

BULLETIN DES ETUDIANTS EN MASTER 2

DROIT DE L'ENTREPRISE - PARCOURS DROIT SOCIAL



SOMMAIRE

Article 1 : *Interdiction pour l'employeur d'accéder à la messagerie personnelle installée par le salarié sur son ordinateur professionnel*

2

Article 2 : *La différence de traitement fondée sur un motif discriminatoire : l'importance du principe de non-discrimination rappelée*

4

Article 3 : *Congé maternité : Quelle base de calcul utiliser lors d'un maintien de salaire prévu par la convention collective ?*

6

Article 4 : *Le temps de déplacement interne est-il du temps de travail effectif ?*

8

Article 5 : *La protection de la santé et de la sécurité des salariés en forfait-jour : un objectif largement honoré par les juges*

10

Article 6 : *Sort d'un accord de modulation du temps de travail en l'absence de consultation du comité social et économique*

12

Actualités Master II Droit de l'Entreprise – parcours Droit Social

En cette fin d'année 2019 et en ce début d'année 2020, le bureau de l'association Réseau des Etudiants en Droit Social d'Amiens (REDSA) a eu l'occasion de mettre en place diverses actions.

Tout d'abord, deux afterworks ont été organisés et ont permis à l'association de promouvoir ses projets et d'échanger avec les étudiants intéressés par le Master droit social.

Ensuite, le REDSA souhaite organiser un café-débat courant 2020 sur l'affaire France Télécom dont un jugement récent a consacré la notion de « harcèlement moral institutionnel ».

Parallèlement, de nouvelles actualités en termes de jurisprudence ont vu le jour.

La Cour de cassation s'est en effet prononcée sur différentes interrogations. Elle a d'abord dû se pencher sur une question relative au fait de savoir si le temps de déplacement interne pouvait être considéré comme du temps de travail effectif. Ensuite, elle est venue rendre une décision sur le congé maternité, notamment sur la base de calcul à utiliser lors d'un maintien de salaire prévu par la convention collective. Puis, elle s'est intéressée au sort d'un accord collectif sur la durée du travail en l'absence de consultation du comité social et économique. Plus récemment, elle a eu l'occasion de venir adopter une solution relative à l'interdiction pour l'employeur d'accéder à une messagerie personnelle ou encore à la protection de la santé et de la sécurité des salariés en forfait jour.

De même, la Chambre sociale s'est intéressée à la question des différences de traitement conventionnelles fondées sur un motif discriminatoire.

Nous vous souhaitons une agréable lecture.

Interdiction pour l'employeur d'accéder à la messagerie personnelle installée par le salarié sur son ordinateur professionnel

Dans un arrêt du 23 octobre 2019 (n° 17-28.448), la chambre sociale de la Cour de cassation confirme que les messages envoyés par un salarié au moyen d'une boîte à lettre électronique distincte de la messagerie professionnelle installée sur l'ordinateur professionnel du salarié sont couverts par le secret des correspondances. Partant, l'employeur ne peut ni les consulter ni s'en servir pour justifier un licenciement.

En l'espèce, une salariée avait installé une messagerie instantanée sur son ordinateur professionnel. Elle communiquait régulièrement avec sa collègue grâce à cet outil informatique tout en échangeant des documents auxquels elle ne devait normalement pas avoir accès en tant que secrétaire (soldes de tout compte, curriculum vitae, attestations ASSEDIC d'autres salariés...). La salariée s'étant trouvée absente en raison d'un arrêt maladie et l'employeur ayant eu besoin d'accéder à son ordinateur professionnel, il lui a demandé le mot de passe. L'employeur a alors pu accéder à la messagerie instantanée de la salariée et découvrir les échanges litigieux. Suite à cette découverte, l'employeur a pris la décision de licencier la salariée en se fondant dans la lettre de licenciement - qui fixera plus tard les limites du litige - sur les éléments trouvés dans la messagerie instantanée. La salariée a contesté ce licenciement prononcé sur le fondement d'une faute grave en arguant que les messages litigieux entraient dans le champ du secret des correspondances. La cour d'appel de Paris a écarté ces messages instantanés qui constituaient, selon les juges du fond, des modes de preuve illicites au motif « qu'à l'évidence un tel compte de messagerie est personnel et distinct de la messagerie professionnelle sans qu'il soit besoin d'une mention « personnel » ou encore « conversation personnelle » ».

Dans cette décision de 2019, les Hauts magistrats rejettent le moyen soulevé par l'employeur (demandeur au pourvoi) tiré de la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui retient une présomption du caractère professionnel des messages émis « à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur ». On rappellera à cette occasion que l'employeur peut accéder aux mails en dehors de la présence du salarié sauf si ce dernier les a identifiés comme personnels (Cass. soc. 18 octobre 2011. n° 10-26.782).

L'adjonction d'une seconde possibilité de renversement de la présomption du caractère professionnel des messages émis depuis l'ordinateur professionnel, déjà consacrée par un arrêt de la même chambre le 26 janvier 2016 (n°14-15.360), se trouve alors confirmée par la décision commentée. Cette confirmation occasionne toutefois quelques remarques.

