

# 16 au 30 septembre 2018

<b>Textes</b>	
<b>L'apprentissage des apprentis mineurs dans les débits de boissons</b>	<i>Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel</i>
<b>Un seul CDD peut être conclu pour remplacer plusieurs salariés absents</b>	<i>Article 53 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel</i>
<b>Le contrat de travail à durée indéterminée intérimaire est pérennisé</b>	<i>Article 116 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel</i>
<b>Égalité salariale femmes - hommes : le passage à une obligation de résultat</b>	<i>Article 104 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel</i>
<b>De nouvelles obligations pour les employeurs en matière de lutte contre le harcèlement sexuel</b>	<i>Articles 104, II et 105 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel</i>
<b>Les thèmes de la négociation de branche sont aménagés</b>	<i>Articles 33 et 106 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel</i>
<b>Infraction d'outrage sexiste</b>	<i>Article 15 de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes</i>
<b>Jurisprudence</b>	
<b>La rupture discriminatoire d'une période d'essai n'ouvre pas droit à l'indemnité de préavis</b>	<i>Cass. Soc., 12 septembre 2018 : n° 16-26.333 FS-PB, B. c/ Sté Plasma Surgical</i>
<b>Une conversation privée dans un groupe Facebook ne justifie pas un licenciement pour faute grave</b>	<i>Cass. Soc., 12 septembre 2018 : n° 16-11.690 FS-PB, Sté Agence du Palais c/ I.</i>
<b>Clause de non-concurrence en cas de mutation intragroupe</b>	<i>Cass. Soc., 12 septembre 2018 : n° 17-10.853 FS-PB, H. c/ Sté Teissier</i>
<b>Un témoignage anonyme ne suffit pas pour prouver une faute invoquée à l'appui d'un licenciement</b>	<i>Cass. Soc., 4 juillet 2018 : n° 17-18.241 FS-PB, A. c/ Ets SNCF mobilités</i>
<b>Motif de licenciement : covoiturage à but lucratif avec son véhicule de fonction</b>	<i>CA Rennes, 31 août 2018 : n° 16/05660, Sté Vecteur Plus c/ M. C.</i>
<b>Indemnité de licenciement et calcul de l'ancienneté</b>	<i>Cass. Soc., 22 mars 2018 : n° 16-20186</i>



## Textes



### L'apprentissage des apprentis mineurs dans les débits de boissons

Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel

Certaines mesures de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 vont entrer en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2019, sans qu'il soit nécessaire d'attendre la publication de décrets. C'est le cas des contrats d'apprentissage conclus avec des mineurs dans les débits de boissons à consommer sur place.

Par principe, il est interdit d'occuper, y compris dans le cadre de l'apprentissage, des mineurs dans les débits de boissons à consommer sur place.

Cette interdiction peut être levée, dans les débits de boissons agréés, pour les mineurs de plus de 16 ans employés dans le cadre de leur formation professionnelle.

Cette autorisation doit faire l'objet d'un agrément de l'autorité administrative.

La loi assouplit le régime, restreignant désormais le champ d'application de l'interdiction d'employer ou de recevoir en stage des mineurs dans les débits de boisson. À l'article L 4153-6 les mots : *de recevoir en stage des mineurs* sont remplacés par les mots : *d'affecter des mineurs en stage au service du bar*.

En d'autres termes, l'employeur est désormais totalement libre d'employer des mineurs au sein des débits de boissons, hors *service au bar*.

Article L 4153-6	Article L 3336-4 (version à venir au 1 <sup>er</sup> janvier 2019)
Il est interdit d'employer ou de recevoir en stage des mineurs dans les débits de boissons à consommer sur place. Cette interdiction ne s'applique pas au conjoint du débitant et de ses parents et alliés jusqu'au 4 <sup>ème</sup> degré inclusivement.	Il est interdit d'employer <b><i>ou d'affecter des mineurs en stage au service du bar</i></b> dans les débits de boissons à consommer sur place, à l'exception du conjoint du débitant et de ses parents ou alliés jusqu'au 4 <sup>ème</sup> degré inclusivement.
Dans les débits de boissons agréés, cette interdiction ne s'applique pas aux mineurs de plus de 16 ans s'ils bénéficient d'une formation comportant une ou plusieurs périodes accomplies en entreprise leur permettant d'acquérir une qualification professionnelle sanctionnée par un diplôme ou un titre à finalité professionnelle enregistré dans le répertoire national des certifications professionnelles dans les conditions prévues au II de l'article L 335-6 du code de l'éducation.	Dans les débits de boissons ayant fait l'objet d'un agrément, cette interdiction ne s'applique pas aux mineurs de plus de 16 ans bénéficiaires d'une formation comportant une ou plusieurs périodes accomplies en entreprise leur permettant d'acquérir une qualification professionnelle sanctionnée par un diplôme ou un titre à finalité professionnelle obtenu dans les conditions prévues à l'article L 335-5 du code de l'éducation et enregistré conformément à l'article L 6113-5 du code du travail.
L'agrément est accordé, refusé, non renouvelé ou retiré dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État.	



## Un seul CDD peut être conclu pour remplacer plusieurs salariés absents

Article 53 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel

À titre expérimental, il est possible de conclure un seul contrat à durée déterminée (CDD) ou un seul contrat de travail temporaire pour remplacer plusieurs salariés, dans des secteurs définis par décret.

