



## ACTUALITÉ SOCIALE



### *Harcèlement sexuel et efficacité législative*

La « Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel », titre fort et évocateur, comporte de nombreuses dispositions, fort hétérogènes, et l'on se demande si ses auteurs ne se sont pas laissés aller à un humour assez déplacé en choisissant d'y inclure de nouveaux éléments sur le harcèlement sexuel...

En tout état de cause, à la suite notamment des émois suscités par la vague de témoignages divers et variés sur le sujet (#MeToo) et la décision du gouvernement de s'emparer de la question, il ne s'est guère écoulé une semaine sans que la Secrétaire d'état chargée de l'égalité entre les femmes et les hommes ne pérore contre l'inadmissible phénomène qui conduit certaines et certains à considérer l'entreprise comme un lieu propice au plus vulgaire des lutinages. Constatant que les outils appropriés étaient insuffisants, une étape préalable a été franchie, la loi du 3 août 2018 ayant alors ajouté à la condamnation du harcèlement sexuel les propos ou comportements à connotation « sexistes ».

La loi nouvelle ajoute à la boîte à outils et charge dorénavant deux « référents » dans l'entreprise de recueillir la parole des victimes, comme si les représentants du personnel (naguère les délégués du personnel qui étaient nantis de prérogatives particulières en matière de respect de la dignité des personnes, aujourd'hui le CSE), le médecin du travail ou l'inspecteur du travail ne pouvaient pas le faire, sauf à conclure au constat d'échec de leurs missions en la matière.

Le premier référent est mis en place dans les entreprises de plus de 250 salariés et il a pour mission d'orienter, d'informer et d'accompagner ses collègues en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes.

- « Orienter » vers qui ? On ne sait pas.
- « Informer » de quoi ? On ne sait pas non plus.
- « Accompagner les salariés » où ? Toujours rien.

Il n'est toutefois pas démuné car à ses côtés se tiendra désormais un autre référent, désigné par le CSE parmi ses membres.

Nanti sensiblement des mêmes missions, le deuxième référent est plus chanceux que le premier puisqu'il bénéficiera de la « formation nécessaire »....

Voilà donc l'entreprise de plus de 250 salariés nantie de deux référents (dont l'articulation des missions demeure à préciser) dont on comprend à la lecture des débats parlementaires qu'ils devront être des « personnes de confiance », des « points de contact », et dont on est heureux d'apprendre que, es-qualités, ils n'occuperont pas d'« emplois à temps plein » (les auteurs de ces lignes attestent que cela a bien été précisé pendant les débats !)...



**Laurent Guardelli**  
Associé / Partner

[guardelli@coblence-avocats.com](mailto:guardelli@coblence-avocats.com)



**Caroline Habib**  
Collaboratrice / Associate

[habib@coblence-avocats.com](mailto:habib@coblence-avocats.com)

« Indépendants », les référents nouvellement créés trouveront-ils leur place dans l'entreprise ? C'est hélas probable, dans la mesure où les phénomènes de harcèlement sexuel sont une incontestable réalité qui ne se limite d'ailleurs pas aux entreprises dotées d'un CSE et/ou dont l'effectif est supérieur à 250 salariés, seuil curieusement justifié par la Ministre du travail par l'existence « en général », d'une direction des ressources humaines au-delà de ce chiffre. N'est pas Danone qui veut...

Mais au-delà, et en dépit de l'absence de protection spécifique accordée par la loi au référent non élu, ne peut-on craindre une vague de dénonciations similaire à celle récemment observée sur les réseaux sociaux, en ce compris les excès dévastateurs commis par celles et ceux qui avaient trouvé là une tribune que leur talent n'avait jamais justifié auparavant ?

De même, relève-t-il de la paranoïa de soupçonner une augmentation de la conflictualité née de l'introduction de ces nouveaux statuts dans les entreprises et des procès en légitimité que certains ne manqueront pas d'instruire à l'encontre de leurs détenteurs, dont la cohabitation pourrait elle-même donner lieu à quelques frictions ?

Etait-il utile à l'efficacité de la lutte contre le harcèlement sexuel d'ajouter à l'arsenal existant des référents qui, c'est à craindre, pourraient rapidement quitter leurs oripeaux d'indépendance, dès lors que la moindre de leur action sera analysée comme favorisant tel victime ou tel harceleur, au risque de se trouver eux-mêmes en porte-à-faux parmi leurs collègues de travail ?

