait reproche à l'occasion d'un entretien annuel d'évaluation.

Dans le compte rendu écrit de cet entretien, transmis au salarié, l'employeur lui reproche une attitude dure et fermée aux changements, à l'origine d'une plainte de collaborateurs en souffrance, des dysfonctionnements graves liés à la sécurité électrique et le non-respect des normes réglementaires, et l'invite de manière impérative à un changement complet.

La cour d'appel de Besançon juge que ce document comportant des griefs précis sanctionne un comportement considéré comme fautif par l'employeur et constitue un avertissement disciplinaire. Par conséquent, les mêmes faits, déjà sanctionnés, ne pouvaient plus justifier un licenciement ultérieur, privant ainsi de cause réelle et sérieuse le licenciement du salarié.

La Cour de cassation approuve cette décision et rejette le pourvoi. Il faut dire que les juges de Besançon se réfèrent expressément à un arrêt de cette Haute Cour ayant dans le même sens considéré qu'un courriel adressé par l'employeur à une salariée, lui reprochant des manquements aux règles et procédures internes, et l'invitant de manière impérative à se conformer à ces règles et à ne pas poursuivre ce genre de pratique, sanctionnait un comportement fautif et constituait un avertissement, en sorte que les mêmes faits ne pouvaient plus justifier un licenciement pour faute (*Cass. Soc., 9 avril 2014 : n° 13-10.939*).

À la lecture des arrêts rendus en la matière par la chambre sociale de la Cour de cassation, des reproches et mises en garde formulés par écrit sont le plus souvent analysés comme une sanction, par exemple lorsque, dans la lettre ou le courriel adressé au salarié, l'employeur :

- le met en demeure d'apporter plus de soin à son travail (*Cass. Soc., 13 octobre 1993 : n° 92-40.955*) ;
- l'invite de façon impérative à un changement radical, avec mise au point ultérieure (*Cass. Soc., 26 mai 2010 : n° 08-42.893*) ;
- le menace d'un éventuel déclassement ou licenciement (*Cass. Soc., 13 novembre 2001 : n° 99-42.709*) ;
- l'avertit qu'il ne pourra plus tolérer une telle attitude portant préjudice aux missions qui lui sont confiées et à l'organisation du service (*Cass. Soc., 18 mars 2015 : n° 13-28.481*) ;
- ou lui indique que son attitude a gravement entamé la confiance qu'il lui portait (*Cass. Soc., 3 février 2017 : n° 15-11.433*).

Cette solution suscite des interrogations pratiques en ce qu'elle est rendue à propos du compte rendu écrit d'un entretien annuel d'évaluation, où il n'est pas rare que des reproches soient formulés.

La Cour de cassation a d'ailleurs déjà validé le raisonnement d'une cour d'appel ayant retenu que ne s'analysait pas en une mesure disciplinaire un document rédigé par l'employeur, qui n'était que le compte rendu d'un entretien au cours duquel il avait énuméré divers griefs et insuffisances imputés au salarié, sans traduire une volonté de sa part de les sanctionner (*Cass. Soc., 12 novembre 2015 : n° 14-17.615*). L'arrêt du 2 février confirme que cette solution a été rendue en considération des termes employés dans ce document et non de sa nature de compte rendu d'entretien d'évaluation, lequel peut être qualifié de sanction disciplinaire selon son contenu.

Remarque : en cas de reproches faits par écrit et d'une injonction à un changement de la part du salarié dans son comportement ou dans l'exécution du travail, même dans le cadre de l'entretien d'évaluation, un suivi est recommandé : si à l'issue de cet entretien le salarié persiste dans le comportement qui lui est reproché, alors les faits fautifs nouveaux pourront être sanctionnés, en tenant compte des faits antérieurs. En effet, de nouveaux griefs autorisent l'employeur à retenir des fautes antérieures, même déjà sanctionnées, pour apprécier la gravité des faits reprochés au salarié (*Cass. Soc., 30 octobre 2007 : n° 06-44.934*).

