

Compte-rendu du colloque du 17 janvier 2014

« *Journée d'actualités du droit social* »

Ce colloque a été organisé à l'ERAGE (Ecole Régionale des Avocats du Grand Est) en collaboration avec le Laboratoire de Droit social de l'Université de Strasbourg et le Master 2 Droit social de la faculté de droit de Strasbourg. Cette septième édition a été l'occasion de revenir sur une année 2013 marquée principalement par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 issue de l'ANI du 11 janvier de la même année. Si le droit du travail a été largement influencé par le contexte économique en matière de licenciement économique, le droit de la protection sociale a aussi évolué notamment par le biais de l'instauration d'une complémentaire obligatoire dans le secteur privé.

Mais cette journée d'actualités a également permis de faire le tour de la jurisprudence récente, parfois innovante, dans des domaines très variés tels que le transfert d'entreprise, internet au travail, la réparation du risque professionnel ou encore les conflits de lois et de juridictions.

Vous trouverez ci-après les thèmes abordés lors de cette journée au travers d'un compte-rendu reprenant les différentes interventions et rédigés par des étudiants du Master 2 Droit social de l'Université de Strasbourg (Constance COUPE, Sylvie GENZLING, Gaëlle ICHTERTZ et Samy IKHLEF).

✚ « Actualité du transfert de l'entreprise »

Nicolas MOIZARD, *Maître de conférences, Université de Strasbourg*

✚ « Accord de maintien de l'emploi »

Employeurs : Maître Vanessa PARISOT, Avocat au Barreau de Colmar, Spécialiste en droit social

Salariés : Maître Luc DORR, Avocat au Barreau de Strasbourg, Spécialiste en droit social

✚ « Le renouveau de la procédure de licenciement collectif suite à la loi du 14 juin 2013 »

Frédéric GEA, *Agrégé des Facultés de Droit, Directeur du Master Droit du travail et de la protection sociale, Professeur à la Faculté de droit de Nancy – Université de Lorraine*

✚ « Internet et droit du travail »

Marguerite KOCHER, *Maître de conférences, Université de Haute Alsace*

✚ « Actualité de la réparation du risque professionnel »

Morane KEIM-BAGOT, *Docteur en Droit, Université de Strasbourg*

✚ « Complémentaires obligatoires »

Maître Philippe WITTNER, *Avocat au Barreau de Strasbourg, Spécialiste en droit social*

✚ « Actualité des conflits de lois et des conflits de juridictions »

Nicolas NORD, *Maître de conférences, Université de Strasbourg*

Actualité du transfert de l'entreprise **Nicolas MOIZARD**

I. Champ d'application

On dénote toujours une incompatibilité entre le droit de l'Union européenne (UE) et le droit français, notamment concernant les secteurs professionnels qui reposent sur le personnel (nettoyage, gardiennage...). La Cour de justice développe une jurisprudence particulière pour ce secteur : à partir du moment où le cessionnaire reprend une partie essentielle du personnel en termes de nombres et de compétences, il y aura transfert d'entreprise. La chambre sociale de la Cour de Cassation résiste à cela pour l'instant. Dans un arrêt du 12 décembre 2013, elle relève que l'élément d'actifs demeure une condition du transfert d'entreprise.

Dans un rapport, la Cour de Cassation explique que dans les dispositifs conventionnels, le salarié conserve le droit de s'opposer à être repris dans le cadre du marché. Ces accords-là permettent d'éviter une multiplication des employeurs : le salarié, s'il l'accepte, a un nouvel employeur et un seul uniquement (pas d'explosion des activités entre différents intervenants). La jurisprudence est abondante sur ces accords de transferts dans les branches :

- Dans un arrêt du 3 juillet 2013, il est dit qu'il incombe à l'entreprise sortante, en cas de contestation, de justifier que les salariés remplissaient les conditions du transfert conventionnel.
- Un arrêt du 26 juin 2013 rappelle qu'il faut l'accord exprès du salarié.
- Un autre arrêt du 16 mai 2013 pose qu'un cessionnaire qui se retrouve avec des salariés qui n'ont pas les qualifications requises peut les déplacer : à défaut d'accord sur la proposition d'un autre accord, ces contrats de travail ne sont pas transférés.
- Un autre arrêt du 20 février 2013 porte sur la modification du périmètre du marché : l'identité de marché n'est pas nécessairement requise.
- Enfin, la Cour de cassation rappelle dans un arrêt du 25 septembre 2013 que le syndicat peut agir pour ordonner à l'entreprise entrante de proposer au salarié de l'entreprise sortante un avenant au contrat de travail.

La difficulté du transfert d'un salarié protégé :

Le Conseil d'Etat nous donne une précision intéressante sur le champ de la mission de l'inspecteur du travail en matière de transfert partiel dans sa décision du 1^{er} août 2013 : il doit rechercher si l'essentiel des fonctions continue d'être accomplie au sein d'une activité non transférée. On retrouve le critère de la Cour de cassation : l'activité essentielle.

Reste une incompatibilité entre le droit français et le droit de l'UE :

Il s'agit de l'article 7 de la directive transfert qui prévoit que lorsqu'il n'y a pas de représentants des salariés dans l'entreprise, les salariés doivent être informés personnellement. Des contentieux tendent ainsi à dire que le salarié aurait le droit à une information individuelle. La Cour de cassation s'en tient à dire depuis un arrêt du 18 novembre 2009 que cet article n'a pas été transposé en droit interne, de sorte qu'il ne peut pas créer d'obligation à charge de l'entreprise cessionnaire. Dans un arrêt du 17 décembre 2013, un salarié affirme que s'il avait été informé du transfert, il aurait pris acte de la rupture mais la Cour répète sa jurisprudence de 2009.

II. Actualités jurisprudentielles

Le droit d'opposition du travailleur à son transfert :

La Cour de justice de l'UE, depuis un arrêt *Katsikas* de 1992, a découvert la faculté pour le salarié de refuser le transfert de son contrat de travail mais elle laisse aux Etats membres le soin de la transposer.

En droit français, pour l'instant, il n'y a aucune traduction. Ne pourrait-il pas y avoir une traduction selon laquelle un tel refus consisterait en une démission ?

Le licenciement dans le contexte du transfert :

Un arrêt du 25 septembre 2013 porte sur une transaction conclue entre le salarié et le cédant. Le salarié est licencié par le cessionnaire : peut-il agir contre le cessionnaire pour contester son licenciement même en ayant signé une transaction ? La Cour de cassation répond par l'affirmative car selon elle, il s'agit d'une forme de fraude entre les deux employeurs successifs.

La reprise de l'activité privée par une personne de droit public :

Cette question a été abordée dans un arrêt du Conseil d'Etat du 25 juillet 2013 : le Code du travail impose la reprise des clauses substantielles du précédent contrat, sauf s'il faut tenir compte des conditions générales d'emploi et de rémunération des agents titulaires. Le Conseil d'Etat nous dit que la rémunération proposée peut être supérieure mais sans excéder excessivement celle des agents contractuels existants.

Les clauses de renvoi dynamiques :

Depuis l'arrêt *Alemo-Herron* du 18 juillet 2013, la Cour de justice de l'UE interprète la directive transfert au nom de la conciliation des intérêts entre employeurs et salariés et au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'UE comportant notamment la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre. En l'espèce, il s'agissait d'un salarié qui avait dans son contrat de travail une clause prévoyant le respect des conventions collectives actuelles et futures. Mais avec le transfert, on était passé d'une personne privée à une personne publique. Pour la Cour de justice, il ne fallait pas lui imposer ces conventions collectives à la personne publique dès lors qu'il y a des intérêts en présence à respecter et parce que la Charte des droits fondamentaux de l'UE prévoit la liberté d'entreprendre.

