Bulletin social des étudiants en Master II PGRDS

(Prévention et gestion des risques en droit social)

N°32
Mai 2018

Sommaire

- Article n°1 : Vers une sécurisation efficace du recours au travail de nuit négocié par accord collectif..... 2
- Article n°2 : De la surveillance des salariés et de leur droit à la vie privée..... 3
- Article n°3 : Une nouvelle expérimentation de l'absentéisme au travail par la Sécurité Sociale..... 4
- Article n°4 : Le possible licenciement d'un salarié cadre pour refus de la mise en place d'un forfait jour en raison d'un motif économique..... 5
- Article n°5 : La mise en œuvre de la clause de mobilité : une interprétation rigoureuse de l'atteinte à la vie de famille ?..... 6
- Article n°6 : La création de droits à la formation supplémentaires en cas d'incapacité permanente de 10% à partir de 2019..... 7

Actualités du Master II « PGRDS »

Si on pouvait penser que l'ordonnance balai avait mis un terme à la réforme du code du travail, l'actualité de ces derniers mois nous a rappelé que "réforme" en droit social se conjugue toujours au pluriel : rapport Notat-Senard sur l'entreprise comme objet d'intérêt collectif, négociation de la réforme de l'assurance-chômage, annonces sur la lutte contre le travail illégal, discussion du projet de réforme de l'apprentissage, signature d'un accord national interprofessionnel pour l'accompagnement des évolutions professionnelles, l'investissement dans les compétences et le développement de l'alternance.

Dans l'attente de ces nouveaux textes, l'ensemble des étudiants du Master 2 PGRDS vous souhaite une bonne lecture de ce numéro consacré aux actualités relatives à l'exécution du contrat de travail.

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.

Vers une sécurisation efficace du recours au travail de nuit négocié par accord collectif ?

La règlementation applicable au travail de nuit a connu de nombreuses évolutions depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016, puis avec les Ordonnances Macron du 22 septembre 2017.

En effet, l'Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 modifie le cadre juridique applicable en matière de travail de nuit en renforçant l'assise conventionnelle sur lequel repose assez largement le recours à ce temps de travail particulier. Le Gouvernement entend désormais sécuriser le recours au travail de nuit, lorsque celui-ci relève d'une organisation collective du travail ainsi qu'en renforçant le champ de la négociation collective dans la définition du caractère exceptionnel du travail de nuit.

A ce titre, l'article 32 de cette Ordonnance instaure une nouveauté remarquable puisqu'il précise un élément important relatif aux accords organisant le travail de nuit en insérant un nouvel aliéna à l'article L. 3121-15 du Code du travail : désormais « cette convention ou cet accord collectif est présumé négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L. 3122-1 du Code du travail ».

L'objectif fixé par l'Ordonnance est clair, il ne s'agit pas généraliser le travail de nuit en supprimant son caractère exceptionnel, il s'agit plutôt de sécuriser les accords collectifs autorisant le recours au travail de nuit en les faisant bénéficier d'un régime de présomption de conformité à l'article L3122-1 du Code du travail, notamment au regard du caractère exceptionnel du travail de nuit mais aussi au regard de la nécessite d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale.

Ainsi, les accords collectifs et signés de façon majoritaire bénéficieraient d'une présomption de conformité à la loi et par conséquence, ces accords pourront préciser eux-mêmes leurs conditions de recours exceptionnel au travail de nuit à condition de respecter les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des salariés.

Le fait d'avoir ajouté un nouvel alinéa à l'article L. 3122-15 du Code du travail était donc un choix opportun puisqu'il traduit la volonté d'une sécurisation du recours au travail de nuit.

Toutefois, il peut paraître regrettable que le Code du travail ne définisse toujours pas la notion de « situation exceptionnelle nécessitant d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale » et notamment ce qu'elle recouvre. Le Conseil d'Etat dans une décision du 22 juin 2017 portant avis sur le projet de loi d'habilitation concernant les mesures pour la rénovation sociale avait alerté le Gouvernement sur les risques concernant le droit au recours en conséquence de son intention de faire bénéficier les accords collectifs d'une présomption de légalité.