A savoir : le compte rendu écrit d'entretien d'évaluation comportant des griefs précis reprochés au salarié et lui enjoignant de modifier son comportement constitue un avertissement épuisant le pouvoir disciplinaire de l'employeur

Impossibilité de reclassement d'un salarié inapte

Cass. Soc., 15 décembre 2021 : n° 20-18.782

L'état de santé d'un salarié peut parfois s'avérer incompatible avec le poste qu'il occupe. Le médecin du travail apprécie si son poste peut être aménagé, adapté ou transformé. Lorsque cela n'est pas possible, il peut le déclarer inapte en respectant la procédure imposée par le code du travail.

L'employeur doit alors rechercher des possibilités de le reclasser dans un autre emploi. Sauf si le médecin l'en dispense. Puis consulter le CSE sur une possibilité de reclassement. Et proposer au salarié inapte celle qui est appropriée à ses capacités.

En cas d'impossibilité de reclassement, l'employeur doit notifier par écrit au salarié inapte les motifs qui s'opposent à son reclassement. L'employeur pourra ensuite engager la procédure de licenciement ou de rupture de CDD.

Cette procédure est applicable quelle que soit l'origine de l'inaptitude (*professionnelle ou non*).

Si l'employeur ne notifie pas au salarié les motifs de son impossibilité de reclassement, il pourra solliciter une indemnité. Le non-respect de cette formalité n'affecte cependant pas la validité du licenciement.

Remarque : la Cour de cassation considère que l'employeur n'a pas l'obligation d'informer le salarié des motifs qui s'opposent à son reclassement lorsque l'employeur lui a proposé un emploi de reclassement qu'il a refusé

En l'espèce :

L'inaptitude d'un salarié avait été prononcée pour un motif d'origine non professionnelle.

Le salarié avait par la suite été licencié pour impossibilité de reclassement.

Et il avait contesté son licenciement.

Les juges ont considéré le licenciement abusif. Ils ont donc accordé au salarié une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais ils ont également constaté que l'employeur ne lui avait pas notifié par écrit les motifs de son impossibilité de reclassement avant de le convoquer à un entretien préalable au licenciement. Ils lui ont donc octroyé une autre indemnité à ce titre.

L'employeur soutenait que l'indemnité liée à l'absence de notification des motifs d'impossibilité de reclassement ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La Cour de cassation lui a donné raison. Elle considère que ces indemnités sont exclusives l'une de l'autre.

Asavoir : *l'indemnité pour défaut de notification écrite des motifs qui s'opposent au reclassement et l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ne se cumulent pas*

Délégation du personnel au CSE central

Cass. Soc., 2 février 2022 : n° 20-60.262

Cass. Soc., 5 janvier 2022 : n° 20-17.113

La Cour de cassation apporte d'utiles précisions sur le contentieux de la répartition des sièges entre les collèges et les établissements au sein du CSE central ainsi que des éléments sur la méthode de répartition que peut utiliser l'administration.

Les arrêts relatifs à la composition du comité-CSE central d'entreprise et à l'articulation entre ses attributions et celles des comités-CSE d'établissement n'ont jamais été légion, la chambre sociale de la Cour de cassation vient de rendre deux arrêts en la matière :

- le premier sur les règles applicables quand l'administration, saisie d'une demande de fixation de la répartition des sièges entre établissements au CSE central, ne se prononce pas, puis le fait tardivement, alors que, entre-temps, des élections ont eu lieu sur la base d'un accord collectif fixant cette répartition ;
- le second apporte d'utiles indications sur les paramètres que doit retenir l'administration et sur la manière dont elle doit procéder pour opérer cette répartition.

Principe : aux termes de l'article L 2316-8 du code du travail, la répartition des sièges au CSE central entre les différents établissements et les différents collèges est fixée par accord entre l'employeur et les syndicats intéressés, conclu aux conditions de double majorité requises par l'article L 2314-6 du code du travail pour les protocoles préélectoraux des élections au CSE (*majorités en nombre et en voix*).

En cas de désaccord sur la répartition des sièges, l'administration décide. Sa saisine suspend le processus électoral jusqu'à sa décision. Celle-ci peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours, administratif ou contentieux.

Dans un arrêt du 2 février 2022 la chambre sociale de la Cour de cassation détermine les règles applicables quand le DREETS ne répond pas à une demande de fixation de répartition des sièges au CSE central, puis, un accord collectif ayant été conclu et des élections organisées sur cette base, fixe une répartition différente de celle retenue par l'accord.