Beaucoup demeure à construire dans la prise de conscience comme dans le combat contre les comportements aussi grossiers qu'avalissants sur le lieu de travail, mais le juriste et le chef d'entreprise savent aussi que le mieux est souvent l'ennemi du bien en ce qu'il nuit à la lisibilité de l'action engagée.

Souhaitons qu'à la lutte menée, le millefeuille législatif ne nuise point.

## ➤ [Loi n° 2018-670 sur le secret des affaires du 30 juillet 2018 \(JO du 31 Juillet 2018\)](#)

La loi n° 2018-670 sur le secret des affaires du 30 juillet 2018 (publiée le 31 juillet 2018) qui transpose en droit interne, une directive européenne du 8 juin 2016 précise les modalités permettant de concilier une protection efficace du secret des affaires avec la garantie de préserver la liberté d'expression des journalistes, des lanceurs d'alerte et des représentants du personnel.

Concernant spécifiquement les représentants du personnel, le secret de l'information divulguée n'est pas opposable lorsque, à l'occasion d'une action en justice relative à une atteinte au secret des affaires (C. com., art. L. 151-9) :

- l'obtention de l'information protégée au titre du secret des affaires est intervenue dans le cadre du droit à l'information et à la consultation des salariés et des représentants du personnel ;
- la divulgation de l'information protégée au titre du secret des affaires par des salariés à leurs représentants est intervenue dans le cadre de l'exercice légitime de leurs fonctions, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice.

Les articles L. 152-3 à L. 152-5 du Code de commerce prévoient qu'en dehors de ces hypothèses, les juges pourront décider, outre l'injonction de mesures empêchant ou mettant fin à l'atteinte portée par la divulgation du secret, le versement de dommages-intérêts par les salariés et les représentants du personnel qui auront divulgué des informations protégées par le secret des affaires.

## ➤ [Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes \(JO du 5 août 2018\)](#)

La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes (publiée le 5 août) renforce le délit de harcèlement sexuel. Au-delà de la définition que l'on connaît énoncée à l'article 222-33 du Code pénal, cette infraction est également désormais constituée :

- « lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime de manière concertée par plusieurs personnes, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée.
- lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition. »

Cette nouvelle définition est également étendue au harcèlement moral (article 222-33-2-2 du Code pénal).

Cette loi crée par ailleurs une nouvelle infraction d'outrage sexiste qui, à l'instar du harcèlement sexuel, pourra être caractérisé en entreprise. L'outrage sexiste est défini par l'article 621-1 du Code pénal comme 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 ».

Aucune répétition des faits n'est exigée et ce type d'outrage peut être caractérisé en dehors de tout acte de harcèlement, sexuel ou moral.

➤ [La loi n° 2017-727 du 10 août pour un Etat au service d'une société de confiance \(JO du 11 août 2018\)](#)

La loi n° 2017-727 du 10 août pour un Etat au service d'une société de confiance (publiée le 11 août) pose des principes qui devraient changer les rapports entre administrations et administrés. Elle prévoit notamment :

- La création d'un droit à la régularisation en cas d'erreur d'un administré qui méconnaît une règle pour la première fois ;
- La création d'un droit pour toute personne de solliciter un contrôle pour s'assurer de la conformité de ses pratiques ;
- La généralisation du dispositif de médiation entre Urssaf et cotisants au 1er janvier 2020 ;
- Le développement des procédures de rescrit ;
- L'établissement d'un seul bulletin de paye pour des CDD de moins d'un mois à cheval sur 2 mois.

➤ [Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 \(JO du 6 septembre 2018\)](#)

La loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 (publiée le 6 septembre) pour la liberté de choisir son avenir professionnel a été validée pour l'essentiel par le Conseil constitutionnel le 4 septembre 2018 (le Conseil a censuré une douzaine de dispositions pour des raisons de procédure).

Ce texte prévoit notamment :

- Une vaste réforme de la formation professionnelle, avec notamment la refonte du plan de formation, qui devient le « plan de développement des compétences », l'aménagement des règles de financement de la formation professionnelle, une réforme du compte personnel de formation (CPF), ou encore la réforme du contrat d'apprentissage ;
- La modernisation de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés ;
- Un dispositif de mesures et de réduction des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ;
- Des sanctions alourdies en matière de fraude contre le détachement et le délit de travail illégal, tout en allégeant des exigences relatives au détachement dans certaines situations particulières ;
- L'extension, sous conditions, de l'assurance chômage aux démissionnaires et la création d'un droit à indemnisation pour les travailleurs indépendants en cessation d'activité.