On constate que le droit du travail s'oriente progressivement vers un droit conventionnel notamment construit autour de l'accord collectif. Dès lors, on peut s'inquiéter d'une telle sacralisation des accords collectifs en leur attribuant une présomption de conformité.

D'abord, le fait que l'accord collectif soit désormais sécurisé par l'article L. 3121-15 permet-il d'établir avec certitude que l'accord a été conclu et négocié conformément à la loi ?

De plus, le fait de faire bénéficier une telle présomption de légalité aux accords collectifs rend plus difficile la contestation desdits accords. On en déduit donc qu'il appartient à celui qui conteste de démontrer que le recours au travail de nuit n'est pas conforme aux conditions qui le régissent et donc qu'il n'est ni exceptionnel ni justifié. Dès lors, il est désormais plus compliqué de venir contester la légitimité de cet accord depuis l'entrée en vigueur de ladite disposition.

Ce souci de renforcer la sécurité juridique met également en avant le recul du principe de faveur en vertu duquel l'accord collectif ne s'applique que s'il est favorable à la partie faible, en l'occurrence le salarié. Avec une telle sécurisation, l'accord collectif s'appliquera conformément aux conditions qu'il aura fixées.

Le contentieux en la matière semblera, à l'avenir, destiné à s'estomper du fait de la difficulté de rapporter la preuve que l'accord n'a pas été négocié et conclu conformément à la loi.

Clémentine LARDEUX

De la surveillance des salariés et de leur droit à la vie privée

Un ex-salarié de la SNCF qui a vu son dossier informatique "personnel" fouillé en son absence, sans information préalable, et dont le contenu a été retenu contre lui pour motiver un licenciement vient de se voir refuser, pour la quatrième fois, la reconnaissance d'une violation de son droit au respect de la vie privée (CEDH, Affaire Libert c. France, 22 février 2018, n°588/13). On sait pourtant depuis l'arrêt Nikon que *« le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée "* (Soc, 2 oct. 2001, n°99-42.942). La CEDH a elle même consacré cette liberté fondamentale par le biais de l'application de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (arrêt Copland, 3 avr.2007, n°62617/00). On sait aussi que sont illicites les procédés de contrôle et de surveillance des salariés mis en œuvre à leur insu (Soc, 03 nov. 2011, n°10-18.036). Comment, alors, expliquer cette décision ?

Pour rejeter sa demande, l'ensemble des juridictions s'est appuyé sur la possibilité reconnue à l'employeur d'accéder aux fichiers non identifiés comme personnels. Ce contrôle a été autorisé au nom d'une "présomption de professionnalité", notamment celui d'une clé USB personnelle connectée à l'outil informatique mis à la disposition du salarié et ce, hors sa présence (Soc, 12 févr. 2013, n° 11-28.649). Le droit de l'employeur à ingérer dans les documents ou correspondances du salarié sans porter atteinte à sa vie privée peut être justifié par l'intérêt de l'employeur. C'est en tous cas ce qu'avait déclaré la CEDH dans l'arrêt Bărbulescu en 2016. Dans cette affaire, un salarié avait usé à titre privé d'un compte *Yahoo Messenger* mis en place à des fins professionnelles alors que le règlement intérieur l'interdisait. La CEDH avait alors admis qu' *«il n'est pas abusif qu'un employeur souhaite vérifier que ses salariés accomplissent leurs tâches professionnelles pendant les heures de travail»* (12 jan. 2016, n°61496/08). La tolérance de cette surveillance était assise sur l'existence de dispositions réglementaires internes jugées légitimes et proportionnelles au but recherché.

