

1^{er} au 15 septembre 2017

Textes	
Réforme du code du travail par ordonnances : la loi d'habilitation validée par les Sages	<i>Cons. Const., 7 septembre 2017 : n° 2017-751 DC</i>
Publication du protocole relatif à la convention n° 29 de l'OIT sur le travail forcé	<i>Décret n° 2017-1330 du 11 septembre 2017 portant publication du protocole relatif à la convention n° 29 de l'Organisation internationale du travail sur le travail forcé, 1930, adopté à Genève le 11 juin 2014</i>
Provocations, diffamations, injures racistes ou discriminatoires : des sanctions plus lourdes	<i>Décret n° 2017-1230 du 3 août 2017 relatif aux provocations, diffamations et injures non publiques présentant un caractère raciste ou discriminatoire</i>
La fraction insaisissable du salaire est portée à 545,48 € au 1^{er} septembre	<i>Décret n° 2017-739 du 4 mai 2017 portant revalorisation du montant forfaitaire du revenu de solidarité active</i>
Projet Loi travail II	
La fixation du barème des indemnités prud'homales en cas de licenciement abusif	
Jurisprudence	
La perte injustifiée de son emploi cause nécessairement un préjudice au salarié	<i>Cass. Soc., 13 septembre 2013 : n° 16-13.578</i>
Même autorisé par l'administration, le licenciement d'un salarié protégé peut être jugé abusif	<i>Cass. Soc., 5 juillet 2017 : n° 15-21.389</i>
Surveillance des communications en ligne des salariés par l'employeur	<i>CEDH, 5 septembre 2017 : n° 61496/08, B. c/ Roumanie</i>
Pas de résiliation judiciaire du contrat lorsque l'employeur réagit avec diligence et efficacité	<i>Cass. Soc., 21 juin 2017 : n° 15-24.272 FD</i>



Textes



Réforme du code du travail par ordonnances : la loi d'habilitation validée par les Sages

Cons. Const., 7 septembre 2017 : n° 2017-751 DC

Le Conseil constitutionnel vient de valider l'ensemble de la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social. La promulgation et la publication de la loi au JO vont donc pouvoir intervenir dans les tous prochains jours.

Dans sa décision du 7 septembre 2017, le Conseil constitutionnel rejette l'ensemble des critiques formulées, dans le recours qui lui avait été adressé le 9 août dernier, à l'encontre de la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Pas d'atteinte aux exigences constitutionnelles au cours des débats parlementaires

S'agissant de la procédure législative, le Conseil constitutionnel juge que les exigences constitutionnelles de clarté et de sincérité des débats parlementaires ont été respectées. Ni les délais d'examen de la loi dans le cadre de la procédure accélérée régulièrement engagée par le Gouvernement conformément à l'article 45 de la Constitution, ni les conditions concrètes du déroulement des travaux au Parlement n'ont méconnu ces exigences.

Les dispositions de la loi d'habilitation sont conformes à la Constitution

Concernant les dispositions d'habilitation, les Sages retiennent que la loi d'habilitation est suffisamment précise et que ses dispositions ne sont pas contraires aux règles et principes de valeur constitutionnelle.

Soulignons toutefois qu'ils n'ont soulevé d'office aucune question de conformité à la Constitution et qu'il ne se sont donc pas prononcés sur la constitutionnalité des autres dispositions que celles faisant l'objet de la saisine.

Plus particulièrement, on retiendra la validation du principe de la mise en place d'un référentiel obligatoire pour l'indemnisation du préjudice résultant d'un licenciement sans cause réelle.

A noter : Reste à savoir si le barème lui-même, tel que prévu par les ordonnances, sera également validé. Rappelons en effet que le Conseil constitutionnel a déjà jugé, à propos de la loi Macron du 6 août 2015, que la modulation d'un tel barème en fonction du critère de l'effectif de l'entreprise portait atteinte au principe d'égalité devant la loi, car ce critère ne présente pas de lien avec l'étendue du préjudice subi par le salarié (Cons. Const., 5 août 2015 : n° 2015-715 DC : FRS 17/15 inf. 16 n° 5 s.).

