

**Actualités législatives et réglementaires****► Représentativité syndicale**

Plusieurs arrêtés de représentativité syndicale dans les branches professionnelles sont parus aux *JO* des 11 et 12 décembre.

► Hygiène et sécurité

Un arrêté du 9 décembre 2021, fixant des valeurs limites d'exposition professionnelle indicatives pour certains agents chimiques, est paru au *JO* du 11.

► COCT

Un arrêté du 9 décembre 2021, portant nomination au Conseil national d'orientation des conditions de travail du Conseil d'orientation des conditions de travail, est paru au *JO* du 11.

► CPRI

L'arrêté du 10 décembre 2021, portant attribution des sièges de membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles pour le mandat 2021-2025, est paru au *JO* du 14.

► Rupture conventionnelle

Le décret n°2021-1639 du 13 décembre 2021, portant obligation de recours au téléservice pour réaliser la demande d'homologation de la convention de rupture du contrat de travail, est paru au *JO* du 15.

► Assistants maternels

Le décret n°2021-1644 du 14 décembre 2021, relatif à la gouvernance des services aux familles et au métier d'assistant maternel, est paru au *JO* du 15.

► Crise sanitaire

Le décret n°2021-1653 du 15 décembre 2021, relatif à la prolongation jusqu'au 31 décembre 2021 du fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, est paru au *JO* du 16

Trois décrets sont parus au *JO* du 17 :

- le décret n°2021-1664 du 16 décembre 2021 instituant une aide « *fermeture* » visant à compenser les coûts fixes non couverts des entreprises dont l'activité a été affectée par les mesures de restriction administratives visant à lutter contre l'épidémie de Covid-19,
- le décret n°2021-1670 du 16 décembre 2021 modifiant le décret n°2020-551 du 12 mai 2020 relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 11 de la loi n°2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions et le décret n°2020-1690 du 25 décembre 2020 autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux vaccinations contre la Covid-19,
- le décret n°2021-1671 du 16 décembre 2021 modifiant le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

► « Territoires zéro chômeurs »

L'arrêté du 10 décembre 2021, fixant le montant de l'aide financière versée au titre du contrat passerelle conclu par une entreprise d'insertion ou un atelier et chantier d'insertion, est paru au *JO* du 16.

► Mayotte

Le décret n°2021-1656 du 15 décembre 2021, portant attribution d'une aide exceptionnelle de fin d'année spécifique à Mayotte destinée aux bénéficiaires du revenu de solidarité active et aux bénéficiaires de l'allocation de solidarité spécifique, est paru au *JO* du 16.

► Titre-mobilité

Le décret n°2021-1663 du 16 décembre 2021, relatif au titre-mobilité, est paru au *JO* du 17.

► **Prime exceptionnelle**

Le décret n°2021-1657 du 15 décembre 2021, portant attribution d'une aide exceptionnelle de fin d'année aux bénéficiaires du revenu de solidarité active et aux bénéficiaires de l'allocation de solidarité spécifique, de la prime forfaitaire pour reprise d'activité et de l'allocation équivalent retraite, est paru au JO du 16.

Jurisprudence

► **Discrimination syndicale**

Pour justifier l'absence d'augmentation du salaire après la désignation du salarié en tant que délégué syndical, et écarter l'existence d'une discrimination, une cour d'appel ne peut retenir que l'augmentation de salaire qu'avait connue le salarié avant sa désignation en tant que délégué syndical, était liée à sa mutation professionnelle.

Elle ne peut pas davantage retenir pour justifier la différence de traitement qu'il subit au regard de sa rémunération et de son absence d'entretien annuel, que seul un quart des salariés de la société bénéficiait d'entretiens annuels et que le salarié, y compris avant sa désignation n'en ait pas profité.

Ces faits ne sont pas des éléments objectifs permettant d'écarter la qualification d'une discrimination syndicale (Cass. soc., 8-12-21, n°20-14700).

► **Procédure d'appel**

L'employeur qui se borne dans le dispositif de ses conclusions, à solliciter l'infirmité du jugement et ne formule aucune prétention quant aux condamnations prononcées à son encontre pour licenciement sans cause réelle et sérieuse n'a pas valablement saisi la cour d'appel de prétentions sur lesquelles elle peut statuer (Cass. soc., 8-12-21, n°20-10424).

► **Compétence du juge**

À l'occasion d'un litige sur les conséquences du transfert d'entreprise sur les contrats de travail, le juge prud'homal a compétence pour statuer sur le moyen relevant le caractère frauduleux d'une cession de société (Cass. soc., 8-12-21, n°20-13680).

► **Charge de la preuve - Rémunération variable**

Lorsque le montant de la rémunération variable dépend de la réalisation d'objectifs, il appartient à l'employeur, qui estime que ceux-ci n'ont pas été atteints, de prouver que les objectifs qu'il avait fixés au salarié étaient réalisables. À défaut, il peut être condamné à verser la rémunération (Cass. soc., 15-12-21, n°19-20978).

► **Rémunération variable - Prise d'acte**

Le non versement injustifié, de la rémunération variable, pendant plusieurs années, justifie une prise d'acte (Cass. soc., 15-12-21, n°19-20978).

► **Preuve**

Ne constituent pas une preuve contraire nécessaire pour priver un constat d'huissier de sa force probante, des témoignages divergents de salariés (CE, 8-12-21, n°439631).

► **Forfait-jours**

Le non-respect par l'employeur des clauses de l'accord collectif destinées à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés soumis au régime du forfait-jours, s'il prive d'effet les conventions individuelles de forfait conclues sur son fondement, n'entraîne pas l'inopposabilité de cet accord collectif aux salariés auxquels il s'applique (Cass. soc., 15-12-21, n°19-18226).

► **Contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE)**

L'obligation pour l'employeur d'assurer, dans le cadre du CAE, des actions de formation, d'orientation professionnelle et de validation des acquis destinées à réinsérer durablement le salarié constitue une des conditions d'existence de ce contrat, à défaut de laquelle il doit être requalifié en CDI. L'exécution de l'obligation pour l'employeur d'assurer de telles actions s'apprécie au terme du contrat (Cass. soc., 15-12-21, n°19-14018).

► **CAE - Prescription**

Le point de départ du délai de prescription de l'action par laquelle un salarié sollicite la requalification de CAE à durée déterminée successifs en un CDI fondée sur le non-respect par l'employeur de ses obligations en matière d'orientation et d'accompagnement professionnel, de formation professionnelle et de validation des acquis de l'expérience, court à compter du terme de chacun des contrats concernés (Cass. soc., 15-12-21, n°19-14018). Cet arrêt précise également le point de départ du délai de prescription de l'action par laquelle un salarié sollicite une telle demande de requalification. Le délai court à compter du terme de chacun des contrats concernés.

Un autre arrêt (Cass. soc., 15-12-21, n°19-14017) indique qu'en présence d'un CAE, l'employeur satisfait à son obligation de formation et d'accompagnement lorsque la salariée avait un tuteur qui lui était directement accessible, qu'elle avait suivi des réunions sur l'insertion professionnelle, la formation et l'accompagnement dans l'emploi ainsi qu'un apprentissage en langue qui valorisait son CV. La demande de requalification du contrat en CDI ne peut être retenue.

► **Plafonnement des indemnités prud'homales**

Lorsque le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse et si l'une ou l'autre des parties refuse la réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, qui doit être calculée et allouée en salaires bruts. Il en résulte que l'arrêt par lequel une cour d'appel alloue une telle indemnité en salaire net, doit être cassée. Cet arrêt ne porte aucunement sur la remise en cause du barème (Cass. soc., 15-12-21, n°20-18782).

► **Préjudice d'anxiété**

Le point de départ du délai de prescription de l'action par laquelle un salarié demande à son employeur, auquel il reproche un manquement à son obligation de sécurité, en réparation de son préjudice d'anxiété, est la date à laquelle le salarié a eu connaissance du risque élevé de développer une pathologie grave résultant de son exposition à l'amiante. Ce point de départ ne peut être antérieur à la date à laquelle cette exposition a pris fin. Pour les salariés exposés à l'amiante mais pas dans un établissement classé Acaata (ou alors exposés à des substances nocives autres que l'amiante), le préjudice d'anxiété, qui ne résulte pas de la seule exposition au risque créé par une substance nocive ou toxique, est constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance du risque élevé de développer une pathologie grave par les salariés. Il est suffisamment caractérisé par un salarié qui produit des attestations faisant état de crises d'angoisse régulières, de peur de se soumettre aux examens médicaux, d'insomnies et d'un état anxiodépressif (Cass. soc., 15-12-21, 20-11046).

► **Convention de forfait**

La seule fixation d'une rémunération forfaitaire, sans que ne soit déterminé le nombre d'heures supplémentaires inclus dans cette rémunération, ne permet pas de caractériser une convention de forfait (Cass. soc., 15-12-21, n°15-24990).

► **Procédure de licenciement - Indemnisation**

L'indemnité versée au titre du manquement aux règles de procédure de licenciement ne peut être allouée que lorsque le contrat de travail a été rompu par un licenciement, ce qui n'est pas le cas en matière de résiliation judiciaire produisant les effets d'un licenciement (Cass. soc., 15-12-21, n°15-24990).