Dans la présente affaire, la SNCF a fait valoir qu'elle avait prescrit, via une charte informatique, d'utiliser le terme "privé" pour identifier les informations à caractère strictement personnel. De plus, les juges ont retenu que les documents consultés se trouvaient dans un dossier servant "*traditionnellement*" aux agents à stocker leurs documents professionnels. Attendu qu'un salarié ne pourrait *"utiliser l'intégralité d'un disque dur, censé enregistrer des données professionnelles, pour un usage privé"*, l'employeur a été déclaré *"en droit de considérer que la désignation « données personnelles » figurant sur le disque dur ne pouvait valablement interdire l'accès à cet élément"* (51). En d'autres termes, l'usage et les dispositions internes ont été considérés comme prévalant sur celles issues du droit français et communautaire.

Cette solution est d'autant plus surprenante que la CEDH était préalablement revenue sur sa première décision dans l'affaire Bărbulescu. Réunie en Grande Chambre, elle a finalement jugé le 5 septembre 2017 que l'employeur avait violé le droit à la vie privée et le Gouvernement roumain manqué à son obligation de le protéger. Érigeant la proportionnalité et les garanties procédurales contre l'arbitraire en éléments essentiels de ce droit, elle a listé sept facteurs dont les autorités nationales doivent tenir compte (121). En l'espèce, la Cour a déclaré illégal le système de surveillance utilisé pour aménager la preuve de la faute du salarié.

Comment expliquer le non-recours à cette méthode d'analyse dans l'affaire Libert/SNCF ? Le Code du Travail prévoit pourtant un cadre relatif à l'exercice du pouvoir de contrôle des salariés. L'employeur doit en effet transmettre au salarié un certain nombre d'informations sur les dispositifs mis en place (L1222-4) mais aussi consulter les représentants du personnel (L2323-47 lors des faits, devenu L2312-37 depuis).

Maitre Blandine Allix propose de distinguer les dispositifs de surveillance des prises de connaissance ponctuelles. Quand bien même nous appliquerions cette hypothèse pour expliquer cette différence de traitement, peut-on considérer l'analyse d'un disque dur comme un événement ponctuel ne nécessitant pas d'être soumis à un encadrement visant à respecter la vie privée du salarié ? Une autre hypothèse serait d'admettre que les juges ont été emporté par la nature des faits constatés. En effet, alors qu'aucune conversation n'a été divulguée dans l'affaire Bărbulescu, on sait ici que le salarié détenait précisément trois faux documents établi au bénéfice de tiers (dont l'arrêt rend compte du contenu) et 1 562 fichiers à caractère pornographique représentant un volume de 787 mégaoctets.

Mélanie GABARD

Une nouvelle expérimentation sur l'absentéisme au travail par la Sécurité Sociale

Le 22 novembre 2017, l'IFOP, en partenariat avec Securex publiait une enquête sur l'absentéisme au travail. Sur 1300 actifs interrogés, 41% ont été absents au moins 1 journée en 2016, 22% 5 jours et plus, et 15% 10 jours et plus. Si la plupart des arrêts maladie ont pour cause la santé (87%), 13% des actifs se mettent en arrêt pour des raisons autres telles qu'une surcharge de travail (21%), une absence de motivation, une lassitude ou un sentiment de reconnaissance insuffisant du travail (18%) ou encore un conflit avec un collaborateur ou un supérieur hiérarchique.

L'institut BVA/Rehalto précise que les salariés ont été en arrêt de travail pendant près de 3 semaines en moyenne et surtout qu'un salarié sur quatre est absent à cause de son travail. Les salariés évoquent des tensions liées à l'organisation au travail, des difficultés liées aux pratiques managériales, ou encore la charge de travail.

Au vu de l'importance des arrêts de travail ayant une origine professionnelle, la caisse nationale d'assurance maladie a annoncé le 24 janvier 2018 avoir débuté une expérimentation sur cinq entreprises ayant un taux d'absentéisme nettement plus élevé que dans des entreprises du même secteur d'activité et d'une même région. En effet, la sécurité sociale souhaite les alerter sur les écarts importants entre leur taux d'absentéisme et celui des entreprises du même secteur d'activité mais surtout les informer sur les motifs d'absences des salariés, tout en gardant leur anonymat.

Cette expérimentation va donc plus loin que les enquêtes menées jusqu'à présent. En effet, malgré des chiffres inquiétants et une volonté de cibler un des problèmes majeurs dans les entreprises qu'est l'absentéisme au travail, la présentation de pourcentages des différentes causes d'arrêts de travail n'a pas permis de faire diminuer le taux d'arrêts de travail. La grande majorité des entreprises est restée passive face à ces hausses. Les entreprises qui ont voulu limiter leur taux d'absentéisme ont mis en place différentes mesures comme les contres visites médicales -mais ces dernières ont peu d'impact sur l'absentéisme- mais aussi des primes de présence. Ces primes facultatives légalement deviennent obligatoires si elles sont prévues par un accord collectif étendu et que le salarié remplit les conditions pour en bénéficier. La prime doit viser toutes les absences en dehors notamment des congés payés et des absences résultant d'un ATMP. Si ces primes permettent de limiter les arrêts de travail dits « courants » et parfois de motiver les salariés, elles ne permettent pas de résoudre les problèmes de fond concernant l'absentéisme. Ces primes, qu'elles soient vues comme une punition ou comme une récompense n'ont pas vocation à améliorer les conditions de travail des salariés -surcharge de travail, poste de travail non adapté, problèmes de management, …-.

La nouvelle expérimentation de la sécurité sociale, qui à terme devrait concerner 200 entreprises par an, vise les cas de TMS et de RPS. Il semble que la sécurité sociale souhaite aller au delà d'une exposition des raisons des arrêts de travail en faisant tout d'abord prendre conscience aux employeurs des réels RPS -comme le burn out- ou des TMS -comme les lombalgies- dans leurs entreprises pour ensuite les aider à lutter réellement contre ces pathologies, en mettant en place des plans d'action ou de prévention. Cette démarche apparait comme une volonté de lutter utilement et durablement contre l'absentéisme au travail.

Il est à noter néanmoins que 19% des salariés ont déclaré avoir renoncé à un arrêt maladie puisqu'il n'est pas dans « leur habitude de se laisser aller », ou par « peur d'être surchargé de travail au retour » ou « de voir leur salaire diminuer », ou encore parce qu'ils se sentent « contraints par la hiérarchie ».

Pauline GERNEZ

Le possible licenciement d'un salarié cadre pour refus de la mise en place d'un forfait jour en raison d'un motif économique

Le principe, établi par l'article L1221-1 du Code du travail et par l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 20 octobre 1998, prévoit que la durée du travail est un élément du contrat de travail qui ne peut être modifiée par l'employeur sans l'accord du salarié. Si le salarié ne donne pas son consentement à cette modification, aucune sanction ne peut normalement être prise à son encontre par son employeur, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible pour un employeur de licencier un salarié qui refuserai une modification de sa durée du travail, de son lieu de travail, de sa rémunération ou encore de ses fonctions.

Le forfait jour peut être défini comme étant une méthode de décompte de la durée du travail en jours et non plus en heures. Il est notamment mis en place pour les cadres autonomes dans leur organisation du temps de travail par accord collectif de branche ou d'entreprise, combinée à une convention individuelle.

Il est possible d'en déduire que le forfait jour résulte de la durée du travail, et que le passage à une telle organisation du travail constitue une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié se formalisant notamment par la convention de forfait signée par l'employeur et le salarié.

Cependant, le législateur a effectué une réforme de ce forfait jour, notamment dans un cas particulier, par le biais des ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017. Cette modification du forfait jour est traduit à l'article L2254-2 du Code du travail qui prévoit désormais la possibilité pour un employeur d'imposer la modification de la durée du travail, notamment par la mise en place d'un forfait jour, dans deux cas particuliers que sont l'existence de nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise et la volonté de préserver ou de développer l'emploi. Cela est notamment possible lorsque des accords de performance collective, auparavant accord de compétitivité, ont été conclu sur ce sujet soit par l'entreprise elle-même soit par la branche.

Le projet de loi de ratification des ordonnances a définitivement été adopté le 14 février 2018. La réforme du forfait jour a été approuvée et complétée par une disposition permettant désormais à l'employeur de licencier le salarié qui refuserai la modification de l'organisation de sa durée du travail, c'est-à-dire la mise en place d'un forfait jour. Le licenciement du salarié du fait de son refus aurait les effets d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse.

Cette réforme du forfait jour offre donc une plus grande flexibilité pour l'employeur, puisque s'il rencontre des difficultés, il pourra désormais imposer aux salariés cadres de son entreprise la mise en place d'un forfait jour. Ainsi en cas de refus de la part du salarié, l'employeur pourra en tirer les conséquences nécessaires et licencier le salarié. Autrement dit cela reviendrai à imposer une modification du contrat de travail au salarié cadre et à le licencier en cas de refus, ce qui est en temps normal impossible. Cela vient réduire la protection apportée au contrat de travail offerte par l'article L1221-1 du Code du travail qui permettait une telle modification seulement avec l'accord du salarié. Le nouvel article L2254-2 du Code du travail crée ainsi une exception à ce principe.

Par ailleurs, le nouvel article L2254-2 du Code du travail fait apparaître quelques lacunes, notamment en ce qu'il ne précise en aucun cas si le forfait jour doit être imposé de manière définitive au salarié ou s'il ne peut être que temporaire en fonction de la durée des motifs invoqués par l'employeur. De plus, aucune définition ou explication n'est donnée par le législateur concernant ces deux nouveaux motifs permettant la modification du contrat de travail sans l'accord du salarié. Cependant, il est possible de déduire de cette nouvelle disposition que l'employeur devra justifier de l'existence de l'un de ces deux motifs lorsqu'il imposera un forfait jour à un salarié, notamment pour se protéger en cas de recours devant le Conseil de Prud'hommes par le salarié concerné.

Ludivine DROUET

La mise en œuvre de la clause de mobilité : une interprétation rigoureuse de l'atteinte à la vie de famille ?

Pour mémoire la clause de mobilité est une disposition figurant dans le contrat de travail qui permet à l'employeur d'effectuer des modifications sur le lieu de travail du salarié pendant la durée de son contrat de travail. Le salarié qui signe cette clause s'engage alors à accepter par avance toute modification de son lieu de travail sans que ces modifications constituent une modification substantielle du contrat de travail.
La jurisprudence est venue délimiter les contours de cette clause pour qu'elle ne devienne abusive.

En l'absence de clause de mobilité inscrite dans le contrat de travail du salarié, le changement de lieu de travail au-delà du raisonnable constitue une modification substantielle du contrat de travail. Cette modification ne peut donc intervenir sans l'accord préalable du salarié. Ainsi, le refus du salarié qui s'oppose à la modification ne peut donc intervenir sans l'accord préalable du salarié. Le refus du salarié qui s'oppose à la modification du lieu de travail n'est pas constitutif d'une cause de licenciement pour faute ou d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

La jurisprudence prévoit que pour que la clause de mobilité soit licite, elle doit être écrite, insérée dans le contenu du contrat de travail, ou l'un de ses avenants, précise, détaillée et signée par le salarié. La cour de cassation pose le principe que la clause de mobilité doit faire l'objet d'une délimitation précise et fixe du secteur géographique, à défaut de mention précise de sa zone géographique d'application, la clause de mobilité est nulle.

La Haute juridiction avait déjà considéré que l'application d'une clause de mobilité ne pouvait porter atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale et que si tel était le cas « la mise en œuvre de la clause d mobilité n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché » (jurisprudence constante depuis l'arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 14 octobre 2008.

