

## Veille juridique FGTA-FO du 1<sup>er</sup> au 15 décembre 2022

| <b>TEXTES</b>  |  |
|--|--|
| <b>Formation continue des conseillers prud'hommes</b>                                  | <i>Décret n° 2022-1492 du 30 novembre 2022 portant modification de l'article D. 1442-1 du code du travail relatif à l'organisation de la formation continue des conseillers prud'hommes</i>                            |
| <b>Déduction forfaitaire des cotisations patronales sur les heures supplémentaires</b> | <i>Décret n° 2022-1506 du 1<sup>er</sup> décembre 2022 relatif à la déduction forfaitaire des cotisations patronales sur les heures supplémentaires pour les entreprises d'au moins 20 et de moins de 250 salariés</i> |
| <b>ZOOM</b>  |  |
| <b>Le référent harcèlement CSE</b>   |  |
| <b>Le droit à la déconnexion</b>   |  |
| <b>Élections CSE : le cas des salariés intérimaires</b>                                |  |
| <b>JURISPRUDENCE</b>   |  |
| <b>Nouvelle décision de cour d'appel validant le barème Macron</b>                     | <i>CA Pau, 24 novembre 2022 : RG n° 20/01843</i>   |
| <b>Annulation du PSE et modification préalablement acceptée du contrat de travail</b>  | <i>Cass. Soc., 23 novembre 2022 : n° 21-16.162</i>   |
| <b>Suivi de la charge de travail dans le cadre du forfait jours</b>                    | <i>Cass. Soc., 9 novembre 2022 : n° 21-13.389</i>  |
| <b>Modification du planning d'un salarié à temps partiel</b>                           | <i>Cass. Soc., 26 octobre 2022 : n° 21-15.538</i>  |
| <b>Mutation interne dans un groupe</b>   | <i>Cass. Soc., 26 octobre 2022 : n° 21-10.495</i>  |
| <b>Travail du dimanche</b>   | <i>Cass. Soc., 26 octobre 2022 : n° 21-19.075</i><br><i>Cass. Soc., 26 octobre 2022 : n° 21-15142</i>  |
| <b>Comportement fautif du salarié datant de plus de 2 mois</b>                         | <i>Cass. Soc., 28 septembre 2022 : n° 21-13034</i>   |

## TEXTES

### Formation continue des conseillers prud'hommes

*Décret n° 2022-1492 du 30 novembre 2022 portant modification de l'article D. 1442-1 du code du travail relatif à l'organisation de la formation continue des conseillers prud'hommes*

Le texte abaisse à 40 départements le seuil de 50 départements prévu au a du 3° de l'article D 1442-1 du code du travail qui fixe les conditions pour que les organismes privés à but non lucratif rattachés à aux organisations professionnelles et aux organisations syndicales puissent être agréés afin d'assurer la formation continue des conseillers prud'hommes.

#### Article D 1442-1 modifié

La formation continue des conseillers prud'hommes peut être assurée :

1° Par des établissements publics ou instituts de formation des personnels de l'État ;

2° Par des établissements publics d'enseignement supérieur ;

3° Par des organismes privés à but non lucratif qui :

a) Sont rattachés aux organisations professionnelles et syndicales ayant obtenu, au niveau national, 150 sièges à la dernière désignation prud'homale répartis dans au moins 40 départements ;

b) Se consacrent exclusivement à cette formation.

### Déduction forfaitaire des cotisations patronales sur les heures supplémentaires

*Décret n° 2022-1506 du 1<sup>er</sup> décembre 2022 relatif à la déduction forfaitaire des cotisations patronales sur les heures supplémentaires pour les entreprises d'au moins 20 et de moins de 250 salariés*

L'article 2 de la loi 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat a créé une déduction forfaitaire de cotisations patronales au titre des heures supplémentaires réalisées par les salariés des entreprises dont l'effectif est supérieur ou égal à 20 salariés et inférieur à 250 salariés.

Il prévoyait que cette déduction était applicable aux cotisations dues au titre des rémunérations des heures supplémentaires réalisées depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2022.

Toutefois, l'application effective de ce dispositif supposait la parution d'un décret en fixant les modalités d'application et, notamment, le montant de la déduction. Ce décret vient d'être publié au Journal officiel du 3 décembre.

Ainsi, selon l'article 2, II de la loi du 16 août 2022, la déduction forfaitaire est égale à 7 fois ce montant pour chaque jour auquel renonce un salarié relevant d'une convention de forfait jours sur l'année, au-delà de 218 jours, soit 3,50€ par jour.

Pour apprécier la condition d'effectif de l'entreprise, il faut se référer aux modalités de calcul prévues par l'article L 130-1 du CSS (*Article 2 di décret*).