FOCUS

La charge de la preuve du nombre d'adhérents d'une section syndicale

Selon l'article L 2314-5 du code du travail, doivent être invités par courrier à négocier le protocole d'accord préélectoral (PAP), et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de membre de la délégation du personnel, les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel.

Dans le cadre de l'organisation des élections professionnelles, un employeur invite les organisations syndicales à négocier un protocole d'accord préélectoral. Aucun syndicat ne s'étant présenté à la négociation, l'employeur a organisé seul le scrutin. Un procès-verbal de carence est établi.

Mais après les élections, un syndicat saisit le tribunal judiciaire d'une demande d'annulation des élections. Il explique avoir informé l'employeur de la création d'une section syndicale dans l'entreprise, mais n'a pourtant pas été invité à négocier le PAP.

Pour l'employeur en revanche, il ne lui appartenait pas d'inviter le syndicat aux négociations. Il a estimé que dès lors qu'au jour de la négociation, le syndicat ne justifiait pas que sa section syndicale comportait au moins deux adhérents, il n'était pas tenu de l'inviter.

Le tribunal judiciaire fait droit à la demande d'annulation des élections. Pour lui, le syndicat établit avoir avisé l'employeur de la création d'une section syndicale au sein de l'entreprise, ce dont il résultait que l'employeur aurait dû l'inviter.

Pour les juges du fond en effet, le syndicat a démontré qu'à la date des négociations du PAP, l'employeur avait connaissance de l'existence d'une section syndicale.

L'employeur aurait dû agir en justice afin de contester l'existence de la section s'il voulait valablement se soustraire à l'obligation d'inviter ce syndicat à la négociation du PAP.

L'employeur se pourvoit en cassation.

Un employeur qui n'a pas contesté l'existence de la section syndicale avant l'engagement des négociations du protocole préélectoral, doit-il nécessairement inviter le syndicat ?

La Cour de cassation répond par la négative (Cass. soc., 8-12-21, n°20-16696). Elle ne retient pas l'analyse des juges du fond et considère que :

- d'une part, l'existence d'une section syndicale peut être contestée à l'occasion de la négociation du protocole préélectoral,
- d'autre part, il appartenait au syndicat de justifier que la section syndicale comportait au moins deux adhérents, y compris lorsque c'est l'employeur qui conteste l'existence de la section.

La solution n'est pas étonnante. La Haute juridiction a déjà jugé que c'est au syndicat de rapporter la preuve qu'il dispose d'au moins 2 adhérents (Cass. soc., 1-4-15, n°14-18504).

Pour mémoire, afin de constituer une section syndicale, il faut (art. L 2142-1 du code du travail) que :

- le syndicat soit légalement constitué depuis au moins 2 ans,
- qu'il justifie d'au moins deux adhérents.
- il doit être représentatif dans l'entreprise, ou :
 - affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel
 - ou satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance.

Comment apporter la preuve de l'existence de 2 adhérents ?

La difficulté, qui peut être rencontrée dans les litiges relatifs à la preuve du nombre d'adhérents, est qu'il reste important de protéger l'identité des adhérents.

Afin de respecter la vie privée des adhérents et le droit de la défense de l'organisation syndicale, d'une part, et le respect du contradictoire d'autre part, la Cour de cassation a précisé que :

- En cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins 2 adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut en prendre connaissance (Cass. soc., 8-7-09, n°09-60011). Tels peuvent être les cas par exemple, de la photocopie des cartes d'adhésion (où sont masqués les éléments d'identification), du listing du nombre de timbres dans l'entreprise, etc.

- L'exclusion du contradictoire se limite aux éléments d'identification des adhérents, et ce, pour éviter toute tentative de représailles de l'employeur sur les adhérents (Cass. soc., 13-2-13, n°12-17655).
- Lorsque des salariés s'opposent à la révélation de leur adhésion, il appartient au juge d'aménager la règle du contradictoire, en autorisant le syndicat à lui fournir non contradictoirement les éléments nominatifs de preuve dont il dispose (Cass. soc., 14-12-10, n°10-60137).

Une question demeure en suspens : faut-il être à jour de ses cotisations pour avoir la qualité d'adhérent ? Le syndicat devra-t-il fournir en justice les chèques ou un relevé de compte attestant du paiement à jour des cotisations ? Un arrêt d'espèce, à la portée incertaine, semble aller en ce sens (Cass. soc., 18-6-19, n°19-18442). Nous ne l'espérons pas : le paiement à jour des cotisations concerne uniquement le syndicat !



Interruption durant les vacances scolaires, de retour début janvier 2022.

D'ici là, nous vous souhaitons de bonnes fêtes de fin d'année !!

