

Social is coming vous présente

Avalanche Sociale

EDITION MENSUELLE – N°1 –
2 NOVEMBRE 2015



>>> SOMMAIRE



EDITO **p.3**

L'ACTUALITE DU MOIS

Liaisons sociales quotidien - *Un mois d'actualités - Septembre 2015* **p.5**

ETUDE

Semaine Sociale Lamy - *Du côté de chez Smart* **p.11**

Semaine Sociale Lamy - *Temps de trajet domicile-travail : les nouvelles exigences du juge communautaire* **p.19**

DOSSIER : La loi Macron

Revue de Droit du Travail - *La faible attractivité des accords de maintien de l'emploi demeure* **p.28**

Feuilleton rapide social - *Un pas de plus vers l'ouverture des magasins le dimanche dans les zones touristiques et commerciales* **p.32**

Droit social - *La loi « Macron » au service du dialogue social dans l'entreprise* **p.37**

JURISPRUDENCES

La Semaine juridique sociale - *CDD... intermittent : attention danger* **p.44**

Jurisprudence Sociale Lamy - *Tir groupé du Conseil d'État sur quelques questions visant les décisions de validation ou d'homologation* **p.50**

Revue de Droit du Travail - *La rémunération d'une pause ne préjuge pas de la nature de celle-ci* **p.54**

Jurisprudence Sociale Lamy - *Comment la Cour de cassation chapeaute-t-elle les décisions des juges du fond ?* **p.58**

La Semaine juridique sociale - *Travail en prison : la législation déclarée conforme à la Constitution* **p.63**



Chers adeptes,

Pour sa première revue mensuelle, Social is coming a l'honneur de présenter son menu d'automne à tout les sportifs avertis avant le début de l'ouverture des pistes:

MISE EN BOUCHE

Verrine d'actualités

Le mois de septembre 2015 est riche d'actualités sociales les plus diverses, du rapport Combrexelle à la réforme du droit du travail, vaste condensé des informations à ne pas manquer!

ENTREE

Salade de réflexions sur le référendum accompagné de sa tartine européenne de temps de trajet effectif

Suite à l'affaire Smart, entretien sur le référendum préalable à la négociation d'un accord collectif, négation du dialogue social et débat sur l'articulation entre l'individuel et le collectif.

D'après la CJUE, les déplacements effectués par les travailleurs sans lieu de travail fixe ou habituel entre leur domicile et le premier ou le dernier client de la journée constituent du temps de travail.

PLAT

Poêlée de loi Macron

La loi du 6 août 2015 est intervenue sur de nombreux points en droit du travail, consacrons nous à la réforme des accords de maintien de l'emploi, celle du travail du dimanche et la nouvelle place du dialogue social dans les entreprises.

DESSERT

Café gourmand de jurisprudences

La question de la preuve en cas de CDD intermittent

La position du Conseil d'État sur les décisions de validation ou d'homologation des PSE

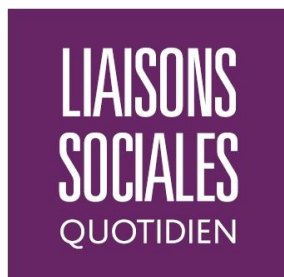
Les pauses rémunérées considérées comme temps de repos

Les juges du fond souverains de l'absence de validité d'une rupture conventionnelle entachée d'un vice de consentement

La législation du travail en prison jugée conforme à la Constitution

Bon appétit!





UN MOIS D'ACTUALITE – SEPTEMBRE 2015

Rentrée chargée pour ceux qui font ou suivent l'actualité sociale, avec la présentation du rapport Combrexelle qui servira de base à la réforme du droit du travail, suivie de la remise du rapport Mettling sur l'impact du numérique sur la vie au travail, et du rapport Lanouzière sur le travail répétitif et la pénibilité. L'activité parlementaire a aussi repris, avec notamment l'examen du projet de loi Santé au Sénat. Comme chaque année à la même période, les grandes lignes de l'avant-projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 ont été présentées par le gouvernement. Enfin, au grand dam du patronat, Michel Sapin a annoncé le report au 1er avril des baisses de charges prévues dans le cadre du pacte de responsabilité.

Budget et fiscalité

Régime fiscal des indemnités des stagiaires : dans le Bofip-Impôts du 28 août 2015, l'administration fiscale précise que les indemnités versées dans le cadre de conventions signées à compter à compter du 1er septembre 2015 sont exonérées d'impôt sur le revenu à hauteur du smic.

L'actualité n° 16904 du 2 septembre 2015.

Liens entre chômage et altération mentale : le chômage favorise l'apparition d'épisodes dépressifs, mais un état de santé mentale fragile peut également accroître le risque de chômage, constate la Dares dans une étude publiée le 18 septembre.

L'actualité n° 16918 du 22 septembre 2015.

Contrat de travail

Un rapport sur la transformation numérique et la vie au travail : sécuriser le forfait-jours, permettre de déroger au repos de 11 heures pour les travailleurs du numérique, instituer un droit et un devoir à la déconnexion, mieux encadrer le télétravail: telles sont les principales mesures suggérées par Bruno Mettling, DRH d'Orange, dans un rapport



remis le 15 septembre à la ministre du Travail. Celle-ci a annoncé que le sujet serait à l'ordre du jour de la conférence sociale du 19 octobre. *L'actualité n° 16915 du 17 septembre 2015.*

La vente à distance organise le recours au télétravail : un accord consacré au télétravail dans la vente à distance a été signé, le 6 juillet 2015. Il prévoit la possibilité pour les salariés d'effectuer la totalité de leur temps de travail hors de l'entreprise. *L'actualité n° 16920 du 24 septembre 2015.*

Conventions et accords

Les propositions du rapport Combrexelle pour doper la négociation collective : dans un rapport présenté le 9 septembre, l'ancien directeur général du travail formule 44 propositions pour développer la négociation collective. Il propose notamment d'inverser la hiérarchie des normes dans quatre domaines (conditions de travail, temps de travail, emploi et salaires), en faisant primer l'accord d'entreprise sur l'accord de branche, sous réserve des ordres publics législatifs et conventionnels de branche. Par ailleurs, même s'ils sont moins favorables, les accords de maintien de l'emploi, de mobilité ou de GPEC conclus au niveau de l'entreprise prévaudraient sur le contrat de travail. À plus long terme, Jean-Denis Combrexelle propose une réécriture du Code du travail, en distinguant les dispositions impératives, celles ouvertes à la négociation et celles supplétives en l'absence d'accord. *L'actualité n° 16911 du 11 septembre 2015.*

L'institut Montaigne et Terra Nova appellent à faire de l'accord collectif la norme de référence : donner plus de place à la négociation collective pour fixer les règles générales des relations de travail, afin de redynamiser l'économie et améliorer la compétitivité des entreprises, tout en assurant la protection des travailleurs. Telle est la solution avancée par l'Institut Montaigne dans un rapport publié le 1er septembre. Le lendemain, le think tank Terra Nova publie un rapport appelant à ce que dans chaque entreprise et chaque branche, il soit possible d'adapter par accord collectif les normes du Code du travail (IRP, seuils sociaux, durée du travail, etc.).

L'actualité n° 16906 du 4 septembre 2015.

Droit du travail

Hollande fixe le cap des réformes sociales : le 7 septembre, le président de la République a précisé que le rapport «Combrexelle» (v. «Conventions et accords», ci-contre) servira de base à la prochaine réforme du droit du travail, qui donnera lieu à un projet de loi dans les prochains mois. Il a aussi indiqué que le compte personnel d'activité serait au cœur de la prochaine conférence sociale prévue les 19 et 20 octobre prochains. Il a confirmé que « le pacte de responsabilité se



poursuivra en 2016» et qu'il sera procédé à son évaluation fin 2015, début 2016, afin de «faire des choix». François Hollande a également annoncé pour la fin de l'année un projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations et pour l'égalité. Enfin, il a demandé au ministre de l'Économie de préparer un projet de loi « sur les opportunités économiques provoquées par les innovations, notamment numériques ». *L'actualité n° 16909 du 9 septembre 2015.*

Valls précise le calendrier de la réforme du Code du travail : la réforme du droit du travail et le compte personnel d'activité feront l'objet d'un projet de loi commun présenté en Conseil des ministres en fin d'année, en vue d'une adoption par le Parlement avant l'été 2016, a annoncé le Premier ministre, le 9 septembre. Reprenant les préconisations du rapport Combexelle, il a confirmé son intention d'élargir la place de l'accord collectif par rapport au Code du travail et d'ouvrir de nouveaux champs de négociation sur quatre thèmes : les conditions de travail, le temps de travail, l'emploi et les salaires. Le 10 septembre, la nouvelle ministre du Travail, Myriam El Khomri, a indiqué qu'elle mènera auparavant une concertation avec les partenaires sociaux en deux temps : la première sur le rapport Combexelle, la seconde sur le projet de loi.

L'actualité n° 16911 du 11 septembre 2015.

Égalité et diversité

Preuve d'une discrimination syndicale : selon un arrêt du 1er juillet, la Cour de cassation précise que la discrimination syndicale ne peut être retenue à l'encontre d'un employeur que s'il est établi que celui-ci connaissait l'engagement syndical du salarié (en l'occurrence, simple adhérent d'un syndicat). *L'actualité n° 16903 du 1er septembre 2015.*

Le principe d'Égalité de traitement n'est pas applicable au niveau du groupe : dans un arrêt du 16 septembre, la Cour de cassation confirme que le principe d'égalité de traitement n'est pas applicable entre salariés d'entreprises différentes, même appartenant au même groupe. Un salarié ne saurait donc comparer sa situation avec celle de salariés d'une autre entreprise du groupe pour bénéficier d'un avantage concédé à ces derniers. *L'actualité n° 16919 du 23 septembre 2015.*

Europe

La CJUE autorise un État membre d'accueil à exclure du bénéfice des prestations sociales des citoyens de l'Union en recherche d'emploi : en réponse à une question préjudicielle, la CJUE précise, dans un arrêt du 15 septembre 2015, qu'une réglementation nationale peut refuser d'octroyer des prestations sociales à des ressortissants inactifs d'un autre État membre, qui exercent leur liberté de circulation



dans le seul but de bénéficier des aides de l'État d'accueil, alors même qu'ils ne disposent pas de ressources suffisantes pour prétendre à un droit de séjour.

L'actualité n° 16915 du 17 septembre 2015.

IRP

Prise en charge par l'employeur des frais d'expertise du CHSCT :

le 16 septembre, la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une QPC sur l'article L. 4614-13 du Code du travail. Selon la jurisprudence, ce texte impose à l'employeur de prendre en charge le coût de l'expertise décidée par le CHSCT, y compris lorsque la délibération décidant du recours à l'expert a été annulée par le juge après que l'expert désigné a accompli sa mission. Or, la Cour de cassation considère que cette solution est « susceptible de priver d'effet utile le recours de l'employeur ». Les Sages ont trois mois pour déterminer si l'article L. 4614-13 est conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution. *L'actualité n° 16918 du 22 septembre 2015.*

Licenciement économique

PSE : une homologation annulée en raison de la composition irrégulière du CHSCT :

dans un arrêt du 26 août, la cour administrative d'appel de Marseille précise que l'irrégularité de la composition du CHSCT, tenant à l'expiration du mandat de ses membres, retire toute portée à l'avis émis par cette instance et fait obstacle à l'homologation du document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

L'actualité n° 16912 du 14 septembre 2015.

Maladie

L'avant-projet de loi de financement de la sécurité sociale poursuit la généralisation de la complémentaire santé :

l'avant-projet de LFSS pour 2016 transmis le 28 septembre aux partenaires sociaux vise à ajuster certaines règles relatives à la complémentaire santé. Aux termes du texte, les salariés dont la durée du contrat de travail ou la quotité de travail est inférieure à certains seuils pourraient se dispenser, à leur initiative, de la couverture d'entreprise. Mais pour assurer le processus de généralisation, ils auraient droit, s'ils en font la demande à une aide financière dédiée de la part de leur employeur.

L'actualité n° 16924 du 30 septembre 2015.

