Bulletin social des étudiants en Master II PGRDS

(Prévention et gestion des risques en droit social)

N° 31
Avril 2018

Sommaire

- Article n°1 : *Egalité de salaire Hommes-Femmes : la vie d'après pour les femmes de retour de congé maternité..... 2*
- Article n°2 : *Le respect de la vie privée des salariés face aux informations recueillies sur Facebook par l'employeur..... 3*
- Article n°3 : *Les recommandations du Défenseur des droits pour lutter contre le harcèlement sexuel au travail 4*
- Article n°4 : *Vers une transformation de l'obligation de sécurité de résultat en une obligation de prévention de risques professionnels ? 5*
- Article n°5 : *Le recours à de multiples contrat à durée déterminée de remplacement : absence d'automaticité de requalification (Sociale, 14 février 2018, n°16-17.966)..... 6*
- Article n°6 : *La clause de nationalité : De la légalité à la discrimination dans le déroulement de la carrière des Chibanis (CA de PARIS 31 janv. 2018 n°15/11747) 7*

Actualités du Master II « PGRDS »

Cette année 2018 est riche d'expériences pour la promotion n°6 du Master II PGRDS.

En effet, l'organisation et la préparation des deux premiers colloques du Master PGRDS, relatifs aux ordonnances Macron, ont eu un véritable succès auprès des professionnels (avocats, syndicalistes, professeurs, étudiants etc.)

Nous tenons à remercier les prestigieuses interventions de Mesdames Elsa PESKINE et Alicia BAKIEJ, ainsi que celle de Maître Amine GHENIM, le soutien des Directeurs du Master Messieurs Stéphane VERNAC et François HÉNOT, ainsi que les étudiants de la promotion n°6 pour leur participation active et leur investissement.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335-3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

Egalité de salaire Hommes-Femmes : la vie d'après pour les femmes de retour de congé maternité

Non, il n'est pas loin le temps de la lutte pour l'égalité salariale entre les Hommes et les Femmes, le problème est bien réel de nos jours. Le débat est présent dans la société et encore plus ces derniers temps. En face, le gouvernement tente de répondre avec des initiatives comme la généralisation de l'usage d'un logiciel pour calculer l'écart salarial entre les hommes et les femmes. L'objectif de ce dispositif est d'obliger les entreprises à résorber les inégalités salariales d'ici 2022.

La situation des femmes pouvant être affectée par la maternité qui peut avoir des conséquences sur leur évolution salariale dans l'entreprise, la loi a établi un dispositif de protection de la maternité couvrant ce phénomène dans l'entreprise. A l'issu du congé maternité, en plus du droit pour la salariée de bénéficier d'une réintégration, de préférence sur son précédent emploi (Cass. Soc., 25 mai 2011, n° 09-72.556) ou sur un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente (arts. L. 1225-25 ; L. 1225-43), la salariée bénéficie également d'une garantie d'évolution de sa rémunération consacrée à l'article L. 1225-26 du Code du travail.

La Cour de Cassation vient préciser dans une décision (Cass. Soc., 14 fév. 2018, n° 16.25-32) que les dispositions de l'article L. 1225-26 sont d'ordre public, et rejette la possibilité pour l'employeur de remplacer l'augmentation de salaire due en vertu de la loi à une salariée de retour de congé maternité par le versement d'une prime exceptionnelle. La Cour casse la décision de la cour d'appel rejetant les demandes de la salariée aux motifs que celle-ci avait expressément accepté la prime et que son consentement était libre et éclairé.

Le caractère d'ordre public des dispositions visées interdit ainsi d'y déroger par accord entre les parties, mais aussi de remplacer ladite évolution salariale par une prime. A noter que la rémunération est prise en compte au sens large, salaire de base, tous les avantages et accessoires.

Reste à définir l'articulation de ces dispositions avec celles des accords collectifs sur le même sujet. En effet, les dispositions visées s'appliquent lorsque l'entreprise ne connait pas d'accord collectif de branche ou d'entreprise accordant des garanties au moins équivalentes sur l'évolution des rémunérations des salariées, et conclus postérieurement à la loi du 23 mars 2006 sur l'égalité salariale entre les hommes et les femmes.

Le rattrapage salarial est mis en œuvre dans le périmètre exclusif de l'entreprise à l'exclusion de l'établissement ou du groupe, mais en se basant sur les augmentations générales ainsi que la moyenne des augmentations individuelles perçues par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle, à défaut de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise.

