

HOCHE
A V O C A T S

Droit social

LETTRE D'INFORMATION

29.04.2021



NEWSLETTER : DERNIÈRES ACTUALITÉS EN DROIT SOCIAL

DERNIERES ACTUALITES EN DROIT SOCIAL

ACTUALITE LEGALE ET REGLEMENTAIRE

Décret n°2021-501 du 22 avril 2021 relatif aux indicateurs d'activité des travailleurs ayant recours à des plateformes de mise en relation par voie électronique (JORF du 25 avril 2021)

Article 1	Nouvelles obligations pour les plateformes	<p>Dans un souci de transparence et de régulation du marché souhaité par le Gouvernement, les plateformes de VTC et de livraison à vélo ou scooter (Uber, Kapten, Deliveroo, etc.) devront publier le 1^{er} mars de chaque année à compter de 2022, sur leur site internet « <i>de manière loyale, claire et transparente</i> », les indicateurs suivants :</p> <ul style="list-style-type: none">• durée moyenne d'une prestation ;• revenu moyen d'activité par prestation ;• temps d'attente moyen avant de recevoir une proposition de prestation ;• durée moyenne hebdomadaire des prestations cumulées réalisées par travailleur en fonction du volume de prestations effectuées ;• revenu moyen d'activité hebdomadaire réalisé par travailleur en fonction du volume de prestations effectuées ;• durée moyenne mensuelle des prestations cumulées réalisées par travailleur en fonction du volume de prestations effectuées ;• revenu moyen d'activité mensuel par travailleur en fonction du volume de prestations effectuées. <p>Ces indicateurs doivent également être présentés en différenciant entre les plages horaires et les jours :</p> <ul style="list-style-type: none">• entre 6 heures et 22 heures ;• entre 22 heures et 6 heures ;• la semaine, du lundi au vendredi ;• la fin de semaine, les samedis et les dimanches.
-----------	---	---

	<p>Ces indicateurs sont calculés à partir des données de l'année civile qui précède l'année de publication, et la plateforme doit conserver les documents attestant des modalités de calcul des indicateurs publiés pendant une <u>durée de trois ans</u>.</p> <p>Les plateformes encourent l'amende prévue pour les contraventions de la première classe (38 €), si lors de la proposition d'une ou plusieurs prestations, elles n'ont pas communiqué, à un travailleur, les informations obligatoires, à savoir la distance de la course et le prix minimal garanti, ou si cette communication est fautive ou incomplète. L'amende est due pour chaque travailleur auquel il est proposé une ou plusieurs prestations. Elles encourent la même amende si elles proposent à un travailleur, une ou plusieurs prestations sans avoir satisfait aux obligations de publication prévues par le décret.</p>
--	---

Ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 relative aux modalités de représentation des travailleurs indépendants recourant pour leur activité aux plateformes et aux conditions d'exercice de cette représentation (JORF du 22 avril 2021)

Articles 1 et 2	Un système de représentation pour les travailleurs de plateforme	<p>Dans un souci de protection des travailleurs de plateforme et de défense de leurs intérêts collectifs, dans un contexte jurisprudentiel de requalification de certains contrats commerciaux en contrat de travail (<i>affaire « Take eat easy » : Cass. soc, 28 novembre 2018, n°17-20.079 ; affaire « Uber » : Cass. soc, 4 mars 2020, n°19-13.316</i>), les travailleurs indépendants de plateformes VTC et de livraison au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues, motorisé ou non, bénéficieront bientôt de représentants.</p> <p>L'Autorité des relations sociales des plateformes d'emploi (ARPE) est créée. Elle est composée de façon paritaire de représentants de travailleurs indépendants et de représentants des plateformes, ainsi que d'un député, d'un sénateur, de représentants de l'État et de personnalités qualifiées. Son financement sera précisé par la prochaine loi de finance et son fonctionnement par décret.</p> <p>Un scrutin est mis en place tous les 4 ans (par exception, le second scrutin aura lieu 2 ans après le premier). Les travailleurs indépendants voteront par voie électronique pour l'une des organisations ayant pour mission de les représenter (un syndicat professionnel ou une association). Pour être électeur, il faudra justifier d'au moins 3 mois d'activité au service d'une plateforme type Uber ou Deliveroo pour ne citer que les plus connus, qui s'apprécieront sur une période de 6 mois. Il faudra avoir réalisé au moins cinq prestations pour une plateforme pour qu'un mois puisse être pris en compte.</p> <p>Pour être représentative, l'organisation devra avoir recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés (sauf pour le premier scrutin où ce taux est fixé à 5 %).</p>
--------------------	---	--

		<p>Comme une organisation syndicale représentant des salariés, l'organisation devra en outre respecter les valeurs républicaines, ainsi que le principe d'indépendance, de transparence financière, un critère d'ancienneté minimale d'un an (exceptionnellement fixée à 6 mois pour les deux premiers scrutins).</p> <p>A la suite des votes, l'ARPE arrêtera la liste des organisations représentatives dans chacun des deux secteurs d'activité : VTC et livraison à deux ou trois roues.</p> <p>Le premier scrutin doit être organisé avant le 31 décembre 2022 et la première liste des organisations représentatives sera dressée avant le 30 juin 2023.</p>
Articles 1 et 2	Moyens d'action et protection des représentants des travailleurs	<p>Les organisations représentatives désigneront des représentants dont le nombre sera précisé par décret. Ces derniers bénéficieront d'heures de délégation et de jours de formation au dialogue social. Ils seront indemnisés de leur perte de rémunération.</p> <p>Comme leurs homologues représentant les salariés du secteur privé, les représentants des travailleurs de plateforme bénéficieront d'une protection. La rupture du contrat commercial ne pourra en effet intervenir qu'après autorisation de l'ARPE. La protection joue également pour le travailleur indépendant sur le point d'être désigné représentant (si l'employeur en a connaissance) et jusqu'à 6 mois après la fin du mandat. Des sanctions pénales sont prévues pour les ruptures de contrats intervenues sans autorisation.</p>

Décret n° 2021-508 du 28 avril 2021 modifiant le décret n° 2020-1316 du 30 octobre 2020 modifié relatif à l'activité partielle et au dispositif d'activité partielle spécifique en cas de réduction d'activité durable (JORF du 29 avril 2021)

Article 1	Baisse de l'indemnité d'activité partielle au 1^{er} juin (cas général)	Le décret repousse au 1 ^{er} juin 2021 la baisse du taux de l'indemnité d'activité partielle versée au salarié à 60 % de sa rémunération antérieure brute.
	Baisse de l'indemnité d'activité partielle au 1^{er} juillet (secteurs protégés)	Le décret maintient à 70% le taux de l'indemnité versée aux salariés des secteurs protégés jusqu'au 30 juin 2021.

Décret n° 2021-509 du 28 avril 2021 relatif aux taux de l'allocation d'activité partielle (JORF du 29 avril 2021)

Article 1	Modification des secteurs protégés connexes	Aux lignes 121 à 128 de la liste des secteurs connexes de l'annexe 2 du décret 29 juin 2020 où sont visées des activités réalisées avec une personne morale qui exploite des remontées mécaniques, est ajouté « <i>ou des entreprises du secteur des domaines skiables</i> ».
Articles 1 à 3	Report de la baisse du taux de l'allocation d'activité partielle versée à l'employeur	<p><u>Le taux de l'allocation d'activité partielle « cas général »</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • reste fixé à 60 % de la rémunération horaire de référence, limitée à 4,5 SMIC, jusqu'au 31 mai 2021 ; • passera normalement à 36 % à partir du 1^{er} juin 2021 (sous réserve de nouvelles modifications). <p><u>Le taux de l'allocation d'activité partielle « secteurs protégés »</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • reste fixé à 70 % de la rémunération horaire de référence, limitée à 4,5 SMIC, jusqu'au 31 mai 2021 ; • passera normalement à 60 % le 1^{er} juin 2021 (sous réserve de nouvelles modifications) ;

ANNONCES

« Prime Macron » : précisions sur les modalités de versement de la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat en 2021

(Communiqué de presse du Ministère du travail du 28 avril 2021)

Présentation par le Gouvernement
aux partenaires sociaux des
modalités de versement de la 3^{ème}
version de la prime exceptionnelle
de pouvoir d'achat (« PEPA » ou
encore « Prime Macron »)

Le retour de la « Prime Macron » avait été annoncé par le Premier ministre lors de la conférence sociale du 15 mars 2021.

Le Gouvernement propose aux partenaires sociaux de reconduire cette prime, défisalisée dans la limite d'un plafond de 1 000 euros, pour les salaires allant jusqu'à 3 SMIC, dans la continuité de ce qui avait été mis en place par le Président de la République en 2018 pour faire suite à la crise des « Gilets Jaunes ».

Le Gouvernement souhaitait que les travailleurs de la deuxième ligne (en contact avec le public et exposés à un risque sanitaire direct, comme les caissiers, le personnel de ménage, les éboueurs, les livreurs, etc.) bénéficient en priorité de cette prime. Ainsi, son plafond pourra être porté à 2 000 euros :

- si l'entreprise ou la branche s'engagent formellement à des actions de valorisation de ces travailleurs (accord de méthode au niveau de la branche ou de l'entreprise s'engageant à entreprendre des actions en ce sens),
- si l'entreprise est couverte par un accord d'intéressement en vigueur.

Il est proposé que la prime puisse être versée jusqu'à début 2022 et que le dispositif soit applicable rétroactivement pour les primes versées à partir du dépôt du projet de loi qui intégrera ces mesures cet été. Ce projet clarifiera les critères qui pourront permettre de moduler, le cas échéant, le montant de la prime. A titre d'exemple, le critère des conditions de travail « covid-19 » avait été prévu dans le cadre de la « Prime Macron » 2020.

ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

COVID-19

Le Conseil d'Etat valide les restrictions du Ministère du travail sur l'usage des fontaines à eau au travail pendant la pandémie de covid-19

Conseil d'État, 1ère - 4ème
chambres réunies, 21 avril 2021,
n°440451

Il y a un an, au commencement de l'épidémie de covid-19, le Ministère du Travail avait publié sur son site internet des fiches conseils métiers pour accompagner les employeurs et les salariés dans la mise en œuvre des mesures de protection contre la covid-19. Parmi les recommandations répertoriées figurait : « *Pendant la pandémie, suspendez de préférence l'utilisation des fontaines à eau au profit d'une distribution de bouteilles d'eau individuelles* ».

Après une première décision en référé-suspension (Conseil d'Etat, 29 mai 2020, n°440452) dans laquelle le Conseil d'État avait rejeté la demande de l'Association française de l'industrie des fontaines à eau (AFIFAE) contre ces fiches conseils, estimant qu'il n'y avait pas de doute sérieux quant à leur légalité, le Conseil d'Etat a rendu une décision sur le fond le 21 avril dernier. A nouveau, il rejette la requête de l'AFIFAE et valide les fiches du Ministère du Travail et leurs préconisations relatives aux fontaines à eau.

Pour le Conseil d'Etat, la restriction posée par le Ministère du Travail est une simple recommandation pendant la pandémie de privilégier si possible les bouteilles d'eau afin de fournir aux travailleurs de l'eau potable et fraîche par d'autres moyens que les fontaines à eau afin de limiter les risques de contamination. Cette recommandation ne contrevient donc pas aux articles L. 4121-2 et R. 4225-2 du code du travail, qui imposent de mettre à la disposition des salariés de l'eau potable et fraîche.

Pour le Conseil d'Etat, les fiches conseils ne sont pas entachées d'erreur manifeste d'appréciation et ne portent pas une atteinte disproportionnée aux règles de la concurrence et à la liberté du commerce et de l'industrie, « *eu égard à la gravité que peut avoir l'infection par le coronavirus covid-19, aux incertitudes portant sur les modalités selon lesquelles il se propage, notamment en milieu humide, et aux caractéristiques particulières que présentent les fontaines à eau* », ainsi « *qu'au vu de l'état des connaissances sur les conditions de transmission du coronavirus covid-19 à la date à laquelle ces fiches ont été prises* ».

Enfin, les fiches conseils ne portent pas atteinte au principe d'égalité par rapport aux machines à café et des distributeurs de boissons, puisque contrairement à l'eau fraîche et potable, rien n'oblige l'employeur à mettre à la disposition de ses salariés du café ou d'autres boissons diverses.

Remise en cause des jours de RTT et de CET imposés à des salariés pendant la crise sanitaire en l'absence de difficultés économiques liées à la propagation du covid-19

Cour d'appel de Paris, arrêt du 1^{er}
avril 2021, n° RG 20/12215

Depuis le début de la pandémie, diverses mesures d'urgence ont été prises en réponse à l'épidémie de covid-19. Parmi elles, le Gouvernement a donné aux employeurs la possibilité (dans la limite d'un nombre maximal de 10 jours de repos) de :

- imposer la prise, à des dates déterminées par lui, de jours de repos au choix du salarié acquis par ce dernier ;
- modifier unilatéralement les dates de prise de jours de repos ;
- imposer que les droits affectés sur le compte épargne-temps (CET) du salarié soient utilisés par la prise de jours de repos, dont il détermine les dates.

Le groupe pharmaceutique Sanofi a ainsi pris certaines mesures à l'égard de ses salariés qui étaient dans l'incapacité de télétravailler, en tout ou partie, durant le premier confinement. Sanofi leur avait imposé la prise de 10 jours de repos ou de RTT. Pour ceux qui ne disposaient pas de tels jours, ou plus suffisamment sur l'exercice en cours, le groupe avait alors prélevé automatiquement des jours épargnés par les salariés sur leurs CET.

La Fédération nationale des industries chimiques CGT contestait ces mesures et a intenté une action en référé devant le tribunal judiciaire de Paris afin qu'il soit jugé que les mesures prises par le groupe constituaient un trouble manifestement illicite et pour que les salariés soient recredités des jours imposés ou prélevés sur leurs CET. Dans son argumentaire, le syndicat faisait valoir que l'obligation faite aux salariés de prendre 10 jours de repos aurait dû être **limitée aux entreprises subissant des difficultés économiques liées à la propagation du covid-19**, ce qui n'était pas le cas du groupe.

Débouté par le Tribunal judiciaire, le syndicat obtient gain de cause devant la cour d'appel de Paris.

La cour d'appel de Paris a jugé que les mesures prises par le groupe constituaient bien un trouble manifestement illicite. Elle rappelle que l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit que **la prise des mesures dérogatoires ne peut intervenir que lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie eu égard aux difficultés économiques liées à la propagation du covid-19**.

Sanofi faisait valoir au soutien de ces mesures, la nécessité de s'adapter face à une augmentation inattendue de l'absentéisme lié à la circonstance qu'une partie des salariés se trouvaient à leur domicile sans pouvoir télétravailler, et la nécessité d'aménager les espaces de travail et d'adapter le taux d'occupation des locaux pour respecter les recommandations sanitaires. La Cour d'appel a rejeté ces arguments.

En revanche, la demande du syndicat tendant à rétablir les salariés dans leurs droits est jugé irrecevable dans la mesure où il s'agit de mesures individuelles qui ne relèvent pas de la défense de l'intérêt collectif de la profession mais du juge prud'homal.

Cette décision ayant fait l'objet d'un pourvoi, la Cour de cassation tranchera le débat.

DISCRIMINATION

Droit à la preuve du salarié qui s'estime victime de discrimination versus droit au respect de la vie privée de ses collègues : le juge peut obliger l'employeur à produire des documents contenant des données personnelles d'autres salariés même si ces derniers s'y opposent

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 16 mars 2021, 19-21.063
(Publié au bulletin)

En matière sociale, la preuve est libre (*Cass. soc.*, 27 mars 2001, n° 98-44.666, *Bull.* 2001, V, n° 108 ; *Cass. soc.*, 10 novembre 2010, n° 09-40.967). Toutefois, l'article 9 du Code de procédure civile précise qu'il incombe à chaque partie de prouver « *conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Les parties sont ainsi obligées d'adopter un comportement loyal dans la recherche de la preuve. Par ailleurs, l'article 9 du Code civil énonce que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* » et l'article L. 1121-1 du Code du travail dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

Il résulte de ce corpus textuel et jurisprudentiel que **dès lors que des éléments de preuve** présentés par l'une des parties sont **susceptibles de porter atteinte au droit au respect de la vie privée**, a fortiori s'ils ont été obtenus par des procédés déloyaux, ils doivent **en théorie être écartés des débats**. Cependant, dans sa jurisprudence récente la chambre sociale, inspirée par les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en la matière (*CEDH 10 octobre 2006 n°7508/02 ; CEDH 13 mai 2008 n°65097/01*), semble admettre que le « **droit à la preuve** » est susceptible de porter atteinte au droit au respect de la vie privée (*Cass. soc.*, 30 septembre 2020, n° 19-12.058 *PBRI*), dès lors que la production d'éléments portant atteinte à la vie privée est **indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée au but poursuivi**.

Dans cette affaire, une salariée s'estimait victime de **discrimination salariale en raison de son sexe** et avait saisi le juge des référés pour qu'il impose à l'employeur de fournir les informations permettant d'établir cette discrimination sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (« référé probatoire » qui permet à tout intéressé ayant un motif légitime de demander au juge d'ordonner des mesures d'instruction afin d'établir, avant le procès sur le fond de l'affaire, la preuve dont pourrait dépendre la solution du litige).

En effet, il ressort de l'article L. 1134-1 du Code du travail qu'en cas de contentieux en matière de discrimination, le salarié doit présenter au Conseil de Prud'hommes des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une telle discrimination. L'employeur doit alors prouver que la situation était justifiée par des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination. La salariée souhaitait donc accéder aux données relatives à ses collègues masculins afin de pouvoir procéder à une comparaison empirique de sa situation par rapport à celle d'un salarié homme dans l'entreprise et établir la discrimination dont elle s'estimait victime.

Le juge des référés avait accepté la demande de la salariée et ordonné à l'employeur de transmettre les documents concernant dix hommes non anonymes employés au même poste que la salariée et contenant diverses informations (la position, le coefficient appliqué au moment de l'affaire et celui d'embauche, le salaire versé au moment de l'affaire et celui d'embauche et la date d'embauche). Mais l'employeur n'avait finalement fourni qu'une partie des documents réclamés. En effet, la moitié des salariés auxquels il avait demandé leur accord préalable avant de communiquer leurs données personnelles avaient refusé cette communication. L'employeur faisait donc valoir le respect du droit à la vie privée de ces salariés pour ne pas exécuter l'ordonnance de référé, et la Cour d'appel lui avait donné raison dans la mesure où les **bulletins de salaire** contenaient **des données personnelles des salariés permettant de les identifier** (âge, adresse, etc.).

La Cour de cassation a cependant censuré le raisonnement des juges d'appel. Tout d'abord, elle rappelle que la salariée réclamait la **communication de documents contenant certaines informations et non pas nécessairement les bulletins de paie** de ses collègues. Puis, au visa de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, **fondement du droit à la preuve**, elle indique que les juges d'appel auraient dû vérifier si la communication de ces informations « **n'était pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi** ».

Le droit à la preuve d'un salarié est donc susceptible de porter atteinte au droit au respect de la vie privée de ses collègues, l'employeur ne pouvant pas arguer du refus de ces derniers pour ne pas transmettre les informations litigieuses.

NEUTRALITE EN ENTREPRISE

Le licenciement d'une salariée portant le voile en l'absence de clause de neutralité est discriminatoire

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 avril 2021 n° 19-24079
FS-P

Les faits de l'espèce ne sont pas sans rappeler ceux d'une autre affaire qui en son temps avait passionné les praticiens, la doctrine ainsi que la presse généraliste, suscité pas moins de deux arrêts de la Cour de cassation (*Cass. Soc.*, 19 mars 2013, 11-28.845 ; *Cass. Ass. Plé.*, 25 juin 2014 n°13-28.369), puis en dernier lieu un avis (juridiquement non contraignant) du Comité des droits de l'Homme de l'ONU (Comité des droits de l'homme, 10 août 2018, n°2662/2015).

Depuis, la clause de neutralité est entrée dans le Code du travail (art. 1321-5) et la Cour de cassation, tenant compte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en la matière (*CJUE*, 14 mars 2017, C-157/15 ; *CJUE*, 14 mars 2017, C-188/15), a posé les bases de sa jurisprudence (*Cass. Soc.*, 22 novembre 2017, n°13-19.855). L'arrêt commenté constitue une confirmation logique de cette dernière.

En l'espèce, une salariée avait été engagée par une grande enseigne de prêt-à-porter féminin comme vendeuse. Au retour d'un congé parental, elle s'était présentée à son poste de travail avec un voile couvrant ses cheveux, ses oreilles et son cou. Refusant de retirer son voile à la demande de l'employeur, la salariée a été licenciée pour cause réelle et sérieuse. S'estimant victime de discrimination en raison de ses convictions religieuses, la salariée a saisi le Conseil de prud'hommes afin d'obtenir la nullité de son licenciement. Les juges du fond lui ont donné raison.

Sans surprise, la Cour de cassation valide leur décision et indique qu'en l'absence de clause de neutralité dans le règlement intérieur ou d'une note de service, l'interdiction de porter le voile caractérise l'existence d'une discrimination directe sur les convictions religieuses de la salariée.

S'appuyant sur la jurisprudence européenne, la Cour de cassation rappelle également que « *l'attente alléguée des clients sur l'apparence physique des vendeuses d'un commerce de détail d'habillement ne saurait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante.* » On rappellera que pour être valide, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, doit être générale et indifférenciée. Elle doit par ailleurs se justifier par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise. Les restrictions ainsi posées à la manifestation des convictions des salariés doivent enfin restées proportionnées au but recherché.

HARCELEMENT

L'employeur n'est pas obligé de prévenir ni d'entendre le salarié visé par une enquête pour harcèlement moral

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 17 mars 2021, n° 18-25597

FSPI

(Publié au Bulletin)

Dans cette affaire, l'employeur avait été alerté par les représentants du personnel de faits de harcèlement moral commis par une salariée. En concertation avec eux, l'employeur avait alors demandé à un tiers extérieur spécialisé en risques psychosociaux de mener une enquête interne afin de faire la lumière sur ces accusations.

Rappelons en effet que l'employeur est dans **l'obligation de prévenir le harcèlement moral ou sexuel** (art. L. 1152-4, al. 1 et L. 1153-5, al. 1 du Code du travail), et d'y **mettre un terme en sanctionnant les faits de harcèlement qui ont été commis**. Il est par ailleurs tenu à une **obligation générale de sécurité en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs** (art. L. 4121-1 al. 1 du Code du travail). Pour s'exonérer de sa responsabilité, en cas de faits avérés de harcèlement, l'employeur doit (*Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n°14-19.702*) :

- **prendre des mesures immédiates pour faire cesser les faits susceptibles de constituer un harcèlement moral ou sexuel**, dès l'instant où il a été informé de leur existence ;
- et **pouvoir justifier avoir pris, antérieurement, toutes les mesures de prévention** prévues par le Code du travail.

Le manquement à l'obligation de prévention du harcèlement fait l'objet d'une indemnisation du préjudice subi par le salarié, distincte et cumulable le cas échéant avec l'indemnité réparant le préjudice causé par les faits de harcèlement eux-mêmes (*Cass. soc., 6 juin 2012, n°10-27.694 ; Cass. soc., 17 mai 2017, n°15-19.300*). L'employeur peut ainsi être sanctionné quand bien même le harcèlement ne serait finalement pas caractérisé (*Cass. soc., 27 nov. 2019, n°18-10.551 ; Cass. soc., 8 juill. 2020, n°18-24.320*). Il convient donc de traiter les dénonciations de harcèlement avec la plus grande prudence, et de diligenter une enquête dès lors que ces dernières apparaissent suffisamment sérieuses.

Le Code du travail n'encadre pas les conditions dans lesquelles ce type d'enquête doit être menée mais la jurisprudence a dégagé certains principes. Ainsi, une enquête interne concluant à l'inexistence d'un harcèlement moral ne lie pas le juge (*Cass. crim. 08-06-2010 n°10-80.570*) et ce dernier ne peut exclure la preuve du harcèlement moral au motif que seule la moitié des collaborateurs avait été entendue au cours de l'enquête (*Cass. soc. 8 janvier 2020 n°18-20.151*). Par ailleurs, le Code du travail prévoit qu'une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause (art. L. 1152-6 du Code du travail).

Après interrogation des collaborateurs de la salariée incriminée, le cabinet d'audit concluait que cette dernière avait « *proféré des insultes à caractère racial et discriminatoire et causé des perturbations graves de l'organisation et l'efficacité collective* »

L'employeur décidait donc de licencier la salariée pour faute grave ce que contestait la salariée. Elle estimait notamment que le rapport d'enquête constituait **une preuve non recevable** puisqu'elle :

- n'avait pas été préalablement informée de la mise en œuvre de l'enquête ;
- n'avait pas été entendue et n'avait ainsi pas eu la possibilité d'apporter une quelconque contradiction.

La Cour d'appel a donné raison à la salariée, considérant le rapport d'enquête **comme un mode de preuve illicite** et, par conséquent, a déclaré le licenciement injustifié. Les juges d'appel se basaient sur le principe selon lequel « *aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance* » (art. L.1222-4 du Code du travail) puisque la salariée n'avait pas été informée préalablement de la mise en œuvre de l'enquête ni entendue dans le cadre des entretiens menés.

La Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel et précise sa jurisprudence en tenant compte des circonstances particulières du harcèlement moral. Si elle réaffirme le principe posé par l'article L. 1222-4 du code du travail de loyauté dans l'administration de la preuve, ainsi que l'interdiction pour l'employeur de mettre en place des dispositifs clandestins de contrôle de l'activité des salariés, elle considère cependant « *qu'une **enquête** effectuée au sein d'une entreprise à la suite de la **dénonciation de faits de harcèlement moral n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4 du code du travail** et **ne constitue pas une preuve déloyale comme issue d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié** ».*

Ainsi, en cas de suspicion de harcèlement moral, l'employeur peut diligenter une enquête sur le salarié auteur présumé, sans l'en informer au préalable et sans qu'il doive être entendu. L'enquête peut donc être réalisée sans permettre au salarié de s'expliquer et le rapport d'enquête pourra être utilisé comme mode de preuve, sans que le salarié puisse invoquer une preuve déloyale. Ce n'est qu'au moment de l'entretien préalable au licenciement, puis éventuellement au contentieux, que le salarié pourra présenter ses arguments.

PREJUDICE D'ANXIETE / ACCES AU JUGE ET PREVISIBILITE DU DROIT

Revirement de jurisprudence : les exigences de sécurité juridique et de prévisibilité du droit doivent se concilier avec les nécessaires évolutions de la jurisprudence

Cour de cassation, Assemblée plénière, 2 avril 2021, 19-18.814, (Publié au bulletin)

Dans un arrêt d'une importance particulière (rendu par l'Assemblée plénière et publié au bulletin ainsi que sur le site de la Cour de cassation avec un communiqué de presse et une note explicative) et relatif au préjudice d'anxiété, la Cour de cassation décide que désormais, une évolution jurisprudentielle permettra de contester en cassation une décision non encore définitive de cour d'appel de renvoi, ce qui pourrait modifier l'issue de nombre de contentieux actuellement pendants.

Depuis un arrêt de la chambre mixte du 30 avril 1971, afin de garantir la sécurité juridique, lorsque la Cour de cassation cassait un arrêt d'appel et renvoyait l'affaire devant une cour d'appel de renvoi, cette dernière devait se conformer à l'analyse juridique donnée par la Cour de cassation et ce même si un revirement de jurisprudence était intervenu entre temps. Cette solution bien établie (Ass. plén., 21 décembre 2006, n°05-11.966, Bull. 2006, n° 14 ; Ass. plén. 19 juin 2015, n°13-19.582, Bull. 2015, n° 2) résultait d'une interprétation a contrario de l'article L. 431-6 du code de l'organisation judiciaire et visait à la fois à éviter que la Cour de cassation adopte successivement des positions contraires dans une même affaire et à mettre un terme au litige.

Avec l'arrêt rendu le 2 avril 2021, la Cour de cassation a décidé **d'apporter une exception notable à cette règle prétorienne** de procédure.

En l'espèce, le salarié avait été employé au sein d'établissements dans lesquels il avait été exposé à des poussières d'amiante, et avait saisi une cour d'appel d'une demande d'indemnisation de son préjudice d'anxiété. Rappelons que le préjudice d'anxiété correspond à la situation d'inquiétude permanente éprouvée par les salariés ayant été exposés à l'amiante, même s'ils n'ont pas développé de maladie professionnelle liée à cette exposition. Or, selon une jurisprudence bien établie de la chambre sociale à l'époque, l'indemnisation du préjudice d'anxiété lié à une exposition à l'amiante n'était possible qu'au bénéfice des salariés ayant travaillé dans un des établissements figurant sur une liste mentionnée à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999 (Soc., 11 mai 2010, n°09-42.241 et a., Bull. 2010, V, n° 106).

Sa demande ayant été accueillie par la cour d'appel sans que celle-ci ait constaté que le salarié remplissait ces conditions, la chambre sociale de la Cour de cassation avait cassé cette décision (Soc., 28 sept. 2016, n°15-19.031 et 15-19.310) et renvoyé l'affaire devant la

même cour d'appel autrement composée. Cette dernière, constatant que ces conditions n'étaient pas réunies, avait rejeté la demande d'indemnisation par un arrêt du 5 juillet 2018, se conformant ainsi à ce qui était alors la position constante de la Cour de cassation.

Postérieurement à cet arrêt, l'assemblée plénière de la Cour de cassation **a opéré un important revirement de jurisprudence** en reconnaissant à tout salarié justifiant d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, la possibilité d'agir contre son employeur sur le fondement du droit commun régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, **quand bien même il n'aurait pas travaillé dans l'un des établissements figurant sur la liste mentionnée à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998** (*Ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442, publié*).

Le demandeur pouvait encore exercer un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de renvoi du 5 juillet 2018 (faute de signification) et a donc formé un nouveau pourvoi en se prévalant du revirement. Pour déclarer ce moyen recevable, l'assemblée plénière énonce que « *la prise en considération d'un changement de norme, tel un revirement de jurisprudence, tant qu'une décision irrévocable n'a pas mis un terme au litige, relève de l'office du juge auquel il incombe alors de réexaminer la situation à l'occasion de l'exercice d'une voie de recours.* »

En ouvrant ainsi la possibilité d'exercer un nouveau pourvoi en cassation en cas de changement de norme, la Cour de cassation entend « *rendre totalement effectif l'accès au juge, assurer une égalité de traitement entre des justiciables placés dans une situation équivalente et contribuer à la cohérence juridique ainsi qu'à l'unité de la jurisprudence* ».

STATUT COLLECTIF

Un accord collectif mis en cause peut continuer de s'appliquer, à condition d'être plus favorable aux salariés concernés

Cour de cassation, civile, Chambre
sociale, 24 mars 2021, n° 19-15920
FSPBI
(Publié au Bulletin)

Les opérations de fusion, cession, scission ou changement d'activité entraînent la mise en cause du statut collectif. Les accords « survivent » alors pendant une durée maximale de 15 mois, ce délai devant normalement permettre d'adapter le statut collectif des salariés (accord d'adaptation), voire de décider d'en adopter un nouveau pour l'ensemble de la nouvelle communauté de travail (accord de substitution).

En principe, dans le cas où un accord d'adaptation ou de substitution est conclu, il s'applique immédiatement aux salariés. A l'inverse, si aucun accord n'a été conclu au terme du délai de survie, les salariés se trouvent automatiquement soumis à la convention et aux accords collectifs appliqués par le nouvel employeur, tout en bénéficiant d'une garantie de rémunération. Une troisième option avait été adoptée dans l'affaire commentée.

En l'espèce, une société avait été absorbée. La société absorbante n'avait pas conclu d'accord d'application ou de substitution. Cependant, elle avait choisi, **par un engagement unilatéral, de continuer à faire bénéficier les salariés de la société absorbée de leur accord de RTT**, bien que celui-ci ait été mis en cause et que le délai de survie se soit achevé.

Un des salariés de la société absorbée, qui estimait que l'accord de RTT de la société absorbante était plus avantageux, contesté cette décision.

La Cour d'appel comme la Cour de cassation lui ont donné raison. En l'absence d'accord d'adaptation ou de substitution, l'employeur peut maintenir, en vertu d'un engagement unilatéral, tout ou partie des dispositions conventionnelles en vigueur dans l'entreprise absorbée. Cependant, c'est à la condition, s'agissant d'avantages ayant le même objet ou la même cause, **que cet accord soit plus favorable que celui applicable au sein de l'entreprise absorbante.**

« BAREME MACRON »

La Cour d'appel de Paris écarte à nouveau l'application du « barème Macron »

Cour d'appel de Paris, Pôle 6,
Chambre 11, Arrêt du 16 mars
2021, Répertoire général n°
19/08721

Nouveau rebondissement dans ce qui pourrait presque faire office de « saga judiciaire ». Depuis son entrée en vigueur, le barème sur l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse prévu par l'article L. 1235-3 du Code du travail (« barème Macron ») divise les juridictions du fond.

Plus précisément, c'est la question de la conformité du barème aux normes internationales, l'article 24 de la Charte sociale européenne d'une part et l'article 10 de la Convention n°158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) d'autre part, qui fait débat. La conventionnalité du barème a été notamment reconnue par le Conseil de prud'hommes (CPH) du Mans (*CPH Le Mans*, 26 sept. 2018, n°17/00538) et de Caen (*CPH Caen*, 18 déc. 2018, n°17/00193) tandis que son inconventionnalité a été caractérisée en partie par les CPH de Troyes (*CPH Troyes*, 13 déc. 2018, n°18/00036), d'Amiens (*CPH Amiens*, 19 déc. 2018, n°18/00040), Lyon (*CPH Lyon*, 21 déc. 2018, n°18/01238 ; *CPH Lyon*, 7 janv. 2019, n°15/01398) et de Grenoble (*CPH Grenoble*, 18 janv. 2019, n°18/00989).

Le barème a ensuite été écarté par certains juges départiteurs (voir notamment *CPH Agen*, 5 févr. 2019, n°18/00049).

Dans deux avis du 17 juillet 2019, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a entendu conforter le barème Macron en considérant qu'il était compatible avec l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT (qui prévoit « *le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée* » en cas de licenciement injustifié), et concluait à l'absence d'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée (*Cass. ass. plén.* 17 juill. 2019, n°19-70.010 et 19-70.011, P + B + R + I).

L'histoire aurait pu s'arrêter là, et les juridictions du fond se ranger à l'avis de la plus haute cour de l'ordre judiciaire. Cependant, dans plusieurs arrêts postérieurs, certaines Cours d'appel semblaient dessiner une troisième voie, considérant le barème conventionnel sur le principe, mais en se donnant la possibilité de l'écarter si, par une appréciation *in concreto* de la situation personnelle du salarié, il ressortait que le barème ne permettait pas une indemnisation adéquate et appropriée de son préjudice au regard de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT (*CA Reims*, 25 septembre 2019, n° 19/00003 ; *CA Bourges*, 6 novembre 2020, n° 19/00585 ; *CA Grenoble*, 2 juin 2020, n° 17/04929 ; *CA Chambéry*, 14 novembre 2019, n° 18/02184 ; *CA Caen*, 12 décembre 2019, n° 18/02368).

C'est aussi ce qu'a jugé la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt commenté, et qui diffère de la position adoptée en octobre 2019 par une autre chambre qui s'était rangée à la position de la Cour de cassation en appliquant strictement le barème (*CA Paris, pôle 6, ch. 8, 30 octobre 2019, n°16/05602*).

Il ressort de l'arrêt du 16 mars 2021, qu'une salariée justifiant d'un peu moins de quatre ans d'ancienneté et dont le licenciement avait été jugé sans cause réelle et sérieuse, réclamait une indemnité de neuf mois de salaire. Cette dernière était nettement supérieure à celle découlant de l'application du barème, lequel prévoit une indemnité comprise entre trois et quatre mois de salaire. La salariée demandait donc à la Cour d'appel de Paris de ne pas appliquer le barème en **invoquant le préjudice financier et moral qu'elle avait subi et le fait qu'elle était toujours sans emploi**. Pour elle, le barème était donc contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne et à l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT.

La Cour d'appel constate que compte tenu de la situation concrète et particulière de la salariée **âgée de 53 ans à la date de la rupture et de 56 ans aujourd'hui**, le montant issu de l'application du barème ne permettait pas une indemnisation adéquate et appropriée du préjudice subi, compatible avec les exigences de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT. En effet, entre son licenciement et août 2019, la salariée avait subi une perte de revenus s'élevant à 32 000 €. Or, avec l'application stricte du barème, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse s'établissait en l'espèce à un montant entre 13 211 et 17 615 €, soit à peine la moitié de la perte ressources de la salariée à la suite de son licenciement.

Compte tenu de l'âge de la salariée, de son ancienneté, de sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle et des conséquences du licenciement, la Cour décide donc d'écarter le barème et d'allouer à l'intéressée une somme égale à la perte de revenus subie (32 000 €) à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation devrait donc prochainement statuer à nouveau sur ces questions et rendre un arrêt de principe. Restera alors à voir si les Cours d'appel de renvoi se plieront ou résisteront. La saga judiciaire du barème Macron ne devrait donc pas se conclure de sitôt...

TELETRAVAIL

Les télétravailleurs ont-ils droit aux tickets-restaurant ?

C'est une petite bataille judiciaire qui se joue, sur une question qui divise les praticiens du droit depuis le premier confinement : les télétravailleurs à domicile ont-ils droit aux titres-restaurant au même titre que leurs collègues en présentiel ? A quelques semaines d'intervalle, les Tribunaux judiciaires de Nanterre puis de Paris ont répondu de manière radicalement différente à cette question.

Pour mémoire, dans son « Questions/Réponses » régulièrement mis à jour depuis le début de la crise sanitaire, à la question « *Les télétravailleurs bénéficient-ils des titres restaurants ?* » le Ministère du travail, indique :

« OUI. Si les autres salariés exerçant leur activité dans l'entreprise à conditions de travail équivalentes en bénéficient également. Le titre restaurant est un avantage consenti par l'employeur qui ne résulte d'aucune obligation légale. En revanche, l'attribution d'un titre restaurant est possible si et seulement si le repas du salarié est compris dans son horaire de travail journalier (article R. 3262-7 du code du travail).

Toutefois, en application du principe général d'égalité de traitement entre salariés, les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits et avantages légaux et conventionnels que ceux applicables aux salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'entreprise. Il s'agit d'une règle d'ordre public rappelée par l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail (art. 4) et reprise dans le code du travail, à l'article L. 1222-9 qui dispose : « le télétravailleur a les mêmes droits que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise.

Par conséquent, dès lors que les salariés exerçant leur activité dans les locaux de l'entreprise bénéficient des titres-restaurant, les télétravailleurs doivent aussi en recevoir si leurs conditions de travail sont équivalentes ».

Pour le Tribunal judiciaire de Nanterre, les télétravailleurs n'ont pas droit aux titres-restaurant :

Le Tribunal judiciaire de Nanterre ne partage pas cette analyse et considère que les télétravailleurs, qui ne sont pas dans une situation comparable à celle des salariés travaillant sur site et n'ayant pas accès à un restaurant d'entreprise, ne peuvent pas prétendre à l'attribution de titres-restaurant.

Tribunal judiciaire de Nanterre, 10
mars 2021, n° 20/09616

Tribunal judiciaire de Paris, 30
mars 2021 n° 20/09805

Pour le Tribunal, l'objectif de l'employeur en finançant ces titres en tout ou en partie est de permettre à ses salariés « **de faire face au surcoût lié à la restauration hors de leur domicile** pour ceux qui seraient dans l'impossibilité de prendre leur repas à leur domicile ». Dans la mesure où les salariés placés en télétravail prennent leur repas à leur domicile, ils ne peuvent pas prétendre à l'attribution de titres-restaurant.

Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel de Versailles dans cette affaire.

A l'inverse, pour le Tribunal judiciaire de Paris, les télétravailleurs ont droit aux titres-restaurant :

Le Tribunal judiciaire de Paris indique « *aux termes mêmes de l'article L.1222-9 du code du travail, le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail effectué par un salarié hors des locaux de l'employeur qui utilise les technologies de l'information et de la communication, **ce qui n'implique pas pour le salarié de se trouver à son domicile ni de disposer d'un espace personnel pour préparer son repas.** En outre, d'autre part, l'objet du titre-restaurant est de **permettre au salarié de se restaurer lorsqu'il accomplit son horaire de travail journalier comprenant un repas, mais non sous condition qu'il ne dispose pas d'un espace personnel pour préparer celui-ci** ».*

Il ajoute qu'« *au contraire de ce qui est soutenu par l'employeur, les conditions d'utilisation des titres restaurant sont tout à fait compatibles avec l'exécution des fonctions en télétravail puisqu'elles ont **pour principe directeur de permettre au salarié de se restaurer lorsque son temps de travail comprend un repas,** et qu'à ce titre les **télétravailleurs se trouvent dans une situation équivalente à celle des salariés sur site** ».*

Les magistrats rappellent la position du Ministère du travail sur la question et indique que l'ANI du 26 novembre 2020 ne comporte « *aucune mention expresse quant à la restauration des salariés en télétravail* » ce qui pour le Tribunal ne permet pas de « *conclure que l'employeur ne dispose d'aucune obligation d'attribuer des tickets restaurant aux salariés en télétravail* ».

En conclusion, face à ces décisions contradictoires des juges de premières instances et faute pour la Cour de cassation de s'être prononcée sur la question pour le moment, compte tenu de la position exprimée par le Ministère du travail, la prudence commande de laisser aux télétravailleurs le bénéfice des tickets-restaurants si les salariés présents sur site en disposent également.

LICENCIEMENT

Cadeaux empoisonnés : quand accepter les cadeaux d'un client justifie un licenciement pour faute grave

Il est de jurisprudence bien établie qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire notamment s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail (voir notamment : *Cass. Soc., 16 janvier 2019, n°17-15002*).

En l'espèce, un chef d'agence bancaire **avait accepté d'un client divers cadeaux et avantages** consistant en la réalisation de travaux dans certains de ses biens immobiliers et la cession d'un véhicule à titre gratuit à une société dont il était le gérant. Or, l'employeur était **dotée d'un code de bonne conduite** qui précisait que « *les collaborateurs sont tenus à l'obligation de **ne pas accepter ou solliciter un quelconque avantage incluant prêt, cadeaux, ou autres profits émanant de personnes avec lesquelles ils entrent en relation et/ou sont en contact direct dans l'exercice de leurs relations professionnelles*** » mais aussi que « *le fait qu'un collaborateur accepte un cadeau ou un avantage matériel ou immatériel d'un client (...) peut conduire à une situation de conflits d'intérêts* ».

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 31 mars 2021, n° 19-23.144 F-D

Licencié pour **faute grave sur le fondement de ce code de bonne conduite**, le salarié a contesté la validité de son licenciement et obtenu gain de cause devant la Cour d'appel, pour qui les faits litigieux relevaient de la vie privée du salarié. Pour les juges du fond, les faits qui relèvent de la vie personnelle des salariés ne peuvent constituer une faute dans les relations de travail que si l'employeur démontre qu'ils sont à l'origine d'un trouble dans l'entreprise. Notant qu'en l'espèce il n'était nullement démontré par la société que les échanges de nature privée entre le salarié et le client aient empiété sur le temps de travail de l'intéressé, la Cour d'appel a écarté la faute grave.

La Cour de cassation censure ce raisonnement et rappelle dans un premier temps qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail. Elle précise ensuite que l'acceptation de cadeaux importants de la part d'un client de l'employeur est susceptible de caractériser un tel manquement, justifiant le licenciement du salarié pour faute grave du salarié, a fortiori si comme en l'espèce, la Société est dotée d'un code de bonne de conduite interdisant un tel comportement.

Nous ne manquerons pas de vous tenir informés des prochaines actualités en matière sociale ainsi que des futures évolutions liées à l'épidémie de coronavirus.

CONTACTS

FRÉDÉRIQUE CASSEREAU

Avocat associé
Droit social

Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
cassereau@hocheavocats.com

MARIE-SOPHIE SCHLUPP

Avocat
Droit social

Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
schlupp@hocheavocats.com

CÉCILE PAYS

Avocat
Droit social

Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
pays@hocheavocats.com

VINCENT MARTY

Avocat
Droit social

Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
marty@hocheavocats.com

MARINE SWATON

Avocat
Droit social

Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
swaton@hocheavocats.com

LAURA BOCAERT

Juriste
Droit social

Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
bocaert@hocheavocats.com

SOPHIE DECHAUMET

Avocat associé
Droit social

Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
dechaumet@hocheavocats.com

GABRIEL HALIMI

Avocat
Droit social

Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
halimi@hocheavocats.com

LAURA ERBERTSEDER

Avocat
Droit social

Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
erbertseder@hocheavocats.com

Avec près de 70 avocats, dont 21 associés, nous offrons à nos clients français et internationaux un conseil juridique global dans l'ensemble des secteurs d'activité du droit des affaires.



HOCHE
AVOCATS

105, RUE LA BOÉTIE Tél. : +33(0)1 53 93 22 00
75008 PARIS Fax. : +33(0)1 53 93 21 00
FRANCE hoche-avocats.com