

Société d'avocats JurisCal

Yann BIGNON
Laurence PEDAMON
Séverine LOSTE
Pierre-Henri LOUAULT
Olivier THIBAUT

Avocats

Lettre d'information en droit social

Sixième numéro

Nous avons le plaisir de vous faire parvenir le sixième numéro de notre lettre d'information en droit social.

Nous vous en souhaitons une bonne lecture, en espérant répondre à vos attentes.

Période d'essai

Quand la liberté de mettre fin à une période d'essai dégénère en abus :

Comme chacun sait, une période d'essai régulièrement inscrite dans un contrat de travail, permet à chacune des parties au contrat d'y mettre un terme sans préavis, sans indemnité et surtout sans avoir à motiver cette rupture.

La liberté ci-dessus n'est cependant pas totale et la Cour de Cassation veille à ce que l'employeur n'en abuse pas.

Société d'avocats JurisCal

S.E.L.A.R.L au capital de 7.400.000 Frs - RCS Nouméa B 081 778 - Ridet 081 778 001
Immeuble "La Potinière" - 5 Route du Vélodrome - Orphelinat - BP 3745 - 98846 Nouméa Cedex -
Tel (687) 27 16 88 - Fax (687) 27 30 23 - Email : juris@juriscal.nc

Une illustration vient de nous être donnée par un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2012 (n°10 – 14 868) dans lequel a été considéré comme abus de droit, le fait pour une société d'avoir mis fin à une période d'essai d'une durée d'un mois, après seulement 2 jours de travail, les juges ayant considéré que l'employeur n'avait pu de ce fait apprécier la valeur professionnelle du salarié.

Il convient en effet de rappeler que la période d'essai sert avant tout pour l'employeur à apprécier la capacité d'un salarié à occuper la fonction pour laquelle il a été engagé.

Ce n'est qu'une fois que l'employeur a pu objectivement se faire une idée qu'il peut, le cas échéant, mettre un terme à une période d'essai jugée non satisfaisante.

Bien entendu, il n'existe pas de délai minimum de rupture applicable dans tous les cas de figure.

L'appréciation se fait au cas par cas, en tenant compte notamment de la nature de la fonction occupée par le salarié.

Comme à chaque fois dans le domaine du droit du travail, il n'existe pas de règle « mécanique » ou « automatique ». Chaque décision doit être réfléchie et adaptée aux circonstances particulières dans lesquelles elle doit être prise.

Mieux vaut se poser les bonnes questions en amont plutôt que de constater les dégâts en aval...

Discrimination

L'exercice périlleux de l'évaluation des représentants du personnel :

Les représentants du personnel disposent de crédits d'heures de délégation, qui peuvent parfois se cumuler lorsque le représentant exerce plusieurs mandats au sein de l'entreprise (membre du comité d'entreprise, délégué du personnel, membre du CHSCT, délégué syndical...).

Lorsque vient le moment de l'évaluation professionnelle d'un représentant du personnel dont les fonctions représentatives et/ou syndicales ont considérablement réduit son « activité productive », le responsable hiérarchique peut être tenté de faire le constat selon lequel le temps consacré aux différents mandats a pu rendre plus difficiles l'exercice de la fonction et/ou l'atteinte des objectifs:

Ce simple constat figurant sur un compte rendu d'entretien d'évaluation, est aujourd'hui suffisant pour être jugé discriminatoire par la Cour de Cassation (Cass soc 11 janvier 2002 n°10 – 16 656 et n°10 – 16 657).

Société d'avocats JurisCal

S.E.L.A.R.L au capital de 7.400.000 Frs - RCS Nouméa B 081 778 - Ridet 081 778 001
Immeuble "La Potinière" - 5 Route du Vélodrome - Orphelinat - BP 3745 - 98846 Nouméa Cedex -
Tel (687) 27 16 88 - Fax (687) 27 30 23 - Email : juris@juriscal.nc

Pour qu'une telle discrimination soit constituée, il n'est nul besoin d'émettre des opinions négatives sur l'exercice des mandats, il suffit d'y faire référence en constatant simplement une disponibilité réduite, pour tomber sous le coup de cette discrimination (laquelle peut donner lieu, faut-il le rappeler, à des sanctions pénales).

Le conseil est donc simple : il convient de bannir purement et simplement toute référence à l'exercice des mandats de représentant du personnel dans les entretiens annuels d'évaluation.

Les managers en charge de la réalisation de ces entretiens devront être informés, voire formés sur le sujet, afin d'éviter de tomber dans le piège.

Peut-on licencier un salarié en raison de son « look » ?