Accord de maintien de l'emploi **Vanessa PARISOT et Luc DORR**

Les accords de maintien de l'emploi (AME) ont été mis en place par l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013. Leur objet est de permettre aux entreprises rencontrant de graves difficultés économiques d'aménager temporairement la durée du travail et la rémunération de leurs salariés. En contrepartie, l'employeur s'engage à ne pas rompre pour motif économique le contrat de travail des salariés auxquels l'accord s'applique. Ce dispositif permet de réglementer les accords de compétitivité-emploi qui se sont développés dans la pratique sans encadrement précis.

Les positions syndicales sont contrastées par rapport à ces AME :

- Les organisations syndicales ayant signé l'ANI (CFDT, CFE-CGC et CFTC) sont très favorables à ces AME. Pour la CFDT par exemple, les AME existaient déjà avant l'ANI de 2013 mais ils ne faisaient l'objet d'aucun encadrement et le chantage à l'emploi a permis à des employeurs d'en abuser. L'encadrement législatif va désormais les aider à maintenir l'emploi avec des garanties qui n'existaient pas avant.
- A l'inverse, les syndicats non signataires sont opposés à ces AME. Pour la CGT, ils font fi des règles de faveur et brouillent les règles d'articulation entre contrat de travail et accords collectifs. Pour FO, avant les AME, il existait deux barrières de protection qui permettaient de négocier de manière plus équitable : le consentement du salarié aux modifications du contrat de travail et en cas de refus, le bénéfice des mesures du PSE (Plan de Sauvegarde de l'Emploi) que l'entreprise se devait de mettre en place. Or, désormais, les licenciements individuels résultant du refus de se voir appliquer un AME permettent d'éviter la mise en place d'un PSE.

Pour les employeurs, les AME ne constituent pas un outil de flexibilité permettant de réellement faire face à leurs difficultés.

Conditions de négociation de l'AME :

L'entreprise doit justifier de « graves difficultés économiques conjoncturelles » : il s'agit d'une notion différente et plus restreinte que la définition du motif économique (sauvegarde de la compétitivité, mutations technologiques...).

L'appréciation se fait au niveau de l'entreprise. Ceci va à l'encontre de la jurisprudence habituelle de la Cour de Cassation qui demande une appréciation au niveau du secteur d'activité du groupe en cas de licenciement pour motif économique. S'agit-il d'un nouveau motif *sui generis* ? Le motif économique peut-il être contesté ? Ceci exclut aussi des difficultés économiques structurelles puisqu'il s'agit d'un outil provisoire. Est enfin exclu le critère économique de la sauvegarde de la compétitivité.

Par ailleurs, le motif des « difficultés prévisibles susceptibles de mettre en danger l'emploi ou l'entreprise » figurant dans l'annexe de l'ANI n'a pas été repris dans la loi du 14 juin 2013.

Selon l'article L5125-1 du Code du travail, le diagnostic doit se faire de façon partagée : par l'employeur et les syndicats représentatifs. Ce partage du diagnostic est tout à nouveau dans la conception du droit syndical : jusqu'à présent, c'était l'employeur qui était maître de son processus de restructuration et les syndicats ne pouvaient pas procéder à une analyse conjointe. L'employeur doit désormais être tout à fait transparent sur les informations économiques qu'il va donner. De plus, le législateur va permettre aux syndicats de se faire assister par un expert-comptable qui sera désigné par le comité d'entreprise et payé par l'entreprise.

Parties à la négociation :

Il s'agit de l'employeur d'un côté, c'est-à-dire du chef d'entreprise uniquement, et des organisations syndicales représentatives (OSR), assistées ou non par un expert, de l'autre.

A défaut d'OSR pourront participer à la négociation un ou plusieurs représentant(s) élu(s) du personnel mandaté(s) par une ou plusieurs OSR dans la branche dont relève l'entreprise.

A défaut d'OSR et de représentant élu, l'AME peut être négocié avec un salarié mandaté par une ou plusieurs OSR dans la branche dont relève l'entreprise. Un seul salarié mandaté peut alors négocier un tel accord alors que dans le droit commun, cette compétence revient plutôt au comité d'entreprise. Le temps passé aux négociations n'est pas imputable sur les heures de délégation et est rémunéré comme du temps de travail. Les représentants mandatés bénéficient également d'une protection contre le licenciement.

Nature de l'accord :

L'AME doit être un accord d'entreprise (pas de négociations au niveau de l'établissement ou du groupe).

L'AME est à durée déterminée : 2 ans maximum non renouvelable. C'est un outil destiné à résorber des difficultés conjoncturelles. Si cela ne suffit pas, il faudra changer d'outil.

L'AME doit être un accord majoritaire conclu avec les OSR ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés en faveur des OSR au premier tour des élections professionnelles (dérogatoire du droit commun). Dans l'hypothèse d'un accord conclu avec les représentants élus du personnel ou un salarié mandaté, l'AME devra être approuvé par la majorité des salariés concernés selon les modalités contenues dans ce dernier.

Champ d'application de l'AME :

L'annexe de l'ANI précisait que l'AME pouvait couvrir toute ou partie de l'entreprise ou de l'établissement mais il était nécessaire de justifier en quoi une seule partie de l'entreprise était concernée par les difficultés économiques et en quoi une partie seulement du personnel devait faire des sacrifices. La loi n'a pas repris cette précision mais l'article L5125-1 parle de « salariés occupant ces emplois ».

La question qui reste en suspens est celle de savoir si l'AME peut s'appliquer aux CDD : on ne peut pas mettre fin à un CDD pour motif économique...

De même, qu'en est-il pour un salarié embauché en cours d'application de l'AME ? Doit-il l'accepter pour la durée restante à courir ?

Contenu de l'accord :

Les salariés acceptent un certain nombre de modifications :

- D'une part, un réaménagement de la durée du travail qui peut passer par une augmentation du temps de travail sans augmentation corrélative de la rémunération, une baisse du temps de travail, la renonciation à des jours RTT ou une modification du calcul du temps de travail. Des limites s'élèvent tout de même, relatives à l'ordre public social : le respect des durées légales maximales quotidiennes et hebdomadaires, du repos quotidien et hebdomadaire, des congés payés légaux, du 1er mai et du travail de nuit.
- D'autre part, une baisse de la rémunération peut être consentie. Cela peut prendre la forme de la remise en cause de certains usages par exemple. Par contre, aucune dérogation aux dispositions relatives au SMIC n'est possible, ni une diminution de la rémunération horaire ou mensuelle à un niveau égal ou inférieur au taux horaires du SMIC majoré de 20%.

En outre, aucune dérogation aux dispositions des accords de branche ne peut être faite sur certains points : salariales minima, classification, garanties collectives complémentaires et mutualisation des fonds de la formation professionnelle.

Les salariés risquent de voir dans les AME un chantage à l'emploi.

En contrepartie, l'employeur s'engage à ne procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique (rupture conventionnelle comprise si le salarié arrive à démontrer qu'elle est intervenue en raison des difficultés économiques). Mais cet engagement ne vise que les salariés qui ont accepté l'AME et l'employeur reste libre de rompre le contrat de travail pour motif personnel (disciplinaire, absence du salarié, inaptitude).

