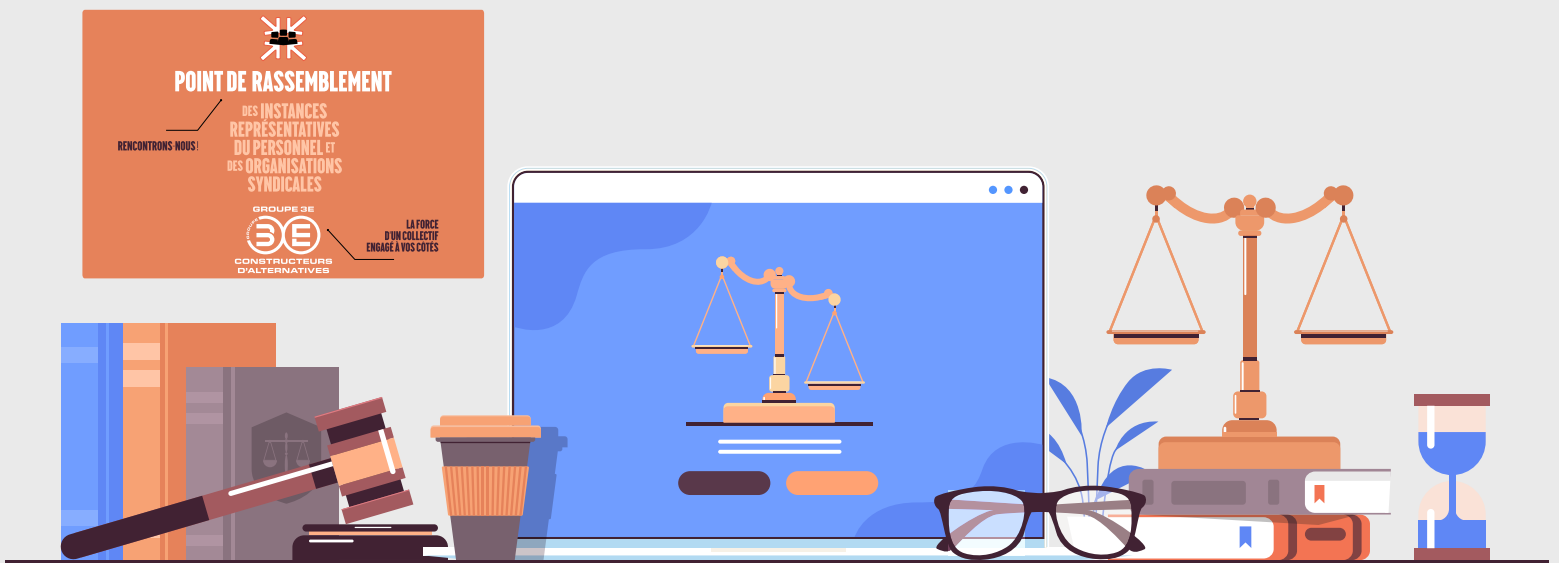


DÉCODAGE

L'ANALYSE DE L'ACTUALITÉ JURIDIQUE ET SOCIALE DU GROUPE 3E

NUMÉRO 18

JUIN 2022



LOI SANTÉ AU TRAVAIL :
DES DÉCRETS PRÉCISENT LES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE D'UNE LOI
QUI RENFORCE L'INDIVIDUALISATION DE LA PRÉVENTION

L'ACCOMPAGNEMENT PAR UN EXPERT
DANS LE CADRE DE LA CONSULTATION SUR LA POLITIQUE SOCIALE :
UN DROIT DES CSE RENFORCÉ PAR LES RÉCENTES JURISPRUDENCES

BARÈME MACRON :
CLAP DE FIN ?



1 AVENUE FOCH
57000 METZ CEDEX
03 87 18 32 60

CONSTRUCTEUR D'ALTERNATIVES

15 RUE DU FAUBOURG MONTMARTRE
75009 PARIS
01 55 28 37 60

ÉDITORIAL

La loi Santé au travail a bientôt un an et les décrets paraissent petit à petit. Nous avons abordé les premiers dans notre numéro de Décodage de mars 2022. Nous évoquons dans celui-ci les décrets parus depuis, qui traitent de la prévention de la désinsertion professionnelle et de l'évolution du suivi médical, avec le risque d'un renforcement de l'individualisation de la prévention et des actions ciblées sur les conséquences des expositions plus que sur la suppression des risques.

Dans ce contexte, un des moyens de suivi et d'action des élus du CSE réside dans la consultation relative à la politique sociale, aux conditions de travail et à l'emploi. Nous abordons ici les récentes décisions de la Cour de cassation quant au champ de cette consultation et de l'expertise afférente et à l'accès à l'information de l'expert qui accompagne le CSE.

Enfin, nous revenons sur l'épopée judiciaire du "Barème Macron" qui concerne les indemnités dues par l'employeur pour un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Plusieurs Cours d'appel l'ont écarté malgré sa confirmation par la Cour de cassation mi 2019, en se fondant sur la convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Mais le 11 mai 2022, la Cour de cassation a rendu une décision très attendue et a validé ce barème.

Sans oublier nos brèves et nos conseils de lecture.

Bonne lecture !



Marie-Laure BILLOTTE
Communication et veille juridique
et sociale
mlbillotte@groupe3e.fr



Constructeurs d'alternatives

Décodage n°18

Juin 2022

SOMMAIRE

Loi santé au travail : des décrets précisent les modalités de mise en œuvre d'une loi qui renforce l'individualisation de la prévention 2

L'accompagnement par un expert dans le cadre de la consultation sur la politique sociale : un droit des CSE renforcé par les récentes jurisprudences 9

Barème Macron : clap de fin ? 13

Brèves 21

Conseils de lecture 25

Repères

SMIC horaire	10.85 € brut depuis le 1 ^{er} mai 2022
Plafond mensuel de la sécurité sociale	3 428 € en 2022
Exonération bons cadeaux	171 € en 2022
Indice des prix à la consommation	+ 5.2 % sur un an fin avril 2022 (source : INSEE)



Loi santé au travail : des décrets précisent les modalités de mise en œuvre d'une loi qui renforce l'individualisation de la prévention



3E Acante, Lucie HORN – lhorn@acante-travail.fr

3E Acante, Lara LEVI – llevi@acante-travail.fr

Cela va bientôt faire un an que la loi du 2 août pour renforcer la prévention en santé au travail a été promulguée, rebaptisant "services de prévention et de santé au travail" (SPST) les anciens "services de santé au travail" (SST)¹. Dans un précédent article en date de mars 2022², nous avons expliqué la nouveauté que constitue **l'information-consultation du CSE, désormais obligatoire**, sur le document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP) et sur le plan de prévention (PAPRI Pact). Nous y signalions aussi le désengagement, avec cette loi, de la prévention collective au profit d'actions individuelles. Depuis, le 16 mars dernier, des décrets sont venus préciser les modalités de mise en œuvre de cette loi qui continue de renforcer l'individualisation de la prévention et qui, malgré l'usage du terme de prévention, vise des actions ciblées sur les conséquences des expositions plus que sur la suppression des risques.

1. Des décrets qui portent sur la prévention de la désinsertion professionnelle

Une **cellule pluridisciplinaire de prévention de la désinsertion professionnelle** (PDP) est créée au sein des services de prévention et de santé au travail (SPST). La loi généralise ainsi à tous les SPST la création de ces cellules qui existent déjà dans plusieurs services, et organise ce qui relevait auparavant du "maintien dans l'emploi". Il s'agit de mesures pour accompagner ou maintenir dans l'emploi des salariés abimés ou malades du travail. Les objectifs que la loi fixe à cette cellule sont donc avant tout axés sur l'individu : "*identifier les situations individuelles ; proposer des mesures individuelles ; accompagner le travailleur éligible aux actions prévues par le code de la sécurité sociale*".³

Les décrets publiés le 16 mars précisent les déclinaisons de cet objectif, et axent toujours la prévention du côté des mesures individuelles d'accompagnement plutôt que sur les actions en milieu de travail et la prévention collective, qui agit à la source des risques. Même dans les actions sur le milieu professionnel, il s'agit d'aménager des postes et non d'une réflexion plus globale sur l'organisation du travail.

