



Veille Juridique du Secteur Juridique **FO** du 5 au 9 décembre 2016

Textes législatifs et réglementaires

► *Report des élections TPE*

Un arrêté du 25 novembre 2016, modifiant l'arrêté du 4 mai 2016 relatif à la mesure de l'audience électorale des organisations syndicales auprès des salariés des entreprises de moins de 11 salariés, est paru au *JO* du 3 décembre.

► *Travailleurs détachés*

Un arrêté du 8 novembre 2016, fixant le modèle de déclaration subsidiaire de détachement du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage, est paru au *JO* du 3 décembre.

► *Vote électronique élections CE/DP*

Le décret n°2016-1676 du 5 décembre 2016, relatif au vote par voie électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise, est paru au *JO* du 6 décembre. Il précise les modalités du vote électronique pour les élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise prévues en l'absence d'accord. Si rien n'est indiqué dans la loi « Travail », il semble préférable pour l'employeur, afin d'éviter toute contestation ultérieure de l'élection, d'engager une négociation sur la mise en place du vote électronique avant de recourir seul au vote électronique.

Jurisprudence

► *Mutation*

En cas de mutation, le juge doit rechercher si la décision d'affectation du salarié ne porte pas atteinte aux droits du salarié à la santé et au repos et à une vie personnelle et familiale, et si une telle atteinte peut être justifiée par la tâche à accomplir et s'avère proportionnée au but recherché (Cass. soc., 16-11-16, n°15-23375).

► *Clause de non-concurrence*

Une clause de non-concurrence, qui apporte une restriction aux principes de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle et de la liberté d'entreprendre, ne peut être étendue au-delà de ses prévisions. Une clause de non-concurrence s'étendait géographiquement à Paris ou région parisienne, au Royaume-Uni ainsi qu'à la Suisse. La cour d'appel qui a retenu qu'elle ne mettait pas à la charge des salariés d'interdiction de démarcher la clientèle de leur ancien employeur, et que les salariés travaillaient en Belgique a pu, à bon droit, décider que les salariés avaient respecté leur obligation de non-concurrence (Cass. soc., 23-11-16, n°15-13707 et n°15-13708).

► *Vie professionnelle/Vie privée*

Constitue un motif de licenciement le fait pour un salarié, rédacteur en chef adjoint, de proférer des menaces sur le téléphone personnel d'une collaboratrice qu'il a menacée de détruire de façon très professionnelle, et de faire circuler des bruits sur elle, ces menaces s'inscrivant dans le contexte du travail et constituant un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail (Cass. soc., 10-11-16, n°15-19736).

► *Délit de harcèlement sexuel*

L'article 222-33 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, a été abrogé à compter du 5 mai 2012. Seuls peuvent être pris en compte les propos ou comportements à connotation sexuelle commis à partir du 8 août 2012, date d'entrée en vigueur de la loi n°2012-954 du 6 août 2012, incriminant à nouveau pénalement le harcèlement sexuel (Cass. crim., 16-11-16, n°16-82377).

► *Dénonciation calomnieuse*

Doit être relaxé le salarié poursuivi pour dénonciation calomnieuse, pour avoir relaté à un représentant du personnel des plaintes de salariés relatives à du travail dissimulé. L'élément moral de l'infraction, qui suppose que l'auteur a eu conscience et connaissance de la fausseté des faits qu'il dénonce, n'est pas rempli. La seule circonstance que le prévenu ait varié dans ses déclarations quant au nombre de salariés qui lui auraient fait des confidences, ou encore, celle qu'il était en conflit avec son employeur devant le conseil de prud'hommes, ne permettent pas, en l'absence d'autres éléments avérés, de constituer l'élément moral de l'infraction (Cass. crim., 29-11-16, n°15-87332).

► *Grossesse et faute grave*

Une salariée en état de grossesse, qui agresse une de ses collègues en dépit d'un avertissement notifié peu avant pour des faits similaires, commet une faute grave justifiant son licenciement. La cour d'appel a pu décider que les manquements graves de l'intéressée à ses obligations contractuelles, dont elle a fait ressortir qu'ils étaient sans lien avec son état de grossesse, rendaient impossible son maintien dans l'entreprise. Les juges d'appel ont donc fait une exacte application de l'article L 1225-4 du code du travail (Cass. soc., 30-11-16, n°14-18305).