Des efforts doivent également être consentis par les dirigeants, mandataires et actionnaires. L'annexe de l'ANI prévoyait une information des actionnaires et mandataires sur les efforts proportionnés qu'ils sont censés respecter avec le cas échéant l'application d'une clause pénale. Mais comment un salarié peut-il vérifier cette bonne application ?

L'AME doit aussi prévoir la procédure d'acceptation. A défaut sera applicable la procédure de l'article L1222-6 CT (proposition de modification pour motif économique). En cas de refus d'application de l'accord, les salariés licenciés bénéficieront de mesures d'accompagnement et celles-ci doivent être prévues dans l'accord : mesures de formation, d'adaptation et de reclassement. L'idée est que le salarié puisse exercer son choix en toute connaissance de cause.

Clause pénale :

Différents éléments seront à prendre en compte. Tout d'abord, l'AME devra prévoir le montant et les modalités de versement des dommages-intérêts que l'employeur versera aux salariés lésés s'il ne respecte ses engagements. Par ailleurs, tous les engagements de l'employeur sont visés par cette clause (comme par exemple son interdiction de licencier). Seuls les salariés auxquels l'AME s'applique pourront demander l'application de la clause pénale. Enfin, il convient de retenir que l'ANI n'interdit pas expressément de prévoir des montants dommages-intérêts qui varient selon la nature de l'engagement violé.

Des difficultés de mise en place sont cependant à redouter. C'est pourquoi l'AME doit prévoir des mesures d'accompagnement des salariés licenciés en cas de refus de leur part du mécanisme de l'AME. Mais là encore, des écueils sont à éviter : si dans le cadre de cet accord, les mesures de formation, d'adaptation, de reclassement sont suffisamment (voire trop ?) attractives, on risque d'avoir un nombre important de salariés qui, plutôt que de voir leur rémunération baisser pendant deux ans, vont préférer partir pour en bénéficier. Se pose alors la question de savoir si les organisations syndicales vont négocier pour avoir des mesures intéressantes (et dans ce cas, il serait intéressant de négocier un PSE) ou au contraire négocier plutôt sur le maintien de l'emploi, objet de l'accord en principe.

Enfin, la clause pénale ne peut pas être mise en œuvre par les salariés qui ont refusé la modification de leur contrat, alors même qu'ils seraient aussi concernés par le non-respect de son engagement par l'employeur.

D'autres mécanismes de protection sont possibles. En effet, l'accord ayant été négocié dans un contexte économique difficile, il faut donc nécessairement prévoir une politique de transparence sur l'évolution économique de l'entreprise, en informant non seulement les organisations syndicales, mais aussi les salariés eux-mêmes.

Si la conjoncture s'améliore, il conviendra de s'intéresser aux conséquences de cette amélioration sur la situation des salariés à l'issue de la période d'application de l'accord, ou pendant son application s'il est suspendu.

Une clause relative au suivi de la situation économique et de la mise en œuvre de l'accord peut par ailleurs être insérée dans celui-ci. Cette clause devra prévoir une information partagée des organisations syndicales signataires de l'accord avec les représentants du personnel.

Le rôle de l'expert-comptable désigné par le comité d'entreprise aura alors une importance toute particulière : il sera possible de prévoir dans l'AME qu'il puisse analyser la situation économique de l'entreprise durant l'application de l'accord.

Les effets de l'AME :

Il convient de distinguer les effets de cet accord selon que les salariés l'aient accepté ou refusé. Pour les premiers, la première conséquence sera que les stipulations de l'AME seront applicables à leur contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord seront alors suspendues pendant toute la durée d'application de l'accord.

Pour les seconds, l'employeur procédera à un licenciement pour motif économique, en respectant la procédure de licenciement individuel. Cela aura alors différentes conséquences : chaque salarié sera convoqué à un entretien préalable, les représentants du personnels seront consultés, l'employeur ne mettra pas en place un PSE et ce, peu importe le nombre de salariés concernés.

La suspension de l'AME :

Différents cas de suspension sont possibles. C'est le cas notamment lorsque les engagements souscrits ne sont pas appliqués de manière loyale et sérieuse par l'employeur ou encore lorsque la situation économique de l'entreprise a évolué de manière significative dans un sens favorable, ou non.

Pour suspendre l'accord, il faut que le Président du tribunal de grande instance soit saisi par l'un des signataires de l'accord, sous la forme d'un référé. Le juge fixera alors le délai de suspension de l'accord, et les clauses suspendues des contrats de travail des salariés seront alors rétablies. A l'issue du délai, le juge décidera soit de la reprise de l'AME, soit de sa résiliation. Pour ce faire, il se fondera sur tous les éléments transmis relatifs à l'application loyale et sérieuse de l'AME, ou à l'évolution de la situation économique.

Rupture du contrat de travail pour motif économique :

Si l'employeur devait rompre le contrat de travail, ce qui constituerait une violation de ses engagements, le salarié licencié pourra bénéficier de la clause pénale et pourra discuter de la pertinence du motif économique (et éventuellement bénéficier d'une requalification de son licenciement en licenciement sans cause réelle et sérieuse).

Par ailleurs, en cas de licenciement en cours d'exécution de l'AME, les indemnités de rupture seront calculées éventuellement sur la rémunération antérieure à l'AME, si elle est plus favorable. De plus, la clause pénale sera cumulable avec l'allocation chômage.

Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, datant du 18 décembre 2013, il était question de l'entreprise Renault qui avait conclu un accord au niveau du groupe, qui s'engageait par cet accord à maintenir ses sites industriels et la plupart des emplois sur le territoire national en échange d'un allongement du temps de travail. Dans cet accord figurait une clause prévoyant que ces dispositions prévalaient sur les autres accords ayant le même objet, que ce soit au niveau des établissements ou de la branche. Un certain nombre d'organisations syndicales non signataires ont saisi le juge des référés, au motif que cet accord a été appliqué alors que d'autres accords étaient plus favorables (atteinte au droit de saisir le juge, trouble manifestement illicite). La Cour d'appel de Versailles a infirmé la décision du juge des référés. Dans tous les cas, le salarié doit pouvoir aller devant le juge. En pratique toutefois, ce droit d'accès au juge peut sembler plus compliqué à mettre en application.

Conclusion :

L'insertion d'une clause pénale dans un AME apparaît nécessaire. En effet, dans le cadre d'un tel accord, l'employeur aurait toujours la possibilité de licencier pour motif économique s'il n'y avait pas de clause pour le contrer.

Cette solution n'est pourtant pas infaillible : l'employeur pourra tenter contourner les obligations relatives à cette clause en demandant la suspension de l'AME au juge.

Par ailleurs, une des grandes difficultés de l'AME est la lisibilité qu'il offre : l'employeur est tenu de proposer à l'ensemble des salariés la modification du contrat de travail et donc potentiellement d'offrir à l'ensemble des salariés la possibilité de la refuser et d'être licencié pour motif économique. On ne peut pas prévoir à l'origine quel va être le nombre de salariés qui va accepter ou refuser la modification. Quand l'employeur réalise un PSE, le nombre de licenciements envisagés est un nombre maximum.

Se pose alors la question de savoir si en cas de refus de la modification, l'employeur est-il obligé de licencier ? A priori non car on peut renoncer à l'application de l'AME ou renoncer à la suspension des clauses de contrat de travail mais se pose alors un problème d'égalité de traitement...