*Autrement dit, la loi autorise la conclusion avec un salarié d'un seul contrat pour le remplacement simultané de plusieurs salariés à temps partiel absents ou pour les remplacements successifs de plusieurs salariés à temps plein ou partiel.*

Cette expérimentation permet de déroger aux articles L 1242-2, 1° et L 1251-6, 1° du code du travail. L'article L 1242-2, 1° dispose en effet qu'un CDD peut être conclu pour remplacer un salarié en cas d'absence. La Cour de cassation juge, par une interprétation littérale de ce texte, qu'un CDD ne peut être conclu que pour le remplacement d'un seul salarié en cas d'absence. En conséquence, lorsqu'un salarié est engagé sous CDD pour remplacer successivement plusieurs salariés, il doit être conclu avec lui autant de contrats écrits qu'il y a de salariés à remplacer, sous peine de requalification (*Cass. Soc., 28 juin 2006 : n° 04-40.455 FS-PB, jurisprudence transposable au travail temporaire au regard de l'article L 1251-6, 1°*). La présente mesure permet d'échapper à ce formalisme.

Il est cependant précisé que l'expérimentation ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Cette expérimentation aura lieu sur la période du 1<sup>er</sup> janvier 2019 au 31 décembre 2020.

**Remarque :** *on peut penser que la dérogation à l'obligation d'établir autant de contrats que de salariés remplacés est ouverte, dans les secteurs concernés, aux contrats conclus durant cette période, y compris s'ils se prolongent au-delà. Elle ne pourra entrer en vigueur que si le décret prévoyant les secteurs concernés est publié.*



## Le contrat de travail à durée indéterminée intérimaire est pérennisé

Article 116 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel

**Principe :** *le contrat de travail à durée indéterminée intérimaire, dont l'expérimentation devait prendre fin le 31 décembre 2018, est inscrit dans le code du travail*

Le contrat de travail à durée indéterminée intérimaire est inscrit dans le code du travail. Les nouvelles dispositions figurent sous les articles L 1251-58-1 à L 1251-58-8 de ce code. Elles sont quasiment identiques à celles de l'article 56 de la loi 2015-994 du 17 août 2015 qui a autorisé les entreprises de travail temporaire à conclure, à titre expérimental, ces contrats.

Une entreprise de travail temporaire peut conclure avec le salarié un contrat à durée indéterminée pour l'exécution de missions successives (*article L 1251-58-1*). Ce contrat de travail est régi par les dispositions

du code du travail relatives au contrat à durée indéterminée, sous réserve de dispositions spécifiques (*article L 1251-58-2*).

Le contrat est établi par écrit et comporte notamment les mentions suivantes (*article L 1251-58-2*) :

- l'identité des parties ;
- le cas échéant, les conditions relatives à la durée du travail, notamment le travail de nuit ;
- les horaires pendant lesquels le salarié doit être joignable pendant les périodes sans exécution de mission ;
- le périmètre de mobilité dans lequel s'effectuent les missions, qui tient compte de la spécificité des emplois et de la nature des tâches à accomplir, dans le respect de la vie personnelle et familiale du salarié ;
- la description des emplois correspondant aux qualifications du salarié ;
- le cas échéant, la durée de la période d'essai ;
- le montant de la rémunération mensuelle minimale garantie ;
- l'obligation de remise au salarié d'une lettre de mission pour chacune des missions qu'il effectue.

Chaque mission donne lieu à (*article L 1251-58-1*) :

- la conclusion d'un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail temporaire et le client utilisateur, dit *entreprise utilisatrice* ;
- l'établissement, par l'entreprise de travail temporaire, d'une lettre de mission.

Les missions effectuées par le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée avec l'entreprise de travail temporaire sont régies par les articles L 1251-5 à L 1251-63 du code du travail relatifs au travail temporaire, sous réserve des adaptations prévues et d'une liste d'articles du code du travail relatifs au travail temporaire *de droit commun* dont l'application est exclue.

Ainsi, ne sont pas applicables les articles suivants du code du travail (*article L 1251-58-4*) :

- L 1251-14 et L 1251-15 relatifs à la période d'essai de la mission ;
- L 1251-19 relatif à l'indemnité compensatrice de congés payés liée à une mission ;
- L 1251-26 à L 1251-28 relatifs à la rupture anticipée de la mission à l'initiative de l'entreprise de travail temporaire ou du travailleur temporaire ;
- L 1251-32 et L 1251-33 relatifs à l'indemnité de fin de mission ;
- L 1251-36 relatif au délai de carence en cas de succession de contrats.

Par dérogation aux dispositions relatives au travail temporaire, la durée totale de la mission du salarié lié par un contrat à durée indéterminée avec l'entreprise de travail temporaire ne peut excéder 36 mois (*article L 1251-58-6*).

Le contrat conclu entre le salarié et l'entreprise de travail temporaire peut prévoir des périodes sans exécution de mission. Ces périodes sont assimilées à du temps de travail effectif pour la détermination des droits à congés payés et pour l'ancienneté (*article L 1251-58-2*).

Le contrat liant l'entreprise de travail temporaire au salarié prévoit le versement d'une rémunération mensuelle minimale garantie au moins égale au produit du montant du Smic par le nombre d'heures correspondant à la durée légale hebdomadaire pour le mois considéré, compte tenu, le cas échéant, des rémunérations des missions versées au cours de cette période (*article L 1251-58-3*).

