

Bulletin social des étudiants en Master II PGRDS

(Prévention et gestion des risques en droit social)

N° 29
Février
2018

Sommaire

- 👁 Article n° 1 : Clause de neutralité et respect de la liberté religieuse, des limites parfois troubles encadrées par la jurisprudence.....2
- 👁 Article n° 2 : Le lanceur d'alerte : un renforcement en demi-teinte.....3
- 👁 Article n° 3 : Vers un assouplissement des règles encadrant le congé sabbatique.....4
- 👁 Article n° 4 : Transfert des contrats de travail par voie conventionnelle: nouvelle appréciation du principe d'égalité de traitement.....5
- 👁 Article n° 5 Les conventions de forfait-jours : une pratique à risques pour le salarié mais aussi l'employeur.....6

Actualités du Master II « PGRDS »

Le début de cette année 2018 fut marqué par la mise en place du Comité Social et Économique (CSE). Cette nouvelle instance fusionne les instances représentatives du personnel et est désormais l'organe obligatoire dans toutes les entreprises de plus de 11 salariés. Créé par les ordonnances Macron du 22 septembre 2017, le CSE doit être mis en place d'ici janvier 2020. Beaucoup de questions ont été soulevées autour de cette nouvelle instance. Tout d'abord sur les missions qui lui sont destinées mais également sur le nombre d'heures de délégation qui lui sont dévolues, malheureusement en baisse par rapport au cumul des différentes instances passées. Les articles de ce mois évoqueront la clause de neutralité, le cas spécifique des lanceurs d'alerte, les nouvelles règles encadrant le congé sabbatique ainsi que le transfert de contrat par voie conventionnelle et les problématiques liées au forfait-jour.

Clause de neutralité et respect de la liberté religieuse, des limites parfois troubles encadrées par la jurisprudence.

De longue date la question de la discrimination sur la religion est un sujet important et particulièrement sensible. C'est tout d'abord la directive 2000/78/CE qui vint fixer un certain nombre de règles en la matière. En effet cette directive prévoit de punir les discriminations religieuses et interdit les sanctions prises de manière directe ou indirecte en raison d'une religion. Elle fixe également la mise en place des restrictions si elles sont justifiées et proportionnées. En France l'article L1132-2 du Code du travail vient transposer l'article 4§1 de la directive, il prévoit donc l'interdiction des discriminations dans l'ensemble des périodes de la relation de travail, de l'embauche à la rupture.

En parallèle, la Cour de cassation a rendu une décision à propos de l'affaire Baby Loup le 25 juin 2014, cet arrêt est particulièrement important puisque cette décision inspire fortement les dispositions de la loi travail du 8 août 2016. Dans cet arrêt la Cour de cassation valide pour la première fois la possibilité d'inscrire une clause de neutralité dans le règlement intérieur, en l'occurrence d'une association. Cette clause est acceptée du fait qu'elle soit raisonnable, justifiée au vu du travail avec des enfants, et proportionnée car elle ne s'applique qu'au personnel en contact avec ces enfants. Un arrêt innovant qui permettra à la France de retravailler sa législation en la matière. Cette décision a donc fortement inspiré la loi travail dont résulte aujourd'hui l'article L1321-2-1 du code du travail. Il est désormais possible pour une entreprise de prévoir dans son règlement intérieur une clause dite de neutralité, mais celle-ci est strictement encadrée. Elles ne sont possibles que pour préserver d'autres libertés fondamentales ou pour assurer le bon fonctionnement de l'entreprise si elles sont proportionnées. Il est important d'apporter une attention particulière à la rédaction de ces clauses et de les rendre précises au risque sinon d'être censuré par la HALDE. Pour exemple une clause visant une religion particulière serait discriminatoire et donc illégale, il s'agit donc d'avancées non négligeables dans ce domaine.