Le renouveau de la procédure de licenciement collectif
suite à la loi du 14 juin 2013
Frédéric GEA

I. Reconfiguration de la procédure de licenciement collectif

A) Alternative

L'un des objectifs de la réforme (ANI + loi de sécurité de l'emploi) a été de favoriser la négociation collective sur le PSE. La place de la négociation collective se développe depuis de nombreuses années et le législateur a souhaité faire en sorte qu'il y ait une incitation forte à négocier sur le PSE. On retrouve une alternative qui existait avant mais qui va être instituée en tant que telle avec la préférence de la voie négociée (via un accord collectif majoritaire) et l'alternative est celle du document unilatéral rédigé par l'employeur. S'agissant de l'ANI, cette alternative se posait à l'employeur au début de la procédure (document unilatéral transmis en amont à l'administration pour homologation) alors que la loi propose un autre dispositif : la voie négociée est en réalité privilégiée et ce n'est qu'à défaut d'un accord collectif majoritaire portant sur certains éléments précisés ou d'un accord collectif majoritaire complet que l'employeur pourra à terme élaborer un document unilatéral à vertu récapitulative qui sera soumis à validation.

Dans les deux cas, on a un contrôle de l'administration : une validation de l'accord collectif ou une homologation du document unilatéral.

B) Contenu de chaque document

Le contenu de l'accord collectif majoritaire prévu à l'article L1233-24-1 CT est précisé par l'article suivant :

- Contenu obligatoire : contenu du PSE.
- Contenu facultatif : modalités d'information/consultation du comité d'entreprise, critères de pondération et périmètre d'application des critères d'ordre de licenciement, calendrier, nombre de suppressions d'emploi et catégories professionnelles visées, modalités de mise en œuvre des mesures de reclassement, formation, adaptation.

Si l'accord collectif majoritaire ne porte pas sur tous les points, l'employeur sera tenu d'élaborer en plus un document unilatéral sur ces points non présents dans cet accord et donc mener de front procédure d'homologation et procédure de validation.

Cette possibilité de négocier sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise va permettre de déroger aux règles prévues à l'article L1233-30 du Code du travail qui prévoit des délais qui eux-mêmes peuvent être modifiés notamment par cet accord collectif majoritaire. De la même manière, lorsque l'on entre dans une négociation d'un accord collectif majoritaire, le comité d'entreprise n'a pas à être consulté sur le projet de licenciement collectif. Cela constitue une incitation supplémentaire à la négociation.

Dans l'arrêt Sony du 15 mai 2013, la Cour de cassation décidait qu'un accord collectif peut parfaitement définir un périmètre autre que l'entreprise dès lors qu'il est en-dessous du périmètre de l'accord. Il peut s'agir du périmètre d'établissement pour un accord collectif d'entreprise par exemple (pas le périmètre de l'unité économique et sociale). Cela est toujours possible pour l'accord collectif majoritaire.

Il convient également de souligner qu'en l'absence d'accord collectif majoritaire ou s'il ne porte pas sur tous ces points, il faudra un document unilatéral le complétant établi à la fin de la procédure. L'employeur doit alors respecter les obligations légales et conventionnelles en vigueur mais va disposer d'une certaine marge de manœuvre.

L'employeur unilatéralement va-t-il pouvoir définir un périmètre autre que l'entreprise ? Non selon la chambre sociale qui retient que seul l'accord collectif peut le faire. Toutefois, face au déplacement du contentieux du juge judiciaire vers le juge administratif, on voit apparaître le risque que le juge administratif adopte une autre approche pour admettre la possibilité pour l'employeur de définir un autre périmètre.

N'ont pas disparu du paysage les accords de méthode : leur objet a été complètement resserré (modalités d'information/consultation du CE) mais ils peuvent être conclus au niveau de l'entreprise, du groupe ou de la branche. Il apparaît alors la nécessité de les articuler avec les accords collectifs majoritaires ou le plan unilatéral de l'employeur.

II. Consultation du comité d'entreprise à l'occasion d'un projet de licenciement collectif

L'idée est assez simple : désormais, des délais sont posés (2, 3 ou 4 mois selon le nombre de licenciements envisagés) et le comité d'entreprise doit être consulté deux fois avec 15 jours minimum entre ces deux réunions. Dans ce laps de temps, réduit ou allongé par accord collectif, il va falloir mener la double consultation sur le projet de licenciement collectif lui-même (sauf en cas d'accord collectif majoritaire) et sur l'opération projetée (décision économique de restructuration).

La doctrine de l'administration consiste à privilégier la voie d'une négociation en amont mais les choses se compliquent assez rapidement : il est prévu qu'un expert-comptable puisse être mandaté par le comité d'entreprise et être mis au service des négociateurs. Mais cette décision du comité d'entreprise intervient à l'occasion de la première réunion du comité d'entreprise qui marque le point de départ du délai. Or, si l'expert doit être remis au service des négociateurs, il est problématique que cette première réunion intervienne au terme du processus de négociation. Il faudrait une réunion « zéro » mais celle-ci peut-elle permettre la désignation de l'expert ? Cela n'est pas prévu par les textes.

Le comité d'entreprise doit être consulté sur le projet d'accord collectif : selon l'arrêt *EDF* du 5 mai 1998, lorsqu'une négociation collective porte sur l'un de ses domaines de compétence, le comité d'entreprise doit être consulté au plus tard avant la conclusion de l'accord collectif. Cette jurisprudence débouchait sur des sanctions assez faibles finalement (pas de nullité de l'accord collectif ni son inopposabilité mais des dommages et intérêts ou la reconnaissance d'un délit d'entrave) : ici, cela donnerait un résultat tout autre car l'absence de réunion du comité d'entreprise avant la conclusion de l'accord collectif majoritaire pourrait signifier le refus de validation par la DIRECCTE.

III. Glissement de l'ordre judiciaire vers l'ordre administratif

L'administration intervient de longue date dans la procédure de licenciement collectif mais le recours avait été vidé de sa substance. Elle n'avait pas de pouvoir de décision mais même son pouvoir d'influence a été réduit à néant au fur et à mesure.

Le choix a été fait en 2013 d'instaurer un pouvoir de l'autorité administrative avant même les licenciements afin d'écartier le juge judiciaire avec beaucoup de présupposés. Ce pouvoir se traduit par une homologation ou une validation selon le support choisi.

On se trouve ainsi face à deux contrôles d'intensités très différentes :

- Validation de l'accord collectif : contrôle restreint de la conclusion conforme aux conditions posées par les textes, consultations des comité d'entreprise et CHSCT respectées et présence des mesures qui constituent le PSE.
- Homologation du plan unilatéral : l'administration est invitée à apprécier la pertinence du PSE à partir des critères définis par le texte et notamment selon les moyens de l'entreprise, de l'UES ou du groupe auquel elle appartient.

Sans cette décision administrative, l'employeur ne peut pas mettre en œuvre les licenciements (risque de nullité). L'autorité administrative est ainsi instituée comme étant l'instance compétence en cas de contestation des modalités de la procédure de consultation (article L1233-57-5 du Code du travail). Elle dispose d'un délai de 5 jours pour se prononcer. Le juge judiciaire n'a donc plus vocation à intervenir.

