

02

23

Wild hors**ESS**

Newsletter mensuelle dédiée au droit du travail

#39



.....L'**ESS**entiel est un outil opérationnel de veille juridique en droit du travail, spécialement pensé pour les acteurs du secteur !.....



Picard
avocats

Le droit du travail
au service de l'économie
sociale et solidaire



La maltraitance institutionnelle exclut le licenciement disciplinaire...

Dans une affaire récente, une aide-soignante (ASD) de nuit au sein d'un foyer d'accueil médicalisé avait été licenciée pour faute grave pour ne pas avoir répondu à l'appel d'une résidente ayant besoin d'aller aux toilettes, la contraignant à se glisser hors de son lit pour uriner sur le sol de sa chambre, ce qui n'a été découvert que le lendemain. Bien qu'en présence de « *négligences graves et une mise en danger des résidents* », les juges ont considéré que ces faits ne pouvaient justifier ni une faute grave, ni une cause réelle et sérieuse de licenciement. La raison ? Le contexte institutionnel. En effet, les juges ont estimé que la présence d'un ASD de nuit par étage était insuffisante pour s'occuper des 35 résidents ; en outre, l'établissement, malgré les demandes de résidents, de leur famille et du personnel, n'était pas doté de dispositifs d'alerte de nuit ; enfin, la responsabilité d'organiser le service, de doter les résidents et soignants de matériel suffisant et adapté, de confier au personnel des tâches compatibles entre elles et de prévoir du personnel en nombre suffisant, incombait à l'employeur et non au personnel. Par conséquent, la salariée, qui avait déjà alerté sa direction, ne pouvait être licenciée pour les faits commis (*Cass. soc., 14 décembre 2022 n° 21-15.439*).

Mais l'ancienneté n'est pas un totem d'immunité face au licenciement pour faute grave !

Le Directeur Général d'une association avait été licencié pour faute grave pour des faits de harcèlement managérial à l'égard de ses subordonnés. La Cour d'appel de Paris avait considéré que son mode de management trop brutal et méprisant, matériellement démontré, constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif disciplinaire mais non une faute grave dès lors que ce directeur était en fonction depuis plus de 5 ans. Or, la Cour de cassation rappelle que un motif tiré de l'ancienneté insuffisant à lui seul à écarter la qualification de faute grave (*Cass. soc., 8 février 2023, n° 21-11.535*).

Obligation vaccinale et suspension du contrat : la position des magistrats se dessine

Après les conseils de prud'hommes, de nombreuses cours d'appel se sont déjà positionnées sur la licéité de la suspension du contrat de travail des salariés non vaccinés (Paris, Versailles, Montpellier, Pau, Aix-en-Provence, Chambéry...). Récemment, la Cour d'appel de Paris a notamment rappelé que la loi n'impose nullement à l'employeur de réorganiser l'activité du salarié afin de prendre en compte son refus de présenter son justificatif vaccinal et que la suspension du contrat ne peut s'analyser en une sanction pécuniaire (*Pôle 6 chambre 2, 8 décembre 2022, n° 22/04202*). Attention toutefois, le Conseil d'Etat a récemment jugé que l'employeur ne peut prendre une mesure de suspension à l'égard d'un agent qui, en raison de son état de santé, exerce ses fonctions exclusivement en télétravail (*CE, 22 décembre 2022, n° 460887*)

Travailleurs handicapés d'ESAT : pas de rupture du contrat pour inaptitude

Un médecin du travail a déclaré un travailleur handicapé inapte à son poste, avec dispense d'obligation de recherche de reclassement. L'ESAT a alors sollicité de la MDPH sa sortie des effectifs, ce qui a été accepté. La Cour de cassation rappelle toutefois que le travailleur handicapé en ESAT est un usager et non un salarié lié par un contrat de travail. Dès lors, l'ESAT ne pouvait pas décider unilatéralement de rompre le contrat du travailleur en raison de son inaptitude. L'ESAT a été condamné à le réintégrer et à lui payer les arriérés de rémunération (*Cass. soc., 14 décembre 2022, n° 21-10.263*).



Adaptation du droit de l'Union européenne

Le 9 février 2023, la commission mixte paritaire (CMP) sur le projet de loi « portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne » est parvenue à un accord. Parmi les principales mesures :

- La fin des durées conventionnelles de période d'essai plus longues que celles fixées par le code du travail. Par exemple, la période d'essai de 6 mois prévue par la CCN du 15 mars 1966 pour les cadres deviendra donc inapplicable ;
- Un devoir d'information renforcé de l'employeur pour tout salarié nouvellement embauché (un décret devant fixer la liste des informations à communiquer par écrit) ;
- Le droit, pour les salariés en CDD ou en intérim justifiant d'au moins 6 mois d'ancienneté continue d'être informé sur les postes en CDI à pourvoir ;
- L'assimilation des congés paternité et d'accueil de l'enfant à des périodes de présence au titre de la participation et à du temps de travail effectif pour les droits liés à l'ancienneté. Le congé parental d'éducation bénéficierait également d'assouplissements.