Depuis, la CJUE a été interrogée par deux questions préjudicielles au sujet de ces clauses de neutralité, elle y a répondu dans deux arrêts du 14 mars 2017. Dans ces décisions la Cour précise l'interprétation que les Etats doivent faire de sa directive 2000/78/CE. Elle admet alors qu'apparaissent dans des documents internes (règlement intérieur, note de service) des clauses de neutralité. On peut également noter de ces arrêts que la Cour insiste sur la proportionnalité de la clause, ainsi que de l'importance d'avoir un écrit plutôt qu'un oral qui peut facilement viser

une religion particulière et donc être discriminatoire. Enfin la Cour demande la mise en place de procédures de reclassement pour la personne qui refuse d'enlever ses signes religieux, à un poste en espèce sans contact avec la clientèle. On peut comprendre que la Cour reste inquiète et veuille éviter toute disproportion émanant de ces clauses.

La Cour de cassation a à nouveau, en reprenant les éléments donnés par la CJUE, traité de la clause de neutralité dans un arrêt du 22 novembre 2017. Elle semble clairement suivre la droite ligne tracée depuis la directive de 2000. Ainsi, une clause de neutralité peut être justifiée si elle respecte certains critères, il reste totalement interdit de discriminer une personne selon sa religion. De ce fait, s'il n'existe pas de clause de neutralité, le fait de demander à une personne portant un signe religieux de le retirer, pour répondre aux demandes d'un client est illégal tant il vise une religion donnée, il s'agit donc d'une discrimination directement fondée sur les convictions religieuses. La Cour ouvre tout de même deux champs avec cette décision, elle reprend pour la première fois l'idée de reclassement du salarié mais surtout elle ouvre la possibilité d'instaurer une clause de neutralité pour toutes les personnes en contact avec les clients. Un virage qui peut paraître étonnant et qui demandera de rester vigilant dans les prochains mois quant aux nouvelles évolutions en la matière.

Ces clauses de neutralité ont donc fait couler beaucoup d'encre, du fait de l'épineuse question du respect des convictions religieuses de chacun mais également du respect des libertés. Le législateur semble actuellement avoir trouvé un équilibre précaire entre respect des convictions religieuses et d'un besoin de neutralité. Pour comparaison un arrêt de la Cour d'Appel Administrative de Versailles en date du 19 décembre 2017 a donc jugé que le port d'une barbe longue dans un hôpital par un médecin stagiaire ne respectait pas les obligations de neutralité en matière religieuse surtout dans un hôpital comme celui de Saint Denis avec un "environnement multiculturel", environnement soumis quant à lui au besoin de neutralité.

Ces décisions qui peuvent paraître critiquables et quelque peu surprenantes viennent soulever de nouvelles questions en matière de neutralité. Le plus important ici étant d'éviter d'en arriver à une réglementation qui contrairement à son but initial, crée une réelle discrimination en entreprise. L'ensemble de ces évolutions nous amène à nous questionner plus largement sur la place de la religion dans le monde du travail, alors qu'en parallèle la notion de laïcité est perpétuellement remise en cause dans notre société.

Le lanceur d'alerte : un renforcement en demi-teinte

Le thème des lanceurs d'alerte apparaît comme porteur d'espoirs et d'interrogations. Les sources d'incertitude autour des éléments de définition du lanceur d'alerte sont nombreuses. À ces définitions multiples répondent des protections perfectibles. La Commission européenne, courant 2018, pourrait proposer une directive pour harmoniser la législation européenne tant en clarifiant la définition du lanceur d'alerte qu'en précisant mieux l'étendue de sa protection.

La loi dite "Sapin II" du 9 décembre 2016 a institué un statut pour les lanceurs d'alerte et a imposé aux entreprises de plus de 50 salariés de mettre en place des procédures de recueil des signalements émis par les salariés ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels. Dans les structures dans lesquelles il n'y aurait pas de procédure de recueil des signalements, le lanceur d'alerte pourrait directement saisir les autorités judiciaires ou administratives ou les ordres professionnels. Ces obligations, dont les modalités ont été précisées par un décret du 19 avril 2017, entreront en vigueur le 1er janvier 2018. Cette loi garantit également la protection du lanceur d'alerte à travers, notamment, son irresponsabilité pénale et l'interdiction des représailles professionnelles.