Prud'hommes

Formation des conseillers prud'hommes :

un décret du 16 septembre 2015 proroge l'agrément des organismes assurant la formation des conseillers prud'hommes jusqu'à l'expiration du mandat prud'homal en cours, soit au plus tard jusqu'au 31 décembre 2017.



L'actualité n° 16919 du 23 septembre 2015.

Rémunération

Un crédit d'impôt n'augmente pas le montant de la réserve spéciale de participation : dans un avis du 14 septembre, la Cour de cassation s'est ralliée à la position du Conseil d'État, en précisant qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des crédits d'impôt dont l'entreprise peut bénéficier, pour calculer le bénéfice net servant à déterminer le montant de la réserve spéciale de participation. *L'actualité n° 16917 du 21 septembre 2015.*

Retraite

La Cour des comptes prône une convergence progressive des dispositifs de réversion : moderniser et harmoniser les pensions de réversion, telle est l'une des propositions d'économies formulées par la Cour des comptes dans son rapport annuel sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale, rendu public le 15 septembre, pour réduire le déficit de la sécurité sociale. *L'actualité n° 16915 du 17 septembre 2015.*

Rupture du contrat

Nouvelles précisions de la Cour de cassation sur la rupture conventionnelle : dans un arrêt du 16 septembre, la Cour de cassation précise que l'existence d'un vice du consentement est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans un second arrêt du même jour, elle se prononce sur les effets d'une tentative avortée de conclusion d'une rupture conventionnelle, postérieurement à une démission. *L'actualité n° 16921 du 25 septembre 2015.*

Plus de 35000 demandes de ruptures conventionnelles déposées en juillet 2015 : selon les statistiques du ministère du Travail, publiées le 14 septembre, en juillet 2015, 33211 ruptures conventionnelles ont été homologuées, sur 35 984 demandes enregistrées par l'administration. *L'actualité n° 16914 du 16 septembre 2015.*

Santé au travail

Un test salivaire de dépistage de drogue ne peut pas être pratiqué par l'employeur : dans un arrêt du 21 août, la cour administrative d'appel de Marseille précise que portent une atteinte disproportionnée aux droits et libertés des salariés les dispositions d'un règlement intérieur autorisant un supérieur hiérarchique à procéder à des tests salivaires dont les résultats positifs peuvent aboutir à des sanctions disciplinaires. *L'actualité n° 16920 du 24 septembre 2015.*



Vers une nouvelle définition du travail répétitif pour le compte pénibilité : le directeur général de l'Anact, Hervé Lanouzière, a présenté, le 28 septembre, son rapport sur le travail répétitif. Il propose une nouvelle définition de ce facteur de pénibilité afin de faciliter son appréciation par les entreprises dans le cadre de la mise en œuvre du compte pénibilité. La ministre du Travail annonce le jour même la publication d'ici la fin octobre des décrets modificatifs.

L'actualité n° 16924 du 30 septembre 2015.

Secteurs

Les Sages confirment l'interdiction d'UberPop : le Conseil constitutionnel a confirmé, le 22 septembre, l'interdiction du service UberPop, en rejetant les griefs soulevés par Uber, le géant américain de véhicules de transport avec chauffeurs (VTC), dans une question prioritaire de constitutionnalité. Il a notamment déclaré conforme à la Constitution l'article 3124-13 du Code des transports, qui condamne le fait d'organiser un système de mise en relation de clients avec des personnes qui se livrent au transport de passagers à titre onéreux sans être une entreprise de transport, et a estimé que cette disposition n'avait ni pour objet, ni pour effet d'interdire le covoiturage, comme l'affirmait la firme californienne. *L'actualité n° 16921 du 25 septembre 2015.*

Sécurité sociale

Le gouvernement dévoile les grandes lignes du PLFSS pour 2016 : rationalisation des exonérations de cotisations, poursuite du pacte de responsabilité, mise en place d'une protection universelle maladie, amélioration de la protection sociale des travailleurs indépendants. Telles sont les principales annonces faites par la ministre des Affaires sociales et le secrétaire d'État chargé du budget, le 24 septembre, dans le cadre de la présentation des grandes lignes du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2016. Concernant les exonérations de cotisations, l'avant-projet de loi prévoit la poursuite de la baisse de la cotisation d'allocations familiales, la hausse de l'abattement d'assiette de C3S, le recentrage des exonérations applicables en outre-mer et la rationalisation des dispositifs d'exonération zonée. Autre nouveauté : la revalorisation de l'ensemble des prestations sociales interviendrait à date fixe au 1er avril de chaque année (sauf pour les pensions de retraite, au 1er octobre) selon de nouvelles modalités. Le projet de loi sera présenté le 7 octobre en Conseil des ministres. *L'actualité n° 16922 du 28 septembre 2015.*

L'actualité n° 16924 du 30 septembre 2015.

La Cour des comptes appelle à relever le taux de certaines cotisations : dans son rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale du 15 septembre, la Cour des comptes plaide pour des mesures structurelles d'économies visant particulièrement la branche



maladie. Elle recommande aussi de relever le taux de la cotisation d'assurance vieillesse déplafonnée due par les indépendants affiliés au RSI et le taux de la cotisation d'assurance maladie.

L'actualité n° 16915 du 17 septembre 2015.

Temps de travail

Pour la CJUE, le temps de déplacement domicile clients des salariés itinérants est du temps de travail : les déplacements que les travailleurs sans lieu de travail fixe ou habituel effectuent entre leur domicile et les sites du premier et du dernier client de la journée constituent du temps de travail. Telle est la précision inédite apportée par la Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 10 septembre 2015. *L'actualité n° 16913 du 15 septembre 2015.*

Ouverture dominicale des commerces : dans une lettre adressée le 4 septembre au ministre de l'Économie, Emmanuel Macron, la maire de Paris, Anne Hidalgo, annonce son intention de poser une question prioritaire de constitutionnalité sur l'ouverture des commerces le dimanche dans la capitale. Le 16 septembre, le ministre des Finances, Michel Sapin, juge nécessaire d'organiser une concertation avec les maires sur la question du travail dominical. Le décret fixant les critères de délimitation des zones commerciales, des zones touristiques et des zones touristiques internationales est publié au JO du 24 septembre. Une série d'arrêtés publiés au JO du 26 septembre délimitent les zones touristiques à Paris. Le 24 septembre, le ministère de l'Économie annonce la création à Paris d'un Observatoire du commerce du dimanche, chargé d'évaluer la réforme de l'ouverture des commerces le dimanche à Paris. La maire de Paris, Anne Hidalgo, rejette cette proposition, refusant le « format » envisagé par Bercy. *L'actualité n° 16908 du 8 septembre 2015.*

L'actualité n° 16917 du 21 septembre 2015. L'actualité n° 16921 du 25 septembre 2015.

L'actualité n° 16923 du 29 septembre 2015.

Monoprix condamné en appel pour travail de nuit illicite : la cour d'appel de Versailles a condamné, le 10 septembre, l'enseigne Monoprix à verser 750000 € à titre d'astreinte (soit 250000 € de plus qu'en première instance) à la CGT qui l'attaquait pour non-respect d'une décision de justice sur le travail de nuit. *L'actualité n° 16912 du 14 septembre 2015.*

Travail à temps partiel dans la charcuterie de détail : le BO-CC 2015-35 publie l'avenant 25 du 8 avril 2015 modifiant l'article 19 de la CCN du 1er décembre 1977, relatif à la durée du travail. Il permet aux employeurs de la branche de déroger à la durée minimale légale du travail à temps partiel. *L'actualité n° 16920 du 24 septembre 2015.*





Du côté de chez Smart

Publié le 26 octobre 2015

Entretien avec Frédéric Géa Professeur à la Faculté de droit de Nancy, Université de Lorraine

À l'occasion de l'affaire Smart, réflexions sur le référendum préalable à la négociation d'un accord collectif, négation du dialogue social et débat sur l'articulation entre l'individuel et le collectif.

Semaine sociale Lamy : Les salariés de l'usine Smart France à Hambach, en Moselle, ont été consultés le 11 septembre sur l'hypothèse d'un retour provisoire aux 39 heures en contrepartie d'un engagement de maintien de l'emploi. Dans quel contexte cette consultation est-elle intervenue ?

Frédéric Géa : Cette initiative s'inscrit dans une démarche engagée depuis le début de l'année 2015 par la direction de Smart France ayant pour objet de consolider sa position au sein du groupe Daimler, dans un contexte industriel qui a vu la production de la troisième génération de Smart accompagner puis, plus récemment, se substituer à celle du précédent modèle. Sous l'angle économique, l'objectif affiché par la direction est d'augmenter la compétitivité de l'entreprise en optimisant les coûts salariaux, et ce, afin de garantir la pérennité du site de Hambach et des emplois. Mais le contexte était également juridique, car le processus de négociation annuelle obligatoire était engagé. Si bien que le scrutin consistait en une consultation des salariés sur une hypothèse censée se traduire dans la foulée, en cas de résultats favorables, par un accord collectif de travail.

Dans ces conditions, était-il envisageable, juridiquement, d'organiser un tel référendum ?

F. G. : C'est une vraie question. Le référendum renvoie à des réalités extrêmement hétérogènes que le droit du travail n'appréhende pas de façon identique. Consulter la base, organiser un référendum spontané,



n'est pas une pratique récente : elle semble même avoir partie liée avec l'histoire du mouvement ouvrier, qui en offre des illustrations avec des grèves datant de la fin du XIX^e siècle. Les textes légiférés ne réservent cependant qu'une place limitée à cette technique référendaire, en prenant d'ailleurs soin de définir son rôle par rapport à la négociation collective. Ainsi la consultation directe des salariés est-elle envisagée tantôt comme une ratification, d'un projet d'accord ou d'un projet de contrat proposé par l'employeur, comme en matière d'intéressement ou de participation (C. trav., art. L. 3312-6, L. 3322-6, L. 3322-7, sous réserve d'une majorité des deux tiers du personnel), ou en matière de prévoyance complémentaire (CSS, art. L. 911-1), tantôt comme une approbation qui conditionne la validité d'un accord collectif négocié et conclu dans des conditions dérogatoires, que ce soit par un représentant de la section syndicale (C. trav., art. L. 2232-14), par un élu du personnel (C. trav., art. L. 2232-21-1) ou par un salarié mandaté (C. trav., art. L. 2232-27), ou lorsqu'un accord de maintien de l'emploi est conclu avec un représentant élu du personnel ou par un salarié mandaté (C. trav., art. L. 5125-4). C'est encore d'approbation par les salariés voire de référendum qu'il est question, s'agissant des dérogations au repos dominical autorisées par le préfet ou, pour les entreprises de moins de onze salariés uniquement, en l'absence d'accord collectif ou d'accord conclu à un niveau territorial, de celles accordées aux établissements de vente au détail établis dans certaines zones géographiques – étant entendu que la loi Macron du 6 août 2015 a restreint la possibilité, à ce sujet, de soumettre au suffrage des salariés une décision unilatérale de l'employeur. On observera que, dans toutes ces hypothèses, la consultation directe des salariés parachève, y compris au plan juridique en jouant comme condition de validité des actes en cause, un processus, le plus souvent négocié, afin d'en renforcer ou d'en garantir la légitimité. Le chiffre – mis en avant dans le bilan annuel de la négociation collective – de 11 453 accords d'entreprise, soit 18,7 % de l'ensemble des accords, ayant donné lieu en 2014 à un référendum (voir Bilans & Rapports, La négociation collective en 2014, ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, 2015, p. 526 et 527), correspond à des ratifications intervenant en aval du processus de négociation.

Chez Smart, le référendum a précédé la négociation de l'accord collectif.