Il convient de totaliser les périodes durant lesquelles le salarié exécute ou non une mission lorsque ce dernier est lié à l'entreprise de travail temporaire par un contrat à durée indéterminée pour calculer :

- la durée minimale de présence requise pour le bénéfice du congé de formation au profit des salariés de 25 ans et moins (*article L 1251-58-7*) ;
- la durée passée dans l'entreprise exigée pour être électeur ou éligible au comité social et économique (*article L 1251-58-8*).

**Remarque :** *la disposition relative au calcul de la durée minimale de présence pour le bénéfice du congé de formation des moins de 25 ans est sans objet, ce congé étant supprimé par la loi*

Enfin, l'article 68, II de la loi précise que les CDI intérimaires conclus entre le 6 mars 2014 et le 19 août 2015 sur le fondement du chapitre I<sup>er</sup> de l'accord du 10 juillet 2013 sont présumés conformes à l'article 56 de la loi 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, sans préjudice des contrats ayant fait l'objet de décisions de justice passées en force de chose jugée.



### **Égalité salariale femmes – hommes : le passage à une obligation de résultat**

*Article 104 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel*

Les employeurs d'au moins 50 salariés doivent mesurer les écarts de salaires entre les femmes et les hommes et, si besoin, négocier ou établir un plan de rattrapage pour atteindre l'égalité salariale dans les 3 ans.

Bien que l'égalité salariale entre les femmes et les hommes soit consacrée de longue date par le droit, un écart inexplicé de 10 %, à travail égal ou de valeur égale, persiste en France, selon les statistiques du ministère chargé du travail.

En vue de garantir le respect du principe d'égalité de rémunération, la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 impose aux employeurs d'au moins 50 salariés de mesurer les écarts de salaire et d'adopter des mesures de rattrapage nécessaires, selon les nouvelles modalités exposées ci-après.

Celles-ci entreront en vigueur à une date qui sera fixée par le décret nécessaire à leur application. Cette date sera au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2019 pour les entreprises de plus de 250 salariés et au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2020 pour les entreprises de 50 à 250 salariés.

**Remarque :** *la loi dispose que tout employeur doit prendre en compte un objectif de suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes (article L 1142-7 nouveau). Mais elle ne prévoit de mesures contraignantes que pour les entreprises d'au moins 50 salariés*

Ainsi, il est fait obligation aux employeurs d'au moins 50 salariés de publier chaque année des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en œuvre pour les supprimer, selon des modalités et une méthodologie qui seront déterminées par décret (*article L 1142-8 nouveau*).

Le Gouvernement remettra au Parlement le 1<sup>er</sup> janvier 2022 un rapport évaluant l'effectivité de la garantie apportée au respect de l'égalité salariale, sur le fondement des indicateurs prévus à cet article.

Les informations sur la méthodologie et le contenu des indicateurs doivent figurer dans la base de données économiques et sociales mise à disposition des représentants du personnel (*article L 2312-18 modifié*).

Si les résultats de la mesure des écarts de rémunération, obtenus au regard des indicateurs précités, sont en-deçà d'un niveau défini par décret, à paraître, l'employeur est tenu d'inscrire un plan de rattrapage salarial à l'ordre du jour de la négociation collective obligatoire sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes devant avoir lieu au moins une fois tous les 4 ans.

Doivent ainsi être négociés les mesures adéquates et pertinentes de correction et, le cas échéant, la programmation, annuelle ou pluriannuelle, de mesures financières propres à combler les écarts constatés (*article L 1142-9 nouveau*).

En l'absence d'accord collectif prévoyant de telles mesures, celles-ci sont déterminées unilatéralement par l'employeur après consultation du comité social et économique ou du comité d'entreprise.

Cette décision de l'employeur doit être déposée auprès de la DIRECCTE (*article L 1142-9 nouveau*).

Les employeurs concernés disposent de 3 ans pour se mettre en conformité. Si, à l'expiration de ce délai, les résultats obtenus sont toujours en deçà du niveau défini par le décret, ils peuvent se voir appliquer une pénalité financière (*article L 1142-10, al. 1 nouveau*).

Le montant de la pénalité peut atteindre au maximum 1 % de la masse salariale au cours de l'année civile précédant l'expiration du délai de 3 ans. Il est fixé par la DIRECCTE dans des conditions fixées par décret, à paraître. Le produit de cette pénalité est affecté au fonds de solidarité vieillesse (*article L 1142-10, al. 1 et 2, nouveau*).

En fonction des efforts constatés dans l'entreprise en matière d'égalité salariale entre les femmes et les hommes ainsi que des motifs de sa défaillance, un délai supplémentaire d'1 an pourrait toutefois être accordé à l'employeur pour se mettre en conformité (*article L 1142-10, al. 2 nouveau*).



## **De nouvelles obligations pour les employeurs en matière de lutte contre le harcèlement sexuel**

*Articles 104, II et 105 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel*

La loi crée de nouvelles obligations pour les entreprises :

- elle instaure une obligation de désigner des référents en matière de harcèlement sexuel et comportements sexistes,
- elle renforce les obligations d'affichage en la matière,
- nouveau domaine de compétence des commissions paritaires régionales interprofessionnelles (CPRI),
- elle intègre la lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes aux thèmes de la négociation de branche et professionnelle.