➤ [Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 \(JO du 11 septembre 2018\)](#)

La loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 (publiée le 11 septembre) pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, prévoit notamment d'étendre la carte de séjour pluriannuelle - passeport talent - qui vise à autoriser les étrangers hautement qualifiés à travailler en France.

## ➤ Rupture du contrat de travail

- [Rappel de la Cour de Cassation relatif au refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail - Cass. soc., 11 juillet 2018, n° 17-12.747](#)

Un salarié est licencié pour cause réelle et sérieuse pour avoir refusé la modification de son contrat de travail, consistant en un changement de son lieu de travail, dans un autre secteur géographique et sans mise en œuvre d'une clause de mobilité.

Alors que le salarié soutenait qu'il avait été licencié pour un motif économique injustifié, la Cour d'appel a validé le bien-fondé du licenciement. Elle a, en effet, considéré que la modification du contrat de travail est intervenue pour un motif inhérent à la personne du salarié, dans la mesure où elle était consécutive à la réorganisation du service financier de la société relevant du pouvoir de direction de l'employeur, et que son refus justifiait alors la rupture du contrat de travail.

La Cour de cassation censure cette décision rappelant que « *le refus par un salarié d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement* » et que « *la rupture résultant du refus par un salarié d'une modification de son contrat pour un motif non inhérent à sa personne constitue un licenciement économique* ».

En effet, le refus de la modification du contrat de travail ne permet pas, en tant que tel, de justifier la rupture, c'est le motif de la modification du contrat qui doit justifier le licenciement. Or, en l'espèce, la Cour retient que le motif de réorganisation du service financier de l'entreprise constitue un motif non inhérent à la personne du salarié. Dès lors, le licenciement consécutif au refus d'accepter cette modification est nécessairement de nature économique. Constatant ensuite qu'il n'était pas allégué que la réorganisation ayant conduit au licenciement résultait de « *difficultés économiques ou de mutations technologiques ou qu'elle fût indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise* », la Cour de cassation juge, par conséquent, que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

- [Le licenciement d'un salarié absent ne peut se fonder sur les seules perturbations causées dans son service - Cass. soc., 26 juin 2018, n°15-28.868](#)

Une salariée, licenciée pour « *absences répétées perturbant le bon fonctionnement du service des ressources humaines et rendant indispensable son remplacement définitif* », assigne son employeur devant le Conseil de prud'hommes en faisant valoir que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

La Cour d'appel de Paris la déboute de sa demande en retenant que la preuve des perturbations au fonctionnement du service des ressources humaines, provoquées par les arrêts de travail de la salariée, était rapportée.

La Cour de cassation casse l'arrêt en rappelant dans un attendu de principe, qu'en vertu des articles L. 1232-6 et L. 1132-1 du Code du travail, « *la lettre de licenciement doit énoncer expressément la perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise et la nécessité de pourvoir au remplacement du salarié absent* ». En effet, pour que le licenciement soit fondé, le trouble causé par les absences du salarié doit être ressenti dans l'ensemble de l'entreprise, et non au seul niveau d'un service – comme c'était le cas en l'espèce, et ce trouble doit être expressément notifié dans la lettre de licenciement.

- [Des témoignages anonymes ne suffisent pas à prouver la faute du salarié - Cass. soc., 4 juillet 2018, n° 17-18.241](#)

Un salarié contestait son licenciement pour faute, fondé sur un rapport d'enquête établi par un comité d'éthique interne à l'entreprise, dans lequel plusieurs salariés témoignaient de façon anonyme des agissements dont ils avaient été témoins. Il considérait que ces témoignages anonymes portaient atteinte à ses droits.

La Cour d'appel déboute le salarié de sa demande, considérant qu'il n'y avait pas eu d'atteinte aux droits de la défense dans la mesure où il avait eu la possibilité de prendre connaissance des témoignages en question et de pouvoir présenter des observations.

La Cour de cassation censure ce raisonnement, au visa de l'article 6 § 1 et 3 de la convention européenne des droits de l'homme, jugeant que « *le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes* ». Ces déclarations anonymes sont en conséquence insuffisantes pour caractériser la validité d'un licenciement. Le salarié ou l'employeur doivent apporter d'autres éléments de preuve.