F. G. : En effet. C'est une tout autre configuration qui se présente lorsque le référendum se situe en amont des négociations, à l'instar de ce qui



s'est passé au sein de la société Smart France comme de tant d'autres auparavant – notamment chez Continental et General Motors en 2010 ou chez Michelin en 2001. En marge de la loi, la consultation organisée sur le site de Hambach précède la négociation et a même pour objet – plus ou moins affiché – de l'orienter. De peser sur elle. Entre le référendum « passage en force », qui vise à faire basculer le rapport de force entre les représentants des salariés et la direction, et le référendum « participatif », destiné à conforter un processus de négociation et à légitimer la stratégie collaborative des acteurs collectifs engagés – pour reprendre la distinction proposée dans l'étude réalisée par l'Association Travail Emploi Europe Société (ASTREES), à la demande du Centre d'Analyse Stratégique¹ (cf., en particulier, la note d'analyse de A. Naboulet, Les processus « atypiques » de négociation collective en entreprise, France Stratégie, août 2014, n° 14, spéc. p. 6 – note reproduite dans La négociation collective en 2014, op. cit., spéc. p. 637 et s.), la frontière paraît ténue. Car, si certaines organisations syndicales sont, dans une entreprise donnée, « demandeuses » d'une telle consultation, d'autres peuvent y être réticentes. Il me semble que nous étions dans ce cas de figure pour le scrutin organisé au sein de l'usine Smart. Et ce, je le répète, en pleine négociation annuelle obligatoire. Il est, dès lors, permis de s'interroger sur la licéité du recours à un référendum en pareilles circonstances. Le référendum peut-il être compris – sous l'angle, non pas sociologique, mais juridique – comme une étape, un moment, de la « négociation » que prescrit la norme issue de l'article L. 2242-1 du Code du travail ? À solliciter directement, fût-ce dans un premier temps, les salariés, l'employeur ne risque-t-il pas de se voir reprocher une entrave à la négociation collective en application de l'article L. 2243-1 ? Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, ce délit est constitué lorsque l'employeur conclut avec des instances représentatives du personnel distinctes des organisations syndicales un accord ayant « pour objet ou pour effet de porter atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective » (Cass. crim., 18 nov. 1997, Bull. crim., n° 390). Une consultation des salariés n'est certes pas assimilable à un accord. Mais n'est-ce pas l'interdiction de « pouvoir choisir un autre partenaire » que les organisations syndicales représentatives de l'entreprise – pour reprendre la formule de Renaud Salomon et Agnès Martinel (voir Droit pénal social. Droit pénal du travail et de la sécurité sociale, Corpus droit privé, Economica, 2014, n° 356, p. 186) – qu'incrimine ce texte légal ? Or n'est-ce pas ce que fait l'employeur lorsqu'il organise la consultation des salariés avant de conclure un accord avec les organisations syndicales représentatives ? À ces questions, les réponses demeurent



pour l'heure incertaines. Cette pratique ne s'accompagne pas moins, pour cette raison, d'un risque juridique bien réel...

Pourtant, le référendum, en organisant ainsi la participation des salariés à la détermination de leur sort, ne constitue-t-il pas le procédé démocratique par excellence ?

F. G. : D'abord, il semble douteux que le principe de participation des travailleurs, mentionné par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie la Constitution de 1958, puisse, en présence d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, trouver à se réaliser sur le mode de la consultation directe des salariés. C'est, rappelons-le, selon cette disposition, « par l'intermédiaire de ses délégués » que tout travailleur (salarié) participe à la détermination de ses conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. Si ce principe constitutionnel, désormais intégré au droit du travail (à ce sujet : I. Odoul-Asorey, Principe de participation des travailleurs et droit du travail, Dr. soc. 2014, p. 356 et s.), n'a pas pour signification, d'après le Conseil constitutionnel, de reconnaître aux organisations syndicales un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective (Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC), il a néanmoins vocation à se concrétiser, à se réaliser, par le truchement d'une représentation, donc de représentants, des travailleurs. Pourquoi ? Tout simplement parce qu'une consultation digne de ce nom (a fortiori une concertation ou une négociation) ne peut être menée que sur la base d'informations fiables, précises, complètes, et sous réserve de permettre une véritable délibération. Or il n'est pas certain que la pratique du référendum, tout particulièrement en entreprise, remplisse jamais cet office. Quid, objectera-t-on, de la démocratie ? L'expression de la « volonté directe » des salariés, à supposer que cette fiction fasse sens, n'en constituerait-elle pas la meilleure garantie ? Voilà ce dont nous mettent en garde les travaux de Pierre Rosanvallon, à qui l'on doit un séminaire au Collège de France sur le thème « Référendum et démocratie »², et les réflexions de Dominique Rousseau au sujet de ce qu'il désigne comme « l'équivoque référendaire »³. Le problème, c'est que le référendum se réduit à l'acte de voter : « avec le référendum, ce n'est pas la parole qui est donnée au peuple, c'est le vote, et le vote même référendaire reste un acte d'acclamation plus qu'un acte de participation », observe-t-il (D. Rousseau, Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation, Seuil, 2015, p. 134). En définitive, l'équivoque provient ici de ce qu'au-delà de l'apparente évidence, le référendum n'est pas l'instrument de la démocratie directe, faute de



réunir les citoyens « dans un même lieu pour proposer, discuter, amender et approuver les lois – au sens général du terme » (Ibid., p. 136). En va-t-il autrement concernant les salariés ? À mon sens, le référendum préalable à la négociation d'un accord collectif constitue, non pas une forme directe de dialogue social, mais sa négation même

Pour la mise en œuvre de son « Pacte 2020 », la direction de Smart a-t-elle vraiment besoin de conclure un accord collectif ? S'agit-il d'un accord de maintien de l'emploi ?

F. G. : A priori, l'intention de la direction de Smart France, au départ, était de conclure, disons, un accord de compétitivité, visant à définir un nouvel équilibre entre durée du travail et rémunération en contrepartie d'un engagement de l'emploi, mais en s'affranchissant du cadre légal des accords de maintien de l'emploi proprement dits – à défaut, pour l'entreprise, de connaître de « graves difficultés économiques conjoncturelles » (C. trav., art. L. 5125-1, I). il est néanmoins permis de se demander si la direction n'a pas été inspirée par les orientations, finalement non retenues par le législateur, qu'avaient avancées la Commission spéciale « Croissance, activité et égalité des chances économiques » du Sénat, lors de l'examen du projet de loi Macron, en militant en faveur d'accords dits « de développement » et de maintien de l'emploi (cf. F. Géa, Le projet de loi Macron et l'emploi (III) : simplifier, sécuriser, libérer, délivrer..., RDT 2015, spéc. p. 259 et s.). Dans ces conditions, quand bien même un accord collectif serait conclu, l'employeur n'a – et n'aura – d'autre choix que de solliciter l'accord individuel de chacun des salariés concernés, s'agissant de modifications tant de leur durée du travail que de leur rémunération (F. Géa, in Les Échos, 16 sept. 2015, p. 17). Alors effectivement, pourquoi rechercher un accord collectif ? L'inscription de cette démarche dans un contexte de négociation annuelle obligatoire constitue un premier élément de réponse, bien sûr. L'employeur ne pouvait procéder par voie de décision unilatérale, tant du moins qu'un procès-verbal de désaccord n'a pas été établi. Cette règle, dont la Cour de cassation a contribué à façonner la teneur par interprétation de l'article L. 2242-3, signifie, en particulier, qu'une dénonciation d'accord collectif ne peut intervenir en cours de négociation, une telle décision unilatérale étant « nulle et de nul effet » (Cass. soc., 29 juin 1994, Bull. civ. V, n° 219, Dr. soc. 1995, obs. J. Savatier, JCP 1995, I, 3817, obs. P-H. Antonmattei). Or il s'avère que l'évolution envisagée heurtait de précédents accords collectifs conclus au niveau de l'entreprise... Je ne suis cependant pas certain que l'objectif consistait en la révision de ces accords, à supposer que celle-ci puisse



être mise en œuvre. L'idée de la direction serait plutôt, par la conclusion de l'accord de compétitivité, d'aménager (ou suspendre ?) temporairement certaines stipulations des accords antérieurs, en l'occurrence celles qui feraient l'objet d'une modification ou apparaîtraient contraires à ce nouvel accord... Démarche risquée, au plan juridique : en quoi les signataires d'un accord collectif seraient-ils habilités à moduler l'application d'un ou plusieurs autres accords collectifs sans passer par les mécanismes qu'institue la loi ? À mon avis, en dehors de la révision et de la dénonciation, il n'est pas d'issue juridique. Au niveau collectif, s'entend. C'est d'ailleurs là ce qui me paraît constituer une seconde explication, plus politique : la société Smart France a opté pour une stratégie focalisée, non pas à mes yeux sur le dialogue social (si l'on veut bien prendre au sérieux la notion – et même le concept – de dialogue), mais sur une certaine approche de la négociation collective, identifiée à un rapport de force. Tel qu'il a été mis en œuvre, le référendum qui a été organisé en constituait d'ailleurs l'un des leviers. Ce n'est pas un hasard si la consultation directe des salariés n'a pas débloqué la situation, mais a produit l'effet inverse. Sur quoi ce vote a-t-il débouché ? Les salariés ont été, dira-t-on, 56 % à s'exprimer en faveur du « Pacte 2020 ». Soit. Reste que ce scrutin a engendré une véritable scission au sein de la communauté de travail. Car si 74 % des employés, techniciens et agents de maîtrise (Etam) et cadres ont voté oui, 61 % des ouvriers ont voté non. La conflictualité désormais se porte sur le projet lui-même : alors que la CFTC et la CFE-CGC ont la capacité de signer l'accord collectif, la CGT et la CFDT sont, quant à elles, en mesure de (et enclines à) s'y opposer – au regard des conditions de validité définies à l'article L. 2232-12 du Code du travail. Les tensions (collectives) ont finalement été attisées par ce vote.

Ne s'agit-il pas également d'une tension entre droits individuels et droits collectifs ?

F. G. : Absolument. Les événements ont ici comme orchestré l'opposition entre ces registres : en cherchant à dégager une majorité sur la base de la consultation directe des salariés et à s'appuyer sur ce scrutin pour édifier des normes collectives susceptibles de convaincre in fine les salariés, individuellement, d'accepter les évolutions escomptées. Il est intéressant de relever que la direction de Smart France présente, dans son projet d'accord, les inévitables propositions de modification du contrat de travail comme des avenants individuels d'adhésion, emportant aménagements temporaires des accords d'entreprise antérieurs. Fût-il douteux au plan juridique, ce montage procède d'une recombinaison



totale des rapports entre droits individuels et droits collectifs, non sans une certaine ambiguïté d'ailleurs. L'employeur semble faire dépendre la détermination et l'application du statut collectif applicable de la volonté individuelle des salariés. Car si l'intérêt collectif est censé ici surdéterminer l'intérêt individuel, en retour le statut collectif semble faire l'objet d'une contractualisation, puisque de la signature de l'avenant d'adhésion dépend la mise à l'écart ou, disons, la suspension temporaire de stipulations d'accords collectifs antérieurs ! Implicite, c'est bien la capacité du salarié de résister à une évolution, même temporaire, de la norme collective que ce dispositif tend à réorienter, en l'entraînant sur de nouvelles rives. Il est d'ailleurs remarquable que le projet d'accord de la direction conditionne ses mesures d'aménagements du temps de travail et ses contreparties en matière de maintien de l'emploi à l'obtention d'un nombre d'« adhésions », autrement dit d'accords individuels, au moins égal au seuil de salariés qui ont approuvé, lors du référendum, le « Pacte 2020 ». Ne serait-ce pas une manière de transformer en responsabilité collective ce qui, au plan juridique, s'analyse classiquement comme un droit individuel ? Que dire, par ailleurs, de la scission – on y revient – qu'envisage ce même projet, au stade de sa mise en œuvre, en différenciant deux modes distincts d'aménagement du temps de travail : d'un côté, le système applicable aux salariés qui ont accepté la modification (et se verraient appliquer, dans un premier temps, une augmentation temporaire et progressive de la durée du travail par la réalisation d'heures supplémentaires ou la renonciation à des jours de repos), d'un autre côté, celui dont bénéficieraient ceux qui l'auraient refusé. Sachant que, semble-t-il, l'engagement de maintien de l'emploi pris par la direction (quelle qu'en soit la portée) ne vaudrait que grâce à la contribution des premiers ? Ne serait-ce pas instituer un cadre où l'intérêt individuel s'inscrit dans un rapport antinomique avec l'intérêt collectif, face auquel il est invité à céder ? Convient-il d'y repérer l'une des lignes de force de ce « droit du travail de la compétitivité » (pour reprendre la formule employée, dans une optique critique, par Antoine Lyon-Caen lors de la manifestation organisée par l'AFDT le 19 octobre 2015 sur le droit du travail en débat) que certains s'attachent à promouvoir ? Ce serait inquiétant.

