

## A RETENIR

- ❖ **Recrutement : respecter le RGPD grâce au futur guide de la CNIL (Projet de guide recrutement, www.cnil.fr)**

La CNIL a lancé **une consultation publique** jusqu'au 19 novembre 2021 sur un projet de guide visant à **aider les recruteurs à respecter le RGPD**. Voici d'ores et déjà une synthèse. Le guide définitif sera publié sur le site de la CNIL **en février 2022**.

En 2002, la CNIL avait publié une recommandation « relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement » (*délib. CNIL n° 02-017 du 21 mars 2002*). **Le RGPD, en vigueur depuis le 25 mai 2018, imposait une mise à jour par la CNIL (règle UE 2016/679 du 27 avril 2016, JOUE 4 mai 2016)**.

C'est aujourd'hui chose faite avec le projet de guide relatif au recrutement. Selon la CNIL, il s'agit d'un « instrument de régulation souple » qui « a vocation à donner davantage de sécurité juridique » aux recruteurs (employeurs, cabinets de recrutement, société d'intérim, etc.)

**Composé de 19 fiches**, le guide applique les principes du RGPD au **processus de recrutement** (fiches 1 à 9).

Il répond aussi aux questions résultant de l'utilisation des nouvelles technologies par les recruteurs ou à certaines questions spécifiques (*un recruteur peut-il avoir recours à des outils d'évaluation de la personnalité du candidat ou aux données disponibles sur les réseaux sociaux ? A quelles conditions peut-il procéder à des entretiens vidéo ? Quelles règles s'appliquent à la collecte du casier judiciaire, aux vérifications obligatoires ou à la collecte de données sensibles telles la santé, la religion, la sexualité ? etc.*) (fiches 10 et s.).

## A LIRE AUSSI

### 1- TEXTES..... 2

Le CSP est prolongé jusqu'au 31 décembre 2022 ..... 2

Contribution 1 % CPF-CDD : deux types de contrats ne seront plus exonérés à partir de 2022 ..... 3

Comment fonctionnera l'exonération des employeurs d'apprentis à partir de 2022 ? ..... 3

Le contrat doctoral de droit privé entre en application .. 4

Accord-cadre formation : 7 négociations s'ouvriront en 2022 pour adapter la loi Avenir professionnel ..... 5

### 2- JURISPRUDENCE ..... 6

Le covoiturage n'est pas un « transport en commun » permettant à l'employeur de s'exonérer de l'indemnité de grand déplacement ..... 6

Un entretien préalable est parfois obligatoire avant un avertissement ..... 6

Même affilié à une caisse de congés payés, l'employeur doit justifier qu'il a fait le nécessaire pour la prise des congés ..... 7

Lorsqu'un salarié prétend qu'il n'a pas pris de congé, c'est à l'employeur de prouver le contraire ..... 8

L'employeur n'a pas à motiver les raisons du report d'un congé sabbatique ..... 9

Non-respect du SMIC : pas de dommages-intérêts distincts des intérêts de retard sans preuve de mauvaise foi ..... 10

Minima : l'assiette du salaire peut intégrer des compléments de rémunération ..... 10

Non-respect de la représentation équilibrée sur les listes de candidats : le titulaire dont l'élection est annulée ne peut être remplacé ..... 11

Discrimination : un salarié peut agir en référé pour obtenir des informations avant d'attaquer au fond ..... 11

### 3- CONVENTIONS COLLECTIVES..... 13

### CHIFFRES CLÉS 2021 ..... 14



7, place de l'Hôtel de Ville  
42000 Saint-Etienne  
Tél : 04 77 33 12 06  
Mail : avocats@lex-part.fr



3, cours Charlemagne  
69002 Lyon  
Tél : 04 27 46 90 60  
Mail : avocats@lex-part.fr



20, rue de la Gazelle  
43000 Le Puy-en-Velay  
Tél : 04 77 33 12 06  
Mail : avocats@lex-part.fr

## 1- TEXTES

### ❖ **Le CSP est prolongé jusqu'au 31 décembre 2022 (Arrêté du 24 septembre 2021, JO 26)**

Par deux avenants du 28 juin 2021, les partenaires sociaux ont décidé de prolonger **jusqu'au 31 décembre 2022** la convention du 26 janvier 2015 relative au CSP ainsi que celle du 17 juillet 2018 spécifique à Mayotte (avenants 2 et 5 du 28 juin 2021). Ces deux avenants ont été agréés par un arrêté du 24 septembre 2021.

En vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2015, le contrat de sécurisation professionnelle (CSP) est un dispositif que l'employeur doit proposer aux salariés licenciés économiques, si l'entreprise a :

- moins de 1 000 salariés ;
- ou est inscrite dans un processus de redressement ou de liquidation judiciaires.

Le CSP consiste en un parcours de retour à l'emploi du salarié, avec des mesures d'accompagnement renforcé et personnalisé et des périodes de formation et de travail en vue d'une reconversion voire d'une création ou reprise d'entreprise. Le bénéficiaire perçoit une allocation sécurisation professionnelle (ASP), dont le montant équivaut à **75 % du salaire journalier de référence (SJR)** et à minima, pour les salariés de moins d'un an d'ancienneté, le montant de l'allocation de chômage appelée allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE), **soit 57% du SJR**.

Les deux avenants aux conventions du 26 janvier 2015 (relative au CSP) et du 17 juillet 2018 (spécifique à Mayotte) ont été modifiés et prolongent l'application du dispositif **jusqu'au 31 décembre 2022**. Ces avenants **reprentent, tout en le complétant**, le contenu des avenants conclus le 8 janvier 2020 mais qui n'avaient pas pu faire l'objet d'une procédure d'agrément dans le contexte du covid-19.

L'entrée en vigueur de ces deux avenants nécessitait un agrément ministériel. C'est chose faite avec l'arrêté du 24 septembre 2021 publié au JO du 26 septembre.

L'ensemble de ces mesures s'applique aux salariés visés par des procédures de licenciement engagées depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2021.

Les congés de paternité, d'adoption et de proche aidant pris à partir du 1<sup>er</sup> juillet seront ceux considérés pour l'allongement de la durée du CSP.

L'avenant supprime toutes les références au règlement général d'assurance chômage du 14 avril 2017 devenues obsolètes par l'entrée en vigueur, depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2019, d'un nouveau règlement d'assurance chômage. Elles sont remplacées, par celles du nouveau « règlement d'assurance chômage ».

Le bénéfice de l'ARE est subordonné à une condition d'affiliation d'au moins 6 mois sur les 24 ou 36 derniers mois (hors dispositions temporaires liées à la crise sanitaire). En contrepoint, l'avenant maintient le bénéfice du CSP et de l'ASP aux salariés licenciés, qui

comptabilisent 4 mois d'affiliation (88 jours ou 610 heures) sur les 24 derniers mois ou 36 derniers mois, pour les bénéficiaires âgés d'au moins 53 ans. Ces conditions d'accès sont donc plus favorables à celles de l'assurance chômage.

L'ASP se calcule selon deux modalités déterminées au regard de la date d'entrée en vigueur de la réforme des règles de calcul des allocations de chômage. En effet, en raison de la suspension de l'entrée en vigueur des dispositions issues du décret du 26 juillet 2019 modifié relatives au calcul du salaire journalier de référence, cet avenant fixe, d'une part, les modalités de calcul de l'ASP applicables à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2021 et, d'autre part, adapte les modalités de calcul de l'ASP en cas d'entrée en vigueur de la modification de la réglementation d'assurance chômage.