¹ Services qui embauchent médecins du travail, infirmiers et assistants de santé au travail pour assurer la surveillance médicale des salariés et mettre en œuvre des actions sur les lieux de travail pour supprimer, réduire ou prévenir les risques professionnels.

² <https://www.groupe3e.fr/UserFiles/File/nos-publications/groupe3e/decryptage/2022-decodage-n16.pdf#page=3>

³ Nouvel article L 4622-8-1 du Code du travail

La Convention de Rééducation Professionnelle en Entreprise (CRPE), une extension de la possibilité de bénéficier de formation d'adaptation au poste

Le Contrat de Rééducation Professionnelle en Entreprise (CRPE) est un contrat à durée déterminée qui peut être conclu entre un salarié reconnu travailleur handicapé (ou en cours de reconnaissance) en arrêt de travail, l'employeur et la CPAM dont dépend le salarié. Lorsqu'il rencontre des problèmes de santé rendant la reprise du poste impossible, le contrat lui permet de bénéficier d'un complément de formation professionnelle. L'objectif du CRPE est de permettre au salarié de reprendre de l'assurance dans l'exercice de son métier au poste qu'il occupait avant son arrêt, en se familiarisant avec les gestes métiers, ou de nouvelles techniques par le biais de formations. Dans les cas où le salarié est dans l'incapacité de reprendre son ancien poste, ce contrat peut aussi lui permettre de réaliser une formation pour exercer un nouveau poste chez l'employeur initial ou au sein d'une nouvelle entreprise.

Avec la loi Santé, **ce contrat se transforme en Convention de Rééducation Professionnelle et le dispositif est étendu à l'ensemble des salariés concernés par une dégradation de leur état de santé**, qu'elle soit ou non d'origine professionnelle, et déclarés inaptes par le médecin du travail ou pour lesquels ce médecin a identifié un risque d'inaptitude pendant l'arrêt de travail, dans le cadre d'une visite de pré-reprise.

La loi étend un dispositif existant visant l'adaptation individuelle des salariés au poste de travail.

L'essai encadré, un retour au travail progressif et aménagé

La loi balise également les modalités de "l'essai encadré" qui permet à des salariés en arrêt de tester de nouvelles conditions de retour à l'emploi (aménagement de poste, nouveau poste ou temps partiel thérapeutique) tout en percevant leurs indemnités journalières d'arrêt de travail. L'essai encadré relevait jusqu'alors de la sécurité sociale sans que les modalités soient précisément définies, ce qui n'est désormais plus le cas avec le décret.

L'accès au dispositif d'essai encadré se fait en principe à l'initiative de l'assuré, mais un certain nombre de structures, dont les services de prévention et de santé au travail, sont habilitées à le proposer aux assurés présentant un fort risque de désinsertion professionnelle (Cellule PDP de la Carsat ; réseau des Cap emploi ; Comète France). La demande doit toujours être adressée à la sécurité sociale. La durée de l'essai encadré ne peut excéder 14 jours ouvrables, renouvelable dans la limite d'une durée totale de 28 jours ouvrables.

Transition professionnelle, une facilitation assouplie de l'accès à la formation

C COMPTE
P PERSONNEL
F de FORMATION

Tout salarié peut mobiliser les droits inscrits sur son Compte Personnel De Formation, afin que celui-ci contribue au financement d'une action de formation certifiante, destinée à lui permettre de changer de métier ou de profession dans le cadre d'un projet de transition professionnelle. Il s'agit du CPF de transition professionnelle.

Pour bénéficier d'un projet de transition professionnelle, le travailleur devait justifier d'une ancienneté minimale, soit **24 mois (consécutifs ou non) en qualité de salarié dont 12 mois travaillés au sein l'entreprise, quelle qu'ait été la nature de ses contrats de travail successifs**⁴. Avec les décrets du 16 mars, la **condition d'ancienneté n'est plus requise lorsqu'il y a un enjeu de maintien dans l'emploi**. Elle n'est donc plus exigée lorsque le salarié a connu dans les 24 mois qui précèdent sa demande de projet de transition professionnelle :

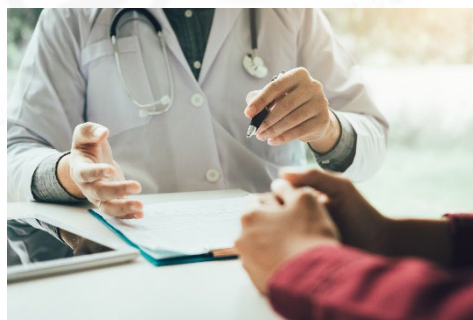
- Une absence au travail résultant d'une maladie professionnelle ;
- Une absence au travail, d'au moins 6 mois, consécutifs ou non, résultant d'un accident du travail ;
- Une absence au travail, d'au moins 6 mois, consécutifs ou non, résultant d'une maladie ou d'un accident non professionnel.

Toutefois, il peut paraître paradoxal qu'un salarié doive mobiliser l'intégralité de son CPF pour bénéficier d'une formation destinée à lui permettre un retour à l'emploi à la suite d'une maladie ou d'un accident d'origine professionnelle.

2. Les visites médicales : d'une possible logique de prévention des risques à une nécessaire logique de prévention de l'inaptitude

Depuis la loi Travail, la visite médicale d'aptitude réalisée par un médecin du travail a lieu tous les 5 ans, sauf pour les salariés exposés à certains risques (suivi individuel renforcé SIR⁵) ou justifiant d'un suivi médical particulier (suivi individuel adapté SIA). Cette visite devait être réalisée tous les 2 ans jusque 2017 et annuellement avant 2002.

Entre ces visites réalisées par le médecin du travail, des visites d'information et de prévention (VIP) sont réalisées par un infirmier de santé au travail. Le suivi individuel des salariés tend donc de plus en plus à être confié aux infirmiers de santé au travail qui ne bénéficient pas des garanties d'indépendance du médecin du travail. Cette évolution est justifiée par le déclin inquiétant du nombre de médecins du travail qui résulte du manque d'attractivité de la spécialité et de choix politiques compliquant toujours plus l'accès aux études médicales malgré les prévisions démographiques depuis longtemps inquiétantes.

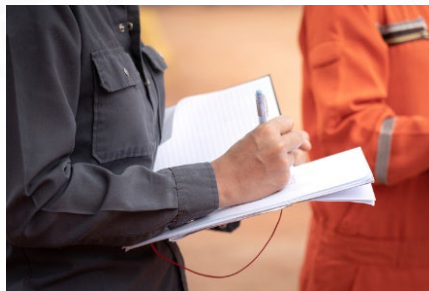


⁴ La condition d'ancienneté n'est pas exigée pour les salariés bénéficiant d'une obligation d'emploi (travailleurs reconnus handicapés, travailleurs invalides, victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale à 10 %, mutilés de guerre et assimilés, etc.), ni les salariés qui avaient changé d'emploi à la suite d'un licenciement pour motif économique ou pour inaptitude et qui n'avaient pas suivi d'action de formation entre leur licenciement et leur réemploi.

⁵ Le suivi individuel renforcé est prévu pour tout travailleur affecté à un poste présentant des risques particuliers pour sa santé ou sa sécurité ou pour celles de ses collègues ou des tiers évoluant dans l'environnement immédiat de travail.

Les visites médicales d'aptitude se situent historiquement du côté de la sélection et de l'orientation de la main-d'œuvre : il s'agit d'évaluer les aptitudes au poste des salariés, avec la menace d'une inaptitude lorsque la santé n'est pas optimale. Dans les faits, ces visites ne se résument souvent surtout qu'aux tests de vision, d'ouïe, à la mesure, à la pesée et à quelques conseils alimentaires. Mais pour certains médecins, notamment défenseurs de la clinique médicale du travail, ces visites permettaient de nouer une relation de confiance avec les salariés et de multiplier les différents points de vue sur le travail au sein d'une entreprise. Elles étaient la condition indispensable d'une connaissance du "travail vécu" au sein de l'entreprise et de l'évolution de l'état de santé des salariés qui, conjuguées à des observations de travail, pouvaient aboutir à la détection précoce des problèmes et à des actions de suppression des risques à la source.