S'agissant des sanctions, le problème ne se pose plus de savoir si l'employeur a respecté telle ou telle règle mais s'il a obtenu ou non une homologation ou une validation. En cas de recours devant le juge administratif, si celui-ci annule l'homologation ou la validation, les conséquences seront liées au motif d'annulation (indemnité de 6 mois ou réintégration du salarié suite à l'annulation).

Conclusion : lorsque l'on a supprimé l'autorisation administrative de licenciement en 1986, l'idée était d'alléger la procédure de licenciement. Cette nouvelle réforme ne va pas vraiment dans ce sens : tout dépendra des acteurs

- L'autorité administrative dispose d'une marge de manœuvre considérable dans le cadre de l'homologation avec même une possibilité de négocier.
- Juge judiciaire et juge administratif : la question de la répartition des compétences est extrêmement délicate. Le juge judiciaire devrait pouvoir intervenir là où l'autorité administrative n'est pas encore intervenue ou sur les domaines sur lesquels ne porte pas le contrôle administratif (conséquences de la nullité du licenciement, existence des critères d'ordre et non pas mise en œuvre qui revient au juge administratif).

Il convient de noter un revirement de jurisprudence de la part du tribunal des conflits dans sa décision du 17 octobre 2011 : en effet, celui-ci a totalement recomposé les règles de répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire, remettant en cause une jurisprudence quasi-centenaire (jurisprudence *Septfond* du 16 juin 1923). Le tribunal des conflits invoque pour fonder sa décision l'exigence de bonne administration de la justice et les principes fondamentaux (droit de voir sa demande jugée dans des délais raisonnables) : en cas de contestation devant le tribunal administratif, le juge judiciaire doit surseoir à statuer mais il en va autrement lorsqu'il apparait manifestement que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal. Si devant le juge judiciaire se pose une question qui relève de l'ordre administratif, ce dernier peut trancher cette question au nom de l'exigence de bonne administration de la justice en s'appuyant sur la jurisprudence établie par le Conseil d'Etat. Cette position a d'ailleurs été reprise par ce dernier dans une décision du 23 mars 2012.

Internet et droit du travail

Marguerite KOCHER

I. Accès à l'ordinateur et la messagerie du salarié

A) Présomption du caractère professionnel

Il existe une présomption d'utilisation professionnelle du matériel mis à la disposition du salarié par l'employeur : les fichiers créés par le salarié comme les courriels échangés sont présumés avoir un caractère professionnel ce qui permet à l'employeur de consulter ces données hors sa présence. Cette présomption ne tombe que si le salarié a identifié les fichiers ou courriels comme étant personnels. Dans cette hypothèse, l'employeur ne peut les consulter qu'en sa présence ou s'il a été dûment appelé, sauf événement particulier.

L'appréciation est stricte et formelle - Soc. 16 mai 2013 : cas d'un salarié démissionnaire soupçonné de détournement de clientèle et de concurrence déloyale pendant le préavis. Un huissier de justice avait édité des messages professionnels en l'absence du salarié. La Cour d'appel écarte ce procès-verbal au motif que l'adresse électronique du salarié ne comportait que son nom personnel et non le nom de l'entreprise et au motif qu'il recevait des messages personnels sur sa messagerie professionnelle. La chambre sociale casse l'arrêt en rappelant la présomption du caractère professionnel en l'absence d'identification expresse des messages comme étant personnels au salarié.

Dans le prolongement de cet arrêt, celui du 19 juin 2013 précise la situation de l'expert mandaté par l'employeur. La chambre sociale ne va pas suivre la Cour d'appel et va casser l'arrêt en appliquant sa jurisprudence de manière très stricte puisqu'elle constate d'une part que les fichiers personnels du salarié avaient été expressément exclus de l'analyse du rapport d'expertise et que par conséquent l'employeur n'y avait pas eu accès et d'autre part qu'il ne suffit pas que les fichiers intégrés au disque dur proviennent de la messagerie personnelle pour être considérés comme personnels : ils doivent être expressément identifiés comme tels.

Cette décision est à rapprocher de celle du 12 février 2013 concernant la clé USB personnelle du salarié. Pour la chambre sociale, dès lors qu'elle est connectée à l'ordinateur professionnel du salarié, la clé est présumée être utilisée à des fins professionnelles et son contenu peut donc être consulté par l'employeur hors la présence du salarié sauf si les fichiers sont expressément identifiés comme personnels.

B) Utilisation fautive de la messagerie professionnelle du salarié à des fins personnelles

Soc, 18 décembre 2013 : cas d'un salarié licencié pour faute grave pour avoir envoyé 178 courriels à une collègue de travail aux temps et lieu de travail consistant en des vidéos. La Cour d'appel a considéré que ces envois n'étaient pas fautifs en l'absence d'atteinte à l'image et au bon fonctionnement de l'entreprise et d'une mauvaise exécution de ses tâches par le salarié. La chambre sociale se montre plus sévère : pour elle, constitue bien une faute l'envoi incessant de vidéos téléchargées au temps de travail à d'autres collègues – il s'agit d'un manquement aux obligations contractuelles et aux dispositions du règlement intérieur interdisant les connexions Internet à des fins personnelles.

II. Les réseaux sociaux

Il est un domaine sur lequel la chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée : les réseaux sociaux. Dans quelle mesure un employeur peut-il se prévaloir de propos tenus sur des réseaux sociaux à des fins disciplinaire ? Cela pose la question du caractère privé ou public des échanges sur les réseaux sociaux.

On observe ici un consensus des juges du fond : les réseaux sociaux constituent un espace à géométrie variable. Ainsi, Facebook ou MSN peuvent constituer un espace public ou privé selon les paramètres choisis par le salarié.

CA Reims, 9 juin 2010 : si les propos sont accessibles par des personnes non concernées par la discussion, il y a une perte du caractère privé. En revanche, la confidentialité est préservée lorsque l'utilisateur limite la diffusion de ses propos à un cercle d'amis précisément identifiables.

Il s'agit ici d'une question importante qui va déterminer la possibilité d'une sanction disciplinaire mais qui va aussi conditionner l'existence d'un éventuel abus d'expression manifesté par des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs qui peuvent faire l'objet d'un licenciement disciplinaire ou tomber sous le coup du délit d'injure publique (loi de 1881 sur la liberté de la presse). On peut citer ici une décision du tribunal correctionnel de Paris du 17 janvier 2012 selon laquelle le fait de dénigrer son employeur sur Facebook peut donner lieu à condamnation pénale pour injure publique (avec une amende jusqu'à 12 000€).

Cass, Civ 1ère, 10 avril 2013 : une ancienne salariée avait publié sur Facebook et MSN des propos injurieux visant directement sa gérante. Elle est atraite en justice pour injure publique. Ce délit désigne toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait. Cette qualification est donc retenue si quatre éléments sont réunis : des propos injurieux dirigé à l'encontre d'une personne identifiée avec une intention coupable et l'existence d'un élément de publicité.

Cass, Civ 1ère, 10 avril 2013 : la Cour de cassation reconnaît la communauté d'intérêts permettant d'exclure le caractère public des propos et donc exclure la qualification d'injure publique. Cette communauté est caractérisée par le fait que seules les personnes agréées par la salariée avaient eu accès aux propos et que l'accès était réservé à un nombre très restreint de personnes. Si ce délit n'est pas constitué, les juges du fond doivent alors vérifier qu'il n'y ait pas de délit d'injures non publiques.