La première fixe les modalités de calcul à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2021 et jusqu'au 31 décembre 2022 (en l'absence d'application de la réforme relative à la détermination de l'ARE) ou jusqu'à la date d'application de cette réforme : les bénéficiaires justifiant de deux ans d'ancienneté dans leur entreprise perçoivent une allocation égale à 75 % de leur salaire journalier de référence (SJR). Il est établi à partir des rémunérations des 12 derniers mois précédents le dernier jour de travail. Le SJR égal au quotient du salaire de référence par le nombre de jours travaillés dans la période de référence, déduction faite du nombre de jours n'ayant pas donné lieu à une rémunération normale, affecté du coefficient de 1,4 pour la conversion de ce nombre sur une base calendaire.

La seconde tient compte des nouvelles modalités de calcul du SJR issues du règlement annexé au décret du 26 juillet 2019 modifié dans sa version au 1<sup>er</sup> juillet 2021 (lorsque celles-ci ne seront plus suspendues) : le calcul de référence s'effectuera à partir des rémunérations perçues dans la limite de 24 ou de 36 mois, selon que l'allocataire ait moins de 53 ans ou non. Seules les rémunérations versées dans le cadre du contrat de travail ayant donné lieu à l'adhésion au CSP seront prises en compte. Le SJR correspond alors au salaire de référence divisé par le nombre de jours calendaires compris entre le premier et le dernier jour du même contrat de travail. Dans ce mode de calcul, les périodes d'inactivité ne seront pas prises en compte.

Le coefficient de dégressivité, qui affecte, au bout de 6 mois d'indemnisation, l'ARE des anciens salariés qui percevaient en moyenne au moins 4 500 € brut par mois, ne s'applique pas à l'ASP.

Le contrat est conclu pour une durée de 12 mois, qui pourra être prorogée pour un congé paternité et d'accueil de l'enfant, un congé d'adoption, un congé de proche aidant. Sans nouveauté, cette durée pourra aussi être allongée de certaines périodes d'activités professionnelles dans la limite de 3 mois, des périodes d'arrêt maladie dans la limite de quatre mois, des périodes de congé de maternité dans la limite de la durée légale de ce congé.

❖ **Contribution 1 % CPF-CDD : deux types de contrats ne seront plus exonérés à partir de 2022 (Guide des contributions de formation, [www.urssaf.fr](http://www.urssaf.fr), 27 septembre 2021)**

Les entreprises versent « 1 % CPF-CDD » afin de financer le compte personnel de formation des salariés en contrat à durée déterminée. Au 1<sup>er</sup> janvier 2022, les CDD aboutissant à un CDI et ceux conclus avec des jeunes au cours de leur cursus scolaire ou universitaire ne devraient plus être exonérés de cette contribution, sous réserve d'un décret à paraître.

Quel que soit leur effectif, les entreprises versent une contribution CPF-CDD afin de financer le compte personnel de formation des salariés en contrat à durée déterminée (CDD).

Pour rappel, cette contribution a remplacé le CIF-CDD. Elle est calculée à un taux de 1 %, appliqué au revenu d'activité retenu pour le calcul des cotisations sociales des salariés en CDD.

Certains CDD échappent à cette contribution. A l'heure actuelle, les employeurs ne sont pas redevables de cette contribution pour les CDD suivants :

- contrats d'accompagnement dans l'emploi ;
- contrats d'apprentissage ;
- contrats de professionnalisation ;
- CDD conclus avec des jeunes au cours de leur cursus scolaire ou universitaire ;
- CDD qui se poursuivent en contrat à durée indéterminée ;
- CDD conclu pour permettre à un salarié saisonnier de participer à une action du plan de formation lorsque, en application d'un accord collectif étendu ou du contrat de travail, l'employeur s'est engagé à reconduire le contrat d'un salarié occupant un emploi à caractère saisonnier pour la saison suivante ;
- CDD occupant un emploi saisonnier ;
- CDD des intermittents du spectacle ;
- CDD des sportifs et entraîneurs professionnels

**A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, ce sont les URSSAF qui recouvreront la contribution spécifique CPF-CDD.**

Il y a un an, l'exposé des motifs d'amendement au projet de loi de finances faisait mention du retrait de l'exonération de 1 % CPF-CDD prévue pour les CDD se poursuivant par un CDI et les CDD conclus avec des jeunes au cours de leur cursus scolaire ou universitaire.

La fiche net-entreprises sur les modalités déclaratives en DSN ne fait déjà plus état de ces deux CDD dans la liste des contrats exemptés de 1 % CPF-CDD.

Cette fois, c'est au tour du réseau des URSSAF d'annoncer dans son Guide des contributions de formation professionnelle et d'apprentissage des employeurs que, pour les contributions dues au titre

des périodes d'emploi effectuées à **partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022**, seront retirés de la liste des CDD pour lesquels la contribution n'est pas due :

- les CDD qui se poursuivent par des contrats à durée indéterminée ;
- les CDD conclus avec des jeunes au cours de leur cursus scolaire ou universitaire.

Les employeurs devraient donc devenir redevables de la contribution de 1 % sur ces deux types de CDD.

Comme le souligne le guide URSSAF, un décret sera nécessaire pour acter cette réforme. Mais à 3 mois du transfert du recouvrement aux URSSAF, tout converge et il est peu probable qu'il y ait une évolution.

Quant à ceux qui s'interrogent sur le pourquoi de cette réforme, et même si ce n'est peut-être pas la seule raison, l'exposé des motifs de l'amendement à la loi de finances pour 2021 relevait que ces deux types de contrats « n'étaient pas clairement identifiés en DSN ».

❖ **Comment fonctionnera l'exonération des employeurs d'apprentis à partir de 2022 ? (Guide des contributions de formation, [www.urssaf.fr](http://www.urssaf.fr), 27 septembre 2021)**

Les employeurs d'un ou plusieurs apprentis dont l'assiette de la taxe est inférieure ou égale à 6 fois le SMIC sont exonérés de taxe d'apprentissage. A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022, date du transfert du recouvrement de la taxe aux URSSAF, ces conditions seront appréciées **mensuellement**.

Le Guide du déclarant diffusé par le réseau des URSSAF laisse à voir les nouvelles modalités de cette exonération, sous réserve d'un décret à paraître.

De longue date, les employeurs ayant occupé un ou plusieurs apprentis sont exonérés de taxe d'apprentissage lorsque l'assiette de la taxe est inférieure ou égale à 6 fois le SMIC.

Cette exonération, appliquée jusqu'à présent dans un cadre annuel, sera mise en œuvre au mois le mois à partir du transfert du recouvrement de la taxe aux URSSAF, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022.

Le seuil de 6 SMIC sera donc apprécié mensuellement par référence à la période d'emploi rémunérée, à charge pour un décret à paraître de préciser les modalités de mise en œuvre de l'exonération.

Bien que le décret ne soit pas encore paru, le Guide diffusé fin septembre par le réseau des URSSAF laisse à voir les modalités qui seront probablement prévues.

Concrètement, les deux critères de l'exonération (présence d'apprentis, assiette inférieure ou égale à 6 SMIC) seraient appréciés sur le mois précédent, c'est-à-dire le mois M – 1 par rapport à la période d'emploi considérée.

Par exemple, pour la période d'emploi de février 2022, l'exonération serait appréciée au regard de la présence d'apprentis et de l'assiette de janvier 2022.

**Ex :** Une entreprise est assujettie à la taxe d'apprentissage en mars 2022. En février, elle a 3 salariés en CDI à temps plein (rémunération brute globale supposée de 6 000 €) et d'un apprenti (rémunération supposée de 500 €). En février, il y a donc au moins un apprenti et la masse salariale est inférieure à 6 mois le SMIC mensuel. L'entreprise est donc exonérée de taxe d'apprentissage pour la période d'emploi de mars 2022.

Un décret sera nécessaire pour acter cette réforme. C'est à ce moment-là que la situation sera sécurisée.