Que pensez-vous de l'analyse du rapport Combrexelle au sujet de l'articulation entre contrat de travail et accord collectif, en matière d'emploi ?

F. G. : Jean-Denis Combrexelle soutient, dans son rapport, l'idée suivante : « Lorsque l'emploi est en cause et que l'accord vise à le protéger, le



maintenir, le préserver et le développer, l'accord et l'intérêt collectif qu'il incarne priment sur l'intérêt individuel concrétisé par le contrat de travail » (cf. : La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, 2015, p. 102). Délibérément ouverte (quand doit-on considérer que l'emploi est en cause dans un accord collectif ?) et susceptible par conséquent de donner lieu à des lectures restrictives ou beaucoup plus compréhensives, cette formulation ne fait que traduire une considération qui chemine depuis quelques années déjà dans notre droit du travail, et dont évidemment les accords de maintien de l'emploi constituent la forme la plus aboutie. À ceci près que la primauté de l'acte collectif négocié se concrétiserait par une incitation, pour le salarié, à accepter la proposition qui en résulte, en présumant la légitimité du licenciement économique et surtout en instaurant un régime indemnitaire moins attractif que celui prévu par le droit commun du licenciement économique. Cette proposition affecte moins la règle de faveur issue de l'article L. 2254-1 que la jurisprudence en vertu de laquelle « un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail » (not. : Cass. soc., 25 févr. 2003, Bull. civ. V, n° 64), laquelle est une ramification de la construction prétorienne sur la modification du contrat de travail (F. Géa et M-F. Mazars, Contrat de travail et normes collectives, BICC, n° 768, 1er oct. 2012, Les éditions des Journaux officiels, Actes des Rencontres de la chambre sociale 2012, p. 40, plus spéc. p. 55 et s.). Au plan conceptuel, je ne suis pas réticent à l'idée d'assurer, en ce domaine, une primauté à un accord collectif par rapport au contrat de travail, mais sous réserve, d'une part, d'appréhender de façon exigeante l'engagement pris par l'employeur en matière d'emploi, d'autre part, de renforcer les garanties procédurales de légitimité, concernant tant les signataires de l'accord que le processus de négociation ou, plus précisément, de dialogue social – sachant qu'il n'y a de dialogue que si certaines conditions sont réunies, sauf à s'en remettre aux faux-semblants... La capacité renforcée des acteurs du dialogue social ne saurait anéantir la capacité reconnue au salarié ; elle doit, au contraire, lui servir de point d'appui. C'est alors que se frayera, dans l'entreprise elle-même, une voie pour cette « démocratie d'appropriation » que Pierre Rosanvallon appelle aujourd'hui de ses vœux (Le bon gouvernement, Les livres du nouveau monde, Seuil, 2015, p. 185 et s.)

1. Devenu, depuis, France Stratégie.
2. Consultable sur le site internet du Collège de France.
3. Intitulé de son intervention dans le séminaire précité



Temps de trajet domicile-travail : les nouvelles exigences du juge communautaire

Publié le 12 octobre 2015 par Franck Morel

Selon la CJUE, les déplacements effectués par les travailleurs sans lieu de travail fixe ou habituel entre leur domicile et le premier ou le dernier client de la journée constituent du temps de travail. Exclure ces déplacements du temps de travail serait contraire à l'objectif de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs visé par le droit de l'Union.

La Cour de justice de l'Union européenne vient de nouveau alimenter les commentaires sur sa jurisprudence relative à la directive concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail(1).

Elle vient de rendre un arrêt sur le temps de trajet(2) susceptible d'être perçu comme un nouveau bouleversement du droit national, après son abondante jurisprudence sur les congés payés et la maladie(3).

Une société espagnole qui exerce une activité d'installation et de maintenance de systèmes de sécurité permettant de détecter les intrusions et prévenir les cambriolages ferme ses bureaux en province et rattache tous ses employés au siège à Madrid. Les techniciens qui procèdent à l'installation des systèmes de sécurité disposent d'un véhicule de fonction et se déplacent chaque jour depuis leur domicile vers des lieux d'interventions variables, parfois au-delà de 100 kilomètres. Le temps de déplacement entre leur domicile et le premier client peut parfois aller jusqu'à trois heures. Ils rentrent chez eux le soir avec le même véhicule. Ils reçoivent la veille une feuille de route depuis Madrid qui leur indique les sites qu'ils devront visiter le lendemain dans leur zone territoriale. Depuis la fermeture des bureaux territoriaux, ils ne vont plus dans ces bureaux pour récupérer un véhicule de fonction avant la première visite mais partent directement de chez eux avec le véhicule.

Bien évidemment, la question posée est celle de la qualification du temps de trajet entre le domicile et le travail, le matin et le soir, la société ne le comptabilisant pas comme un temps de travail. L'employeur comptabilise



en effet le temps travaillé en partant de l'heure d'arrivée sur le site du premier client et en terminant à l'heure de départ du site du dernier client de la journée. Lorsqu'il existait un bureau en province, l'employeur décomptait le temps de travail à partir de l'arrivée au bureau précédant la récupération du véhicule.

Dans la législation espagnole le temps de trajet domicile-client n'est pas assimilé à du temps de travail. Mais la juridiction nationale estime que dans le cas des travailleurs mobiles du secteur des transports terrestres, cette idée doit être nuancée, leur poste de travail se situant dans le véhicule. Le juge s'interroge alors sur l'analogie susceptible d'être opérée pour ces travailleurs. Il questionne donc le juge communautaire sur la qualification de ce temps.

L'affaire dont il est question est singulière et on devait s'attendre à la solution que propose la Cour de Luxembourg avec des limites logiques et d'autres qui questionnent. La portée de cet arrêt dans notre droit reste limitée à court terme mais nous oblige sans doute à faire évoluer le Code du travail à moyen terme.

1) UNE SOLUTION MAIS AVEC DES LIMITES

La question posée par le juge espagnol expose bien les spécificités de la situation. Il s'agit en effet d'un travailleur qui n'a pas de lieu de travail fixe et qui doit se déplacer chaque jour depuis son domicile au siège du client. Ce travailleur est prévenu la veille de l'itinéraire et de la liste des clients à visiter.

Le juge rappelle que la directive relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail a pour objet de fixer des prescriptions minimales revêtant une importance particulière destinées à travailleurs en matière de durée du temps de travail.

Il n'existe dans ce cadre, comme il le rappelle en faisant référence à une jurisprudence constante, pas de catégorie intermédiaire entre le temps de travail et le temps de repos, ces deux notions étant exclusives l'une de l'autre. Ensuite, c'est la finalité de la directive qui va permettre d'apprécier ces notions.

• Analyse de chaque élément du temps de trajet

Le juge va donc analyser chaque élément constitutif du temps de trajet en question pour vérifier s'il entre ou pas dans la définition du temps de travail. Le travailleur est-il dans l'exercice de ses activités ou de ses fonctions ? Le juge indique que ces déplacements pour se rendre chez les clients désignés par leur employeur sont l'instrument nécessaire à l'exécution des prestations techniques chez les clients. Si on ne devait



pas les prendre en compte dans le temps de travail, cela nuirait à l'objectif de protection de la santé des travailleurs de la directive. Ce seul argument souffre la critique puisque tous les trajets domicile-travail pourraient être qualifiés comme tels. Mais le juge ajoute un élément de circonstance qui a, semble-t-il, été déterminant. C'est le fait que la société considérait avant la fermeture du bureau de province le temps de trajet depuis le bureau vers le premier client comme un temps de travail, la nature de ces déplacements n'ayant pas changé. Seul le point de départ du trajet a été modifié.

Le travailleur est-il à la disposition de l'employeur durant ce temps ? Pour répondre à cette question, la Cour donne des éléments d'appréciation. Si le travailleur est placé dans une situation dans laquelle il est obligé juridiquement d'obéir aux instructions de l'employeur, il pourra s'agir de temps de travail sauf si l'intéressé peut gérer son temps sans contrainte majeure et peut se consacrer à ses propres intérêts.

Là aussi, le juge fait référence à la situation antérieure, considérant que le travailleur ne dispose pas librement de son temps pendant le déplacement. La possibilité pour les travailleurs de se livrer durant le trajet à des occupations personnelles existait déjà avant et n'affecte donc pas l'analyse.

Enfin, le juge estime que le travailleur est « *au travail* », n'ayant plus de lieu fixe ou habituel de travail. Dès lors, leur lieu de travail ne peut être réduit aux lieux d'interventions chez des clients.

Un élément d'argumentation intéressant est l'absence de liberté – du fait de la suppression par l'employeur du bureau de province – du travailleur de déterminer librement la distance séparant son domicile du lieu habituel de travail. Dès lors, il serait contraire à l'objectif de la directive que le temps de repos de ces travailleurs soit réduit en incluant ce temps dans le temps de repos.

La conclusion du juge est claire. Dans des circonstances telles que celles en cause au principal, dans lesquelles les travailleurs n'ont pas de lieu de travail fixe ou habituel, le temps de déplacement consacré aux déplacements quotidiens entre leur domicile et les sites du premier client et du dernier client désignés par leur employeur constitue du « temps de travail », au sens de la directive.

Cette affaire est à rapprocher de l'affaire Skills(4) qui avait déjà conduit le juge en 2001 à intégrer un temps de trajet dans le temps de travail. Il s'agissait d'un conducteur dans une entreprise de transport. Il ne s'agissait cependant pas d'une question relative à la directive sur le



temps de travail mais à l'article 15 du *règlement européen n° 3821-85 du 20 décembre 1985* relatif à l'harmonisation de certaines dispositions en matière sociale dans le domaine des transports par route alors applicable et qui indiquait que les conducteurs doivent enregistrer automatiquement ou manuellement le « *temps de conduite et tous les autres temps de travail* ». Il était reproché à l'entreprise le fait que les périodes durant lesquelles des salariés conduisent une voiture en partant soit de leur domicile, soit du centre d'exploitation de Skills pour se rendre à l'endroit où ils prennent en charge un autocar ne soient pas enregistrées.

Si on ne devait pas prendre en compte le temps de déplacement pour aller chez le client dans le temps de travail, cela nuirait à l'objectif de protection de la santé des travailleurs

La Cour de Luxembourg avait répondu à la juridiction britannique qu'un conducteur qui se rend à un endroit précis, qui lui est indiqué par son employeur et qui est différent du centre d'exploitation de l'entreprise, pour prendre en charge un véhicule, satisfait à une obligation vis-à-vis de son employeur et dès lors ne dispose pas, pendant ce trajet, librement de son temps.

Elle avait ajouté que le temps passé par un conducteur pour se rendre à l'endroit où il prend en charge l'autocar est susceptible d'influencer la conduite dans la mesure où il aura des effets sur l'état de fatigue du conducteur. À la lumière de l'objectif du *règlement européen n° 3820-85* consistant à améliorer la sécurité routière, ce temps devait par conséquent être considéré comme faisant partie des « *autres temps de travail* ».

Sécurité routière ou sécurité du salarié, la conclusion est identique dans les deux affaires.

• **Impact sur la rémunération**

Outre les limites liées aux circonstances des deux affaires, une précision essentielle de l'arrêt de septembre 2015 réside dans le fondement de la directive. Il ne s'agit que de protéger la santé et la sécurité des travailleurs. Il ne s'agit pas de leur rémunération. Le juge le rappelle bien en indiquant que le mode de rémunération des travailleurs dans une situation telle que celle en cause au principal relève, non pas de ladite directive, mais des dispositions pertinentes du droit national.

On peut faire le parallèle avec l'impact des arrêts du juge communautaire sur les mécanismes d'équivalence selon lesquels il est possible de considérer qu'une durée de présence au travail est équivalente à la durée légale du travail, du fait de périodes d'inaction. La jurisprudence



communautaire a imposé la prise en compte de l'ensemble de ces temps pour le calcul des durées maximales de travail et temps de repos, dès lors qu'il s'agit de temps de travail au sens de la directive et ceci même dans le cas de régimes d'équivalence(5). Le Conseil d'État avait donc annulé le décret et rappelait que s'il pouvait légalement définir un rapport d'équivalence pour l'appréciation des règles relatives aux rémunérations et aux heures supplémentaires ainsi que de celles concernant les durées maximales de travail fixées par le droit national, le décret attaqué était entaché d'illégalité en tant qu'il ne fixait pas les limites dans lesquelles devait être mis en œuvre le régime d'équivalence ainsi créé pour garantir le respect des seuils et plafonds communautaires. Le juge judiciaire s'est aussi prononcé dans le même sens. La validité du système d'équivalence, dans ses aspects financiers, d'heures supplémentaires, de majoration et de repos compensateur, n'est aucunement remise en cause par la jurisprudence communautaire. L'équivalence est donc pleinement opposable en matière de rémunération(6). Il ne peut donc être conclu de cette décision de justice communautaire que les temps de trajets visés doivent être rémunérés. Ils doivent juste être pris en compte dans l'appréciation des durées maximales de travail et temps de repos minimum fixés par la directive. Mais la portée spécifique de l'arrêt en question doit aussi être perçue dans ses conséquences au plan du droit national.

En droit français, il ne saurait être question de comptabiliser le temps de trajet domicile travail, y compris dans des circonstances telles que celles visées par le Code du travail, pour vérifier le respect des durées maximales de travail et temps de repos

2) DES CONSÉQUENCES À MOYEN TERME POUR LE DROIT NATIONAL

En droit national, le temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail n'est pas considéré comme un temps de travail effectif(7). La question s'est cependant posée de manière plus complexe lorsque le lieu de travail varie. Le juge était venu nuancer sa position en indiquant que le temps habituel de trajet entre le domicile et le lieu de travail ne constituait pas en soi un temps de travail effectif à propos d'un formateur qui animait des stages sur différents sites géographiques(8). La chambre sociale avait explicitement confirmé sa position assimilant le temps excédentaire du temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail en pareil cas de temps de travail effectif(9).

Une intervention législative a alors permis de préciser que le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du



contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif(10).

C'est ce que précise dès lors le Code du travail en ajoutant que toutefois, s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, ce temps fait l'objet d'une contrepartie soit sous forme de repos, soit financière, déterminée par convention ou accord collectif de travail ou, à défaut, par décision unilatérale de l'employeur prise après consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'il en existe. En outre, la part de ce temps de déplacement professionnel coïncidant avec l'horaire de travail n'entraîne aucune perte de salaire(11).

En droit français, il ne saurait donc être question de comptabiliser le temps de trajet domicile-travail, y compris dans des circonstances telles que celles visées par les dispositions du Code du travail, pour vérifier le respect des durées maximales de travail et temps de repos. Et la Cour de cassation est venue accompagner ces nouvelles dispositions légales en indiquant qu'en l'absence d'accord collectif ou d'engagement unilatéral, c'est le juge qui fixe le montant de la contrepartie applicable mais sans pour autant assimiler tout ou partie de ce temps de trajet à du temps de travail effectif(12).

Il est donc indéniable que dans une situation comparable à celle qu'a connue la société Tyco, le droit français n'aurait pas conduit à comptabiliser le temps de trajet comme un temps de travail effectif mais que le juge communautaire aurait considéré notre droit national non conforme sur ce point aux prescriptions communautaires concernant les garanties prévues par la directive.

Les questions et limites sont cependant de deux ordres.

À court terme, en premier lieu, il est tout d'abord possible que le juge puisse continuer à appliquer les prescriptions du Code du travail national. Le juge national va-t-il ainsi résister au nom de l'inapplicabilité des directives communautaires aux litiges entre particuliers comme pour l'acquisition de congés payés durant une longue maladie(13) ? Ce n'est pas impossible. Le juge communautaire lui-même a rappelé cette absence d'effet direct des directives à des litiges entre particuliers même lorsqu'il s'agit de prescriptions de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne(14). Pour autant, un recours en manquement introduit par la Commission européenne contre la France(15) ou même une action en responsabilité contre l'État pour réparer les dommages découlant de la non-transposition de la directive relative au temps de travail, comme en été admis le principe par le juge communautaire(16), ne sont théoriquement pas impossibles. Il faudra cependant du temps pour que le droit national soit irrémédiablement contraint par la



jurisprudence communautaire.

Si le juge communautaire a considéré que la constitution du droit à congé annuel de quatre semaines prévu par la directive sur le temps de travail ne peut être affectée par une absence pour maladie(17), il a également précisé que sont contraires à la directive des dispositions nationales prévoyant qu'un travailleur, en incapacité de travail survenue durant la période de congé annuel payé, n'a pas le droit de bénéficier ultérieurement dudit congé annuel coïncidant avec la période d'incapacité de travail(18). Pour autant, comme indiqué, le juge national n'a pas modifié sa position et le ministre du Travail a précisé que la mise en conformité du droit français au droit communautaire était à l'étude mais nécessitait une évaluation préalable de l'ensemble de ses incidences tant pour les salariés que pour les employeurs impliquant le cas échéant une concertation préalable des partenaires sociaux(19). Il reste donc du temps...

En second lieu, le rapport que vient de rendre Bruno Mettling à la ministre du Travail soulève la question des dérogations au temps minimum de repos quotidien en matière d'utilisation des nouvelles technologies de l'information. Le rapport précise que le forfait-jours s'appuie sur la directive européenne sur le temps de travail qui prévoit la possibilité de dérogations aux durées de travail maximales mais aussi aux temps de repos minimaux pour les salariés dotés d'un niveau d'autonomie nécessaire à l'exercice de leurs responsabilités mais que le législateur français n'a toutefois pas permis ces dérogations au temps de repos(20).

La même question pourra sans doute surgir au sujet des temps de déplacements des cadres pour se rendre en mission sur des lieux parfois très éloignés de leur domicile. Certes, le juge a cantonné sa position à la situation des travailleurs n'ayant pas de lieu fixe ou habituel de travail mais son raisonnement contient des germes d'extension à d'autres travailleurs de sa position.

Dans les affaires traitées par le juge communautaire, le déplacement était assuré par un véhicule de l'entreprise. Le juge aurait-il la même analyse en cas d'utilisation d'un transport en commun ?

Nul doute qu'une approche conventionnelle de ces questions est de nature à réduire les risques afférents à la qualification juridique de ces temps en permettant de partager par les partenaires sociaux les règles applicables et donc réduire les sources de contentieux. Mais toute incertitude est-elle levée ? La réponse est bien évidemment négative et vient ajouter aux questions liées à l'absence d'évolution de la directive



sur le temps de travail par exemple en matière de maladie et de congés payés. Il est ainsi fort dommage qu'aucun mécanisme simple et opposable d'interprétation du droit communautaire par exemple par les partenaires sociaux n'existe en dehors des réponses apportées par le juge.

On peut donc considérer que pour les travailleurs ne disposant pas de lieu fixe ou habituel de travail et *a fortiori* si le déplacement est effectué avec un véhicule appartenant à l'entreprise, le trajet entre le domicile et le premier lieu de travail de la journée ou entre le dernier lieu de travail de la journée devrait à terme être pris en compte pour vérifier le respect de la durée maximale hebdomadaire de travail de quarante-huit heures, de la durée maximale de travail quotidienne de huit heures pour les travailleurs de nuit, du temps de pause dès lors que le temps de travail excède six heures et du temps de repos quotidien obligatoire de onze heures. Le point commun de ces prescriptions est le fait d'être mentionnées dans le droit communautaire. Ce n'est pas le cas en revanche de la durée maximale quotidienne du travail de dix heures.

On peut écarter en revanche toute extension du raisonnement à des implications en matière de rémunération. La question de la rémunération ou non du temps de trajet n'est pas posée ici. Si ce temps n'est pas rémunéré, rien dans ces arrêts ne l'imposerait au-delà de ce que prévoit le droit national, ni désormais ni à terme.

Pour le reste, il convient de continuer à exclure ces temps de trajet de ce qui est qualifié de temps de travail effectif en application du droit national... Mais l'apport de réponses négociées constitue un élément confortant la position de l'entreprise. Nul doute que dans les prochaines réflexions et les prochains processus d'évolution du Code du travail qui s'annoncent, ces questions devront faire l'objet d'un examen attentif.

CJUE, 15 sept. 2015, C266/14, Tyco

Notes

(1) Directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, 4 nov. 2003.

(2) CJUE, 10 sept. 2015, C-266/14, Tyco.

(3) Voir notamment CJUE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff ; CJUE, 10 sept. 2009, aff. C-277/08, Francisco Vicente Pereda ; CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10 Dominguez.

(4) CJCE, 18 janv. 2001, C-297/99, Skills Motor Coaches Ltd.

(5) CJCE, 1^{er} déc. 2005, C-14/04, Dellas.



- (6) Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-13.875.
- (7) Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-46.371.
- (8) Cass. soc., 5 nov. 2003, n° 01-43.109.
- (9) Cass. soc. 5 mai 2004, n° 01-43.918.
- (10) Article 69 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.
- (11) C. trav., art. L. 3121-4.
- (12) Cass. soc., 14 nov. 2012, n° 11-18.571.
- (13) Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285.
- (14) CJUE, 15 janv. 2014, C-176/12, Association de médiation sociale.
- (15) TCE, art. 226 à 228
- (16) CJCE, 19 nov. 1991, C-6/90, Francovich.
- (17) CJUE, 20 janv. 2009, C-350/06, Gerhard Schultz-Hoff.
- (18) CJUE, 21 juin 2012, C-78/11, ANGED.
- (19) Rép. min. à QE n° 21552, JOANQ 27 août 2013, p. 9139.
- (20) Transformation numérique et vie au travail, sept. 2015.



La faible attractivité des accords de maintien de l'emploi demeure

Publié le 23 septembre 2015 par Grégoire Loiseau

Les accords de maintien de l'emploi ont-ils un avenir ? Comment ne pas se poser la question ? Ces accords sont l'échec le plus retentissant de la loi du 14 juin 2013. Au 15 mars 2015, neuf accords avaient été conclus depuis l'entrée en vigueur de la loi, dont huit dans des PME. À l'occasion d'un bilan de la loi de 2013 établi le 3 avril 2015, les partenaires sociaux ont essayé de comprendre et d'identifier les raisons de ce désintérêt pour ce qui était présenté comme une alternative aux licenciements et au chômage. Le dispositif était prometteur dans l'arsenal des mesures d'assistance aux entreprises en difficultés et vertueux en garantissant, au prix de sacrifices collectivement assumés, le maintien de l'emploi. Il n'était donc pas question de se défaire d'un si bel instrument. S'il a connu, à ses débuts, des défaillances, celles-ci devaient pouvoir être corrigées par des réglages. Le choix a donc été fait de persister en tirant les leçons des conclusions des partenaires sociaux. C'est la loi Macron du 6 août 2015 qui s'est chargée du traitement pour doper les accords de maintien de l'emploi. Ce plan de sauvetage parviendra-t-il à leur donner un second souffle ? Avant de s'aventurer à faire des pronostics, un diagnostic doit être posé.

I. - DIAGNOSTIC

La désaffection frappant les accords de maintien de l'emploi s'expliquerait tout d'abord, selon le bilan de la loi de 2013 dressé le 3 avril 2015, par la séquence trop courte de ces accords, d'une durée maximale de deux ans, jugée insuffisante pour que les efforts consentis de part et d'autre puissent produire des effets pérennes sur le redressement de la situation de l'entreprise. La loi Macron a donc pris en considération cette faiblesse en portant à cinq ans la durée maximale de l'accord. Mais encore faut-il que cet allongement ne rebute pas les partenaires sociaux déjà peu enclins à signer un accord dont les effets sont difficilement vécus par les salariés. Il ne faut pas perdre de vue, à cet égard, que la durée de cinq



ans est plus longue que celle d'un cycle électoral et que les syndicats signataires seront jugés sur les résultats de celui-ci à l'époque de la tenue des élections.