La loi doit désormais être définitivement adoptée par le Parlement et passer l'éventuel contrôle du Conseil constitutionnel. À suivre !

Prime de partage de la valeur (PPV)

Par une instruction du 21 décembre 2022 publiée au BOSS, l'Administration apporte des précisions sur les conditions d'exonération de la PPV. Ainsi, parmi les critères de modulation possibles, la rémunération, la durée de présence et la durée de travail du bénéficiaire s'apprécient sur les 12 mois précédant le versement de la prime, tandis que le niveau de classification et l'ancienneté sont appréciés au moment de son versement. Encore faut-il que la modulation du montant de la prime ne conduisent pas à des « écarts disproportionnés », au risque de s'exposer à un redressement car l'« intention du législateur » ne serait pas respectée. Par ces précisions censées sécuriser la mise en place de la prime, l'Administration semble prendre quelques libertés avec la lettre du texte. Concrètement, si l'employeur applique strictement l'instruction, il se sécurise en cas de contrôle. À défaut, en cas de critères de modulation jugés « disproportionnés » par l'Urssaf, le juge pourra toujours être saisi d'une contestation du redressement ainsi opéré et il n'est pas à exclure qu'il soit jugé que l'Administration a ajouté à la loi, à tort, une condition qu'elle ne comporte pas (Instruction publiée au BOSS le 21 décembre 2022). À noter également que ni la loi, ni l'instruction ne précisent la période d'appréciation de la rémunération quand il s'agit d'un critère d'éligibilité, contrairement au critère de modulation du montant de la prime. L'accord collectif ou la décision unilatérale pourraient donc utilement préciser si elle est appréciée sur les 12 mois précédant le versement de la prime ou sur le mois précédant ce versement.



Loi marché du travail : bien que la loi ait été promulguée le 21 décembre 2022, des décrets d'application sont attendus pour qu'entrent en vigueur certaines mesures, dont la présomption de démission des salariés en abandon de poste ou la possibilité de recourir au CDD « multi-remplacement ». En revanche, pas besoin de décret pour les salariés assimilés à l'employeur qui sont dorénavant considérés comme électeurs (mais non éligibles) aux élections du CSE (C. trav., art. L.2314-18).



Fixation des établissements distincts du CSE : la liberté de l'accord d'entreprise

À l'heure où le renouvellement des mandats est d'actualité pour nombre de structures, la Cour de cassation se positionne pour la première fois sur la marge de manœuvre dont disposent les partenaires sociaux pour délimiter les établissements distincts. Pour mémoire, en présence d'organisations syndicales représentatives, l'employeur a l'obligation d'engager des négociations sincères et loyales : ce n'est qu'en l'absence d'accord que l'employeur procède à une définition unilatérale des établissements distincts compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel (C. trav., art. L.2313-4 ; Cass. soc., 17 avril 2019, n° 18-22.948). Or, en présence d'un accord d'entreprise de « configuration », et contrairement à la décision unilatérale, aucun critère légal n'est fixé. Les partenaires sociaux sont-ils ainsi totalement libres pour définir les critères de fixation des établissements distincts ? La Cour de cassation répond par l'affirmative, à la condition toutefois qu'ils soient de nature à permettre la représentation de l'ensemble des salariés (Cass. soc., 1er février 2023, n° 21-15.371). Périmètre géographique, types de structures, pôles d'activités... Les juges n'entendent pas brider les négociations !

Harcèlement et obligation de sécurité : nouvelles illustrations

Rappelons que même en présence d'un harcèlement moral ou sexuel, l'employeur respecte son obligation de sécurité s'il démontre avoir pris les mesures de prévention nécessaires et suffisantes pour l'éviter ainsi que toutes les mesures immédiates propres à le faire cesser dès qu'il a été informé des faits en cause. La Cour de cassation en donne une nouvelle illustration : l'employeur ne peut être condamné au titre d'un manquement à son obligation de sécurité dès lors que le jour même où il a été informé d'une dénonciation de faits de harcèlement moral, il a organisé une réunion entre la salariée concernée, celle accusée et un représentant du personnel, lui a proposé de changer de secteur et a diligenté une enquête avec le CHSCT (Cass. soc., 7 décembre 2022, n° 21-18.114). Dans le même sens, satisfait à son obligation de sécurité l'employeur qui, informé de faits de harcèlement sexuel, fait cesser la circulation de la salariée victime dans la même voiture que son collègue et informe l'inspecteur du travail (Cass. soc., 18 janvier 2023, n° 21-23.796).

Inaptitude : l'intransigeance de la Cour de cassation

Lorsque l'employeur engage une procédure disciplinaire et qu'au cours de celle-ci, le salarié est déclaré inapte, peut-il prononcer un licenciement disciplinaire ? Réponse négative, quelle que soit la gravité de la faute : les dispositions d'ordre public font obstacle à ce que l'employeur prononce un licenciement pour un motif autre que l'inaptitude, peu important que l'employeur ait engagé antérieurement une procédure de licenciement pour une autre cause (Cass. soc., 8 février 2023, n° 21-16.258). La Cour rappelle également que la lettre de licenciement doit mentionner expressément l'inaptitude médicalement constatée et l'impossibilité de reclassement ; à défaut, le licenciement est automatiquement privé de cause réelle et sérieuse (Cass. soc. 14 décembre 2022, n° 21-19.112).

Faute inexcusable : la Cour de cassation opère un revirement en considérant que la rente versée aux victimes d'AT-MP n'indemnise pas le déficit fonctionnel permanent. Ainsi, une indemnisation complémentaire peut être allouée aux victimes (Cass. ass. plén. 20 janvier 2023, n° 21-23.947). Les conséquences financières d'une telle reconnaissance, déjà très coûteuses, pourront donc s'alourdir pour l'employeur. Pour rappel, ce dernier peut toutefois souscrire une assurance faute inexcusable, laquelle prend en charge la majoration de rente accordée à la victime ou ses ayants droits ainsi que les préjudices personnels.



La diffamation se définit comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé » (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse). Lorsque les propos litigieux ont été communiqués à un public déterminé, la diffamation est qualifiée de **non publique** et consiste en une contravention de 1ère classe (C. pén., art. R.621-1). Dès lors, un salarié licencié peut-il légitimement citer son employeur à comparaître devant le Tribunal de police, en considérant que le contenu de la lettre de licenciement consiste en une diffamation non publique ? Précisions sur les écueils à éviter !

1 - Écarter les développements superflus au sein de la lettre de licenciement

L'employeur qui décide de licencier un salarié a l'**obligation** de lui notifier une lettre de licenciement, laquelle doit nécessairement comporter l'énoncé précis des griefs reprochés au salarié (C. trav., art. L.1232-6). La Cour de cassation considère traditionnellement que l'obligation de motivation de la lettre de licenciement imposée à l'employeur constitue un **fait justificatif** au sens de l'article 122-4 du code pénal (« N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires »).



Dès lors, si l'employeur énonce strictement dans la lettre de licenciement les manquements reprochés au salarié « sans que soient développés d'autres griefs ou des circonstances superflues », sa responsabilité pénale ne sera pas engagée, et ce, quand bien même les griefs évoqués dans la lettre de licenciement porteraient atteinte à l'honneur et à la considération du salarié (Cass. crim. 12 octobre 2004, n° 03-86.262 ; Cass. 1ère civ., 7 novembre 2006, n° 05-19.011).

2 - Ne pas diffuser la lettre de licenciement

Dans une autre affaire, la Cour de cassation a développé une approche différente. Dans la lettre de licenciement litigieuse, était affirmé que l'attitude du salarié à l'égard du personnel féminin s'apparentait à du harcèlement sexuel, mais que, faute de preuve formelle, ces circonstances n'avaient pas été retenues parmi les motifs du licenciement notifié. Ces propos consistaient à l'évidence en des « circonstances superflues ».

L'employeur a toutefois été relaxé compte tenu du **caractère confidentiel de la lettre de licenciement**. La Cour de cassation a en effet considéré que la lettre de licenciement ayant été envoyée exclusivement au salarié, le contenu de celle-ci présentait un caractère confidentiel ; en raison de cette confidentialité, la caractérisation de la diffamation publique était écartée (Cass. crim., 25 mars 2014, n° 12-86.490).

Au vu d'une telle approche, la diffamation non publique ne pourrait désormais être retenue que dans l'hypothèse où l'employeur diffuserait la lettre de licenciement à des personnes autres que le salarié licencié.



En pratique, si les principes jurisprudentiels dégagés garantissent une réelle sécurité juridique, la prudence impose une rédaction rigoureuse de la lettre de licenciement, afin d'éviter le développement en son sein de « circonstances superflues ». Aussi, la diffusion de la lettre de licenciement doit être limitée au strict nécessaire, par exemple en cas de litige prud'homal avec le salarié concerné.

..... Publications



À lire dans le magazine Direction[s] n° 216 du mois de février 2023, un article de Stéphane Picard « **Plein-emploi : les mesures de la loi Marché du travail** ».

..... Partenariat



Le Cabinet aura l'honneur d'être membre du Jury de la finale du concours de plaidoiries de la Clinique Juridique de la Sorbonne. Rendez-vous le 13 avril 2023 !

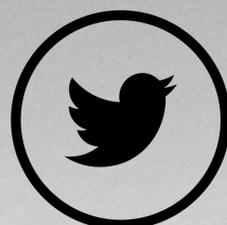
..... Vie du Cabinet



Le Cabinet a le plaisir d'annoncer la nomination de Me Cécile Noël en qualité de Counsel !



Le Cabinet est également ravi d'accueillir Hugo Blewett pour son stage final en qualité d'élève-avocat !



PICARD AVOCATS
118, rue La Fayette
75010 PARIS
01 84 25 14 70
contact@picard-avocats.com