En DSN, l'exonération des entreprises occupant un ou plusieurs apprentis et dont la masse salariale est inférieure à 6 SMIC devra être déclarée dans un bloc « Cotisation établissement - S21.G00.82 » avec le code de cotisation « 074 - Exonération Taxe d'apprentissage pour un employeur d'apprenti(s), dont la masse salariale renseignée est inférieure à 6 SMIC » en rubrique « Code de cotisation - S21.G00.82.002 ». La rubrique « Valeur - S21.G00.82.001 » sera alors alimentée avec un montant à « 0.00 ».

#### ❖ **Le contrat doctoral de droit privé entre en application (Décret n° 2021-1233 du 25 septembre 2021, JO du 26)**

La loi de programmation de recherche du 26 décembre 2020 a créé deux nouveaux contrats de travail à durée déterminée (CDD) dont le contrat doctoral de droit privé. Un décret du 25 septembre 2021 apporte la dernière pierre à l'édifice permettant la mise en œuvre de ce contrat applicable depuis le 27 septembre 2021.

##### • **Modalités de recrutement**

Ce nouveau contrat peut être conclu avec un salarié inscrit dans un établissement d'enseignement supérieur français en vue d'obtenir un doctorat et qui se voit confier des activités de recherche, en lien avec son sujet de thèse de doctorat.

Pour rappel, les modalités de durée et de rupture anticipée sont fixées par le Code de la recherche.

L'employeur qui souhaite recruter un salarié doctorant par un contrat doctoral doit définir un projet de recherche et diffuser une offre d'emploi aux écoles doctorales intéressées au moins un mois, sauf urgence, avant la date limite de dépôt des candidatures.

La conclusion du contrat doctoral implique :

- l'avis du directeur de thèse, sollicité par le directeur de l'école dans laquelle est inscrit le doctorant ;
- l'accord du directeur de l'école doctorale.

Le renouvellement du contrat intervient dans les mêmes conditions, sur demande motivée du doctorant.

##### • **Signature d'une convention de collaboration**

Une convention de collaboration est conclue entre l'employeur, le doctorant, l'établissement d'inscription et, le cas échéant, l'établissement hébergeant l'unité de recherche d'accueil du salarié doctorant.

Elle est signée par toutes les parties, au plus tard au moment de la conclusion du contrat de travail, et est annexée à celui-ci.

La convention définit notamment les modalités suivant lesquelles les parties collaborent afin de garantir l'encadrement scientifique du salarié doctorant, sa formation ainsi que la réalisation et le suivi du projet de recherche. Elle mentionne notamment :

- le sujet de thèse ;
- le nom du ou des directeurs de thèse ;
- le nom et la qualité du référent ;
- la ou les unités de recherche d'accueil du salarié doctorant ;
- les conditions matérielles de réalisation du projet de recherche et les temps de présence chez l'employeur, au sein de la ou des unités de recherche d'accueil du salarié doctorant ;
- les modalités de rédaction de la thèse ;
- le cas échéant, les activités complémentaires du salarié doctorant ;
- les modalités selon lesquelles le salarié doctorant participe aux échanges scientifiques et formations organisés par l'établissement d'inscription ou le cas échéant à d'autres activités ;
- les conditions de collaboration, d'échange, de partage, de diffusion et d'exploitation des résultats des recherches, ainsi que les conditions relatives au dépôt et à la diffusion de la thèse ;
- les conditions d'échange, de partage des connaissances antérieures des parties en lien avec le sujet de thèse ;
- les modalités de composition, d'organisation et de fonctionnement du comité de suivi individuel du doctorant fixées par le conseil de l'école doctorale ;
- les modalités de rupture anticipée de la convention.

##### • **Désignation d'un référent par l'employeur**

L'employeur doit désigner un référent chargé d'accompagner le salarié doctorant dans la conduite de ses travaux de recherche au sein de l'entreprise.

L'employeur doit laisser au référent le temps nécessaire pour exercer ses fonctions et se former.

Le référent doit justifier de compétences professionnelles en rapport avec l'activité de recherche confiée au doctorant.



- **Modalités d'exécution des travaux de recherche du doctorant**

Le doctorant doit être inscrit dans une école doctorale. Il doit remettre chaque année à l'employeur une attestation d'inscription en doctorat, au plus tard le 31 décembre. En cas de non-renouvellement de son inscription par son établissement d'origine, le doctorant qui souhaite poursuivre son contrat doit s'inscrire dans un nouvel établissement et transmettre à l'employeur une attestation d'inscription.

L'employeur peut, dans le cadre du contrat doctoral de droit privé, assurer la prise en charge des frais d'inscription du doctorant à l'école doctorale.

Les travaux de recherche confiés au salarié doctorant sont réalisés dans une unité ou une équipe de recherche rattachée à l'école doctorale ou dans une unité de recherche de l'employeur.

L'employeur et l'établissement d'inscription veillent, en collaboration avec l'unité de recherche d'accueil du doctorant, à adapter les conditions de rédaction de la thèse pour garantir le bon déroulement des travaux de recherche et de préparation de la thèse du doctorant.

L'employeur et l'établissement d'inscription s'assurent que le salarié doctorant bénéficie :

- du temps de travail nécessaire à la rédaction de la thèse ;
- d'un accès aux ressources numériques ;
- d'un environnement de travail adapté à la rédaction de la thèse ;
- d'un calendrier prévisionnel de rédaction comportant des points d'étape réguliers avec le directeur de thèse et le référent.

- **Rupture du CDD**

En cas de rupture du contrat doctoral, l'employeur doit informer immédiatement l'école doctorale.

- **Respect des règles propres au Code de la propriété intellectuelle**

Si le doctorant crée une œuvre protégée par le droit d'auteur ou la propriété industrielle, les règles applicables en matière de propriété des résultats sont celles prévues par le code de la propriété intellectuelle.

❖ **Accord-cadre formation : 7 négociations s'ouvriront en 2022 pour adapter la loi Avenir professionnel (Accord-cadre national interprofessionnel conclu le 15 octobre 2021)**

Syndicats et patronat ont conclu un accord-cadre « pour adapter à de nouveaux enjeux » la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018. Il prévoit un programme de 7 négociations thématiques à mener d'ici la fin juin 2022. Le texte est ouvert à la signature jusqu'au 15 novembre 2021.

Pour rappel, la loi Avenir professionnel (*loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018*) a réformé en profondeur la formation professionnelle et l'apprentissage, notamment avec la transformation du plan de formation en plan de développement des compétences, l'aménagement des règles de financement, le remplacement des OPCA par les OPCO, la création de France Compétences, la rénovation du compte personnel de formation (CPF) ou encore l'assouplissement du régime du contrat d'apprentissage et la mise en place de pro-A.

Au printemps 2021, les syndicats et le patronat ont souhaité évaluer l'impact de cette réforme. Ce travail a abouti au mois de juillet sur un document listant 49 propositions remis au ministère du Travail.

Sur la base de ces 49 propositions, les partenaires sociaux ont abouti à un accord-cadre national interprofessionnel (ANI-cadre), finalisé le 15 octobre.

Cet accord-cadre reprend et précise les 49 propositions émises en juillet dernier. Ces propositions sont surtout des recommandations, à destination des différents acteurs compétents (partenaires sociaux eux-mêmes, branches professionnelles, entreprises, CFA, Caisse des dépôts et consignations, Etat, etc.).

Il ne contient pas de nouvelles mesures qui s'imposeraient aux entreprises.

Pour leur part, les syndicats et le patronat se sont fixé une liste de 7 chantiers à mener durant le premier semestre 2022, qui pourront aboutir, le cas échéant, sur un ou plusieurs ANI. L'ordre de priorité de ces chantiers doit être fixé d'ici la mi-décembre.