Les dispositions relatives aux nouveaux référents et à l'obligation d'affichage entrent en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2019. Les dispositions relatives à la compétence des CPRI entrent en vigueur le lendemain de la publication de la loi au Journal officiel, en l'absence de disposition contraire.

### **Référents en matière de harcèlement sexuel**

Les entreprises employant au moins 250 salariés doivent désigner un référent chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes (*article L 1153-5-1 nouveau*).

L'objectif affiché par cette mesure est de permettre aux salariés victimes d'agissements de cette nature d'identifier un interlocuteur précis auquel s'adresser pour dénoncer les faits.

Il incombera alors au référent d'enclencher les procédures destinées à mettre fin aux agissements dénoncés ou d'alerter les personnes en charge. Les dossiers constitués par ce référent pourraient, en cas de litige, être utilisés à titre de preuve.

En pratique, compte tenu de ses attributions, le référent pourra être :

- le responsable des ressources humaines,
- un membre du service des ressources humaines,
- un salarié chargé de la prévention des risques psychosociaux dans l'entreprise.

Les missions du nouveau référent entrent en effet dans le champ de compétences habituel de ces salariés. Il semble, en effet, que le législateur ait limité l'application de cette obligation aux entreprises d'au moins 250 salariés afin de s'assurer qu'un service de ressources humaines existe.

Sa mise en œuvre aurait pu être plus utile dans le cadre de plus petites entreprises, qui ne disposent pas nécessairement d'interlocuteurs dédiés aux problématiques de harcèlement. En pratique, dans les plus petites entreprises, ce rôle de référent est assuré par les représentants du personnel : le référent harcèlement au sein du comité social et économique dans les entreprises d'au moins 11 salariés et la CPRI dans les entreprises de moins de 11 salariés.

Le comité social et économique, lorsqu'il existe, doit également désigner un référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes. Ce référent est désigné parmi les membres du comité, via une résolution adoptée à la majorité des membres présents. Le mandat du référent prend fin au terme de son mandat (*article L 2314-1 modifié*).

Ce référent bénéficie de la formation nécessaire à l'exercice de ses missions en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail (*article L 2315-18 modifié*).

En pratique, un référent pourra être désigné dès l'élection des représentants du personnel ou, si un comité social et économique est déjà en place lors de l'entrée en vigueur de la loi, à cette date. Rappelons que le CSE peut, en vertu de l'article L 2312-9 du code du travail, susciter toute initiative qu'il estime utile et proposer des actions de prévention du harcèlement moral, du harcèlement sexuel et des agissements sexistes définis à l'article L 1142-2-1.

Pour les entreprises ne disposant pas encore de CSE, les salariés peuvent s'adresser aux délégués du personnel, qui disposent d'un droit d'alerte en matière de harcèlement.

### **CPRI compétentes en matière de harcèlement sexuel et d'agissements sexistes**

La lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes figure désormais parmi les questions spécifiques aux entreprises de moins de 11 salariés concernant lesquelles les CPRI peuvent apporter des informations, débattre et rendre un avis (*article L 23-113-1, al. 2 modifié*).

Cet ajout ne modifie pas le droit existant dès lors que l'article L 23-113-1 du code du travail énonçait déjà un certain nombre de thèmes sans que cette liste soit exhaustive. Cette mention permet néanmoins de prévoir expressément la compétence de la CPRI en la matière.

### **Obligation d'affichage de l'employeur renforcée**

L'employeur doit afficher, dans les lieux de travail et dans les locaux où se fait l'embauche, les voies de recours civiles et pénales ouvertes en matière de harcèlement sexuel et les coordonnées des autorités et des services compétents.

Un décret (*à paraître*) doit lister les autorités et services compétents dont les coordonnées doivent être affichées (*article L 1153-5 modifié*).

Cette information s'ajoute à l'actuelle obligation d'afficher, dans ces mêmes lieux, le texte de l'article 222-33 du code pénal prévoyant les sanctions pénales applicables en cas de harcèlement sexuel.



### **Les thèmes de la négociation de branche sont aménagés**

*Articles 33 et 106 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel*

Les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels doivent se réunir pour négocier, au moins une fois tous les 4 ans pour certains thèmes et au moins une fois tous les 5 ans pour d'autres thèmes (*article L 2241-1*).

Un nouveau thème de négociation obligatoire est ajouté à ceux existants : les mesures destinées à faciliter la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés proches aidants. La négociation sur ce thème devra avoir lieu au moins une fois tous les 4 ans (*article L 2241-1 modifié*).

Par ailleurs, la négociation quadriennale sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées porte désormais également sur la mise à disposition d'outils aux entreprises pour prévenir et agir contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes (*article L 2241-1 modifié*).

À défaut de disposition spécifique sur ce point dans la loi, ces mesures entrent en vigueur le lendemain de la publication de celle-ci au Journal officiel. Elles concerneront donc toute négociation périodique engagée à partir de cette date.



### **Infraction d'outrage sexiste**

*Article 15 de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*

La loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes crée une infraction d'outrage sexiste défini à l'article 621-1 du code pénal.

**Définition d'outrage sexiste :** *le fait d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui, soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante*

Au cœur de la loi se dessine l'ambition de permettre une répression rapide, visible, et suffisamment étendue pour inclure la variété des incivilités dénoncées par les victimes : sifflements, attouchements, interpellations insistantes, poursuites ou encore humiliations.