L'allongement possible de la durée de l'accord rend d'autant plus impérieux de pouvoir tenir compte, en cours d'exécution, de l'évolution de la situation économique de l'entreprise aussi bien en cas d'amélioration que d'aggravation. La loi de 2013 avait déjà prévu, à ce propos, un mécanisme de suspension permettant de geler les dispositions de l'accord pour un temps déterminé. L'article L. 5125-5 du Code du travail envisage ainsi une possibilité de suspension judiciaire, ordonnée par décision du président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés à la demande de l'un des signataires, notamment si la situation économique de l'entreprise a évolué de manière significative. Tout en conservant le recours à la technique de la suspension judiciaire, la loi Macron ajoute la faculté d'organiser conventionnellement, par anticipation, la suspension. C'est alors l'accord lui-même qui doit prévoir les conditions et les modalités de la suspension, pour une durée pouvant aller jusqu'à celle restant à courir, soit en cas d'amélioration, soit en cas d'aggravation de la situation économique de l'entreprise. Le texte indique aussi que l'accord prévoit les incidences de la suspension sur la situation des salariés et sur les engagements pris en matière de maintien de l'emploi. Pour que cette dernière disposition ait du sens, il faut comprendre que seules certaines stipulations de l'accord sont en réalité suspendues tandis que d'autres s'appliquent pour organiser les conséquences de la suspension. Ainsi envisagée, la suspension conventionnelle présente deux handicaps : d'une part, il sera difficile aux partenaires sociaux de s'accorder sur les conditions et particulièrement sur les effets de la suspension ; d'autre part, sa mise en oeuvre risque d'être un foyer de contentieux qu'il faudra faire régler par le juge. C'est donc son utilité même qui est sujette à caution par rapport à la suspension judiciaire.

Dans le bilan de la loi de 2013 établi le 3 avril 2015, les partenaires sociaux imputaient également en partie l'échec des accords de maintien de l'emploi aux difficultés d'articulation entre l'accord collectif et le contrat de travail individuel. L'accord collectif ne pouvant prévaloir sur le contrat individuel contre la volonté du salarié, la loi Macron réorganise les règles qui s'y rapportent. Pour commencer, elle abroge la disposition s'en remettant aux parties de déterminer le délai et les modalités de l'acceptation ou du refus par le salarié de l'application des stipulations de l'accord à son contrat de travail. Désormais, il revient seulement à l'accord de fixer les modalités selon lesquelles le salarié est informé de



son droit d'accepter ou de refuser cette application. Et, à défaut, l'information incombe à l'employeur. C'est en revanche la loi qui, s'agissant du délai et de l'expression de la volonté du salarié, se charge de les déterminer sur le modèle de la modification du contrat de travail pour un motif économique : le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus, faute de quoi il est réputé avoir accepté l'application de l'accord à son contrat de travail. La loi Macron précise aussi les conséquences du refus du salarié : si le licenciement demeure prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique, il est dorénavant prévu qu'il repose sur une cause réelle et sérieuse, ce qui vide toute discussion sur ce point. Surtout, quand il était jusqu'à présent indiqué que le licenciement ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord, la loi reprend à nouveau la main et se montre plus prescriptive : l'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 ; tout au plus, le salarié bénéficie, soit du congé de reclassement, soit du contrat de sécurisation professionnelle.

Ces ajustements suffiront-ils à rendre attractifs les accords de maintien de l'emploi ?

II. - PRONOSTIC

Si les mesures adoptées par la loi Macron sont plutôt favorables aux employeurs, il n'y en a pas qui stimuleraient, à l'inverse, l'adhésion des organisations syndicales à ce type de dispositif. On discerne là une sorte d'ingénuité à penser qu'en améliorant le régime des accords de maintien de l'emploi dans un sens voulu pour inciter les entreprises à y recourir davantage, on encouragera leur conclusion effective par les organisations syndicales représentatives. Les corrections de la loi Macron ne sont, autrement dit, qu'unilatéralement incitatives. Bien sûr, quelques accords seront probablement conclus - spécialement dans les PME si l'on se fie à ce qui s'est fait jusqu'à présent - mais il est douteux qu'il y soit davantage recouru comme un mode de gestion de difficultés économiques graves ne nécessitant pas une restructuration de l'entreprise. Et l'on ne saurait accabler, pour justifier le faible rendement de ces accords, la concurrence d'autres formules moins contraignantes pour l'employeur. Il a certes été relevé, dans le bilan d'avril 2015, que certaines entreprises - majoritairement de grosses entreprises - s'affranchissent du cadre légal des accords de maintien de l'emploi en concluant des accords de flexibilité pour ajuster l'organisation collective du travail aux variations d'activité. Mais, à en faire le compte, quatorze



accords de ce type ont été recensés par les services du ministère du Travail depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2013, tandis que neuf accords de maintien de l'emploi étaient signés. L'activité partielle reste en revanche un remède auquel les entreprises ont volontiers recours dans la mesure où elles connaissent et en maîtrisent les règles.

Les pratiques pourraient peut-être évoluer si le dispositif n'était vicié par un défaut structurel : les accords de maintien de l'emploi sont paradoxalement des pourvoyeurs de licenciements économiques. De fait, ils obligent l'employeur à procéder à des licenciements économiques des salariés qui refusent l'application à leur endroit des mesures adoptées. Or, ces licenciements contraints - l'employeur ne pouvant garder à son service les salariés réfractaires sans s'exposer à une rupture de l'égalité de traitement - sont de surcroît imprévisibles et ingérables. Alors que l'employeur peut déterminer les catégories professionnelles et les critères d'ordre des salariés licenciés dans le cadre d'une procédure de licenciement économique collectif, il ne peut anticiper le nombre de refus que l'accord est susceptible de provoquer : s'ils ont pu s'élever, dans une PME, à 25 % du personnel, ils ont représenté, dans une société de plus de mille salariés, 15 % des effectifs. L'employeur, qui s'est engagé à maintenir des emplois pendant la durée de l'accord, doit du coup commencer par payer les indemnités de licenciement économique aux sortants avant, le cas échéant, de réembaucher des salariés sur une partie des postes devenus vacants lorsqu'ils sont nécessaires à la poursuite de l'activité.

Ce risque ne peut être ignoré par l'entreprise quand les organisations syndicales représentatives ne peuvent signer sans savoir que la perte d'emploi, pour les réfractaires, est certaine - l'employeur n'étant tenu à aucune obligation d'adaptation et de reclassement - et que le sort des autres est somme toute incertain, l'accord pouvant être suspendu en cas d'aggravation de la situation économique de l'entreprise. Il faudrait autre chose, dans ces conditions, que les mesures correctives de la loi Macron, dont il est d'ailleurs significatif qu'elles se concentrent en partie sur les conséquences du refus des salariés, pour que les accords de maintien de l'emploi puissent susciter la confiance des partenaires sociaux dans leur utilité et leur efficacité. En l'état, on peut craindre pour l'avenir que la loi Macron ne fasse que souffler sur des cendres.





Un pas de plus vers l'ouverture des magasins le dimanche dans les zones touristiques et commerciales

Par Editions Francis Lefebvre le 1^{er} octobre 2015

La loi « Macron » a ouvert la voie à la libéralisation du travail dominical dans les commerces de détail situés dans certaines zones. Un décret du 23 septembre 2015 précise les critères de détermination des zones en cause, permettant ainsi à la loi de s'appliquer. Le tracé des zones touristiques internationales à Paris est, par ailleurs, fixé par des arrêtés du 25 septembre 2015.

1 Le décret du 23 septembre 2015 précise les modalités de dérogation au repos dominical dans les commerces de détail situés dans les zones commerciales, les zones touristiques et les zones touristiques internationales. Reste encore à préciser la liste des gares dans l'emprise desquelles, compte tenu de l'affluence exceptionnelle de passagers, ces mêmes établissements pourront donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie du personnel.

ZONES TOURISTIQUES ET COMMERCIALES

2 Les zones touristiques se caractérisent par une affluence particulièrement importante de touristes (C. trav. art. L 3132-25).

Les zones commerciales se caractérisent, quant à elles, par une offre commerciale et une demande potentielle particulièrement importantes, le cas échéant en tenant compte de la proximité immédiate d'une zone frontalière (C. trav. art. L 3132-25-1).

Le décret définit les critères à prendre en compte pour la délimitation de ces zones.



L'affluence dans les zones touristiques

3 Pour mériter le label « zone touristique », les zones doivent accueillir pendant certaines périodes de l'année une population supplémentaire importante en raison de leurs caractéristiques naturelles, artistiques, culturelles ou historiques ou de l'existence d'installations de loisirs ou thermales à forte fréquentation (C. trav. art. R 3132-20 modifié).

Les critères notamment pris en compte pour le classement en zones touristiques sont (C. trav. art. R 3132-20 modifié) :

- le rapport entre la population permanente et la population saisonnière ;
- le nombre d'hôtels ;
- le nombre de villages de vacances ;
- le nombre de chambres d'hôtes ;
- le nombre de terrains de camping ;
- le nombre de logements meublés destinés aux touristes ;
- le nombre de résidences secondaires ou de tourisme ;
- le nombre de lits répartis au sein des structures d'hébergement (hôtels, villages de vacances, chambres d'hôtes, terrains de camping, logements meublés destinés aux touristes, résidences secondaires) ;
- la capacité d'accueil des véhicules par la mise à disposition d'un nombre suffisant de places de stationnement.

Ces critères, non limitatifs compte tenu de l'emploi de l'adverbe « notamment », reprennent largement ceux antérieurement retenus pour la délimitation des communes d'intérêt touristique ou thermales et des zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente. On rappelle que ces communes et zones constituent de plein droit des zones touristiques (FR 32/15 inf. 3 n° 4 s. p. 10).

L'offre et la demande dans les zones commerciales

4 Pour être qualifiée de zone commerciale au sens de l'article L 3132-25-1, la zone faisant l'objet d'une demande de délimitation ou de modification doit remplir les critères suivants (C. trav. art. R 3132-20-1 nouveau, I) :

- constituer un ensemble commercial au sens de l'article L 752-3 du Code de commerce d'une surface de vente totale supérieure à 20 000 m² ;



- avoir un nombre annuel de clients supérieur à 2 millions ou être située dans une unité urbaine comptant une population supérieure à 100 000 habitants ;

- être dotée des infrastructures adaptées et accessible par les moyens de transport individuels et collectifs.

Sont regardés comme faisant partie d'un même ensemble commercial, qu'ils soient ou non situés dans des bâtiments distincts et qu'une même personne en soit ou non le propriétaire ou l'exploitant, les magasins qui sont réunis sur un même site et qui (C. com. art. L 752-3) :

- soit ont été conçus dans le cadre d'une même opération d'aménagement foncier, que celle-ci soit réalisée en une ou en plusieurs tranches (zones d'aménagement concertées, restauration immobilière ou lotissement) ;

- soit bénéficient d'aménagements conçus pour permettre à une même clientèle l'accès des divers établissements. Les éléments susceptibles d'être retenus pour déterminer la constitution d'un ensemble commercial sont notamment : une voirie, préexistante ou non, publique ou privée, ayant principalement pour vocation d'assurer la circulation interne entre les divers magasins, des parcs de stationnement communs aux différents magasins ou contigus mais n'interdisant pas la circulation piétonne entre eux, des accès piétonniers conçus pour permettre essentiellement à la clientèle de circuler entre les divers magasins ;

- soit font l'objet d'une gestion commune de certains éléments de leur exploitation, notamment par la création de services collectifs ou l'utilisation habituelle de pratiques et de publicités commerciales communes. Les services collectifs s'entendent notamment du gardiennage, de la sécurité, du nettoyage, de l'entretien des espaces verts, du chauffage et de la climatisation, d'entrepôts communs, de services administratifs communs ;

- soit sont réunis par une structure juridique commune, contrôlée directement ou indirectement par au moins un associé, exerçant sur elle une influence notable ou ayant un dirigeant de droit ou de fait commun.

Par exception, la notion d'ensemble commercial ne s'applique pas dans les ZAC de centres urbains. Dans ce dernier cas, les surfaces de vente sont à considérer magasin par magasin.

5 Lorsque la zone se trouve à moins de 30 kilomètres d'une offre concurrente située sur le territoire d'un Etat limitrophe, les valeurs applicables au titre des critères de surface de vente et du nombre annuel de clients sont de 2 000 m² et de 200 000 clients (C. trav. art. R 3132-



20-1 nouveau, II).

6 On notera que la définition des zones commerciales, contrairement à celle des anciens périmètres d'usage de consommation exceptionnel (Puce), n'est pas liée à la délimitation préalable de la zone urbaine dans laquelle elles s'inscrivent mais prend simplement en compte la taille des infrastructures, leur fréquentation et les services collectifs permettant leur accès. Si le critère de la présence d'une offre concurrente dans un Etat proche n'est pas une nouveauté puisqu'il était pris en compte dans la délimitation des Puce, il n'est plus fait allusion, en revanche, à l'existence d'un usage de consommation dominicale de part et d'autre de la frontière.

On rappelle que les Puce constituent de plein droit des zones commerciales (FR 32/15 inf. 3 n° 4 s. p. 10).

Une délimitation relevant de la compétence du préfet de région

7 Les zones touristiques et commerciales sont délimitées par le préfet de région ou, lorsqu'une zone est située sur le territoire de plus d'une région, des préfets de région concernés (C. trav. art. R 3132-19 nouveau).

La procédure de délimitation définie par l'article L 3132-25-2 du Code du travail est commune aux 2 zones. En application de ce texte, le préfet doit statuer dans un délai de :

- 6 mois s'il s'agit d'une demande de délimitation ;
- 3 mois sur une demande de modification d'une zone.

ZONES TOURISTIQUES INTERNATIONALES

8 Les zones touristiques internationales prévues à l'article L 3132-24 sont délimitées par un arrêté des ministres chargés du travail, du tourisme et du commerce, en fonction des critères suivants (C. trav. art. R 3132-21-1) :

- avoir un rayonnement international en raison d'une offre de renommée internationale en matière commerciale ou culturelle ou patrimoniale ou de loisirs ;
- être desservie par des infrastructures de transports d'importance nationale ou internationale ;
- connaître une affluence exceptionnelle de touristes résidant hors de France ;
- bénéficier d'un flux important d'achats effectués par des touristes résidant hors de France, évalué par le montant des achats ou leur part



dans le chiffre d'affaires total de la zone.

9 Le texte ne détaille pas l'emplacement précis de ces zones. En ce qui concerne Paris, les ZTI ont été délimitées par des arrêtés du 25 septembre 2015 (JO 26). Douze quartiers parisiens sont concernés : Saint-Honoré-Vendôme, Les Halles, MaraisRépublique, Saint-Germain, Rennes-Saint-Sulpice, Champs-Élysées Montaigne, Haussmann, Montmartre, Olympiades, Cour Saint-Emilion-Bibliothèque, Maillot-Ternes et Beaugrenelle.

En dehors de Paris ont été évoquées les villes de Nice, Cannes et Deauville (Lettre ministérielle du 14-8-2015).

A noter La délimitation des zones touristiques internationales permet aussi la mise en place du travail en soirée.

UNE ENTRÉE EN VIGUEUR IMMÉDIATE

9 Les dispositions qui précèdent entrent en vigueur le 25 septembre 2015. L'application effective des dérogations au repos dominical reste cependant soumise à l'intervention de l'arrêté ministériel s'agissant des ZTI hors Paris et des arrêtés des préfets pour les zones touristiques et commerciales. Elle suppose, par ailleurs, la négociation d'accords collectifs respectant certains critères ou, pour les petites entreprises, la consultation des salariés et l'approbation de l'ouverture de l'établissement par la majorité d'entre eux (FR 32/15 inf. 3 n° 10 s. p. 12).

Le décret procède parallèlement au toilettage des articles R 3132-16 et R 3132-17 du Code du travail qui, jusqu'ici, visaient à la fois les dérogations accordées en cas de fermeture préjudiciable au public ou à l'entreprise et dans le cadre des Puce. Les dispositions visées n° 7 remplacent purement et simplement l'ancien article R 3132-19 qui définissait les modalités de fixation par le préfet des listes des communes d'intérêt touristique ou thermales intéressées et le périmètre des zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle. Est également supprimée dans le décret 2014-1291 du 23 octobre 2014 relatif aux exceptions à l'application du principe « le silence vaut acceptation », la mention de l'autorisation préfectorale d'octroi du repos hebdomadaire par roulement dans les établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens et des services dans un Puce. Les Puce constituant de plein droit des zones commerciales, en application de l'article 257 de la loi Macron, cette autorisation n'est plus nécessaire.



La loi « Macron » au service du dialogue social dans l'entreprise

Publié par Franck Petit le 15 octobre 2015

La tentative d'encadrement du montant de l'indemnité accordée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, sous forme de minima et de maxima, n'a pas survécu au contrôle du Conseil constitutionnel. La motivation retenue par ce dernier est intéressante en ce qu'elle offre des pistes de réflexion pour formuler de futures questions prioritaires de constitutionnalité : partout où il existe des planchers ou des plafonds d'indemnisation qui varient en fonction des effectifs de l'entreprise (C. trav., art. L. 1235-2 et L. 1235-3 par ex.), il y aura matière à contestation en vue d'obtenir la correction de la loi. Sur un autre terrain, les parlementaires ont réussi à s'entendre pour instituer en matière électorale un bloc de compétence au profit du juge judiciaire : on doit pouvoir espérer de cette réforme salubre une plus grande cohérence du droit électoral de l'entreprise, une sécurisation du processus électoral et une réduction des délais contentieux.

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques comprend quelques dispositions disparates sur le dialogue social dans l'entreprise. À vrai dire, on est un peu surpris d'y trouver le texte - depuis lors invalidé par le Conseil constitutionnel(2) - qui souhaitait fixer un encadrement du montant de l'indemnité prononcée par le conseil de prud'hommes en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le lien avec la notion - certes vague - de « dialogue social » étant difficile à établir. C'est sans doute le critère des seuils d'effectifs, très présent dans le droit des relations collectives du travail, qui permettait d'établir cette connexion : il était effectivement prévu de moduler les maxima de réparation en fonction des effectifs de l'entreprise. Toujours est-il que le Conseil constitutionnel a finalement censuré cette disposition en raison de la rupture d'égalité qu'elle aurait pu faire naître entre les salariés pour le seul motif tiré de la taille de leur entreprise (II).

Du coup, ce qui passait au second plan - l'institution d'un bloc de compétence au profit du juge judiciaire en matière d'élections professionnelles (I) - prend la première place. Cette nouveauté doit être bien accueillie, malgré l'originalité qu'elle fait apparaître dans le paysage



juridique : une décision de l'autorité administrative rendue en matière électorale sera connue non plus du tribunal administratif, mais du juge judiciaire ! On doit pouvoir espérer de cette réforme une plus grande cohérence du droit électoral de l'entreprise, une sécurisation du processus électoral et une réduction des délais contentieux, en raison notamment de la disparition des sursis à statuer. Reste maintenant à se demander de quel juge judiciaire il est question - tribunal d'instance ou tribunal de grande instance. Dans l'attente d'un règlement sur la question, la Chancellerie suggère aux dirigeants des tribunaux, aux avocats et aux justiciables de se satisfaire d'une extension de compétence du tribunal d'instance, pour ne pas gêner la réalisation de l'objectif d'une mise en cohérence du droit électoral de l'entreprise.

On trouvera enfin dans les dispositions relatives au dialogue social quelques ajustements, nécessités par l'évolution du droit, concernant : la prise en compte de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 quant à l'organisation des formations économiques, sociales et syndicales ; l'obligation de transmettre aux syndicats le procès-verbal des élections ; la fixation de l'ordre du jour du comité d'entreprise et la communication d'informations par la voie d'une mise à jour de la base de données économiques et sociales (III).

I. - L'INSTITUTION D'UN BLOC DE COMPÉTENCE EN MATIÈRE ÉLECTORALE AU PROFIT DU JUGE JUDICIAIRE

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques souhaitait initialement confier au juge judiciaire l'intégralité du contentieux électoral de l'entreprise. Il était effectivement gênant qu'une élection puisse faire l'objet de deux contentieux parallèles devant les ordres judiciaires et administratifs. Toutefois, cette dépossession des compétences de l'autorité administrative a soulevé lors des débats parlementaires des échanges particulièrement intéressants. L'idée initiale du gouvernement était d'unifier le contentieux des opérations électorales (art. 87 du projet de loi), dans le but de simplifier les démarches autant des organisations syndicales que des employeurs. Mais des objections se sont rapidement soulevées : était-il utile de judiciariser un peu plus cette matière dont le contentieux est déjà très abondant(3) ? Ce transfert de compétence n'allait-il pas augmenter de manière inconsidérée la charge de travail de la justice judiciaire ? L'autorité judiciaire est-elle l'institution adéquate et souhaitée pour remplacer l'inspecteur du travail, qui, en tant que représentant de l'autorité administrative, s'est réellement affirmé comme un partenaire privilégié et précieux de l'entreprise ? Toutes ces raisons ont finalement fait mouche devant le Sénat le 7 mai 2015, à la faveur notamment d'un avis très circonstancié et convaincant de la Conférence nationale des présidents des tribunaux de grande instance, rendu sous l'autorité de son président Gilles Accomando, lui-même président du



tribunal de grande instance d'Avignon. Il fut ainsi décidé de revenir à la compétence initiale de l'autorité administrative pour obtenir une décision en cas de désaccord entre les partenaires sociaux en période pré-électorale.

Toutefois, l'idée de constituer un bloc de compétence judiciaire en matière d'élections professionnelles a survécu. À l'image de ce qui se fait lorsqu'un justiciable salarié ou patronal veut contester la décision d'homologation ou le refus d'homologation que l'autorité administrative doit rendre à l'égard d'une demande de rupture conventionnelle du contrat de travail, les parlementaires ont prévu de porter le contentieux devant le juge judiciaire (art. 267 de la loi « Macron »).

En conclusion, relèvent désormais du juge judiciaire les recours à l'encontre de la décision administrative concernant :

- la répartition du personnel dans les collèges électoraux, de même que la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel(4) ;
- les dérogations aux conditions d'ancienneté requises pour être éligible ou électeur(5) ;
- la détermination des établissements distincts pour l'élection des délégués du personnel et des comités d'établissement(6).

À chacun des textes concernés, il est ajouté l'alinéa suivant :

« En cas de contestation, le recours à l'encontre de la décision de l'autorité administrative relève de la compétence du juge judiciaire ».

Dans l'attente d'un décret venant préciser la procédure applicable, la Chancellerie a décidé de porter les recours, non pas devant le tribunal de grande instance, mais devant le tribunal d'instance en raison de la conception extensive de la compétence de cette juridiction en matière électorale retenue par la Cour de cassation(7). Ce choix, qui est pertinent, devrait être confirmé.

II. - LA CONDAMNATION PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL D'UN ENCADREMENT DE L'INDEMNITÉ DE LICENCIEMENT SANS CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 prévoyait, à l'article 266, un encadrement du montant de l'indemnité prononcée par le conseil de prud'hommes en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il était envisagé d'établir des minima et maxima d'indemnisation exprimés en mois de salaires, qui variaient en fonction, d'une part, de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et, d'autre part, des effectifs de l'entreprise ;



le législateur souhaitait à ce sujet distinguer la situation des salariés selon que leur entreprise employait moins de vingt salariés, de vingt à deux cent quatre-vingt-dix-neuf salariés, ou trois cents salariés et plus.

Les requérants ont soutenu devant le Conseil constitutionnel que ces dispositions instituèrent, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, une différence de traitement injustifiée entre les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse en fonction de la taille de l'entreprise.