Certaines entreprises, dont les salariés sont en contact direct avec la clientèle, cherchent à faire en sorte que ces salariés aient une apparence en adéquation avec l'image de l'entreprise et donc valorisante pour cette dernière.

C'est par exemple le cas dans le secteur de la restauration, plus encore dans celui de la restauration « haut de gamme ».

La Cour de Cassation a récemment eu à connaître de l'exemple d'un chef de rang, employé dans un restaurant gastronomique, licencié pour avoir refusé d'ôter pendant le service, les boucles d'oreilles qu'il s'était mis à porter depuis quelques semaines.

La lettre de licenciement a été motivée comme suit : « *Votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes* ».

Le salarié licencié a contesté cette rupture sur le terrain de la discrimination.

La Cour de Cassation a suivi le salarié dans son raisonnement considérant que ce qui était toléré pour les femmes devait également l'être pour les hommes, sauf raisons objectives et pertinentes justifiant de la différence de traitement, qu'il appartient à l'employeur de démontrer (Cass soc 11 janvier 2012 n°10-28213).

Les raisons données par l'employeur tenant à l'image de l'entreprise à l'égard de la clientèle, n'ont pas été jugées suffisantes pour justifier de cette différence de traitement entre hommes et femmes, les juges ayant considéré que les avis négatifs sur le port des boucles d'oreille par un homme sont subjectifs et ne constituent que de simples jugements de valeur.

Des raisons d'hygiène ou de sécurité sont en général jugées plus pertinentes.

Conclusion : prudence et discernement sont de mise sur un sujet de plus en plus sensible.

Société d'avocats JurisCal

S.E.L.A.R.L au capital de 7.400.000 Frs - RCS Nouméa B 081 778 - Ridet 081 778 001
Immeuble "La Potinière"- 5 Route du Vélodrome - Orphelinat - BP 3745 - 98846 Nouméa Cedex -
Tel (687) 27 16 88 - Fax (687) 27 30 23 - Email : juris@juriscal.nc

Point spécial : harcèlements moral et sexuel

La loi du Pays n°2011-5 du 17 octobre 2011 :

Par la loi du 17 octobre 2011, la Nouvelle-Calédonie vient de compléter le Code du travail en y ajoutant des dispositions relatives aux relations de travail dans l'entreprise et à l'interdiction des harcèlements moral et sexuel au travail.

Jusqu'alors, il faut rappeler que seules les dispositions du code pénal étaient applicables en Nouvelle-Calédonie. Il n'était donc possible d'agir sur le terrain du harcèlement que devant les juridictions pénales.

Dorénavant, les salariés peuvent se prévaloir de ces nouvelles règles dans le cadre des contentieux individuels portés devant le Tribunal du travail.

Il s'agit bien entendu d'une évolution majeure pour le droit social de la Nouvelle-Calédonie.

Les relations de travail

Un premier chapitre de ce texte est consacré aux relations de travail.

Il pose le principe selon lequel « *Tout salarié a droit à des relations de travail empreintes de respect et exemptes de toute forme de violence. Toute personne a le devoir de contribuer, par son comportement, au respect de ce droit.* »

Il est précisé qu'il appartient à l'employeur de prendre « *Toutes les mesures nécessaires pour assurer aux travailleurs qu'il emploie des relations de travail empreintes de respect et exemptes de toute forme de violence* ».

Le texte prévoit la possibilité pour l'employeur d'élaborer, de sa propre initiative, un « **Plan pour la qualité des relations de travail** ».

Ce plan comporte un diagnostic écrit sur les relations de travail établi après audit ou enquête réalisés dans l'entreprise, ainsi qu'un programme d'actions prévoyant notamment des mesures de sensibilisation, de formation et d'amélioration de l'organisation du travail dans l'entreprise.

Il est précisé que l'employeur peut être tenu à la mise en œuvre de ce plan pour la qualité des relations de travail, sur demande du médecin du travail ou sur demande conjointe du médecin du travail et du CHSCT (ou à défaut de l'ensemble des délégués du personnel). L'employeur qui ne déférerait pas à cette demande s'exposerait d'abord à une mise en demeure de l'inspection du travail, puis à une pénalité de 500 000 XPF au plus.

Société d'avocats JurisCal

S.E.L.A.R.L au capital de 7.400.000 Frs - RCS Nouméa B 081 778 - Ridet 081 778 001
Immeuble "La Potinière" - 5 Route du Vélodrome - Orphelinat - BP 3745 - 98846 Nouméa Cedex -
Tel (687) 27 16 88 - Fax (687) 27 30 23 - Email : juris@juriscal.nc

Il s'exposerait surtout à notre avis à un risque beaucoup plus élevé de condamnation en cas de contentieux individuels portés devant le Tribunal du travail.

