



## Actualités législatives et réglementaires

### ► **Travailleurs des plateformes - Représentativité**

Le décret n°2022-882 du 13 juin 2022, relatif à l'appréciation de la représentativité des organisations professionnelles de plateformes, est paru au JO du 14.

### ► **Conseillers prud'hommes - Désignation**

L'arrêté du 10 juin 2022, modifiant l'arrêté du 14 mars 2022 fixant le calendrier de dépôt des candidatures à la fonction de conseiller prud'homme pour le mandat prud'homal 2023-2025, est publié au JO du 15.

### ► **Entrepreneurs individuels**

Le décret n°2022-890 du 14 juin 2022, relatif au traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel, est paru au JO du 16.

### ► **Certification de compétences - Représentants du personnel**

L'arrêté du 1<sup>er</sup> juin 2022, modifiant l'arrêté du 19 janvier 2022 portant renouvellement de la certification relative aux compétences acquises dans l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical, est paru au JO du 16.

## Jurisprudence

### ► **CDD - Transaction**

La Cour de cassation casse un arrêt d'appel qui avait jugé « qu'un protocole transactionnel de rupture anticipé d'un contrat d'avenir » signé entre un salarié et un employeur avait deux objectifs : à savoir l'énonciation de l'accord des parties quant à la résiliation du contrat et une transaction interdisant aux parties tout recours judiciaire.

Or, une transaction ne peut avoir pour objet de mettre fin à un contrat de travail (Cass. soc., 25-5-22, n°21-10390).

### ► **CSE - BDES**

Dans le cadre de la consultation annuelle de la politique sociale de l'entreprise, l'expert-comptable désigné par le CSE peut demander des informations supplémentaires, utiles à sa mission, même si elles ne figurent pas dans la BDES (Cass. soc., 18-5-22, n°20-21444).

### ► **Syndicat - Statuts - Discrimination**

Un syndicat ne peut pas prévoir de limite d'âge à l'accès au poste de président, cela crée une discrimination en raison de l'âge prohibée par la directive européenne 2000/78/CE (CJUE, 2-6-22, n°C-587/20).

### ► **PSE - Liquidation judiciaire**

Le Conseil d'Etat censure la décision de la cour administrative d'appel de Paris qui avait annulé l'autorisation d'homologation du PSE qui n'avait pas opéré une réelle recherche de reclassement dans les autres entreprises du groupe, le liquidateur s'y étant pris trop tard.

Pour le Conseil d'Etat : « la seule circonstance que, dans une entreprise en liquidation judiciaire, le liquidateur judiciaire, alors qu'il a utilement saisi les autres entreprises du groupe en vue

d'une recherche des postes de reclassement disponibles sur le territoire national, n'ait pas obtenu les réponses de tout ou partie de ces entreprises, ne fait pas obstacle à ce que le plan de reclassement soit regardé comme satisfaisant les exigences figurant aux dispositions des articles L. 1233-61 à L. 1233-62 du code du travail ».

Cette circonstance ne fait pas non plus obstacle « à ce que l'administration, le cas échéant, estime, dans le cadre du contrôle global qui lui incombe, que le PSE est suffisant, eu égard aux moyens de l'entreprise » (CE, 1-6-22, n°434225).

### ► **Licenciement - Attestation**

Le licenciement prononcé en raison d'une attestation délivrée dans le cadre d'une instance judiciaire rend le licenciement nul en raison de l'atteinte portée à la liberté fondamentale de témoigner (Cass. soc., 18-5-22, n°20-14783).

### ► **Action en justice - Syndicat**

Si un syndicat a la capacité pour ester en justice afin de défendre l'intérêt collectif de la profession, il ne peut agir en lieu et place du CSE.

Cependant, si l'action en justice du syndicat est détachable de la demande initiale d'annulation de la réunion, il ne peut être déclaré irrecevable (Cass. soc., 18-5-22, n°20-23321).

### ► **Licenciement - Harcèlement moral**

Une cour d'appel ne peut requalifier la prise d'acte de la rupture du contrat de travail d'une salariée en un licenciement nul dès lors que la salariée n'a demandé que la requalification de sa prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse, et ce, même si la requalification est fondée sur un harcèlement moral avéré (Cass. soc., 18-5-22, n°20-18433).

### ► **Temps partiel - Prescription**

La durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance invoquée, la demande de rappel de salaire fondée sur la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet est soumise à la prescription triennale de l'article L.3245-1 du code du travail (Cass. soc., 9-6-22, n°20-16992).

### ► **Durée du travail**

La Cour de cassation rappelle qu'en cas de litige relatif aux heures de travail, la cour d'appel ne doit pas faire peser la preuve uniquement sur le salarié (Cass. soc., 9-6-22, n°21-11891 et n°21-11482).

### ► **Contrat de travail temporaire - Requalification**

Il n'y a pas lieu de requalifier un contrat de mission pour accroissement temporaire d'activité qui s'est poursuivi par un CDI, lorsqu'il apparaît « que le salarié ait été affecté par un contrat à durée indéterminée à un emploi présentant de grandes similitudes avec celui ayant motivé le recours au contrat temporaire ceci établissant que la société avait tiré les conséquences de la nécessité de pérenniser l'action en prospection, comme le lui avait démontré le salarié, et d'en faire une activité régulière étendue à l'ensemble de l'année » (Cass. soc., 9-6-22, n°21-11482). NDR : cet arrêt est très contestable.

### ► **AGS - Travail dissimulé**

Une décision judiciaire ne peut mettre au passif d'une société en redressement ou liquidation judiciaire, une indemnité pour travail dissimulé lorsqu'elle a été reconnue en dehors des périodes couvertes par l'AGS (en application de l'article L.3253-6 du code du travail les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire) alors que l'indemnité de travail dissimulé concerne la période d'exécution du contrat de travail (Cass. soc., 1-6-22, n°21-11604).

### ► **Elections professionnelles**

L'utilisation d'une seule urne, au lieu de deux, pour contenir les bulletins de vote ne constitue pas une violation des principes généraux du droit électoral.

Dans la mesure où les demandeurs ne prouvent pas que cela a faussé les résultats, il n'y a pas lieu d'annuler les élections (Cass. soc., 1-6-22, n°21-60076).

### ► **Sanction disciplinaire - Prescription**

Un employeur ne peut licencier un salarié pour faute grave sans rapporter la preuve que les faits fautifs dénoncés dans un rapport établi 6 mois plus tôt avaient perduré au moment du licenciement.

A défaut, les faits fautifs sont prescrits (Cass. soc., 1-6-22, n°21-11620).

### ► **Elections professionnelles**

Le tribunal, qui a constaté que le procès-verbal n'avait pas été établi immédiatement après le dépouillement dans la salle de vote en présence des électeurs, et signé par tous les membres du bureau, faisant ainsi ressortir que l'irrégularité relevée était de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et justifiait à elle seule l'annulation des élections, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision (Cass. soc., 1-6-22, n°21-11623).

### ► **Délégué syndical - Périmètre**

Le périmètre de désignation du délégué syndical ne correspond pas obligatoirement au découpage élaboré pour les CSE (Cass. soc., 1-6-22, n°20-60312).

### ► **Salarié protégé - Rupture du contrat**

En raison de la séparation des pouvoirs, une cour d'appel ne peut se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire demandée par le salarié lorsqu'une autorisation de licenciement du salarié protégé a été accordée par l'inspection du travail, même si cette demande a été faite après la demande de résiliation judiciaire (Cass. soc., 1-6-22, n°20-23707).

### ► **Licenciement - Faute grave Atteinte à la vie privée**

L'employeur peut utiliser les messages litigieux provenant d'une messagerie interne à l'entreprise à usage professionnel, en dehors de la présence de l'intéressée, au soutien d'une procédure disciplinaire, les messages litigieux n'ayant pas été identifiés comme personnels par la salariée et étant en rapport avec son activité professionnelle (Cass. soc., 1-6-22, n°21-10330).

### ► **Liquidation judiciaire**

Un liquidateur ne peut être condamné au paiement d'une astreinte en raison de documents ayant trait à la rupture du contrat de travail devant être remis au salarié (Cass. soc., 1-6-22, n°21-13619).

### ► **Congé de reclassement - Intéressement**

Il résulte de l'article L.3342-1 du code du travail que, sous réserve d'une condition d'ancienneté qui ne peut excéder trois mois, tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords de participation ou d'intéressement bénéficient de leurs dispositions, de sorte que les titulaires d'un congé de reclassement, qui demeurent salariés de l'entreprise jusqu'à l'issue de ce congé en application de l'article L.1233-72 du code du travail, bénéficient de la participation ou de l'intéressement, que leur rémunération soit ou non prise en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation. Toutefois, lorsque la répartition de l'intéressement est proportionnelle aux salaires, seuls les salaires assimilables à du temps de travail effectif sont pris en compte pour cette répartition. La période du congé de reclassement n'étant pas légalement assimilée à une période de temps de travail effectif, celle-ci n'a pas à être prise en compte pour le calcul de l'intéressement (Cass. soc., 1-6-22, n°20-16404).

### ► **Droit à la preuve - Temps partiel**

Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'autres salariés à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Lorsque le recours à des heures complémentaires a pour effet de porter la durée du travail d'un salarié à temps partiel au niveau de la durée légale ou conventionnelle, le contrat de travail à temps partiel doit, à compter de la première irrégularité, être requalifié en contrat de travail à temps plein (Cass. soc., 1-6-22, n°21-15991).

### ► **Salarié protégé - Droit disciplinaire**

Une sanction disciplinaire à l'égard d'un salarié protégé ne peut être prononcée qu'en raison de faits constituant un manquement à ses obligations professionnelles envers l'employeur et, sauf abus, le salarié ne peut être sanctionné en raison de l'exercice de son mandat pendant son temps de travail (Cass. soc., 1-6-22, n°21-10555).

### ► **Droit d'alerte du CSE**

Dans les entreprises divisées en établissements distincts, l'exercice du droit d'alerte prévu à l'article L 2312-63 du code du travail étant subordonné à l'existence de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, les CSE d'établissement ne sont pas investis de cette prérogative qui appartient au seul CSE central (Cass. soc., 15-6-22, n°21-13312).

### ► **Inaptitude - Consultation du CSE**

Si le CSE doit être consulté même en l'absence de proposition de reclassement du salarié inapte (Cass. soc., 30-9-20, n°19-16488), l'employeur n'est pas tenu de le consulter lorsqu'il est légalement dispensé de reclassement : « *lorsque le médecin du travail a mentionné expressément dans son avis que tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi, l'employeur, qui n'est pas tenu de rechercher un reclassement, n'a pas l'obligation de consulter* » le CSE (Cass. soc., 8-6-22, n°20-22500).

### ► **Notification de la désignation d'un DS**

La désignation d'un délégué syndical ou d'un représentant de section syndicale au sein d'une unité économique et sociale déjà reconnue est valablement notifiée à une seule personne lorsque celle-ci a la qualité de président commun des entités juridiques composant l'unité économique et sociale (Cass. soc., 15-6-22, n°21-10509).

### ► **Inaptitude - Séparation des pouvoirs**

L'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations.

A cet égard, si le juge ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire postérieurement au prononcé du licenciement notifié sur le fondement d'une autorisation administrative de licenciement accordée à l'employeur, il lui appartient, le cas échéant, de faire droit aux demandes de dommages-intérêts au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse ou de la nullité du licenciement ainsi que d'ordonner le remboursement par l'employeur aux organismes intéressés des indemnités de chômage.

Lorsqu'un licenciement a été notifié à la suite d'une autorisation administrative de licenciement accordée à l'employeur, le juge judiciaire ne peut sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire formée par le salarié même si sa saisine était antérieure à la rupture.

L'objet du litige étant déterminé par les prétentions respectives des parties, un juge ne peut octroyer une somme à titre d'indemnité de licenciement lorsque le salarié n'a pas formulé une telle demande dans ses conclusions (Cass. soc., 15-6-22, n°20-22-430).

### ► **Secret professionnel**

Il résulte des articles L 1110-4 et R 4127-4 du code de la santé publique que le secret professionnel est institué dans l'intérêt des patients. Il s'agit d'un droit propre au patient instauré dans le but de protéger sa vie privée et le secret des informations le concernant.

Un salarié professionnel de santé, participant à la transmission de données couvertes par le secret, ne peut donc se prévaloir, à l'égard de son employeur, d'une violation du secret médical pour contester le licenciement fondé sur des manquements à ses obligations ayant des conséquences sur la santé des patients (Cass. soc., 15-6-22, n°20-21090).

### ► **Accord d'entreprise - Referendum**

Selon l'article L 2232-12 du code du travail, la consultation des salariés appelés à se prononcer sur la validation d'un accord d'entreprise non majoritaire, qui peut être organisée par voie électronique, se déroule dans le respect des principes généraux du droit électoral et selon les modalités prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique.

L'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

Il résulte de ce texte et des principes généraux du droit électoral que les salariés ont la faculté d'exprimer un vote blanc ou nul, que le scrutin ait lieu par vote physique ou par voie électronique, peu important que le protocole d'accord n'ait pas prévu la possibilité du vote blanc et nul, cette faculté, qui n'est prohibée par aucun texte, étant au contraire ouverte à tout électeur en application de sa liberté fondamentale de voter (Cass. soc., 15-6-22, n°21-60107).

### ► **Elections professionnelles - Proclamation résultats**

Selon l'article R 67 du code électoral, immédiatement après la fin du dépouillement, le procès-verbal des opérations électorales est rédigé dans la salle de vote, en présence des électeurs, en deux exemplaires signés de tous les membres du bureau. Dès l'établissement du procès-verbal, le résultat est proclamé en public par le président du bureau de vote et affiché en toutes lettres par ses soins dans la salle de vote.

En matière d'élections professionnelles, est conforme au principe de publicité du scrutin garanti par ce texte, la publication du

résultat par affichage dans la salle de vote ou par tout moyen permettant l'accessibilité de ce résultat, dès sa proclamation, à l'ensemble du personnel au sein de l'entreprise.

La publication des résultats doit être considérée comme régulière, en l'absence de salle de vote, lorsque le bureau de vote se réunit pour dépouiller les résultats, que ceux-ci ont été imprimés dès l'issue des opérations de dépouillement électronique en présence des délégués de liste, affichés puis largement diffusés au sein de l'entreprise à destination de l'ensemble du personnel (Cass. soc., 15-6-22, n°20-21992).

## FOCUS

### **Conseil de prud'hommes : faut-il favoriser la médiation ?**

Selon l'article L 1411-1 du code du travail, les conseils de prud'hommes (CPH) règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail. L'article R 1454-10 du code du travail précise que « le bureau de conciliation entend les explications des parties et s'efforce de les concilier ». Le CPH juge les litiges lorsque la conciliation, devant le bureau de conciliation et d'orientation (BCO), n'a pas abouti.

Les parties peuvent-elles subordonner la saisine du CPH à l'engagement préalable d'une conciliation ou d'une médiation extra-judiciaire ?

Sauf pour certaines professions (comme les officiers publics), la Cour de cassation considère systématiquement que les clauses contractuelles ou conventionnelles imposant, avant de saisir le juge, une procédure de médiation préalable en cas de litige sont inopérantes : « en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de médiation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend » (Cass. soc., 14-6-22, n°22-70004, avis ; Cass. soc., 5-12-12, n°11-20004). Autrement dit, sans remettre en cause la licéité de telles clauses, la Cour de cassation les considère de facto comme facultatives, y compris si les parties avaient prévu son caractère obligatoire. Au final, l'effet dissuasif recherché n'a plus d'intérêt, fort heureusement.

Une fois saisi, le CPH peut proposer une médiation judiciaire aux parties. Selon l'article R 1471-2 du code du travail, « le bureau de conciliation et d'orientation ou le bureau de jugement peut, quel que soit le stade de la procédure :

1° Après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur afin de les entendre et de confronter leurs points de vue pour permettre de trouver une solution au litige qui les oppose ;  
2° Enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur qui les informe sur l'objet et le déroulement de la mesure.  
L'accord est homologué, selon le cas, par le bureau de conciliation et d'orientation ou le bureau de jugement ».

Dans les deux cas, la mesure de médiation est facultative pour le juge qui décide souverainement d'y avoir ou non recours. Il conserve par ailleurs la possibilité de mettre fin, à tout moment, à une médiation sur demande d'une partie, à l'initiative du médiateur ou même d'office lorsque le déroulement de la médiation apparaît compromis.

La médiation judiciaire peut intervenir à toutes les étapes de la procédure, y compris en référé.

Attention, la médiation judiciaire est une procédure payante : les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition (art. 22-2 de la loi n°95-125 du 8 février 1995, modifié).

Pour Force Ouvrière (et notre Congrès de 2022 l'a rappelé expressément dans la résolution sociale), si une justice prud'homale rapide et efficace peut passer par davantage de résolution à l'amiable des litiges, notre organisation rappelle sa ferme opposition à toute forme de médiation (qui est en train d'envahir toutes les juridictions : voir notamment le décret n°2022-245 du 25 février 2022 et la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire), et souligne qu'une phase de conciliation efficiente devant le CPH suppose le rétablissement d'une comparaison personnelle des parties, sous peine de sanctions financières.

FO invite fortement ses conseillers prud'hommes à mieux utiliser la phase de conciliation obligatoire devant le CPH et à bannir la médiation judiciaire, qui est de nature à affaiblir la spécificité de la juridiction prud'homale. Le préliminaire de conciliation devant la juridiction prud'homale constitue une formalité substantielle ; l'omission de cette formalité est susceptible d'entraîner la nullité du jugement.

Au final, la médiation judiciaire ne peut éventuellement trouver son intérêt que lorsque la phase de conciliation devant le CPH n'est pas obligatoire (ex : référé, requalification d'un CDD en CDI...)...mais, en aucun cas, elle ne doit servir à « assécher » la justice prud'homale.