Durant l'exécution de son contrat de travail, le salarié peut être le témoin de faits fautifs ou de pratiques scandaleuses. Sa révélation peut concerner par exemple un délit comme le signalement d'un harcèlement moral ou sexuel, d'une discrimination. Il peut s'agir également d'une violation grave et manifeste de la loi ou du règlement comme le non-respect des règles d'hygiène ou de sécurité, un excès de pouvoir, etc. (article 6 de la loi "Sapin II").

La loi "Sapin II" institue une procédure de signalement graduée, composée de trois niveaux. L'objet de l'alerte doit en premier lieu être porté à la connaissance du supérieur hiérarchique direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. Si aucune suite n'est donnée dans un délai raisonnable pour vérifier la recevabilité du signalement, le lanceur d'alerte peut saisir l'autorité judiciaire ou administrative ou les ordres professionnels. En dernier ressort, à défaut de traitement du signalement par l'un des trois organismes précités dans un délai de trois mois, le lanceur d'alerte peut dévoiler les faits à l'opinion publique. Toutefois, en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le lanceur d'alerte peut s'adresser directement aux autorités judiciaires ou administratives ou aux ordres professionnels. Il peut également rendre l'alerte publique (article 8, I et II de la loi "Sapin II").

Concernant le "délai raisonnable" la loi est muette et n'a pas prévu par ailleurs de renvoyer à un décret le soin de fixer ce délai.

La loi institue une protection générale des lanceurs d'alerte sans abroger les lois sectorielles existantes. Cet empilement législatif crée une véritable insécurité juridique, dans la mesure où ces lois sectorielles sont particulièrement complexes, opaques et pas toujours cohérentes entre elles. La loi "Sapin II", qui tend à créer un socle de droits communs à tous les lanceurs d'alerte accroît encore cette incohérence. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, la loi "Sapin II" limite aux seules personnes physiques la qualité de lanceur d'alerte alors que la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique visait en tant que lanceur d'alerte dans le domaine de la corruption et de la prévention des conflits d'intérêts les personnes physiques et les personnes morales.

Le lanceur d'alerte, sous la loi "Sapin II", est soumis à des conditions censées garantir son sens aigu de la responsabilité : être une personne physique, c'est-à-dire s'exposer personnellement; agir de manière désintéressée, c'est-à-dire ne pas avoir pour activité régulière d'alerter ou de faire connaître des comportements répréhensibles; être de bonne foi, c'est-à-dire avoir des motifs suffisants pour croire à l'exactitude des faits et des risques dénoncés et avoir eu personnellement connaissance des faits dénoncés.

Le lanceur d'alerte sera protégé au titre d'une réglementation spéciale. Ainsi ne pourra-t-il être écarté, dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail, d'une période de formation professionnelle, ni faire l'objet d'une sanction et plus généralement de toute mesure qui lui serait défavorable au seul motif qu'il a dénoncé des faits dont il avait raison de croire qu'ils étaient répréhensibles. De plus, la confidentialité de son identité lui sera garantie.

Malgré toutes les protections mises en œuvre pour le salarié, des acteurs externes tel que l'inspecteur du travail ainsi que des personnes morales (ONG, associations, organisations syndicales, etc) paraissent plus à même de supporter les conséquences d'une telle procédure. Prendre le risque de dénoncer des pratiques scandaleuses paraît plus adapté aux moyens et aux prérogatives de ces derniers. Pourquoi les avoir exclus du rôle de lanceurs d'alerte?

De plus, ne faut-il pas s'attacher à ce que nos lois actuelles se précisent et s'harmonisent déjà entre elles avant d'affirmer qu'elles seront une aide à l'harmonisation entre les droits des pays européens ?

LAHMIDANI Lilas

Vers un assouplissement des règles encadrant le congé sabbatique.

La Loi Travail vient à nouveau insérer dans le Code du Travail la règle selon laquelle sans réponse de l'employeur sous un délai de 30 jours, le congé sabbatique est réputé accordé au salarié ;

« L'employeur informe le salarié soit de son accord sur la date de départ choisie par l'intéressé, soit du report de cette date, soit de son refus. L'accord de l'employeur est réputé acquis à défaut de réponse dans un délai de trente jours à compter de la présentation de la demande. » (Code du travail art. L. 3142-30 ; Ordonnance 2017-1718 du 20 décembre 2017, JO du 21).

