



## Textes législatifs et réglementaires

Aucune actualité législative et réglementaire ces deux semaines.

## Jurisprudence

### ► Portage salarial

L'arrêt du 24 mai 2013 portant extension de l'accord national professionnel du 24 juin 2010 relatif à l'activité de portage salarial a été annulé par le Conseil d'Etat (CE, 7-5-15, n°370986 et n° 371062).

### ► Elections professionnelles

Pour le calcul de l'effectif, le code du travail impose d'inclure « les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an » (art. L 1111-2 du code du travail).

Les salariés d'un sous-traitant peuvent être inclus dans l'effectif de l'entreprise d'accueil. La Cour de cassation énonce sur ce sujet que « sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail pour l'application des textes susvisés, les travailleurs mis à disposition par une entreprise extérieure, quelle que soit la nature juridique de ses liens avec l'entreprise utilisatrice, présents depuis au moins un an et qui travaillent sur les mêmes lieux que les salariés de l'entreprise utilisatrice, partageant ainsi avec ces derniers des conditions de travail en partie communes, susceptibles de générer des intérêts communs » (Cass. soc., 15-4-15, n°14-20200).

### ► Dispense de préavis

Le salarié qui a été dispensé de préavis viole-t-il son obligation de loyauté s'il entre au service d'une entreprise concurrente pendant la durée du préavis non effectué et ce, alors qu'il n'est pas lié par une clause de non-concurrence ?

La Cour de cassation a répondu par la négative (Cass. soc., 6-5-15, n°14-11001).

### ► Temps partiel modulé

Un accord prévoyant le temps partiel modulé, conclu en application de l'article L 3123-25 du code du travail, dans sa version antérieure à la loi n°2008-789 du 20 août 2008, doit prévoir notamment les modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié ainsi que les conditions et les délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés à ce dernier.

La Haute Cour précise (Cass. soc., 12-5-15, n°14-10623) qu'à défaut de remettre ces documents, le contrat est présumé à temps complet.

Dès lors, pour renverser la présomption en temps complet, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel

rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur.

A noter que la loi du 20 août 2008 a abrogé les dispositions spécifiques du code du travail relatives au temps partiel modulé, en précisant toutefois que les accords conclus antérieurement restaient en vigueur.

### ► Inaptitude professionnelle

La Cour de cassation a rappelé récemment que « si l'article L. 1226-6 du code du travail exclut l'application de la législation protectrice des victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle aux rapports entre un employeur et un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle survenu ou contractée au service d'un autre employeur, le salarié peut prétendre au bénéfice de la protection légale dès lors qu'il existe un lien de causalité entre la rechute de l'accident du travail initial et ses conditions de travail ou tout autre événement inhérent à ses fonctions au service du nouvel employeur » (Cass. soc., 6-5-15, n°13-24035).

### ► Inaptitude professionnelle et reclassement

La Haute Cour affirme que « l'avis des délégués du personnel est sans conséquence sur le respect par l'employeur de son obligation de reclassement » (Cass. soc., 6-5-15, n°13-25727).

En conséquence, lorsque les délégués du personnel concluent à l'impossibilité de reclassement du salarié, l'employeur n'est pas, pour autant, exonéré de son obligation de reclassement.

### ► Heures de délégation

Une note de la direction exigeait des personnels navigants investis de mandats représentatifs de prendre leurs heures de délégation par jours entiers et non en heures.

Un syndicat a saisi le juge des référés en se prévalant du trouble manifestement illicite engendré par une telle situation. L'employeur arguait notamment que le décompte en jours relevait d'un usage instauré dans l'entreprise en raison de la spécificité de l'organisation du temps de travail du personnel navigant. L'argumentation présentée par l'employeur est rejetée par la Cour de cassation (Cass. soc., 16-4-15, n°13-21531) qui a confirmé l'existence d'un trouble manifestement illicite.

### ► Prise d'acte

La Cour de cassation vient de rappeler (Cass. soc., 15-4-15, n°13-25815) que lorsque la prise d'acte est injustifiée et, qu'en conséquence elle produit les effets d'une démission, l'employeur a droit à l'indemnité compensatrice correspondant au préavis non effectué sans avoir à démontrer l'existence d'un quelconque préjudice.



### ► *Auto-entrepreneur / contrat de travail*

Par un arrêt récent (Cass. soc., 6-5-15, n°13-27535), la Cour de cassation a requalifié en contrat de travail la relation entre un auto-entrepreneur exerçant les fonctions de commercial et une société. En effet, les Hauts magistrats retiennent que l'intéressé a travaillé dans le respect d'un planning quotidien précis établi par la société, qu'il était tenu d'assister à des entretiens individuels et à des réunions commerciales, que la société lui avait assigné des objectifs de chiffre d'affaires annuel et qu'il lui était imposé de passer les ventes selon une procédure déterminée.

### ► *Dispositif de surveillance*

La société Renault Trucks saisit la Cnil d'une demande d'autorisation de mettre en place un logiciel destiné à prévenir la

commission par les salariés d'infractions relatives à la pédopornographie. Ce logiciel permet de rapprocher les consultations de sites et les téléchargements opérés à partir des outils informatiques mis à la disposition des salariés. La mise en place de ce dispositif est inscrite dans le cadre de la politique éthique de la maison-mère Volvo.

Pour autant, dans un arrêt en date du 11 mai 2015 (CE, 11-5-15, n°375669), le Conseil d'Etat confirme le refus de la Cnil d'autoriser la mise en place d'un tel dispositif. Les Hauts magistrats, qui constatent que le dispositif en cause constitue un traitement de données personnelles relatives aux infractions, considèrent que la société n'est pas habilitée à mettre en œuvre un tel fichier.

## FOCUS

### *L'indemnisation des congés payés conventionnels : « le parcours du combattant » !*

Tout salarié a droit chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur (art. L 3141-1 du code du travail). Il en va de la préservation de la santé des salariés. Le salarié dispose donc de congés annuels légaux (à savoir 5 semaines). Les conventions collectives peuvent accorder des congés payés supplémentaires.

La jurisprudence considère que le salarié qui, du fait de l'employeur, n'a pas pris le nombre de jours de congés payés auquel il avait droit peut obtenir des dommages et intérêts (Cass. soc., 26-10-04, n°02-44776 ; Cass. soc., 12-10-05, n°03-47922).

En présence d'un litige relatif à la prise de jours de congés payés, comment prouver que ceux-ci n'ont pas pu être pris, du fait de l'employeur ?

Par un arrêt récent en date du 12 mai 2015 (Cass. soc., 12-5-15, n°13-20349), la Cour de cassation a consacré une distinction, quant au régime probatoire, entre les congés annuels légaux et les congés supplémentaires conventionnels.

Concernant les congés payés légaux, la Haute Cour avait énoncé qu'il appartenait à l'employeur de prouver qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour permettre au salarié d'exercer son droit au repos (Cass. soc., 13-6-12, n°11-10929).

L'employeur doit notamment apporter la preuve du respect de ses obligations d'information du personnel sur la période de prise de congés et de communication de l'ordre des départs. En conséquence, le salarié n'a plus à prouver que l'employeur l'a mis dans l'impossibilité de poser ses congés payés. Malheureusement, ce principe n'a pas été étendu aux congés supplémentaires accordés par la convention collective.

En l'espèce, après son licenciement, un salarié saisit le juge afin d'obtenir le paiement des jours conventionnels non pris sur l'ensemble de la relation de travail (près de cinq ans) soit un total de 90 jours.

La cour d'appel déboute le salarié de sa demande dans la mesure où il n'a pas réussi à démontrer qu'il n'avait pu prendre ses congés du fait de son employeur.

Le salarié se pourvoit en cassation en se prévalant de la jurisprudence existante en matière de congés payés légaux. Il avançait ainsi « qu'il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement ».

La demande du salarié est rejetée par la Cour de cassation au motif, notamment, « qu'il [le salarié] n'établissait pas n'avoir pu les prendre du fait de l'employeur ». Ainsi, en matière de congés payés conventionnels, il appartient au salarié d'apporter la preuve que l'employeur l'a placé dans l'impossibilité de prendre ses congés.

Mais comment matérialiser l'impossibilité de prendre les congés payés conventionnels ? Cette impossibilité peut résulter d'un refus ou d'une demande de report expressément formulé par l'employeur.

Toutefois, dans la pratique, c'est davantage l'organisation du travail et, notamment, la surcharge de travail qui placent le salarié, consciencieux de remplir ses fonctions correctement, dans l'impossibilité de bénéficier de ses congés payés. Exiger du salarié qu'il apporte la preuve formelle que l'employeur s'est opposé à l'exercice de son droit c'est méconnaître les réalités du terrain !

Comment expliquer la distinction relative au régime probatoire entre les congés annuels légaux et les congés supplémentaires conventionnels ?

Cette différence de régime peut s'expliquer par l'influence de la directive « temps de travail » n°2003/88/CE du 4 novembre 2003 qui garantit uniquement un droit à un congé minimal de quatre semaines (art. 7). C'est d'ailleurs en se fondant sur cette directive que la Cour de cassation avait rendu sa décision en 2012 en matière de congés annuels légaux.