La tendance actuelle et renforcée par la loi est de cantonner le suivi médical aux situations où la dégradation de la santé a déjà eu lieu et de confier les actions de prévention primaire, visant à agir sur le risque avant qu'il ne survienne, aux infirmiers de santé au travail, d'un côté, et aux techniciens et assistants qui proposent des aides pour le DUERP, de l'autre. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre **l'extension des critères ou l'instauration de nouvelles visites médicales** qui viennent en réalité surtout pallier la fin des visites périodiques et faire basculer l'action du médecin du travail du côté de la réadaptation ou de l'accompagnement.



Une visite de mi-carrière pour remplacer les visites périodiques

Ainsi, la loi instaure une **visite de mi-carrière pour les salariés de 45 ans** dont l'objectif est d'établir un état des lieux de l'adaptation du poste de travail du salarié à son état de santé, tout en évaluant les expositions du salarié à des facteurs de risques professionnels. Son second objectif est d'évaluer les risques de désinsertion professionnelle en observant l'évolution des capacités du salarié en prenant en compte son parcours professionnel, son âge, son état de santé... Elle a également pour but de sensibiliser le salarié aux enjeux du vieillissement au travail et à la prévention des risques professionnels. Enfin, et selon l'article L. 4624-3 du Code du travail, le médecin du travail aura pour mission de formuler des mesures via des propositions écrites, après un échange avec le salarié et l'employeur : mesures individuelles d'aménagement, d'adaptation du poste de travail ou des horaires de travail du salarié... À l'exception des enjeux liés au vieillissement, les objectifs de la visite de mi-carrière recoupent ceux de la visite médicale d'aptitude. Sa mise en place peut donc être analysée comme le passage d'un suivi régulier de l'adéquation entre le poste de travail et le salarié à la réalisation d'un bilan une fois dans la carrière.

Une extension de la traçabilité des expositions dont il faudra veiller à l'application

La loi transforme par ailleurs l'ancienne visite médicale post-professionnelle à une **visite post-exposition**. La visite post-professionnelle ou post-exposition vise à établir une traçabilité et un état des lieux, à date, des expositions à un ou plusieurs facteurs de risques professionnels auxquels a été soumis le travailleur. L'attestation des expositions subies au cours du travail est ensuite ce qui peut permettre au salarié de faire le lien entre son travail et d'éventuels problèmes de santé qui surviendraient alors que le salarié n'est plus en activité. Or, de nombreuses maladies ou affections n'apparaissent que des années après l'exposition, en particulier à des produits cancérogènes, et les effets nuisibles des expositions peuvent augmenter combinées à d'autres (ce qu'on appelle "effet cocktail"). La visite post-professionnelle et la traçabilité des expositions peuvent en conséquence être déterminantes dans des procédures de reconnaissance en maladie professionnelle.

Auparavant, les travailleurs en suivi individuel renforcé (SIR) étaient examinés avant leur départ à la retraite par le médecin du travail au cours d'une visite médicale. Le médecin du travail avait la faculté, s'il constatait une exposition du travailleur à certains risques dangereux, notamment chimiques, de mettre en place une surveillance post-professionnelle en lien avec le médecin traitant, dans le but d'évaluer régulièrement les potentiels effets sur la santé des expositions passées.

Désormais, cette visite ne s'effectue plus nécessairement avant le départ à la retraite mais dans les meilleurs délais "**après la cessation de leur exposition à des risques particuliers pour sa santé ou sa sécurité**". De plus, s'il constate une exposition du travailleur à certains risques dangereux, notamment chimiques, la surveillance post-exposition ou post-professionnelle est mise en place par le médecin du travail en lien avec le médecin traitant, mais également **avec le médecin-conseil des organismes de sécurité sociale**. Cette surveillance tient compte de la nature du risque, de l'état de santé et de l'âge de la personne concernée.

Les suivis médicaux post-exposition sont dans les faits actuellement peu réalisés par les salariés qui pourraient en bénéficier. L'association du médecin-conseil à ces suivis ainsi que la délivrance systématique d'attestation d'exposition pourrait permettre une meilleure prise en charge des salariés dès les premiers symptômes ainsi que des reconnaissances en maladies professionnelles. Or ces reconnaissances sont indispensables pour connaître la dangerosité de certains postes de travail et contraindre les employeurs à assumer, notamment financièrement⁶, la responsabilité de la maladie. Elles permettent aussi aux salariés concernés d'être reconnus victimes du travail et de bénéficier de compensations financières face au préjudice subi. Il y a donc un enjeu pour les élus à veiller à ce que ces visites soient systématiquement réalisées, qu'elles donnent effectivement lieu à une attestation d'exposition et qu'elles informent les salariés sur l'importance du suivi post-professionnel.

⁶ En cas de maladie professionnelle, les soins ne sont plus supportés par le régime général de la sécurité sociale mais par la branche accident du travail et maladie professionnelle (ATMP) financée par les employeurs selon leur sinistralité (pour les grosses entreprises) ou celle de leur la branche professionnelle (pour les plus petites).

Rendez-vous de liaison et organisation de la reprise pour le salarié

La visite de pré-reprise est un examen médical effectué par le médecin du travail pendant l'arrêt de travail du salarié. Elle vise à aider le salarié à reprendre son emploi ou un emploi compatible avec sa situation. À l'issue de la visite, le médecin du travail peut émettre des préconisations pour favoriser le maintien dans l'emploi du salarié, comme :

- Aménager ou adapter son poste de travail ;
- Aménager son temps de travail ;
- Effectuer une reconversion professionnelle ;
- Suivre une formation pour faciliter sa reconversion ou sa réorientation professionnelle.

La loi élargit également les conditions requises pour une **visite de pré-reprise à la suite d'un arrêt de travail** qui était jusqu'alors de plus de 3 mois. Elle peut aujourd'hui se tenir après un congé de maternité, une absence pour cause de maladie professionnelle, une absence d'au moins 30 jours pour cause d'accident du travail ou une absence d'au moins 60 jours pour cause de maladie ou d'accident non professionnel.

De plus, la loi Santé au Travail crée une pratique nouvelle : le **rendez-vous de liaison**. Dès lors que la durée de l'absence au travail du salarié est supérieure à 30 jours, un rendez-vous de liaison peut être organisé entre le salarié et l'employeur, associant le service de prévention et de santé au travail. Ce rendez-vous peut être organisé même si le contrat de travail du salarié est suspendu. Il a pour objet d'informer le salarié qu'il peut bénéficier d'actions de prévention de la désinsertion professionnelle telles que :

- Des actions de formation professionnelle continue ou des actions d'évaluation, d'accompagnement, d'information et de conseil auxquelles la CPAM peut participer ;
- L'examen de pré-reprise et des mesures individuelles d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail ;
- Des mesures d'aménagement du temps de travail justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge ou à l'état de santé physique et mental du travailleur.

Il est organisé à l'initiative de l'employeur ou du salarié. L'employeur informe celui-ci qu'il peut solliciter l'organisation de ce rendez-vous. Aucune conséquence ne peut être tirée du refus par le salarié de se rendre à ce rendez-vous. On peut ici s'interroger sur les conséquences éventuelles en termes d'indépendance du service de prévention et de santé au travail vis-à-vis de l'employeur. En effet, la présence du médecin du travail ou d'un membre du SPSTI est possible mais pas obligatoire lors de ces rendez-vous, le médecin du travail étant pourtant le seul professionnel qui dispose de réelles garanties d'indépendance. Or, le fait de s'associer avec l'employeur pour organiser un rendez-vous avec le salarié peut laisser penser à une action conjointe entre employeur et service de santé au travail.



Conclusion : De l'accompagnement individuel au retour d'une médecine productiviste ?