De même, le Conseil constitutionnel juge conformes à la Constitution les dispositions légales autorisant le Gouvernement à prendre des mesures afin d'harmoniser et de simplifier le régime de la rupture du contrat de travail en cas de refus par le salarié des modifications de ce contrat résultant des accords « de compétitivité ». Pour lui, en effet, ces dispositions ne méconnaissent, ni par elles-mêmes ni par les conséquences en découlant nécessairement, le principe d'égalité devant la loi, le droit à l'emploi ou l'article 38 de la Constitution.

Enfin, on retiendra la validation de l'article 2 de la loi habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnances toute mesure permettant la fusion de plusieurs instances représentatives du personnel, à limiter le nombre maximal de mandats électifs successifs au sein de la nouvelle instance créée et à déterminer les compétences de cette instance en matière de négociation collective. Il considère, d'une

part, que les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance ainsi que leur domaine d'intervention y sont suffisamment précisées, d'autre part, que la limitation du nombre maximal de mandats électifs successifs des membres de la nouvelle instance représentative du personnel ne sont, ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à la liberté syndicale et au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail.

Le Conseil constitutionnel formule quelques mises en garde

Le Conseil constitutionnel rappelle, dans le communiqué de presse accompagnant sa décision, qu'il pourra être ultérieurement saisi des dispositions législatives prises pour ratifier les ordonnances.

Il souligne en effet dans sa décision que la ratification obéit aux mêmes règles et principes de valeur constitutionnelle que la loi d'habilitation elle-même.

A noter : la loi d'habilitation prévoit le dépôt au Parlement des projets de lois de ratification (une pour chaque ordonnance) dans les 3 mois de sa publication.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel pourra, rappelle-t-il dans son communiqué de presse, être saisi dans le cadre qu'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), des dispositions ratifiées des ordonnances.

Les prochaines étapes

La loi d'habilitation va pouvoir être promulguée et publiée au Journal officiel dans les tout prochains jours, ce qui fera courir le délai de dépôt au Parlement des projets de loi de ratification (voir ci-dessus).

En parallèle, les projets d'ordonnances vont être soumis à diverses instances consultatives et devraient pouvoir comme prévu être adoptés au Conseil des ministres du 20 septembre



Publication du protocole relatif à la convention n° 29 de l'OIT sur le travail forcé

Décret n° 2017-1330 du 11 septembre 2017 portant publication du protocole relatif à la convention n° 29 de l'Organisation internationale du travail sur le travail forcé, 1930, adopté à Genève le 11 juin 2014

Le travail forcé est défini dans la convention (n° 29) de l'Organisation internationale du Travail (OIT), qui est l'une des conventions de l'OIT les plus ratifiées, comme tout travail effectué contre son gré et sous la contrainte.

Il peut être imposé dans tous les secteurs, y compris dans l'économie informelle. De nombreuses victimes, en particulier des femmes et des filles, sont soumises à l'exploitation sexuelle à des fins commerciales.

Le travail forcé existe également dans des secteurs tels que l'agriculture, la pêche, le travail domestique, le bâtiment, le secteur manufacturier et l'exploitation des mines. Il s'agit notamment d'hommes, de femmes et d'enfants asservis pour dettes, victimes de traite ou de pratiques analogues à l'esclavage.

En 2014, à la Conférence internationale du Travail (CIT), les gouvernements, les employeurs et les travailleurs ont décidé de donner un nouvel élan à la lutte mondiale contre le travail forcé, y compris la traite des personnes et les pratiques analogues à l'esclavage.

Ils ont adopté à une écrasante majorité un protocole et une recommandation venant compléter la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, et les instruments internationaux existants en donnant des orientations spécifiques sur les mesures efficaces à prendre pour éliminer toutes les formes de travail forcé.

Le protocole relatif à la convention sur le travail forcé, 1930, est un nouvel instrument juridiquement contraignant qui impose aux États de prendre des mesures de prévention, de protection, de recours et de réparation en donnant effet à l'obligation contenue dans la convention de supprimer le travail forcé. Comme le protocole complète la convention (n° 29) sur le travail forcé, seuls les États membres de l'OIT qui ont ratifié la convention peuvent le ratifier. La convention reste ouverte à ratification.

La convention n° 29 prévoit l'obligation fondamentale de supprimer toutes les formes de travail forcé, ce qui signifie que les États doivent non seulement incriminer le travail forcé et poursuivre les auteurs de ces actes mais également, comme énoncé clairement dans le protocole, prendre des mesures efficaces pour prévenir le travail forcé, ainsi que protéger les victimes et leur donner accès à des mécanismes de recours et de réparation, notamment l'indemnisation.