Enfin, notons que l'accord-cadre aborde un point qui ne faisait pas partie de 49 propositions, concernant le financement de la formation dans les entreprises de moins de 300 salariés :

- d'une part, les partenaires sociaux souhaitent que l'aide au développement des compétences et des qualifications dans les entreprises de moins de 50 salariés soit renforcée ;
- d'autre part, ils demandent l'inscription au budget de France compétences d'une ligne budgétaire dédiée à l'accompagnement des entreprises de 50 à 299 salariés, via la création d'une section financière dédiée au sein des OPCO. Rappelons que depuis la loi Avenir professionnel, ces entreprises ne bénéficient plus des fonds mutualisés de la formation professionnelle, réservés aux entreprises de moins de 50 salariés.

## 2- JURISPRUDENCE

### ❖ **Le covoiturage n'est pas un « transport en commun » permettant à l'employeur de s'exonérer de l'indemnité de grand déplacement (Cass. soc., 15 septembre 2021, n° 20-14326)**

Dans une décision du 15 septembre, la Cour de cassation a jugé que **le covoiturage ne constitue pas un moyen de transport en commun utilisable par le salarié** au sens de la convention collective des ouvriers des Travaux Publics. **Un salarié est donc en situation de grand déplacement s'il ne dispose pas de transport en commun adéquat pour rentrer à son domicile, peu important que le covoiturage existe.**

Un salarié engagé en tant qu'ouvrier du bâtiment réclamait le bénéfice d'une indemnité de grand déplacement applicable, compte tenu de la convention collective du bâtiment (devenue depuis la convention collective des ouvriers des Travaux Publics), aux salariés qui travaillent sur un chantier métropolitain dont l'éloignement leur interdit - compte tenu des moyens de transport en commun utilisables - de regagner chaque soir leur lieu de résidence, situé dans la métropole.

Il soutenait que les seuls transports en commun existants impliquaient un temps de trajet ne permettant pas le respect de l'horaire de l'entreprise avec une prise de travail à 7h30.

L'employeur, contestait, de son côté, cette demande au motif, notamment, qu'il existe dans le Puy-de-Dôme un moyen de transport en commun dont le salarié pouvait bénéficier et qui n'était autre qu'un réseau de covoiturage.

Les juges ont écarté le covoiturage comme moyen de transport en commun et condamné l'employeur à verser une somme à titre d'indemnité de grand déplacement. Leur décision a été approuvée par la Cour de cassation.

Si l'on se rapporte au Code des transports le covoiturage se définit comme l'utilisation en commun d'un véhicule terrestre à moteur par un conducteur et un ou plusieurs passagers, effectuée à titre non onéreux, excepté le partage des frais, dans le cadre d'un déplacement que le conducteur effectue pour son propre compte (*c. transp., art. L. 3132-1*).

En se référant à cette définition, les juges du fond ont jugé que le covoiturage ne constituait pas un transport en commun au sens entendu par la convention collective en cause.

De ce fait, le covoiturage ne pouvait pas être pris en compte pour déterminer si le salarié disposait ou non des moyens de transport en commun adéquats pour aller de son domicile à son lieu de travail chaque jour.

Il ressort de cette décision que si un salarié du bâtiment ne peut pas utiliser les transports en commun pour rentrer le soir à son domicile, il doit percevoir une indemnité de grand déplacement, et ceci y compris lorsqu'il pourrait faire du covoiturage.

Il est, à notre sens, possible de déduire de cette décision que cela vaut aussi pour le salarié qui est empêché de regagner sa résidence lorsque la distance séparant son lieu de résidence du lieu de déplacement est au moins égale à 50 km (trajet aller ou retour) et que les transports en commun ne permettent pas de parcourir cette distance dans un temps inférieur à 1 h 30 (trajet aller ou retour). Dans ces circonstances, le salarié pourrait ainsi bénéficier de remboursement de frais, peu important l'existence d'un système de covoiturage qui lui permettrait de regagner son domicile en moins d'1h30.

### ❖ **Un entretien préalable est parfois obligatoire avant un avertissement (Cass. soc., 22 septembre 2021, n° 18-22204)**

Lorsqu'un avertissement est susceptible d'avoir une incidence, immédiate ou non, sur la présence du salarié dans l'entreprise, il doit être précédé d'un entretien préalable. **Tel est le cas lorsqu'une convention collective subordonne le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures, pouvant être un avertissement.**

Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il doit convoquer le salarié à un entretien préalable, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature **n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non**, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié.

L'employeur qui entend notifier un avertissement au salarié applique donc une procédure disciplinaire plus légère, ne nécessitant pas la tenue d'un entretien préalable. En revanche, il reste tenu de notifier l'avertissement par écrit, de manière motivée.

Cela vaut pour le principe légal. Les dispositions de la convention collective ou du règlement intérieur peuvent prévoir pour les salariés faisant l'objet de poursuites disciplinaires des garanties supérieures ou des avantages supplémentaires à ceux prévus par la loi.

**Ainsi, si une convention collective ou un règlement intérieur impose l'organisation d'un entretien avant toute sanction, l'employeur doit s'y conformer, sous peine de voir la sanction annulée par le juge.**

L'affaire tranchée par la Cour de cassation le 22 septembre 2021 concernait la convention collective des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées, qui prévoit que, sauf faute grave, le salarié ne peut être licencié que s'il a précédemment fait l'objet d'au moins deux sanctions.

En l'espèce, un salarié avait été licencié après avoir reçu deux lettres d'observation constitutives de sanctions disciplinaires. L'employeur avait donc bien suivi la procédure prévue par la convention collective.

Seulement, le salarié estimait qu'il aurait dû être convoqué à un entretien préalable avant de se voir notifier ces observations, ce qui n'avait pas été le cas. Il a donc saisi le juge prud'homal afin de faire reconnaître son licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La cour d'appel a rejeté sa demande au motif que les deux observations, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, ne nécessitaient pas d'entretien préalable. Ces sanctions disciplinaires régulières pouvaient donc ouvrir la voie à l'engagement d'une procédure de licenciement.

Cette décision est censurée par la Cour de cassation.

La Cour rappelle le principe selon lequel l'employeur n'est pas tenu de convoquer un salarié à un entretien avant de lui notifier un avertissement ou une sanction de même nature. Mais elle ajoute immédiatement qu'« **il en va autrement lorsque des dispositions d'une convention collective, instituant une garantie de fond, subordonnent le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures** », pouvant être un avertissement ou une observation comme en l'espèce.

Dans ce cas, la Cour de cassation considère que **l'avertissement est de nature à avoir une incidence, immédiate ou non, sur la présence du salarié dans l'entreprise**. Par conséquent, **l'employeur doit convoquer le salarié à un entretien préalable** avant de lui notifier un tel avertissement.

Cette solution n'est pas nouvelle. La Cour de cassation l'avait déjà adoptée dans une affaire où c'est un règlement intérieur qui subordonnait le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions. Dans l'arrêt du 22 septembre, elle l'applique logiquement au cas où cette exigence résulte d'une convention collective.

Dans cette affaire, les avertissements étaient donc irréguliers, faute d'entretiens. Mais cela rendait-il pour autant le licenciement sans cause réelle et sérieuse ?

La Jurisprudence donne une réponse positive. En effet, dans une affaire qui concernait aussi la convention des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées, la Cour de cassation a considéré que l'annulation par le juge des sanctions ayant précédé le licenciement (deux avertissements) **rendait sans cause réelle et sérieuse la rupture du contrat de travail** (Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41993).

Ironie de l'histoire : ici, le salarié était allé directement au licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans demander l'annulation des deux sanctions.

La cour d'appel avait pris l'initiative de se prononcer sur la régularité de ces sanctions, à tort selon la Cour de cassation : en validant les lettres d'observation malgré l'absence d'entretien, les juges s'étaient trompés.