L'arrêt du 14 décembre 2017, applique strictement la règle qui dispose qu'en l'absence de réponse de l'employeur le congé sabbatique est accordé au salarié.

Outre cette disposition, la Haute Juridiction assouplie les contours de la règle de procédure encadrant ledit congé.

En effet, elle considère que même si le salarié n'a pas fait la demande dans le délai qui lui est imparti par la loi, celui-ci est accordé.

Cette règle de procédure n'est donc pas un élément substantiel dans l'acceptation ou non du congé sabbatique par l'employeur.

En ce sens le présent article sera scindé en deux parties, à savoir en premier lieu le régime de l'acceptation de la demande du congé sabbatique et en second lieu les règles encadrantes ledit congé.

« Mais attendu qu'ayant relevé que le salarié avait sollicité un congé sabbatique de six mois le 8 août 2012, pour un départ le 15 septembre 2012, sans respecter le délai de trois mois fixé par les textes réglementaires, et retenu qu'à défaut de réponse de l'employeur dans le délai de 30 jours à compter de la présentation de la demande, son accord était réputé acquis, (...) ».

Dans l'arrêt susmentionné rendu par la Chambre Sociale de la Cour de cassation, les juges ont relevé qu'à défaut d'une réponse de l'employeur dans le délai de 30 jours à compter de la présentation de la demande, le congé sabbatique était in fine accordé au salarié.

Ainsi, la Haute Juridiction considérant qu'en cas de silence de l'employeur, l'accord était réputé acquis s'alignant avec les dispositions de la Loi Travail.

« (...) le fait que le salarié l'ait informé tardivement de la date de son départ ne pouvant le dispenser de lui répondre dans les conditions prévues par l'article D. 3142-53 du code du travail, la cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur ne pouvait considérer que le salarié avait commis une faute en ne reprenant pas son emploi alors qu'il avait été informé de la date de fin du congé sabbatique prévue le 15 mars 2013 et que le licenciement était en conséquence dépourvu de cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé ; (...) ».

Outre le fait que la Cour de cassation respecte la disposition de la loi Travail concernant l'acceptation du congé sabbatique par l'employeur, le présent arrêt ne rend pas obligatoire le respect par le salarié du délai de trois mois au cours duquel il doit informer l'employeur de son intention. Ainsi, l'absence d'information au cours dudit délai ne justifie pas un licenciement reposant sur une cause réelle et sérieuse.

Par conséquent, d'un point de vue jurisprudentiel, l'employeur ne pouvait considérer que le salarié avait commis une faute en ne réintégrant pas son poste puisqu'il l'avait informé de la date de fin de son congé sabbatique. C'est alors uniquement à cette date que l'employeur aurait pu considérer qu'il y avait faute.

Même si cet arrêt applique la règle de droit réintroduite par la loi Travail qui dispose que le congé sabbatique est réputé acquis sans réponse de l'employeur dans un délai de 30 jours, les juges de la Chambre Sociale de la Cour de cassation vont plus loin en assouplissant la règle de procédure du délai de sollicitation du congé sabbatique par le salarié.

En effet, ladite période n'est plus un élément substantiel encadrant le congé sabbatique puisque le non-respect de la procédure ne peut donner lieu à un licenciement pour faute dans la mesure où le salarié revient à la date de fin de son congé.

PAISLEY Barbara

Transfert des contrats de travail par voie conventionnelle: nouvelle appréciation du principe d'égalité de traitement

«A travail égal, salaire égal». Ce principe est affirmé depuis la jurisprudence Ponsolle (Cass. soc., 29 octobre 1996, n° 92-42.291), fondée sur les articles L.133-5, 4 et L.136-2, 8° du Code du travail [L.2261-22 et L.2271-1 nouveau]. Cette règle impose à l'employeur d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou de l'autre sexe, lorsqu'ils sont placés dans une situation identique. Mais depuis, la Cour de cassation semble multiplier les décisions affinant les conditions dans lesquelles l'employeur pouvait valablement justifier que des salariés exerçant un même travail dans l'entreprise ne soient pas rémunérés de la même manière.