L'outrage sexiste se distingue du harcèlement sexuel en supprimant la condition de répétition des faits. En effet, l'objectif du projet de loi est de sanctionner les comportements isolés.

Cette infraction est punie d'une amende de 750 € si elle est commise pour la première fois, 1 500 € en cas de circonstances aggravantes et 3 000 € en cas de récidive.



Des peines complémentaires peuvent être prononcées contre les auteurs, telles que l'obligation d'accomplir :

- un stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes,
- un stage de citoyenneté,
- un stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels,
- un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et les violences sexistes,
- enfin, lorsque l'amende de 1 500 € est due, un travail d'intérêt général pour une durée de 20 à 120 heures.

**Remarque :** *initialement instituée pour réprimer le harcèlement de rue, l'infraction d'outrage sexiste peut également être reconnue à l'égard d'un salarié coupable de harcèlement au travail, si la victime introduit une action pénale*

# Jurisprudence

## La rupture discriminatoire d'une période d'essai n'ouvre pas droit à l'indemnité de préavis

*Cass. Soc., 12 septembre 2018 : n° 16-26.333 FS-PB, B. c/ Sté Plasma Surgical*

Un salarié, absent pour maladie à plusieurs reprises au cours de sa période d'essai, se voit notifier la rupture immédiate de l'essai à son retour d'arrêt de travail. Il obtient en justice l'annulation de cette rupture pour discrimination en raison de son état de santé. Les juges condamnent l'employeur à lui verser des dommages et intérêts, mais déboutent le salarié de ses prétentions relatives à l'indemnité compensatrice de préavis.

Le salarié conteste, en faisant valoir qu'en application de l'article L 1132-1 du code du travail, toute rupture discriminatoire du contrat de travail est nulle et ouvre droit à une indemnité pour licenciement illicite et aux indemnités de rupture.

C'était oublier l'article L 1231-1 du code du travail, qui exclut la période d'essai du champ d'application des règles relatives à la rupture du contrat à durée indéterminée. Il en résulte que le salarié dont le contrat de travail est rompu pendant la période d'essai ne peut prétendre à aucune des indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (*voir déjà en ce sens Cass. Soc., 7 février 2012 : n° 10-27.525 FP-PB*). Le même principe s'applique lorsque la rupture est nulle : c'est ce que décide, en l'espèce, la Cour de cassation.

**A noter :** le salarié peut néanmoins prétendre à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi estimés, en l'espèce, à 10 000 € par les juges du fond



**A savoir :** le salarié qui obtient l'annulation de la rupture de sa période d'essai en raison de la discrimination dont il a été victime peut obtenir non pas une indemnité pour licenciement illicite et les indemnités de rupture, mais des dommages et intérêts en réparation de son préjudice

## Une conversation privée dans un groupe Facebook ne justifie pas un licenciement pour faute grave

*Cass. Soc., 12 septembre 2018 : n° 16-11.690 FS-PB, Sté Agence du Palais c/ I.*

En l'espèce, un salarié a été licencié pour avoir adhéré à un groupe Facebook intitulé *extermination des directrices chieuses*. Cette adhésion a été constatée par huissier. L'employeur a considéré que les propos injurieux et offensants du salarié à son encontre étaient constitutifs d'une faute grave et a prononcé son licenciement immédiat.

La cour d'appel de Paris, saisie du litige, a estimé que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse (*CA Paris, 3 décembre 2015 : n° 13/01716*). Pour les juges, la seule existence de propos injurieux sur le réseau social ne suffit pas, en soi, à justifier le licenciement d'un salarié : il incombe en effet à l'employeur de démontrer le caractère public des échanges, preuve non rapportée en l'espèce.

La Cour de cassation approuve sans réserve le raisonnement de la cour d'appel qui a, selon elle, exactement qualifié les faits qu'elle a constatés : la conversation étant de nature privée, elle était couverte par le secret des correspondances. Les propos reprochés au salarié ne constituaient donc ni une faute grave, ni une cause réelle et sérieuse de licenciement.

La chambre sociale se prononce ainsi pour la première fois, sur le caractère privé ou public d'une conversation sur un réseau social. Deux critères essentiels sont mis en avant par les juges pour qualifier les propos du salarié :

- d'une part, ils ont été tenus au sein d'un groupe fermé, accessible uniquement à des personnes agréées par l'administrateur dudit groupe ;
- d'autre part, ils ont été diffusés auprès d'un nombre limité de personnes (*14 en l'espèce*).

La Cour de cassation ne pose donc aucune présomption de caractère public ou privé des réseaux sociaux. C'est l'utilisateur, en l'espèce le salarié, qui, en paramétrant son compte, lui confère un caractère ouvert ou fermé. S'il adopte un profil privé et fait preuve de vigilance, en ne s'exprimant qu'auprès d'une audience restreinte, l'employeur ne pourra pas utiliser ses propos contre lui.

Si en revanche le salarié ouvre son profil, ou s'il s'exprime au sein de groupes ouverts ou comptant un grand nombre de participants, susceptibles de *republier* ses propos, ceux-ci peuvent lui être reprochés en cas d'abus.