## Le référent harcèlement CSE

Il faut faire la distinction entre le référent harcèlement du CSE et le référent harcèlement de l'employeur.

|                    | <b>Référent harcèlement CSE</b>   | <b>Référent harcèlement employeur</b>  |
|--------------------|---|--|
|                    | Articles L 2314-1 et L 2315-32  | Article L 1153-5-1   |
| <b>Désignation</b> | Un référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes est désigné par le CSE parmi ses membres, sous la forme d'une résolution adoptée à la majorité des membres présents ( <i>le président ne participe pas au vote</i> ), pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité | Un référent chargé de la lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes doit être désigné par l'employeur dans les entreprises d'au moins 250 salariés                 |
|                    | Seul un membre élu du CSE peut tenir ce rôle dans l'entreprise  | L'employeur est libre de désigner n'importe lequel de ses salariés   |
|                    | Il n'a pas besoin d'être titulaire pour être désigné  | Dans la pratique, l'employeur choisit généralement un membre du CSE ou un salarié ayant la qualité de DS. Car ces derniers sont plus à même de répondre aux besoins de leurs collègues |
|                    | Une fois désigné, sa candidature doit être approuvée par un vote de l'ensemble du CSE   | La nomination par l'employeur n'est pas conditionnée à une durée de mandat même si le salarié désigné et un salarié élu du CSE   |
|                    | La durée de la désignation ne peut excéder la durée du mandat du référent choisi  | Si c'est un élu, lorsque son mandat arrive à échéance, le salarié garde son statut de référent harcèlement.  |
|                    |   | Lutter contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes au sein de son entreprise  |
| <b>Rôle</b>        | Orienter, informer et accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes   |  |

Les missions du référent harcèlement :

- répondre à toutes les questions que peuvent se poser les salariés en matière de harcèlement sexuel et d'agissements sexiste. Et ce, aussi bien s'ils en sont victimes que témoins.
- faire en sorte de prévenir tous ces comportements en communiquant largement sur le sujet auprès des employés de son entreprise.
- demander que soient mis en place des formations sur la prévention, les risques et conséquences du harcèlement sexuel en entreprise.
- être amené à servir d'interlocuteur lors de cas avérés de harcèlement au travail.
- informer le ou les responsables hiérarchiques des salariés concernés et aider les victimes de harcèlement à constituer leur dossier et à faire valoir leurs droits.

Obligation de formation dont le coût doit être supporté par l'employeur. Lors de cette formation, le référent y apprendra :

- à reconnaître les signes du harcèlement et à en comprendre les mécanismes.

- les règles juridiques qui encadrent le harcèlement et les différentes stratégies à mettre en place au sein de l'entreprise pour lutter efficacement contre le harcèlement sexuel.
- à interagir avec les salariés témoins ou victimes de harcèlement sexuel et agissements sexistes.

Un référent harcèlement ne bénéficie d'aucune heure de délégation spécifique pour exercer ses missions.

Ainsi, s'il s'agit d'un membre élu du CSE, il pourra utiliser les heures de délégations prévues pour le CSE. S'il s'agit d'un suppléant, il devra soit exercer ses missions durant son temps de travail, sans que cela n'interfère dans ses tâches quotidiennes, ou réaliser ses missions en dehors de son temps de travail. Il peut également bénéficier d'un don d'heures de délégation de la part d'un membre titulaire du CSE.

Dans le cas d'un salarié lambda, celui-ci ne pourra profiter du don d'heures de délégation.

Le référent harcèlement CSE, tout comme pour les heures de délégation, ne bénéficie pas de pouvoirs particuliers au sein de l'entreprise pour faire valoir son rôle et ses missions. Néanmoins, il lui est accordé une prérogative et une protection afin de s'assurer de la pérennité de ses missions. À savoir :

- le recours à la liberté de circuler au sein de l'entreprise. Grâce à la liberté de circulation, le référent CSE aura toute la latitude et toute la légitimité pour conduire et diriger des enquêtes en cas de harcèlement au sein de l'entreprise
- le statut de salarié protégé. Son statut de salarié protégé le prémunira de toute volonté de revanche de la part d'un supérieur qui pourrait être inquiété en matière de harcèlement.

Le référent harcèlement et le harcèlement moral : les attributions du référent harcèlement ne concernent, pour le moment, que les agissements entrant dans le cadre du harcèlement sexuel et des agissements sexistes.

Pour autant, les autres cas de harcèlement, tel que : le harcèlement moral, la discrimination autre que sexuelle, l'intimidation, etc. ne doivent pas être oubliés et il relève du devoir de l'employeur que de préserver la santé, la sécurité et l'intégrité de ses salariés durant l'exercice de leur travail.

## **Le droit à la déconnexion**

La loi dite *travail* du 8 août 2016, a introduit le droit à la déconnexion au sein de la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail (QVT).

Ce droit a été inséré dans le code du travail pour encadrer la multiplication des outils numériques en entreprise. Le droit à la déconnexion doit permettre à l'employeur :

- de respecter les durées maximales de travail,
- de garantir le temps de repos,
- de réguler la charge de travail,
- de veiller à son obligation en matière de santé et de sécurité au travail,
- de respecter la vie privée du salarié.

Le code du travail ne donne pas de définition précise du droit à la déconnexion, il vise simplement *la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale* (Article L 2242-17).

L'Accord national interprofessionnel (ANI) relatif au télétravail du 26 novembre 2020 définit le droit à la déconnexion comme étant *le droit pour tout salarié de ne pas être connecté à un outil numérique professionnel en dehors de son temps de travail* ce droit ayant pour objectif le respect des temps de repos et de congé ainsi que la vie personnelle et familiale du salarié.