- [Justification du refus de candidature au départ volontaire - Cass. soc, 7 juin 2018, n° 16-28.678](#)

Une société a signé un accord de mobilité externe afin d'adapter ses effectifs, à la suite du rapprochement avec une autre société occasionnant des doublons de postes. Dans ce cadre, un salarié qui s'était porté candidat au départ volontaire s'est vu opposé un refus par l'employeur, au motif que ses compétences « *rendaient son remplacement délicat et son départ serait préjudiciable au bon fonctionnement de la société* », motif de refus prévu par l'accord.

Le salarié a alors démissionné et saisi le Conseil de prud'hommes afin d'obtenir une indemnité au titre du refus abusif de sa candidature au plan de départ volontaire et une requalification de sa démission en licenciement sans cause réelle.

De son côté, la société invoquait que le principe de bonne foi étant toujours présumé, c'est au salarié de démontrer que le refus n'est pas justifié par l'intérêt légitime de l'entreprise.

La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir fait droit aux demandes du salarié, considérant qu'il incombait à l'employeur de justifier de la réalité du caractère préjudiciable de ce départ au bon fonctionnement de la nouvelle organisation. Echouant à démontrer que le salarié ne possédait pas de compétence ou de savoir-faire particulier rendant son remplacement particulièrement délicat, la démission du salarié, notifiée en raison du refus abusif de l'employeur d'accepter son départ volontaire, devait être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

### ➤ Relations collectives de travail

- [Délai de 15 jours pour contester les élections professionnelles - Cass. soc, 4 juillet 2018, n°17-21.100](#)

Un syndicat saisit le Tribunal d'instance, le 5 mai 2017, d'une demande d'annulation du protocole préélectoral au motif qu'il n'a pas été invité à la négociation du protocole. Les 30 mai et 13 juin suivants, ont lieu les élections des délégués du personnel et des membres du CE de la société.

Le 28 juin 2017, le Tribunal d'instance ordonne la négociation d'un nouveau protocole préélectoral.

Toutefois, la Cour de cassation, constatant que le syndicat n'avait formé aucune demande d'annulation des élections dans un délai de quinze jours suivant la proclamation des résultats, annule le jugement du Tribunal d'instance, sur le fondement des articles R. 2314-28 et 2324-24 du Code du travail. En effet, passé ce délai de forclusion, si aucun recours n'a été introduit, les élections sont considérées purgées de tout vice et les mandats sont définitivement acquis.

- [La dispense d'élections partielles est censurée en cas d'annulation d'élections de représentants du personnel pour violation des règles de représentation des hommes et des femmes - Cons. const., 13 juillet 2018, déc. n° 2018-720 à 726 QPC](#)

L'employeur doit organiser des élections partielles dès lors qu'un collège n'est plus représenté ou que le nombre de titulaires est réduit de moitié ou plus (C. trav., ancien art. L. 2314-7 pour les délégués du personnel ; C. trav. ancien art. L. 2324-10 pour le comité d'entreprise).

Une dérogation à l'obligation d'organiser des élections partielles a toutefois été introduite par la loi Rebsamen du 17 août 2015, lorsque la vacance de sièges résulte de l'annulation par le juge judiciaire de l'élection des candidats en raison du non-respect par les organisations syndicales des règles relatives à la représentation équilibrée des femmes et des hommes.

Cette règle posait néanmoins une difficulté majeure : les salariés d'un collège pouvaient ainsi se trouver sans représentation du personnel ou avec une délégation du personnel très réduite, pendant parfois plusieurs années.

Le Conseil constitutionnel a ainsi annulé les dispositions contestées des articles L. 2314-7 et L. 2324-10, déclarées contraires à la Constitution : « *même si les dispositions contestées visent à garantir, parmi les membres élus, une représentation équilibrée des femmes et des hommes, l'atteinte portée par le législateur au principe de participation des travailleurs est manifestement disproportionnée. Par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions contestées doivent être déclarées contraires à la Constitution.* »

- [Les limites à la recevabilité de l'action à agir des syndicats - Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 2018, n° 17-21.757](#)

Dans cette espèce, le trésorier d'un comité d'entreprise et le syndicat CFDT ont assigné en diffamation non publique un membre du syndicat CGT, ayant affiché un document affirmant que « l'utilisation des comptes du [CE] est soumise au bon vouloir de certains de ses représentants qui décident seuls de certaines dépenses ».