Nous ne saurions trop conseiller aux entreprises de ne pas être attentistes en la matière et de prendre l'initiative d'élaborer ce plan, ce qui ne pourra que constituer un atout vis-à-vis de l'inspection du travail et de la médecine du travail, mais aussi pour les contentieux individuels à venir.

Notre cabinet pourrait bien entendu, vous accompagner dans le cadre d'une telle démarche.

Le harcèlement

La loi du Pays du 17 octobre 2011 insère également dans le code du travail, deux chapitres relatifs respectivement au harcèlement moral et au harcèlement sexuel.

Le harcèlement moral est défini comme suit : « Sont constitutifs de harcèlement moral et interdits les agissements répétés à l'encontre d'une personne, ayant pour objet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel. »

Le harcèlement sexuel est défini comme suit : « Est constitutif de harcèlement sexuel et interdit tout agissement exercé contre la volonté d'une personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers. »

Les faits de harcèlement moral ou sexuel sont tous deux réprimés pénalement (1 an d'emprisonnement au plus et/ou 1 789 976 XPF d'amende au maximum).

Il est à noter que le texte prévoit l'obligation de modifier les règlements intérieurs en y insérant expressément les dispositions relatives à l'interdiction des harcèlements moral et sexuel.

Il est également indispensable d'informer, voire de former les cadres à ces nouvelles règles, afin de leur faire prendre conscience de ce que certains comportements managériaux peuvent tomber sous le coup du harcèlement (la frontière est souvent ténue entre l'exigence licite et le harcèlement illicite).

Du pain sur la planche pour les chefs d'entreprise et les DRH.

Le harcèlement moral « ascendant » admis par les juges :

Dans un arrêt rendu le 6 décembre 2011, la chambre criminelle de la Cour de Cassation a consacré pour la première fois la notion de harcèlement moral « ascendant », c'est-à-dire d'un harcèlement exercé par un subordonné à l'encontre d'un supérieur hiérarchique (Cass crim 6 décembre 2011 n°10 – 82 266).

Société d'avocats JurisCal

S.E.L.A.R.L au capital de 7.400.000 Frs - RCS Nouméa B 081 778 - Ridet 081 778 001
Immeuble "La Potinière" - 5 Route du Vélodrome - Orphelinat - BP 3745 - 98846 Nouméa Cedex -
Tel (687) 27 16 88 - Fax (687) 27 30 23 - Email : juris@juriscal.nc

Le salarié auteur du harcèlement a été déclaré coupable du délit de harcèlement moral à l'égard de son chef de service.

Les agissements ayant conduit à la qualification du délit de harcèlement moral étaient principalement les suivants :

- dévalorisation régulière de l'action du responsable,
- diffusion d'une image d'incompétence dans l'environnement professionnel et auprès du personnel,
- multiplication d'actes d'insubordination et de critiques des instructions,
- comportements irrévérencieux et méprisants.

Dans cette affaire, les faits sont particulièrement graves, puisque le responsable hiérarchique victime a fini par se suicider.

Le texte du Code pénal (article 222 – 33 – 2) ne comporte pas de règle selon laquelle le harcèlement ne peut être exercé que par un responsable sur son subordonné. Il est simplement mentionné que ce qui est sanctionné est « *le fait de harceler autrui (...)* ».

Les juges en ont conclu que le harcèlement n'exige pas que la victime soit sous l'autorité ou la hiérarchie du fautif.

Il convient de préciser que l'article Lp. 114 – 1 du Code du travail, issu de la loi du Pays du 17 octobre 2011 relative au harcèlement moral, condamne les agissements de harcèlement à l'encontre de **toute personne**.

Eu égard à cette rédaction, il est parfaitement envisageable qu'un responsable hiérarchique soit harcelé par son subordonné au sens du texte précité.

Il appartiendra en tout état de cause à l'employeur de prendre immédiatement des mesures pour protéger la victime, **quelle que soit sa position hiérarchique dans l'entreprise**.



Société d'Avocats JurisCal

Olivier THIBAUT

Avocat

Société d'avocats JurisCal

S.E.L.A.R.L au capital de 7.400.000 Frs - RCS Nouméa B 081 778 - Ridet 081 778 001
Immeuble "La Potinière" - 5 Route du Vélodrome - Orphelinat - BP 3745 - 98846 Nouméa Cedex -
Tel (687) 27 16 88 - Fax (687) 27 30 23 - Email : juris@juriscal.nc