**Remarque :** *la première chambre civile de la Cour de cassation, se prononçant à propos de la qualification d'injures publiques, a considéré que le profil Facebook constitue un espace privé s'il est paramétré pour n'être accessible qu'à un nombre restreint de personnes (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 avril 2013 : n° 11-19.530 FS-PBI)*

L'arrêt ne répond pas à toutes les questions soulevées par l'exercice par les salariés de leur liberté d'expression sur les réseaux sociaux :

- s'agissant du *support* de diffusion sur Facebook, peut-on considérer comme une *conversation de nature privée* les propos tenus par le salarié non pas au sein d'un groupe fermé, mais sur son mur ?
- sur l'audience des propos, à partir de quel seuil considère-t-on que le groupe, même fermé, compte un nombre trop élevé de participants pour que les propos qui y sont tenus ne remplissent plus le critère de confidentialité ? En France, un utilisateur moyen de Facebook compte *177 amis*.
- si le salarié s'est exprimé dans un cadre confidentiel, mais que ses propos sont republiés sur des espaces publics, considère-t-on toujours qu'ils sont couverts par le secret des correspondances ?
- le groupe auquel avait en l'espèce adhéré le salarié était, semble-t-il, composé de personnes extérieures à l'entreprise. La conversation aurait-elle pu être rattachable à la vie professionnelle, et donc susceptible de justifier le prononcé d'une sanction disciplinaire ou de recevoir la qualification de délit d'injure non publique, si elle s'était tenue au sein d'un groupe composé de salariés de l'entreprise ?



**A savoir :** *dans son arrêt du 12 septembre 2018 la Cour de cassation, dans une décision très attendue, qualifie de conversation privée les propos tenus par un salarié sur son compte Facebook dès lors que celui-ci est sécurisé*

---

## Clause de non-concurrence en cas de mutation intragroupe

*Cass. Soc., 12 septembre 2018 : n° 17-10.853 FS-PB, H. c/ Sté Teissier*

En l'espèce, dans le cadre d'un protocole d'accord, un salarié cesse ses relations contractuelles avec une entreprise afin d'être engagé dans une société du même groupe. Il y exerce une activité pendant plus de 2 ans puis la quitte après avoir conclu une rupture conventionnelle homologuée.

Or, son 1<sup>er</sup> contrat de travail contenait une clause de non-concurrence lui interdisant pendant 2 ans d'exercer une activité dans une société concurrente, à laquelle son premier employeur n'avait pas renoncé. Le salarié demande donc en justice le paiement de l'indemnité de non-concurrence prévue par la clause en contrepartie de la limitation de sa liberté d'exercer une activité professionnelle.

Selon lui, l'application de la clause a été suspendue pendant la durée de sa relation contractuelle avec la 2<sup>ème</sup> entreprise, en l'absence de concurrence entre ses 2 employeurs successifs. Le délai de 2 ans aurait donc commencé à courir à compter de la rupture de son contrat de travail le liant à son 2<sup>ème</sup> employeur.

La Cour de cassation confirme, en premier lieu, qu'en cas de succession de contrats de travail conclus avec des sociétés exerçant des activités similaires mais appartenant au même groupe économique, la clause de non-concurrence ne s'applique pas durant la période au cours de laquelle le salarié a exercé son activité au sein de la deuxième entreprise. Elle relève deux éléments conditionnant la mise à l'écart de la clause :

- l'activité des 2 entreprises est certes similaire mais elles ne sont pas en situation de réelle concurrence puisqu'elles appartiennent au même groupe économique ;
- le passage du salarié de l'une à l'autre est le résultat d'une entente entre lui et ses 2 employeurs.

Ainsi, l'inapplication de la clause nécessite la réunion de ces 2 éléments. En effet, la Cour de cassation a déjà jugé, à propos d'un salarié ayant rejoint un autre magasin appartenant au même réseau de distribution, que cette situation n'exclut pas en elle-même l'existence d'un état de concurrence entre les 2 entreprises (*Cass. Soc., 16 mai 2012 : n° 11-10.712 FS-PB*). Dans cette hypothèse, il n'y avait pas eu entente entre les deux employeurs successifs.

La Cour de cassation précise ensuite que la clause reprend ses effets normaux à partir du moment où le contrat de travail avec le 2<sup>nd</sup> employeur est rompu, sans que le délai soit allongé ou reporté. Elle écarte donc la suspension de la clause de non-concurrence pendant la période au cours de laquelle elle n'était pas applicable.

Dès lors que le salarié était, en l'espèce, resté plus de 2 ans au service de la seconde entreprise, il ne pouvait donc pas obtenir le versement de l'indemnité de non-concurrence en application d'une clause limitant pendant 2 ans sa liberté d'exercice d'une activité professionnelle.

Il résulte des termes de la décision du 12 septembre 2018 qu'il en aurait été autrement si la clause de non-concurrence avait prévu une durée d'application plus longue. Le salarié aurait alors été tenu de respecter son obligation de non-concurrence à l'égard du 1<sup>er</sup> employeur pour la période d'application de la clause restant à courir à compter de la rupture de son 2<sup>nd</sup> contrat, en contrepartie du versement de l'indemnité réduite au prorata de la période restante.