En l'espèce :

Des négociations ayant été engagées pour la mise en place de CSE au sein d'une unité économique et sociale (UES) comprenant 4 sociétés et les parties n'étant pas parvenues à un accord sur la répartition des sièges au sein du CSE central (CSEC) entre les collèges et les établissements aux conditions de majorité requises, les sociétés composant l'UES avaient saisi le DREETS d'Île-de-France aux fins de fixer le nombre et la répartition entre établissements des sièges au CSEC.

Celui-ci n'avait pas statué dans le délai qui lui était imparti, à savoir 2 mois à compter de la réception de la demande. Il y avait donc décision implicite de rejet.

Entre-temps, les négociations avaient repris et un accord sur le dialogue social et la mise en place de CSE avait été signé par 2 syndicats majoritaires, prévoyant la mise en place de 6 CSE d'établissements (CSEE) et d'un CSEC, ainsi que la répartition des sièges de ce dernier entre les établissements et attribuant en particulier au CSEE d'Île-de-France 5 délégués titulaires et 5 délégués suppléants au CSEC.

À la suite des élections des membres des différents CSEE, le CSEE d'Île-de-France avait élu ses représentants au CSEC, 5 titulaires et 5 suppléants, conformément à l'accord.

Quelques jours plus tard, le DIRECCTE avait retiré sa décision implicite de rejet et pris une nouvelle décision fixant la répartition des sièges entre établissements au CSEC et attribuant au CSEE d'Île-de-France 2 titulaires et 2 suppléants.

Les sociétés de l'UES avaient alors saisi le tribunal judiciaire de Versailles pour contester l'élection des délégués de l'établissement d'Île-de-France au CSEC, un syndicat, le CSEE d'Île-de-France et plusieurs salariés demandant pour leur part au tribunal judiciaire de Nanterre d'annuler la décision du DIRECCTE et de fixer le nombre et la répartition des sièges au CSEC dans les mêmes termes que l'accord.

Le tribunal judiciaire de Nanterre a rejeté la demande d'annulation de la décision administrative fixant à 2 le nombre de titulaires et à 2 le nombre de suppléants au CSEE d'Île-de-France et a ordonné à ce dernier de se conformer à cette décision.

Un mois plus tard, le tribunal judiciaire de Versailles a rejeté la demande d'annulation de l'élection des délégués du CSEE d'Île-de-France au CSEC.

Les deux décisions étaient donc contradictoires.

Le syndicat, le CSEE d'Île-de-France et les salariés s'étaient donc pourvus en cassation contre les deux jugements, en demandant à la Haute Juridiction de trancher entre les deux décisions et d'annuler celle du tribunal de Nanterre. Les sociétés composant l'UES avaient formé un pourvoi incident, mais contre le seul jugement du tribunal de Versailles.

La Cour de cassation applique l'article 618 du code de procédure civile. Aux termes de ce texte, il est possible de former un pourvoi en cassation en cas de contrariété de jugements lorsque deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire. En ce cas, le pourvoi doit être dirigé contre les deux décisions ; lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux.

La Cour de cassation constate tout d'abord que les décisions litigieuses, du rapprochement desquelles il résultait tout à la fois que le CSEE d'Île-de-France était représenté au CSEC par 5 titulaires et 5 suppléants et par 2 titulaires et 2 suppléants, dont aucune n'est susceptible d'un recours ordinaire, sont inconciliables. Après avoir relevé que la décision du tribunal de Versailles était conforme à sa doctrine, elle annule la décision du tribunal judiciaire de Nanterre.

L'autre arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 5 janvier 2022 fournit une illustration de la méthode que l'administration peut appliquer pour répartir les sièges au CSE central entre les différents établissements et les différents collègues.

En l'espèce :

Un accord d'entreprise relatif à la représentation du personnel avait été conclu entre l'employeur et 2 organisations syndicales représentatives, fixant à 3 le nombre d'établissements distincts pour la mise en place du CSE : un établissement *centre hospitalier*, un établissement *centre de recherche* et un établissement *siège*.

Il prévoyait que la délégation du personnel au CSEC comprendrait 14 titulaires et 14 suppléants, le nombre des titulaires et celui des suppléants étant portés à 16 par un avenant ultérieur.