III. Droit de la preuve et droit à la preuve

La Cour de cassation a eu à connaître de la question de l'authenticité du courriel : si l'authenticité est contestée à titre de preuve, le courriel doit-il remplir les conditions posées par les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil pour être recevable ? Dans un arrêt du 25 septembre 2013, la chambre sociale retient que le courriel ne doit pas comporter une signature électronique assurant l'authentification de son auteur et certifiant son contenu car la preuve en matière sociale peut être rapportée par tout moyen. Cette preuve relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Il faut préciser que même si un courriel en matière de contentieux social n'a pas à remplir ces conditions, en cas de contestation, l'employeur doit être en mesure d'apporter aux juges du fond des éléments sur la provenance du courriel d'où l'importance de mettre en place un réseau informatique sécurisé (possibilité de se préserver de contestations dans le cadre d'un contentieux prud'homal ou dans celui des relations collectives du travail selon Soc, 27 février 2013 à propos du vote électronique).

L'utilisation d'un courriel à des fins probatoires pose la question de sa production en justice à titre de correspondance privée. Le droit à la vie privée peut ainsi entrer en conflit avec le droit de la preuve : l'article 145 du Code de Procédure Civile permet à l'employeur de demander à certaines conditions d'avoir accès à la correspondance privée du salarié, le droit à la vie privée cédant ici face au droit à la preuve. Mais l'employeur doit alors justifier d'un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige.

Soc, 19 décembre 2012 : la Cour de cassation précise que le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application de l'article 145 CPC. Cette solution s'inscrit dans un mouvement plus large de développement et de prédominance du droit de la preuve.

Actualité de la réparation du risque professionnel **Morane KEIM-BAGOT**

I. Actualité de la réparation en cas de faute inexcusable de l'employeur (TASS)

En cas de faute inexcusable de l'employeur (FIE), le salarié a droit à une majoration de sa rente ainsi qu'à l'indemnisation de préjudices complémentaires depuis la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 censurant le caractère limitatif de la liste des préjudices indemnisables de l'article L452-3 du Code de la Sécurité Sociale. Toutefois, on voit naître en pratique des difficultés du fait d'un télescopage entre le droit du dommage corporel et le droit des risques professionnels. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que la réparation des risques professionnels n'est pas intégrale (Civ 2^{ème}, 4 avril 2012 et 11 janvier 2013).

A) Les préjudices couverts par le livre 4 du Code de la Sécurité sociale

Indépendamment de la majoration de rente, l'article L452-3 CSS permet l'indemnisation de quatre postes de préjudices : le préjudice de la perte de promotion professionnelle, le préjudice esthétique, le préjudice d'agrément et les souffrances physiques et morales. Si les deux premiers n'ont subi aucune évolution notable, les deux suivants en revanche ont donné lieu à des décisions récentes importantes. Depuis 2009, la 2^{ème} chambre civile considère que la rente AT indemnise nécessairement, outre la perte de gain professionnel et l'incidence professionnelle, le déficit fonctionnel permanent (DFP). La même année, elle précise que ce DFP comprend non seulement les atteintes aux fonctions psychologiques mais également le trouble dans les conditions d'existence et les souffrances. Or, toute personne ayant eu un jour à connaître du taux d'IPP sur lequel est assise cette rente sait que ces troubles ne sont en réalité jamais pris en considération pour son calcul. D'autre part, une telle conception a pour conséquence de réduire le préjudice d'agrément à l'activité spécifique du sport ou de loisir (Civ 2^{ème}, 28 juin 2012), laquelle doit avoir été pratiquée antérieurement à la maladie (Civ 2^{ème}, 28 février 2013).

Dans la même logique, la Cour de cassation tend à remettre en cause la possibilité pour la victime de voir indemniser ses souffrances physiques et morales. Dans un arrêt du 28 février 2013, elle décide que le juge doit vérifier si de telles souffrances n'ont pas déjà indemnisées au titre du DFP. Or, celles-ci ne sont quasiment jamais prises en compte par les caisses de Sécurité sociale puis par le juge lors de la détermination du taux d'IPP.

Enfin, la jurisprudence rejette l'indemnisation des préjudices déjà pris en charge par la Sécurité sociale tels que les dépenses de santé ou les frais de déplacement. Mais la question s'est posée plus spécifiquement concernant les préjudices pour lesquels le CSS prévoit une indemnisation mais sous décision. Tel est le cas de la tierce personne après consolidation : la prise en charge par la Sécurité sociale est subordonnée à un taux d'incapacité d'au moins 80%. Par un arrêt du 20 juin 2013, la 2^{ème} chambre civile décide que le préjudice couvert par la Sécurité sociale, fut-il couvert de manière conditionnelle, empêche toute réparation dans le cadre de la FIE. Dans un autre arrêt du 20 juin 2013, elle retient qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve des dépenses effectives pour pouvoir bénéficier d'une prise en charge de la tierce personne temporaire c'est-à-dire avant consolidation.

B) Les préjudices non couverts par le livre 4 du Code de la Sécurité Sociale

La décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 a ouvert de nouvelles perspectives : une foultitude de préjudices nouveaux peut désormais faire l'objet d'une indemnisation. On peut distinguer les préjudices temporaires des préjudices permanents en retenant comme critère la date de consolidation.

S'agissant des premiers, ont été retenus le déficit fonctionnel temporaire, les souffrances pré-consolidation, la tierce personne provisoire, le préjudice esthétique temporaire et même la location du téléphone pendant la période d'hospitalisation.

S'agissant des seconds, ont été retenus les frais d'aménagement du véhicule ou du logement, le préjudice sexuel (sorti du préjudice d'agrément depuis Civ 2^{ème}, 4 avril 2012) et le préjudice d'établissement qui correspond à la perte de chance de réaliser un projet de vie normal (apprécié principalement en fonction de l'âge de la victime).

II. Actualité de l'indemnisation des victimes exposées à l'amiante

Les salariés exposés à l'amiante peuvent demander sous certaines conditions le bénéfice d'une retraite anticipée accompagnée d'une allocation de cessation anticipée des travailleurs de l'amiante (ACAATA). Cette indemnisation concerne donc des personnes qui n'ont pas encore nécessairement développé de maladies. Dès lors, on s'affranchit des règles du CSS et il est possible de plaider d'autres préjudices devant le conseil de prud'hommes. Cette indemnisation complémentaire va être recherchée notamment du fait que l'ACAATA ne représente que 65% du salaire et n'est pas cumulable avec d'autres revenus sauf une rente AT ou une pension d'invalidité.

A) La consécration du préjudice d'anxiété

Depuis un arrêt de la chambre sociale du 11 mai 2010, la Cour de cassation admet l'indemnisation pour les victimes d'un préjudice d'anxiété dans la mesure où elles se trouvent, du fait de l'employeur, dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante.

Dans un autre arrêt du 4 décembre 2012, la Haute Cour va encore plus loin en retenant que le préjudice d'anxiété n'est pas subordonné à un quelconque suivi médical : il se présume du simple bénéfice de l'ACAATA. En effet, l'inquiétude ne découle pas du suivi médical mais du risque causé à l'espérance de vie, lequel est objectivé par la diminution de l'espérance de vie du salarié par rapport à ses collègues, au groupe dans lequel il gravite.

B) L'exclusion des autres postes de préjudice

La chambre sociale exclut tout d'abord la prise en charge d'un préjudice économique (Soc, 11 mai 2010) : l'ACAATA est un mécanisme particulier qui nécessite la démission du salarié laquelle emporte une rupture du lien de causalité entre l'exposition au risque et le préjudice économique. Ce dernier n'est pas dû à l'exposition au risque mais à la rupture du contrat de travail.