D'abord, comme dans la plupart des dispositifs des décisions rendues en matière « numérique » on sent poindre une certaine retenue des juges. Par exemple, la cour d'appel affirme dans l'arrêt attaqué que le compte d'une messagerie instantanée est « à l'évidence (...) distinct de la messagerie professionnelle ». Cette justification nous apparaît assez légère au regard de la pratique des entreprises qui peuvent avoir pour habitude de communiquer grâce à des messageries instantanées. En effet, dans de nombreuses entreprises, l'usage est de communiquer exclusivement via un service de messagerie imposé par l'employeur. De surcroît, cet outil informatique est souvent lié à l'intranet de l'entreprise ce qui suppose un usage exclusivement professionnel et donc justifie un droit de regard de l'employeur.

Ensuite, on peut penser que la décision de la cour d'appel, confirmée par la Cour de cassation, trouve son origine dans l'impossibilité technique pour le salarié de préciser que le logiciel de messagerie instantanée est personnel ou encore d'identifier chaque message comme personnel. En effet, la présentation des conversations dans ce type de logiciel ne s'apparentant pas à celle des mails où on a la possibilité de

prendre connaissance de l'objet du message avant d'en découvrir son contenu. Au sein d'un logiciel de messagerie instantanée, il est techniquement impossible d'avoir une telle présentation : les messages se succédant au sein de conversations.

Pour contrer cet argument, on peut trouver plusieurs solutions permettant au salarié d'identifier les conversations des messageries instantanées comme personnelles. D'abord, en bloquant l'accès à tout le logiciel, en renommant le raccourci de ce dernier figurant sur le bureau de l'ordinateur comme « personnel », ou en ajoutant avant les noms des destinataires le mot « personnel » de sorte qu'en arrivant sur le menu principal (en l'espèce il s'agissait de MSN) l'employeur puisse identifier les conversations dont il a le droit de prendre connaissance.

Une meilleure connaissance de la pratique ou plus simplement l'intervention d'un « expert » expliquant ces solutions aurait donc sans doute permis aux juges d'adopter une solution contraire. Aussi, s'il apparaît incontestable que le droit au respect de la vie privée du salarié et au secret de ses correspondances doivent restreindre le droit de consultation de l'employeur - l'arrêt s'appuyant d'ailleurs sur l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales - il ne faut pas perdre de vue ici que l'ordinateur mis à la disposition est normalement réservé à un usage strictement professionnel. Les libertés fondamentales évoquées empêchent le juge comme le législateur d'adopter une solution générale interdisant aux salariés d'utiliser les appareils mis à leur disposition à des fins personnelles sous peine d'un droit de consultation de l'employeur.

Enfin, on peut s'interroger sur les probables futures décisions de la Cour de cassation au sujet du droit de regard de l'employeur des applications mobiles variées utilisées par le salarié sur son téléphone professionnel. Ces dernières étant parfois toutes synchronisées et les mots de passe préenregistrés, on peut s'inquiéter de la délimitation de ce droit de regard. La solution ne serait-elle pas finalement d'interdire aux salariés d'utiliser les appareils mis à leur disposition à des fins personnelles ?

JOLLY EUGENIE

Jurisprudence

Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 23 octobre 2019, 17-28.448

La différence de traitement fondée sur un motif discriminatoire : l'importance du principe de non-discrimination rappelée

La différence de traitement, lorsqu'elle est fondée sur un motif discriminatoire, au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail, ne peut pas espérer bénéficier de la présomption jurisprudentielle de justification : le principe de non-discrimination se doit toujours d'être respecté. Dès lors, peu importe qu'une pareille différence soit, en l'espèce, la conséquence de l'application d'un accord collectif.

En effet, telle est la portée de la décision rendue par la chambre de la Cour de cassation le 9 octobre 2019 (Soc., 9 octobre 2019, n° 17-16.642). Une décision qui interroge toutefois, notamment à la lumière de la jurisprudence fleurissante en la matière.

En effet, pour mémoire, depuis 2015, la chambre sociale de la Cour de cassation s'attache à développer, s'agissant de la question particulière des différences de traitement établies par voie conventionnelle, ce qu'elle nomme une « présomption de justification au regard du principe d'égalité de traitement ». Plus précisément, c'est le 27 janvier 2015 que la chambre sociale juge les différences de traitement, entre salariés appartenant à des catégories professionnelles différentes, présumées justifiées lorsqu'elles sont le résultat de l'application d'un accord collectif. Autrement dit, pour la chambre sociale, le seul fait que la différence de traitement résulte d'un accord collectif suffit à faire présumer de sa justification. Une solution qu'elle appuie compte tenu de la nature même de l'accord collectif, lequel étant par définition négocié et signé par des organisations syndicales représentatives « *investies de la défense des droits et intérêts des salariés* ». Une position qui peut à elle-seule ouvrir à débat, n'est-il pas utopique de croire que cette seule définition de l'accord permette d'affirmer qu'il n'existe pas, a priori, de différences non justifiées ?