Depuis les débuts de son histoire, la médecine du travail n'a cessé d'osciller entre, d'un côté, la "sélection et orientation de la main-d'œuvre", à des fins d'augmentation de la productivité, selon l'expression formulée par les médecins du travail qui fondent les prémisses de la spécialité médicale sous le régime de Vichy, et de l'autre, son rôle inscrit dans la loi qui l'institutionnalise en 1946 selon laquelle elle a "pour mission exclusive d'éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail". Or, malgré les intentions de la loi de 1946, le respect de cette mission a toujours constitué un enjeu, tant la médecine du travail est historiquement liée aux milieux patronaux et que dans les faits, son action a surtout consisté à évaluer l'aptitude des salariés à tenir les postes, et éventuellement à délivrer quelques conseils de santé publique, sur l'alimentation ou le tabagisme. Si les choses ont pu évoluer, il suffit de voir le nombre de médecins du travail attaqués par l'ordre des médecins pour avoir fait des liens entre santé et travail, pour se convaincre qu'elles n'ont pas totalement changé.

Avec la loi du 2 août 2021, cette mission exclusive d'éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail est devenue principale pour intégrer d'autres missions comme la lutte contre la désinsertion professionnelle. Les SPST doivent en effet désormais aussi contribuer "à la réalisation d'objectifs de santé publique afin de préserver, au cours de la vie professionnelle, un état de santé du travailleur compatible avec son maintien en emploi".

De ce point de vue, les actions qui visent à maintenir les salariés en poste en tenant compte de leurs inaptitudes ou de leur handicap sont ambiguës. On ne peut évidemment que se réjouir que des salariés usés soient accompagnés au mieux pour ne pas perdre leur emploi, mais on peut aussi s'interroger sur la finalité des tels dispositifs s'il s'agit à tout prix de garder en poste (donc productifs) des salariés dont la santé a été abîmée par le travail plutôt que de leur accorder des compensations qui leur permettraient de se reposer sans perte de revenu. Surtout à l'heure où il s'agit de repousser toujours plus l'âge de départ à la retraite.

Mêmes interrogations du côté de la santé publique. Il est indéniable que des actions de sensibilisations à la santé publique peuvent avoir des effets positifs sur la santé des travailleurs. Mais cela revient à se focaliser sur les comportements des salariés, plutôt que sur ceux des employeurs qui créent des risques, un salarié est par exemple culpabilisé d'avoir de mauvaises habitudes alimentaires, alors même que ses conditions de travail (horaires atypiques, bas salaire) ne lui permettent pas d'en changer ; dans le même esprit, les salariés reçoivent des modules de sensibilisation sur l'importance des cycles de sommeil alors qu'ils sont en 3*8. Non seulement la santé publique éloigne les services de santé au travail de la suppression des risques et d'actions tournées vers les employeurs qui les produisent, mais en délivrant des informations aux salariés, ces actions les rendent en quelque sorte responsables de leurs expositions : les maladies ou accidents sont imputés à leurs mauvais comportements et pas à leurs conditions de travail. On comprend ainsi pourquoi les employeurs sont souvent favorables à ce type d'actions et pourquoi elles éloignent la santé au travail de sa mission historique d'éviter toute altération de la santé des travailleurs *du fait de leur travail*.



L'accompagnement par un expert dans le cadre de la consultation sur la politique sociale : un droit des CSE renforcé par les récentes jurisprudences



3ED, Keshia AFARI – kafari@groupe3e.fr

3ED, Marie-Laure BILLOTTE – mlbillotte@groupe3e.fr

À la lumière de plusieurs décisions récentes de la Cour de cassation, qui confortent le droit de l'expert du CSE dans le cadre de la consultation relative à la politique sociale, aux conditions de travail et à l'emploi, nous revenons ici sur le champ de cette consultation, la façon dont l'expert peut accompagner les CSE et son droit d'investigation et d'accès aux documents nécessaires à sa mission.

Une consultation des CSE créée par la loi Rebsamen d'août 2015, confortée par les ordonnances Macron de septembre 2017

La loi Rebsamen de 2015 et les ordonnances Macron de 2017 ont mis à mal les prérogatives et les conditions d'exercice des IRP. Néanmoins, ces évolutions défavorables se sont accompagnées de la création d'un **nouveau droit pour les comités**, qui peuvent désormais se faire **accompagner par un expert-comptable** dans le cadre de la **consultation récurrente sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi**. Cette expertise est financée à 100 % par l'entreprise.



Cette consultation couvre de très nombreux aspects selon les articles L2312-26 et suivants du Code du travail : emploi, qualifications, intérim, formation, alternance, bilan SSCT, plan de prévention, conditions de travail, aménagement du temps de travail, durée du travail, égalité professionnelle, politique salariale, ..., outre les éléments du bilan social.

En quoi consiste la mission de l'expert du CSE ?

La mission de l'expert doit permettre aux IRP de s'appropriier les éléments qui leur sont soumis via la BDES et de rendre un **avis éclairé** sur l'ensemble des thèmes de la consultation, articulé avec les avis remis dans le cadre des autres consultations récurrentes (situation économique et financière et orientations stratégiques).

L'expert a **accès à de nombreuses informations**, bien au-delà de celles que l'employeur doit communiquer aux élus. Il va **mettre en lien** l'ensemble des données sur **plusieurs années**,

analyser les **conséquences pour le corps social** des évolutions intervenues, **mettre en lumière les enjeux** auxquels l'entreprise et les salariés pourraient être confrontés dans les années à venir, **questionner les moyens et marges de manœuvre** associés et identifier les **points de vigilance** pour les IRP.

Il peut aussi apporter un **éclairage pointu sur la politique de rémunération** en étudiant les fichiers du personnel : positionnement salarial, respect des minimas conventionnels, poids des rémunérations variables, modalités d'application des NAO...

Quels sont le champ de la mission et les pouvoirs d'investigation de l'expert ?

Plusieurs jurisprudences récentes ont conforté ce droit pour les CSE et les experts qui les accompagnent.

Le premier arrêt est en date du 23 mars 2022⁷.

D'abord, la Cour de cassation rappelle que la mission de l'expert porte sur tous les thèmes légaux de la consultation, mis en perspective avec les informations de la BDESE (qui vise les informations sur l'évolution des emplois, incluant les embauches et les départs de l'entreprise, ainsi que sur les rémunérations des salariés et dirigeants)

Elle affirme en conséquence que l'analyse **de l'évolution de la rémunération dans toutes ses composantes et l'analyse de la politique de recrutement et des modalités de départ, en particulier des ruptures conventionnelles et des licenciements pour inaptitude, entrent dans la mission de l'expert** désigné dans le cadre de la consultation sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

Puis s'appuyant sur l'article L2315-83 du code du travail, qui précise que l'expert doit disposer des *"informations nécessaires à l'exercice de sa mission"*, elle réaffirme les principes posés de longue date :

- Il revient **au seul expert de déterminer les informations qu'il juge nécessaires à sa mission** ; lesquelles lui sont dues dès lors qu'elles sont en lien avec sa mission et son étendue ;
- **L'expert n'étant donc pas limité, comme le CSE, aux seules informations visées à la BDESE.**

Il est à noter que dans cette affaire, il n'existait pas d'accord collectif déterminant le contenu de la consultation sur la politique sociale ni la liste et le contenu des informations nécessaires à cette consultation. Si tel avait été le cas, l'étendue de la mission de l'expert devrait être conforme aux thèmes visés à l'accord collectif et sa demande de documentation en lien avec ceux-ci.

⁷ [Cass. soc., 23 mars 2022, n° 20-17.186](#)



Le second arrêt du 18 mai 2022⁸ et la Cour y entérinent la solution qu'elle a établie dans l'arrêt du 23 mars 2022.

Elle réaffirme le principe selon lequel **dès lors que l'analyse projetée par l'expert-comptable porte sur un ou plusieurs des thèmes légaux de la consultation, alors elle entre dans la mission de l'expert désigné dans le cadre de la consultation sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.**

Elle considère que la **production d'informations sociales individuelles sous matricule pour trois années** s'avère nécessaire à la réalisation de la mission d'expertise.

