

# Smart News

## Droit social #8

### Octobre 2017

**Nous vous proposons de retrouver régulièrement une sélection de l'actualité légale et jurisprudentielle en droit social.**

#### **1/ Dispositifs d'alertes professionnelles : Modification de l'autorisation unique n°AU-004**

La CNIL a, par une délibération n° 2017-191 en date du 22 juin 2017, modifié la délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (AU-004) afin d'intégrer les dispositions spécifiques en matière d'alerte professionnelle prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « loi Sapin 2 ».

Par ailleurs, il convient de noter que le Règlement européen n°2016/679 en date du 27 avril 2016 dit « Règlement général sur la protection des données » (RGPD ou GDPR), lequel entre en vigueur à compter du 25 mai 2018 a vocation à supprimer le mécanisme de déclaration préalable de traitement de données à caractère personnel auprès de la CNIL [et à substituer au dispositif d'autorisation préalable (notamment concernant les dispositifs de biométrie et de géolocalisation), un dispositif d'étude d'impact préalable sur la vie privée (dit « PIA » PIA (Privacy Impact Assessment))]. En cas de risque avéré, il sera nécessaire de recueillir l'avis de la CNIL avant la mise en place du traitement envisagé.

#### **2/ Surveillance des communications électroniques des salariés : apports de la CEDH**

Par une décision en date du 5 septembre 2017, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, est venue préciser sa jurisprudence relative à la surveillance de la messagerie professionnelle des salariés.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'employeur, bien qu'en droit de surveiller les communications électroniques des salariés, doit néanmoins respecter plusieurs garde-fous tenant à l'information préalable des salariés, à la limitation des surveillances quant à leur étendue (distinction entre la surveillance des flux de

communications et de leur contenu bien plus intrusif), à la justification de la surveillance pour des motifs légitimes et strictement nécessaires à l'objectif poursuivi, à l'existence de garanties visant à empêcher l'employeur d'accéder au contenu de ses communications sans qu'il n'en ait été averti au préalable.

Or, il convient de noter qu'en droit français, la jurisprudence de la Cour de cassation considère que l'employeur peut consulter, hors la présence du salarié et sans que celui-ci n'en soit préalablement informé, le contenu des données émises ou reçues par le salarié sur les outils de travail mis à sa disposition, qui ne sont pas expressément identifiées comme personnelles.

L'arrêt du 5 septembre 2017 pourrait faire évoluer la jurisprudence de la Cour de cassation précitée. (CEDH, Grande Chambre, 5 septembre 2017, n°61496/08, Barbulescu c. Roumanie)

#### **3/ Réforme du droit des obligations : Distinction entre l'offre et la promesse d'embauche**

Afin de tenir compte de la réforme du droit des obligations résultant de l'ordonnance n°2016-131 en date du 10 février 2016, par deux décisions en date du 21 septembre 2017, la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence relative à la portée des offres et promesses de contrat de travail.

Ainsi, l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de l'employeur de n'être lié qu'en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. La rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur.

En revanche, la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le

promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. En conséquence, la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis.

En conséquence, l'offre et la promesse d'embauche ne se distinguent plus par leur seul contenu mais par l'engagement de l'employeur, selon que ce dernier a exprimé sa volonté de conclure un contrat de travail (offre) ou a déjà donné son engagement et laisse au bénéficiaire le choix d'accepter ou non le contrat (promesse). Seul le consentement de ce dernier étant nécessaire pour que le contrat de travail soit définitivement formé.

(Cass. soc., 21 sept. 2017, n°16-20.103 et n°16-20.104, F-S-PBRI)

#### **4/ Requalification du CDD en CDI et poursuite du contrat au-delà du terme**

La Cour de cassation a précisé que le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au-delà du terme de la mission de travail temporaire en cas d'action en requalification en contrat à durée indéterminée.

Ainsi, en cas de requalification des contrats de mission en contrat à durée indéterminée, un employeur ne peut être condamné à la poursuite de la relation de travail.

(Cass. soc., 21 sept. 2017, n°16-20.270 et n°16-20.277, F-S-PBRI)

#### **5/ Indemnités en cas de rupture anticipée du CDD : soumission à cotisations sociales**

La 2ème chambre civile de la Cour de cassation a précisé que l'indemnité transactionnelle faisant suite à un litige relatif à la rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée est soumise à cotisations sociales.

La Cour de cassation a rappelé que les sommes versées en cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée ne sont pas au nombre de celles limitativement énumérées par l'article 80 duodecies du Code général des impôts auquel renvoie l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale qui liste les indemnités exonérées.

(Cass. 2ème civ., 6 juil. 2017, n°16-17.959, F-S-PB)

#### **6/ La modification du contrat pour un motif non inhérent à la personne du salarié n'est pas nécessairement économique**

Dans une décision en date du 13 septembre 2017, rendue en formation plénière, la Cour de cassation clarifie définitivement sa position relative à la procédure applicable à la modification du contrat de travail pour un motif non inhérent à la personne du salarié.

Ainsi, il résulte de l'article L. 1222-6 du Code du travail que la procédure qu'il prévoit n'est applicable que lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 du Code du travail.

Dès lors, en cas de modification du contrat de travail dépourvue de toute cause économique, le délai de 30 jours n'a pas à être respecté.

La question demeure entière s'agissant de la nature du licenciement envisagé en cas de refus du salarié de la modification de son contrat de travail.

