HOCHE
AVOCATS

Droit social

LETTRE D'INFORMATION

Novembre 2022 (2nde partie)

NEWSLETTER

ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

<table>
<tr><th colspan="2"><u>Libre accès de l'employeur aux dossiers et aux fichiers à caractère professionnel :</u>
L’employeur est-il en droit de produire en justice des éléments de l’agenda personnel du salarié présents sur son ordinateur professionnel ?</th></tr>
<tr><td>Cour de cassation, Chambre sociale, 9 novembre 2022, n°20-18.922</td><td>
Rappel : Lorsque l’employeur met à disposition du salarié du matériel informatique pour l’exécution de son travail (ordinateur, tablette, téléphone, etc.), les dossiers et fichiers créés grâce à ce matériel sont présumés avoir un caractère professionnel (Cass. soc., 18 octobre 2006, n°04-48.025). L’employeur peut donc y accéder et les ouvrir en dehors de la présence du salarié et s'en servir comme mode de preuve dans le cadre d’un contentieux. En revanche, si le salarié a pris le soin de les identifier comme étant personnels ou les a classés de telle sorte qu'ils puissent être considérés comme tels, l’employeur a interdiction d’y accéder en l’absence du salarié ou sans son accord. A défaut, ces documents seront des éléments de preuve inopposables au salarié.

L’affaire : Une salariée prend acte de la rupture de son contrat de travail et sollicite la condamnation de son employeur en raison de divers manquements au titre de l’exécution du contrat. Dans ce cadre, l’employeur produit en justice plusieurs pièces émanant de l’agenda électronique personnel de la salariée mais accessibles depuis son ordinateur professionnel.
La Cour d’appel rejette ces pièces au motif qu’elles provenaient de l’agenda personnel de la salariée et que l’employeur ne justifiait pas des conditions régulières de leur obtention.
L’employeur se pourvoit en cassation et soutient que :
• les pièces litigieuses émanaient de fichiers présents sur l’ordinateur professionnel de la salariée ;
• ces fichiers n’étaient pas identifiés comme étant personnels ;
• la régularité de leur obtention est confirmée par une attestation du prestataire informatique de la société.
La Cour de cassation approuve le moyen de l’employeur et censure le raisonnement des juges d’appel. Pour la Cour de cassation, dès lors que les pièces produites émanaient de l’ordinateur professionnel de la salariée, les juges d’appel auraient dû rechercher si elle les avait identifiées comme étant personnels. Faute d’avoir effectué cette vérification, la Cour d’appel ne pouvait pas rejeter ces éléments des débats.

A noter : Par cette décision, la Cour de cassation étend à l’agenda électronique un principe bien établi qu’il s’agisse de fichiers/dossiers (Cass. soc., 18 octobre 2006, n°04-48.025), d’e-mails contenus dans la messagerie professionnelle (Cass. soc., 18 octobre 2011, n°10-26.782) ou encore de clé USB connectée à l’ordinateur professionnel (Cass. soc., 12 févr. 2013, n°11-28.649).
</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="2"><u>Licenciement et autorité de la chose jugée au pénal :</u>
Quel est l'impact d'une décision au pénal sur la validité d'un licenciement ?</th></tr>
<tr><td>Cour de cassation, Chambre sociale, 09 novembre 2022, n°21-17.563</td><td>Rappel : En application du principe de l'autorité au civil de la chose jugée au pénal, le juge civil ayant à connaître de la légitimité d'un licenciement fondé sur des faits dont la juridiction pénale a été saisie, ne peut retenir comme cause réelle et sérieuse de licenciement ces mêmes faits alors que le juge pénal les a considérés comme non établis ou comme non imputables au prévenu (Cass. soc., 20 mars 1997, n°94-41.918).

L'affaire : Un salarié est licencié pour faute grave en raison de blessures infligées à l'un de ses collègues. En parallèle, l'employeur engage également des poursuites pénales pour violences volontaires.
Après 2 ans de procédure, le juge pénal relaxe le salarié.
Malgré la décision pénale, la Cour d'appel en instance civile juge que le licenciement est fondé.
La Cour de cassation casse cette décision et juge que : « En statuant ainsi, alors que la décision de relaxe devenue définitive dont avait bénéficié le salarié, poursuivi pour avoir exercé des violences volontaires sur son collègue, était motivée par le fait qu'il n'était pas possible d'apprécier le déroulement exact des faits et l'origine de l'altercation ayant opposé, sur le lieu de travail, l'intéressé à son collègue au cours de laquelle ce dernier avait été blessé, la Cour d'appel a violé le principe susvisé [i.e. le principe de l'autorité au civil, de la chose jugée au pénal]. »