Employeur et syndicats n'ayant pas réussi à s'accorder, en revanche, sur la répartition des sièges au sein du CSEC entre les collègues et les établissements, un syndicat et l'employeur avaient saisi le DIRECCTE pour qu'il procède à cette répartition.

Le DIRECCTE ayant validé la proposition de l'employeur, prévoyant 11 titulaires et suppléants pour l'établissement *hospitalier*, 4 pour l'établissement *centre de recherche* et 1 pour le *siège*, le syndicat et plusieurs salariés avaient saisi le tribunal judiciaire afin de demander, notamment, l'annulation de la décision du DIRECCTE et la répartition des sièges de façon égalitaire entre les différents établissements.

Le tribunal ayant refusé d'accueillir leur demande, ils s'étaient pourvus en cassation.

À l'appui de son pourvoi, le syndicat faisait valoir que la répartition des sièges effectuée par l'administration ou par le tribunal judiciaire doit s'opérer, autant que faire se peut, de façon égalitaire entre les différents établissements, en prenant en compte les spécificités de l'entreprise et non uniquement, proportionnellement, l'importance numérique des effectifs de chaque collège électoral de chaque établissement.

Pour le syndicat, l'application d'une stricte proportion mathématique entre le nombre de sièges attribués et l'importance des effectifs des 3 établissements aboutissait à une surreprésentation injustifiée de l'établissement hospitalier au détriment des personnels des autres établissements, dont les voix resteraient toujours minoritaires, alors qu'une répartition la plus égalitaire possible aurait été justifiée par le fait que chaque établissement employait des personnels aux statuts et aux emplois présentant des spécificités marquées.

Le pourvoi est rejeté. Pour la Cour de cassation, le tribunal, qui avait constaté que la décision du DIRECCTE effectuait une répartition des sièges entre les différents collègues et les différents établissements en fonction du nombre d'établissements composant l'entreprise, du nombre des effectifs et du nombre de collègues par établissement, en appliquant un critère de proportionnalité, tout en tenant compte des contingences de chacun des 3 établissements, avait légalement justifié sa décision.

On peut douter que le DREETS ait le pouvoir, aujourd'hui, du fait de la nouvelle rédaction de l'article R 2316-1 du code du travail de fixer un nombre de représentants au CSE central supérieur à 2 titulaires et à 2

suppléants par établissement, puisque cette possibilité ne peut être prévue que par accord collectif conclu entre l'employeur et l'ensemble des syndicats.

A savoir : *la Cour de cassation apporte d'utiles précisions sur le contentieux de la répartition des sièges entre les collèges et les établissements au sein du CSE central ainsi que des éléments sur la méthode de répartition que peut utiliser l'administration*

Entretien préalable à un licenciement

Cass. Soc., 17 septembre 2014, pourvoi n° 13-16756

Principe : l'entretien préalable : si le salarié ne se présente pas, ou s'il est malade, l'employeur peut notifier le licenciement. La Cour de cassation a jugé que l'intéressé doit être convoqué à l'entretien *peu important qu'il puisse ou non s'y présenter.*

Pendant l'entretien l'employeur doit exposer au salarié les motifs du licenciement envisagé et il recueille ses explications.

En l'espèce :

Un salarié est engagé le 5 février 2000 en qualité d'employé.

Il est licencié pour faute grave le 23 janvier 2009.

Le salarié saisit la juridiction prud'homale, retenant le fait que lors de l'entretien préalable ni lui, ni son employeur ne se sont présentés, ce qui avait pour effet de rendre le licenciement irrégulier.

La cour d'appel déboute le salarié de sa demande, indiquant que convoqué régulièrement à un entretien préalable, le salarié ne s'y était pas présenté, et que cette absence n'avait pas pour effet de rendre la procédure de licenciement irrégulière, y compris si l'employeur avait été absent également.

La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel et rejette le pourvoi : *Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a constaté que le salarié, régulièrement convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement, ne s'y était pas présenté ; qu'elle a exactement décidé que cette absence n'avait pas pour effet de rendre la procédure de licenciement irrégulière ; que le moyen n'est pas fondé ; (...).*

A savoir : *si le salarié ne se présente pas, ou s'il est malade, l'employeur peut notifier le licenciement. La Cour de cassation a jugé que l'intéressé doit être convoqué à l'entretien peu important qu'il puisse ou non s'y présenter*