Surtout, les conséquences d'une telle présomption sont lourdes, notamment en ce qu'elle implique un renversement de la charge de la preuve : ce n'est donc plus à l'employeur de prouver le caractère justifié des différences de traitement mais bien au salarié, qui les conteste, de démontrer en quoi elles sont « *étrangères à toute considération de nature professionnelle* ».

Par suite, si ce principe avait été initialement dégagé pour les seules différences de traitement entre salariés de catégories professionnelles différentes, force est de constater qu'il a pris de plus en plus d'importance au fil de la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, le principe a été de maintes fois étendu par la chambre sociale, y compris pour des différences de traitement entre salariés d'une même catégorie (Soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324). A titre d'exemple encore, la différence de traitement conventionnelle entre salariés appartenant à une même entreprise mais à des établissements distincts a été présumée justifiée (Soc., 3 novembre 2016, n° 15-18.444).

Toutefois, alors même que la chambre sociale tendait à multiplier les cas de reconnaissance de la présomption de justification des différences de traitement conventionnelles, il restait encore à s'interroger sur l'éventualité d'une pareille différence fondée sur l'un des motifs discriminatoires énumérés à l'article L. 1132-1 du Code du travail. En effet, si une différence de traitement ne constitue pas toujours une discrimination, a contrario, la discrimination doit toujours être entendue comme une différence de traitement.

Dès lors, la différence de traitement prévue par un accord collectif et fondée sur un motif discriminatoire, à l'instar de l'âge des salariés, peut-elle bénéficier de la présomption jurisprudentielle de justification ? Saisie de cette question, la chambre sociale a répondu à la négative le 9 octobre 2019.

En l'espèce, un accord collectif est intervenu afin de modifier les « *modalités d'attribution des gratifications liées à l'obtention de la médaille de l'honneur* » au sein d'une entreprise.

Arguant du caractère discriminatoire des stipulations transitoires de l'accord, en se fondant sur l'existence d'une discrimination liée à l'âge, puisque l'obtention des médailles se fait en fonction de l'ancienneté, une salariée a saisi la juridiction prud'homale. Saisie du litige, la cour d'appel a entendu faire application du principe de justification des différences de traitement conventionnelles. Pourtant, cet arrêt ayant fait l'objet d'un pourvoi, la Cour de cassation se refuse quant à elle à prendre une telle voie et casse l'arrêt d'appel. En effet, « *en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les stipulations transitoires de l'accord collectif (...) ne laissaient pas supposer l'existence d'une discrimination (...) si cette différence de traitement était objectivement et raisonnablement justifiée par un but légitime et si les moyens de réaliser ce but étaient nécessaires et appropriés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

Une question se pose alors : cette décision marque-t-elle un revirement de jurisprudence de la chambre sociale ? A priori, non.

En effet, en octobre 2019, c'est au visa de l'article L. 1134-1 du Code du travail que la Cour de cassation rend sa décision : ainsi, si le salarié se doit de présenter les éléments de fait permettant de faire supposer l'existence d'une discrimination, c'est bel et bien sur l'employeur que pèse la charge de la preuve de sa justification. En l'espèce, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir « *privé sa décision de base légale* », autrement dit, elle se devait de trancher le litige sur le fondement de l'article susmentionné et non pas inverser la charge de la preuve comme elle l'a fait. En somme, dans la confrontation entre les deux principes, principe de justification et principe de non-discrimination, c'est le deuxième qui doit toujours l'emporter. Une solution qui apparaît rassurante au regard de l'importance des enjeux couverts par le principe de non-discrimination : la protection des salariés. C'est dire que les juges, lorsqu'ils seront saisis d'une question relative à une discrimination résultant d'un accord collectif, se devront de faire une stricte application de l'article L. 1134-1 du Code du travail, sous peine de voir, à défaut, leur arrêt cassé par la chambre sociale.

La solution est ainsi simple : il ne faut pas confondre principe de l'égalité de traitement (pour lequel la présomption joue) et principe de non-discrimination (pour lequel la présomption ne joue pas).

Pour conclure, il conviendra de relever que la décision de la Cour de cassation en l'espèce semble faire un écho tout particulier à celle rendue le 3 avril 2019 et dans laquelle la chambre sociale écarte toute « *généralisation d'une présomption de justification de toutes les différences de traitement* ».

BOUHIER MARGAUX

Articles de loi : L. 1132-1 et L. 1134-1 du Code du travail

Jurisprudence : Soc., 9 octobre 2019, n° 17-16.642

Soc., 27 janvier 2015, n° 13-22.179

Soc., 3 avril 2019, n° 17-11.970

Congé maternité : Quelle base de calcul utiliser lors d'un maintien de salaire prévu par la convention collective ?

La loi et les Conventions collectives attribuent des droits aux travailleurs ayant le statut de salarié. Nous retrouvons parmi ces droits, le congé maternité qui bénéficie aux salariées en état de grossesse.

La durée légale est prévue à l'article L 1225-17 du Code du travail. Par principe, celui-ci dure 16 semaines mais il peut varier selon les cas. Il regroupe deux types de congé : le congé prénatal pouvant aller de 6 à 12 semaines et le congé postnatal pouvant aller de 10 à 22 semaines. Généralement, on retiendra que le congé débute 6 semaines avant le terme de la grossesse et se termine 10 semaines après l'accouchement.