L'une des ordonnances Macron (n°2017-1387, 22 septembre 2017) a réécrit l'article L.1224-3-2 du Code du travail, qui avait été créée par la loi Travail du 8 août 2016. Le-dit article prévoit que « lorsqu'un accord de branche étendu prévoit et organise la poursuite des contrats de travail en cas de succession d'entreprises dans l'exécution d'un marché, les salariés du nouveau prestataire ne peuvent invoquer utilement les différences de rémunération résultant d'avantages obtenus, avant le changement de prestataire, par les salariés dont les contrats de travail ont été poursuivis ».

La Cour de cassation est récemment revenue sur sa position en matière d'égalité de traitement dans les cas de transferts des contrats de travail par voie conventionnelle. Effectivement, elle considérait que lorsque le maintien des contrats des salariés transférés était prévu par un accord de branche, les inégalités de traitement entre salariés effectuant un même travail n'étaient pas justifiées (Cass. Soc. 15 janvier 2014, n°12-25.402). Désormais, la Chambre sociale estime que la différence de traitement entre les salariés transférés - dont le transfert est organisé par une convention collective - et les salariés de l'entreprise d'accueil, est justifiée au regard du principe d'égalité de traitement. Cette différence de traitement «n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle» (Cass. Soc. 30 octobre 2017, n°16-20532 à 16-20549). La Haute juridiction explique que «l'évolution générale de la législation du travail en matière de négociation collective et de la jurisprudence en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement à l'égard des accords collectifs [qui] condui[sen]t à apprécier différemment la portée de ce principe à propos du transfert des contrats de travail organisé par voie conventionnelle».

La Cour de cassation a rendu un arrêt le 7 décembre 2017 (n°16-15109), confirmé par un arrêt du même jour (n°16-15110). En l'espèce, des kinésithérapeutes ont invoqué une différence de traitement en terme de rémunération. En effet, la différence de rémunération avec certains de leurs collègues leur semblaient injustifiée en ce que leurs compétences étaient identiques. Un

accord d'entreprise, adopté postérieurement à des contrats, prévoyait une grille de salaires inférieure. Les salariés engagés antérieurement à l'entrée en vigueur de l'accord percevaient une rémunération supérieure à ceux engagés postérieurement. Dans cet arrêt, la Chambre sociale rappelle que «sauf disposition légale contraire, seules les dispositions plus favorables qu'un accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat». De ce fait, le maintien de stipulations plus favorables des contrats de travail des salariés engagés postérieurement à l'accord constitue un élément objectif et propre à justifier une différence de traitement. Une différence de traitement découlant d'une clause du contrat de travail conclue antérieurement à un accord collectif est donc justifiée.

En matière de rémunération, les différences de traitement se trouvent souvent justifiées par la Cour de cassation. Au-delà des inégalités de rémunération entre hommes et femmes, des salariés de l'un ou de l'autre sexe peuvent se voir rémunérés moins qu'un salarié pourtant placé dans la même situation. L'application du principe «à travail égal, salaire égal» est donc plus complexe qu'il n'y paraît.

Néanmoins, l'une des ordonnances Macron a institué un nouvel «accord de compétitivité» (article L. 2254-2 modifié du Code du travail), afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, ou en vue de préserver ou de développer l'emploi. A cet effet, l'accord peut donc aménager la rémunération, dans le respect bien évidemment du SMIC et des minimas conventionnels. De plus, il est prévu que l'accord se substitue de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. Le salarié est toutefois libre de refuser la modification que cela engendre sur son contrat de travail. Cela constitue tout de même un moyen pour l'employeur d'uniformiser les salaires et donc de lutter contre les inégalités de traitement, et, plus particulièrement, les inégalités de rémunération. L'uniformisation des salaires a également pour conséquence positive de préserver un climat social apaisé.

