

Bulletin social des étudiants en Master II PGRDS

(Prévention et gestion des risques en droit social)

N° 21
Février
2017

Sommaire

- 🕒 **Article n° 1 : Le Droit à la déconnexion : une innovation relative2**
- 🕒 **Article n° 2 : La fin du « préjudice nécessairement causé » aux salariés.....3**
- 🕒 **Article n° 3 : L'impact des congés maternités sur la carrière d'une femme4**
- 🕒 **Article n° 4 : Les accords de préservation et de développement de l'emploi5**
- 🕒 **Article n° 5 : Contre la précarité : « coup de pouce » pour le SMIC ou revalorisation de la Prime d'activité ?.....6**

Actualités du Master II « PGRDS »

Etudiants, Professeurs, Professionnels, le 1er Janvier 2017 est passé ! Alors que certaines des dispositions de la Loi travail entrent en vigueur, d'autres sont précisées.

En effet, alors que les visites médicales d'embauche sont supprimées au profit des visites d'informations et de prévention pour les salariés non exposés à des risques particuliers, nous n'avions jusqu'alors aucune idée ni du délai dans lequel elles doivent avoir lieu, ni de leur périodicité. Nous savons donc désormais que la visite devra intervenir dans les 3 mois suivants l'embauche, quant à la périodicité, celle-ci sera d'au maximum 5 ans.

En outre, le salarié peut désormais prendre un « *congé de solidarité familiale* », mais aussi recevoir son bulletin de paye par voie électronique, bénéficier d'un droit à la déconnexion, de la mise en place du compte personnel d'activité, de la modification d'alimentation du compte personnel de formation...

Ces dispositions ne sont pas anodines et engendrent bien des interrogations de la part des professionnels, c'est pourquoi l'ensemble de l'équipe pédagogique du Master II PGRDS redouble d'énergie en ce début de second semestre pour préparer les élèves à leur entrée prochaine en stage!

Le Droit à la déconnexion : une innovation relative

Depuis le début du 21^e siècle, les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) occupent une place prépondérante dans la vie quotidienne des personnes, rendant la frontière entre la vie personnelle et professionnelle de moins en moins perceptible, en effet, les salariés sont de plus en plus connectés en dehors de leurs heures de travail, ce qui n'est pas sans conséquence sur leur santé.

Au regard de ce phénomène alarmant, la Loi Travail du 8 Août 2016 a innové en instaurant un droit à la déconnexion, pour protéger la santé des salariés. Le législateur français est le premier à prévoir un tel droit. De nombreux pays félicitent cette initiative et affirment vouloir suivre le même chemin, c'est le cas de l'Australie et de la Grande-Bretagne.

Le droit à la déconnexion fait son apparition à l'article L. 2242-8 7° du code du travail, et il est applicable depuis le 1^{er} janvier 2017. En réalité, ce droit n'est pas une réelle innovation, il reprend clairement un droit très connu : le droit au respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la CESDH, mais également à l'article 9 du code civil. Sur ce dernier fondement, la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé que malgré l'existence des NTIC, l'employeur ne peut pas imposer à un salarié d'exécuter des tâches professionnelles chez lui, en dehors du temps de travail effectif. Elle rappelle le dualisme entre vie privée du salarié et vie professionnelle. La question de l'utilité et de la pertinence du droit à la déconnexion peut se poser.

Le droit à la déconnexion vise à garantir le respect des temps de repos et de congés, ainsi que de la vie personnelle des salariés. Applicable à tout les salariés, il concerne davantage les personnes au forfait jour ou en télétravail, dont les horaires de travail et de repos ne sont pas toujours délimités avec clarté. Dans l'hypothèse où les horaires seraient fixés, certaines des personnes précitées ont tendance à les outrepasser.

Il permet au salarié de ne pas être en permanence joignable pour des motifs professionnels, il peut dès lors couper temporairement ses outils numériques qui permettent à son employeur de le contacter (*smartphone, internet, email...*).