Le droit à la déconnexion n'étant pas clairement défini, il peut prendre différentes formes, laissant au dialogue social une grande marge de manœuvre. Il peut consister notamment à :

- délimiter de façon précise un temps de déconnexion de référence. Par exemple interdire à l'entreprise de contacter le salarié entre 20H et 8H du matin.
- sensibiliser à une meilleure pratique des outils numériques, notamment par une utilisation moindre des mails et des téléphones mobiles, par la rédaction de messages automatiques d'absence.
- encourager les formations à l'égard des salariés et favoriser les échanges sur la charge de travail, et l'environnement de travail.

Avant même d'envisager la question de la négociation, l'employeur a l'obligation d'évaluer les risques auxquels sont exposés les salariés au sein de l'entreprise. À ce titre, l'employeur doit intégrer les risques physiques et mentaux liés au numérique que peuvent rencontrer les salariés dans le document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP) (Article L 4121-3).

Rappelons que depuis la loi santé au travail, le CSE des entreprises d'au moins 50 salariés contribue à l'évaluation des risques professionnels.

Le droit à la déconnexion fait partie des négociations obligatoires d'entreprises au titre de l'égalité professionnelle femmes/hommes et la qualité de vie et conditions de travail.

| <b>L'employeur doit engager des négociations</b>   | <b>Si à l'issue des négociations aucun accord collectif n'est conclu</b>  |
|--|---|
| Ce droit doit être négocié au moins une fois tous les 4 ans dans les entreprises comportant une section syndicale (Article L 2242-1) | Après avis du CSE l'employeur élabore une charte pour mettre en place le droit à la déconnexion, et pour mettre en place les actions de formation relatives à ce droit (Article L 2242-8, 7°) |
| A défaut d'accord il doit faire l'objet de négociation tous les ans (Article L 2242-13)  |   |

Exemple : un accord signé avec une déléguée du personnel, dans une entreprise de 48 salariés spécialisée dans le commerce de gros, fait une distinction entre la déconnexion basse et la déconnexion haute :

- Il est institué une période de déconnexion haute pendant laquelle les managers ne peuvent jamais contacter les salariés (*entre 20H et 8H, pendant les week-ends et les jours fériés*).
- En dehors de ces créneaux, le salarié ne doit par principe pas être contacté en dehors de ses horaires de travail, mais il peut l'être en cas d'urgence avérée : c'est la déconnexion basse. Mais aucune définition de l'urgence n'est donnée (?).

L'employeur est tenu à une obligation de négociation sur la QVCT. Ainsi l'employeur peut être condamné pénalement s'il n'a pas mis en œuvre ces négociations : il s'expose à 1 an d'emprisonnement et une amende de 3750 euros (Article L 2243-2).

A défaut d'accord l'employeur doit élaborer une charte après avis du CSE. Or aucune sanction contre l'employeur n'est prévue explicitement par la loi si la charte n'est pas conclue ou n'est pas respectée.

Néanmoins, de façon indirecte, l'employeur peut être sanctionné s'il méconnaît les dispositions relatives au repos quotidien, hebdomadaire et aux jours fériés. Il s'expose ainsi au paiement d'une amende pénale de 750 euros maximum. (Article R 3135-1 et suivant).

Au-delà de la sanction pénale, l'employeur pourra également faire l'objet d'une amende administrative d'un montant maximal de 4 000 euros appliquée autant de fois qu'il y a de jour ou semaine et de salariés concernés (*Article L 8115-1*).

L'employeur peut être sanctionné également en cas de méconnaissance de son obligation de prévention qui lui impose de mettre en œuvre toutes les mesures matérielles et de formation pour assurer la santé et la sécurité des travailleurs (*Articles L 4121-1 et L 4121-2*). Cette obligation de prévention comprend la protection contre le harcèlement mais aussi la protection contre les maladies professionnelles. Les outils numériques étant de nature à favoriser les harcèlements, notamment sur les réseaux sociaux, comme la survenance du stress voire du burn-out au travail.

Par ailleurs en cas de survenance d'accidents du travail et de maladies professionnelles la cotisation à la charge de l'employeur est plus importante. En cas de faute inexcusable l'employeur voit la rente qu'il verse aux salariés majorée mais il doit aussi réparer intégralement les préjudices subis par ce dernier.

## **Élections CSE : le cas des salariés intérimaires**

### **Salarié intérimaire dans l'entreprise utilisatrice**

Le code du travail ne règle pas la question de la participation du salarié intérimaire aux élections du CSE dans l'entreprise utilisatrice, dans laquelle il accomplit une mission. C'est pourquoi il est revenu à la justice de trancher.

Selon la Cour de cassation, le salarié temporaire n'est pas électeur, ni, en conséquence, éligible, dans l'entreprise où il exécute sa mission, l'entreprise utilisatrice (*Cass. Soc., 1<sup>er</sup> avril 2008 : n° 07-60.287*).

Même si le Code du travail ne le prévoit expressément, l'ancien intérimaire devenu salarié de l'entreprise utilisatrice peut participer aux élections dans les mêmes conditions que les autres salariés de l'entreprise.

Lorsque l'entreprise utilisatrice continue de faire travailler un salarié temporaire après la fin de sa mission sans avoir conclu avec lui un contrat de travail ou sans nouveau contrat de mise à disposition, ce salarié est réputé lié à l'entreprise utilisatrice par un contrat de travail à durée indéterminée.

Dans ce cas, son ancienneté est appréciée en tenant compte du 1<sup>er</sup> jour de sa mission chez l'utilisateur (*Article L 1251-39*).

Lorsque l'entreprise utilisatrice embauche, après une mission, un salarié mis à sa disposition par une entreprise de travail temporaire, la durée des missions accomplies au sein de cette entreprise au cours des 3 mois précédant le recrutement est prise en compte pour le calcul de l'ancienneté du salarié (*Article L 1251-38*).

On peut considérer que ces dispositions s'appliquent au calcul de l'ancienneté requise pour être électeur et, le cas échéant, candidat, aux élections du CSE.

La Cour de cassation a en effet précisé que le second texte (*Article L 1251-38*), s'applique pour déterminer l'ancienneté du salarié souhaitant devenir délégués syndical. Cette solution est sans doute transposable au calcul de l'ancienneté permettant d'accéder aux élections du CSE.

Le CSE de l'entreprise utilisatrice est compétent pour représenter le salarié intérimaire sur certains sujets, bien que ce dernier n'ait pas participé à son élection.

La compétence de la délégation du personnel du CSE s'exerce au profit des travailleurs intérimaires (*Article L 2312-6*) :

- en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail.

- pour leurs réclamations intéressant l'application de certaines dispositions du code du travail relatives :
  - à la rémunération, ce qui inclut le paiement des jours fériés (*application de l'article L 1251-18*) ;
  - aux conditions de travail : durée du travail, travail de nuit, repos hebdomadaire et jours fériés, santé et sécurité au travail, travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs, surveillance médicale renforcée, équipements de protection individuelle (*application des articles L. 1251-21 à L 1251-23*) ;
  - à l'accès aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives (*application de l'article L 1251-24*).

**Remarque :** dans certains cas, l'entreprise utilisatrice doit consulter le CSE préalablement à la conclusion d'un contrat de travail temporaire :

- lorsque le contrat est conclu au titre du remplacement d'un salarié parti avant la suppression de son poste de travail.
- en cas de dérogation à l'interdiction de recourir au travail précaire, pour les entreprises ayant procédé à un licenciement économique en cas de commande exceptionnelle à l'exportation.

Par ailleurs, la délégation du personnel au CSE est informée de l'évolution du travail temporaire dans l'entreprise trimestriellement dans les entreprises d'au moins 300 salariés, et chaque année dans les entreprises de moins de 300 salariés.

Enfin, la délégation du personnel au CSE peut prendre connaissance des contrats de mise à disposition conclus avec les entreprises de travail temporaire.

**Remarque :** même s'il ne participe pas aux élections du CSE dans l'entreprise utilisatrice, le salarié intérimaire entre en compte dans le calcul des effectifs de celle-ci (*Article L 1111-2*)

Rappelons que la mise en place d'un CSE est obligatoire dans les établissements et entreprises d'au moins 11 salariés, et que le nombre de salariés détermine également le nombre de représentants du personnel à élire.

### **Salarié intérimaire dans l'entreprise de travail temporaire**

Aux termes des articles L 2314-20 et L 2314-22 du code du travail, dans une entreprise de travail temporaire, un salarié temporaire est électeur à l'élection du CSE :

- s'il est lié à l'entreprise de travail temporaire par un contrat de mission au moment de la confection des listes.
- et s'il satisfait à une condition d'ancienneté de 3 mois, appréciée en totalisant les périodes pendant lesquelles le salarié a été lié à l'entreprise par des contrats de mission au cours des 12 mois précédant l'élection. Ce délai est réduit à 6 mois en cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'établissement.

Le salarié doit en outre répondre aux conditions exigées de tout salarié : être âgé de 16 ans révolus, et n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relatives à leurs droits civiques (*Article L 2314-18*).

Toutefois, même s'il répond à ces conditions, un salarié ne peut pas participer au vote :

- s'il a fait connaître à l'entrepreneur de travail temporaire qu'il ne souhaitait plus bénéficier d'un nouveau contrat de mission.
- si l'entrepreneur de travail temporaire lui a notifié sa décision de ne plus faire appel à lui pour de nouveaux contrats de mission.

Il revient à l'employeur d'établir les listes électorales (*Cass. Soc., 13 novembre 2008 : n° 07-60.434*). En effet, lui seul connaît les renseignements permettant de déterminer si un salarié remplit ou non les conditions pour figurer sur cette liste des électeurs.

Pour cela, il doit d'abord déterminer quels sont les salariés appelés à voter dans l'entreprise, ou l'établissement, où l'institution représentative du personnel doit être mise en place ou renouvelée.

Puis il doit, s'il y a plusieurs collèges, inscrire les salariés électeurs sur la liste électorale du collège auquel chacun appartient. Il est enfin chargé de publier la ou les listes.

Le salarié qui souhaite contester son absence d'une liste électorale dispose d'un délai de 3 jours courant à compter de la publication de la liste électorale pour introduire son recours devant le tribunal judiciaire (*Article R 2314-24*). Au-delà, le recours n'est recevable.

Le salarié temporaire ayant qualité pour être électeur peut se présenter aux élections du CSE s'il remplit une condition d'ancienneté de 6 mois, appréciée en totalisant les périodes pendant lesquelles il a été lié à l'entreprise par des contrats de mission au cours des 18 mois précédant l'élection.

Ce délai est réduit à 6 mois en cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'établissement (*Article L 2314-20*).

Selon la Cour de cassation, les conditions d'ancienneté pour qu'un salarié soit électeur ou éligible s'apprécient au jour du 1<sup>er</sup> tour de scrutin. Un protocole préélectoral (*PAP*) ne peut pas modifier cette date d'appréciation. Il peut en revanche prévoir des conditions d'ancienneté plus favorables que la loi.

Pour être éligible, le salarié doit non seulement être électeur, mais aussi être inscrit à ce titre sur une liste électorale. Ainsi, un salarié n'est pas éligible :

- s'il s'est vu refuser la qualité d'électeur, car il ne remplit pas les conditions pour cela.
- ou s'il ne figure pas sur les listes électorales.

Enfin, pour être éligible, le salarié ne doit avoir aucun lien familial avec l'employeur : conjoint, concubin, partenaire d'un pacte civil de solidarité, frère, sœur, ascendant, descendant, allié au même degré de l'employeur (*Article L 2314-18*).

Enfin, les salariés intérimaires bénéficient, dans l'entreprise de travail temporaire, de la même représentation que les salariés permanents.

Le code du travail prévoit cependant que, en vue d'assurer une représentation équitable du personnel permanent et du personnel temporaire, la répartition des sièges de représentant du personnel peut faire l'objet d'un accord entre l'employeur et les syndicats intéressés (*Article L 2314-16*).

**Remarque :** pour calculer l'effectif d'une entreprise de travail temporaire, il est tenu compte des salariés permanents et des salariés temporaires qui lui ont été liés par des contrats de mission pendant une durée totale d'au moins 3 mois au cours de la dernière année civile (*Article L. 1251-54*). Il n'y a pas de proratisation et chaque salarié compte pour une unité



## JURISPRUDENCE

|   |  |   |
|---|--|---|
| <b>Harcèlement sexuel</b>                   | Une cour d'appel peut débouter une salariée de sa demande au titre d'un harcèlement sexuel dès lors qu'elle constate que le dirigeant de la société a émis une remarque inappropriée sur son physique et retenu que, si de tels propos n'étaient pas admissibles, ils ne faisaient pas ressortir chez leur auteur la volonté d'obtenir des faveurs de nature sexuelle  | <i>Cass Soc.,<br/>23 novembre 2022 :<br/>n° 21-18.726</i> |
| <b>Prévention du harcèlement moral</b>      | L'obligation de prévention du harcèlement moral est distincte de la prohibition des agissements de harcèlement moral et ne se confond pas avec elle.<br>Une cour d'appel ne peut pas débouter le salarié de sa demande relative à la prévention d'actes de harcèlement moral au motif que l'existence d'un harcèlement n'est pas démontrée, alors que l'intéressé faisait valoir dans ses conclusions qu'il avait dénoncé auprès de son employeur des agissements de harcèlement, sans réaction de celui-ci, et formait devant le juge une demande de dommages-intérêts distincte pour violation de l'obligation de prévention du harcèlement  | <i>Cass Soc.,<br/>23 novembre 2022 :<br/>n° 21-18.951</i> |
| <b>Conseiller du salarié : rémunération</b> | Il appartient au salarié, investi de la mission de conseiller du salarié, qui réclame, à ce titre, la rémunération du temps passé hors de l'entreprise pendant les heures de travail, de remettre à son employeur les attestations correspondantes des salariés bénéficiaires de l'assistance  | <i>Cass Soc.,<br/>23 novembre 2022 :<br/>n° 21-18.814</i> |
| <b>Nullité du licenciement</b>              | La nullité du licenciement d'un salarié n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève mais s'étend à tout licenciement prononcé à raison d'un fait commis au cours ou à l'occasion de l'exercice d'un droit de grève et qui ne peut pas être qualifié de faute lourde.<br>Une cour d'appel ne peut pas débouter un salarié de sa demande en nullité du licenciement dès lors qu'il résulte de ses constatations que la lettre de licenciement lui reproche d'avoir tenté d'inciter les membres de son équipe à mener une action de grève en réponse au refus de la direction d'engager du personnel supplémentaire, ce dont il résulte que les faits reprochés ont été commis à l'occasion de l'exercice du droit de grève | <i>Cass Soc.,<br/>23 novembre 2022 :<br/>n° 21-19.722</i> |

### Nouvelle décision de cour d'appel validant le barème Macron

*CA Pau, 24 novembre 2022 : RG n° 20/01843*

La cour d'appel de Pau précise qu'il est désormais constant que le barème Macron n'est pas contraire à la convention de l'OIT. Quant à la charte sociale européenne, elle n'a pas d'effet direct dans un litige entre particuliers.

Pour cette cour d'appel, il appartient seulement aux juges du fond d'apprécier la situation concrète du salarié pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux déterminés par l'article L 1235-3 du code du travail. Elle reprend donc en tout point la décision de la Cour de cassation qu'elle cite d'ailleurs.

Le barème Macron est une grille utilisée pour déterminer les indemnités versées à un salarié lorsqu'un licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse et qu'il n'est pas réintégré. Ce barème comprend des planchers et des plafonds obligatoires en fonction de l'ancienneté du salarié et de l'effectif de l'entreprise, que les juges sont obligés d'appliquer.

Rappelons que le barème Macron ne s'applique pas dans certaines situations notamment en cas de nullité du licenciement en raison de faits de harcèlement ou suite à une discrimination. Il n'y a alors pas de plafond mais seulement un plancher égal aux salaires des 6 derniers mois.

**A savoir :** *il appartient seulement aux juges du fond d'apprécier la situation concrète du salarié pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux déterminés par l'article L 1235-3 du code du travail*

## Annulation du PSE et modification préalablement acceptée du contrat de travail

*Cass. Soc., 23 novembre 2022 : n° 21-16.162*

**Principe :** lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour un motif économique, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. Le salarié dispose alors d'1 mois pour faire connaître son refus. A défaut de réponse dans ce délai, il est réputé avoir accepté la modification proposée (*Article L 1222-6*)

La procédure de proposition n'est applicable que si les modifications procèdent d'un motif économique parmi lesquels figure notamment la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité. Elle s'applique lorsque les propositions de modification du contrat interviennent, avant tout licenciement, dans le cadre de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) (*Cass. Soc., 28 novembre 2000 : n° 98-42.852*).

**Rappel :** la procédure de licenciement collectif pour motif économique, avec le cas échéant, l'obligation d'établir un PSE, s'applique dès lors qu'au moins 10 salariés ont refusé la modification de leur contrat pour motif économique et que le licenciement est envisagé (*Article L 1233-25*)

Les faits :

Une salariée se voit proposer le 7 janvier 2014 une modification de son contrat de travail dans le cadre d'un projet de réorganisation de l'entreprise donnant lieu à élaboration d'un PSE contenu dans un accord collectif majoritaire signé en novembre 2013 et validé par le Direccte (*aujourd'hui Dreets*) en janvier 2014.

N'ayant pas fait connaître son refus dans le délai d'1 mois, comme l'y invite l'article L 1222-6 du code du travail, la salariée est réputée avoir accepté la modification de son contrat de travail, conformément à ce texte.

L'employeur lui notifie donc le 12 février 2014 l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2014 de l'avenant à son contrat actant son nouveau poste.

Quelques mois plus tard, statuant sur le recours d'un autre salarié, le Conseil d'État a annulé la décision de validation du Direccte, l'accord collectif portant PSE ne revêtant pas le caractère majoritaire requis.

La salariée a alors saisi la juridiction prud'homale pour voir déclarer nul son dernier contrat de travail conclu en application du PSE.

Elle estimait en effet que le défaut de validité du PSE impliquait, de fait, la nullité de son contrat de travail.

Déboutée en appel, elle s'est pourvue en cassation.

La chambre sociale de la Cour de cassation déduit des articles L 1222-6 et L 1233-25 du code du travail, qu'une modification du contrat de travail intervenue, en application de l'article L 1222-6, dans le cadre d'un projet de réorganisation ayant donné lieu à l'élaboration d'un accord collectif portant PSE, ne constitue pas un

acte subséquent à cet accord, de sorte que les salariés ayant tacitement accepté cette modification ne sont pas fondés à se prévaloir du défaut de validité de l'accord collectif déterminant le contenu du PSE pour obtenir la nullité de leur contrat de travail.

L'acceptation de la modification du contrat, résultant ici d'un défaut de réponse à la proposition de l'employeur dans le délai imparti, reste opposable au salarié. La Cour de cassation s'est déjà prononcée dans le même sens dans une affaire où le motif économique du licenciement avait été jugé inexistant après que le salarié ait accepté la modification de son contrat. Dès lors que l'employeur a respecté les formalités prescrites par l'article L 1222-6 pour permettre au salarié de se prononcer sur la modification proposée du contrat de travail pour motif économique et que le salarié n'a pas fait connaître son refus, la modification est valablement intervenue, peu important l'existence d'un motif économique au sens de l'article L 1233-3 du code du travail (*Cass. Soc., 5 mars 2014 : n° 12-25.035*).

**A savoir :** *un salarié ayant tacitement accepté la modification de son contrat de travail intervenue dans le cadre d'un projet de réorganisation ayant donné lieu à l'élaboration d'un PSE ne peut invoquer le défaut de validité de ce dernier pour obtenir la nullité de son contrat*

### Suivi de la charge de travail dans le cadre du forfait jours

*Cass. Soc., 9 novembre 2022 : n° 21-13.389*

Les forfaits en jours annuels peuvent être conclus par :

- les cadres qui disposent, sous certaines conditions, d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps ;
- les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être déterminée et disposant d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps (*Article L 3121-58*).

Les salariés en forfait jours ne sont pas soumis :

- aux durées hebdomadaires maximales de travail (*48 heures par semaine ou 44 heures sur 12 semaines consécutives, sauf exceptions*) ;
- ni à la durée quotidienne maximale de travail, soit 10 heures par jour (*Article L 3121-62*).

Mais même si leurs heures de travail ne sont pas décomptées, ils ont droit à :

- un repos quotidien d'une durée minimale de 11 heures consécutives ;
- un repos hebdomadaire d'une durée minimale de 24 heures consécutives auxquelles s'ajoutent les 11 heures du repos quotidien.

Les forfaits en jours sont mis en place par des accords d'entreprise ou, à défaut, par un accord de branche.

Il revient à l'employeur de veiller à ce que les temps de repos des salariés en forfait jours soient bien respectés.

Afin de protéger ces salariés, l'accord collectif doit assurer la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires. Pour cela, l'accord détermine notamment :

- les modalités de l'évaluation et du suivi régulier de la charge de travail assurés par l'employeur ;
- les modalités de communication périodique sur la charge de travail, l'articulation entre l'activité

professionnelle et la vie personnelle, la rémunération et l'organisation du temps de travail ;

- les modalités de l'exercice du droit de déconnexion (*Article L 3121-64*).

Mais attention, même si l'accord collectif contient des dispositions relatives à la garantie du respect des temps de repos, cela n'est pas suffisant.

En effet, dans cette affaire n° 21-13.389, les magistrats avaient bien retenu que l'accord comportait ces garanties. Ainsi, les dispositions de l'accord prévoyaient :

- un temps de repos quotidien d'au moins 11 heures consécutives et un repos hebdomadaire minimum de 35 heures continues ;
- un entretien annuel avec la direction sur l'organisation, la charge et l'amplitude de travail, ainsi que sur le respect des repos quotidien et hebdomadaire. L'organisation et la charge de travail sont adaptées afin que les repos soient respectés. Ils font également l'objet d'un suivi régulier de la part de leur supérieur hiérarchique. De plus, si entre ses entretiens annuels, le salarié considère qu'il rencontre une difficulté concernant sa charge de travail et/ou l'amplitude de ses journées, il doit en référer à son supérieur hiérarchique et au service des ressources humaines.

Mais, pour les juges, ces dispositions conventionnelles n'étaient pas suffisantes pour garantir le respect des temps de repos. Aucune mesure spécifique n'assurait le contrôle des temps de repos. En effet, selon les juges, le système prévu reposait exclusivement sur l'engagement du salarié de veiller lui-même au respect de ses temps de repos.

Ils ont également relevé que l'entretien annuel n'était pas une garantie suffisante pour s'assurer que l'amplitude et la charge de travail restaient raisonnables dans le temps.

En conséquence, la convention de forfait a été jugée nulle. Le salarié est en droit de demander le paiement d'heures supplémentaires.

**A savoir :** *l'accord sur le forfait jours assure la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires, ainsi que les dispositions spécifiques propre à assurer ce contrôle. Ce système de contrôle ne doit pas reposer exclusivement sur l'engagement du salarié de veiller lui-même au respect des temps de repos*

## Modification du planning d'un salarié à temps partiel

*Cass. Soc., 26 octobre 2022 : n° 21-15.538*

Les faits :

Une salariée travaillait comme employée polyvalente en CDD, à temps partiel, à hauteur de 15 heures hebdomadaires de travail.

Un avenant au contrat de travail en date du 1<sup>er</sup> mars 2012 avait porté le nombre d'heures de travail à 18 heures par semaine.

La relation de travail avait pris fin avec la démission de la salariée en septembre 2013 avant de reprendre en novembre 2014, mais sans contrat de travail écrit.

Fin octobre 2015, la salariée avait saisi la juridiction prud'homale pour demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail et la requalification de sa relation contractuelle en CDI à temps complet.

La salariée fondait sa demande de requalification sur le fait que son employeur avait, à plusieurs reprises, modifié ses horaires de travail sans respecter le délai de prévenance applicable. En effet, la violation répétée du délai de prévenance expose l'employeur à la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet.

La Cour de cassation rappelle que le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit qui doit mentionner un certain nombre d'éléments. L'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps complet. A l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve :

- d'une part, de la durée de travail exacte convenue,
- d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur.

La Cour souligne ensuite que l'employeur qui souhaite modifier la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois doit respecter un délai de prévenance.

A cet égard, les dispositions conventionnelles applicables prévoient (*Article 4.9 de l'avenant 24 du 13 novembre 1998 à la convention collective de la restauration rapide relatif au temps partiel*) :

- d'une part, que la fixation des horaires d'une semaine donnée ainsi que la modification éventuelle de la répartition de la durée du travail devaient être notifiées au salarié au moins 10 jours calendaires avant le début de la semaine concernée ;
- d'autre part, que ce programme ne pouvait être modifié qu'avec l'accord du salarié au plus tard 3 jours calendaires avant le début de la semaine de travail.

Or, dans cette affaire, les juges du fond avaient estimé que l'employeur justifiait bien que la salariée n'était pas tenue de se tenir constamment à sa disposition et qu'elle était en mesure de prévoir le rythme auquel elle devait travailler. Pour cela, ils avaient relevé que :

- la société élaborait les plannings en tenant compte des absences et des disponibilités préalablement déclarées par ses salariés, nombre d'entre eux ayant attesté qu'ils avaient la possibilité d'informer leur responsable de leur disponibilité pour l'établissement des plannings et que ceux-ci étaient bien établis une semaine à l'avance ;
- la salariée ne justifiait pas avoir été contrainte d'intervenir durant un horaire qui n'était pas prévu sur le planning applicable à la semaine à venir.

Un raisonnement insuffisant pour la Cour de cassation, qui reproche aux premiers juges de ne pas avoir recherché si les variations auxquelles était soumis le planning de la salariée étaient notifiées à celle-ci dans un délai de prévenance suffisant ou si elles intervenaient avec son accord exprès.

**A savoir :** *concernant le temps partiel dans la convention collective de la restauration rapide, la fixation des horaires d'une semaine donnée ainsi que la modification éventuelle de la répartition de la durée du travail sont notifiées au salarié au moins 10 jours calendaires avant le début de la semaine concernée. Ce programme ne peut être modifié qu'avec l'accord du salarié au plus tard 3 jours calendaires avant le début de la semaine de travail*

## Mutation interne dans un groupe

*Cass. Soc., 26 octobre 2022 : n° 21-10.495*

Les faits :

À sa demande, une salariée est mutée au sein d'une autre société du même groupe.

Aucune convention écrite formalisant son accord ainsi que celui des deux employeurs successifs n'a été signée pour organiser sa mutation.

Soutenant que son premier contrat de travail a été rompu du fait de cette mutation sans que l'employeur ait respecté la procédure de licenciement, la salariée saisit le conseil de prud'hommes et réclame des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La cour d'appel déboute la salariée de ses demandes, car elle considère que son contrat de travail n'a pas été rompu et qu'une convention tripartite a été recherchée puisque la salariée a formalisé une demande de mutation qui a été acceptée par les deux employeurs.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et précise le formalisme à respecter en cas de mutation intragroupe : une convention tripartite doit être signée entre le salarié et ses deux employeurs successifs pour formaliser la mutation et organiser la poursuite du contrat de travail.

**A savoir :** *lors d'une mutation interne dans un groupe, une convention tripartite doit être signée entre le salarié et les deux employeurs successifs*

## Travail du dimanche

*Cass. Soc., 26 octobre 2022 : n° 21-19.075*

*Cass. Soc., 26 octobre 2022 : n° 21-15142*

Dans ces deux arrêts, aux circonstances similaires, la Cour de cassation rappelle les conditions d'ouverture des magasins le dimanche.

Les faits :

Un contrôle est effectué par l'inspection du travail, un dimanche, dans 3 supermarchés, où est constaté la présence, après 13 heures, de salariés chargés d'aider les clients du supermarché lors du paiement aux caisses automatiques ainsi que des agents de sécurité.

Les inspecteurs du travail saisissent le juge des référés du tribunal judiciaire d'une demande de fermeture des magasins le dimanche à 13 heures.

Dans la première affaire, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme la décision de la Cour d'Appel qui, après avoir constaté la non-automatisation dans les magasins des modalités de fonctionnement et de paiement et la participation des agents de sécurité aux activités du magasin, en a déduit, à bon droit, que ces salariés étaient employés en violation des règles sur le repos.

Dans la deuxième affaire, la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel qui a retenu que, pendant la journée de fermeture prévue par arrêté préfectoral, les magasins fonctionnaient de façon automatique, qu'il n'était pas démontré que les agents de surveillance, agissant en dehors de leurs fonctions, participaient au fonctionnement

du magasin pour son rangement ou l'assistance aux caisses et qu'aucun trouble manifestement illicite n'était donc caractérisé.

La Cour de cassation en profite pour rappeler qu'en cas de contrôle, l'inspection du travail qui demande la fermeture du magasin doit démontrer que les prestataires de service (*service de surveillance / sécurité*) réalisent des missions qui auraient été dévolues aux salariés dans le cadre du fonctionnement de l'établissement.

**A savoir :** *l'inspection du travail qui demande la fermeture du magasin doit démontrer que les prestataires de service (service de surveillance / sécurité) réalisent des missions qui auraient été dévolues aux salariés dans le cadre du fonctionnement de l'établissement*

## Comportement fautif du salarié datant de plus de 2 mois

*Cass. Soc., 28 septembre 2022 : n° 21-13034*

Les faits :

Un salarié est convoqué à un entretien préalable le 25 avril puis licencié pour faute grave le 17 mai pour abus de notes de frais.

Il lui est reproché d'avoir utilisé la carte essence de la société pour faire des pleins pendant ses congés.

L'employeur produit une note de frais injustifiée en date du 14 mars, mais l'essentiel des paiements litigieux avaient été effectués avant le 25 février, soit plus de 2 mois avant le licenciement.

Le salarié, en s'appuyant sur l'article L 1332-4 du code du travail conteste le licenciement pour prescription des faits.

Le délai de prescription commence à courir à partir du moment où l'employeur a une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié.

### Article L 1332-4

*Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de 2 mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.*

Les juges du fond considèrent que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, mais écartent la faute grave car, selon eux, l'employeur n'établissait pas avoir été informé tardivement des demandes de remboursement des notes de frais de son salarié.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et considère que le délai de 2 mois pour engager des poursuites disciplinaires ne fait pas obstacle à la prise en considération de faits antérieurs à 2 mois dès lors que le comportement du salarié s'est poursuivi ou s'est réitéré dans ce délai.

En conséquence, lorsqu'un salarié persiste dans son comportement fautif, l'employeur peut exceptionnellement invoquer non seulement les faits dont il vient de prendre connaissance, mais aussi des faits prescrits sous réserve qu'ils soient de même nature.

**A savoir :** *lorsqu'un salarié persiste dans son comportement fautif, l'employeur peut exceptionnellement invoquer non seulement les faits dont il vient de prendre connaissance, mais aussi des faits prescrits sous réserve qu'ils soient de même nature*