Marie LOMBARD

Les conventions de forfait-jours : une pratique à risques pour le salarié mais aussi l'employeur

Selon une étude de la Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques (DARES) de juillet 2017, les conventions de forfait-jours concernent un cadre sur deux. En dépit de son expansion, ce mode de calcul du temps de travail présente un risque pour la santé et la sécurité du salarié.

En effet, ce dispositif permet de décompter le temps de travail du salarié en journée ou demi-journée de travail. Le salarié n'est ni soumis aux dispositions relatives aux durées du temps de travail (article L.3121-62 du Code du travail), ni à la durée quotidienne maximale de travail (soit de 10 heures), ni à la durée légale hebdomadaire (soit de 35 heures), ni aux durées hebdomadaires maximales de travail (48 heures au cours d'une même semaine dans la limite de 44 heures sur une période quelconque de 12 semaines consécutives). Néanmoins, ils bénéficient des repos quotidiens soit de 11 heures consécutives (article L. 3131-1 du Code du travail) et hebdomadaires soit de 35 heures consécutives (article L. 3132-2 du Code du travail) ainsi que des jours fériés et des congés payés (Cass. Soc., 3 juin 2015, n° 13-25.542).

De par ces dispositions légales, les salariés soumis aux conventions de forfait jours peuvent réaliser des durées de travail que l'on pourrait qualifier d'excessives. En effet, selon une étude de la DARES, les salariés soumis à ce dispositif travaillent en moyenne 44,6 heures par semaine. Cela peut présenter un risque pour la santé et la sécurité des travailleurs d'autant plus que l'Institut National de Recherche et de Sécurité identifie le temps de travail comme un facteur de risques psycho-sociaux de nature à compromettre la santé et la sécurité des salariés.

Par ailleurs le 23 juin 2010, le Comité Européen des Droits Sociaux déclarait que la forfaitisation de la durée du temps de travail n'était pas conforme à la Charte sociale européenne et faisait courir un risque pour la santé des salariés (CEDS, 23 juin 2010, n° 55/2009).

Conscients de ce risque, les juges (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107) puis le législateur (loi du 8 août 2016 n°2016-1088) ont subordonné ce mécanisme à un suivi régulier de la charge de travail du salarié.

L'article L3121-60 du Code du travail oblige l'employeur à assurer un suivi régulier de la charge de travail du salarié. Ainsi, il doit vérifier qu'elle est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail. Les modalités de ce suivi peuvent être établies par l'accord collectif mettant en place la convention de forfait. Aussi, depuis la loi du 8 août 2016, l'employeur peut pallier à l'absence de dispositions collectives en ce sens.

Etant difficile à appréhender, la charge de travail, est alors rapprochée au temps de travail. Un système auto-déclaratif, renseigné par les salariés, est généralement le plus usité afin de quantifier ce temps. Toutefois, la jurisprudence considère que cet outil de suivi n'est pas suffisant pour assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié concerné.

Récemment, un arrêt en date du 5 octobre (Cass. Soc., 5 oct. 2017, n° 16-23.106) invalide l'accord collectif prévoyant : « que chacun des salariés doit saisir son temps de travail ; qu'un état récapitulatif du temps travaillé par salarié est établi chaque mois pour le mois M-2 et remis à la hiérarchie ; qu'une présentation est faite chaque année au comité de suivi de l'accord ». Selon les juges ces dispositions ne sont pas suffisantes. Elles ne garantissent pas aux salariés la mise en œuvre de mesures correctives afin d'assurer une amplitude et une charge de travail raisonnables.

Le forfait-jour attire les entreprises par sa souplesse. Elle permet à l'employeur de simplifier la gestion du temps de travail du salarié. La rémunération n'est alors plus la contrepartie d'un temps de présence mais celle d'un résultat attendu. Quant au salarié, il lui permet de s'organiser de façon autonome. Ce dispositif doit pourtant s'accompagner d'un suivi strict, encadrant et réactif afin que la responsabilité de l'employeur en terme de santé et de sécurité au travail ne soit pas engagée. Comme nous l'avons démontré, la jurisprudence se montre intransigeante en la matière.

LORIDAN Noémie