En effet, ces éléments "bruts", pris à la source, étaient de nature à permettre *une analyse complète sur 20 % de la population exclue des données fournies par l'employeur, en matière de promotion, de qualification et d'égalité professionnelle entre hommes et femmes, et ce sur la totalité du périmètre social. Par ailleurs, l'agglomération des données produites par la société était susceptible de fausser l'analyse, notamment en gommant les écarts de salaire qui pourraient s'avérer importants dans ces catégories professionnelles ainsi que les changements annuels de ces populations de cadres.*

Elle précise qu'il importe peu que les informations demandées ne soient pas au nombre de celles devant figurer dans la base de données économiques, sociales et environnementales, en application des articles L. 2312-36, R. 2312-9 et R. 2312-20 du Code du travail, c'est-à-dire :

- Les informations devant figurer dans la BDESE (à défaut d'accord collectif en fixant le contenu auquel il conviendrait de se référer s'il existait) ;
- Les rubriques de la BDESE que l'employeur doit mettre à la disposition du CSE dans les entreprises d'au moins 300 salariés, en l'absence d'accord fixant la liste et le contenu des informations nécessaires aux consultations récurrentes.

La Cour de cassation affirme clairement que **l'expert n'est pas limité aux seules informations visées à la BDESE. Il a donc accès à toute la documentation nécessaire à l'exercice de sa mission, peu important que les informations demandées ne soient pas au nombre de celles devant figurer dans la BDESE.**

⁸ [Cass. soc. 18 mai 2022, n° 20-21.444](#)

Ce qu'il faut retenir de ces arrêts

S'agissant de l'étendue de la mission de l'expert-comptable :

Dès lors que l'analyse projetée par l'expert-comptable porte sur un ou plusieurs des thèmes légaux de la consultation, alors elle entre dans la mission de l'expert désigné dans le cadre de la consultation sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

S'agissant de l'étendue de la documentation à laquelle a accès l'expert :

La solution retenue par ces arrêts s'applique dans le cadre de toutes les informations-consultations.

Les principes posés de longue date sont :

- Il revient au seul expert-comptable de déterminer les documents utiles à l'exercice de sa mission (Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-12.754 ; Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-20.627), lesquels lui sont dus dès lors qu'ils sont en lien avec sa mission et son étendue.
- L'expert-comptable peut donc se faire communiquer toutes les pièces qu'il estime utiles, sans restriction et à toute époque de l'année.
- L'expert est le seul juge de l'utilité des documents dont il réclame la communication (Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 94-21.475).

La jurisprudence récente précise que :

- L'expert n'est pas limité, comme le CSE, aux seules informations visées à la BDESE. L'expert-comptable assistant le CSE dans le cadre d'une consultation récurrente peut réclamer la communication d'informations qui n'ont pas à figurer dans BDESE.
- Les documents demandés par l'expert-comptable lui sont dus dès lors :
 - qu'ils sont en lien avec sa mission et son étendue ;
 - qu'ils existent ;
 - que leur établissement est obligatoire pour l'entreprise.

N'hésitez pas à nous contacter pour toute question sur ce sujet. Le Groupe 3E est spécialisé dans le conseil aux seules IRP et organisations syndicales, et il dispose d'une équipe dédiée à l'analyse des problématiques RH, épaulée par des experts habilités sur les conditions de travail.



Barème Macron : clap de fin ?

3ED, Keshia AFARI – kafari@groupe3e.fr

Une conférence sur "Les arrêts marquants de la chambre sociale de la Cour de cassation" proposée par l'Association Française de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale (AFDT) s'est tenue le jeudi 19 mai 2022. Elle a été l'occasion d'entendre les explications des juges de la Cour de cassation à propos des **arrêts du 11 mai 2022 relatifs au barème des indemnités de licenciement injustifié dit "barème Macron"**.

Nous vous proposons donc de comprendre les enjeux de ces arrêts.

Le barème Macron : qu'est-ce que c'est ?

Les indemnités prud'homales avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 :

Avant l'entrée en vigueur de cette ordonnance, lorsque le licenciement d'un salarié survenait pour une cause qui n'était ni réelle, ni sérieuse, le juge avait la possibilité soit de proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise (avec maintien de ses avantages acquis), soit d'octroyer au salarié une indemnité (si l'employeur ou le salarié refusait cette réintégration). Cette indemnité, qui était à la charge de l'employeur, ne pouvait être inférieure aux 6 derniers mois de salaires⁹, pour les salariés travaillant dans une entreprise d'au moins 11 salariés et ayant au moins 2 ans d'ancienneté. Ainsi, l'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse fixée par le juge prud'homal était encadrée par un plancher.

Les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté et/ou travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés pouvaient seulement prétendre à une indemnité correspondant au préjudice subi (dommages et intérêts en fonction du préjudice subi, dont le montant était apprécié par le juge)¹⁰. Aucun plancher d'indemnisation n'était imposé.

Les indemnités prud'homales depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 :

Depuis l'entrée en vigueur de cette ordonnance, **lorsque le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est ni réelle ni sérieuse**, le juge peut toujours proposer la réintégration du salarié. L'employeur ou le salarié peut toujours la refuser. La nouveauté est que l'indemnité que le juge octroie au salarié dépend d'un barème¹¹. **Le montant de cette indemnité est compris entre des montants minimaux et maximaux déterminés selon l'ancienneté du**

⁹ Ancien article L. 1235-3 du Code du travail

¹⁰ Ancien article L. 1235-5 du Code du travail

¹¹ Nouvel article L. 1235-3 du Code du travail

salarié licencié et la taille de l'entreprise, avec un plafond à 20 mois de salaire pour 30 ans d'ancienneté.



La saga judiciaire autour du barème Macron

La conformité du barème avec la Constitution :

En 2018 plusieurs députés de l'opposition ont saisi le Conseil constitutionnel lors de la promulgation de la loi ratifiant les ordonnances de 2017¹².

Ils interrogeaient la conformité du barème avec la Constitution : *"Ils estiment tout d'abord que ces dispositions contreviendraient à la garantie des droits dès lors que la faiblesse des plafonds d'indemnisation prévus serait insuffisamment dissuasive et qu'elle permettrait, en conséquence, à un employeur de licencier un salarié de manière injustifiée. Ils considèrent ensuite que serait également méconnu le principe d'égalité devant la loi dans la mesure où le barème fixé par le législateur prend en compte, en ce qui concerne le salarié, le seul critère de l'ancienneté à l'exclusion d'autres critères tels que l'âge, le sexe ou les qualifications, caractérisant son préjudice. Enfin, ces dispositions porteraient une atteinte disproportionnée au droit à être indemnisé d'un préjudice, [...]. En effet, d'une part, les plafonds fixés pourraient conduire, lorsque l'ancienneté du salarié est faible, à une indemnisation dérisoire au regard de la réalité de son préjudice. D'autre part, ils ne permettraient pas d'indemniser justement les préjudices subis, dès lors que les indemnités dues par l'employeur en cas d'irrégularité de procédure dans la conduite du licenciement ou en cas de non-respect de la priorité de réembauche se cumulent, dans la limite de ces plafonds, avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse."*

Pour le Conseil constitutionnel, le barème n'est pas contraire à la Constitution. Il considère d'une part qu'*"en fixant un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le législateur a entendu renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général"*. D'autre part, les conditions dans lesquelles le droit à réparation a été aménagé ne sont pas de nature à porter une atteinte disproportionnée à celui-ci car les montants maximaux ont été déterminés en fonction des *"moyennes constatées"* des indemnisations accordées par les juridictions et le barème n'est pas applicable dans le cadre d'un licenciement nul.

Par ailleurs, le Conseil estime que *"le législateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité, moduler l'indemnité maximale due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il retient, pour cette modulation, des critères présentant un lien avec le préjudice subi."*

¹² Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC

Il en est ainsi du critère de l'ancienneté dans l'entreprise. D'autre part, le principe d'égalité n'imposant pas au législateur de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, il n'était pas tenu, de fixer un barème prenant en compte l'ensemble des critères déterminant le préjudice subi par le salarié licencié". Le Conseil conclut qu'il appartient au juge de prendre en compte la situation personnelle du salarié.

La conformité du barème avec le droit international et le droit européen :

Les organisations syndicales, ainsi que des salariés, se sont fortement opposés à ce barème et ont donc saisi la justice prud'homale¹³. **Les opposants au barème estiment qu'il tend à instaurer une indemnisation inéquitable. Ainsi, l'indemnisation des salariés avec peu d'ancienneté est limitée. En outre, un tel barème ne tient pas compte des éléments relatifs à la situation personnelle des salariés tels que l'âge, la capacité à retrouver un emploi, etc.**

Partant, de nombreux conseils de prud'hommes et cours d'appel ont écarté l'application du barème en le considérant contraire à l'art. 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur le licenciement ainsi qu'à l'art. 24 de la Charte sociale européenne. Ces juridictions estimaient que le plafonnement des indemnités de licenciement dues en cas de licenciement injustifié ne permet aux juges ni d'accorder au salarié une indemnité adéquate en fonction du préjudice subi, ni de réparer le préjudice subi de manière juste.