Dans un arrêt du 25 septembre 2013, la Cour de cassation exclut également le préjudice de bouleversement dans les conditions d'existence : en effet, si la Cour est réceptive à l'argument de l'inquiétude menant à un changement des choix de vie, elle considère toutefois que ce préjudice est déjà couvert par l'indemnisation du préjudice d'anxiété. On peut regretter ici une sorte de globalisation de différents préjudices au sein d'un seul poste d'indemnisation.

Enfin, la Cour d'appel d'Amiens rejette en date du 27 juin 2013 la demande d'indemnisation du préjudice de contamination. Celui-ci est généralement invoqué par les victimes du SIDA ou de l'hépatite C mais l'amiante n'est pas une maladie comme les autres : il s'agit plutôt d'un facteur déclenchant donc on ne peut parler de contamination.

Pour conclure, on peut se demander s'il y a encore un intérêt à faire reconnaître par exemple les risques psychosociaux en tant qu'AT/MP car en cas de reconnaissance d'une FIE, il y aura immunité de l'employeur sur le plan civil. Il peut être préférable d'aller directement devant le conseil de prud'hommes en invoquant la violation par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat.

Complémentaires obligatoires

Philippe WITTNER

I. La généralisation de la complémentaire santé

La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 prévoit dès son article 1^{er} une généralisation de la couverture de frais de santé à l'horizon 2016. Celle-ci se déroule en trois temps : depuis le 1^{er} juin 2013, les branches sont amenées à devoir généraliser la partie négociations des prévoyances et notamment de la mutuelle santé. Mais ces négociations sont menées dans l'attente du décret devant donner le socle minimal de la mutuelle obligatoire : on peut déplorer ici une sorte de fonctionnement à l'envers. Ces négociations peuvent aboutir à un accord collectif de branche jusqu'au 1^{er} juillet 2015 : si à cette date aucun accord n'est conclu, l'entreprise a alors une obligation de négocier la mise en place d'une mutuelle avec ses délégués syndicaux dans le cadre de sa négociation annuelle obligatoire. Cette obligation n'existe que pour les entreprises n'ayant pas ce type de couverture ou dont le niveau de couverture est inférieur à celui du décret à paraître. Si la branche négocie, elle devra laisser 18 mois à ses adhérents pour pouvoir se mettre au niveau. Enfin, au 1^{er} janvier 2016, en l'absence d'accord de branche ou d'entreprise, la mise en place de la couverture frais de santé se fera pas décision unilatérale de l'employeur. Quelle sera la sanction en cas d'absence de couverture minimale ? La question reste ouverte ... Le décret prévoyant le socle minimal s'annonce comme comprenant des garanties « ras-les-pâquerettes » et une répartition 50/50 entre l'employeur et le salarié. La question se pose déjà dans les négociations paritaires sur ce que l'on peut négocier au-delà des garanties de base. Les employeurs considèrent que pour des garanties supérieures au socle minimal, la répartition 50/50 n'est pas obligatoire.

La question se pose aussi de l'organisme compétent pour couvrir ces complémentaires. Pendant des années, la Cour de cassation a considéré que les conventions collectives pouvaient pratiquer l'organisme désigné : seule une demi-douzaine d'arrêts ont été rendus sur le fondement d'une atteinte à la concurrence. Pourtant, lors de la négociation de l'ANI du 11 janvier 2013, les partenaires sociaux ont décidé de mettre le marché en concurrence et ainsi permettre aux entreprises de choisir leur prestataire. Face à un tel revirement, le Conseil constitutionnel a été saisi sur la question de la conformité des clauses de désignation à la Constitution : dans sa décision du 14 juin 2013, il conclut à leur non-conformité mais sans se prononcer pour les contrats en cours. Une nouvelle saisine en juillet aboutit à la décision du 18 octobre 2013 par laquelle le Conseil constitutionnel décide que les contrats en cours restent valables pendant les années à courir jusqu'au réexamen quinquennal. Fin novembre, le gouvernement propose aux branches de simplement recommander un organisme unique : cette recommandation s'accompagnerait d'une pénalité sous forme d'un forfait social majoré (20% au lieu de 8%) pour les entreprises ne choisissant pas l'organisme recommandé. Mais le Conseil constitutionnel à nouveau saisi rejette l'idée de pénalité.

Enfin, la mise en place d'une prévoyance générale reste soumise à des obligations strictes sur le plan formel depuis la loi Fillon de 2003 : en cas de non-respect, le risque est une réintégration dans l'assiette de l'ensemble des cotisations sur une année par l'URSSAF. Parmi ces conditions, on retrouve celle de la détermination des catégories objectives couvertes par le contrat : après deux circulaires interministérielles contradictoires puis annulées, le décret du 9 janvier 2012 indique les catégories objectives à respecter. Elles sont déterminées selon deux critères absolus (catégorie de cadres ou assimilés-cadres au sens de la convention collective nationale des cadres de 1947 avec cotisation à l'AGIRC et les tranches de rémunération) et trois autres critères à démontrer (classification et sous-classifications ainsi que les usages de la profession). L'arrêté du 26 mars 2012 quant à lui est venu préciser les dispenses d'adhésion qui ne remettent pas en cause le caractère collectif et obligatoire du système de prévoyance ouvrant droit à des exonérations sociales et fiscales.

II. La portabilité

Elle se définit comme l'obligation de pouvoir poursuivre les garanties de prévoyance au-delà du contrat de travail en cas de licenciement, de rupture conventionnelle, d'inaptitude physique ou encore de prise d'acte. Elle permet ainsi au salarié de pouvoir bénéficier des mêmes prestations, au même coût, aux mêmes conditions pendant une certaine durée après la rupture de son contrat de travail.

A l'initiative des employeurs du commerce et de l'industrie, cette portabilité a connu une évolution constante depuis son instauration par l'article 4 de la loi Evin du 31 décembre 1989. En effet, elle concerne aujourd'hui aussi bien la santé que la prévoyance.

L'ANI du 11 janvier 2013 l'a ainsi étendue aux professions libérales, au secteur agricole ainsi qu'aux prestataires de service. Le délai de la portabilité de 9 mois a été porté à 12 mois. Enfin, cette portabilité se fait désormais à titre gratuit pour le salarié avec l'instauration d'une mutualisation du financement.

Par ailleurs, depuis le 1^{er} janvier 2014, l'employeur doit informer les caisses de prévoyance des départs des salariés. En effet, à l'origine, le bénéfice de la portabilité devait être demandé par le salarié dans les 6 mois de la rupture du contrat de travail. Désormais, la logique est inversée puisque c'est l'assureur qui doit informer le salarié dans les 2 mois de son départ de la possibilité de bénéficier du maintien de la couverture complémentaire.

Enfin, à l'issue du délai de 12 mois, le salarié va pouvoir solliciter l'assureur pour continuer le contrat frais de santé à titre individuel avec une augmentation limitée (150% de sa cotisation initiale).