Les entreprises ont le devoir de prendre des mesures afin de régulariser l'usage des outils numériques, pour éviter que ces derniers ne provoquent un sentiment de sollicitation permanente chez les salariés, entraînant de surcroît une surconnexion, une surcharge de travail au niveau cognitif et émotionnel, un sentiment de fatigue ou d'excitation et du stress.

La Loi Travail octroie une grande place à la négociation. Désormais, le droit à la déconnexion est l'une des thématiques devant être négociée annuellement, entre les employeurs et les représentants syndicaux.

La négociation portera sur les mesures à prendre pour garantir le respect des temps de repos et de congé, ainsi que de la vie personnelle et familiale des salariés. Toutefois, il n'y a aucune obligation de parvenir à la conclusion effective d'un accord.

Si aucun accord n'est adopté, c'est à l'employeur, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut des délégués du personnel d'élaborer une charte, qui définira les modalités d'exercice du droit à la déconnexion. La charte devra mettre en œuvre des actions de formation et de sensibilisation sur l'usage de ces outils. La finalité de ces actes est de définir les modalités selon lesquelles les salariés pourront exercer leur droit à la déconnexion.

Si la loi encourage les employeurs à prévenir des risques liés à la surconnexion en privilégiant la voie de la négociation, ou à défaut la rédaction d'une charte, elle reste silencieuse quant aux sanctions ou aux pénalités encourues par l'employeur et l'entreprise (*personne morale*) en cas de non respect du droit à la déconnexion.

Le salarié a également un rôle à jouer dans le droit à la déconnexion. En effet, aucune obligation de déconnexion ne pèse sur lui, il doit vouloir se déconnecter de lui même et limiter son temps passer sur les outils numériques dès lors qu'il s'agit de travail.

Or, certains salariés en forfait jour ou en télétravail ne sont pas prêts de renoncer à la flexibilité du travail à distance dont ils bénéficient. Chacun d'eux gère leur temps de travail comme ils le souhaitent, certains préfèrent s'occuper de leurs enfants ou vaquer à leurs occupations la journée et travailler le soir. Cette flexibilité peut dès lors être néfaste pour ceux à qui il est difficile de couper leurs appareils ou leurs systèmes numériques, sur lesquels ils sont contactés par leur employeur ou leurs collègues.

Si les salariés ne se déconnectent pas d'eux mêmes, tout ce qu'aura entrepris l'entreprise s'avérera sans effet.

DEBART Marion

La fin du « préjudice nécessairement causé » aux salariés

Le 13 Avril 2016, un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation (n° 14-28293) a entraîné un changement considérable dans sa jurisprudence. La solution a par la suite été confirmée par plusieurs autres arrêts, témoignant ainsi d'un important revirement. Désormais, la Haute juridiction estime que certains manquements de l'employeur ne causent plus "nécessairement" un préjudice au salarié.

Avant le 13 Avril 2016, la Cour de cassation jugeait que certains manquements de l'employeur causaient automatiquement un préjudice au salarié, et ce, sans même que ce dernier n'eût à prouver l'existence dudit préjudice. Cette présomption imposait aux juges du fond de n'apprécier que la présence ou non d'un manquement. Celui-ci établi, les pouvoirs des juges du fond se bornaient à fixer le montant des dommages et intérêts, même quand il ne s'agissait que de montants symboliques. Certains auteurs voyaient dans cette pratique une instrumentalisation des dommages et intérêts à des fins punitives car, selon eux, l'objectif de la Cour de cassation était d'empêcher les employeurs de violer leurs obligations contractuelles.

Depuis l'arrêt du 13 Avril 2016, la Cour semble considérer que, en cas de manquement de l'employeur, les dommages et intérêts ne seront plus automatiquement alloués au salarié tant qu'il n'aura pas prouvé l'existence d'un préjudice, d'un lien de causalité et du montant chiffré dudit préjudice. En effet, dans cette espèce, le salarié arguait que, selon la jurisprudence en vigueur, la remise tardive par l'employeur des documents de fin de contrat tels que le solde de tout compte, ou l'attestation Pôle Emploi, lui causait « nécessairement un préjudice » et que, par conséquent, il n'avait pas à rapporter la preuve de ce préjudice.

Au préalable, statuant en dernier ressort, le Conseil des Prud'hommes avait jugé que le salarié ne produisait aucun éléments justifiant le préjudice issu de la remise tardive des documents par l'employeur. Le salarié a par la suite formé un pourvoi. La Cour de cassation a rejeté ce dernier et confirmé le jugement rendu en première instance, au motif que le salarié prétendant avoir subi un préjudice du fait du manquement de l'employeur devait rapporter « des éléments pour justifier le préjudice allégué ». « L'existence d'un préjudice ou l'évaluation de celui-ci relève alors du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ».

De nombreux praticiens saluent cette décision en mettant en avant le fait qu'elle est plus en adéquation avec les règles relatives à la responsabilité civile.

Cette récente position est particulièrement importante dans la mesure où elle semble confirmée par plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation et selon lesquels, désormais, la réparation ne peut plus être systématisée lorsque l'employeur commet (*notamment durant l'exécution du contrat de travail*) des manquements à ses obligations contractuelles. Par exemple, il a été jugé que l'absence de mention, sur le bulletin de paie, de la convention collective applicable ne donne pas automatiquement lieu à l'octroi de dommages et intérêts (Soc. 17 Mai 2016, n° 14-21.872).

On peut supposer que la solution s'appliquera à certains manquements commis par les employeurs :

- ne pas respecter le repos quotidien et les dispositions en vigueur concernant le repos compensateur en cas d'heures supplémentaires ;
- empêcher un salarié de prendre ses congés payés ;
- ne pas accomplir les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel.

D'ailleurs, la doctrine semble majoritairement attribuer une portée générale aux décisions de la Cour.

Ce revirement était prévisible vu que la Chambre sociale de la Cour de cassation oriente sa jurisprudence vers un démantèlement de la construction prétorienne en vigueur depuis une vingtaine d'années.

Il faudra cependant, en pratique, que les décisions de premières instances s'alignent sur celles de la Cour de cassation pour que cette jurisprudence soit véritablement effective.

GSIB Salma

L'impact des congés maternités sur la carrière d'une femme

Le 22 Novembre dernier, une hôtesse de caisse du magasin Auchan de Tourcoing est victime d'une fausse couche alors qu'elle était à son poste. On apprend par la suite qu'une plainte contre X pour «*non-assistance à personne en danger*» et «*mise en danger de la vie d'autrui*» a été déposée par la caissière.

D'après Monsieur H. HAMDOD, délégué syndical à la CGT, la salariée a fait part de son état à son employeur sans que ce dernier n'y prête attention. Atteinte de nausées, vertiges et malaises à cause de sa grossesse, cette dernière aurait demandé à bénéficier d'un aménagement de poste, qui aurait été refusé par la direction.

Afin d'éviter qu'un nouvel drame de ce genre se produise à nouveau, la loi travail permet désormais aux salariées de demander une visite du médecin du travail afin que ce dernier recommande des aménagements de poste. Ce fait divers tragique soulève la question de la protection de la salariée enceinte avant qu'elle ne parte en congé maternité. Au delà de la question de l'indifférence de leurs états, les femmes enceintes subissent également une discrimination conséquemment au choix de la grossesse. Il n'est pas rare que dans les faits un employeur, lors d'un entretien d'embauche, demande naïvement à la candidate si cette dernière projette d'avoir des enfants dans un avenir proche. Certes la question n'a pas lieu d'être posée mais elle reste monnaie courante. Une fois installée dans son travail, la salariée qui souhaite fonder une famille peut rencontrer une autre difficulté conséquente : l'impact de sa grossesse sur l'avancement de sa carrière.

Pourtant pour éviter à une femme de trancher entre le choix d'une carrière professionnelle et la création d'une famille, ont été mises en place toute une série de mesures visant à faciliter le retour à l'emploi des femmes enceintes.

Ainsi l'article L.1225-17 dispose que « *la salariée a le droit de bénéficier d'un congé de maternité pendant une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci.* ».