Article 10, Convention (n° 158) sur le licenciement

Si les organismes mentionnés à l'article 8 [le juge] de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une **indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée.**

Article 24 – Droit à la protection en cas de licenciement, Charte sociale européenne

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties [les États] s'engagent à reconnaître :

- a) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;
- b) **le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.**

À cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial.

¹³ Cons. prud'h. Le Mans, 27 sept. 2018, n° RG 17/00538

À l'occasion de ces procédures, la Cour de cassation a été saisie d'une demande d'avis, procédure permettant au juge d'un tribunal ou d'une cour d'appel d'obtenir de la Cour de cassation un éclairage sur une question de droit.



À cette occasion, deux avis ont été rendus en 2019 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹⁴ :

- L'article 24 de la Charte sociale européenne n'est pas d'effet direct en droit français dans un litige entre particuliers, compte tenu de la marge d'appréciation importante laissée aux États. Cela signifie que les particuliers ne peuvent pas invoquer, directement devant le juge national, l'application de cet article ;
- Le barème est compatible avec l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT, en raison de la marge d'appréciation laissée aux États et de l'ensemble des sanctions prévues par le droit français en cas de licenciement injustifié.

Les juridictions qui recourent à cet éclairage n'étant pas contraintes de suivre l'avis de la Cour de cassation, certains conseils de prud'hommes et cours d'appel ont continué d'écarter l'application du barème sur le fondement des articles précités¹⁵, estimant qu'il convenait d'apprécier les situations des salariés au cas par cas. Cette situation a provoqué insécurité juridique et inégalité entre les salariés.

Les décisions récentes de la Cour de cassation sur le barème

La Cour s'est depuis prononcée dans deux affaires distinctes le 11 mai 2022, quant à la conformité du barème avec le droit international et le droit européen. Plus précisément, elle était interrogée sur¹⁶ :

- La conformité du barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse avec l'article 24 de la Charte sociale européenne ;
- L'appréciation "in concreto" (au cas par cas) de la compatibilité du barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse au regard des exigences de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT.

¹⁴ Cass., ass. plén., 17 juill. 2019, nos 19-70.010 et 19-70.011

¹⁵ CA Reims, 25 sept. 2019, n° 19/00003 ; CA Paris, pôle 6, ch. 11, 16 mars 2021, n° 19/08721

¹⁶ Cass. soc., 11 mai 2022, nos 21-14.490 et 21-15.247

S'agissant de la conformité à l'article 24 de la Charte sociale européenne :

La Cour de cassation confirme la solution des avis rendus par l'Assemblée plénière : **les employeurs et les salariés ne peuvent se prévaloir de l'article 24 de la charte devant le juge en charge de trancher leur litige.** La Charte ayant pour objet de définir les engagements des États signataires afin de constituer un socle minimal commun de droits sociaux, elle n'a donc d'effet que pour les États signataires.

S'agissant de la conformité à l'article 10 de la convention n° 158 :

Pour la Cour, le barème est conforme à l'article 10. Elle précise que le terme d'"*indemnité adéquate*", dont il est fait référence dans cet article, signifie que l'indemnité pour licenciement injustifié doit être :

- suffisamment dissuasive pour éviter le licenciement injustifié ;
- raisonnable afin de permettre l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi.

La Cour constate que le barème, pris dans la globalité du dispositif sanctionnant l'employeur fautif, possède un **caractère dissuasif**, notamment car, en cas de licenciement injustifié, le juge ordonne d'office le remboursement par l'employeur fautif de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, dans la limite de 6 mois d'indemnités par salarié intéressé¹⁷. Or cette sanction n'est pas nouvelle et elle n'a jamais prouvé son caractère dissuasif, de plus elle ne contribue en rien à la réparation du préjudice du salarié.

Par ailleurs, la Cour constate que le barème permet une indemnisation raisonnable du licenciement injustifié. Lorsque le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, le barème prévoit une indemnité dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux, variant en fonction du montant du salaire mensuel et de l'ancienneté du salarié.



En revanche, lorsque le licenciement est nul, le barème ne s'applique pas.

Ainsi, selon la Cour, le barème permet raisonnablement l'indemnisation de la perte injustifiée de l'emploi, car il tient compte de l'ancienneté du salarié, de son niveau de rémunération et de la gravité de la faute commise par l'employeur. **Cette appréciation pose question au regard de certaines situations**, notamment celles des salariés seniors dotés d'une faible ancienneté, qui percevront, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, une indemnité très faible alors que leur préjudice est important, notamment compte tenu des difficultés de reclassement que connaissent les salariés les plus âgés.

¹⁷ Article L. 1235-4 du Code du travail

S'agissant de l'appréciation "in concreto" de l'article 10 de la convention n° 158 :

Dans le cadre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'appréciation "in concreto" de l'article 10 **consisterait pour le juge français à choisir d'écarter le barème au cas par cas**, car son application ne permettrait pas de :

- tenir compte des situations personnelles de chaque justiciable ;
- d'attribuer au salarié une indemnisation "adéquate".

La Cour de cassation s'oppose à une telle appréciation. Elle estime que **cela créerait pour les justiciables une incertitude sur la règle de droit applicable**, qui serait susceptible de changer en fonction de circonstances individuelles et de leur appréciation par les juges et porterait atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi. Le risque aurait été de substituer au barème du législateur un barème du juge en fonction de motifs inhérents à la personne du salarié.

En conclusion, pour la Cour de cassation, les juges ne disposent d'aucun fondement pour pouvoir écarter l'application du barème dans le cas d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié. **Avec cette solution, la Cour de cassation enjoint les juges à appliquer le barème d'indemnisation, ce qui permettra à certaines entreprises de licencier de façon abusive, en sachant que leur risque sera limité à hauteur du barème Macron. Quelle sera à l'avenir la décision des juges du fond, qui pourraient, pour certains, être tentés de poursuivre la résistance ?**

Retour sur la conférence "Les arrêts marquants de la chambre sociale de la Cour de cassation" :

- Un des juges de la chambre sociale de la Cour de cassation a expliqué la solution adoptée par la Cour. En effet, dans ses arrêts du 11 mai 2022, elle ne pouvait pas adopter une solution divergente de celle des avis de l'Assemblée plénière rendus en 2019, au risque de créer des divergences de jurisprudence et donc une incertitude juridique.
- Les détracteurs des solutions adoptées dans les arrêts du 11 mai 2022 estiment que le barème crée une inégalité à l'égard de certaines catégories de salariés (salariés âgés, salariés en incapacité de trouver un emploi, etc.) qui sont affectés par le plafonnement. Les juridictions devraient avoir la possibilité de l'écarter en se fondant sur des motifs fondés sur la situation personnelle du salarié (indemnité accordée supérieure au barème pour les salariés âgés, en situation de handicap, en mauvaise santé ou dont la situation familiale entraînerait un préjudice particulier).

Les suites de la saga judiciaire autour du barème Macron

La position de l'OIT :

La CGT et FO ont attaqué le barème Macron devant l'OIT. Dès lors, dans un rapport du 16 février 2022, mis en ligne le 25 mars, l'OIT s'est notamment prononcée sur la conformité du barème avec la convention (n° 158) sur le licenciement¹⁸, estimant que, dans le cadre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le dispositif de barème et donc de plafonnement est conforme à l'article 10 de la convention, si est assurée une protection suffisante des personnes injustement licenciées et qu'est versée, dans tous les cas, une indemnité adéquate.

L'OIT ne condamne pas fermement le barème Macron mais admet qu'il peut brider le pouvoir d'appréciation du juge car il s'exerce dans les limites de la fourchette du barème.