Un protocole, à l'instar d'une convention, doit être ratifié par un pays pour entrer en vigueur. En ratifiant le protocole, un gouvernement :

- accepte son caractère juridiquement contraignant ;
- s'engage officiellement à s'acquitter des obligations qu'il contient ;
- accepte le système de contrôle de l'OIT, au sein duquel les partenaires sociaux peuvent intervenir.

Le protocole est entré en vigueur après l'enregistrement de la 2^{ème} ratification. Par la suite, le protocole entre en vigueur pour chaque membre 12 mois après la date de l'enregistrement de sa ratification.



Provocations, diffamations, injures racistes ou discriminatoires : des sanctions plus lourdes

Décret n° 2017-1230 du 3 août 2017 relatif aux provocations, diffamations et injures non publiques présentant un caractère raciste ou discriminatoire

La répression des contraventions de provocation, diffamation et injure à caractère raciste, sexiste, homophobe ou handiphobe pouvant se produire dans des lieux non publics, et notamment dans les entreprises, est renforcée.

Le décret 2017-1230 du 3 août 2017 améliore la lutte contre les manifestations de racisme, de sexisme et d'homophobie pouvant se produire dans des lieux non publics, comme au sein des entreprises.

Il renforce à cette fin la répression des contraventions de provocation, diffamation et injure non publiques à caractère raciste, sexiste, homophobe ou handiphobe, dans des conditions similaires à ce qui a été prévu dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse par la loi 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et la citoyenneté pour les délits de provocations, diffamations et injures racistes ou discriminatoires commises de façon publique.

Ainsi, le décret prévoit que ces diffamations et injures non publiques constituent, comme les provocations, des contraventions de la 5^{ème} classe, punies d'une amende maximale de 1500 euros, ou 3000 euros en cas de récidive, et non plus des contraventions de la 4^{ème} classe punies d'amendes inférieures de moitié.

Il élargit ces infractions aux cas où elles sont commises en raison de l'identité de genre de la victime, afin de mieux lutter contre la transphobie, et il substitue à la notion de race celle de *prétendue race* comme cela a été fait dans les dispositions législatives du code pénal par la loi du 27 janvier 2017 (article R 625-8 modifié et R 625-8-1 nouveau du code pénal).

Il ajoute pour ces infractions la peine complémentaire de stage de citoyenneté qui s'ajoute ainsi aux peines complémentaires suivantes pouvant être prononcées (article R 625-8-2 nouveau du code pénal) :

- interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de 3 ans au plus, une arme soumise à autorisation ;
- confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ;
- confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;
- travail d'intérêt général pour une durée de 20 à 120 heures).

Ces nouvelles dispositions s'appliquent aux contraventions commises à compter du 6 août 2017.



La fraction insaisissable du salaire est portée à 545,48 €

Décret n° 2017-739 du 4 mai 2017 portant revalorisation du montant forfaitaire du revenu de solidarité active

Le revenu de solidarité active étant revalorisé au 1^{er} septembre, la fraction absolument insaisissable du salaire l'est en conséquence également.

Le revenu de solidarité active (RSA) est revalorisé de 1,62 % au 1^{er} septembre 2017. Ainsi, le montant du RSA est porté à :

- 545,48 € par mois pour une personne seule sans ressources ;
- 933,95 € par mois pour une personne seule avec 1 enfant ;
- 1 145,51 € par mois pour un couple avec 2 enfants.

En conséquence, à partir de cette date, la fraction de salaire absolument insaisissable, que le salarié doit conserver en toute circonstance, chaque mois, est portée à 545,48 €.

Projet Loi travail II



La fixation du barème des indemnités prud'homales en cas de licenciement abusif

Suite à la présentation du 31 août 2017, par le Premier ministre et la ministre du travail, nous analysons la fixation d'un barème d'indemnités prud'homales en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Selon la législation actuelle, les indemnités versées, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, varient selon la taille et l'ancienneté du salarié dans l'entreprise.