► *Licenciement pour absence injustifiée*

Un employeur qui complétait les salaires du salarié au titre de l'accident du travail, était informé de ce que la suspension du contrat de travail était consécutive à l'accident du travail. Il ne pouvait, dès lors, licencier le salarié pour absence injustifiée (Cass. soc., 23-11-16, n°15-15926).

FOCUS

Drogue : le Conseil d'Etat valide la pratique du test salivaire

Par une décision en date du 5 décembre 2016, assortie du plus haut degré de publication, le Conseil d'Etat valide, sous certaines conditions, la pratique du test salivaire (CE, 5-12-16, n°394178, publié au recueil Lebon).

L'employeur peut recourir à des tests salivaires pour dépister la consommation de drogue et se baser sur les résultats obtenus pour sanctionner ses salariés, les sanctions pouvant aller jusqu'au licenciement.

Toutefois, cette possibilité est strictement encadrée par le Conseil d'Etat.

Pour être valable, le test salivaire doit :

- être prévu par le règlement intérieur ou, si l'entreprise n'est pas soumise à l'édition d'un tel règlement, à l'existence préalable d'une note de service (la note de service étant soumise au même régime que le règlement intérieur ;
- concerner uniquement des postes hypersensibles pour lesquels l'emprise de la drogue constitue un danger particulièrement élevé pour le salarié ou pour les tiers (conducteur de train ou de métro, pilote d'avion, travailleurs conduisant des véhicules, travailleurs manipulant des machines ou des produits dangereux...). Le test salivaire ne peut donc être pratiqué systématiquement pour l'ensemble du personnel ;
- être pratiqué avec l'accord de la personne contrôlée. En cas de refus, le salarié s'expose à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement ;
- pouvoir être contesté. En cas de test positif, le salarié doit pouvoir obtenir une contre-expertise médicale, laquelle doit être à la charge de l'employeur. Cette contre-expertise devra être effectuée dans les plus brefs délais. Le test salivaire peut être pratiqué par l'employeur, un supérieur hiérarchique ou par une personne qu'il désigne. Il ne nécessite pas forcément la présence du médecin du travail dans la mesure où, selon le Conseil d'Etat, il n'a pas pour objet d'apprécier l'aptitude médicale du salarié à exercer son emploi. Pour le Conseil d'Etat, il ne revêt pas le caractère d'un examen de biologie médicale au sens des dispositions de l'article L 6211-1 du code de la santé publique et n'est donc pas au nombre des actes qui, en vertu des dispositions de l'article L 6211-7, doivent être réalisés par un biologiste médical ou sous sa responsabilité. Les Hauts magistrats indiquent qu'aucune autre règle ni aucun principe ne réservent le recueil d'un échantillon de salive à une profession médicale. Si les résultats du test salivaire ne sont pas couverts par le secret médical,

l'employeur et le supérieur hiérarchique désigné pour le mettre en œuvre sont tenus au secret professionnel sur son résultat.

Le Conseil d'Etat juge que le test salivaire pratiqué sous toutes ces réserves, ne porte pas aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives, une atteinte disproportionnée au but recherché.

Pour valider le test salivaire, le Conseil d'Etat prend notamment en compte l'obligation qui incombe à l'employeur, en vertu de l'article L 4121-1 du code du travail, d'assurer la sécurité et la santé des salariés dans l'entreprise.

Le Conseil d'Etat valide au passage la pratique des contrôles aléatoires.

Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision du Conseil d'Etat, les tests salivaires étaient principalement pratiqués lorsque le comportement du salarié laissait présumer un état d'ébriété ou de consommation de drogue, mais on peut penser, comme pour l'alcootest, que le test salivaire pourrait se faire à tout moment et non pas seulement avant l'utilisation de produits ou machines dangereuses ou la conduite d'un véhicule.

On peut supposer, comme pour les tests d'alcoolémie, que l'employeur ne puisse utiliser que des tests homologués.