**A savoir :** *en cas de mutation entre 2 entreprises non concurrentes du même groupe, la clause de non-concurrence conclue avec la 1<sup>ère</sup> ne s'applique pas. Elle reprend effet en cas de rupture du contrat conclu avec la 2<sup>nde</sup>, sans que sa durée soit prorogée*

---

## **Un témoignage anonyme ne suffit pas pour prouver une faute invoquée à l'appui d'un licenciement**

*Cass. Soc., 4 juillet 2018 : n° 17-18.241 FS-PB, A. c/ Ets SNCF mobilités*

Selon la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales rendue en matière pénale (*CEDH, 26 mars 1996 : n° 20524/92 ; CEDH, 23 avril 1997 : n° 21363/93, n° 21364/93 et n° 21427/93 ; CEDH, 20 novembre 1989 : n° 11454/85*), l'utilisation des témoignages anonymes n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 6 de la Convention. Toutefois, une condamnation ne peut se fonder uniquement, ni dans une mesure déterminante, sur des déclarations anonymes.

La Haute Cour ne s'est pas prononcée en matière civile. Il résulte néanmoins de sa jurisprudence que, si l'admissibilité des preuves et leur appréciation relèvent en principe du droit interne et des juridictions nationales (*CEDH, 23 octobre 1990 : n° 11296/84*), le caractère équitable de la procédure s'apprécie au vu

de la procédure dans son ensemble, et notamment de la manière dont les preuves ont été recueillies, et il convient de s'assurer que les moyens de preuve ont été présentés de manière équitable (*CEDH, 11 avril 2005 : n° 58580/00*).

La Cour de cassation n'avait pas encore été saisie de cette question. La chambre sociale avait, dans un arrêt simplement diffusé du 23 septembre 2003 (*Cass. Soc., 23 septembre 2003 : n° 01-43.595 F-D*), approuvé une cour d'appel qui *sans se fonder sur le seul témoignage anonyme versé aux débats*, avait constaté l'inaptitude de l'intéressé à exercer son travail et dit son licenciement justifié.

En l'espèce, la direction éthique de la SNCF avait été saisie par 2 agents en conflit. Se fondant sur le rapport de la direction éthique, l'employeur avait notifié à l'un d'eux une mesure de suspension, puis l'avait licencié en raison des manquements dénoncés dans ce rapport. Le salarié affirmait que les juges ne pouvaient pas fonder leur décision sur le seul rapport de la direction de l'éthique dès lors que ce document n'était pas signé, ne mentionnait pas l'identité de ses auteurs et que les témoignages y figurant étaient anonymes. Bien que l'employeur n'ait produit au soutien de sa décision que le rapport de la direction d'éthique, la cour d'appel avait déclaré le licenciement justifié en considérant que l'atteinte aux droits de la défense fondée sur le caractère anonyme des témoignages n'était pas justifiée dans la mesure où le salarié avait pu en prendre connaissance et présenter ses observations.

Or, si le recueil de témoignages anonymes peut se concevoir dans le cadre d'une procédure d'alerte éthique, le salarié doit pouvoir, dans le cadre d'une procédure disciplinaire, se défendre utilement et doit à cet effet impérativement connaître les auteurs des témoignages réunis à son encontre. L'employeur devait à tout le moins compléter par des attestations circonstanciées le rapport de la direction de l'éthique.

L'arrêt est cassé au visa de l'article 6 paragraphes 1 et 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Reprenant l'attendu de principe de la Haute Cour, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que la cour d'appel a méconnu les exigences d'un procès équitable.



**A savoir :** *pour la première fois, la Cour de cassation se prononce sur l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière anonyme, précisant que le juge ne peut pas fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur de tels témoignages*

---

## **Motif de licenciement : covoiturage à but lucratif avec son véhicule de fonction**

*CA Rennes, 31 août 2018 : n° 16/05660, Sté Vecteur Plus c/ M. C.*

En l'espèce, un responsable d'agence est licencié pour avoir effectué des prestations de covoiturage avec son véhicule de fonction, via le site de mise en relation Blablacar. Son employeur échoue à convaincre les juges prud'homaux du bien-fondé de cette mesure disciplinaire (*Cons. prud. Nantes, 4 juillet 2016 : n° 15/00408*). Il obtient, en revanche, gain de cause devant la cour d'appel.

Celle-ci constate d'abord que le contrat d'assurance des véhicules de l'entreprise ne couvre pas les transports à titre onéreux de passagers, même occasionnels. Elle relève ensuite que les conditions générales du site Blablacar prohibent la réalisation de bénéfices par le conducteur et imposent à celui-ci de veiller à ce que les passagers soient couverts par son contrat d'assurance.

Ces constatations amènent les juges d'appel à trancher la question du caractère lucratif ou non des prestations de covoiturage en cause. Contrairement aux premiers juges, ils ne se laissent pas convaincre par les quelques justificatifs produits par le salarié faisant état de versements de sommes d'argent à des associations. Les juges d'appel notent ainsi la disproportion entre les quelques centaines d'euros reversées

sur 4 ans et les revenus estimés à partir des annonces publiées au cours de cette période (*112 selon la lettre de licenciement*).