Actualité des conflits de lois et des conflits de juridictions

Nicolas NORD

I. Résolution du conflit de juridictions

A) Par le règlement Bruxelles 1 du 22 décembre 2000

Le règlement Bruxelles 1 constitue le règlement de référence pour les conflits de juridictions en matière civile et commerciale : il s'applique à 80% des décisions à caractère international et comporte une section relative au contrat de travail international. En cas d'initiative du salarié, l'article 19 dispose que l'employeur domicilié sur le territoire d'un Etat membre peut être attiré devant les tribunaux de l'Etat membre où il a son domicile. Le salarié peut aussi choisir de saisir une juridiction dans l'Etat membre du lieu d'exécution du travail ou du lieu où se trouve l'établissement qui l'a embauché (expression d'une volonté de proximité). Si c'est l'employeur qui initie l'action, l'article 20 ne prévoit pas d'option : il doit saisir les tribunaux de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur a son domicile. Enfin, l'article 21 traite des clauses attributives de juridiction : elles ne sont valables que si elles sont adoptées postérieurement à la naissance du différend ou permettent au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués par le règlement, lui offrant ainsi une faculté supplémentaire. La refonte de ce règlement a été décidée en vue de parfaire le système à travers le règlement n°1215/2012 applicable aux actions intentées à partir du 10 janvier 2015 déjà dénommé Bruxelles 1 bis. Ce délai de mise en œuvre résulte d'un souhait de la Commission européenne de laisser un temps d'adaptation aux praticiens.

B) Par le règlement Bruxelles 1 bis du 12 décembre 2012

Ce nouveau règlement a vocation à parfaire la protection du travailleur au travers de retouches ponctuelles : s'agissant tout d'abord du champ d'application géographique du règlement, son application suppose actuellement que l'employeur soit domicilié sur le territoire d'un Etat membre de l'UE. Désormais, le salarié aura la possibilité d'attirer un employeur non-domicilié sur le territoire d'un Etat membre devant la juridiction du lieu où il accomplit habituellement son travail ou du lieu de l'établissement qui l'a embauché. Cette extension du champ d'application n'est pas significative pour la France car le droit commun français permettait d'aboutir à une telle solution par le biais des articles 14 et 15 du Code civil. En revanche, une telle protection n'existait pas dans tous les pays européens, tels que la République tchèque par exemple. Par ailleurs, l'article 20 du règlement Bruxelles 1 bis introduit la règle de la compétence dérivée en présence de codéfendeurs : celle-ci prévoit la compétence de la juridiction du domicile de l'un des codéfendeurs en cas de connexité entre les deux demandes. Ce système est donc intéressant pour le salarié s'il a plusieurs employeurs puisqu'il aura la possibilité de grouper son action devant une seule juridiction. Cette règle de la compétence divisée avait été auparavant refusée au travailleur dans l'arrêt *Glaxosmithkline* du 22 mai 2008 car elle ne figurait pas dans la section autonome consacrée au contrat de travail.

II. Résolution du conflit de lois

A) Conflit de lois et conventions de l'OIT

Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 26 mars 2013, il était question d'un salarié ayant conclu un contrat de travail avec une société irlandaise, filiale à 100% d'Air France en qualité de personnel navigant personnel pour quatre semaines. Cette relation va ensuite être prolongée par un CDD de trois ans contenant une période d'essai prévue de six mois mais avec possibilité de renouvellement jusqu'à un an. Le salarié va finalement quitter l'entreprise au bout de neuf mois pour insuffisance professionnelle et absence au poste. Il saisit alors les juridictions françaises pour obtenir des indemnités en invoquant la durée excessive de la période d'essai. Va alors se poser la question de la loi applicable au contrat de travail : une clause le

soumet à la loi irlandaise, laquelle autorise une période d'essai d'une durée d'un an. Le choix de la loi applicable au contrat de travail est possible mais celui-ci ne doit pas nuire au travailleur au regard des dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix. Or, cette loi applicable à défaut de choix est celle du lieu d'exécution habituel du travail : en l'espèce, il s'agit de la loi française. Il y a donc lieu de comparer la loi française et la loi irlandaise afin de déterminer si le choix en faveur de la seconde n'est pas nuisible au travailleur.

Les juges du fond français retiennent qu'à l'époque des faits, en 2006, il n'y avait rien sur la période d'essai en droit français : celle-ci n'a été réglementée qu'en 2008. La loi irlandaise peut donc produire ses effets. La chambre sociale de la Cour de cassation constate aussi la lacune du code du travail français à l'époque mais elle souligne que la France est liée par plus de 120 conventions de l'OIT dont la convention n°158, laquelle prévoit que la période d'essai doit être d'une durée raisonnable. Il s'agit d'une convention internationale signée et ratifiée par la France et à ce titre elle fait partie du droit français. De plus, la chambre sociale décide pour la première fois qu'une telle disposition figurant dans une convention internationale peut être qualifiée de disposition impérative de la loi française. En conséquence, le choix de la loi irlandaise n'est pas valable et la période d'essai pouvant aller jusqu'à un an est jugée déraisonnable.

Cette décision doit être soulignée car elle signifie également que l'autonomie de la volonté, le choix d'une loi applicable au contrat va pouvoir être remis en cause très souvent au vu du nombre de conventions OIT ratifiées par la France.

B) Le jeu de la clause d'exception

Dans l'arrêt *Schlecker* du 12 septembre 2013, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) s'est livrée à une interprétation de l'article 6§2 de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Celui-ci prévoit la possibilité d'écarter la loi du lieu de travail habituel ou de l'établissement qui a embauché le travailleur au profit d'une autre loi avec laquelle le contrat de travail présente des liens plus étroits. Il s'agit ici d'une application du principe de proximité. En l'espèce, il s'agissait d'une salariée allemande ayant travaillé pendant quinze ans en Allemagne puis ayant conclu un nouveau contrat de travail avec le même employeur devant être exécuté aux Pays-Bas pendant douze ans. On lui demande ensuite de revenir en Allemagne mais elle refuse et conteste cette décision unilatérale de son employeur aux Pays-Bas. Le travail étant exercé habituellement aux Pays-Bas, la salariée invoque la compétence de la loi néerlandaise mais l'employeur sollicite l'application du principe de proximité en raison de différents éléments de l'affaire telles que la nationalité allemande des parties, le fait que la salariée soit domiciliée en Allemagne, qu'elle paie ses cotisations sociales et impôts en Allemagne ou encore que son salaire soit en deutschemark. Les juridictions néerlandaises vont donc interroger la CJUE afin de savoir s'il est possible de faire jouer la clause d'exception alors que la salariée a travaillé pendant une longue période de manière stable aux Pays-Bas.

La CJUE rappelle que l'objectif général de la clause d'exception est d'assurer une protection adéquate au travailleur c'est-à-dire garantir que soit appliquée au contrat de travail la loi la plus proche du contrat. Dès lors, cela ne doit pas nécessairement conduire à l'application de la loi plus favorable pour le travailleur : les juges nationaux doivent tenir compte de tous les éléments qui caractérisent la relation de travail et non pas uniquement le lieu d'exécution habituel. La CJUE recommande une approche qualitative et non quantitative et donne des exemples d'éléments significatifs tels que le pays où le salarié s'acquitte des impôts et taxes afférents aux revenus de son activité ou dans lequel il est affilié à la Sécurité sociale et aux divers régimes de retraite ou encore les paramètres liés à la fixation du salaire ou des autres conditions de travail.

Dès lors, même face à un salarié qui n'a jamais bougé pendant 12 ans, il est possible d'écarter la loi du lieu d'exécution habituel si une autre loi présente des liens plus étroits avec le contrat de travail. On pourra regretter que cette solution ne soit pas très conforme au principe de sécurité juridique.