Concrètement, nous avons la situation suivante :

Situations	Conséquences
Le salarié a moins de 2 ans d'ancienneté et/ou se situe dans une entreprise de moins de 11 salariés.	Dans ce cas, les juges sont dans l'impossibilité de proposer la réintégration du salarié licencié dans l'entreprise (article L 1235-5 du code du travail) ; Le salarié peut obtenir le paiement d'une indemnité dont le montant est fixé souverainement par le juge, il n'existe pas de valeur minimale ou maximale ; En tout état de cause, le salarié ne peut prétendre au paiement d'une indemnité, dont la valeur minimale correspondrait à 6 mois de salaires (Cour de cassation du 26/09/2006, pourvoi 05-43841).
Le salarié justifie d'une ancienneté d'au moins 2 ans et l'entreprise compte 11 salariés et plus.	Dans ce cas, le Code du travail prévoit la possibilité pour le salarié de réintégrer l'entreprise qui vient de le licencier (article L 1235-3 du code du travail) ; Cette réintégration est totalement facultative, laissant ainsi la possibilité pour l'employeur ou le salarié de la refuser (Cour de cassation du 14 avril 2010 pourvoi 08-45247) ; Lorsque la réintégration n'a pas lieu, le salarié peut prétendre alors au paiement d'une indemnité dont la valeur minimale est fixée 6 mois de salaires (article L 1235-3 du code du travail).

Références

- Ordonnance n°3 « relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail » ;
- Articles 3 et 43.

Entreprises de 11 salariés et plus

Selon l'article du projet d'ordonnance, en cas de licenciement abusif, le juge pourrait accorder au salarié des dommages et intérêts, dont les valeurs devraient respecter des montants « planchers » et « plafonds », variables selon l'ancienneté du salarié comme l'indique le tableau suivant :

Barème indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse		
Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	1
1	1	2
2	3	3
3	3	4

4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

Entreprises de moins de 11 salariés

De façon dérogatoire, un barème s'applique aux licenciements sans cause réelle et sérieuse dans une entreprise comptant un effectif inférieur à 11 salariés.

2 remarques sont à faire sur ce barème :

- Seule une valeur minimale (ou plancher) est déterminée, aucune valeur maximale (valeur plafond) n'est déterminée ;
- Le barème s'arrête à une ancienneté dans l'entreprise de 10 années complètes, il semblerait que le barème des entreprises de 11 salariés et plus s'appliquerait alors au-delà, mais une précision de l'administration sera attendue à ce sujet.

Barème indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse	
Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet
1	0,5
2	0,5
3	1
4	1
5	1,5
6	1,5
7	2
8	2
9	2,5
10	2,5

Application des barèmes	Les 2 barèmes s'imposeraient en cas de	Licenciement sans cause réelle et sérieuse
		Résiliation judiciaire aux torts de l'employeur
		Prise d'acte de rupture du contrat de travail pour des griefs fondés
Non-application des barèmes	Ces barèmes ne concerneraient pas	Les indemnités versées dans le cas d'irrégularités en matière de licenciement économique
		En cas de licenciement nul et d'absence de réintégration du salarié (l'indemnité minimale ne peut être inférieure aux salaires des 6 derniers mois)
Les cas permettant de prononcer la nullité du licenciement sont notamment les suivants	Violation d'une liberté fondamentale	
	Licenciement d'une victime ou d'un témoin de faits de harcèlement moral ou sexuel	
	Licenciement discriminatoire ou consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes	
	Violation du statut protecteur au titre de l'exercice d'un mandat (salarié protégé)	
	Violation de la protection accordée aux lanceurs d'alerte	
Modulation possible des dommages et intérêts	Non respect du régime de protection lié au congé maternité, accident du travail ou maladie professionnelle	
	Le juge pourrait, pour déterminer la valeur des indemnités versées au salarié, tenir compte des indemnités de licenciement attribuées au salarié	
	En d'autres termes, le juge serait en capacité de diminuer le montant de l'indemnité prud'homale si par cas le salarié avait perçu une indemnité de licenciement <i>élevée</i>	

Jurisprudence

La perte injustifiée de son emploi cause nécessairement un préjudice au salarié

Cass. Soc., 13 septembre 2013 : n° 16-13.578 PBRI

Recruté dans le cadre d'un contrat d'été, du 1^{er} juillet au 31 août, et ne s'étant pas vu remettre de contrat écrit, un salarié demande au conseil de prud'hommes :

- la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée,
- des dommages-intérêts pour irrégularité de la procédure de licenciement,
- des dommages-intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail.

