



DERRIENNIC ASSOCIÉS

NEWSLETTER 2023

DROIT DU TRAVAIL

N°1



La Newsletter dédiée au Droit du Travail par @DerriennicParis

NEWSLETTER DROIT DU TRAVAIL – 2023 – N°1

CE QUI VOUS ATTEND DANS LA NEWSLETTER DROIT DU TRAVAIL DERRIENNIC N°1

LE FOCUS DU DÉBUT D'ANNÉE

La RSE : cette année, il faut se mettre au vert (et pas que).....**3**

LES ARRÊTS LES PLUS MARQUANT DE LA FIN DE L'ANNÉE 2022

RELATIONS INDIVIDUELLES

Refus des valeurs « fun & pro » de l'entreprise : un licenciement nul...aux conséquences financières possiblement limitées	11
Temps de trajet des salariés itinérants & astreintes : la Cour de cassation s'aligne sur la CJUE.....	13
Interdire un type de coiffure aux seuls hommes est discriminatoire : Samson obtient justice	14
Dénonciation de faits de harcèlement moral : faut-il aller en...quête(r) ?	15
Altercation entre salariés : l'employeur n'est pas nécessairement responsable.....	17
Licenciement économique et reclassement : s'en tenir à la volonté du salarié peut coûter cher à l'employeur.....	18
Licenciement économique d'un salarié protégé : l'administration ne doit pas apprécier le choix de gestion.....	19
La validité d'une déclaration d'inaptitude au poste...sans étude de poste	20
CDD et signature manuscrite numérisée : la Cour de cassation persiste et « e-signe ».....	22
Loyauté de la preuve : précisions sur la production en justice de l'agenda électronique du salarié.....	23
Sur la nouvelle présomption de démission en cas d'abandon de poste du salarié.....	24

RELATIONS COLLECTIVES

Organisation et durée du travail chez Syntec : la Fédération œuvre à la flexisécurité	26
Elections au CSE : les conditions légales d'électorat et d'éligibilité sont réécrites ?.....	28
Coemploi : une preuve toujours difficile mais pas impossible à rapporter.....	28
La réunion organisée par l'employeur à la suite d'un droit d'alerte pour atteinte aux droits des personnes s'impute sur le crédit d'heures de délégation.....	29
Elections professionnelles et données personnelles : la CNIL rappelle les règles.....	30

La RSE : cette année, il faut se mettre au vert (et pas que... !)



C'est l'un des enjeux majeurs du droit social pour 2023.

La Fédération Syntec en donne un bon exemple puisque celle-ci est parvenue, le 13 décembre 2022, à conclure quatre accords de branche qu'elle qualifie de « *socialement et socialement innovants* ». Outre la durée du travail (forfait-jours) et le télétravail qui sont repensés, ceux-ci ont également traité à la déconnexion ou encore aux droits pouvant être donnés aux salariés subissant une interruption spontanée de grossesse.

Ces sujets relèvent incontestablement de la RSE qui, s'élevant au-dessus des frontières des différents droits, a vocation aujourd'hui à intégrer l'entreprise.

Or, il ne s'agit pas d'une démarche identique pour tous. La RSE doit, tout au contraire, s'adapter au paysage de l'entreprise, à ses acteurs internes et externes, ainsi qu'à ses moyens.

Compte tenu de son évolution exponentielle, la RSE doit aujourd'hui conduire l'entreprise à mener rapidement une véritable réflexion, ce qui suppose évidemment d'en maîtriser les bases mais aussi un accompagnement sérieux pour éviter tout risque de contentieux.

Cette première note d'actualité n'a donc pas vocation à détailler ici tous les aspects de la RSE, mais à sensibiliser le lecteur sur les défis et les enjeux vertueux de ce dispositif.

Précisément en raison de son évolution, le périmètre de la RSE peut aujourd'hui apparaître comme vertigineux aux yeux de celui qui s'empare du sujet (I). L'inertie n'étant plus une option, l'outil doit, pour atteindre son but, être manié avec précaution (II).

I. La RSE : enjeu possiblement vertigineux

Outre une palette à sept couleurs dont les tons ont de plus en plus tendance à être déclinés (A), la vérité des composantes de la RSE oblige également à s'interroger sur les acteurs de celle-ci, qualifiés de « parties prenantes » (B).

A. Le champ d'application matériel de la RSE : un univers en expansion !

⇒ [Une définition élastique](#)

Bien qu'il existe plusieurs définitions de la RSE, l'Organisation internationale de normalisation la définit, aux termes de la norme ISO 26000 comme « *responsabilité sociétale des entreprises* ».

Le qualificatif « sociétal » englobe volontairement plus que le seul aspect social puisqu'il rassemble tous les sujets de responsabilité envers la société et l'environnement.

La norme ISO 26000 définit d'une part un noyau dur de **sept sujets** devant se retrouver au sein de toute démarche RSE : la gouvernance de l'organisation (i), les droits de l'homme (ii), les relations et conditions de travail (iii), l'environnement (iv), la loyauté des pratiques (v), les questions relatives aux consommateurs (vi) et les communautés, intérêts et développement local (vii).

La même norme impose, d'autre part, d'appréhender chacune de ces sept sphères au travers de **sept principes** qui consistent à être redevable de ses activités (a), être transparent (b), adopter un comportement éthique (c), reconnaître les intérêts des parties prenantes (d), respecter le principe de légalité (e), prendre en compte les normes internationales de comportement (f) et respecter les droits de l'homme (g).

Outre l'aspect symbolique des nombres, on peut d'emblée remarquer que chaque composante de la RSE est ainsi susceptible de recouvrir de nombreuses problématiques actuelles et à venir, elles-mêmes susceptibles d'évoluer au regard des sciences et nouvelles technologies. Le sujet peut donc se révéler vertigineux pour celles et ceux qui déciderai(en)t de s'y plonger.

⇒ [Une évolution des composantes elles-mêmes](#)

Par facilité, certains praticiens rassemblent les sept composantes de la RSE en trois questions centrales : la gouvernance, les conditions de travail et l'environnement.

Mais qu'elles soient rassemblées ou distinguées, les composantes de la RSE ne cessent d'évoluer.

1. La **gouvernance** va devoir s'articuler autour d'un **devoir de vigilance** tourné vers l'ensemble des acteurs afin de prévenir tous les risques sociaux (*travail illégal ou dissimulé, travail des enfants, travail forcé,...*), environnementaux (*dommages environnementaux, sanitaires,...*) ou encore de gouvernance (*respects des normes de sécurité, financières,...*).

Concernant le **reporting extra-financier**, la NFRD (Non Financial Reporting Directive) cède la place à la CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive).

Qu'est-ce qui va changer sur l'exercice 2024, pour la DPEF à publier en 2025 ?

⇒ **Plus d'entreprises concernées**

L'obligation de reporting s'appliquait aux entreprises de plus de 500 salariés. Elle concernera désormais les entreprises de plus de **250 salariés réalisant un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions d'euros (réalisé en Europe) ou ayant un bilan supérieur ou égal à 20 millions d'euros.**

On estime que près de 50 000 entreprises en Europe seraient concernées, au lieu d'environ 10 000 actuellement.

↳ **Un reporting plus détaillé**

Le **contenu** du reporting serait enrichi : changement climatique (atténuation et adaptation), ressources en eau et marines, utilisation des ressources et économie circulaire, pollution, biodiversité et écosystèmes. Sur ces différentes thématiques, les entreprises devront notamment fixer des objectifs.

L'analyse des impacts négatifs (double impact sur l'environnement et sur la Société) devra être plus détaillée.

En ce qui concerne le changement climatique, il sera **inévitabile de réaliser un bilan Carbone** de ses activités.

La **vérification du reporting par un Organisme tiers indépendant (OTI)** serait plus exigeante : elle ne portera pas seulement sur la réalité des informations transmises, mais aussi sur leur cohérence avec les objectifs de durabilité de l'entreprise, ou sur la pertinence des indicateurs retenus.