En dehors du cadre légal, les conventions collectives et accords de branches peuvent prévoir des dispositions plus favorables concernant la durée de ce congé.

La mise en place du congé maternité permet de pallier à l'absence de rémunération. En effet, en raison de la suspension du contrat de travail pendant une durée déterminée, la salariée ne perçoit pas de salaire. Pour cette raison, la personne salariée en état de grossesse se voit attribuer le versement d'indemnités journalières durant toute la durée de son congé maternité. Ces indemnités sont versées par la sécurité sociale dans les conditions prévues à l'article L 331-1 du Code de la Sécurité sociale.

Concernant le montant de l'indemnité journalière, il est égal au gain journalier de base. Attention, la législation prévoit l'existence d'un plafond et d'un planché. Par conséquent, celle-ci ne peut pas être inférieure à 9,53 euros et ne peut pas être supérieure à 87,71 euros par jour. Les indemnités sont versées tous les 14 jours pendant toute la durée du congé.

Elles peuvent être complétées, lorsque les conventions collectives le prévoient, par un maintien de salaire. Celui-ci peut être partiel ou total. L'objectif de ce maintien de salaire est d'assurer aux salariées un revenu égal à celui antérieur à la suspension de leur contrat de travail.

La Cour de Cassation s'est demandée quelle base de calcul retenir dans le cadre d'un maintien total de salaire. Plus précisément, elle s'est demandée qu'est-ce qu'un salaire plein lorsque la rémunération inclut une part variable. Elle y a répondu le 5 juin 2019 au travers de la convention collective des sociétés financières. (Cass. soc., 5 juin 2019, n° 18-12.862 FS-P+B)

Dans cette affaire, la Cour d'appel avait pris en compte la part variable de la rémunération de la salariée sur les douze derniers mois avant le congé maternité dans la base de calcul. L'employeur a donc formé un pourvoi en cassation au motif qu'il n'existerait aucune disposition légale imposant le versement d'une rémunération équivalente au salaire moyen perçu avant son départ ni de période significative. Il ajoute que la période prise en compte pour l'indemnité journalière, soit les trois mois avant l'accouchement, ne sont pas associables au maintien de salaire (Article R 323-4 Code de la sécurité sociale) afin de calculer le salaire moyen.

La Cour de cassation a tranché cette question. La Convention collective nationale des sociétés financières du 22 novembre 1968 prévoit que « *la salariée en congé de maternité bénéficiait de son "salaire plein", dans la limite de seize semaines, sous déduction des indemnités journalières de la sécurité sociale et de tout organisme de prévoyance auquel l'employeur contribue, la cour d'appel a exactement retenu que le salaire à prendre en compte devait intégrer la part variable de la rémunération* ». Par la suite, elle a affirmé la nécessité d'y intégrer la part variable de la rémunération.

La Cour apporte plus de précision : dans le cadre où la convention collective ne prévoit aucune période de référence, il faut prendre en compte le chiffre d'affaire et l'évaluation annuelle. En l'espèce, l'activité fluctue en fonction des mois et des périodes de l'année. En raison de cette fluctuation, les trois mois précédant le terme de la grossesse n'ont donné lieu à aucun chiffre d'affaire. Si la base de calcul était de trois mois, la part variable n'aurait pas été incluse dans l'établissement de son maintien de son salaire. En utilisant comme base de calcul les douze derniers mois, cela permet d'ouvrier droit à la part variable de sa rémunération.

Le mode de calcul prétendu par l'employeur est en la défaveur de la salariée. En effet, par ce mode de calcul, la part variable n'est pas intégrée au maintien de salaire. La solution retenue par la Cour de cassation est donc plus protectrice. Cela permet d'éviter les ruses des employeurs qui chercheraient à réduire leurs obligations en faisant en sorte de réduire le montant du maintien de salaire lorsqu'il existe une part variable. En étendant la période prise en compte, on réduit ainsi les risques.

Par conséquent, il faut retenir qu'à défaut de précision sur la période de référence dans la convention collective, le salaire de référence doit intégrer la part variable de la rémunération.

Cette solution est transposable à toutes les conventions collectives prévoyant un maintien de salaire plein. En revanche, pour un maintien partiel de salaire, la Cour de cassation devra certainement y revenir afin de déterminer la base de calcul.

CHATELAIN VICTORIA

Articles de loi : Article L 1225-17 du Code du travail
Article L 331-1 et R 323-4 du Code de la Sécurité sociale
Jurisprudence :
Cass. soc., 5 juin 2019, n° 18-12.862 FS-P+B

Le temps de déplacement interne est-il du temps de travail effectif ?

C'est certainement en s'inspirant de l'adage « *le juge est la bouche de la loi* » que la Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu un arrêt en date du 9 mai 2019 n°17-20.740 portant sur la caractérisation du temps de travail effectif en cas de déplacement interne au sein d'une entreprise.

Effectivement, l'article L 3121-1 du Code du travail dispose que : « *La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ». Dès lors, trois conditions doivent être remplies par le salarié pour être en présence de temps de travail effectif : être à la disposition de l'employeur, être sous l'autorité de l'employeur, et ne pas pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

Bien que le législateur ait consacré une section entière au travail effectif, l'encadrement n'est pas suffisant. En ce sens, la jurisprudence est venue poser des critères, notamment en matière de déplacement interne au sein d'une entreprise. Il est de principe que si le salarié n'a pas, ou n'a pas encore, rejoint son poste, le temps de déplacement n'est pas considéré comme étant du temps de travail effectif.

La jurisprudence s'est déjà prononcée en la matière en 2007. Il en ressort que la seule circonstance pour le salarié d'être astreint au port d'une tenue vestimentaire obligatoire ne suffit pas à caractériser le temps de déplacement interne comme étant du temps de travail effectif (Cass, soc., 31 octobre 2007 n°06-13.232).

Plus d'un an après, la même chambre a pourtant retenue la qualification de temps de travail effectif dans deux arrêts dits « *Eurodisney* » (Cass, soc., 13 janvier 2009 n°07-40.638 et 4 novembre n°07-44.690). Dans ces affaires, les salarié(e)s devaient rejoindre, après avoir revêtu un costume, leur poste de travail soit à pied soit par le biais d'une navette. Les trois conditions ont alors été établies comme suit. Il ressortait des faits que lorsqu'un salarié se déplaçait à pied pour rejoindre son poste de travail, il pouvait être sollicité par les clients ; et lorsqu'il se déplaçait par le biais d'une navette, il était à la disposition de son employeur. En ce sens que la durée des trajets était inégale. De plus, lors de ce trajet, il était interdit de manger ou de fumer, en définitif il était interdit de vaquer librement à des occupations personnelles.

Si la qualification de temps de travail effectif a déjà été retenue par la Cour de cassation en cas d'utilisation d'une navette par un salarié pour les déplacements internes nécessaires afin de rejoindre un poste de travail, cela ne signifie pas pour autant qu'elle en fait un principe général.

Pour preuve avec l'arrêt d'espèce de 2019 où un salarié travaillait en qualité d'avitailleur dans une zone aéroportuaire pour le compte d'une compagnie pétrolière. Celui-ci était contraint de porter une tenue de travail mais pouvait se changer soit à son domicile soit sur le lieu de travail, et, une fois habillé, devait emprunter une navette pour se rendre à son poste de travail.

Dans le cas d'espèce, le salarié avait demandé le paiement d'une prime conventionnelle d'habillement et déshabillage. Demande à laquelle les juges du fond n'ont pas fait droit dans la mesure où ils ont fait droit à la demande de qualification du temps des déplacements effectués en interne en temps de travail effectif.

Effectivement, le salarié faisait valoir qu'il était contraint de se soumettre au contrôle de sécurité et à l'utilisation d'un véhicule spécifique pour se rendre à son poste de travail. Ces navettes ne passaient que toutes les 15 minutes, et le dernier passage étant à 18h, il devait parfois attendre l'un de ses collègues pour qu'il le ramène par le biais d'un véhicule de service. Ce qui avait pour effet de lui faire perdre en moyenne 20 minutes de trajet par jour au sein même de son entreprise.

Le salarié a même ajouté que l'employeur avait conscience de cet allongement du temps en ce qu'il avait accordé aux salariés concernés deux jours de congés annuels supplémentaires.

Pour autant, la Cour de cassation ne suit pas le raisonnement de la Cour d'appel qui a caractérisé « *par des motifs impropres* » que le temps consacré aux déplacements internes du salarié devait être entendu comme étant du temps de travail effectif.

Cette décision apparaît surprenante dans la mesure où elle présente des similitudes avec les arrêts « *Eurodisney* » susmentionnés. En effet, dans les deux cas, les salariés devaient obligatoirement revêtir une tenue de travail. Ils devaient emprunter une navette afin de rejoindre leur poste de travail, temps pendant lequel les salariés étaient susceptibles d'être interceptés par des clients/visiteurs.

Dans l'arrêt d'espèce, les navettes étaient effectivement ouvertes au public. De sorte que le temps passé aux déplacements internes ne saurait être considéré comme du temps de repos.

Néanmoins, le recours à une navette était imposée par l'employeur dans les arrêts « *Eurodisney* », alors que dans l'arrêt du 9 mai 2019, l'utilisation de la navette résultait de règles de sécurité et du fonctionnement imposé par l'aéroport et non directement de l'employeur qui est une compagnie pétrolière.

Certes, le salarié n'avait pas d'autres choix que de se soumettre aux règles de sécurité, mais le seul fait que cette utilisation obligatoire de la navette ne résulte pas directement de l'employeur suffit à la Cour de cassation pour écarter l'application de l'article L 3121-1 du Code du travail.

C'est précisément sur ce point que l'arrêt de la Cour de cassation peut être discuté. Effectivement, si le salarié est contraint de se soumettre au contrôle de sécurité et à l'utilisation d'un véhicule spécifique, ces contraintes résultent nécessairement de la spécificité de son emploi et de ses conditions de travail. En ce sens que le déplacement interne est nécessairement lié au contrat de travail et à son exécution.