A noter : En pratique, lorsque des faits sont susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales et d'une mesure de licenciement, il convient de s'interroger sur l'opportunité ou non pour l'employeur d'engager une procédure pénale et ce, au regard notamment des éléments probatoires disponibles.</td></tr>
<tr><th colspan="2"><u>Elections partielles CSE et représentation équilibrée homme/femme :</u>
Les règles relatives à la représentation équilibrée hommes/femmes s'appliquent-elles aux élections partielles ?</th></tr>
<tr><td>Cour de cassation, Chambre sociale, 09 novembre 2022, n°21-60.183</td><td>Rappel : Des élections partielles sont organisées à l'initiative de l'employeur :
si un collège électoral n'est plus représenté ou si le nombre des élus titulaires du CSE est réduit de 50% ou plus ;
sauf si ces événements interviennent moins de 6 mois avant le terme du mandat des élus intéressés.
Les élections partielles se déroulent selon les mêmes modalités que pour le renouvellement (ou la mise en place) ordinaire du CSE sur la base des dispositions en vigueur lors de l'élection précédente (art. L. 2314-10 du Code du travail).
Concernant les élections « ordinaires » du CSE, la constatation par le juge, après l'élection, du non-respect par une liste de candidats de la proportion femmes-hommes dans le collège considéré entraîne l'annulation de l'élection d'un nombre d'élus du sexe surreprésenté égal au nombre de candidats du sexe surreprésenté en surnombre sur la liste de candidats par rapport à la proportion de femmes et d'hommes que celle-ci devait respecter.</td></tr>
</table>

	L'affaire : Une entreprise est contrainte d'organiser des élections partielles, le nombre d'élus titulaires de son CSE ayant été réduit de moitié. Dans ce cadre, un syndicat propose une liste de 4 candidats composée uniquement d'hommes tant pour les titulaires que pour les suppléants. A l'issue du 2nd tour, 1 candidat titulaire et 3 candidats suppléants sont élus. L'employeur saisit le Tribunal judiciaire en annulation de l'élection du titulaire et du dernier suppléant au motif que les listes n'avaient pas respecté les règles de la représentation proportionnée homme/femme. Le Tribunal judiciaire puis la Cour de cassation font droit à la demande de l'employeur et annule l'élection du dernier élu du sexe surreprésenté de chaque liste, à savoir l'élu titulaire et le dernier élu suppléant. Pour les juges, en application de l'article L. 2314-10 du Code du travail, les élections partielles se déroulent sur la base des dispositions en vigueur lors de l'élection précédente. En l'espèce, les « *listes comportaient un homme en surnombre au regard de la proportion de femmes et d'hommes figurant dans le protocole d'accord préélectoral établi pour les élections initiales* » de l'entreprise. L'annulation des élections des élus devaient donc s'imposer. **A noter** : La Cour de cassation continue de construire le régime applicable à la représentation équilibrée hommes/femmes et l'applique aux élections partielles. En cette période de renouvellement des CSE, la vigilance doit être plus que jamais de mise.
<u>Inaptitude, reclassement et consultation du CSE</u> *L'employeur doit-il consulter le CSE en cas d'avis d'inaptitude d'origine non professionnelle dispensant l'employeur de rechercher un reclassement ?*	
Cour de cassation, Chambre sociale, 16-novembre 2022 n° 21-17.255	**Rappel :** Le Code du travail prévoit que l'employeur : • doit recueillir l'avis du CSE sur les possibilités de reclassement de tout salarié déclaré inapte ; • peut être dispensé de recherche de reclassement, si le médecin du travail mentionne expressément dans l'avis d'inaptitude que tout maintien du salarié dans son emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé de l'intéressé fait obstacle à tout reclassement dans son emploi. La Cour de cassation a récemment jugé que l'obligation de consulter le CSE ne s'impose pas lorsque l'avis d'inaptitude contient l'une des mentions de dispense expresse de recherche de reclassement. Cette décision a été rendue pour une salariée victime d'un accident du travail (*Cass. soc., 8 juin 2022, n°20-22.500*). **L'affaire :** Un salarié en arrêt maladie est déclaré inapte à son poste de travail par le médecin du travail. L'avis d'inaptitude comprend l'une des mentions de dispense expresse de reclassement. Le salarié est donc licencié pour inaptitude d'origine non professionnelle et impossibilité de reclassement. Le salarié conteste le bienfondé de son licenciement estimant, notamment, que son employeur aurait dû consulter le CSE sur son reclassement. La Cour d'appel approuve ce raisonnement et juge le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