L'OIT indique que le caractère "ramassé" de la fourchette plafonnée à 20 mois limite la possibilité pour le juge de tenir compte des situations individuelles et personnelles des salariés licenciés. Or, dans certains cas, le préjudice subi peut être tel qu'il puisse ne pas être réparé à la hauteur de ce qu'il serait "juste" d'accorder, pour des motifs divers, comme par exemple l'ancienneté du salarié, la possibilité de retrouver un emploi, sa situation de famille, etc.

Dès lors, l'OIT invite le gouvernement à examiner à intervalles réguliers, en concertation avec les partenaires sociaux, les modalités du dispositif d'indemnisation, de façon à assurer que les paramètres d'indemnisation prévus par le barème permettent, dans tous les cas, une réparation adéquate du préjudice subi pour licenciement abusif.

Il est à noter que le rapport de l'OIT a été publié avant que la Cour de cassation ne rende ses décisions du 11 mai. La Cour n'a donc pas suivi les observations de l'OIT concernant la prise en compte des situations individuelles et personnelles des salariés licenciés.

La position du Comité Européen des Droits Sociaux (CEDS) :

La CGT et FO ont également présenté leurs réclamations relatives au barème Macron devant le CEDS, organe du Conseil de l'Europe chargé de veiller à la bonne application de la Charte sociale européenne. Le CEDS a rendu, le 23 mars 2022, une décision au sujet de la conformité du barème Macron avec l'article 24 de la charte, décision qui n'a pas encore été rendue publique. Cependant, des articles du journal Le Monde détaillent la position adoptée par le CEDS¹⁹.

Le CEDS déclare le barème Macron contraire à l'article 24 de la charte. Pour le CEDS, dans le cadre du licenciement injustifié d'un salarié, le barème Macron ne permet pas au juge d'allouer une indemnité adéquate ou de décider d'une autre réparation appropriée car *"les plafonds prévus par [le] code du travail ne sont pas suffisamment élevés pour réparer le préjudice subi par la victime et être dissuasifs pour l'employeur"*.

¹⁸ Rapport de l'OIT, GB.344/INS/16/3, section institutionnelle, 16 févr. 2022

¹⁹ https://www.lemonde.fr/politique/article/2022/06/17/bareme-macron-la-france-tancee-par-le-conseil-de-l-europe_6130770_823448.html ; https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/06/17/emploi-la-condamnation-europeenne-du-bareme-d-indemnisation-d-un-licenciement-injustifie-est-une-gifle-cinglante_6130813_3232.html

Il ajoute que *"le juge ne dispose que d'une marge de manœuvre étroite dans l'examen des circonstances individuelles des licenciements injustifiés. Pour cette raison, le préjudice réel subi par le salarié en question, lié aux circonstances individuelles de l'affaire, peut être négligé et, par conséquent, ne pas être réparé"*.

Par ailleurs, le CEDS estime que le caractère dissuasif de l'indemnisation à l'égard d'un employeur fautif n'est pas rempli par le barème car il pourrait **"amener les employeurs à faire une estimation réaliste de la charge financière que représenterait pour eux un licenciement injustifié sur la base d'une analyse coûts-avantages. Dans certaines situations, cela pourrait encourager les licenciements illégaux."**



Il est à noter que la Cour de cassation a anticipé la portée de la décision du CEDS en indiquant, dans son communiqué relatif aux arrêts du 11 mai, que les décisions du CEDS n'ont pas de caractère contraignant en droit français.

Cependant, le risque demeure à notre sens que l'État français se fasse condamner par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (droit à un procès équitable).

- **L'employeur doit informer et consulter le CSE même si l'objet de l'information-consultation correspond à la mise en œuvre d'une norme réglementaire qui lui est imposée.**

Le CSEC d'Enedis a agi en justice à l'encontre de la direction d'Enedis car elle estime qu'elle devait l'informer et consulter au sujet de **normes à caractère réglementaires** dont la mise en œuvre s'imposait à elle. Ces normes correspondent aux conditions d'exécution du travail relatives aux travaux sous tension effectués en basse tension. Plus précisément, elles correspondent aux conditions générales préalables aux travaux afférents, aux modalités suivant lesquelles le travail devait être préparé puis organisé, aux conditions d'emploi des outils et aux modalités à suivre pour la bonne exécution du travail.

La Cour de cassation considère que, certes, ces normes s'imposent à la société Enedis mais elle était tenue d'informer et consulter le CSEC. En effet, leur mise en œuvre était de nature à affecter les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle au sein de l'entreprise et devaient par conséquent faire l'objet d'une information-consultation du CSEC de la société Enedis, peu important que leur mise en œuvre soit imposée à l'employeur et ne résulte pas d'une décision unilatérale de sa part.

Sans le mentionner, la Cour de cassation applique l'article L. 2312-8 qui prévoit que le comité est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur les conditions d'emploi, de travail et la formation professionnelle. Dès lors que la mesure est susceptible d'avoir des répercussions sur les conditions d'emploi, de travail et la formation professionnelle des salariés, l'employeur doit consulter le CSE.

Cette solution n'est pas nouvelle. La Cour de cassation avait, par exemple, déjà décidé que le comité devait être informé et consulté sur la mise en œuvre de mesures résultant d'un accord collectif étendu qui s'impose à l'employeur car il s'agit de questions intéressant l'organisation et la marche générale de l'entreprise (Cass. soc. 21 nov. 2012, n° 11-10.625). Il s'agissait d'une nouvelle classification imposée par un accord collectif étendu qui impliquait le regroupement de certains emplois et devenait le support des salaires minimaux.

Cass. soc., 21 avril 2022, n° 20-19.063

- **Précision des critères retenus en présence d'un avantage contractuel et d'un avantage conventionnel.**

Une salariée de la société La Romainville a agi en justice afin d'obtenir le paiement d'un rappel d'une prime de production. Elle considère que cette prime avait été incorporée à son contrat de travail et que sa suppression unilatérale par l'employeur était illégale car il s'agissait

d'une modification de son contrat de travail nécessitant son accord. Par ailleurs, une prime d'assiduité a été instaurée au sein de l'entreprise par accord collectif.

La cour d'appel a fait droit à la demande de la salariée et a condamné l'employeur à lui rembourser la prime d'assiduité. L'employeur a contesté cette décision devant la Cour de cassation car il considère que la prime de production et la prime d'assiduité visent toutes deux à encourager et récompenser la présence effective du salarié à son poste de travail. Par conséquent, ces deux primes présentent le même objet et la même cause. La salariée ne pouvait pas bénéficier du cumul de ces primes mais seulement prétendre au régime le plus avantageux, après comparaison des modalités d'octroi et de calcul desdites primes.

La Cour de cassation estime que la cour d'appel n'a pas établi que les deux primes n'ont pas le même objet et renvoie l'affaire devant la cour d'appel afin qu'elle soit de nouveau jugée.

L'intérêt de cet arrêt porte principalement sur la précision des critères désormais retenus par la Cour de cassation en cas de concours entre des stipulations contractuelles et des dispositions conventionnelles. Dans une telle situation, les avantages ayant le même objet²⁰ ou la même cause²¹ ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler. Seul l'avantage le plus favorable peut être accordé. Les critères d'identité et d'objet sont alternatifs.

Or, en 2012, ces critères étaient cumulatifs. La Cour de cassation avait retenu qu'en cas de concours de stipulations contractuelles et de dispositions conventionnelles, les avantages qu'elles instituent ayant le même objet **et** la même cause ne peuvent se cumuler (Cass. soc. 13 juin 2012, n° 10-27.395).

Désormais, dès lors que le juge doit déterminer si un avantage contractuel et un avantage conventionnel se cumulent ou non, il doit rechercher si l'avantage prévu dans le contrat de travail du salarié n'a pas la même cause ou le même objet que l'avantage prévu dans l'accord collectif.

Cass. soc., 11 mai 2022, n° 21-11.240

- **Licenciement pour motif économique et difficultés économiques : une augmentation même modeste du chiffre d'affaires ne permet pas de justifier un licenciement.**

Aux termes de l'article L. 1233-3 du Code du travail, les difficultés économiques sont caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à : a) 1 trimestre pour une entreprise de moins de 11 salariés ; b) 2 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés ; c) 3 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 50 salariés et de moins de 300 salariés ; d) 4 trimestres consécutifs pour une entreprise de 300 salariés et plus.

²⁰ Le thème sur lequel porte l'avantage.

²¹ Les raisons pour lesquelles l'avantage est institué.

Par ailleurs, selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, le juge doit se placer à la date du licenciement pour apprécier le motif de celui-ci (Cass. soc., 21 novembre 1990, n° 87-44.940 ; Cass. soc., 26 février 1992, n° 90-41.247).

Il en résulte que **la durée d'une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires, telle que définie par l'article L. 1233-3, 1°, a) à d), du Code du travail, s'apprécie en comparant le niveau des commandes ou du chiffre d'affaires au cours de la période contemporaine de la notification de la rupture du contrat de travail par rapport à celui de l'année précédente à la même période.**

Dans un arrêt récent, la Cour de cassation opère **une appréciation stricte de la période de baisse significative du chiffre d'affaires** : une modeste augmentation du chiffre d'affaires pendant la période de référence peut suffire à considérer que l'entreprise ne subit pas de difficultés économiques justifiant des licenciements pour motif économique.

Cass. soc., 1^{er} juin 2022, n° 20-19.957

- **Pas d'homologation du PSE par le Drieets en l'absence d'expertise.**

Dans une première affaire relative à un Plan de Sauvegarde de l'Emploi, après la remise du rapport de l'expert, l'employeur a transmis le document unilatéral au directeur régional et interdépartemental de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (Drieets) et ce dernier l'a enjoint d'apporter des compléments d'information en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail. L'employeur a par la suite établi un document enrichi de nouveaux éléments. Le CSE a alors attaqué la décision d'homologation du Drieets, au motif que faute d'avoir pu bénéficier de l'assistance d'un expert pour examiner les éléments nouveaux contenus dans ce document, il n'a pu formuler ses avis en toute connaissance de cause.

Dans l'autre affaire, l'expert a estimé ne pas être en mesure de rendre de rapport d'expertise compte tenu notamment des carences de l'employeur dans la transmission des informations demandées. Par la suite, le Drieets a été sollicité par l'employeur afin qu'il homologue le document unilatéral. Dans sa décision, le Drieets justifie son contrôle des conditions dans lesquelles l'expert désigné par les représentants du personnel a pu exercer sa mission, en relevant l'absence de remise de rapport d'expertise sur le projet de réorganisation. Le CSE a alors attaqué la décision d'homologation du Drieets, au motif que l'administration ne justifie pas avoir effectué un réel contrôle des conditions dans lesquelles l'expert désigné par les représentants du personnel a pu exercer sa mission.

La cour administrative d'appel fait droit aux demandes des CSE et annule les décisions d'homologation du document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), en rappelant un principe.

Dans le cadre d'un projet de réorganisation impliquant un projet de licenciement économique collectif (entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours), le Drieets saisi par l'employeur d'une demande d'homologation du document unilatéral doit s'assurer d'un certain nombre d'éléments.

Le Drieets doit s'assurer que la procédure d'information et de consultation du CSE a été régulière. Pour accorder l'homologation, le Drieets doit vérifier que le comité a été mis à même d'émettre régulièrement un avis, d'une part, sur l'opération projetée et ses modalités d'application et, d'autre part, sur le projet de licenciement collectif et le PSE.

Il appartient en particulier à ce titre à l'administration de s'assurer que l'employeur a adressé au CSE, avec la convocation à sa première réunion, ainsi que, le cas échéant, en réponse à des demandes exprimées par le comité, tous les éléments utiles pour qu'il formule ses deux avis en toute connaissance de cause. **Lorsque l'assistance d'un expert-comptable a été demandée, l'administration doit également s'assurer que celui-ci a pu exercer sa mission dans des conditions permettant au CSE de formuler ses avis en toute connaissance de cause.**

Dès lors que l'administration est sollicitée pour rendre une décision d'homologation du document unilatéral fixant le contenu du PSE et qu'elle ne prend pas en compte le fait que le CSE n'a pas pu bénéficier de l'assistance d'un expert, sa décision est irrégulière.

CAA Versailles, 9 mars 2022, n° 21VE03335 ; CAA Versailles, 17 mai 2022, n° 22VE00604

- **Le règlement intérieur du CSE peut prévoir un critère d'ancienneté pour le bénéfice des activités sociales et culturelles.**

Un CSE a modifié son règlement intérieur afin d'instaurer un délai de carence de 6 mois avant de permettre aux nouveaux embauchés de bénéficier des activités sociales et culturelles (ASC).

Un syndicat a saisi le juge afin qu'il déclare illicite cette disposition qu'il estime discriminatoire. Le syndicat considère que cette disposition porte atteinte au principe d'égalité de traitement car l'ancienneté ou la durée de présence dans l'entreprise ne saurait être un critère d'ouverture du droit à bénéficier des ASC.

Le juge l'a débouté de sa demande et la cour d'appel a confirmé ce jugement.

Pour la cour d'appel, **l'ancienneté est un critère objectif, non discriminatoire, dès lors qu'il s'applique indistinctement à tout salarié quel qu'il soit et notamment quel que soit son âge.** Par conséquent, la disposition du règlement intérieur ne présente pas de caractère discriminatoire car dans cette entreprise, le critère de l'ancienneté s'applique à tout le personnel et à toutes les catégories, quel que soit leur type de contrat de travail.

Il est à noter que **l'URSSAF, dans son guide pratique 2022 à destination des CSE, sur les pratiques applicables en matière de cotisations sur les prestations liées aux ASC, prévoit que le bénéfice des ASC peut être réservé aux salariés ayant une ancienneté, dans la limite de 6 mois.**

CA Paris, Pôle 6 – Chambre 2, RG 20/17265, 24 mars 2022 ;

<https://www.urssaf.fr/portail/files/live/sites/urssaf/files/documents/Guide-CSE.pdf>

Conseils de lecture

- Dans un rapport du 16 février 2022, **l'Organisation internationale du travail (OIT)** s'est prononcée sur la conformité des accords de préservation ou de développement de l'emploi (APDE), devenus accords de performance collective (APC), avec la convention (n° 158) sur le licenciement. Ce rapport est le fruit d'une réclamation présentée par la CGT et FO.

Pour rappel, un APC peut être conclu afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi²². Il permet d'aménager la durée du travail, la rémunération et de déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Les stipulations d'un tel accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. Si le salarié refuse la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord, l'employeur peut le licencier sur le fondement d'un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse.

La CGT et FO estiment que le dispositif d'APDE (devenu APC) n'est pas conforme aux articles 4, 8 et 9 de la convention n° 158. Selon ces organisations syndicales, ces accords génèrent des licenciements dont le motif reste obscur, ce qui rend le contrôle des juges inefficace.

Les recommandations de l'OIT sont alors les suivantes :

- Dans le cadre du licenciement consécutif à la mise en œuvre d'un APC, il incombe au juge national de déterminer si la notion de nécessité de fonctionnement de l'entreprise a été effectivement respectée au sens de l'article 4 de la convention.
- Le juge doit exercer un véritable contrôle judiciaire sur le caractère réel et sérieux du licenciement.

Il est probable que la Cour de cassation suive ces recommandations car dans un arrêt de 2020 (Cass. soc., 2 déc. 2020, n° 19-11.986), elle avait défini les modalités de contrôle par le juge du caractère réel et sérieux du motif du licenciement d'un salarié ayant refusé l'application d'un accord de mobilité interne. Elle s'était alors fondée sur les articles 4 et 9 de la convention n° 158 sur le licenciement.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_839607.pdf

- Quel est l'effet de la "transition écologique et énergétique", sur les activités et les emplois ? Comment les différents acteurs se positionnent-ils face à cet enjeu ? Le **CEREQ** dresse un premier panorama de ces questions, entre enjeux systémiques et recompositions des compétences.

https://www.cereq.fr/sites/default/files/2022-06/Bref%20423_web_0.pdf

²² Art. L. 2254-2 du Code du travail

Le travail a de l'avenir, construisons-le !



Expertise comptable
et conseil aux IRP



Comptabilité et Audit
des Comptes CSE et IRP



Commissariat
aux comptes



Expertise
SSCT



Etudes & Formations