Par cet arrêt, la Cour de cassation ampute sérieusement le temps de repos du salarié puisque le temps moyen passé aux déplacements internes est de 20 minutes par jour pour le cas d'espèce. Cette amputation répétée à chacun des jours de travail influence inévitablement la qualité de vie au travail, la santé et la sécurité du salarié. Les employeurs et le législateur auraient ainsi tout intérêt à reconnaître un tel déplacement interne comme étant du temps de travail effectif.

Peut être faudrait-il retenir une qualification intermédiaire -entre temps de travail effectif et temps de repos-, afin de concilier les intérêts tant des employeurs que des salariés.

Par ce développement, l'enjeu de la qualification du temps de travail effectif est mis en exergue puisque dès lors qu'il est retenu, il entraîne une contrepartie soit sous forme de repos soit sous forme financière. Si toutefois la qualification du temps de travail effectif reste exceptionnelle en matière de déplacements internes, il semble que la Cour de cassation n'a pas fini de se prononcer en la matière comme à l'image des plateformes numériques et du statut de leurs travailleurs.

STERZ-HALLOO MAURINE

Article de loi : L 3121-1 du Code du travail

Jurisprudence : Chambre sociale, 9 mai 2019, n°17-20.740

Chambre sociale, 31 octobre 2007, n° 06-13.232

Chambre sociale, 13 janvier 2009, n° 07-40.638

Chambre sociale, 4 novembre, n° 07- 44.690

La protection de la santé et de la sécurité des salariés en forfait-jour : un objectif largement honoré par les juges

L'employeur dispose de quelques outils, peu nombreux mais très efficaces, afin d'aménager le temps de travail de ses salariés : en plus de pouvoir répartir, plus ou moins facilement, ce temps de travail, il peut également en prévoir à l'avance l'étendue. Cette dernière possibilité renvoie à la pratique, aujourd'hui légalement consacrée, des « conventions de forfait ». Celles-ci consistent à prévoir à l'avance une rémunération forfaitaire générale qui couvrira un ensemble forfaitisé, d'heures ou de jours, de travail à réaliser. Cet ensemble pourra ainsi comprendre, éventuellement, les heures supplémentaires si l'ensemble choisi est un ensemble d'heures (sur la semaine, le mois ou l'année). Une convention de forfait semble donc avoir deux fonctions : soit, contractualiser à l'avance le recours à des heures supplémentaires, soit, si la convention ne prévoit aucune heure supplémentaire, d'octroyer au salarié concerné une certaine liberté organisationnelle dans son travail, lequel objectif est souvent réalisé lorsque le forfait est sur une période suffisamment large, donc, sur l'année.

Toutefois, fut rapidement identifié le grand perdant de ces forfaits: le salarié forfaitisé en jours. Son ensemble étant organisé seulement en journées ou demi-journées à travailler, celui-ci ne bénéficie aucunement des règles en matière de durée de travail maximale ou même de la durée légale hebdomadaire, excluant ainsi tout paiement d'heures majorées (L3121-62). Seuls les droits de repos quotidien et hebdomadaire ainsi qu'aux congés payés lui sont octroyés. Dès lors, forfait forcément annuel (L3121-54), le salarié concerné est susceptible de travailler jusqu'à deux-cent dix-huit jours (L3121-64, 3°, I) sans limite d'heures, six jours par semaine, et tout cela sans majoration afférente à un dépassement d'une durée légale ou conventionnelle... Ce dispositif, tel quel, se révélait donc très inquiétant pour ces salariés dont la cadence de travail pouvait s'avérer délétère et les entretiens prévus initialement par la loi n'y apportaient aucune atténuation. Dès lors, le forfait annuel en jours a fait l'objet d'un meilleur encadrement légal, en 2016, en vue de protéger au mieux le salarié.

En effet, en plus de devoir faire l'objet de son consentement individuel, tout forfait annuel doit également être prévu par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche (L3121-63). Cet accord collectif doit impérativement prévoir certaines mentions (L3121-64) communes à tous les forfaits annuels, auxquelles s'ajoutent des mentions spécifiques lorsque ce forfait annuel est en jours : c'est ainsi que, pour contrebalancer ce risque d'une cadence insoutenable pour le salarié en forfait jours, le Code du travail oblige les employeurs à assurer, notamment, un suivi régulier de la charge de travail du salarié, a minima de façon unilatérale si les modalités de suivi ne sont pas organisées dans l'accord collectif organisant le recours au forfait annuel (L3121-64 et -65). De plus, dans sa partie « Ordre public », le législateur rappelle que l'employeur « s'assure **régulièrement** que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail (L3121-60).

On pouvait se demander si une telle mention évoquant un tel suivi régulier de la charge de travail du salarié, assez succincte, était suffisante pour protéger ce salarié susceptible de dépasser largement les durées de travail autorisées et donc sensible aux surcharges de travail. C'était cependant sans compter la sévérité des juges, qui s'appliquent à une observation très stricte de la loi en vue, à nouveau, d'assurer au mieux la sécurité du salarié en forfait-jours et d'éviter les durées de travail quotidienne très élevées et par suite « déraisonnable » au sens de l'article L3121-60.