Cependant, les stéréotypes concernant l'état de grossesse sont toujours d'actualité. « *Les femmes enceintes sont perçues comme des salariées désintéressées par leur travail, ayant la tête prise par la grossesse et beaucoup moins disponibles. La maternité renvoie aussi aux préjugés sur les inaptitudes physiques* » (analyse Clémence LEVESQUE, chargée de mission auprès du Défenseur des droits). C'est pourquoi certaines jeunes femmes font face à un employeur qui les poussent virulemment vers la porte de sortie à leur retour.

Certes théoriquement, elles restent sous protection. En effet, dès leur retour, s'applique une période de protection de 10 semaines (*depuis la loi travail, auparavant elle était de 4 semaines*). Cependant en pratique elles ne sont pas à l'abri de surprise.

Partant de ce constat, une salariée qui reprend ses fonctions le 2 Janvier 2006, se voit convoquée à un entretien préalable à son licenciement 2 jours plus tard, notifié pour insuffisance professionnelle. On apprend également que durant son absence, l'employeur a pourvu au remplacement définitif de la salariée et préparait son futur remplacement. (Cass. Soc, 15 Septembre 2010, n°08-43.299). En définitive, la maternité apparaît comme un frein dans la carrière d'une femme. C'est ainsi qu'une salariée, pour laquelle une promotion a été envisagée par l'employeur, se voit refuser celle-ci en raison de la survenance d'un congé de maternité. (16 Décembre 2008 n°06-45.262). On pourra avoir tendance à penser qu'il s'agit de cas isolés qui ne reflètent pas la situation actuelle des femmes. Néanmoins, il convient de préciser que la majorité d'entre elles résignent à agir en justice. En effet selon sondage de l'institut CSA mené par la Halde, 37 % des femmes qui ont subi une discrimination du fait de leur état de grossesse n'ont pas réagi. Le congé de maternité constitue donc « *un point de rupture dans la carrière de ces dernières et ce à de multiples points de vue : conditions de travail, promotion, accès à la formation, mais aussi de manière particulièrement notable augmentations salariales* » (E. COURTIAL, rapport no 2728, fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, sur le projet de loi relatif à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, 7 Déc. 2005, p. 16).

Ainsi selon une autre enquête, 36% des femmes estiment qu'elles n'ont pas retrouvé l'intégralité des fonctions qu'elles occupaient avant de devenir mère. Chez les cadres ce chiffre atteint 44 %. « *Pendant leur absence, ces femmes ont été remplacées* » explique Christine JOUHANNAUD (*Chef du pôle public à la direction juridique de la Halde*). « *Elles sont nombreuses à constater qu'à leur retour le poste qu'on leur confie est moins gratifiant. Il faut refaire ses preuves.* »

En bref, malgré des avancés notables en la matière, l'impact d'une ou plusieurs grossesses sur la carrière est inéluctable, le plafond de verre n'est pas prêt de se briser.

ZARGARYAN Arsiné

Les accords de préservation et de développement de l'emploi.

Issus de la loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et la sécurisation des parcours professionnels, les accords de préservation et de développement de l'emploi constituent le nouvel outil permettant aux parties signataires d'appréhender leurs environnements sociaux et économiques. Motivés par des impératifs de compétitivité, les accords de préservation et développement de l'emploi (APDE) s'inscrivent dans la continuité des accords de maintien de l'emploi (AME), dont le bilan reste mitigé. Ces deux dispositifs bien que très similaires, restent tout de même distincts notamment en ce qui concerne leurs modalités de mise en œuvre.

Au niveau de l'entreprise, l'accord (APDE) est conclu par l'employeur et par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives majoritaires. A défaut de majorité, si l'organisation syndicale recueille 30% des suffrages, un accord minoritaire peut être adopté ; dans ce dernier cas, les salariés doivent être consultés. Lorsque les accords d'entreprises sont pris en vue de préserver les emplois et éviter toutes suppressions, on parle d'accords défensifs, lorsque ces accords entrent en compte la possibilité d'embaucher (*accord de développement*) il s'agit alors d'accords offensifs.

Il est question pour ce nouveau dispositif de mettre l'accent sur la préservation et le développement de l'emploi. Or à la lecture du texte, ces deux aspects n'apparaissent pas aussi distinctement qu'escompté. Pour commencer, le législateur laisse aux parties la possibilité d'adopter librement le contenu de leur accord, l'ADPE est donc marqué par un fort consensualisme ; par ailleurs aucune mention impérative n'est prévue. Ce consensualisme est poussé à son extrême notamment en comparaison de l'AME, là où l'article L.5125-1 du code du travail en son 2° impose aux dirigeants salariés, mandataires sociaux et actionnaires des efforts proportionnés à ceux consentis par les salariés, une telle recommandation est absente du nouveau dispositif.

En outre, une autre disposition va dans le sens d'un assouplissement dans la réalisation de tels accords. C'est la faculté de l'APDE de prévoir « *les conditions dans lesquelles les salariés bénéficient d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise* », alors que pour son homologue, il s'agit d'une obligation. L'APDE semble élargir le champ des négociations tout en étant moins contraignant pour les parties. Cependant, cela constitue-t-il une avancée et est-ce réellement avantageux pour chaque partie ?

prédécesseur, il conserve en revanche une base commune. Ces accords font exception au régime de modification des éléments du contrat de travail ; « *Lorsqu'un accord d'entreprise est conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi, ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail* » (article L.2254-2). En effet, cette dérogation constitue le cœur du mécanisme de ces accords. En sus d'entrevoir une dérogation à l'un des principes primordiaux du droit du travail, il est créé un motif spécifique de licenciement « *qui constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement* ». Pour mieux comprendre, un accord est mis en place dans l'entreprise, ce dernier se substitue dès lors aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, il est alors demandé au salarié de prendre acte de ces modifications, son refus (*écrit*) déclenche alors la procédure de licenciement avec la particularité nouvelle qu'on lui connaît.

Si la résultante de ces accords est la préservation voire le développement de l'emploi, cela se fait au détriment des intérêts individuels. On impose l'intérêt général et collectif des salariés aux intérêts individuels. Sans nécessairement crier « *haro sur le baudet* », cette primauté a pour conséquence un licenciement pour le salarié qui refuserait l'application de ces accords. Pour les salariés concernés par l'accord « *une garantie* » existe. En effet, le code du travail précise que « *l'accord doit prévoir les modalités selon lesquelles sont prises en compte la situation des salariés invoquant une atteinte disproportionnée à leur vie personnelle ou familiale* ». Autre aspect, la spécificité du motif sui generis semble limiter le recours effectif à un juge, nul doute qu'au visa des articles 6§1 et 13 de la CESDH, un ex-salarié tentera de contester le motif de son licenciement.

A travers l'APDE, le législateur tente de créer une nouvelle dynamique. Un accord plus souple, plus attractif, déconnecté des « *graves difficultés économiques* » qui constitue un critère essentiel dans la mise en œuvre de l'AME. La finalité essentielle de ces accords est de développer, préserver des emplois. Dès lors la poursuite de ces seuls objectifs suffit à l'ouverture des négociations. En l'état du droit positif, ces deux dispositifs coexistent. L'employeur qui remplit les conditions de conclusion de l'AME et qui opte pour l'APDE, est-il tenu par le critère des « *difficultés économiques* » (*donc risque de requalification*)? A défaut de requalification, la pertinence de laisser exister le 1er dispositif est soulevée, l'AME n'est-il pas simplement voué à disparaître ?

Si ce dispositif se veut plus attractif que son

MOISE Fabrice

Contre la précarité : « coup de pouce » pour le SMIC ou revalorisation de la Prime d'activité ?

Le 11 Juin 1963, le Conseil Constitutionnel pose le principe de la libre fixation du salaire. La fixation du salaire relève de la compétence des parties au contrat de travail ; ce dernier représentant un espace de négociations entre les parties. Dans les faits cependant, le montant du salaire n'est que très rarement négocié, il relève davantage de la « *toute puissance de l'employeur* », notamment quand le salarié ne possède pas de compétences particulières et rares ; le jeu de l'offre et de la demande sur le marché de l'emploi ne lui étant pas favorable.

Ainsi, sans doute afin que l'employeur n'abuse pas de son pouvoir, ce principe souffre de plusieurs limites ; notamment des dispositions sur la rémunération des heures supplémentaires, de l'interdiction des clauses d'indexation et des enchères électroniques mais surtout le contrat de travail ne peut ni prévoir une rémunération en deçà du Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance (SMIC) ni en deçà des minimums conventionnels. Ce qui signifie que l'employeur devra au minimum verser un salaire à hauteur de ce qui est prévu dans la convention collective, dès lors qu'il est supérieur au SMIC, à défaut il appliquera le taux horaire du SMIC.

Toujours dans un but de protection des salariés, les minimas conventionnels font l'objet d'une négociation annuelle obligatoire au niveau des branches d'activité et des entreprises. De même, le SMIC fait l'objet d'une revalorisation chaque année au 1er Janvier.

Le SMIC garantit un minimum vital pour un bon nombre de salariés, c'est pourquoi il est revalorisé annuellement en tenant compte de l'évolution de l'indice mensuel des prix à la consommation (hors tabac) de 20% des ménages les plus modestes, augmentée de la moitié du gain de pouvoir d'achat du salaire horaire moyen des ouvriers et des employés. Par ailleurs, le SMIC peut être revalorisé en cours d'année lorsque l'indice des prix à la consommation augmente d'au moins 2 % par rapport à l'indice constaté lors de l'établissement du SMIC au 1er Janvier.

En plus de cette revalorisation, le Gouvernement peut prendre la décision d'accorder ce qu'on appelle communément « *un coup de pouce* » au SMIC. Pour ce faire, il sollicite chaque année l'avis du Groupe d'Experts sur le SMIC qui rend alors un avis ne liant toutefois pas le Gouvernement. Cependant, depuis sa mise en place, le Groupe d'Experts déconseille « *le coup de pouce* » estimant que l'économie française n'en est pas encore prête.

Cette année encore, ça a été le cas et le Gouvernement a suivi ce conseil. Ainsi le SMIC s'élève aujourd'hui à 9,76 euros brut ;

ce qui correspond à 1480,27 euros brut mensuel (*sur une base de 35 heures hebdomadaires*), soit une augmentation de 0,93% par rapport à 2016. Dans son rapport, le Groupe considère que pour lutter contre la pauvreté il serait plus efficace de rehausser le montant de la prime d'activité. Il est en venu à ce constat en faisant la comparaison entre les effets d'une hausse du SMIC avec ceux d'une revalorisation de la prime d'activité. En outre, alors que la hausse du SMIC bénéficie à tous les ménages dès lors qu'au moins un des membres en est bénéficiaire (*et ce indépendamment des ressources globales du ménage*), la hausse de la prime d'activité ne concernerait que les ménages les plus modestes, puisque ses règles d'éligibilité tiennent compte des ressources totales du ménage.

La prime d'activité est un dispositif récent car mis en place le 1er Janvier 2016, elle remplace le RSA activité et la prime pour l'emploi. Complément de revenu pour toute personne âgée de plus de 18 ans, elle s'appuie sur deux critères : un barème selon l'ensemble des revenus du ménage et un bonus individuel supplémentaire. Entre le 1er Janvier 2016 et le 26 Aout 2016, 3,7 millions de foyers en ont bénéficié au moins une fois contre 1,7 millions bénéficiaires du SMIC en 2016.

La prime d'activité serait-elle alors la solution contre la précarité ? La question reste sans réponse ; il est important d'avoir à l'esprit que les deux dispositifs ne sont pas à la charge du même portefeuille : le SMIC est à la charge de l'employeur tandis que la prime d'activité est à la charge de l'Etat. De même, certains effets de leur revalorisation peuvent différer : l'augmentation du SMIC peut pénaliser la compétitivité des entreprises tandis que sa diminution participe à la paupérisation des salariés, l'augmentation de la prime d'activité quant à elle la diminue.

L'idéal contre la précarité serait en fait de revaloriser les deux dispositifs mais dans la limite de maintenir la compétitivité des entreprises et en fonction des ressources de l'Etat ; tout en sachant que ces mécanismes n'ont de sens que tant que des emplois se créent et se développent car sans emploi pas de SMIC ni de prime d'activité.

COURBOIN Mathilde