Pour finir, une bonne pratique managériale implique pour l'employeur de matérialiser par écrit la garantie d'évolution salariale qu'il applique au retour du congé maternité de sa salariée.

En attendant la mise en place et l'entrée en vigueur des différentes mesures renforçant la lutte pour l'égalité hommes - femmes dans l'entreprise, voilà une précision utile et rassurante qui va, peut-être, favoriser le libre accès à la maternité.

BAH Amadou

Le respect de la vie privée des salariés face aux informations recueillies sur Facebook par l'employeur

Les réseaux sociaux et plus particulièrement Facebook, sont devenus pour certains, un moyen d'exercer leur liberté d'expression, parfois jusqu'à outrance, et pour d'autres une source d'information et un outil de surveillance. Les relations de travail se trouvent évidemment affectées par cette utilisation croissante des réseaux sociaux.

Les juges se sont prononcés à plusieurs reprises sur la licéité de la preuve obtenue sur Facebook par l'employeur, ils accordent au droit du respect de la vie privée, présent à l'article 9 du Code civil, toute l'importance qu'il mérite.

En effet, dans un arrêt inédit du 20 décembre 2017 (n°16-19.609), la Chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé que « *L'employeur ne pouvait, sans porter une atteinte disproportionnée et déloyale à la vie privée de la salariée, accéder à des informations extraites du compte Facebook de celle-ci, obtenues à partir du téléphone portable d'un autre salarié, informations réservées aux personnes autorisées* ».

Cet arrêt pose deux questions, l'une sur la confidentialité des informations obtenues sur Facebook, et l'autre sur les modalités d'obtention de ces informations.

La Cour d'appel de Rouen s'était prononcée quant à la preuve obtenue sur Facebook (26 avril 2016, n°14/03517). Sa position est claire : un employeur ne peut utiliser une information recueillie sur Facebook, si son accès est limité à certaines personnes autorisées, dont il ne fait pas partie. Néanmoins, ces informations devenaient exploitables par l'employeur dès lors qu'une personne autorisée les rendait publiques.

Dans notre arrêt du 20 décembre 2017, la Cour de cassation semble contredire les juges de la Cour d'appel de Rouen puisqu'elle se borne à la qualité « *d'informations réservées aux personnes autorisées* » pour affirmer que l'employeur avait commis une atteinte à la vie privée de sa salariée sans s'attarder sur le moyen utilisé par l'employeur pour obtenir ces informations.

En l'espèce, l'argumentation de l'employeur tendait à dire que l'information avait été obtenue par le biais d'un téléphone professionnel et qu'ainsi son utilisation était légitime. Mais la Haute juridiction ne tient pas compte du caractère professionnel du téléphone compte tenu de la primauté du caractère confidentiel des informations voulu par la salariée.

En poussant le raisonnement de la Cour de cassation, qui s'attache à la confidentialité des informations, une question se pose. Certains utilisateurs du réseau social Facebook partagent bon nombre d'informations avec des centaines, voire des milliers de contacts. Peut-on réellement considérer une information qui a été partagée avec des milliers "d'amis" comme confidentielle ?

De plus, les faits de l'espèce ne précisent pas si le salarié ayant transmis les informations à l'employeur, l'a fait volontairement ou si ce dernier en a eu connaissance dans le cadre de son pouvoir de direction. Dans le premier cas, la responsabilité pénale du salarié au titre de l'article 226-1 du Code pénal risquerait d'être engagée.

Un dernier point important est à soulever. Comme tout principe de droit, le respect de la vie privée connait des exceptions. C'est ainsi que la Cour d'appel de Poitiers (n°15/0470) a affirmé le 4 mai 2016 que « *Le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée et au secret des correspondances qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.* ». Il s'agissait en l'espèce de l'humiliation sur Facebook d'une personne en situation de handicap par un salarié.

BOUR Abdelhadi

Les recommandations du Défenseur des droits pour lutter contre le harcèlement sexuel au travail

« *Il faudrait donc que l'émotion légitime qui s'est exprimée depuis trois mois ne se résume pas à un feu de paille mais puisse contribuer à un profond, et nécessaire, changement des mentalités et des rapports.* » Telle est la vision du Défenseur des droits, Monsieur Jacques TOUBON, auditionné, le 25 janvier 2018, par la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes du Sénat sur le harcèlement sexuel ; thématique phare dans le cadre des relations de travail, notamment lors de l'exécution du contrat de travail.

À travers cet avis n°18-03, le Défenseur des droits fait l'amer constat de ce phénomène, au vu de l'ampleur du mouvement « #balancetonporc » ou « #metoo » et divulgue des chiffres préoccupants : une femme sur cinq révèle avoir été confrontée à une situation de harcèlement sexuel au cours de sa vie professionnelle. Pour lutter contre le harcèlement sexuel au travail, ledit avis fait l'objet de nombreuses recommandations et pistes quant à la répression de celui-ci.

Monsieur Jacques TOUBON rappelle expressément à l'instar de sa mission de lutte contre les discriminations, sa compétence pour traiter des réclamations des victimes de harcèlement sexuel. En effet, les saisines du Défenseur des droits sont épisodiques dues à une certaine méconnaissance de ses pouvoirs, mais également du phénomène comme une discrimination en droit.

Nonobstant la prévention, la sensibilisation et la communication à travers des campagnes nationales régulières d'information sur la définition du harcèlement sexuel et les moyens de recours possibles, le Défenseur des droits recommande le développement nécessaire de formation des professionnels, notamment des médecins et des travailleurs sociaux. De plus, il souhaite mettre en place des « fiches réflexes » à destination des entreprises, principalement les services de ressources humaines et des organisations syndicales afin d'améliorer les outils de prévention, de detection des situations et de mesures à envisager lors de la survenance de tels phénomènes.

L'évolution de la loi est primordiale sur ce sujet ; en effet le Défenseur des droits préconise l'harmonisation des définitions actuelles du harcèlement sexuel dans le code du travail et le code pénal en admettant qu'un fait unique puisse suffire à caractériser un harcèlement sexuel, si ce fait porte atteinte « *à la dignité d'une personne ou créée à son encontre une situation humiliante, ou offensante* ».

Le Défenseur des droits entend porter à douze mois le montant de l'indemnité « *plancher* » due au salarié licencié « *en raison d'un motif discriminatoire ou à la suite d'un harcèlement* », et non six mois comme aux termes de la loi Travail du 8 août 2016.

Il envisage la production d'enregistrements dits clandestins, considérés comme un mode de preuve déloyale en matière civile. Dans de nombreuses situations, cette pratique reste la seule manière de démontrer les faits allégués.

Cet éventail de recommandations venant compléter notre appareil législatif dit « *satisfaisant* » par le Défenseur des droits, semble en effet nécessaire pour une meilleure relation de travail avec son employeur, des collègues ou des collaborateurs. Or, nous sommes en droit de nous questionner sur leur efficacité pleine et entière à réprimer le harcèlement sexuel, notamment lors de l'exécution du contrat de travail.

DELESTRÉE--SAGUEZ Mathilde

Vers une transformation de l'obligation de sécurité de résultat en une obligation de prévention de risques professionnels ?

La construction jurisprudentielle de l'obligation de sécurité de résultat reposant sur l'employeur a, pendant longtemps, étendu son champ d'application. Pourtant cette approche peut susciter, à bien des égards, des difficultés notamment en portant atteinte au pouvoir de direction mais également en encourageant l'inaction de l'employeur. Peu pragmatique et fataliste, il était nécessaire d'engager une mutation de cette obligation en la rapprochant des principes généraux de la prévention prévus par le code du travail.

L'arrêt "Hôtels de Paris" de 2010 marque l'apogée de l'obligation de sécurité de résultat. Les juges de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation énonce que l'employeur « manque à cette obligation lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail de violences physiques ou morales, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements ». Il y a une volonté marquée de placer les problématiques de santé au cœur de la relation de travail mais qui, paradoxalement, peut décourager la mise en place de politiques préventives.

Un premier assouplissement est opéré par la haute juridiction dans l'arrêt "Air France" du 25 novembre 2015 où elle énonce que « Ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail. ». Il ne faut cependant pas y voir une obligation de moyens renforcée mais bien une obligation de résultat qui s'intéresse désormais à la mise en place effective des règles de préventions du code du travail. Ainsi, la réalisation du risque n'est plus essentielle. Cette approche a ensuite été étendue au harcèlement moral dans un arrêt du premier juin 2016.

L'obligation de sécurité de résultat semble maintenue, au moins formellement, et pourtant la Cour de Cassation y fait de moins en moins référence, préférant le terme d'obligation de sécurité (Cass soc 27 juillet 2017 n°15-15.775). Les choses se sont accélérées avec l'intervention du président de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation le 5 octobre 2017 où ce dernier préconise "un retour à la stricte application de la loi". Depuis, l'obligation de sécurité de résultat n'est plus utilisée par les juges du droit mais perdure dans la pratique que ce soit dans les pourvois ou dans les décisions des juges du fond. Cette absence de revirement jurisprudentiel clair risque de faire perdurer le défaut d'uniformisation.

Plutôt que de clarifier la nature de l'obligation de sécurité, la Chambre Sociale a, discrètement, dans un arrêt inédit du 6 décembre 2017, préféré évoquer "une obligation de prévention des risques professionnels". En l'espèce, sans retenir l'existence d'un harcèlement moral, les juges ont pris en considération un contexte de "souffrance au travail et une grave dégradation des conditions de travail induites par un mode de management par la peur" suffisant à caractériser un manquement de l'employeur.

En attente d'une consécration éventuelle de cette notion, il faut noter le rapprochement toujours plus important qui est fait avec les dispositions légales relatives à la prévention, ce qui pourrait s'interpréter comme un renforcement de l'effectivité de ses principes. Nul doute que le regard des juges va se tourner de plus en plus vers les politiques de préventions mises en place par l'employeur et ce au regard de la législation. Solution qui semble, à priori, plus réaliste et efficace. En revanche, dans l'hypothèse probable d'un arrêt de l'obligation de résultat à terme, sur qui reposera la charge de la preuve ? En l'absence de présomption d'imputabilité de l'employeur, le salarié demandeur doit-il prouver ses allégations ?

FRAXE David

Le recours à de multiples contrat à durée déterminée de remplacement : absence d'automaticité de requalification (Sociale, 14 Février 2018, n°16-17.966)

Par une décision du 14 février dernier, les juges de la Haute juridiction sont revenus sur leur jurisprudence antérieurement retenue concernant la question de la requalification en contrat à durée indéterminée (CDI) lors de recours à de multiples contrats à durée déterminée (CDD) de remplacement. En effet, désormais « le seul fait pour l'employeur de recourir à des contrats à durée déterminée de remplacement de manière récurrente ou permanente ne suffit pas à caractériser un usage abusif rendant automatique la requalification de la relation de travail en contrat travail à durée indéterminée ».

Il convient d'abord de rappeler que, dans le cadre de la réglementation applicable en la matière, la conclusion de CDD de remplacement successifs avec le même salarié est autorisée par l'article L. 1244-1 du Code du travail. L'employeur peut, dans ce cadre, avoir recours aux CDD pour remplacer successivement des salariés absents (Sociale, 28 juin 2006). Cette réglementation ne connaît pas d'autre limite que celle résultant de l'article L.1242 dudit Code, au terme duquel le contrat à durée déterminée ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. La Cour de cassation l'a ainsi rappelé dans une jurisprudence constante (Sociale, 26 janvier 2005), la chambre sociale ayant plutôt eu tendance à requalifier le recours multiple de CDD en relations de travail indéterminées.

Dans l'arrêt ici rapporté, les faits sont classiques, une salariée a été engagée en qualité d'agent de service en CDD par une association, elle a été embauchée du 26 avril 2011 au 27 février 2014 en concluant au total 104 contrats de travail. Contestant la multiplicité du recours aux CDD, la salariée a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification de ces derniers en un contrat à durée indéterminée. La Cour d'appel de Limoges a retenu l'argumentation de la salariée en considérant que dès lors que les remplacements prévisibles et systématiques assurés par la salariée pendant trois ans constituent un equivalent à plein temps pour faire face à un besoin structurel de l'employeur, c'est à juste titre que le conseil de prud'hommes a procédé à la requalification de ces contrats. La Cour de cassation a censuré l'arrêt retenant donc une absence d'automaticité de requalification face aux recours à de multiples CDD de remplacement.

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation semble revenir sur son ancienne position conformément à la réglementation européenne en la matière, notamment la clause 5, point 1, a) de l'accord-cadre européen sur le contrat de travail à durée déterminée du 18 mars 1999. Cette clause impose aux États de prévoir, afin de prévenir les abus, les raisons objectives justifiant le renouvellement des CDD. Dans sa décision, la Cour de cassation rappelle largement les termes d'un arrêt la Cour de justice de l'Union européenne relatif à l'interprétation de ce texte (CJUE 26-1-2012). Dans cet arrêt, la juridiction européenne considère que le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés par contrats de travail à durée indéterminée n'implique pas l'absence d'une raison objective justifiant le renouvellement de CDD.

En résumé, le recours multiple à des CDD de remplacement, avec le même salarié, ne conduit plus automatiquement le juge à requalifier la relation de travail en une durée indéterminée. Les juges du fond sont tenus encore plus qu'antérieurement d'analyser précisément les circonstances de la cause du recours aux CDD. On peut penser que la Cour affirme ainsi sa volonté d'être en cohérence avec la jurisprudence européenne, ses prochaines solutions devront être analysées pour savoir si cela se traduit par un réel infléchissement de sa ligne jurisprudentielle.

HALILI Astrit

La clause de nationalité : De la légalité à la discrimination dans le déroulement de la carrière des Chibanis (C.A de PARIS 31 janv. 2018 n°15/11747)

« La simple proclamation de l'égalité naturelle entre tous les hommes et de la fraternité qui doit les unir, sans distinction de races et de cultures, a quelque chose de décevant pour l'esprit, parce qu'elle néglige une diversité de fait, qui s'impose à l'observation et dont il ne suffit pas de dire qu'elle n'affecte pas le fond du problème pour que l'on soit théoriquement et pratiquement autorisé à faire comme si elle n'existait pas. » Cette citation de Claude Lévi-Strauss dans son ouvrage « Race et histoire » reflète le défi que pose les discriminations en France, notamment dans l'emploi et le déroulement des carrières. Il est frappant de constater que, malgré un contentieux assez abondant sur les discriminations au travail, peu d'arrêts concernent les discriminations raciales ou celles fondées sur l'origine ou la nationalité.

Les Chibanis, cheveux gris en arabe, ont subi un plafond de verre systémique dans l'évolution de leur carrière. Ils ont donc attrait leur employeur, la SNCF, devant le conseil de prud'hommes pour discriminations. La Sncf justifiait ce plafond de verre d'une part suite à un accord bilatéral entre le Maroc et la France datant des années 1960, dans le cadre du renforcement de la main d'œuvre dans les chemins de fer français. D'autre part, suite au statut du personnel de la SNCF qui distinguait le cadre permanent de nationalité française et les agents contractuels de nationalité étrangère. L'article 2 du chapitre 5 du statut du personnel de la SNCF prévoyait une condition de nationalité française pour faire partie du cadre permanent.

Sans contester la légalité de la clause de nationalité, le conseil de prud'hommes en 2015 a donné raison à 842 demandeurs pour discrimination indirecte dans le déroulement de leur carrière et, par conséquent dans les droits à la retraite qui découlaient des rémunérations. La Sncf a donc interjeté appel devant la Cour d'Appel de Paris.

On peut à juste titre s'interroger sur les incidences d'une clause de nationalité. Peut-elle justifier une différence de traitement entre employés ?

Dans l'affirmative, peut-elle engendrer des discriminations aux torts de l'employeur ?

La Cour de Cassation dans un arrêt de la chambre sociale du 28 février 2018 vient confirmer le principe selon lequel toute différence de traitement doit être liée à la nature professionnelle de la tâche et justifiée par une raison objective et pertinente. En matière de discriminations, il appartient donc au salarié d'apporter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination et à l'employeur de démontrer que la différence de traitement est justifiée. (Art L1134-1 C.TR)

Les salariés discriminés ont rapporté quelques faits de discriminations : un déroulement de carrière moins favorable, un accès aux soins différencié, une absence de formation systématique et une absence de notation. Ainsi la légalité et la validité de la clause de nationalité n'a pas suffi pour écarter la caractérisation des discriminations engendrées par les différences de traitement entre salariés en application de cette clause. En effet c'est ce que reconnaît in fine la Cour d'Appel de Paris dans cet arrêt du 31 janvier 2018 : « la clause de nationalité ne peut en conséquence constituer une justification objective et pertinente aux différences de traitement réservées aux agents contractuels relevant de l'annexe A1 par rapport aux agents statutaires ».

Cet arrêt a le mérite d'établir un équilibre entre la recherche et la caractérisation des faits de discrimination et la justification des différences de traitement. Il convient donc de noter qu'une différence de traitement résultant d'une clause de nationalité peut conduire à la caractérisation d'une discrimination.

(Affaire Chibanis contre SNCF : Marie Peyronnet, revue Dalloz 23/02/2018 ; Les chibanis : une réalité poignante, une discrimination patente ; Semaine sociale Lamy)

LUKOKI-ZOLA Jonathan