Dans un arrêt rendu le 14 Février 2018, la Cour de cassation décide que le refus d'une salariée d'accepter la modification de son lieu de travail en application de la clause de mobilité dans son contrat de travail justifiait un licenciement pour faute grave.

En l'espèce, la Cour de cassation a jugé que l'application par l'employeur, d'une clause de mobilité suite à la baisse d'activité considérable et durable à laquelle était affecté la salariée, du fait de la perte d'un client par l'entreprise, et ayant pour effet de muter la salariée de la région de La Rochelle à la région de Toulouse, était dictée par l'intérêt de l'entreprise. Par ailleurs, l'atteinte à la vie privée et familiale de la salarié, mère de deux enfants de 12 et 17 ans et dont l'époux travaillait à La Rochelle, du fait de sa mutation, a été considérée comme justifiée par rapport à la tâche à accomplir et proportionnelle au but recherché par l'employeur. Dès lors, l'employeur n'avait pas commis d'abus dans son droit à exécuter la clause de mobilité par ailleurs jugée comme opposable à la salariée au vu de sa rédaction valable dans le contrat de travail. Par conséquent, le licenciement pour faute grave et privatif de l'indemnité légale de licenciement et du droit au préavis était justifié suite au refus de la salariée.

Une solution semblable a été rendue par deux arrêts du 7 février 2018, à propos d'une clause de mobilité France Métropolitaine et d'une Société qui expliquait avoir perdu un marché. La Cour de cassation a eu par le passé une appréciation plus souple en excluant un licenciement pour faute grave, ne retenant qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, cassation sociale 23 Février 2005. Lorsque le contexte économique de la société est fragile, la Cour de cassation est protectrice de l'employeur et envisage une conception stricte de l'atteinte à la vie de famille. Une baisse réelle d'activité peut ainsi justifier l'atteinte portée à la vie familiale du salarié muté n'importe où en France.

Dalila AL SID CHEIKH

La création de droits à la formation supplémentaires en cas d'incapacité permanente de 10% à partir de 2019

L'ordonnance relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention du 22 septembre 2017 a crée un nouvel article qui fait son apparition dans le Code de la sécurité sociale, l'article L432-12.

Celui-ci énonce qu'au titre de la reconversion professionnelle, la victime atteinte d'une incapacité permanente supérieure ou égale à taux fixé par décret, peut bénéficier d'un abondement de son compte personnel de formation.

Y faisait suite, l'un des décrets du 29 décembre 2017 a fixé le taux de l'incapacité permanente à 10%.

Les personnes concernées bénéficieront d'un abondement de 500 heures pour financer tout ou partie d'une formation ayant pour but de les reconvertir professionnellement.

Si une victime d'incapacité permanente supérieure ou égale à 10% décide de faire une formation elle bénéficiera d'un congé personnel de formation, au même titre qu'une personne qui le demande normalement. En conséquence, le contrat de travail sera suspendu durant la période de formation.
Étant en incapacité permanente de travail, à la fin de la formation, le salarié ne pourra réintégrer l'entreprise qu'à condition de pouvoir obtenir un poste à l'emploi pour lequel il a réalisé une reconversion professionnelle.

En revanche, si aucun poste dans l'entreprise ne correspond à la reconversion professionnelle faite par la victime d'incapacité permanente, celle-ci devra chercher un emploi dans une autre société.

Le décret du 29 décembre 2017 relatif à cette nouveauté, précise toutefois que ces dispositions seront uniquement applications aux victimes dont les taux d'incapacité permanente sont notifiés à compter du 1er janvier 2019.

C'est un moyen supplémentaire intéressant fourni aux personnes ayant été victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, qui peut leur permettre de se reformer à moindres couts. Ceci étant légitime puisque leur incapacité a été causée par l'exécution de leur premier emploi.

Cléa GOUZOU