La Cour d'appel a déclaré irrecevable l'action en diffamation du syndicat au motif que seuls les membres du CE avaient qualité pour agir. Les demandeurs se pourvoient alors en cassation en rappelant notamment que « *les syndicats professionnels peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* ».

La Cour de cassation casse partiellement l'arrêt en retenant que la Cour d'appel aurait dû vérifier si la fonction de trésorier du comité d'entreprise exercée par Monsieur X ne constituait pas une circonstance extrinsèque rendant possible son identification, de sorte que le trésorier avait qualité à agir.

En revanche, la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel en ce qu'il déclare irrecevable l'action du syndicat, rappelant qu'il résulte « *de la combinaison des articles 29 alinéa 1<sup>er</sup>, 48, 6, de la loi du 29 juillet 1881 et R. 621-1 du Code pénal que la répression de la diffamation non publique envers un particulier ne peut être poursuivie que sur la plainte de celui qui, personnellement visé et atteint, en a été la victime* ».

- [L'impossibilité pour un syndicat créé pendant le cycle électoral de désigner un délégué syndical - Cass. soc., 4 juillet 2018, n° 17-20.710](#)

Des élections professionnelles sont organisées en 2012 au sein d'une UES. La CGT obtenant 19,8% des suffrages exprimés, devient représentative sur ce périmètre. En 2014, est créé le syndicat CGT NAM qui s'affilie à la confédération CGT. En respectant l'ancienneté minimale de 2 ans, il désigne en 2016 deux délégués syndicaux au niveau de l'UES. L'employeur conteste ces désignations. Le syndicat soutient quant à lui que ces désignations sont légitimes dans la mesure où étant affilié à la CGT, il doit pouvoir bénéficier des suffrages obtenus par la CGT aux élections professionnelles.

Le syndicat, débouté en première instance, se pourvoit en cassation.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en rappelant que « *la représentativité syndicale est établie pour toute la durée du cycle électoral* ». La haute juridiction considère que le syndicat, créé pendant le cycle électoral et n'ayant ainsi pas participé aux élections professionnelles, n'est pas représentatif au sein de l'UES et ne peut donc pas désigner de délégués syndicaux.

# L'actualité du département social

## Juillet - Octobre 2018



**Jeudi 18 octobre 2018**

Petit Déjeuner

« *Recruter sans discriminer* »  
Avec l'intervention de *Mariam Katthab*  
Directrice Recrutement



Inscriptions par e-mail auprès de  
[evenement@coblence-avocats.com](mailto:evenement@coblence-avocats.com)



[Terminating employment contracts by mutual agreement: 10 years later](#)  
[Laurent Guardelli and Léa Fonseca](#)  
[ILO](#)



[L'expertise Formation de Coblence & Associés obtient la certification qualité Datadock](#)

En lien avec cette certification, notre cabinet propose désormais des ateliers pratiques

Pour plus d'informations, contacter vos interlocuteurs au sein du cabinet ou [deleage@coblence-avocats.com](mailto:deleage@coblence-avocats.com)



**Découvrez notre nouvelle offre d'ateliers pratiques en inter (4 à 8 participants max.) :**

- L'accompagnement du service RH dans la mise en œuvre du RGPD
- Respecter son obligation de formation en matière de non discrimination
- Mettre en place son CSE
- Harcèlement : le prévenir, le guérir
- Règlement intérieur : l'élaborer, le réviser

Pour plus d'informations ou recevoir notre catalogue, contacter vos interlocuteurs au sein du cabinet ou [deleage@coblence-avocats.com](mailto:deleage@coblence-avocats.com)



**A noter ! Nos nouvelles adresses e-mails depuis juillet 2018**

Catherine Davico-Hoarau : [hoarau@coblence-avocats.com](mailto:hoarau@coblence-avocats.com)  
Chantal Giraud-van Gaver : [van-gaver@coblence-avocats.com](mailto:van-gaver@coblence-avocats.com)  
Laurent Guardelli : [guardelli@coblence-avocats.com](mailto:guardelli@coblence-avocats.com)  
Elisabeth Laherre : [laherre@coblence-avocats.com](mailto:laherre@coblence-avocats.com)  
Martine Riou : [riou@coblence-avocats.com](mailto:riou@coblence-avocats.com)