La cour d'appel fait droit à sa première demande, mais le déboute des deux autres. Certes, du fait des circonstances, CDD requalifié en CDI, la procédure de licenciement n'a pas été respectée et, faute de lettre de licenciement, celui-ci est sans cause réelle et sérieuse. Toutefois, le salarié ne justifie d'aucun préjudice ni du fait de la méconnaissance de la procédure du licenciement, ni du fait de l'absence de cause réelle et sérieuse de la rupture.

La chambre sociale de la Cour de cassation approuve l'arrêt de la cour d'appel s'agissant de l'irrégularité de procédure, mais le censure sur la rupture abusive.

Une irrégularité de procédure n'entraîne pas nécessairement de préjudice pour le salarié...

Le salarié faisait valoir que toute irrégularité de la procédure de licenciement entraîne un préjudice que l'employeur doit réparer et qu'il appartient au juge d'évaluer.

Son pourvoi est rejeté. Pour la Cour de cassation, le principe est clair : l'existence d'un préjudice, d'abord, et l'évaluation de celui-ci, ensuite, relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Or, en l'espèce, la cour d'appel avait estimé que l'intéressé ne justifiait d'aucun préjudice.

La chambre sociale confirme une fois encore son abandon de la notion de préjudice nécessaire et sa volonté de revenir à une application plus stricte et plus rigoureuse des principes de la responsabilité civile (pour la première fois : Cass. Soc., 13 avril 2016 : n° 14-28.293 FS-PBR). Elle a, en particulier, abandonné cette notion en cas :

- de défaut de mention de la convention collective applicable sur les bulletins de paie (Cass. Soc., 17 mai 2016 : n° 14-21.872 F-D),
- de stipulation d'une clause de non-concurrence illicite (Cass. Soc., 25 mai 2016 : n° 14-20.578 F-PB),
- d'inobservation des règles de forme du licenciement (Cass. Soc., 30 juin 2016 : n° 15-16.066 F-D : RJS 10/16 n° 622).

En pratique, il appartient désormais d'une part au salarié de préciser au juge en quoi le non-respect de la procédure de licenciement lui a causé un préjudice, d'autre part aux juges du fond d'apprécier souverainement l'existence du préjudice allégué, et, le cas échéant, de l'évaluer.

Pour rejeter la demande de dommages-intérêts du salarié pour rupture abusive de son contrat de travail, la cour d'appel avait retenu :

- qu'il avait toujours su qu'il était embauché pour l'été,
- qu'il ne contestait pas que son contrat était allé au terme convenu,
- qu'il ne justifiait d'aucun préjudice.

A tort pour la Cour de cassation. Pour elle, il résulte de l'article L 1235-5 du code du travail que la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue.

Ainsi que cela était attendu, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation sur l'abandon de la notion de préjudice nécessaire n'a pas une portée illimitée et supporte des exceptions.

S'agissant du licenciement sans cause réelle et sérieuse, la Cour considère sans doute que, dès lors que le législateur a expressément prévu une indemnisation dont les modalités diffèrent selon l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise, c'est que la perte injustifiée de l'emploi cause à celui-ci nécessairement un préjudice dont les juges du fond doivent, lorsque le salarié a moins de 2 ans d'ancienneté ou que l'entreprise a moins de 11 salariés, apprécier l'étendue.

Remarque : une fois l'ordonnance n° 3 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail entrée en vigueur, la liberté d'appréciation du juge sera limitée : en l'espèce, par exemple, en application du barème prévu par le projet d'ordonnance, le juge n'aurait pu attribuer au salarié qu'1 mois de salaire au maximum.



A savoir : dans une même décision, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence selon laquelle la méconnaissance par l'employeur d'une règle de droit ne cause pas nécessairement un préjudice au salarié, mais refuse de l'appliquer au licenciement sans cause réelle et sérieuse

Même autorisé par l'administration, le licenciement d'un salarié protégé peut être jugé abusif

Cass. Soc., 5 juillet 2017 : n° 15-21.389 F-D, Sté de distribution alimentaire c/ G.

Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation que lorsque le licenciement d'un salarié protégé est intervenu après autorisation de l'inspecteur du travail, la lettre de licenciement est suffisamment motivée si elle fait référence, soit à cette autorisation, soit au motif du licenciement pour lequel elle a été demandée.

Si la lettre est insuffisamment motivée, le salarié peut contester la validité de la rupture devant le juge prud'homal. Il ne peut pas obtenir la nullité du licenciement pour violation du statut protecteur, car celui-ci été autorisé par l'inspecteur du travail. Mais il est fondé à se prévaloir de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, et à obtenir une indemnisation à ce titre.

C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans l'arrêt du 5 juillet 2017. Le salarié avait été licencié pour faute lourde en raison d'importants détournements de fonds commis au préjudice de l'employeur. Mais la lettre de licenciement se contentait de faire référence à *un agissement constitutif d'une faute lourde mettant en cause la bonne marche de l'entreprise*. L'insuffisance de motivation équivalant à une absence de motivation, les juges n'ont pas eu d'autre choix que de condamner l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.



A savoir : le licenciement d'un salarié protégé est dépourvu de cause réelle et sérieuse si la lettre de notification de la rupture ne fait ni référence à l'autorisation délivrée par l'inspecteur du travail, ni mention du motif justifiant le licenciement

Surveillance des communications en ligne des salariés par l'employeur

CEDH, 5 septembre 2017 : n° 61496/08, B. c/ Roumanie

Saisie pour la deuxième fois d'un litige de droit roumain opposant un salarié licencié pour avoir utilisé à des fins personnelles un compte de messagerie dédié au service clientèle de son employeur, la CEDH, réunie cette fois en Grande chambre, sa formation solennelle, précise les conditions du nécessaire équilibre, en matière de contrôle des communications électroniques des salariés, entre le droit légitime de l'employeur à opérer un tel contrôle et celui des salariés au respect de leur vie privée et du secret de leurs correspondances garantis par l'article 8 de la convention EDH.

En l'espèce, un salarié roumain avait été licencié pour avoir utilisé, à des fins personnelles, un compte de messagerie instantanée ouvert à son nom à la demande de l'employeur pour échanger avec les clients de l'entreprise. Or, le règlement intérieur de celle-ci interdisait toute utilisation d'internet ou des outils professionnels à des fins personnelles. Convoqué pour donner des explications sur son utilisation de cette messagerie, l'intéressé avait prétendu dans un premier temps qu'il s'agissait de communications professionnelles. Mais l'employeur avait pu le contrecarrer en présentant 45 pages d'enregistrements, effectués en temps réel, des communications échangées par l'intéressé avec son frère et sa fiancée, dont certaines avaient un caractère intime. Le salarié s'était alors plaint d'une violation du secret de ses correspondances et d'une atteinte à sa vie privée.

Concernant le respect de l'effectivité du droit à la vie privée et au secret des correspondances, la Cour énonce dans son nouvel arrêt du 5 septembre 2017 un certain nombre de préceptes et délivre une feuille de route à destination des juridictions nationales chargées d'opérer une mise en balance entre ces droits et celui pour l'employeur de contrôler le salarié en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise.

Les juges nationaux doivent ainsi s'assurer que la mise en place par un employeur de mesures de surveillance de la correspondance et des autres communications des salariés s'accompagne de garanties adaptées et suffisantes contre les abus.

Pour ce faire, ils doivent examiner les facteurs suivants, que la Cour liste sous forme de questions à se poser :

- le salarié a-t-il été préalablement informé de la possibilité d'une surveillance par l'employeur de ses communications et de la mise en place d'une telle surveillance ?
- quelle est l'étendue de la surveillance opérée par l'employeur et le degré d'intrusion dans la vie privée du salarié ? (surveillance du flux ou du contenu des communications, portant sur l'intégralité des communications ou seulement une partie d'entre elles, caractère limité ou non dans le temps, etc) ;
- l'employeur justifiait-il de motifs légitimes autorisant la surveillance des communications du salarié et l'accès à leur contenu ? Etant entendu que plus la surveillance est invasive, plus les justifications avancées doivent être sérieuses ;
- un système de surveillance moins intrusif pouvait-il être adopté ?

En France, la loi prescrit que les moyens de contrôle utilisés par l'employeur ne doivent pas apporter aux droits et libertés des salariés des restrictions disproportionnées et non justifiées par la nature de la tâche à accomplir (article L 1121-1).