Mais en tout état de cause, ils n'avaient pas à examiner cette question. Le moyen était « inopérant » de sorte que, en l'état des demandes du salarié, la cour d'appel ne pouvait pas conclure à un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

❖ **Même affilié à une caisse de congés payés, l'employeur doit justifier qu'il a fait le nécessaire pour la prise des congés (Cass. soc., 22 septembre 2021, n° 19-17046)**

En présence d'un salarié qui réclame un rappel de congés payés non pris, le juge doit vérifier si l'employeur a mis ou non ce salarié **en capacité de bénéficiaire de son droit à congé**. Il en est ainsi même lorsque l'employeur est **affilié à une caisse de congés payés**, sauf à risquer de devoir verser une indemnité compensatrice au salarié. Car l'employeur qui n'aurait pas fait le nécessaire ne pourra pas « se cacher » derrière la caisse de congés payés.

Pour certaines professions, l'employeur doit s'affilier à une caisse de congés payés. Financées par les cotisations des entreprises, ces caisses se chargent de verser les indemnités de congés payés aux salariés.

L'entreprise adhérente ne peut pas se substituer à la caisse pour verser directement les indemnités de congés payés. Entre autres conséquences, cela interdit à l'employeur de déduire de ses cotisations à la caisse les indemnités de congés payés qu'il aurait versées irrégulièrement directement aux salariés.

Même si le défaut de versement des indemnités a pour origine un manquement de l'employeur vis-à-vis du salarié (ex : défaut de remise du feuillet à produire devant la caisse), le salarié doit agir contre la caisse.

Il peut solliciter de l'employeur la réparation du préjudice subi, mais pas les indemnités de congés payés dont il a été privé. A moins que l'employeur n'ait pas satisfait à ses obligations vis-à-vis de la caisse (défaut de paiement des cotisations, essentiellement).

Tant le droit européen que la jurisprudence française imposent à **l'employeur de faire en sorte que le salarié puisse prendre ses congés payés**. En cas de contestation, l'employeur doit prouver avoir accompli les diligences qui lui incombent légalement.

Le report des congés payés est envisageable, mais seulement dans certaines circonstances (ex : maladie) ou, éventuellement, sur autorisation de l'employeur.

Selon la même logique, le paiement d'une indemnité compensatrice en remplacement de la prise des congés

payés fait figure d'exception et n'intervient en principe que dans deux hypothèses :

- si le contrat de travail est rompu,
- ou à la suite d'une action en justice du salarié, lorsque celui-ci estime que l'employeur l'a mis dans l'impossibilité de prendre ses congés.

Dans le cas d'un salarié affilié à une caisse de congés payés, l'intéressé peut-il réclamer l'indemnité de congé payés à son employeur s'il estime avoir été privé de congé, ou bien faut-il faire primer la substitution de la caisse à l'employeur ?

Un salarié relevant de la convention collective des ouvriers du bâtiment, qui avait été licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement après plusieurs années de déboires de santé (accident du travail, arrêt, rechute, placement en invalidité, inaptitude...) avait attaqué son employeur pour obtenir le versement d'un rappel de congés payés non pris.

Or, son employeur était affilié à la caisse du BTP.

La cour d'appel avait rejeté la demande du salarié. Elle considérait que l'employeur ayant satisfait à ses obligations à l'égard de la caisse, il était déchargé de toute obligation quant au paiement de l'indemnité de congés. Le salarié aurait donc dû agir contre la caisse.

La Cour de cassation met ce litige à profit pour rapprocher les règles de preuve de l'exécution des obligations d'un employeur affilié à une caisse de congés payés de celles applicables dans le cadre du droit commun. Elle considère que « *désormais, il appartient à l'employeur relevant d'une caisse de congés payés [...] de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité de bénéficier effectivement de son droit à congé auprès de la caisse de congés payés, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement* ». La Cour de cassation ajoute que « *seule l'exécution de cette obligation entraîne la substitution de l'employeur par la caisse pour le paiement de l'indemnité de congés payés* ».

L'employeur affilié à une caisse n'est donc plus automatiquement substitué par la caisse pour le paiement de l'indemnité de congés payés, même s'il a entièrement rempli ses obligations à son égard.

**En résumé, ces employeurs doivent, comme les autres, faire le nécessaire pour que les salariés puissent prendre leurs congés payés. Sous peine, comme les autres, d'être condamnés à verser une indemnité compensatrice aux salariés, sans pouvoir « s'abriter » derrière leur caisse de congés payés.**

Dans cette affaire, avant de rejeter les demandes du salarié, la cour d'appel aurait dû vérifier si l'employeur justifiait avoir pris les mesures propres à assurer au salarié la possibilité de bénéficier effectivement auprès de la caisse de son droit à congé payé.

❖ **Lorsqu'un salarié prétend qu'il n'a pas pris de congé, c'est à l'employeur de prouver le contraire (Cass. soc., 29 septembre 2021, n° 19-19223)**

L'employeur doit tout mettre en œuvre pour que le salarié prenne l'ensemble de ses congés payés. **En cas de litige sur ce point, c'est à lui de rapporter la preuve que le salarié a bien pris ses congés.**

Dans le contexte d'une liquidation judiciaire, un salarié réclamait une indemnité compensatrice de congés payés au motif qu'il n'aurait pas été en congé sur la période du 9 au 30 juin contrairement à ce qu'indiquait son bulletin de salaire. La cour d'appel n'a pas fait droit à sa demande car, selon elle, les éléments produits par le salarié ne suffisaient pas à prouver qu'il avait travaillé sur cette période.

La Cour de cassation n'a pas suivi les juges du fond.

L'organisation des congés payés relevant du pouvoir de direction de l'employeur, tous les congés doivent être pris en fin de période, hors absences imprévues, alimentation d'un compte épargne-temps ou congé spécifique à venir (ex : congé création d'entreprise).

**A cet égard, le juge européen, comme le juge français, imposent à l'employeur de faire en sorte que le salarié puisse prendre ses congés payés.**

L'employeur doit avoir à l'esprit qu'il ne peut pas remplacer la prise des congés par le paiement d'une indemnité. Il doit tout mettre en œuvre pour que le salarié prenne de manière effective ce temps de repos.

**En cas de litige relatif à la prise de congés payés, l'employeur doit alors prouver qu'il a tout mis en œuvre pour que le salarié prenne ses congés.**

**Si un salarié conteste avoir pris certains de ses congés, c'est donc à l'employeur de rapporter la preuve du contraire.** Il ne pourra pas se limiter à dire que le salarié « n'avait pas été empêché » de prendre ses congés.

Dans sa décision du 29 septembre 2021, la Cour de cassation a pu rappeler ce principe sans la moindre ambiguïté en reprochant à la cour d'appel d'avoir inversé la charge de la preuve en considérant les éléments fournis par le salarié pour étayer sa demande comme insuffisants.

Dans cette affaire, il ressortait bien du bulletin de paie que le salarié avait pris les congés en cause.

L'employeur devra donc prouver que le salarié a réellement pris ses congés. A défaut, il sera redevable de l'indemnité compensatrice de congés payés pour les jours manquants.



❖ **L'employeur n'a pas à motiver les raisons du report d'un congé sabbatique (Cass. soc., 29 septembre 2021, n° 20-13969)**

L'employeur peut reporter ou refuser une demande de congé sabbatique, sous certaines conditions. Il ressort d'une décision du 29 septembre que **lorsqu'il décide d'un report de ce congé, l'employeur doit en informer le salarié sans pour autant avoir à fournir dans son courrier les motifs de ce report.**

Une salariée, exerçant comme comptable depuis plus de 20 ans, avait adressé à son employeur, le 24 juin 2016, une demande de congé sabbatique pour la période allant du 26 septembre 2016 au 25 août 2017.

Par courrier reçu par la salariée le 27 juillet 2016, l'employeur a informé celle-ci de son opposition à ce que le congé commence le 26 septembre et lui a indiqué qu'il pourrait commencer le 15 novembre.

La salariée a ensuite été licenciée le 10 novembre, pour abandon de poste. Elle a alors saisi les juges en soutenant que son licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

Devant les juges, s'est posée la question du report du congé sabbatique par l'employeur et de sa motivation.

L'employeur confronté à une demande de congé sabbatique formulée par un salarié qui a l'ancienneté requise peut reporter ou refuser ce congé, sous certaines conditions.

Lorsqu'un salarié informe l'employeur de son souhait de prendre un congé sabbatique à une date donnée, ce dernier **peut reporter le congé de 6 mois** dans les entreprises de 300 salariés ou plus, **et de 9 mois** dans celle de moins de 300 salariés (ces délais courent à compter de la présentation de la demande du salarié). Cette possibilité de report est néanmoins soumise à certaines conditions.

Le premier cas de report permet à l'employeur de différer le départ en congé sabbatique :

- lorsque le nombre de salariés simultanément absents au titre de ce congé sabbatique dépasse 1,5 % ;
- ou lorsque le nombre de jours d'absence au titre de ce congé sabbatique dépasse 1,5 % du nombre de jours de travail effectués dans les 12 mois précédant le départ en congé (pour permettre le départ en congé d'un salarié, cette période de 12 mois est prolongée, dans la limite de 48 mois).

Un second cas de report prend en compte les congés sabbatiques, mais aussi les éventuels congés pour création d'entreprise et pour l'exercice de responsabilités de direction au sein d'une jeune entreprise innovante. L'employeur peut ici reporter le départ en congé sabbatique :

- lorsque la somme de ces congés dépasse 2 % de l'effectif de l'entreprise ;

- ou lorsque le nombre de jours d'absence prévu au titre de ces congés dépasse 2 % du nombre total des jours de travail effectués dans les 12 mois précédant le départ en congé (pour permettre le départ en congé d'un salarié, cette période de 12 mois est prolongée, dans la limite de 48 mois).

Précisons que ces dispositions sont supplétives. Un accord collectif peut ainsi définir à partir de quel seuil (pourcentage de salariés simultanément absents ou proportion de jours d'absence) l'employeur peut différer le départ en congé.

Dans les entreprises de moins de 300 salariés, **l'employeur peut refuser le congé sabbatique s'il estime, après avis du CSE, que ce congé aura des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise.** L'employeur précise alors le motif de son refus et le porte à la connaissance du salarié.

Dans l'affaire qui a donné lieu à la décision du 29 septembre 2021, le débat portait sur la motivation du report du congé sabbatique de la salariée.

Pour les juges du fond, il y avait une irrégularité, puisque l'employeur avait indiqué à la salariée, ultérieurement au courrier l'informant de ce report, qu'il ne pouvait la satisfaire à cette période de l'année compte tenu de la clôture de l'exercice comptable. Selon eux, cet argument n'était pas valable et ne correspondait pas aux conditions permettant de reporter le congé (pourcentage de salariés simultanément absents ou pourcentage de jours d'absence prévu au titre des congés ; voir plus haut).

La Cour de cassation n'a pas tenu compte de ce raisonnement et s'est uniquement penchée sur les éléments contenus dans le courrier informant la salariée du report. Or selon elle, il résulte des textes que l'employeur a la faculté de différer le congé, dans la limite de 6 ou 9 mois selon l'importance de l'effectif de l'entreprise, **sans être tenu d'énoncer un motif, ni de se référer à certains pourcentages de salariés simultanément absents ou de jours d'absence.**

En pratique, il suffit donc à l'employeur d'indiquer au salarié que son congé est reporté, sans autre forme d'explication, et de lui fournir la date de ce report.

C'est bien ce qu'a fait ici l'employeur en informant par écrit la salariée que son congé ne pourrait commencer que le 15 novembre, soit un report de moins de 6 mois comme l'y autorisait les textes. Les éventuelles explications données ultérieurement ne devaient donc pas entrer en ligne de compte.

Mais attention, le droit de ne fournir aucune d'explication dans le courrier n'enlève pas la règle du Code du travail selon laquelle le report d'un congé sabbatique n'est autorisé que pour des motifs précis.

❖ **Non-respect du SMIC : pas de dommages-intérêts distincts des intérêts de retard sans preuve de mauvaise foi (Cass. soc., 29 septembre 2021, n° 20-10634)**

Les litiges relatifs au respect du SMIC sont assez courants en paye. Une affaire jugée le 29 septembre présente un « plus » : un employeur, condamné au versement d'un rappel de rémunération assorti de l'intérêt moratoire, pouvait-il être condamné à des dommages-intérêts pour privation du SMIC ?

Oui, mais pas d'office, a souligné la Cour de cassation.

Dans cette affaire, un couple de co-gérants non-salariés d'une supérette depuis 2002 avait obtenu le paiement d'un rappel de rémunération au titre du SMIC sur plusieurs années. L'épouse co-gérante avait par ailleurs demandé des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi en raison du non-respect du SMIC.

**A noter : le statut des gérants non-salariés des succursales de commerces de détail alimentaire permet aux intéressés de bénéficier en particulier de la garantie du SMIC.**

La cour d'appel avait condamné la société à payer à la co-gérante des sommes à titre de dommages-intérêts, en relevant qu'en la privant du bénéfice du SMIC, qui était d'ordre public absolu et qui tendait à lui assurer un revenu garantissant un pouvoir d'achat, la société avait causé à l'intéressée un préjudice distinct de celui compensé par les intérêts de retard.

Or, la société estimait que **le juge ne pouvait allouer à la co-gérante des dommages-intérêts distincts des intérêts de retard qu'à la condition de caractériser, d'une part, la mauvaise foi, et d'autre part, l'existence d'un préjudice indépendant du retard de paiement.**

Argumentaire validé par la Cour de cassation. Repartant des textes de base, elle rappelle que le créancier (ici la co-gérante) auquel son débiteur (la société) en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire.

Si la cour d'appel avait estimé que le défaut de bénéfice du SMIC avait bien causé un préjudice distinct de celui compensé par les intérêts de retard, pour autant, elle n'avait pas caractérisé la mauvaise foi de la société.

❖ **Minima : l'assiette du salaire peut intégrer des compléments de rémunération (CE, 7 octobre 2021, nos 433053, 433233, 433251, 433463, 433473 et 433534)**

Dans le cadre d'un contentieux relatif aux salaires minima hiérarchiques dans la branche du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, le ministère du Travail soutenait que la branche ne pouvait pas inclure une prime annuelle dans l'assiette du minimum conventionnel sans porter atteinte à la négociation d'entreprise.

Une interprétation battue en brèche par le Conseil d'État.

• **Refus d'extension d'un avenant relatif aux salaires minima hiérarchiques**

Les partenaires sociaux de la branche avaient fixé les salaires minima conventionnels applicables à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2018 et pour 3 ans, au moyen d'un avenant n° 67 signé le 31 mai 2018. Cet avenant avait pour particularité de poser pour principe que l'assiette du salaire minimum garanti intégrait une prime annuelle prévue par la convention collective.

Le ministère du Travail avait cependant décidé de ne pas étendre cette disposition particulière, car, selon lui, le minimum conventionnel s'entendait nécessairement du seul salaire de base.

Pour rappel, l'extension d'un accord de branche a pour effet de **rendre cet accord obligatoire pour tous les employeurs de la branche**, même ceux qui ne sont pas membres de l'une des organisations signataires. Un refus d'extension est donc préjudiciable à la branche, car les entreprises ne sont plus soumises aux mêmes règles, ce qui fait obstacle à une saine concurrence.