En la matière, la jurisprudence est abondante, et ne cesse d'annuler des conventions en raison de l'insuffisance des garanties exigées quant à cette évaluation et ce suivi régulier de la charge du travail du salarié exigée par les articles L3121-60 et L3121-64 1° du II. L'arrêt récent du 6 novembre 2019 (**Cass.Soc, 06/11/2019, n°18-19.752**) est un nouvel exemple de cette sévérité jurisprudentielle à ce sujet. En l'espèce, la convention de branche prévoyait un entretien lors de la première année afin que la hiérarchie examine avec le salarié sa charge de travail et « les éventuelles modifications à y apporter ».

Pour les années ultérieures, un entretien annuel était prévu afin d'étudier « l'amplitude de la journée d'activité et la charge de travail » du salarié en question. Il était également prévu, dans cette convention de branche prévoyant le recours au forfait annuel en jours, un décompte mensuel par le salarié des jours travaillés et des jours de repos.

Sans surprise, les juges du droit censurent le dispositif au motif que l'accord ne prévoit pas ce suivi effectif et régulier de la charge de travail du salarié par la hiérarchie, notamment en raison de la transmission trop tardive du temps travaillé, puisque si une charge de travail visiblement excessive était constatée, elle ne l'aurait pu l'être, ipso facto, qu'à la fin du mois, et donc, déjà trop tard. L'employeur ne pouvait donc « remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable », ce qui rend les stipulations conventionnelles insuffisantes pour garantir une amplitude et une charge de travail raisonnable du salarié tout en permettant du bonne répartition de le temps de son travail.

On en déduit donc que pour échapper à la sanction, l'employeur doit s'assurer de pouvoir éviter tous les excès possibles et d'être en mesure de corriger en très peu de temps, quasiment en temps réel, ceux qui pourraient subvenir, et non pas au bout d'un mois. Concrètement, il est donc conseillé aux employeurs d'organiser des entretiens plus réguliers, et non annuels, ainsi que des relevés hebdomadaires des heures effectuées par le salarié, lesquels sont transmis dans la même semaine à la hiérarchie qui doit les examiner. On pourrait même imaginer que l'employeur, dans la convention individuelle, énonce clairement qu'il est à disposition pour un entretien d'urgence si le salarié en ressent le besoin dans le cas d'une surcharge temporaire de travail ou toute autre difficulté.

Le juge est donc extrêmement attentif aux dispositions conventionnelles (de branche ou d'entreprise voire d'établissement) autorisant le recours à un tel forfait. Contrebalançant les dispositions très vagues du Code, celui ci veut être certain que ces dispositions « assurent la protection de la sécurité et de la santé du salarié » en « s'assurant régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail ». Cette appréciation jurisprudentielle si précise et exigeante est, à notre sens, absolument nécessaire afin de faire contrepoids face au manque de précision déconcertant de la loi. L'enjeu est en effet de taille, puisqu'il s'agit là d'assurer la santé et des travailleurs, qui est au demeurant un principe de la plus haute importance, à savoir de valeur constitutionnelle.

Les juges assument donc à merveille, encore dans cet arrêt, le rôle protecteur des droits et libertés individuelles, en exigeant une conciliation parfaite de ce mode organisationnel légal avec les droits des travailleurs à rester en bonne santé.

Rappelons à cette occasion, pour finir, que l'employeur a tout intérêt à s'inspirer largement et continuellement de ces jurisprudences pointilleuses en la matière pour, soit, négocier des accords collectifs comblant les lacunes d'une convention de branche peu satisfaisante, soit, au pire, pour procéder à la régularisation unilatérale qu'autorise l'article L3121-65 au sujet des mentions étudiées. En effet, il faut garder à l'esprit que si le juge estime insuffisantes les garanties, conventionnelles ou unilatérales, pour préserver la santé et la sécurité du travailleur, la convention de forfait-jour conclue avec le salarié qui en résulte sera annulée, et par conséquent, le salarié bénéficiera des règles en matières de durée du travail, et donc au paiement de toutes les heures supplémentaires qu'il a effectuées. Ce sont donc des lacunes qui peuvent coûter très cher à l'employeur.

DUBUS JONATHAN

Articles de loi :

L3121-60, L3121-63, L3121-64, L3121-65 du Code du travail

Jurisprudence :

Cass. Soc, 06/11/2019, n°18-19.752

Sort d'un accord de modulation du temps de travail en l'absence de consultation du comité social et économique

Un accord sur le temps de travail est-il inopposable aux salariés en l'absence de consultation annuelle du comité social et économique ? Quelle est donc la sanction applicable dans un litige entre l'employeur et un salarié en cas de manquement de l'employeur à son obligation de consultation du comité social et économique sur un accord de modulation du temps de travail ? La Cour de cassation est venue répondre à cette question dans un arrêt du 18 septembre 2019 (n°17-31.274). Pour la première fois, la Haute juridiction est venue se prononcer sur le sort d'un accord de modulation du temps de travail en l'absence de consultation annuelle du comité social et économique.