La loi Sapin II du 9 décembre 2016 a imposé de véritables process pour lutter contre tout montage financier frauduleux, qu'il s'agisse de corruption, de favoritisme, de conflit d'intérêts, de trafic d'influence ou encore de détournement de biens publics par dépositaire. La loi Pacte du 22 mai 2019, quant à elle, a pour objectif de mieux partager la valeur créée avec les salariés tout en prenant en considération les enjeux sociaux et sociétaux, par le qualificatif de « société à mission » inscrit dans les statuts. Le nouvel article 1833 du code civil énonce ainsi que « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

2. Les relations et conditions de travail vont également devoir, si ce n'est évoluer, du moins être préservées.

Les modèles actuels imposent déjà de promouvoir le bien-être au travail avec la Qualité de Vie au Travail (QVT), devenue depuis peu la **Qualité de Vie et Conditions de Travail (QVCT)**.

Tenu à une obligation de **sécurité et de prévention des risques professionnels**, l'employeur doit aujourd'hui répertorier, avec l'aide du CSE, l'ensemble des risques possibles au sein du document unique d'évaluation des risques professionnels (**DUERP**), lequel donnera lieu ensuite à un programme Annuel de Prévention (**PAPRI Pact**).

Des obligations, plus spécifiques encore, s'imposent à l'égard de la prévention des agissements de harcèlement moral et sexuel ainsi que des agissements sexistes. Là encore, le visage traditionnel de ces agissements évolue, la jurisprudence récente ayant reconnu, au titre du harcèlement moral, le harcèlement d'ambiance ou encore, au-delà du *burn-out*, le *bore-out* ainsi que le *brown-out*. Autant de sujets qui devront être utilement étudiés, selon l'environnement de travail propre à l'entreprise.

Des obligations particulières en termes de sécurité s'imposent enfin à certaines entreprises qui interviennent de manière concomitante sur un même lieu de travail voire sur un chantier (plan de prévention, PPSP, *etc.*).

Au-delà des risques, le bien-être au travail doit encore permettre la reconnaissance des individus, qui passe ainsi par l'avancement, **le développement des compétences ainsi que par l'équilibre réussi entre le travail et la vie privée.**

La RSE conduit à ce titre à s'interroger, sur le **traitement équitable** fait entre les salariés, quels qu'ils soient. Que ce soit dans le recrutement, dans la rémunération et l'avancement ou encore dans la prise en considération des spécificités de chacun, l'employeur doit aujourd'hui réfléchir aux écarts possibles entre hommes et femmes, mais aussi à la prise en compte des intérêts de populations ethniques, sociales ou sociétales minoritaires.

Enfin, le développement de l'**IA** ainsi que l'**uberisation du travail** interroge également sur le futur des relations de travail et la protection de l'individu, projeté dans ces nouvelles sphères (réseaux sociaux, métavers, crypto-rémunération,...).

3. L'environnement, enfin, constitue un sujet à part entière autant qu'il irradie, par lui-même, l'ensemble des sujets de la RSE.

La démarche doit ici s'intéresser aux moyens **d'utiliser de manière efficace et durable les ressources naturelles**, de réduire les émissions de gaz à effets de serre, de limiter et trier les déchets, de favoriser la biodiversité, de développer l'économie circulaire, de faire des économies d'énergie (en désignant un « inspecteur énergie » par exemple) ou encore de privilégier l'achat de produits locaux ayant un impact faible sur l'environnement.

Les lois successives (*TECV en 2015, Energie climat en 2019, Anti-gaspillage pour une économie circulaire en 2020, Climat et résilience en 2021*) ont contribué, lentement mais sûrement, à la prise en compte de ces problématiques dans l'entreprise.

Du côté du diagnostic, **le Bilan Carbone des entreprises** va devoir progressivement intégrer un spectre beaucoup plus large (passant du scope 1 et 2 au scope 3).

Du côté des relations de travail, la démarche consistera à **promouvoir des activités sociales et culturelles** à vocation environnementale mais aussi à **repenser la rémunération** (primes, formations ou encore ces nouveaux « *agreement* » en matière d'intéressement) pour qu'elle soit moins

polluante ou procède de comportements eco-friendly. On pense également ici à la flotte de véhicule des entreprises ainsi qu'au plan de mobilité des salariés.

⇒ Une dimension coercitive

La RSE n'est plus un vœu pieux. Il s'accompagne désormais de réels moyens coercitifs en possession de toute partie prenante.

Les représentants du personnel (le CSE) pouvaient déjà exercer un droit d'alerte en matière économique ou en cas de harcèlement ou d'atteinte aux droits ou à une liberté fondamentale mais encore désigner un expert pour ces mêmes sujets mais aussi à l'occasion de l'examen de la situation économique et financière de l'entreprise, de sa politique sociale ou encore de ses orientations stratégiques.

Allant plus loin, la loi Pacte a permis à ces derniers de proposer même des orientations stratégiques alternatives au conseil d'administration, lequel est alors tenu d'y répondre de manière argumentée.

Quant au volet environnement, le CSE dispose non seulement **d'un nouveau droit d'alerte pour « risque grave sur la santé publique ou l'environnement »** mais dispose encore désormais d'un accès de principe aux données environnementales de l'entreprise qui doit leur transmettre via la BDES, rebaptisée **BDESE**.

Mais les élus ne sont plus les seuls à pouvoir questionner l'entreprise sur ces questions. **Toute partie prenante** est également susceptible aujourd'hui de se prévaloir d'un manquement de l'entreprise à ces sujets.

Que ce soit à l'occasion d'appels d'offre, dans les chaînes d'approvisionnement ou encore dans les relations donneur d'ordre – sous-traitant (y compris à l'égard de l'URSSAF), la nature des engagements peut être synonyme de responsabilité en cas de manquement, y compris à l'égard de l'environnement.

Le Conseil d'Etat vient d'ailleurs de confirmer aux termes d'une ordonnance de référé rendue le 20 septembre 2022 la reconnaissance du droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, ce droit présentant le caractère de « liberté fondamentale ».

La RSE n'est donc plus théorique. Non seulement son cadre et ses composantes sont évolutifs, mais son support normatif est devenu coercitif, ce d'autant plus qu'elle s'exerce à tous les niveaux.

Pour plus d'efficacité, la RSE ne se déploie pas que sur le plan horizontal mais vertical aussi : vis à vis des filiales de l'entreprise ou encore de ses partenaires commerciaux.

Cela entraîne une démultiplication des « parties prenantes » dont il faut identifier puis coordonner les intérêts

B. Le champ d'application personnel de la RSE : les parties prenantes au diapason !

La RSE a vocation à intéresser de nombreuses parties prenantes dans, et en dehors, de l'entreprise, dans son giron proche ou éloigné.

⇒ Une RSE couvrant tous les types de rapports sociétaux

C'est dans l'ensemble de ses rapports que l'entreprise va devoir appliquer sa démarche RSE dans ses rapports avec :

- **ses filiales**, la loi n°2017-399 ayant imposé aux entreprises d'établir et de publier un plan de vigilance afin de prévenir les risques précités ;
- **l'Administration** et les collectivités, qualifiés de B TO A ;
- **les consommateurs, clients et citoyens**, qualifiés de B TO C ;
- **ses salariés**, qualifiés de B TO E ;
- **ses investisseurs**, qualifiés de B TO I ;
- **ses partenaires**, qu'ils soient fournisseurs, sous-traitants ou autres, qualifiés de B TO B.

Et c'est ainsi dans chacun de ses rapports que devront être pris en compte chacune des sept composantes précitées de la RSE.

⇒ Une RSE confiée dès lors à qui ?

La difficulté de la RSE tient notamment à la méthode de travail employée mais encore à son pilotage.

S'agissant de la méthode, plusieurs peuvent être envisagées mais il faut indiquer que deux pratiques s'imposent au préalable dans tous les cas.

Il faut en premier lieu identifier sa responsabilité sociétale. C'est là où l'approche devra se faire en fonction du visage de l'entreprise. Quels sont ses besoins ainsi que ses enjeux ? Comment son organisation peut y contribuer ou quelles évolutions cela implique-t-il ? Quels sont les bénéfices et les risques d'une telle évolution, avant d'envisager les conditions, financières mais aussi techniques, opérationnelles et juridiques, pour la mise en œuvre de ces évolutions ?

Il faut, en second lieu, identifier les parties prenantes et engager le dialogue avec elles. Entre un grand groupe d'envergure internationale et une PME, la cartographie des parties prenantes sera bien différente. Elle n'en est pas moins importante puisqu'à chaque niveau, il faudra retrouver les sept composantes initiales de la RSE.

Quant au fait de savoir qui doit on mettre à la tête du projet pour conduire ces changements, la question devient moins aisée dès lors qu'elle oblige la coordination de nombreuses équipes au sein de l'entreprise : logistique/supply chain travaillant avec le juridique/RH, travaillant avec le compliance/données personnelles, travaillant avec la finance sans oublier la communication.

Faut-il un poste ad hoc ? Faut-il un chef de projet ? Ces questions devront faire l'objet d'une étude en amont, en fonction des problématiques de chaque entreprise. Il va de soi que la RSE d'une entreprise de bâtiment sera très différente de celle d'une ESN.

II. La RSE : sujet dangereux, faute d'accompagnement sérieux

La démarche réussie en matière de RSE peut apporter beaucoup à l'entreprise (A), ce qui suppose toutefois un accompagnement sérieux (B).

A. Les bienfaits connus et reconnus de la RSE

Chacun des pans de la RSE dispose désormais d'un support normatif, plus ou moins contraignant et qui peut, en ce sens, effrayer certains acteurs.

Mais ce que la RSE a d'effrayant peut aussi se révéler comme un marqueur de noblesse, dès lors que l'entreprise s'y conforme.

Les opportunités d'une démarche RSE réussies sont nombreuses puisqu'elle contribue à rendre l'entreprise pérenne ainsi qu'à la faire grandir socialement, humainement et éthiquement.

Les marqueurs positifs connus d'une RSE en mouvement sont les suivants :

- amélioration de l'image ;
- innovation, créativité et développement de nouvelles offres ;
- différenciation vis-à-vis de la concurrence (appels d'offres, recrutement de salariés) ;
- fidélisation des clients ;
- développement des relations avec les parties prenantes (dont le CSE) ;
- apport d'affaire & nouveaux clients ;
- amélioration de la productivité des salariés, développement de la cohésion d'équipe et du sentiment d'appartenance, réduction du turn over ;
- maîtrise de l'empreinte environnementale

Une telle démarche, de l'avis de tous, contribue également à une meilleure connaissance, par l'entreprise, de son propre fonctionnement.

En évaluant ses impacts, en faisant remonter les demandes ou tendances, en approfondissant les controverses provenant des partenaires internes et externes à l'entreprise, celle-ci sera amenée à réfléchir sur ce qui constitue son « ADN » comme l'évoquent les startups. Comme si les sept facettes de la RSE précitées conduisaient l'entreprise à mieux se connaître soi-même.

Enfin, le risque contentieux s'avèrera d'autant plus réduit, dès lors que l'accompagnement en ce sens aura été sérieux.

B. Les conditions d'un accompagnement sérieux

Ainsi qu'il l'a été évoqué, la RSE doit être traitée d'un point de vue à la fois juridique, technique et opérationnel.

C'est pourquoi en tant que conseil, il nous faut mener une réflexion, *in concreto*, en fonction de l'environnement propre à chaque entreprise tout en adoptant une triple vision :

- **Globale** : les relations évoquées entre les différents départements doivent nous permettre d'aboutir à une RSE aussi personnelle et complète que valorisante ;
- **Partenariale** : la méthode employée, qui passe par le dialogue avec les parties prenantes, devra nécessairement faire preuve d'autant d'agilité que d'efficacité ;
- **Sur le long terme** : la démarche ainsi poursuivie ne doit pas être ponctuelle mais s'inscrire sur le court, moyen et long terme.

Cette vision permettra d'identifier le plus efficacement possible la responsabilité sociétale inhérente à l'activité de l'entreprise ainsi qu'à cartographier l'ensemble de ses parties prenantes pour établir un plan d'action concret en vue de conduire ce changement.

C'est dans cette démarche pragmatique que le pôle Droit social du Cabinet Derriennic souhaite cette année s'investir, en sensibilisant ses partenaires aux fins d'échanger et travailler avec eux.

Cet axe de travail permettra de faciliter au mieux, tant juridiquement que socialement, le changement que nous impose désormais la RSE.

[L'équipe Droit social](#)



NOS BRÈVES MARQUANTES DE LA FIN D'ANNÉE 2022

RELATIONS INDIVIDUELLES

Refus des valeurs « fun & pro » de l'entreprise : un licenciement nul...aux conséquences financières possiblement limitées

Cass. Soc., 9 nov. 2022, n°21-15.208 & Cass. Soc., 19 oct. 2022, n°21-15.533

Dans un arrêt très remarqué et que nous avons également présenté en vidéo ([Vidéo le licenciement pour refus des valeurs fun & pro](#)), la Cour de cassation se prononçait pour la première fois en faveur de la nullité d'un licenciement notifié au salarié en raison de sa critique des valeurs de l'entreprise, notamment lorsque celles-ci touchent aux événements se déroulant hors cadre du travail.

En l'espèce, un salarié, engagé à l'origine comme consultant senior et qui occupait en dernier lieu les fonctions de directeur, a été licencié pour insuffisance professionnelle. L'entreprise se fondait à ce titre sur son management inadapté, une mésentente avec les équipes, mais aussi sur sa rigidité et son refus d'intégrer la valeur « fun and pro » de l'entreprise. Celle-ci, comme beaucoup de jeunes entreprises, véhiculait la culture du divertissement avec, la concernant, une incitation aux apéros et à divers événements conduisant à de nombreux « excès et dérapages ».

Le salarié saisit le Conseil de prud'hommes pour demander la nullité de son licenciement, estimant que refuser une telle culture de l'alcool et des excès relèverait de sa liberté d'expression et d'opinion. Outre d'importantes indemnités, le salarié demandait également sa réintégration ! L'argument ne convainc pas les premiers juges ni la Cour d'appel de Paris,

qui considèrent l'insuffisance professionnelle établie. Ils indiquent, précision importante, que pris dans leur ensemble, les différents griefs justifiaient l'incompétence.

La Cour d'appel, en particulier, estime qu'en reprochant au salarié de ne pas être « fun », c'est-à-dire de ne pas participer aux pots hebdomadaires et autres excès, l'employeur n'a fait que critiquer le comportement du salarié et non remettre en cause ses opinions personnelles. Il n'y a donc pas d'atteinte à la liberté d'expression, si bien que la demande de nullité ne pouvait aboutir. Aux termes de son arrêt du 9 novembre 2022, la Cour de cassation vient censurer cette motivation. Elle énonce d'abord que le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice par le salarié de sa liberté d'expression entraîne à lui seul la nullité du licenciement. Peu importe donc les autres motifs qui seraient avancés. Dès lors qu'un seul motif illicite est avancé, celui-ci fait tomber le tout, de sorte que le licenciement encourt la nullité. Cette solution, dite de l'effet contaminant, n'est cependant pas nouvelle en jurisprudence puisque déjà appliquée à l'égard de licenciements reposant, notamment, sur une liberté fondamentale (*Cass. soc.*, 3 févr. 2016, n° 14-18.600) ou encore sur l'exercice d'une action en justice (*Cass. soc.*, 21 nov. 2018, n° 17-11.122).

Les conséquences d'un tel licenciement jugé nul peuvent être colossales, ce d'autant si le salarié sollicite sa réintégration. A défaut de la demander, un autre arrêt récent de la Cour de cassation permettrait d'alléger possiblement les conséquences financières de l'indemnisation du licenciement ainsi jugé nul. Dans un arrêt du 19 octobre 2022, la Cour de cassation vient en effet de juger que dans l'hypothèse où l'employeur le demande, le juge est tenu d'examiner si les autres motifs de licenciement invoqués pour justifier la rupture, autre que celui frappé de nullité, sont fondés ; de manière ainsi à moduler le montant de l'indemnité versée au salarié qui n'est pas réintégré.

C'est là l'un des apports, passé inaperçu, de l'ordonnance Macron n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ayant introduit un nouvel article L.1235-2-1 au code du travail. Pour espérer, subsidiairement, contenir les conséquences financières d'une éventuelle nullité du licenciement, les employeurs ont désormais tout intérêt à invoquer cet article qui lie ainsi le juge dans l'appréciation du quantum du préjudice.

Il n'en demeure pas moins que ces arrêts doivent conduire à faire preuve d'une particulière vigilance quant à la rédaction de la lettre de licenciement : quand bien même celle-ci reposerait sur des motifs réels et sérieux, un mot de trop peut conduire à l'annulation du licenciement et à la réintégration du salarié. Tel est le cas lorsqu'on évoque des valeurs qui ne seraient pas QUE professionnelles. Une décision qui a de quoi dégriser plus d'un DRH.



Temps de trajet des salariés itinérants & astreintes : la Cour de cassation s'aligne sur la CJUE

Cass. Soc., 23 nov. 2022, n°20-21.924 & Cass. Soc., 26 oct. 2022, n°21-14.178

Opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation vient juger, dans un arrêt du 23 novembre 2022, que lorsque le salarié commercial se rend à la disposition de son employeur et répond à ses directives durant les temps de trajet entre son domicile et le premier et dernier client, ce temps doit être considéré comme du temps de travail effectif et rémunéré comme tel.

Déjà en 2015, la CJUE avait appelé à la vigilance, s'agissant des salariés pour lesquels, à défaut de lieu de travail fixe, le temps de déplacement entre leur domicile et leur premier et dernier lieu d'intervention, devait être considéré comme du travail effectif et rémunéré comme tel (*CJUE 10 septembre 2015 aff. 266/14*). Malgré tout, la Chambre sociale restait chauvine et, aux termes d'une décision de 2018, faisait de la résistance en jugeant que la rémunération des travailleurs, fussent-ils itinérants « *relève, non pas de ladite directive, mais des dispositions pertinentes du droit national* » (*Cass. Soc., 30 mai 2018, n°16-20.634*). Face à de tels mouvements séditieux, la CJUE ne pouvait que réagir. Ce fut chose faite par sa décision du 9 mars 2021 (*CJUE, gr. ch., 9 mars 2021, aff. C-344/19*), aux termes de laquelle elle a jugé que même si les états membres disposent d'une certaine liberté dans la définition des « *temps de travail* » et/ou des « *temps de repos* », celles-ci constituent des notions relevant du droit de l'Union. Elles doivent dès lors être définies et appliquées de manière uniforme, à la lumière de la directive 2003/88. La Cour de cassation ne pouvait donc plus résister longtemps, ce qui explique son revirement du 23 novembre dernier. Les itinérants ne peuvent donc plus, du seul fait qu'ils se déplacent souvent entre divers lieux d'intervention, se voir exclus de la définition normale du temps de travail. En pratique, le juge devra vérifier si, pendant le temps de déplacement, le salarié se tient effectivement à la disposition de l'employeur sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles. Si tel est le cas, ce temps devra être pris en compte dans le temps de travail effectif, notamment au titre du décompte des heures supplémentaires réalisées.

Cette posture résiliente de la Cour de cassation n'est pas nouvelle. La Cour avait déjà été amenée à infléchir sa position sur les astreintes, au regard des dispositions communautaires, par son arrêt du 26 octobre 2022 : la Haute Cour a précisé que pour déterminer si ces dernières constituaient du temps de travail effectif, les juges du fond devaient vérifier « *si le salarié avait été soumis au cours de ses périodes d'astreinte, à des contraintes d'une intensité telle qu'elles avaient affecté, objectivement et très significativement, sa faculté de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels n'étaient pas sollicités et de vaquer à des occupations personnelles* ». Selon la Cour de cassation, le simple contrôle de tâches imposées au salarié pendant les permanences ne suffit pas.

Il apparaît dès lors opportun de définir avec précision ces temps au sein de l'entreprise. La Société pourrait par exemple rappeler sur le fondement du droit à la déconnexion, l'interdiction de travailler durant ces trajets. Ce nouveau mouvement jurisprudentiel appelle en tout état de cause à la plus grande prudence. Car bien que le trajet entre les deux soit important, de la CJUE à la Cour de cassation, le pas peut être fracassant.

Interdire un type de coiffure aux seuls hommes est discriminatoire : Samson obtient justice !

Cass. Soc., 23 nov. 2022, n°21-14.060

Dans un arrêt du 23 novembre 2022, la Cour de cassation se prononce sur l'interdiction faite à un steward d'adopter une coiffure pourtant autorisée aux femmes.

En l'espèce, un steward de la compagnie Air France s'était présenté en 2005 coiffé de tresses africaines nouées en chignon à l'embarquement, lequel lui est refusé par l'employeur au motif qu'une telle coiffure n'était pas autorisée par le manuel des règles de port de l'uniforme pour le personnel navigant commercial masculin. Une telle mise à l'écart le conduit à porter une perruque jusqu'en 2007. Estimant être victime de discrimination, il saisit en 2012 la juridiction prud'homale. Il est, par la suite, licencié pour inaptitude en raison du syndrome dépressif qu'il développe et qu'il a fait reconnaître comme maladie professionnelle. En cause d'appel, le salarié est débouté de sa demande de dommages-intérêts pour discrimination, harcèlement moral et déloyauté. La Cour d'appel s'appuie sur le fait, d'une part, que le manuel litigieux n'instaurait aucune différence entre cheveux lisses, bouclés ou crépus et donc aucune différence entre l'origine des salariés et qu'il était seulement reproché au salarié sa coiffure, ce qui est sans rapport avec la nature de ses cheveux. Ils ajoutent, d'autre part, que si les tresses africaines nouées en chignon étaient autorisées pour le personnel féminin, l'existence de cette différence d'apparence, admise à une période donnée entre hommes et femmes en termes d'habillement, de coiffure, de chaussures et de maquillage, qui reprend les codes en usage et propres à l'uniforme commercial, ne pouvait être qualifiée de discrimination.

La Cour de cassation casse et annule la décision de la Cour d'appel et rappelle que les différences de traitement en raison du sexe doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle véritable et déterminante et être

proportionnées au but recherché. La jurisprudence de la CJUE et les textes communautaires sont ici directement repris (*CJUE, 14 mars 2017, Micropole Univers, C-188/15*). En interdisant ainsi au salarié de se présenter à l'embarquement avec une certaine coiffure, pourtant autorisée par le même référentiel pour le personnel féminin, l'entreprise discriminait l'intéressé non en raison de son origine mais bien en raison de son apparence physique en lien avec son sexe. L'apparence physique du salarié n'avait donc pas à être mise en lien avec l'uniforme ni avec l'image de marque de l'entreprise comme l'avait fait la Cour d'appel, mais bien en lien avec son sexe, seul critère véritable de différenciation ici. Or, faute de reposer sur une exigence professionnelle véritable et déterminante, cette différence de traitement n'était pas justifiée.

Cette jurisprudence, novatrice en ce qu'elle reprend directement les termes de la jurisprudence communautaire mais encore parce qu'elle se prononce sur « *la perception sociale de l'apparence physique des genres* » n'est pas sans rappeler une précédente décision du 11 janvier 2012 qui avait condamné une entreprise ayant licencié un chef de rang qui portait des boucles d'oreille au seul motif qu'il était un homme (*Cass. Soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213*). Petit à petit, la Cour de cassation se calque ainsi sur l'évolution sociétale, œuvrant à la nécessité d'aller au-delà de l'apparence physique ou du genre. A l'instar de Samson qui, perdant ses sept tresses et privé de sa force, ne perdit pas espoir et finit par obtenir justice pour ne pas dire vengeance, les employeurs sont aujourd'hui appelés à faire preuve de vigilance dès lors qu'une différence de traitement sera opérée en raison de cheveux et, plus généralement, de l'apparence.

Dénonciation de faits de harcèlement moral : faut-il aller en...quête(r) ?

Cass. Soc., 23 nov. 2022, n°21-18.951 & Cass. Soc., 7 déc. 2022, n°21-18.114

L'employeur a-t-il obligation d'enquêter dès lors que des faits susceptibles de harcèlement moral sont portés à sa connaissance ? C'est à cette question que répondent deux arrêts récents de la Cour de cassation qui viennent confirmer un mouvement déjà initié.

Dans la première espèce, un salarié faisait valoir qu'après avoir dénoncé auprès de son employeur des faits de harcèlement moral, ce dernier n'avait aucunement réagi, de sorte qu'il avait ainsi méconnu son obligation de prévention. Le salarié sollicitait des dommages-intérêts en raison du harcèlement moral subi mais également des dommages-intérêts distincts, en raison de l'inertie de son employeur à la suite de son alerte. La Cour d'appel l'avait débouté de l'ensemble de ses demandes, au motif qu'aucun fait précis et concordant ne laissait en l'espèce supposer l'existence d'un harcèlement moral. Dans la seconde espèce, une vendeuse

s'estimait également victime de faits de harcèlement moral de la part de sa supérieure hiérarchique. Placée en arrêt maladie, elle avait demandé la résiliation judiciaire de son contrat sur le fondement dudit harcèlement ainsi que du manquement de son employeur à l'obligation de sécurité. L'intéressée est déboutée par la Cour d'appel, qui prend soin de relever que la salariée avait été entendue sur les faits dénoncés, ce qui avait conduit à une enquête interne.

Les deux affaires sont portées devant la Cour de cassation avec, comme question commune, celle de savoir si, en présence de faits dont il est alerté qu'ils pourraient caractériser un harcèlement moral, l'employeur est tenu de diligenter une enquête ou s'il peut s'abstenir au regard du caractère, selon lui, insuffisant des faits dénoncés.

La Cour de cassation répond en rappelant d'abord la distinction existant entre l'obligation de prévention du harcèlement moral des faits de harcèlement moral proprement dits. Se prononçant au visa de la seule obligation de prévention, la Cour de cassation vient censurer, dans la première affaire, la Cour d'appel qui avait rejeté la demande du salarié alors que celui-ci faisait valoir que son employeur s'était abstenu de toute réaction à la suite des faits qu'il avait dénoncés. En revanche, la Cour de cassation salue, dans la seconde espèce, la Cour d'appel ayant relevé que l'employeur avait immédiatement réagi et organisé une enquête interne.

Quel apport tirer de ces arrêts ? Confirmant un mouvement déjà initié (*Cass. Soc.*, 27 nov. 2019, n°18-10551), la Cour de cassation vient ici rappeler que l'absence de tout fait de harcèlement moral n'empêche pas pour autant le salarié de se revendiquer d'un manquement de l'employeur à son obligation de prévention. Dès lors, il ne peut qu'être déconseillé aux entreprises de s'abstenir de toute enquête, quand bien même la Direction supposerait, à tort ou à raison, que les faits dénoncés ne s'assimilent aucunement à un harcèlement moral. Une telle abstention suffirait, en effet, à démontrer le manquement à l'obligation de prévention. Bien évidemment, cette démarche préventive ne doit pas dégénérer en abus et on imagine mal déclencher systématiquement une enquête interne au moindre grief adressé tous azimuts par un salarié à son employeur. Pour la Cour de cassation, prévenir, c'est avant tout prendre au sérieux l'alerte du salarié. Celle-ci suppose toutefois de reposer sur des faits matériels tangibles d'une part, qualifiés de suffisamment graves, d'autre part. Si l'employeur peut parfaitement, à ce stade, discuter la matérialité des faits considérés pour écarter toute alerte qui procéderait d'erreurs ou de malentendus, il ne saurait pour autant en préjuger la pertinence dès lors que les faits sur lesquels elle est avancée sont établis et qualifiés, par l'intéressé, de possible harcèlement. L'employeur se mettrait ainsi en risque, dans cette hypothèse, à s'abstenir de toute enquête. Quant au formalisme de celle-ci, la jurisprudence récente fait preuve de souplesse, confirmant qu'une telle enquête n'a pas lieu nécessairement

d'être confiée à la CSSCT mais peut être conduite par un membre de la direction des ressources humaines (*Cass. Soc., 1^{er} juin 2022, n°20-22058*). Point n'est besoin, après tout, d'être élu pour aller en quête...de la pertinence des faits dénoncés.

L'Altercation entre salariés : l'employeur n'est pas nécessairement responsable

Cass. Soc., 30 nov. 2022, n°21-17.184

L'employeur est-il responsable, au titre de son obligation de sécurité, d'une altercation survenue entre deux collègues de travail ? C'est à cette question que répond l'arrêt du 30 novembre 2022.

La situation n'est pas rare. Alors que rien ne laissait le présager, une rixe éclate entre deux salariés. L'employeur peut-il, pour autant, être tenu pour responsable de ces débordements ? En l'espèce, une violente dispute avait initialement éclaté entre deux vendeuses, conduisant l'employeur à intervenir en dépêchant une vendeuse d'une boutique voisine en remplacement d'une des deux salariées. L'arrivée de la vendeuse remplaçante ne règle cependant pas le problème puisque la vendeuse remplacée décide finalement de rester sur place en exigeant que ce soit sa collègue (*avec qui la rixe initiale avait eu lieu*) quitte la boutique. Alors que cette dernière était sur le point de quitter la boutique, la salariée réitère ses insultes, ce qui fait à nouveau éclater des violences physiques en réponse. La salariée ayant en dernier lieu proféré des insultes est licenciée pour faute grave mais celle-ci reproche à son employeur d'avoir manqué à son obligation de sécurité et demande en justice que son licenciement soit jugé sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation, validant la démarche de la Cour d'appel, ne lui donne pas raison. L'obligation de sécurité étant une obligation de moyen, la Cour de cassation estime que la Cour d'appel a justement relevé que l'employeur avait pris ici toutes les mesures nécessaires pour prévenir toute altercation nouvelle, puisqu'il a notamment répondu aux sollicitations des témoins et pris aussitôt la décision d'écarter et de remplacer l'une des salariées, et qu'il n'était pas établi qu'il avait eu antérieurement connaissance d'une hostilité entre les deux salariées. Il ne pouvait donc être tenu pour responsable du dernier affrontement. Cette décision contribue, dans la lignée de la jurisprudence *Air France* (*Cass. Soc. 25 nov. 2015, n°14-24.444*), à rappeler que l'obligation de sécurité est respectée dès lors que l'employeur justifie avoir ainsi pris toutes les mesures qui s'imposent pour en assurer sa pleine efficacité.

Licenciement économique et reclassement : s'en tenir à la volonté du salarié peut coûter cher à l'employeur

Cass. Soc., 7 décembre 2022, n°21-16.000

Aux termes d'un arrêt rendu le 7 décembre 2022, la Cour de cassation indique quelle portée peut-on donner aux souhaits de reclassement du salarié menacé de licenciement économique. La réponse a le mérite d'être claire : aucune !

En l'espèce, dans le cadre d'un projet de licenciement pour motif économique, une salariée est informée de la suppression de son poste et du plan de mobilité proposé par la société. Quelques jours plus tard, elle informe son employeur qu'elle n'est pas intéressée par le dispositif d'accompagnement à la recherche d'un emploi, ayant trouvé un nouveau poste à condition d'être rapidement disponible. La salariée demande donc à être licenciée rapidement et dispensée de l'exécution de son préavis. Son souhait est clair : elle n'entend pas être reclassée. Prenant acte de sa volonté, l'employeur lui notifie son licenciement pour motif économique et lui confirme accepter sa demande de dispense de préavis qui, de ce fait, ne lui est pas payé. Alors que cette dispense faisait suite à sa demande expresse, la salariée saisit le Conseil de prud'hommes pour contester son licenciement, invoquant l'absence de toute proposition concrète de reclassement, et demander le paiement de son préavis, soutenant qu'elle ne pouvait renoncer à son exécution par avance.

Déboutée en première instance, la salariée obtient en revanche gain de cause devant la cour d'appel, dont le raisonnement est, de manière surprenante, validé par la Cour de cassation : quand bien même la salariée avait expressément exprimé sa volonté d'être licenciée rapidement, sans bénéfice du plan de mobilité, et d'être dispensée de l'exécution de son préavis pour occuper un nouvel emploi, cette renonciation à ses droits, intervenue avant la notification de son licenciement, est jugée non valable. L'employeur est, par suite, condamné à verser à la salariée une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi qu'une indemnité compensatrice de préavis.

Cette jurisprudence apparaît choquante à double titre. En premier lieu, cette décision intervient en sens contraire de celles retenues en matière de licenciement pour inaptitude. De manière constante, la Cour de cassation juge en effet que l'employeur, en matière de licenciement pour inaptitude, peut parfaitement tenir compte des souhaits du salarié dans sa recherche de reclassement (*Cass. Soc., 22 mars 2018, n°16-24.482*). L'arrêt du 7 décembre dernier annonce-t-il en conséquence un revirement ou bien met-il en place deux régimes juridiques différents, s'agissant pourtant d'une même obligation de reclassement, selon qu'on se trouve en présence d'une inaptitude ou d'un motif économique ? L'insécurité juridique conduit à faire preuve de vigilance. En second lieu, la décision apparaît encore choquante en ce qu'elle revient à priver de tout effet la volonté du salarié, lequel est pourtant l'une des deux

parties au contrat de travail. Or, il n'est pas question ici de priver le salarié d'un droit pécuniaire mais bien de le laisser choisir son nouvel emploi vis-à-vis duquel sa volonté, pour ne pas dire son consentement, a en principe légitimement sa place. En jugeant néanmoins de la sorte, la Cour de cassation replace le salarié au rang de partie à protéger...y compris contre sa volonté ! La décision apparaît, de ce fait, critiquable au regard des principes élémentaires du droit des contrats mais encore de la bonne foi contractuelle, frontalement heurtée par la volte-face effectuée par le salarié saisissant *in fine* le conseil de prud'hommes.

L'obligation préalable de recherche de reclassement reste un prérequis incontournable : les parties ne peuvent en convenir autrement.

Licenciement économique d'un salarié protégé : l'administration ne doit pas apprécier le choix de gestion

CE, 15 nov. 2022, n°449317

Dans un arrêt du 15 novembre 2022, le Conseil d'Etat précise les limites du contrôle de l'administration dans le cadre de l'examen d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, à la suite du refus de ce dernier d'accepter une modification de son contrat, proposée dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise pour sauvegarde de la compétitivité.

En l'espèce, après que l'inspection du travail avait autorisé le licenciement pour motif économique d'un salarié représentant du personnel, le Tribunal administratif, dont le jugement est confirmé par la Cour administrative d'appel de Paris, a annulé cette autorisation, reprochant à l'autorité administrative de ne pas avoir vérifié si la modification contractuelle proposée était « strictement nécessaire ». Saisi d'un pourvoi formé par la société, le Conseil d'Etat vient annuler l'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Paris.

Pour la Haute Juridiction, s'il appartient à l'administration de s'assurer du lien entre la modification contractuelle proposée au salarié protégé et le motif économique avancé à l'appui du licenciement, l'administration n'a pas en revanche à s'immiscer dans les choix de gestion de l'employeur en vérifiant si la modification proposée était « strictement nécessaire ». Cette posture n'est pas sans rappeler la célèbre jurisprudence SAT aux termes de laquelle la Cour de cassation avait posé le principe qu'il n'appartient pas au juge de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les différentes solutions possibles pour

assurer la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (*Cass. Ass. Plén. 8 déc. 2000, n°97-44219*).

Le Conseil d'Etat rallie cette position. En pratique, si l'employeur doit justifier d'un lien réel entre la cause économique et la conséquence qui en résulte sur l'emploi du salarié licencié, il n'a en revanche pas à démontrer l'absence de toute alternative à ce licenciement.

La validité d'une déclaration d'inaptitude au poste...sans étude de poste

Cass. Soc., 7 déc. 2022, n°21-17.927

Dans un arrêt du 7 décembre 2022, la Cour de cassation juge valable l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail sans que n'ait été réalisée au préalable une étude de poste du salarié déclaré inapte.

En l'espèce, un salarié a été déclaré inapte à son poste avec dispense de recherche de reclassement, le médecin du travail ayant considéré que tout maintien de l'intéressé dans un emploi serait gravement préjudiciable à son état de santé. Reprochant au médecin du travail, dont les conclusions ont été confirmées par le médecin inspecteur du travail, de s'être prononcé sur l'aptitude du salarié sans même avoir réalisé d'étude préalable de poste, l'employeur a contesté l'avis d'inaptitude devant le Conseil de prud'hommes et sollicité une expertise. Sa contestation apparaissait légitime puisque l'inaptitude du salarié est pensée, par le législateur, comme en lien direct avec l'emploi qu'il occupe. C'est pourquoi le code du travail oblige le médecin du travail à réaliser au préalable une étude de poste.

Débouté cependant en première instance puis en appel, l'employeur forme un pourvoi en cassation, dans le cadre duquel la question suivante est soumise à la Cour Suprême : l'avis d'inaptitude rendu sans étude préalable du poste du salarié concerné est-il pour autant valable ? Une réponse négative semblait s'imposer dans la mesure où le code du travail prévoit expressément que l'avis d'inaptitude ne peut intervenir qu'après que le médecin du travail a procédé ou fait procéder à une étude de poste (*C. trav., art. L4624-4*).

Pourtant et contre toute attente, telle n'est pas la solution retenue par la Cour de cassation qui confirme l'arrêt rendu par la cour d'appel ayant considéré que dès lors que l'inaptitude ne résultait pas des conditions de travail du salarié mais d'une dégradation des relations entre les parties pendant l'arrêt de travail et des conséquences psychiques qui en ont résulté, l'absence d'étude récente du poste du salarié était sans influence sur les conclusions du médecin du travail.

Dans ces conditions, l'absence d'étude de poste ne remet donc pas en cause l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail en dépit du non-respect de la procédure prévue par la loi. Ce sera sans doute la tendance dès lors que l'inaptitude est liée à un problème relationnel...

CDD et signature manuscrite numérisée : la Cour de cassation persiste et « e-signé »

Cass. Soc., 14 déc. 2022, n°21-19.841

Dans un arrêt du 14 décembre 2022, la Cour de cassation juge que la signature manuscrite numérisée du gérant d'une société apposée sur un CDD est recevable et valide, au regard des textes imposant que le contrat soit signé.

En l'espèce, un salarié a été engagé en CDD saisonnier aux fonctions d'exécutant occasionnel. Estimant que le lien de confiance était rompu du fait de la transmission pour signature d'un contrat de travail comportant une signature de l'employeur photocopiée et non manuscrite, le salarié n'hésite pas à prendre acte de la rupture de son contrat de travail et ce, le lendemain de son embauche. Ayant saisi la juridiction prud'homale, il sollicite la requalification du CDD en CDI et plusieurs demandes se rapportant à la rupture du contrat.

Débouté en appel, le salarié s'est pourvu en cassation. Il fait valoir qu'une signature manuscrite scannée n'est ni une signature originale, ni une signature électronique et n'a aucune valeur juridique. Or, en l'absence de signature régulière par l'une des parties, le contrat à durée déterminée n'est pas considéré comme ayant été établi par écrit et, par suite, est réputé conclu pour une durée indéterminée (*Cass. Soc. 14 nov. 2018, n°16-19.038*). Pour la Cour d'appel cependant, l'apposition sur le contrat de l'image numérisée de la signature n'équivalait pas à une absence de signature et n'avait pas affecté la validité formelle du contrat. La Cour suprême valide cette analyse.

En particulier, elle approuve la cour d'appel qui, « *après avoir énoncé que l'apposition d'une signature sous forme d'une image numérisée ne pouvait être assimilée à une signature électronique au sens de l'article 1367 du code civil et constaté qu'il n'était pas contesté que la signature en cause était celle du gérant de la société et permettait parfaitement d'identifier son auteur, lequel était habilité à signer un contrat de travail* », en avait « *exactement déduit que l'apposition de la signature manuscrite numérisée du gérant de la société ne valait pas absence de signature, en sorte que la demande de requalification devait être rejetée.* ».

La Cour de cassation vient faire preuve ici de tolérance face aux signatures numérisées, ce d'autant qu'elle avait déjà jugé que l'apposition sur l'acte « *d'une image numérisée d'une*

signature manuscrite ne permet pas, à elle seule, de retenir que son signataire était dépourvu de la qualité requise pour décerner cet acte » (Cass. 2e civ., 28 mai 2020, n°19-11.744).

A côté de la signature manuscrite et de la signature purement électronique, la signature manuscrite numérisée conserve encore son plein effet juridique.

Loyauté de la preuve : précisions sur la production en justice par l'employeur de l'agenda électronique du salarié

Cass. Soc., 9 nov. 2022, n°20-18.922

La Cour de cassation rappelle, au visa des articles 9 du code civil et L.1121-1 du Code du travail, que l'employeur peut avoir accès, hors la présence du salarié, aux dossiers et fichiers créés grâce à l'outil informatique mis à disposition dès lors qu'ils ne sont pas expressément identifiés comme étant personnels.

En l'espèce, une salariée engagée en qualité d'agent artistique avait pris acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits de harcèlement moral et discrimination liée à son état de grossesse. Le Conseil de prud'hommes, suivi par la Cour d'appel, avait cependant rejeté plusieurs pièces de l'employeur au motif qu'elles provenaient de l'agenda personnel de la salariée et que l'employeur ne justifiait pas de conditions régulières de leur obtention.

L'employeur se pourvoit donc en cassation, au motif qu'étant présumés professionnels, les dossiers et fichiers présents sur l'ordinateur de la salariée peuvent être produits par l'employeur. La question reste cependant de savoir comment distinguer ce qui relève ou non de l'identification personnelle et, à ce titre, si l'agenda électronique personnel du salarié, disponible certes sur son ordinateur professionnel, n'en reste pas moins personnel.

Par sa décision du 9 novembre 2022, la Cour de cassation reconnaît à l'employeur le droit de produire en justice l'agenda professionnel du salarié dès lors que celui-ci n'est pas identifié comme « personnel ».

La Cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens pour les documents enregistrés sur l'ordinateur professionnel et provenant de la messagerie personnelle du salarié (*Cass. Soc., 19 juin 2013, n°12-12138*) ou encore pour une clé USB appartenant au salarié mais connectée à l'ordinateur professionnel de celui-ci (*Cass. soc. 12 févr. 2013 n° 11-28.649*).

L'agenda personnel du salarié, partagé ou non, se trouve donc par nature dans le giron des éléments présumés professionnels ce qui, en soi, ne choque guère dès lors que ce temps a majoritairement vocation à être employé à titre professionnel.

Sur la nouvelle présomption de démission en cas d'abandon de poste du salarié

Loi n°2022-1598 du 21 déc. 2022 (dite loi « Marché du travail »), art. 4

La loi sur le marché du travail a créé une présomption de démission lorsque le salarié abandonne volontairement son poste et ne reprend pas le travail après avoir été mis en demeure de justifier son absence et de reprendre son poste par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge, dans le délai fixé par l'employeur (*C. Trav., art. L.1237-1-1 nouveau*).

L'employeur pourra alors invoquer cette présomption et procéder à la rupture du contrat de travail mais les conséquences associées seront celle d'une rupture à l'initiative du salarié : ce dernier ne bénéficiera ni d'indemnités de rupture ni d'allocations chômage.

Le salarié dispose de la faculté de saisir le conseil de prud'hommes pour tenter de renverser cette présomption en apportant la preuve que son abandon de poste était dû à un motif légitime.

L'affaire sera portée directement devant le bureau de jugement qui devra se prononcer sur la nature de la rupture et ses conséquences.

Un décret d'application est encore attendu, notamment sur le délai minimal que devra respecter l'employeur avant de pouvoir notifier la rupture.

Par sa décision du 9 novembre 2022, la Cour de cassation reconnaît à l'employeur le droit de produire en justice l'agenda professionnel du salarié dès lors que celui-ci n'est pas identifié comme « personnel ».



RELATIONS COLLECTIVES

Organisation et durée du travail chez Syntec : la Fédération œuvre à la flexisécurité

Accords collectifs de branche du 13 décembre 2022 sur l'organisation du travail hybride, sur la durée du travail et au droit à la déconnexion, sur l'interruption spontanée de grossesse et sur le travail le dimanche et les jours fériés

Marqués par l'innovation sociale et sociétale, quatre accords signés le 13 décembre 2022 entérinent de nouveaux droits pour les salariés de la branche.

S'agissant du télétravail, l'accord concerné souligne que le travail hybride (télétravail pur mais aussi dans un tiers-lieu comme un espace de *coworking* voire à l'étranger) répond aux souhaits des salariés en matière d'autonomie, de souplesse d'organisation et de conciliation avec la vie personnelle. Mais il répond également aux besoins croissants d'adaptabilité des organisations attendues par certaines entreprises ainsi qu'à leur volonté de réduire l'impact carbone des salariés et des accidents de trajet.

L'accord s'affiche comme véritable guide pratique du télétravail, recommandant par exemple, pour le travail hybride, une présence physique minimale dans l'entreprise ou chez le client à hauteur de 20% du temps de travail. L'accord souligne encore qu'il est difficile d'imposer aux entreprises clientes le travail hybride, comme la présence physique des salariés, de sorte que l'employeur est en droit de suspendre l'organisation du télétravail ou modifier sa fréquence, selon les contraintes liées au client. L'accord fait ainsi primer l'organisation du client et son besoin sur les souhaits de confort du salarié, ce dernier ne devant pas oublier qu'il est avant tout tenu d'accepter les missions (*cf. article 7*).

En matière de temps de travail, l'accord met en place une pause de minimum 45 minutes, comprenant la pause légale de 20 minutes dès que le temps de travail atteint 6 heures ; précisant qu'il devra s'agir d'un temps de déconnexion. La durée du travail doit être identique pour le salarié, qu'il réalise son travail dans les locaux de l'entreprise ou à domicile. Par ailleurs, un rappel important est fait quant à l'effectivité du droit à la déconnexion ; les partenaires sociaux étant invités à mettre en place des outils pertinents afin d'insuffler « une culture de connexion responsable » au sein de l'entreprise. A ce titre, l'accord rappelle l'obligation, pour l'entreprise, d'organiser chaque année un entretien dédié au suivi de l'activité du salarié en télétravail (*cf. article 15*). L'accord évoque enfin les frais (notamment les titres restaurant dont le bénéfice est maintenu en cas de travail hybride), les risques professionnels induits par cette nouvelle forme d'organisation du travail, ainsi que la nécessité

de sensibiliser, au sein de la branche, les salariés et managers au moyen des formations adaptées dont le catalogue est amené à évoluer.

S'agissant du forfait-jours, la Branche prévoit que les salariés cadres positionnés 2.3 y sont désormais éligibles, sous réserve de bénéficier d'une rémunération annuelle au moins égale à 122 % (et non 120%) du minimum conventionnel de sa catégorie.

Un accent est, là encore, mis sur le droit à la déconnexion. L'employeur doit adopter les mesures nécessaires afin que le salarié ait la possibilité de se déconnecter des outils de communication à distance mis à sa disposition. Une procédure d'alerte est également recommandée. En outre et dans les entreprises de plus de 250 salariés, un référent à la déconnexion doit à présent être nommé aux fins de sensibiliser managers et équipes aux enjeux de la déconnexion.

Le mécanisme de suivi et de contrôle de la charge de travail est renforcé. L'outil de suivi mis en place par l'entreprise doit permettre de déclencher l'alerte. En cas de difficulté, le salarié a la possibilité d'émettre par écrit son alerte auprès de l'employeur ou de son représentant, qui reçoit le salarié dans les 8 jours et formule par écrit les mesures qui seront, le cas échéant, mises en place pour assurer un traitement effectif de la situation ; ces mesures faisant l'objet d'un compte rendu écrit et d'un suivi. La CSSCT ou le CSE se voit adresser une fois par an le nombre d'alertes émises par les salariés ainsi que les mesures prises.

Le troisième accord prévoit également que le travail réalisé de manière exceptionnelle le dimanche et les jours fériés sera désormais rémunéré avec une majoration de 100 %.

S'agissant enfin du dernier accord, celui-ci instaure un nouveau droit aux salariés subissant les conséquences aussi bien physiques que psychologiques d'une interruption spontanée de grossesse. Véritable exemple de démarche RSE, cet accord prévoit ainsi la possibilité pour les femmes et leur conjoint ou conjointe de bénéficier d'une autorisation d'absence exceptionnelle de 2 jours, non déductibles des congés et n'entraînant pas de réduction de salaire. Sous réserve d'être également salariée d'une entreprise de la branche, le conjoint ou la partenaire de PACS de la mère bénéficie de ce congé dans les mêmes conditions.

Elections au CSE : les conditions légales d'électorat et d'éligibilité sont réécrites ?

Loi n°2022-1598 du 21 déc. 2022 (dite loi « Marché du travail »), art. 8



La loi Marché du travail redéfinit la participation des cadres dirigeants (et assimilés) aux élections professionnelles.

Jusqu'à présent, le salarié titulaire d'une délégation particulière d'autorité établie par écrit et permettant de l'assimiler au chef d'entreprise ou celui qui représentait effectivement l'employeur devant le CSE était exclu de toute participation aux

élections professionnelles car assimilé, aux yeux de la Cour de cassation, à l'employeur (*Cass. Soc.*, 26 sept. 2022, n°01-60670 ; *Cass. Soc.*, 21 mars 2018, n°17-12602).

Coemploi : une preuve toujours difficile mais pas impossible à rapporter

Cass. soc. 23 nov. 2022, n°20-23.206

Bien que la notion de co-emploi ait nettement reculé au cours des dernières années, un arrêt du 23 novembre 2022 rappelle que cette notion n'a pour autant pas totalement disparu et ne doit pas être négligée notamment au sein des groupes de sociétés.

En l'espèce, à la suite de son licenciement pour motif économique, un salarié a saisi le Conseil de prud'hommes de diverses demandes, au titre de l'exécution de son contrat et au titre de sa rupture, à l'encontre non seulement de son ancien employeur, mais également de la société-mère qui avait acquis un an auparavant 100% de ses actions. L'intérêt pour le salarié de faire reconnaître l'existence d'un co-emploi était d'autant plus significatif qu'au cours de la procédure, son ancien employeur avait été placé en liquidation judiciaire.

Alors que la définition du co-emploi retenue aujourd'hui par les juges est particulièrement stricte, la jurisprudence exigeant « *au-delà d'une de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une immixtion permanente de cette société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte* »

totale d'autonomie d'action de cette dernière », le salarié obtient gain de cause devant la Cour d'appel, dont l'arrêt est confirmé par la Cour de cassation. Les juges ont en effet considéré qu'en l'espèce, l'immixtion permanente de la société-mère dans la gestion économique et sociale de sa filiale était caractérisée par les éléments suivants :

- Une totale dépendance économique de la filiale dans la mesure où, depuis son rachat, celle-ci avait perdu tout client propre, son seul client étant désormais la société-mère ;
- La perte de tout pouvoir décisionnel des dirigeants de la filiale, auxquels s'étaient substitués les dirigeants de la société-mère ;
- La gestion financière et comptable de la filiale assurée par la société-mère ;
- La substitution de la société-mère dans la gestion du personnel de la filiale, tant dans ses relations collectives, que dans ses relations individuelles (gestion des plannings, des arrêts maladie, etc.).

Pour les juges, ces éléments vont au-delà de la nécessaire collaboration entre les sociétés d'un même groupe et caractérisent une ingérence continuelle et anormale de la société-mère dans la gestion économique et sociale de sa filiale, se traduisant par l'éviction de organes de direction de la filiale au profit des salariés de la société-mère.

Compte tenu de cette situation, et la liquidation judiciaire de la filiale, la société-mère a été condamnée à supporter l'ensemble des condamnations prononcées.

La réunion organisée par l'employeur à la suite d'un droit d'alerte pour atteinte aux droits des personnes s'impute sur le crédit d'heures de délégation

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

Dans un arrêt du 9 novembre 2022, la Cour de cassation revient sur la manière de traiter le temps passé par les membres du CSE à l'exercice de leur droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes. La solution est claire : il s'impute sur leur crédit d'heures de délégation.

En l'espèce, un droit d'alerte avait été enclenché sur le fondement de l'atteinte aux droits des personnes, au motif d'une « discrimination à l'encontre d'une femme enceinte ». L'employeur organise alors une réunion avec les élus ayant exercé leur droit d'alerte et deux d'entre eux s'y rendent. Soutenant que le temps passé, soit deux heures, devait être rémunéré comme du temps de travail effectif sans être déduit des heures de délégation, les intéressés ont saisi le

Conseil de prud'hommes. La Cour d'appel estime qu'il s'agit d'un temps consacré à la « *recherche de mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité* » tel qu'évoqué à l'article L. 2315-11 qui liste les actions du CSE qui constituent du temps de travail effectif sans que cela puisse être imputé sur le crédit d'heures.

La Cour de cassation casse l'arrêt, rappelant qu'aucun amalgame ne saurait être permis ici. En effet, dès lors que la réunion est organisée par l'employeur à la demande des membres de la délégation du personnel ayant exercé leur droit d'alerte, le temps passé à ladite réunion doit être déduit de leur crédit d'heures de délégation. Il en va différemment de l'hypothèse d'un danger grave et imminent.

La jurisprudence adopte de ce fait une lecture stricte et salutaire de l'article L.2315-11 qui certes alloue les moyens nécessaires aux élus pour agir, mais pas de manière identique selon les circonstances.

Elections professionnelles et données personnelles : la CNIL rappelle les règles

Questions-réponses du 24 oct. 2022 (<https://www.cnil.fr/fr/elections-professionnelles-et-donnees-personnelles-questions-reponses>)

Aux termes d'un questions-réponses daté du 24 octobre 2022, la CNIL rappelle les principes applicables en matière de collecte et d'utilisation des données personnelles des électeurs par les employeurs et les prestataires de solution de vote électronique lors de l'organisation des élections professionnelles.

Les questions couvrent les 4 thèmes suivants : liste électorale, qualification des acteurs, gestion de la conformité et protection des droits des personnes concernées et solution de vote par correspondance électronique et mesures de sécurité.

La liste électorale ne doit contenir, en application du principe de minimisation des données, que les seules informations permettant de vérifier que l'intéressé remplit les conditions pour être électeur : nom et prénom, âge, appartenance à l'entreprise et ancienneté.

Le Q/R précise que la mise en place du vote électronique ne nécessite aucune formalité particulière auprès de la Cnil mais que l'organisateur de l'élection doit respecter ses obligations au regard du RGPD, ce qui suppose : la réalisation d'une analyse d'impact quant à la protection des données, l'inscription préalable du traitement au registre des activités de traitement, l'information des personnes sur le déroulement des opérations de vote

électronique ainsi que l'encadrement du contrat de sous-traitance s'il est fait appel à un prestataire extérieur.

Plusieurs autres indications sont fournies pour aider à la sécurisation du dispositif et à la protection des données. Ainsi, pour le vote électronique, le Q/R préconise, lorsque l'authentification se fait par l'utilisation d'un identifiant et d'un mot de passe, qu'ils soient communiqués à l'électeur par 2 canaux de communication distincts définis avant l'élection (voie postale et e-mail professionnel par exemple). Par ailleurs, le mot de passe ne saurait être communiqué à l'utilisateur en clair, sauf lorsqu'il fait l'objet d'un envoi par voie postale.

L'employeur informe individuellement les salariés de la transmission de certaines de leurs données personnelles au prestataire. Il peut déléguer, en la contrôlant, cette information au prestataire, qui pourra ensuite organiser le scrutin. Cette information doit être complète, aisément accessible par les salariés. La Cnil indique qu'il convient d'utiliser des moyens simples permettant d'atteindre directement l'électeur, comme l'adresse e-mail professionnelle, ou une information transmise avec la fiche de paie. Cette information doit être faite aux salariés au moment de la collecte des données personnelles et peut être renouvelée à tout moment afin de faciliter l'exercice des droits des personnes.

Ces questions/réponses rappelle qu'il n'est plus possible de négliger aujourd'hui les données personnelles, que ce soit dans les relations individuelles ou collectives de travail. Irradiant le droit social, le RGPD invite à d'autant plus de précautions que les données se patrimonialisent de plus en plus.