L'administration justifiait sa position par « le nouvel ordonnancement des niveaux de négociation », issu de l'une des ordonnances Macron du 22 septembre 2017.

• **un refus justifié par la nouvelle hiérarchie entre accords de branche et d'entreprise**

Pour rappel, cette réforme a restreint les domaines dans lesquelles l'accord de branche prévaut à une série de thèmes limitativement énumérés (« bloc 1 »), parmi lesquels les « salaires minima hiérarchiques », lesquels ne sont d'ailleurs pas définis précisément. Dans ces domaines, les accords de branche prévalent et les accords d'entreprise ou d'établissement ne peuvent recevoir application que s'ils prévoient des garanties au moins équivalentes.

Dans d'autres domaines, là encore, limitativement énumérés (« bloc 2 »), les partenaires sociaux ont toute liberté pour décider si les stipulations de branche prévalent ou non.

Enfin, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent s'affranchir des stipulations des accords de branche pour tous les thèmes qui ne relèvent ni du bloc 1 ni du bloc 2. Cela concerne notamment les primes et les accessoires de salaires (à l'exception des primes pour travaux dangereux ou insalubres, qui appartiennent au bloc 2).

Or, du point de vue du ministère, dès lors que l'assiette du salaire minimum intègre des accessoires de salaires, la branche empiète de fait sur la négociation d'entreprise. En effet, les entreprises se trouvent de fait contraintes d'accorder les accessoires de salaire en question, alors qu'elles ont en principe toute liberté pour négocier la mise en place de certaines primes ou en écarter d'autres, quand bien même elles seraient prévues par la convention collective.

Le Conseil d'État censure cependant ce raisonnement, qui surestime l'impact des stipulations de branche sur la négociation d'entreprise.

- **Le fait que les minima hiérarchiques intègrent des compléments de salaire n'entrave pas la négociation d'entreprise**

Selon le juge administratif, « il est loisible à la convention de branche, d'une part, de définir les salaires minima hiérarchiques et, le cas échéant à ce titre de prévoir qu'ils valent soit pour les seuls salaires de base des salariés, soit pour leurs rémunérations effectives résultant de leur salaire de base et de certains compléments de salaire, d'autre part, d'en fixer le montant par niveau hiérarchique ».

Une position que le communiqué du Conseil d'État résume ainsi : « les signataires d'un accord de branche ont toujours la possibilité de définir la structure du SMH [salaire minimum hiérarchique]. »

Ce principe étant posé, le Conseil d'État écarte l'argument selon lequel la branche entraverait la négociation d'entreprise en intégrant des compléments de salaire clairement identifiés dans l'assiette du minimum conventionnel.

En effet, cela « ne fait pas obstacle à ce que le montant de ces minima soit atteint dans une entreprise par des modalités de rémunération différentes de celles qu'elle [la convention de branche] mentionne, un accord d'entreprise pouvant réduire ou supprimer les compléments de salaire qu'elle mentionne au titre de ces minima, dès lors toutefois que sont prévus d'autres éléments de rémunération permettant aux salariés de l'entreprise de percevoir une rémunération effective au moins égale au montant des salaires minima hiérarchiques fixé par la convention. »

#### ❖ **Non-respect de la représentation équilibrée sur les listes de candidats : le titulaire dont l'élection est annulée ne peut être remplacé (Cass. soc., 22 septembre 2021, n° 20-16859)**

Pour la première à fois, la Cour de cassation se prononce sur les suites à donner à l'annulation de l'élection d'un titulaire pour non-respect de la représentation équilibrée des femmes et des hommes.

**Si les conditions sont remplies, l'employeur organise une élection partielle. Il ne peut pas demander que ce titulaire soit remplacé par son suppléant.**

Pour chaque collège, les listes des candidats des titulaires et suppléants sont composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale.

Lorsque, après l'élection, le juge constate que cette règle n'a pas été respectée, il annule 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 au regard de la part de femmes et

d'hommes que celle-ci devait respecter. Il annule l'élection des derniers élus du sexe surreprésenté en suivant l'ordre inverse de la liste des candidats.

Le Code du travail prévoit que l'employeur devra organiser des élections partielles si, à la suite de cette annulation, un collège n'est plus représenté ou si le nombre des titulaires est réduit de moitié ou plus.

Existe-t-il une alternative à l'organisation cette élection partielle ? C'est à cette question que vient de répondre la Cour de cassation.

La Cour de cassation rappelle d'abord les règles en matière de représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidats et, en particulier, celle relative à l'organisation de l'élection partielle. Elle souligne que **ces dispositions sont d'ordre public absolu.**

Elle explique que les dispositions du Code du travail autorisant le remplacement par un suppléant du titulaire qui cesse ses fonctions pour une des causes listées par ce même code **ne s'appliquent pas au titulaire dont l'élection est annulée pour non-respect des règles de représentation équilibrée.**

D'une part, cette annulation ne figure pas au nombre des causes de cessation des fonctions (décès, démission, rupture du contrat de travail, perte des conditions requises pour être éligible).

D'autre part, les dispositions relatives à la représentation équilibrée femmes / hommes renvoient à l'organisation d'une élection partielle mais pas à celle relatives au remplacement d'un délégué titulaire qui cesse ses fonctions.

En l'espèce, les juges d'instance ont donc eu raison de **refuser de désigner un remplaçant pour occuper le siège de membre titulaire ainsi laissé vacant.**

#### ❖ **Discrimination : un salarié peut agir en référé pour obtenir des informations avant d'attaquer au fond (Cass. soc., 22 septembre 2021, n° 19-26144)**

La Cour rappelle que **l'existence de règles de preuve spécifiques en matière de discrimination n'empêche pas un salarié de demander en référé la communication de pièces avant d'engager une action sur le fond.** Le juge saisi d'une telle demande doit avant tout rechercher **si cette communication est nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi.**

S'estimant victime de discriminations, notamment syndicales, dans son évolution professionnelle, un salarié engagé en 1996, et titulaire de mandats syndicaux et représentatifs depuis 2001, a demandé à son employeur de lui transmettre un certain nombre d'informations lui permettant de comparer sa situation à celles de ses collègues. Suite au refus de son employeur et avant d'engager une action sur le fond, le

salarié a saisi la juridiction prud'homale en référé pour obtenir, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la communication par son employeur, sous astreinte, d'informations permettant de retracer l'évolution professionnelle depuis 2002 des salariés d'un panel appartenant à la même catégorie professionnelle, au même niveau ou à un niveau très proche de qualification/classification.

Ce faisant, il cherchait à procéder à une comparaison utile de sa situation avec celle d'autres salariés présentant des caractéristiques comparables, évaluer son préjudice et étayer une action au fond relative à une situation de discrimination.

Le salarié devait-il uniquement passer par le régime spécifique de preuve prévu par le Code du travail ?

On rappelle en effet qu'en cas de litige, le Code du travail aménage la charge de la preuve de la discrimination, pour « compenser » le déséquilibre de la relation entre le salarié et son employeur. Le salarié doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il revient à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Au juge ensuite de trancher, après avoir ordonné toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

De son côté, l'article 145 du Code de procédure civile permet à tout intéressé, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, de demander que soient ordonnées les mesures d'instruction admissibles, sur requête ou en référé.

Devant la Cour de cassation, s'est posée la question de l'articulation de ces deux règles : la règle du Code du travail aménageant la charge de la preuve en matière de discrimination empêche-t-elle ou non le salarié d'utiliser l'action en référé fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile ?

Les juges d'appel ont débouté le salarié de sa demande. Pour eux, le mécanisme de l'article L. 1134-1 du Code du travail rendait inutile la production en référé des éléments sollicités. Et ce d'autant que, dans l'hypothèse où les éléments présentés par le salarié seraient considérés comme laissant supposer l'existence d'une discrimination, il appartiendra à la société de démontrer que les décisions prises à son égard étaient justifiées par des éléments objectifs.

Cette décision est censurée par la Cour de cassation, qui réaffirme que la procédure prévue par l'article 145 du Code de procédure civile ne peut pas être écartée en matière de discrimination au motif de l'existence du mécanisme probatoire spécifique de l'article L. 1134-1 du Code du travail.

En outre, la circonstance que le salarié agisse en vue d'une action au fond relative à une situation de discrimination ne prive pas d'intérêt sa demande.

Il appartient aux juges du fond **d'apprécier le « motif légitime » qui justifie la mesure d'instruction.**

Pour rejeter la demande du salarié, la cour d'appel a également retenu qu'elle n'était pas justifiée par un motif légitime, estimant que, si la société avait dans un premier temps transmis un tableau comparatif insuffisamment documenté et difficilement exploitable, elle avait ensuite communiqué avant l'audience les fiches individuelles de 10 salariés, anonymisées mais dont l'authenticité pouvait être vérifiée, suffisamment complètes pour permettre au salarié de procéder à la comparaison souhaitée.

Or le salarié soutenait, dans son pourvoi, qu'avant d'analyser les fiches transmises par l'employeur, les juges du fond auraient dû rechercher et analyser le bien-fondé de sa demande et, en particulier, si la communication des pièces sollicitées n'était pas nécessaire à la protection de ses droits.

Là encore, la Cour valide les arguments du salarié en rappelant qu'il appartient au juge saisi d'une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile :

- d'abord, de rechercher si cette communication n'est pas nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ;

- et ensuite, si les éléments sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, de vérifier quelles mesures sont indispensables à l'exercice du droit à la preuve et proportionnées au but poursuivi, au besoin en cantonnant le périmètre de la production de pièces sollicitées.



### 3- CONVENTIONS COLLECTIVES

#### ❖ AIDE A DOMICILE : ACCOMPAGNEMENT, SOINS ET SERVICES

Adaptation des dispositions conventionnelles aux nouvelles classifications	Avenants n° 49/2021 du 1 <sup>er</sup> juillet 2021	Arrêté d'agrément du 4 octobre 2021, JO du 8
--	---	--

#### ❖ BATIMENT : OUVRIERS

<u>Drôme-Ardèche</u> : indemnités de petits déplacements au 1 <sup>er</sup> février 2021	Accord du 25 janvier 2021	Arrêté du 7 septembre 2021, JO du 30
<u>Loire</u> : indemnités de petits déplacements au 1 <sup>er</sup> janvier 2021	Accord du 6 janvier 2021	Arrêté du 14 septembre 2021, JO du 30

#### ❖ BOUCHERIE, BOUCHERIE-CHARCUTERIE, BOUCHERIE HIPPOPHAGIQUE

Salaires minima	Avenant n° 64 du 22 juin 2021	
-----------------	-------------------------------	--

#### ❖ CARRIERES ET MATERIAUX : INDUSTRIES

<u>Territoire national</u> : rémunérations minimales annuelles garanties des cadres au 1 <sup>er</sup> janvier 2021	Avenant n° 48 du 24 mars 2021	Arrêté du 17 septembre 2021, JO du 29
<u>Auvergne – Rhône-Alpes</u> : rémunérations minimales annuelles garanties des ouvriers et ETAM au 1 <sup>er</sup> janvier 2021	Accord du 17 mai 2021	Arrêté du 17 septembre 2021, JO du 29

#### ❖ COMMERCES DE GROS

Fusion avec la CCN du négoce en fournitures dentaires	Accord du 22 septembre 2020	Arrêté du 17 septembre 2021, JO du 29
---	-----------------------------	---------------------------------------

#### ❖ HABILLEMENT : INDUSTRIES

Salaires minima et majoration en fonction de l'ancienneté	Avenant S 62 du 17 mars 2021	Arrêté du 14 septembre 2021, JO du 25
---	------------------------------	---------------------------------------

#### ❖ HOSPITALISATION PRIVEE A BUT NON LUCRATIF

Attribution d'une prime aux médecins pharmaciens biologistes et chirurgiens-dentistes	Avenant n° 2021-05 du 15 juillet 2021	
---	---------------------------------------	--

#### ❖ LABORATOIRES DE BIOLOGIE MEDICALE EXTRAHOSPITALIERS

Révision du régime frais de santé	Accord du 9 juillet 2021	
-----------------------------------	--------------------------	--

#### ❖ LAIT : INDUSTRIES

Indemnité d'habillement et salaires minima au 1 <sup>er</sup> juin 2021	Accord du 11 mai 2021	Arrêté du 17 septembre 2021, JO du 30
---	-----------------------	---------------------------------------

#### ❖ METALLURGIE : HAUTE-SAVOIE

Indemnité de panier au 1 <sup>er</sup> juin 2021 et salaires minima 2021	Accord du 29 mars 2021	Arrêté du 14 septembre 2021, JO du 25
--	------------------------	---------------------------------------

#### ❖ METALLURGIE : MEURTHE-ET-MOSELLE

Primes et salaires minima 2021	Accord du 18 juin 2021	Arrêté du 17 septembre 2021, JO du 29
--------------------------------	------------------------	--

#### ❖ NOTARIAT

Temps partiel : compléments d'heures	Accord du 19 novembre 2020	Arrêté du 17 septembre 2021, JO du 28
--------------------------------------	----------------------------	--

#### ❖ PHARMACIE D'OFFICINE

Rémunération des jeunes préparant le DEUST de préparateur/technicien en pharmacie	Accord du 6 avril 2021	Arrêté du 17 septembre 2021, JO du 30
---	------------------------	--

#### ❖ PLASTURGIE

Congé exceptionnel pour enfant malade	Accord du 30 juin 2021	
---------------------------------------	------------------------	--

#### ❖ PRESTATAIRES DE SERVICE

Révision du régime de prévoyance	Avenant du 26 octobre 2020	Arrêté du 17 septembre 2021, JO du 29
----------------------------------	----------------------------	--

#### ❖ SANITAIRE, SOCIAL ET MEDICO-SOCIAL A BUT NON LUCRATIF : ACCORDS DE BRANCHE DU SECTEUR

Rémunération des apprentis et indemnités de fonction des maîtres d'apprentissage et des tuteurs	Accord du 9 septembre 2020	Arrêté du 2 juillet 2021, JO du 18 septembre
---	----------------------------	---

#### ❖ SERVICES A LA PERSONNE : ENTREPRISES

Salaires minima	Avenant n°6 du 7 janvier 2021	Arrêté du 7 septembre 2021, JO du 25
-----------------	-------------------------------	---

#### ❖ TEXTILES : INDUSTRIES

Salaires minima au 1 <sup>er</sup> juillet 2021	Accord du 1 <sup>er</sup> juillet 2021	
---	--	--

*NOTA BENE* : Les accords non étendus sont uniquement applicables aux employeurs adhérents à une organisation patronale signataire. Les accords étendus ou élargis deviennent en principe obligatoires pour tous les employeurs de la Branche au lendemain de la publication de l'arrêté au Journal Officiel (JO). Toutefois, certains accords peuvent prévoir une date d'application ultérieure.

### CHIFFRES CLÉS 2021

**3 428 € - PMSS**

**41 136 € - PASS**

**10,48 € - SMIC HORAIRE AU 1<sup>er</sup> OCTOBRE 2021**

**1 589,50 € - SMIC MENSUEL (pour 151,67 h)**

Pour toutes informations complémentaires ou tous conseils, nous contacter :  
04-77-33-12-06 ou [avocats@lex-part.fr](mailto:avocats@lex-part.fr) ou également via notre site internet [www.lex-part.com](http://www.lex-part.com)