Nous le savons l'article L. 2312-26 du Code du travail indique que « *la consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi porte sur (...) l'aménagement du temps de travail, la durée du travail (...)* ». Dans le cadre de cette consultation, « *le comité peut se prononcer par un avis unique portant sur l'ensemble des thèmes énoncés* ». Le comité économique et social peut donc se prononcer sur les informations relatives à la durée du travail portant notamment sur les heures supplémentaires, le contingent annuel, le bilan du travail à temps partiel, le nombre de demande de temps partiel, la durée, l'aménagement du temps de travail, la période de prise des congés, le recours aux conventions de forfait et les modalités de suivi de la charge de travail des salariés concernés.

Depuis la loi Rebsamen du 17 août 2015, les projets d'accord collectif, leur révision ou leur négociation ne sont plus soumis à l'avis du comité social et économique puisque que cette obligation pour l'employeur a été supprimée expressément. Il n'en demeure pas moins que le comité social et économique doit toujours être consulté annuellement sur la politique sociale de l'entreprise portant notamment sur l'aménagement du temps de travail et la durée du travail.

Dans cette affaire, une salariée distributrice de journaux à temps partiel modulé a été licenciée. Elle a alors soutenu que l'accord de modulation mis en place par l'employeur n'avait pas été soumis à l'avis préalable du comité social et économique, qu'il lui été donc inopposable et qu'ainsi, il fallait requalifier son contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein. Elle sollicitait également une indemnisation pour non-respect des dispositions légales relatives au temps partiel modulé et au non-paiement de l'intégralité des heures de travail.

Le conseil de prud'hommes a indiqué que le défaut de consultation du comité social et économique privait d'effet l'accord de modulation et donc le contrat à temps partiel de la salariée devait être requalifié en contrat à durée indéterminée. La Cour d'appel est venue censurer ce jugement et la chambre sociale de la Cour de cassation est venue confirmer sa décision en indiquant que « *le défaut de consultation annuelle du comité d'entreprise sur les décisions de l'employeur portant sur l'aménagement du temps de travail ou la durée du travail, exigée au titre des missions de cet organe concernant la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, qui peut être sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement du comité, n'a pas pour effet d'entraîner l'inopposabilité de l'accord de modulation à l'ensemble des salariés de la société* ».

L'arrêt du 18 septembre 2019 s'inscrit dans la continuité de la loi Rebsamen pour motiver sa décision relative à l'éviction de l'inopposabilité d'un accord collectif d'entreprise conclu au mépris des prérogatives d'information-consultation du comité social et économique. Le sort d'un tel accord n'est donc pas l'inopposabilité. Cependant, la nouveauté ici, était que la demande d'inopposabilité de l'accord de modulation émanait d'une salariée à temps partiel modulé. Pour la Cour, cela ne change rien à la solution : aucun salarié n'est fondé à demander une inopposabilité.

En refusant de rendre inopposable l'accord de modulation sur le temps de travail, cela revient à priver l'ensemble des salariés de tout intérêt à agir alors même que l'absence de consultation de leurs représentants leur portent préjudice. Si la Haute juridiction avait admis une telle sanction, cela aurait largement pu se justifier puisque, généralement, les salariés peuvent légitimement s'estimer lésés que le comité social et économique, qu'ils ont élu, n'a pas été consulté sur une décision de l'employeur qui leur est directement applicable, en l'espèce, la modulation du temps de travail.

Ainsi, si le défaut de consultation ne rend pas l'accord inopposable aux salariés, il appartiendra au comité social et économique de faire sanctionner ce défaut en demandant une réparation du préjudice devant le nouveau tribunal judiciaire ainsi qu'une suspension d'exécution de l'accord dans l'attente de la consultation de leur organe ou en intentant une action pour délit d'entrave.

La suppression de l'obligation de consulter le comité social et économique a donc entraîné de nombreuses conséquences dont celle évoquée dans cet article qui semble, à mon sens, être en défaveur des salariés qui souhaitent ou non moduler leur temps de travail. En effet, cet accord va avoir des conséquences directes sur les conditions de travail des salariés. Par conséquent, il semble regrettable qu'un accord portant sur la durée du travail, sujet concernant en priorité les salariés, ne fasse pas l'objet d'une réelle inopposabilité ou du moins que les salariés soient fondés à demander une inopposabilité au vue d'un sujet les touchant personnellement.

Par ailleurs, cette décision relative à un accord de modulation de travail semble engendrer, de façon implicite, que toutes les décisions de l'employeur résultant de la mise en œuvre d'un accord devront faire l'objet d'une consultation du comité social et économique au titre de la consultation annuelle sur la politique sociale et non pas une consultation au titre de la marche générale de l'entreprise. La solution adoptée par la Haute juridiction a une portée beaucoup plus large et pourra s'appliquer à d'autres domaines puisque cette dernière ne s'intéresse pas seulement aux décisions de l'employeur relatives à la durée du travail mais, de façon plus générale, à toutes celles dont l'objet relève des consultations annuelles du comité social et économique.

DESCAMPS LAURINE

Cass. soc., 18 septembre 2019, n°17-31.274

Loi Rebsamen, 17 août 2015

Article L. 2312-26 du Code du travail