Il convient toutefois de mettre en perspective cette décision avec l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective qui permet, dans certaines hypothèses, la négociation et la conclusion d'un accord collectif modifiant le contrat de travail, afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi. En cas de refus du salarié de se voir appliquer l'accord, l'employeur peut engager une procédure de licenciement, lequel repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse.

Par conséquent, la modification du contrat de travail de même que la rupture qui pourrait en découler en cas de refus n'a plus nécessairement un motif économique.

(Cass. soc., 13 sept. 2017, n°15-28.569, F-P-PB)

#### **7/ Un syndicat ne peut agir seul aux fins de transfert des contrats de travail auprès du repreneur**

Un syndicat ne peut agir seul en vue d'obtenir le transfert des contrats de travail des salariés au repreneur dans la mesure où l'action en revendication du transfert d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne du salarié. En conséquence, une organisation syndicale ne peut agir, par voie d'action principale, pour imposer la poursuite des contrats au repreneur. Elle peut en

revanche se joindre à l'action des salariés, en invoquant une atteinte à l'intérêt collectif de la profession.

(Cass. soc., 12 juill. 2017, n° 16-10.460 F-S-PB)

### **8/ Perte de représentativité syndicale : révision de l'accord d'entreprise**

Par une décision en date du 21 septembre 2017, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que l'évolution des conditions d'acquisition par une organisation syndicale de la représentativité telle qu'elle résulte de la loi n°789-2008 du 20 août 2008 conduit à apprécier différemment les conditions tenant à la révision d'un accord collectif d'entreprise.

En conséquence, les organisations syndicales de salariés signataires d'un accord, qui perdent leur représentativité pour la durée du cycle électoral au cours duquel la révision d'un accord d'entreprise est proposée, ne sont plus habilitées à négocier un tel accord.

(Cass. soc., 21 sept. 2017, n°15-25.531, PBRI)

### **9/ Exclusion de la qualité de cadre dirigeant d'un salarié au forfait jours**

Dès lors que le contrat de travail prévoit que le salarié est soumis à une convention de forfait jours, ce dernier ne peut être qualifié de cadre dirigeant, dans la mesure où ces deux régimes sont incompatibles.

Ainsi, il demeure possible d'exclure contractuellement un salarié cadre du statut de cadre dirigeant, quand bien même les critères d'identification de ce statut seraient réunis, par le recours à une convention individuelle de forfait jours.

(Cass. soc., 7 sept. 2017, n°15-24.725 FS-PB)

### **10/ Protection du salarié en cas de dénonciation de harcèlement moral : nécessité de qualifier les faits**

Les dispositions des articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du Code du travail qui prévoient une protection du salarié, selon laquelle il ne peut être licencié pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné ou relaté de tels agissements, sont d'interprétation stricte.

En conséquence, le salarié qui dénonce des faits qui ne sont pas qualifiés par lui de harcèlement moral ne peut bénéficier de ce statut protecteur.

(Cass. soc., 13 sept. 2017, n°15-23.045 FP-PB)

### **11/ Publication des ordonnances réformant le Code du travail**

Le 22 septembre 2017, cinq ordonnances ont été publiées en application de la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social en date du 15 septembre 2017 :

- l'ordonnance n°2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective ;

- l'ordonnance n°2017-1386 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ;

- l'ordonnance n°2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail ;

- l'ordonnance n°2017-1388 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective ;

- l'ordonnance n°2017-1389 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention.

Une sixième ordonnance a également été publiée le 22 septembre 2017 afin de reporter le prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu au 1er janvier 2019 et d'ajuster les mesures transitoires accompagnant la mise en place du dispositif (Ord. n°2017-1390 du 22-9-2017).

(Cf. Smart Event – Cycle de conférences – Ordonnances Travail : le décryptage ! Mardi 3 & Mardi 10 octobre 2017 organisé par le cabinet LPA-CGR avocats)

### **12/ Le décret portant revalorisation de l'indemnité légale de licenciement est publié**

En application du décret n°2017-1398 en date du 25 septembre 2017, l'indemnité légale de licenciement, dont bénéficient les salariés comptant au moins 8 mois d'ancienneté ininterrompus dans l'entreprise à la date de la notification du licenciement, ne peut être inférieure à un quart de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à 10 ans et à un tiers de mois par années d'ancienneté pour les années à partir de 10 ans.

En cas d'année incomplète, l'indemnité est calculée proportionnellement au nombre de mois complets.

Le décret est applicable aux licenciements et mises à la retraite prononcés et aux ruptures conventionnelles conclues postérieurement à sa publication.



## Alexandre Bensoussan

AVOCAT ASSOCIE

BARREAU DE PARIS

T : +33 (0)1 53 93 30 00  
Mail : abensoussan@lpacgr.com



## Karine Bézille

AVOCAT ASSOCIE

BARREAU DE PARIS

T : +33 (0)1 53 93 30 19  
Mail : kbezille@lpalaw.com



## Françoise Pelletier

AVOCAT ASSOCIE

BARREAU DE PARIS

T : +33 (0)1 53 93 30 11  
Mail : fpelletier@lpalaw.com



Paris | Alger | Bruxelles | Casablanca | Douala/Yaoundé | Dubaï | Hong Kong | Munich | Shanghai | Tokyo

[www.lpalaw.com](http://www.lpalaw.com)

*Pour vous désinscrire, merci d'envoyer un mail à [desabonnement@lpalaw.com](mailto:desabonnement@lpalaw.com)*