	La Cour de cassation casse cette décision et juge que l'employeur, qui n'est pas tenu de rechercher un reclassement, n'a pas l'obligation de consulter les représentants du personnel. **A noter** : Cette décision, publiée au Bulletin, confirme l'uniformisation du régime applicable en matière d'inaptitude initiée par la réforme de la loi Travail de 2016 : que l'inaptitude soit d'origine professionnelle ou non, l'employeur n'a pas à consulter le CSE sur le reclassement du salarié si le médecin du travail indique dans l'avis d'inaptitude que tout maintien dans l'emploi serait gravement préjudiciable à la santé du salarié ou que l'état de santé de celui-ci s'oppose à tout reclassement dans l'emploi.

ACTUALITE LEGALE ET REGLEMENTAIRE

Loi Marché du travail définitivement adoptée le 17 novembre 2022 : focus sur les mesures relatives à l'assurance chômage	
La loi Marché du travail a été déférée au Conseil constitutionnelle le 18 novembre dernier, pour que celui-ci statue notamment sur les dispositions relatives à l'assurance chômage *(art. 1er),* dont celles sur les refus de CDI *(art. 1er bis AA)* et la « présomption de démission » *(art. 1er bis A),* ainsi que sur celles portant sur la validation des acquis de l'expérience *(art. 4 et 4bis).* La loi Marché du travail n'est donc pas encore entrée en vigueur. Le Conseil constitutionnel a en principe un mois pour se prononcer sur les dispositions de la loi.	
Présomption de démission en cas d'abandon de poste	L'article L. 1237-1-1 du Code du travail, tel que modifié par la loi du 17 novembre 2022, crée une présomption de démission en cas d'abandon de poste. Désormais, le salarié qui a abandonné son poste volontairement et qui ne reprend pas le travail dans un certain délai fixé par l'employeur après mise en demeure de l'employeur, adressée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge, sera présumé démissionnaire. Un délai minimum sera cependant fixé par décret du Conseil d'Etat qui déterminera également les modalités d'application de la présomption de démission. Cette présomption de démission privera le salarié du droit à percevoir des allocations chômage. S'il souhaite contester la rupture de son contrat de travail, le salarié pourra saisir le Conseil de prud'hommes, directement en bureau de jugement, qui devra statuer dans le délai d'un mois suivant sa saisine. Le salarié devra alors démontrer que l'abandon de poste n'était pas volontaire et que son absence était justifiée.
Suppression des allocations chômage en cas de refus de deux CDI	L'entreprise utilisatrice qui, à l'issue d'une mission d'intérim par exemple, propose au salarié un contrat à durée indéterminée (CDI) pour occuper le même emploi, ou un emploi similaire, sans changement du lieu de travail, notifie cette proposition par écrit au salarié. En cas de refus, l'entreprise utilisatrice doit en informer Pôle emploi en justifiant du caractère similaire de l'emploi proposé.

	Il en va de même lorsque l'employeur propose que la relation contractuelle se poursuive à l'échéance du terme d'un CDD sous la forme d'un CDI pour occuper le même emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente pour une durée de travail équivalente, relevant de la même classification et sans changement du lieu de travail. Les modalités de mise en œuvre de ces dispositions seront également précisées par un décret en Conseil d'État. Si un demandeur d'emploi refuse à deux reprises un CDI, correspondant aux conditions précitées, au cours d'une période de 12 mois, celui-ci perdra le droit au bénéfice des allocations chômage. A noter que ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer si la dernière proposition d'emploi n'est pas conforme aux critères prévus par le projet personnalisé d'accès à l'emploi (PPAE) à condition que celui-ci ait été élaboré avant la date du dernier refus de contrat.
Electorat et éligibilité au CSE	**Eligibilité :** Les salariés disposant d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise ou qui le représentent effectivement devant le CSE ne sont pas éligibles au CSE. **Electorat :** « *L'ensemble des salariés* » âgés de 16 ans révolus, travaillant depuis 3 mois au moins dans l'entreprise et n'ayant fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relatives à leurs droits civiques sont électeurs au CSE. Ainsi, tous les salariés, quel que soit leur niveau de responsabilités dans l'entreprise, peuvent désormais voter au CSE tout en demeurant inéligibles. **A noter :** La modification du Code du travail apportée par cette mesure permet de conformer les règles sur l'électorat à une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 19 novembre 2021 qui avait abrogé l'article L. 2314-18 du Code du travail.
Service public de validation des acquis d'expérience (VAE)	La loi prévoit la création d'un service public des VAE qui aura pour mission d'orienter et d'accompagner les candidats justifiant d'une activité en rapport direct avec le contenu de la certification visée. Les candidats n'auront plus à justifier d'une durée d'expérience minimum pour être éligibles, ni d'activités de nature spécifique. Ils pourront bénéficier d'un accompagnement avant que leur dossier n'ait été déclaré recevable. Les modalités de fonctionnement de ce service public seront également précisées par décret.
Décret du 15 novembre 2022 portant sur les nouvelles modalités du dossier médical en santé au travail (DMST) publié au Journal Officiel le 16 novembre 2022 et entré en vigueur le 17 novembre 2022	
Ce décret ajoute une nouvelle sous-section intitulée « *Dossier médical en santé au travail* » dans la section 2 relative au suivi individuel de l'état de santé du travailleur de la partie règlementaire du Code du travail.	

Champ élargi de personnes étant habilitées à constituer un DMST	Pouvant initialement être rédigé seulement par le médecin du travail, le DMST de tout salarié, y compris des salariés bénéficiant d'un suivi médical renforcé, peut désormais être rédigé par : • le collaborateur médecin, • l'interne en médecine du travail, • l'infirmier en santé au travail du service de prévention et de santé au travail (SPST) compétent, • le futur médecin praticien correspondant.
Conservation et transfert du DMST	**Conservation :** le DMST doit être conservé sous format numérique sécurisé dans le respect du Règlement général à la protection des données (RGPD) pendant 40 ans à compter de la dernière visite ou du dernier examen du titulaire au sein du Service de prévention et de santé au travail (SPST) concerné dans la limite de 2 ans à compter de la date du décès du titulaire. **Transfert :** Lorsqu'un travailleur relève de plusieurs SPST ou cesse de relever d'un de ces services, les professionnels de santé du service compétent pour assurer la continuité du suivi peuvent demander la transmission du DMST après information du travailleur concerné et d'absence d'opposition de sa part. Le DMST est alors transmis par messagerie sécurisée au service demandeur, étant explicitement précisé que « *les informations concernant des tiers n'intervenant pas dans le suivi individuel de l'état de santé ne sont communicables que dans la mesure où elles sont strictement nécessaires à la continuité du suivi* ». Le travailleur, ou en cas de décès de celui-ci toute personne qui y est autorisée par le Code de la santé publique, peut demander la communication du DMST sous format papier ou dématérialisé. Le travailleur peut également exercer auprès du SPST ses droits de rectification, d'effacement et de limitation prévus par le RGPD.
Contenu du DMST	Le DMST doit contenir : • les données d'identité, incluant le numéro de sécurité sociale et les données médico-administratives du travailleur, nécessaires à la coordination de sa prise en charge en matière de santé et, le cas échéant, les données d'identité et de contact de son médecin traitant, • les informations permettant de connaître les risques actuels ou passés auxquels le travailleur est ou a été exposé (informations sur les caractéristiques du poste de travail et le secteur d'activité, données d'exposition à un ou plusieurs facteurs, etc.), • les informations formalisées relatives à l'état de santé du travailleur, recueillies lors des visites et examens nécessaires au suivi individuel de son état de santé, • les correspondances échangées entre professionnels de santé aux fins de coordination et de continuité de la prise en charge du travailleur, • les informations formalisées concernant les attestations, avis et propositions des professionnels de santé au travail (attestation liée au travail de nuit, proposition d'adaptation du poste de travail à l'âge ou à l'état de santé du salarié, etc.) et les informations délivrées au travailleur sur les expositions professionnelles, les risques identifiés, les moyens de

	protection, l'existence ou l'absence d'une pathologie en lien possible avec une exposition professionnelle, ainsi que les avis médicaux, • la mention de l'information du travailleur sur ses droits en matière d'accès aux données le concernant et sur les conditions d'accès à son DMST, • le cas échéant, le consentement ou l'opposition du travailleur au recours à des pratiques médicales ou de soins à distance et à la transmission des informations contenues dans son dossier.
Agrément administratif imposé par la loi aux SPST interentreprises et autonomes	Les SPST interentreprises et autonomes doivent tenir un cahier des charges afin d'obtenir un agrément administratif. Ce cahier des charges doit notamment contenir la gouvernance et le pilotage, la qualité de l'offre et du service, etc. L'agrément pourra être retiré ou révisé lorsque la Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (Dreets) constate que les conditions de fonctionnement du service ne sont pas conformes aux prescriptions légales.