Pour la cour d'appel, la pratique du salarié du covoiturage à but lucratif avec le véhicule de fonction faisait courir un risque à son employeur compte tenu de l'absence de couverture de cette activité par l'assureur. Dès lors, elle représentait une faute constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Notons qu'avant le licenciement, l'employeur n'avait pas formellement interdit le covoiturage, ni même communiqué à ce sujet. Cette circonstance avait incité les juges prud'homaux à invalider le licenciement de l'intéressé, l'argument de l'employeur selon lequel l'interdiction du covoiturage relevait du bon sens ne les ayant pas séduits. La position des juges d'appel est toute autre : le règlement intérieur de l'entreprise étant silencieux sur le covoiturage, il incombait au salarié de solliciter l'autorisation préalable de son employeur.

Malgré cette décision, il est vivement conseillé aux entreprises de formaliser leur position quant au covoiturage soit dans le règlement intérieur soit dans les documents encadrant la mise à disposition de véhicule de fonctions.

**Remarque :** *une cour d'appel avait déjà reconnu le caractère fautif d'utilisation du véhicule de fonction pour du covoiturage à but lucratif (CA Riom, 13 septembre 2016 : n° 05/02104). Les juges avaient néanmoins déclaré le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Celui-ci constituait, selon eux, une sanction disproportionnée au regard notamment de la très grande ancienneté du salarié et du caractère récent de sa pratique du covoiturage*



**A savoir :** *le fait pour un salarié d'effectuer des prestations de covoiturage avec son véhicule de fonction, à l'insu de son employeur, expose ce dernier à un risque compte tenu de l'absence de couverture de cette activité par l'assureur et constitue une faute justifiant le licenciement*

---

## Indemnité de licenciement et calcul de l'ancienneté

*Cass. Soc., 22 mars 2018 : n° 16-20186*

En l'espèce, un salarié est engagé par une association, en qualité de directeur par contrat à durée indéterminée du 2 janvier 2002. Placé en arrêt de travail à diverses reprises, il est licencié pour faute grave, le 16 juin 2006. Contestant cette mesure et faisant valoir qu'il avait été victime de harcèlement moral, il saisit la juridiction prud'homale.

La Cour d'appel d'Amiens, dans son arrêt du 17 mai 2016, prononce la nullité du licenciement mais considère que le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement devait être limité. En effet, l'ancienneté du salarié devait être amputée des périodes de suspension, aucune disposition de la *convention collective ne prévoyant le contraire*.

Mais, sans que cela ne constitue une réelle surprise, la Cour de cassation ne partage pas le même avis. Elle casse et annule l'arrêt de la cour d'appel visant à limiter le montant de l'indemnité de licenciement, rappelant à cette occasion *que la durée des périodes de suspension du contrat de travail liées à un accident du travail ou une maladie professionnelle est prise en compte pour la détermination de tous les avantages légaux et conventionnels liés à l'ancienneté dans l'entreprise*.

Rappel : détermination de l'ancienneté

L'ancienneté prise en compte est :

- soit celle qui a été acquise à la notification du licenciement :
  - en cas de dispense demandée par le salarié et accord de l'employeur.

- en cas de licenciement suite à une inaptitude d'origine professionnelle.
- soit celle qui a été acquise au terme du préavis :
  - en cas de préavis effectué ;
  - en cas de dispense demandée par l'employeur ;
  - en cas d'inaptitude d'origine non-professionnelle (*depuis le 24 mars 2012*), le préavis pourtant non effectué doit être pris en compte.

#### **Article L 1226-4**

*Lorsque, à l'issue d'un délai d'1 mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail, le salarié déclaré inapte n'est pas reclassé dans l'entreprise ou s'il n'est pas licencié, l'employeur lui verse, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail.*

*Ces dispositions s'appliquent également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail.*

*En cas de licenciement, le préavis n'est pas exécuté et le contrat de travail est rompu à la date de notification du licenciement. Le préavis est néanmoins pris en compte pour le calcul de l'indemnité mentionnée à l'article L 1234-9. Par dérogation à l'article L 1234-5, l'inexécution du préavis ne donne pas lieu au versement d'une indemnité compensatrice.*

Méthode de chiffrage de l'ancienneté :

L'ancienneté doit prendre en compte la totalité de la présence du salarié en années, et mois (*légalement, les jours ne sont pas compris dans le décompte*).

Périodes exclues de l'ancienneté :

Un arrêt de la Cour de cassation indique que l'ancienneté prise en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement ne comprend pas les congés payés non pris qui correspondent à l'indemnité compensatrice de congés payés.

Périodes de suspension du contrat de travail ¶

Les périodes de suspension du contrat n'entrent pas en compte pour le calcul de l'indemnité légale. Sont néanmoins prises en compte les périodes de suspension assimilées à un travail effectif pour le calcul de l'ancienneté (*congés payés, arrêt de travail consécutif à un accident du travail ou maladie professionnelle, congé de maternité, etc.*).

Précision importante concernant les périodes de suspension du contrat de travail : selon les termes de l'article L 1234-11, les circonstances entraînant la suspension du contrat de travail, en vertu soit de dispositions légales, soit d'une convention ou d'un accord collectif de travail, soit de stipulations contractuelles, soit d'usages :

- ne rompent pas l'ancienneté du salarié appréciée pour la détermination du droit à l'indemnité de licenciement ;
- mais n'entrent toutefois pas en compte pour la détermination de la durée d'ancienneté exigée pour bénéficier de ces dispositions.



**A savoir :** *une clause de mobilité sur l'ensemble du territoire national est licite puisqu'elle définit de façon précise sa zone géographique d'application et ne confère pas à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée*