

NEWSLETTER / SOCIAL

L'actualité en droit social

Faits relevant de la vie privée du salarié :

attention à la motivation du licenciement !

Monsieur F. est directeur d'un établissement dépendant de l'Ordre de Malte et accueillant des adultes vulnérables. A la ville, il s'adonne à la photographie artistique. Ses deux vies cohabitent sans encombre, jusqu'au jour où Monsieur F. a une épiphanie : il se rend dans une église et, dans sa tenue d'Adam, s'agenouille sur un prie-Dieu, immortalise l'instant... et le diffuse sur sa page Facebook.

Ladite page étant publique, la photographie est portée à la connaissance de l'association des Œuvres hospitalières françaises de l'Ordre de Malte, qui ne sait plus à quel saint se vouer.

Elle licencie Monsieur F. pour faute grave, au motif que le salarié a commis un abus dans sa liberté d'expression hors de l'entreprise.

Monsieur F. part en croisade contre cette sanction, mais la Cour d'Appel de Paris le déboute. Elle considère, en effet, que la large diffusion de la photographie litigieuse par le salarié sur le réseau social était inappropriée et excessive et caractérise un comportement fautif. Elle considère que Monsieur F. a commis un abus dans l'exercice de la liberté d'expression, de nature à causer un tort à l'employeur, nonobstant le fait que la photographie a été prise à des fins artistiques hors de son lieu de travail et sur le temps de sa vie privée.

Elle se fonde par ailleurs sur la circonstance que Monsieur F. travaillait auprès d'une population sensible, ce qui exigeait de la part du personnel les entourant, et a fortiori de la part du directeur de l'établissement, un comportement et des attitudes excluant toute confusion à cet égard et, par suite, une obligation de retenue directement inhérente à ses fonctions et à ses obligations déontologiques. Elle évoque, par ailleurs, la protection de l'intégrité et de la sécurité du personnel et des résidents de l'établissement.

La croisade se poursuit jusque devant la Cour de Cassation, laquelle tranche dans un arrêt du 23 juin (Cass. soc. 23 juin 2021, n°19-21.651) finalement en faveur de Monsieur F. Elle rappelle, au visa de l'article L.1121-1 du Code du travail, qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut justifier un licenciement disciplinaire que s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail. Ce manquement constitue la faute disciplinaire. S'il n'est pas caractérisé, point de miracle : il n'y a pas de faute.

Nul mystère dans cette décision : la Cour suit le fil d'une jurisprudence constante qui se fait parole d'évangile, selon laquelle un fait relevant exclusivement de la vie privée ne saurait justifier un licenciement disciplinaire, par définition fondé sur l'inexécution d'une obligation contractuelle.

La position de la Cour aurait très certainement été différente si, à la suite de cette photo l'employeur avait licencié le salarié non pas pour motif disciplinaire mais pour cause réelle et sérieuse, en raison du trouble objectif généré par le cliché. Ce trouble objectif étant apprécié notamment, selon, la fonction occupée par le salarié et/ou la finalité propre de l'entreprise.



Martine Riou
Associée / Partner

riou@coblence-avocats.com



Léa Fonseca
Collaboratrice / Associate

fonseca@coblence-avocats.com



coblence
avocats

Cette décision nous rappelle aussi que « l'abus de la liberté d'expression » est à manier avec prudence.

La messe est dite !

ACTUALITÉ LÉGISLATIVE

➤ [Arrêté du 27 septembre 2021 relatif au relèvement du salaire minimum de croissance](#)

Depuis le 1er octobre 2021, le taux du salaire minimum de croissance a été majoré de 2,20%.

Le SMIC horaire brut s'élève désormais à 10,48 euros.

➤ **Instruction du Directeur Général du Travail pour le contrôle de l'égalité entre les femmes et les hommes**

Le Directeur Général du Travail, Monsieur Pierre Romain, a adressé une instruction sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à ses services le 7 septembre dernier.

Elle précise les dispositions que les entreprises doivent respecter en la matière notamment celles sur l'index.

Cette instruction détaille le temps du contrôle et indique que la transmission de l'index à l'administration doit permettre aux agents de :

- ✓ « de prioriser les actions [...] en privilégiant le contrôle des entreprises n'ayant pas publié leur index ou de celles assujetties à l'obligation de définir des mesures de corrections » (soit celles ayant obtenu une note inférieure à 75 points sur 100) ;
- ✓ « de cibler, lors de l'intervention, les facteurs d'inégalité révélés par l'index (absence d'augmentation salariale au retour du congé de maternité, écarts salariaux particulièrement importants pour telle catégorie de personnel et/ou telle tranche d'âge, etc.) » ;
- ✓ et « de mobiliser les partenaires sociaux sur ces questions et de les inciter à négocier des mesures efficaces et pertinentes de correction ».

En cas de défaut de publication de l'index ou de définition de mesures de correction, il est demandé aux services de mettre en demeure les employeurs.

Cependant, dans un certain nombre de cas, notamment si l'employeur a mal calculé ses indicateurs, l'agent devra, dans un premier temps, en informer l'employeur afin qu'il puisse effectuer les corrections nécessaires.

➤ [Questions-réponses sur l'obligation de vaccination ou de détenir un pass sanitaire pour certaines professions](#)

Les questions-réponses du gouvernement a été mis à jour le 21 septembre dernier. Il vient préciser l'articulation entre la suspension du contrat de travail en cas de non-respect de l'obligation vaccinale et le placement en arrêt maladie.



Dans le cas où le salarié est placé en arrêt maladie avant la suspension de son contrat pour non-respect de l'obligation vaccinale, son contrat est suspendu selon les règles du droit commun c'est-à-dire qu'il adresse dans les 48 heures un arrêt de travail à son employeur et il perçoit les indemnités journalières de la sécurité sociale et le cas échéant le complément employeur.

Dans le cas où le contrat du salarié est suspendu en raison du non-respect de l'obligation vaccinale puis placé en arrêt maladie, celui-ci bénéficie des indemnités journalières de la sécurité sociale mais ne perçoit pas le complément employeur pour la durée de l'arrêt de travail sauf stipulations contraires prévues par les conventions collectives.

➤ [Décret n° 2021-1162 du 8 septembre 2021 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020](#)

Ce décret fixe une nouvelle liste de critères permettant à un salarié dit vulnérable d'être indemnisé au titre de l'activité partielle à compter du 27 septembre 2021.

Plusieurs catégories de salariés sont visées.

La première catégorie concerne les salariés qui répondent aux trois critères cumulatifs suivants :

- ✓ Respecter un critère lié à l'âge ou à l'état de santé ;
- ✓ Être affecté à un poste de travail susceptible de les exposer à de fortes densités virales ;
- ✓ Ne pas pouvoir, ni recourir totalement au télétravail, ni bénéficier des mesures de protection renforcées prévues.

Deux autres catégories de salariés sont également concernées dont notamment les salariés sévèrement immunodéprimés répondant aux deux critères cumulatifs suivants : être dans l'une des situations décrites (notamment avoir reçu une transplantation d'organe ou de cellules souches hématopoïétiques, être dialysés chroniques ...) et ne pas pouvoir recourir totalement au télétravail.

Ces différents critères sont appréciés par un médecin selon les conditions prévues.

➤ [Décret n° 2021-1251 du 29 septembre 2021 fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime d'assurance chômage](#)

Ce décret prévoit l'entrée en vigueur au 1er octobre 2021 des modalités relatives au calcul du salaire journalier de référence, de la durée d'indemnisation et des différés d'indemnisation du régime d'assurance chômage.

Désormais, le salaire de référence pris en considération pour fixer le montant de la partie proportionnelle de l'allocation journalière est établi, sous réserve de l'article 12, à partir des rémunérations correspondant à la période de référence d'affiliation, entrant dans l'assiette des contributions patronales, dès lors qu'elles n'ont pas déjà servi pour un précédent calcul.

En outre, le salaire journalier moyen de référence est égal au quotient du salaire de référence par le nombre de jours calendaires correspondant à la durée de l'indemnisation.

Par ailleurs, la durée d'indemnisation est égale à un nombre de jours calendaires déterminé de la manière suivante : sont pris en compte les jours calendaires à compter du premier jour de la première période d'emploi incluse dans la période de référence d'affiliation, jusqu'au terme de cette période de référence, après déduction des jours, situés en dehors d'une période pendant laquelle l'intéressé bénéficie d'un contrat de travail, correspondant à plusieurs périodes indemnisées.

Enfin, le différé d'indemnisation congés payés correspond au nombre de jours qui résulte du quotient du montant total des indemnités compensatrices de congés payés versées à l'occasion de toutes les fins de contrat de travail situées dans les 182 jours précédents la dernière fin de contrat de travail, par le salaire journalier de référence. Il est limité à 30 jours maximum.



ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE

❑ Exécution du contrat

- [Une procédure d'enquête initiée par un syndicat en matière d'harcèlement n'interdit pas une action ultérieure du salarié : Cass. soc. 8 septembre 2021 n°20-14.011](#)

Des représentants du personnel ont exercé un droit d'alerte en raison de faits présumés de harcèlement moral à l'encontre d'une salariée. Un syndicat a exercé une action en justice, en substitution de la victime alléguée, en vue de faire désigner un conseiller rapporteur aux fins d'enquêter sur les faits de harcèlement en lien avec le droit d'alerte des élus. Le syndicat a été débouté par un jugement du Conseil de Prud'hommes du 26 novembre 2013.

Le 11 juin 2013, la salariée visée par le droit d'alerte a saisi le Conseil de Prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail. En outre, elle a sollicité diverses sommes au titre de l'exécution de son contrat de travail. Elle est déboutée par le Conseil de Prud'hommes et ensuite par la Cour d'Appel en raison notamment de l'autorité de chose jugée.

La Cour de Cassation vient juger au contraire que ni le principe de l'autorité de la chose jugée, ni celui de l'unicité de l'instance ne font obstacle à ce que, suite à un jugement rendu par la juridiction prud'homale sur le fondement de l'article L. 2313-2 du code du travail, dont l'objet est de faire ordonner les mesures propres à faire cesser une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles, la salariée intéressée engage ultérieurement une action au titre de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail. L'affaire est donc renvoyée devant une autre Cour d'Appel.

- [Modification du contrat de travail en raison du recours systématique aux heures supplémentaires : Cass. soc. 8 septembre 2021 n°19-16.908](#)

Un salarié a été embauché aux 35 heures. Son employeur a exigé systématiquement qu'il travaille 50 minutes supplémentaires par jour, portant ainsi sa durée du travail à 39 heures. Le salarié a été licencié pour faute grave en raison notamment du non-respect de l'horaire collectif. La Cour de Cassation approuve la Cour d'Appel pour avoir jugé que le caractère systématique du recours aux heures supplémentaires modifiait le contrat de travail de l'intéressé, de sorte que son accord exprès était requis. A défaut d'accord, son refus d'effectuer des heures supplémentaires n'était pas fautif.

❑ Rupture du contrat

- [Irrégularité de la procédure devant le conseil de discipline : Cass. soc. 8 septembre 2021 n° 19-15.039](#)

Un licenciement notifié avant le 24 septembre 2017 est sans cause réelle et sérieuse si l'irrégularité de la procédure prévue par une convention collective a privé le salarié de la possibilité d'assurer utilement sa défense devant le conseil de discipline.

Dans cette affaire en application de la convention collective nationale du Crédit agricole un conseil de discipline a été saisi sur un projet de licenciement. Les dispositions conventionnelles prévoient la communication du dossier au salarié et au conseil de discipline huit jours avant sa réunion.

La Cour d'Appel a considéré que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse au motif que le terme « communication du dossier » signifie communication de l'entier dossier sur lequel l'employeur fonde ses poursuites disciplinaires, et non communication d'un seul élément dudit dossier, ceci afin de permettre aux membres du conseil de discipline d'appréhender de façon claire la situation qui leur est soumise et au salarié d'assurer sa défense utilement devant ce conseil de discipline chargé de donner un avis sur la mesure de licenciement envisagée par l'employeur.

La Cour de Cassation juge que la Cour d'Appel aurait dû rechercher si l'irrégularité constatée avait privé le salarié de la possibilité d'assurer utilement sa défense devant le conseil de discipline. L'affaire est donc renvoyée devant une nouvelle Cour d'Appel.

A titre de rappel, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2017-1387 la violation par l'employeur d'une procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ne le prive plus de cause réelle et sérieuse. Il s'agit d'une simple irrégularité de procédure ouvrant droit à une indemnité ne pouvant excéder un mois de salaire.

- [Indemnité de rupture conventionnelle minimale : Cass. soc. 5 mai 2021 n°19-24.650](#)

La loi prévoit que l'indemnité de rupture conventionnelle doit être au moins égale à l'indemnité légale de licenciement. Toutefois, pour les entreprises relevant de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, tel que modifié par un avenant du 18 mai

2019 (ANI), l'indemnité de rupture conventionnelle doit être au moins égale à l'indemnité conventionnelle de licenciement si son montant est plus élevé que l'indemnité légale de licenciement.

Dans cette affaire, une salariée a signé une rupture conventionnelle avec son employeur et dans ce cadre a perçu une indemnité de rupture conventionnelle égale à l'indemnité légale de licenciement. Elle a saisi le Conseil de Prud'hommes d'une demande de versement complémentaire. Elle estimait que l'indemnité de rupture conventionnelle devait au moins être égale à l'indemnité conventionnelle de licenciement.

L'accord collectif applicable au sein de l'entreprise prévoyait :

- Une indemnité de licenciement conventionnelle réservée à certains cas de rupture pour motif personnel renvoyant pour le reste à l'indemnité légale de licenciement,
- Une indemnité de licenciement pour motif économique.

La Cour de Cassation, à l'instar de la Cour d'Appel lui donne raison. L'accord collectif applicable prévoyait une indemnité conventionnelle de licenciement plus favorable que l'indemnité légale de licenciement prévue par l'article L. 1237-13 du code du travail. En application de l'ANI, la salariée pouvait prétendre à une indemnité spécifique de rupture dont le montant ne pouvait pas être inférieur à l'indemnité conventionnelle de licenciement.

Relations collectives

➤ [Les heures de délégation du conseiller du salarié : Cass. soc. 23 juin 2021 n°19-23.847](#)

Un salarié a été désigné conseiller du salarié. Son employeur ne lui ayant pas payé le temps consacré à l'exercice de sa mission de conseiller du salarié, il a saisi le Conseil de Prud'hommes en référé. L'employeur a été condamné à payer un certain somme à titre provisoire pour les heures consacrées à sa mission de conseiller du salarié. L'employeur a formé un recours contre cette décision. La Cour de Cassation remet en cause l'ordonnance en jugeant qu'il appartient au salarié, investi de la mission de conseiller du salarié et qui réclame le paiement du temps passé à sa mission pendant ses heures de travail, de remettre un justificatif, à savoir les attestations des salariés ayant bénéficié de son assistance.

➤ [La parité des listes électorales et suppléance : Cass. soc. 22 septembre 2021 n°20-16.859](#)

Un salarié a été élu membre titulaire pour le second collège sur la liste syndicale CFE-CGC comportant deux candidats hommes. Une salariée a saisi le tribunal d'instance aux fins d'annuler cette liste pour non-respect de la représentation équilibrée des femmes et des hommes. Elle a en outre sollicité que soit attribué le statut d'élu titulaire dans le collège concerné à un autre salarié, candidat présenté sur la liste du syndicat CGT. La société a demandé à titre principal le rejet de cette demande et subsidiairement, qu'en cas d'annulation, soit désigné comme titulaire le suppléant de la liste présentée par le syndicat CFE-CGC pour ce même collège.

L'élection de l'élu CFE-CGC est annulée par le Tribunal. Ce dernier n'a en revanche pas fait droit à la demande de l'employeur tendant à ce que le suppléant CFE-CGC soit désigné en remplacement. La Cour de Cassation confirme la position du Tribunal. En effet, l'annulation de l'élection d'un élu surnuméraire du sexe surreprésenté ne figure pas au nombre des causes de cessation des fonctions prévues par l'article L. 2314-33 du code du travail et aucun renvoi n'a été fait par le législateur aux dispositions de l'article L. 2314-37 de ce même code, relatives au remplacement d'un délégué titulaire qui cesse ses fonctions. Aussi, le suppléant ne peut pas occuper le siège de membre titulaire laissé vacant suite à l'annulation de l'élection de ce dernier.

Dans un tel cas de figure, l'employeur peut donc se retrouver contraint d'organiser des élections partielles. Pour 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 membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique est réduit de moitié ou plus, sauf si ces événements interviennent moins de six mois avant le terme du mandat des membres de la délégation du personnel du comité social et économique (L. 2314-10 du code du travail).

➤ [L'électorat des cadres dirigeants : Cass. soc. 15 septembre 2021 n°21-40.013](#)

Une société a organisé les élections de plusieurs CSE d'établissements. Un syndicat a saisi le tribunal aux fins d'annulation des élections professionnelles pour le 3ème collège au sein d'un établissement au motif que les directeurs de magasins avaient été inscrits en qualité d'électeurs. Dans le cadre de cette procédure un autre syndicat a sollicité la transmission à la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Le tribunal a transmis la question prioritaire de constitutionalité (QPC) suivante à la Cour de Cassation :

« La disposition de l'article L. 2314-18 du code du travail telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour de cassation, en privant certains travailleurs de la qualité d'électeur aux élections professionnelles, et en n'encadrant pas mieux les conditions de cette exclusion et en ne les distinguant pas des conditions pour n'être pas éligibles, ne méconnaît-elle pas le principe de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail à la gestion des entreprises défini au point 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? »

La Cour de Cassation valide cette question et la transmet au Conseil Constitutionnel. Affaire à suivre...

Pour rappel en l'état, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation (Cass. soc., 31 mars 2021 n° 19-25.233), que les articles L. 2314-18 et L. 2314-19 du code du travail sont interprétés en ce sens que ne peuvent ni exercer un mandat de représentation du personnel ni être électeurs les salariés qui, soit disposent d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise, soit représentent effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel.

➤ [Condition pour désigner un défenseur syndical : Conseil Constitutionnel 14 septembre 2021 n°2021-928 QPC JO 16 septembre 2021](#)

Dans cette affaire était contesté le fait que seules les organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel, national et multi-professionnel ou dans au moins une branche peuvent proposer des candidats aux fonctions de défenseur syndical. Ce faisant, elles établissent une différence de traitement entre ces organisations et les autres organisations syndicales.

En adoptant ces dispositions relatives aux conditions de désignation des défenseurs syndicaux, le législateur a entendu améliorer l'efficacité et la qualité de la justice prud'homale. Toutefois, le critère de représentativité ne traduit pas la capacité d'une organisation syndicale à désigner des candidats aptes à assurer cette fonction. Il en résulte que la différence de traitement, qui n'est pas non plus justifiée par un motif d'intérêt général, est sans rapport avec l'objet de la loi. Par conséquent, les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité devant la loi. Elles doivent donc être déclarées contraires à la Constitution.

Désormais et en raison de cette QPC, une organisation syndicale, même non représentative, peut proposer à l'administration la désignation d'un défenseur syndical.

ACTUALITÉ DU CABINET

ÉVÉNEMENTS A VENIR

📅 Webinar: Mardi 16 novembre 2021

de 09h00 à 10h30

« *Le règlement intérieur du CSE :
comprendre les enjeux, le maîtriser* »

➡ Inscriptions : evenement@coblence-avocats.com

ACTUALITÉ MÉDIAS

➡ L'égalité des revenus dans le domaine sportif : un vœu pieux?
Alexandra Briens livre son analyse au Journal Spécial des Sociétés

🔗 <https://lnkd.in/dh9uPFKa>

➡ Laurent Guardelli élu membre du bureau d'AvoSial (Syndicat des
avocats d'entreprise en droit social)

🔗 <https://bit.ly/3uQZB7a>

➡ Santé au travail : le monde d'après - Le décryptage par Catherine
Davico-Hoarau et Myrtille Lapuelle pour Economie Matin

🔗 <https://lnkd.in/dvc88pBv>

VOS CONTACTS

Catherine Davico-Hoarau : hoarau@coblence-avocats.com

Chantal Giraud-van Gaver : van-gaver@coblence-avocats.com

Laurent Guardelli : guardelli@coblence-avocats.com

Myrtille Lapuelle : lapuelle@coblence-avocats.com

Martine Riou : riou@coblence-avocats.com