ANNONCES ET PUBLICATIONS

Engagement de la responsabilité du gouvernement sur le PLFSS pour 2023	Le 21 novembre 2022, la Première ministre a engagé la responsabilité de son gouvernement sur la troisième partie du PLFSS pour 2023 consacrée aux recettes, en recourant à l'article 49 alinéa 3 de la Constitution. Le texte sur lequel la responsabilité est engagée prévoit notamment : • la réintégration du transfert du recouvrement des cotisations Agirc-Arrco à l'Urssaf au 1er janvier 2024 ; • le maintien de la disposition prévoyant que la déduction forfaitaire patronale sur les heures supplémentaires des entreprises comprenant entre 20 à 249 salariés applicable également aux rachats de jours de RTT effectués par leurs salariés avant le 31 décembre 2025. **A noter :** ce projet est déjà contesté par certains partis politiques ce qui laisse présumer qu'une nouvelle lecture sera nécessaire avant son adoption.
Assises du droit du travail	Le Ministre du Travail, Olivier Dussopt, a indiqué mi-novembre 2022 que des Assises du travail devraient être organisées dans les prochaines semaines autour de trois volets : • Les nouvelles formes du travail : ubérisation, digitalisation, travail à distance, plateformes ; • La performance extra-financière : RSE, conditions de travail, place du dialogue social dans la performance de l'entreprise ; • La démocratie au travail : "ajustements" des ordonnances Macron sur le CSE. Une première session est programmée le vendredi 2 décembre 2022. Ces Assises pourraient déboucher sur une nouvelle réforme du Code du travail.

Compte AT/MP	La notification dématérialisée du taux de cotisation accidents du travail et maladies professionnelles (AT/MP) via le compte AT/MP sur net-entreprises est obligatoire depuis le 1er janvier 2022 pour toutes les entreprises qui relèvent du régime général, quel que soit leur effectif. Dans un communiqué du 07 novembre 2022, le site net-entreprises a indiqué que pour remplir cette obligation légale les employeurs dépourvus de compte AT/MP devaient s'inscrire avant le 12 décembre 2022. A défaut, ils s'exposent à une pénalité égale à un pourcentage du plafond de la Sécurité sociale par salarié : • 0,5 % pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à 20 salariés ou assimilés ; • 1 % pour les entreprises dont l'effectif est au moins égal à 20 et inférieur à 150 salariés ou assimilés ; • 1,5 % pour les entreprises dont l'effectif est au moins égal à 150 salariés ou assimilés. La pénalité sera due au titre de chaque année ou chaque fraction d'année durant laquelle l'absence d'adhésion au compte AT/MP est constatée. Elle ne pourra cependant excéder, par établissement, un montant annuel de 10.000 €.

CONTACTS

FRÉDÉRIQUE CASSEREAU
Avocat associé Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
Droit social cassereau@hocheavocats.com

MYRTILLE DUBOIS-CARMINE
Avocat Counsel Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
Droit social duboiscarmine@hocheavocats.com

VIOLAINE GOUX
Avocat Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
Droit social goux@hocheavocats.com

ANAËL ANDRE
Avocat Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
Droit social andre@hocheavocats.com

LAURA BOCAERT
Avocat Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
Droit social bocaert@hocheavocats.com

THIBAULT MINJOLLET
Avocat Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
Droit social minjollet@hocheavocats.com

SOPHIE DECHAUMET
Avocat associé Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
Droit social dechaumet@hocheavocats.com

LAURA ERBERTSEDER
Avocat Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
Droit social erbertseder@hocheavocats.com

CHRISTOPHE MARIE
Avocat Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
Droit social marie@hocheavocats.com

DIANE TARANTINI
Juriste Tél. : +33 (0)1 53 93 22 00
Droit social tarantini@hocheavocats.com

Avec près de 80 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 75008 PARIS FRANCE
Tél. : +33(0)1 53 93 22 00
Fax. : +33(0)1 53 93 21 00
hoche-avocats.com