Article L 1121-1

Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

De plus, la mise en place d'un dispositif de surveillance des salariés doit faire l'objet, préalablement à sa mise en œuvre, d'une information-consultation du comité d'entreprise (article L 2323-47) et d'une

information des salariés concernés (article L 1222-4), sans compter les obligations résultant de la loi Informatique et libertés (déclaration à la Cnil, information du salarié sur la finalité du dispositif, etc).

Article L 1222-4

Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.

Les exigences de proportionnalité et de transparence posées par la CEDH sont donc déjà prévues par notre droit interne.

Remarque : *selon le projet d'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise, le comité social et économique (CES), nouvelle instance unique de représentation du personnel appelée à remplacer les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT, serait informé et consulté sur les moyens ou techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés dans les mêmes conditions que l'est actuellement le comité d'entreprise en vertu de l'article L 2323-47, al. 3 du code du travail*

Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation a dégagé en la matière une jurisprudence soucieuse du respect de l'équilibre entre le droit de contrôle des salariés, inhérent au pouvoir de direction de l'employeur, et le droit des salariés au respect de l'intimité de leur vie privée (même au temps et au lieu de travail : Cass. Soc., 2 octobre 2001 : n° 99-42.942 FS-PBRI).

De cette jurisprudence, très abondante, il se dégage que l'employeur peut consulter librement les courriels reçus ou transmis par le salarié via la messagerie professionnelle mise à sa disposition pour les besoins de son travail, sauf disposition contraire du règlement intérieur (Cass. Soc., 26 juin 2012 : n° 11-15.310 F-PB) ou sauf si le salarié les a identifiés comme étant personnels (Cass. Soc., 15 décembre 2010 : n° 08-42.486 F-D). Dans ce dernier cas, l'employeur ne peut pas les consulter hors la présence de l'intéressé, même si l'utilisation non professionnelle de la messagerie a été interdite (Cass. Soc., 2 octobre 2001 : n° 99-42.942 FS-PBRI).

Il est vrai que, s'agissant d'un compte de messagerie instantanée, comme dans l'affaire soumise à la CEDH, l'identification du caractère personnel des communications peut toutefois s'avérer techniquement difficile voire impossible sans accès au contenu des communications.

Notons aussi que la Cour de cassation juge que même valablement consultés, les messages du salarié qui revêtent un caractère privé ne peuvent pas être invoqués devant le juge civil, à l'appui d'une sanction disciplinaire notamment (Cass. Soc., 2 février 2011 : n° 09-72.449, n° 09-72.450 et n° 09-72.313).

Conclusion : *l'arrêt de la CEDH du 5 septembre 2017 ne devrait pas en principe entraîner la nécessité d'une évolution majeure de la jurisprudence de la Cour de cassation. Cependant, il pourrait nourrir des débats notamment sur les motifs avancés par l'employeur pour justifier la surveillance des communications de salariés, en fonction de l'ampleur de cette surveillance*



A savoir : *information préalable, justifications, étendue du contrôle : la CEDH liste les conditions auxquelles doit répondre le contrôle par l'employeur des communications électroniques de ses salariés pour être compatible avec le nécessaire respect de leur vie privée*

Pas de résiliation judiciaire du contrat lorsque l'employeur réagit avec diligence et efficacité

Cass. Soc., 21 juin 2017 : n° 15-24.272 FD

Le juge prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail à condition que le ou les manquements reprochés à l'employeur soient suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail. A défaut, il déboute le salarié de sa demande et la relation de travail doit se poursuivre.

Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier la gravité des manquements invoqués.

En l'espèce, les juges du fond ont relevé que l'employeur, une fois informé des courriels à caractère raciste reçus par le salarié, avait réagi avec diligence et efficacité en sanctionnant l'auteur des messages et en lui demandant de présenter des excuses.

Ces faits ne s'étaient pas reproduits par la suite. Ils ont pu en déduire que les manquements reprochés à l'employeur ne présentaient pas un caractère de gravité suffisante pour empêcher la poursuite du contrat de travail.



A savoir : *l'employeur qui, informé des courriels racistes reçus par le salarié, réagit en sanctionnant l'auteur des messages ne commet pas un manquement suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail*