



## Actualités législatives et réglementaires

### ► Conseil de prud'hommes - Transfert

Le décret n°2023-38 du 27 janvier 2023, transférant le siège du conseil de prud'hommes de Lannoy à Lys-lez-Lannoy, est paru au JO du 30.

### ► Covid-19

Le décret n°2023-37 du 27 janvier 2023, relatif aux arrêts de travail dérogatoires délivrés aux personnes contaminées par la Covid-19, est paru au JO du 29.

### ► Travail temporaire - Mayotte

Le décret n°2023-51 du 1<sup>er</sup> février 2023, fixant le montant minimum de la garantie financière des entreprises de travail temporaire à Mayotte, est paru au JO du 2.

### ► Covid-19 - Outre-mer

L'arrêté du 31 janvier 2023, relatif à la prise en charge des examens de dépistage et tests de détection de la Covid-19 en outre-mer, est paru au JO du 2 février.

## Jurisprudence

### ► Collecte des données personnelles

La CJUE considère que, ni la directive (UE) 2016/680 relative à la protection des personnes physiques quant aux traitements de leurs données à caractère personnel dans le cadre de procédure pénales, ni la Charte des droits fondamentaux de l'Union ne s'opposent à ce que le droit national permette à une juridiction pénale d'imposer une mesure forcée de collecte de données, lorsqu'une personne mise en examen pour une infraction intentionnelle poursuivie d'office refuse de coopérer.

La Cour rejette néanmoins la systématisation de la collecte des données pour toutes les personnes mises en examen pour cette catégorie d'infraction.

Considérant celle-ci particulièrement générale, elle pourrait conduire à une collecte des données sensibles pour la plupart des personnes mises en examen indépendamment, notamment, de la nature, de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction.

Ainsi, la Cour juge que l'autorité compétente doit vérifier, d'une part, que la collecte est absolument nécessaire à l'atteinte des objectifs poursuivis et, d'autre part, que ces objectifs ne peuvent pas être atteints par des mesures constituant une ingérence de moindre gravité pour les droits et les libertés de la personne concernée (CJUE, 26-01-23, aff C-205/21, Ministerstvo na vatreshnite raboti).

### ► QPC - CDI intérimaire

La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC concernant la sanction de la requalification du contrat de mission en CDI à l'encontre de l'entreprise utilisatrice, en cas de non-respect de certaines règles encadrant le recours à l'intérim.

La question posée était la suivante « *En autorisant le juge à anéantir les effets d'un CDI intérimaire légalement convenu entre deux parties et en substituant de force un tiers à la relation contractuelle pour y substituer un nouveau CDI* », l'article L1251-40, porte-t-il atteinte à la liberté contractuelle et au « *droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues* » ?

La Haute juridiction affirme que les dispositions législatives critiquées « *sont justifiées par un motif d'intérêt général de lutte contre la précarité pouvant résulter du recours abusif à l'emploi du travail temporaire* ».

La question ne sera donc pas examinée par les Sages (Cass. soc., 25-1-23, n°22-40018).

### ► Inaptitude - Consultation du CSE

La consultation de la délégation unique du personnel relative à la recherche de reclassement d'un salarié déclaré inapte, ne requiert aucun formalisme particulier.

La tenue d'un vote n'est donc pas requise (Cass. soc., 25-01-23, n°21-17478).

### ► Inaptitude - Reclassement - Défaut

Le salarié licencié pour inaptitude suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle et dont l'employeur n'a passivement par écrit les motifs qui s'opposent à son reclassement, est fondé à demander des dommages-intérêts pour violation de la procédure de reclassement (Cass. soc., 25-01-23, n°21-17663).

### ► **Inaptitude - Reclassement**

Satisfait à son obligation de reclassement l'employeur qui a soumis au salarié plusieurs offres de reclassement correspondant aux recommandations de la médecine du travail et qui sont comparables au poste précédemment occupé par le salarié, et qui se voit opposer un refus de la part du salarié d'assister à l'entretien organisé par l'employeur en vue de discuter des possibilités de reclassement (Cass. soc., 25-01-23, n°20-10135).

### ► **Prise d'acte de la rupture - VRP**

Le défaut de réponse aux conclusions constitue un défaut de motifs. Ne motive pas sa décision le juge qui déboute un salarié VRP de sa demande de prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur sans se prononcer sur les conclusions du salarié qui soutient que constitue un manquement grave, la résistance opposée par l'employeur à la communication des éléments permettant le calcul des commissions dues au salarié (Cass. soc., 25-01-23, n°20-22947).

### ► **Forfait jours - Nullité**

Est nulle, la convention de forfait jours qui ne prévoit qu'un entretien de fin d'année au cours duquel le salarié et son responsable hiérarchique font un point sur l'organisation du travail, l'amplitude des journées de travail, la charge de travail, et qui n'organise pas un suivi effectif et régulier de la charge de travail permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable.

Cette convention ne garantit pas que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables (Cass. soc., 25-01-23, n°21-20912).

### ► **Forfait jours - Autonomie du salarié**

Ni la taille réduite de l'entreprise, ni la présence d'autres salariés dans les locaux ne permettent de considérer le salarié comme autonome, condition nécessaire à la conclusion d'une convention de forfait jours.

Pour juger un salarié autonome, seuls comptent l'autonomie du salarié dans l'organisation de son emploi du temps, et les raisons qui le conduisent à ne pas suivre l'horaire collectif de travail (Cass. soc., 25-01-23, n°21-16825).

### ► **Maîtres agréés - Retraite - Indemnité**

Le principe d'assimilation et d'équivalence de la rémunération des maîtres agréés des établissements d'enseignement privés sous contrat simple avec celle des instituteurs de l'enseignement public concerne les traitements, avantages et indemnités attribués par l'Etat.

Il en résulte que les maîtres agréés exerçant dans un établissement d'enseignement privé lié à l'Etat par contrat simple, bénéficiaires de la retraite additionnelle de la fonction publique ne sont pas en droit de percevoir également l'indemnité de départ à la retraite prévue par la convention collective nationale des secteurs sanitaires, sociaux et médico-sociaux (Cass. soc., 1-02-23, n°21-10546).

### ► **CSE - Mise en place - Etablissements distincts**

Les critères retenus pour déterminer des établissements distincts relèvent de la seule liberté des partenaires sociaux. La fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts au sein de l'entreprise doit cependant être de nature à permettre la représentation de l'ensemble des salariés (Cass. soc., 1-02-23, n°21-15371).

### ► **Transaction - Préjudice d'anxiété**

Le préjudice d'anxiété, qui ne résulte pas de la seule exposition à un risque créé par l'amiante, est constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance de ce risque par les salariés. Il naît à la date à laquelle les salariés ont connaissance de l'arrêté ministériel d'inscription de l'établissement sur la liste des établissements permettant la mise en œuvre de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante.

La transaction par laquelle le salarié déclare expressément et irrévocablement renoncer à l'exercice de tout droit, introduction ou poursuite d'une action, à former toute demande à l'encontre de l'employeur ou une autre société du groupe au titre de la formation, exécution, interprétation ou rupture du contrat de travail, emporte exclusion du droit à indemnisation au titre du préjudice d'anxiété (Cass. soc., 25-01-23, n°21-19996).

### ► **Changement des conditions de travail**

L'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, peut changer les conditions de travail d'un salarié et la circonstance que la tâche donnée à un salarié soit différente de celle qu'il exécutait antérieurement, dès l'instant qu'elle correspond à sa qualification, ne caractérise pas une modification du contrat de travail pouvant être refusée par le salarié.

Ayant constaté que, du fait de ses nouvelles fonctions transversales, la position du salarié était inchangée, qu'il n'avait subi aucune rétrogradation ni déclassification démontrée, avait conservé sa rémunération fixe, le juge a pu décider que ce changement de fonction ne constituait pas une modification de son contrat de travail et que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié produisait les effets d'une démission (Cass. soc. 25-01-23, n°21-18141).

### ► **Modification du contrat de travail**

L'annulation et le remplacement de l'indemnité de remboursement des frais de déplacement par l'attribution d'un véhicule de l'entreprise, sans l'accord du salarié concerné, constitue une modification de son contrat de travail dépassant le simple pouvoir de direction de l'employeur, susceptible d'entraîner sa condamnation à verser des dommages et intérêts (Cass. soc., 25-1-23, n°21-19169).

### ► **Prescription - Suspension**

La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure. Ayant constaté que les certificats médicaux produits indiquaient que, à la suite de son hospitalisation et durant les trois années qui ont

suivi, le salarié présentait d'importants troubles anxiodépressifs, s'accompagnant de crises de panique incessantes, l'empêchant de mener à bien toute démarche tant personnelle que sociale et administrative, notamment lors de la gestion de son dossier prud'homal, et que son état s'était aggravé, caractérisant ainsi la force majeure, le juge a pu en déduire que l'intéressé s'était trouvé dans l'impossibilité d'agir et que la prescription avait été suspendue, rendant recevable l'action en contestation de son licenciement (Cass. soc., 25-1-23, n°21-17791).

### ► **Syndicat - Intérêt collectif de la profession**

Le juge ne saurait débouter le syndicat de sa demande en paiement de dommages-intérêts alors qu'il avait retenu que les dispositions de la convention collective du commerce de détail et de

gros à prédominance alimentaire relatives au forfait en jours ne comportaient pas de garanties suffisantes pour que la charge et l'amplitude de travail des salariés concernés restent raisonnables, que l'accord d'entreprise conclu sur la base de cette convention collective n'était pas davantage protecteur et que le syndicat dénonçait la mise en place d'une convention de forfait sur la base de cet accord d'entreprise, ce dont il résultait qu'une atteinte avait été portée à l'intérêt collectif de la profession (Cass. soc., 25-1-23, n°20-10135).

## FOCUS

### **Licenciement économique : détermination des critères d'ordre des licenciements**

Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou d'accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du CSE. A l'occasion de cette consultation, il doit indiquer quelles sont les catégories professionnelles concernées par les licenciements.

Ces critères prennent notamment en compte (art. L 1233-5 du code du travail) :

1. les charges de famille, en particulier celles des parents isolés ;
2. l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise ;
3. la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés ;
4. les qualités professionnelles appréciées par catégorie.

Cette liste n'est pas limitative et l'employeur peut y ajouter d'autres critères. Il peut privilégier certains critères, sous réserve de n'en exclure et d'en neutraliser aucun. Par exemple, l'application uniforme d'un critère d'ordre, de sorte qu'il neutralise la capacité à déterminer quels salariés doivent être licenciés, équivaut à l'absence de prise en compte du critère (CE, 1-2-17, n°391744).

Les critères doivent être pertinents, objectivement justifiés et exempts de discrimination. Autrement dit, les critères doivent être objectifs, mais également leur application à chaque salarié doit résulter d'éléments vérifiables et objectifs et être mise en œuvre de manière loyale. Tel n'est pas le cas de la décision de l'employeur de valoriser, au titre des qualités professionnelles, un diplôme de langue de faible intérêt pour un poste administratif dans un établissement agricole, ou de pondérer le critère des charges de famille par tranches d'âge des enfants sans que cette distinction soit justifiée (Cass. soc., 18-1-23, n°21-19675 et n°21-19633).

En cas de contestation, il appartient à l'employeur de communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix.

Lorsque tous les postes de la catégorie professionnelle sont supprimés, les critères d'ordre des licenciements n'ont pas lieu de s'appliquer. Dans cette hypothèse, chaque salarié occupant un poste supprimé est licencié, sauf à ce qu'il soit redassé en interne. Également, lorsque le salarié qui occupe le poste à supprimer est le seul dans sa catégorie professionnelle, il n'y a pas lieu non plus à application des critères d'ordre.

Lorsque seulement certains postes au sein de la catégorie professionnelle sont supprimés, les critères d'ordre des licenciements visant à déterminer quels salariés vont être licenciés trouvent lieu à s'appliquer. Dans cette hypothèse, ce n'est pas forcément le salarié qui occupe effectivement le poste supprimé qui est licencié. Dit autrement, l'application des critères peut aboutir à licencier un salarié dont le poste n'est pas supprimé.

Les critères relatifs à l'ordre des licenciements s'appliquent à l'ensemble du personnel de l'entreprise et non pas au niveau des seuls services concernés par les mesures de licenciement pour motif économique. Ils s'apprécient au niveau de l'entreprise entière et non au niveau de l'établissement, même en cas de fermeture de celui-ci.

En l'absence d'accord collectif qui fixe le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, l'employeur peut fixer unilatéralement un tel périmètre, sous réserve que celui-ci ne soit pas inférieur à la zone d'emploi concernée par les licenciements. Les zones d'emploi sont celles référencées dans l'atlas des zones d'emploi établi par l'Institut national de la statistique et des études économiques et les services statistiques du ministre chargé de l'emploi (art. D 1233-2 du code du travail)

Le salarié peut, dans un délai de 10 jours à compter de la date de son départ de l'entreprise, demander à l'employeur les critères retenus.

La demande est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge. L'employeur doit répondre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge dans les 10 jours suivant la présentation de la lettre du salarié ou la remise en main propre de celle-ci. A défaut de réponse ou en cas de réponse tardive, l'employeur s'expose à devoir verser des dommages et intérêts qui peuvent se cumuler avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Ce délai de 10 jours est un délai strict ; si la demande est formulée, ne serait-ce qu'un seul jour après son expiration, l'employeur n'est pas tenu d'y répondre. En revanche, le salarié peut formuler sa demande en cours de préavis ou même dès la notification de son licenciement.

Lorsque le litige porte sur la définition des catégories professionnelles ou sur une contestation des critères d'ordre et de leurs règles de pondération (qui est différent d'un litige sur l'application des critères d'ordre des licenciement) celui-ci relève, en présence d'un PSE unilatéral, de la compétence du juge administratif. Les salariés qui souhaitent contester ces points doivent introduire un contentieux dans le délai de deux mois à compter du jour où la décision d'homologation a été portée à leur connaissance.

A l'opposé, l'inobservation ou la mauvaise application des critères d'ordre de licenciement est de la compétence du juge judiciaire (Cass. soc., 16-2-22, n°20-14969).

L'inobservation des règles de l'ordre des licenciements, qui n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, constitue une illégalité qui entraîne pour le salarié un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte de son emploi, sans cumul possible avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou avec l'indemnité prévue par l'article L. 1233-58, II, alinéa 7 du code du travail.

Le juge doit apprécier l'étendue du préjudice subi par chacun des salariés au vu de leur situation personnelle et professionnelle particulière respective, la réparation de ce préjudice n'étant pas soumise au plafond du barème de l'article L. 1235-3 du code du travail.

Autrement dit, l'échelle des dommages-intérêts pouvant être accordée par les juges du fond peut être plus large que celle prévue en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, puisque l'indemnisation s'apprécie au regard de l'entier préjudice réellement subi par le salarié. L'indemnité sera conséquente s'il s'avère que le salarié n'aurait pas été licencié si les critères avaient été respectés ou si le salarié a peu de chances de trouver un nouvel employeur. Elle sera moindre si, par exemple, le salarié a retrouvé rapidement un emploi.