Le Conseil constitutionnel a d'abord montré que ces aménagements n'étaient pas contraires à l'intérêt général, l'objet poursuivi étant « d'assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche ». Il existe d'ailleurs en droit du travail comme dans d'autres domaines, des textes qui fixent des réparations minimales, des réparations forfaitaires ou parfois même des plafonds de réparation. En témoigne la règle de l'article L. 1253-3 du code du travail, qui accorde à certains salariés le droit à une indemnité minimale de six mois de salaire en l'absence de cause réelle et sérieuse. Dans l'hypothèse d'un licenciement entaché d'irrégularités procédurales, on citera également celle de l'article L. 1235-2 du code du travail, qui impose au juge d'accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. L'encadrement dans la fixation de la réparation due à la victime se remarque aussi dans le domaine des transports. La convention de Varsovie de 1924 et celle de Montréal de 1999 fixent le maximum de réparation dû aux voyageurs victimes d'un accident d'avion (ou à leurs ayants cause). La loi du 18 juin 1966 utilise la même technique pour certains dommages en matière de transport maritime. Enfin, toute une série de règlements, appelés « tarifs », concernent pareillement certains transports routiers et ferroviaires(8).

Le fait qu'il y ait, à travers la fixation de minima et de maxima, atteinte au principe de la réparation intégrale n'est donc pas condamnable en soi, même si le juriste civiliste reste toujours très attaché à l'idée qu'il appartient au juge de fixer librement le montant de la réparation, en procédant - dans le cadre d'une appréciation dite « souveraine » - à l'évaluation du préjudice.

En réalité, la censure du Conseil constitutionnel vient d'une autre raison, tirée de la référence faite aux effectifs de l'entreprise pour moduler les plafonds de réparation : « Si le législateur pouvait, à ces fins, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ; si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ». Le juge constitutionnel en a conclu que la différence de traitement opérée entre les salariés en fonction de l'effectif de leur entreprise méconnaissait le principe d'égalité devant la loi.



Cette motivation est doublement intéressante.

Elle renoue d'abord avec l'idée qu'une réparation doit être ajustée en fonction d'éléments objectifs tirés de la situation concrète de la victime. Il faut ici éviter tout arbitraire dans la fixation de la réparation(9). L'ancienneté fait bien partie de ces éléments qu'un salarié maîtrise partiellement. En faisant le choix de travailler longtemps pour le même employeur, le salarié a contribué plus que d'autres à la stabilité de l'entreprise et à son enrichissement. Du coup, il s'est lui-même privé de la possibilité de travailler dans de meilleures conditions pour autrui. Cette ancienneté est un élément suffisamment solide et objectif pour justifier une modulation de la réparation.

En revanche, même si on comprend bien qu'il y a lieu de soulager les charges des TPE et PME, souvent plus fragiles que les grandes entreprises commerciales et industrielles, et leurs groupes nationaux et internationaux, il est effectivement injuste de moins bien réparer le préjudice subi par le salarié du seul fait des effectifs réduits de son entreprise. La situation personnelle du salarié n'a pas à être atteinte par cet élément - l'effectif de son entreprise - qui lui est étranger et sur lequel il n'a pas prise.

La motivation retenue par le Conseil constitutionnel est également intéressante en ce qu'elle offre des pistes de réflexion pour formuler de futures questions prioritaires de constitutionnalité. Partout où il existe des plafonds d'indemnisation, voire des minima d'indemnisation qui varient en fonction des effectifs de l'entreprise - c'est le cas de la sanction spécifique prévue à l'article L. 1235-2 du code du travail, qui consiste en une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ; c'est également le cas du minimum constitué de six mois de salaire, prévu à l'article L. 1235-3 du code du travail, dont sont nécessairement privés les salariés des petites entreprises -, il y aura matière à contestation en vue d'obtenir la correction de la loi.

III. - Les derniers ajustements

On trouve à l'article 268 de la loi « Macron » une disposition correctrice qui s'inscrit dans la continuité de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 dont certaines dispositions intéressaient l'alimentation du fonds paritaire contribuant au financement des activités des syndicats. Désormais, seuls les centres rattachés aux « organisations syndicales mentionnées au 3° de l'article L. 2135-12 » sont compétents, avec les instituts spécialisés, pour organiser des stages ou des sessions de formation économique, sociale ou syndicale au profit des salariés qui le demandent(10). Il s'agissait d'établir une équivalence entre les organisations qui participent à l'organisation de ces formations et celles qui bénéficient des crédits du fonds paritaire affectés à ce type de formations. Concrètement, sont concernés par cette modification les centres rattachés « aux organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et



interprofessionnel et à celles dont la vocation statutaire revêt un caractère national et interprofessionnel et qui recueillent plus de 3 % des suffrages exprimés lors des élections prévues au 3° de l'article L. 2122-9 (addition au niveau national et interprofessionnel des suffrages des salariés) ».

L'article 269 de la loi « Macron » contient une disposition importante qui oblige désormais l'employeur à transmettre « dans les meilleurs délais, par tout moyen, une copie des procès-verbaux aux organisations syndicales de salariés qui ont présenté des listes de candidats aux scrutins concernés ainsi qu'à celles ayant participé à la négociation du protocole d'accord préélectoral »(11). Jusqu'à maintenant, la diffusion de ce procès-verbal ne devait se faire qu'auprès de l'inspecteur du travail, à qui deux exemplaires devaient être transmis(12). Dans certaines entreprises, il était d'usage d'en donner un exemplaire à chaque liste et de l'afficher pour que les salariés en aient connaissance. Désormais, sa transmission aux groupements concernés - syndicats ayant déposé une liste, syndicats ayant participé à la négociation préélectorale - devient obligatoire. Cette nouvelle obligation était attendue, car seules les irrégularités présentées par ce procès-verbal sont prises en compte par le juge en cas de contestation(13).

À l'article 270, le législateur donne une ultime précision sur la détermination de l'ordre du jour débattu devant le comité d'entreprise. Les dispositions de l'article L. 4614-8 du code du travail sont complétées de l'obligation pour le président et son secrétaire d'inscrire de plein droit à l'ordre du jour les consultations rendues obligatoires par une disposition législative ou réglementaire ou par un accord collectif de travail. Loin d'être anodine, cette disposition empêche l'employeur de retarder l'application d'un texte imposant une nouvelle hypothèse de consultation. Du coup, elle met en même temps le secrétaire, représentant les salariés, à l'abri d'une méconnaissance des nouveaux textes.

Enfin la modification de l'article L. 2323-4 du code du travail, issu de l'article 271 de la loi « Macron », prend en compte la possibilité de faire connaître par la voie d'une mise à jour de la base de données économiques et sociales les informations préalables à une consultation.

(2) Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, AJDA 2015. 1570.

(3) Avis de la Conférence nationale des présidents des TGI sur l'art. 87 du projet de loi pour la croissance et l'activité : « [...] Est-ce pour autant qu'une phase contentieuse doit s'ouvrir immédiatement ? L'absence d'accord n'implique pas la naissance d'un contentieux et l'intervention d'un juge pour le trancher. Ce serait une mauvaise conception de la notion de dialogue social. Nous sommes dans une phase de négociation d'un protocole d'accord préélectoral. Jusqu'à présent, l'administration du travail, qui a l'habitude de négocier et de travailler avec les partenaires sociaux, effectuait cette mission. Est-ce à un juge de rédiger ce type de document ? *A priori*, il



n'appartient pas à un juge de tenir la plume pour fixer une répartition, d'intervenir aussi tôt dans le processus préélectoral. Que le juge intervienne sur la validité d'un protocole, cela est pertinent, mais son rôle doit être limité à trancher des litiges et non pas à se transformer en rédacteur de toute répartition entre collègues [...]. Le juge doit intervenir seulement dans un second temps pour recevoir les contestations sur un projet établi et trancher les litiges ».

(4) C. trav., nouv. art. L. 2314-11 et L. 2324-13

(5) C. trav., nouv. art. L. 2314-20 et L. 2324-18.

(6) C. trav., nouv. art. L. 2314-31 et L. 2327-7.

(7) V., not., Soc., avis, 19 mars 2007, n° 06-00.020, RDT 2007. 540, obs. P. Waquet ; Dépêche du 10 août 2015 du garde des Sceaux.

(8) V. A. Bénabent, Droit des obligations, 14^e éd., 2014. 311 ; l'auteur ajoute que « ces plafonds sont écartés en cas de faute lourde (pour les transports terrestres), dolosive (pour les transports maritimes) ou de faute inexcusable (pour les transports aériens) ».

(9) A. Bénabent, *op. cit.*, p. 516 : « Tout est ici cas d'espèce et le pouvoir souverain d'appréciation des juges trouve en cette matière (modes d'évaluation) un très large champ d'application qui ne va pas jusqu'à la possibilité de fixer arbitrairement un forfait, ni une somme symbolique » ; v. aussi les références d'arrêts cités.

(10) C. trav., nouv. art. L. 3142-7.

(11) C. trav., nouv. art. L. 2314-24 et L. 2324-22.

(12) C. trav., art. R. 2314-25 et R. 2324-21.

(13) Les attestations établies ultérieurement faisant état d'irrégularités non mentionnées au procès-verbal ne pouvant être retenues : Soc., 12 janv. 1999, n^{os} 97-60.322 et 97-60.323, Bull. civ. V, n° 12 ; Soc., 9 févr. 2000, n° 98-60.581, Bull. civ. V, n° 61, D. 2000. 89 ; RJS 2000, n° 301.





CDD... intermittent : attention danger !

Publié le 13 octobre 2015 par Michel Morand

L'indemnité de précarité prévue par l'article L. 1243-8 du Code du travail, qui compense, pour le salarié, la situation dans laquelle il est placé du fait de son contrat à durée déterminée, n'est pas due lorsque la relation contractuelle se poursuit en contrat à durée indéterminée, notamment en cas de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée.

Dès lors que le contrat signé par les parties ne correspond pas aux conditions légales du contrat de travail intermittent, il appartient à l'employeur soutenant que le contrat n'est pas à temps plein d'établir la durée annuelle minimale convenue et que le salarié, d'une part, connaissait les jours durant lesquels il devait travailler et selon quels horaires, et, d'autre part, qu'il n'était pas obligé de se tenir constamment à la disposition de l'employeur.

Cass. soc., 7 juill. 2015, n° 13-17.195, FS-P+B, M. H. c/ SA Massey : JurisData n° 2015-016689

LA COUR – (...)

• Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. H. a été engagé par la société Massey le 28 juin 2000, par divers contrats d'abord qualifiés de saisonniers, puis qualifiés de contrats à durée déterminée « extra » en qualité de chauffeur de grande remise ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale de demandes en résiliation judiciaire du contrat de travail et en paiement de sommes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail ;



(...)

Sur le troisième moyen :

• Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de condamnation de son employeur à lui verser l'indemnité de précarité, alors, selon le moyen :

1°/ que la nature du contrat de travail dépend des conditions dans lesquelles la prestation de travail s'est exécutée et non de la dénomination que les parties ont donnée à leur convention ; qu'en déboutant le salarié de sa demande de paiement de l'indemnité de précarité alors que la cour d'appel a constaté que les contrats à durée déterminée ne pouvaient être qualifiés de contrats saisonniers mais de contrat intermittent à durée indéterminée, la cour d'appel a violé les articles L. 1243-8 et L. 1243-10 du Code du travail ;

2°/ que l'indemnité de fin de contrat est due lorsqu'aucun contrat à durée indéterminée pour occuper le même emploi n'a été proposé au salarié à l'issue du contrat à durée déterminée ; que le salarié faisait valoir qu'aucun contrat à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire ne lui avait été proposé à l'issue du contrat à durée déterminée ; qu'en se bornant à retenir que les contrats de travail saisonniers étaient requalifiés en contrat à durée indéterminée pour débouter le salarié de sa demande, sans rechercher, comme elle y était invitée, s'il avait été proposé au salarié la poursuite du contrat en CDI sur le même emploi ou un emploi similaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1243-8 et L. 1243-10 du Code du travail ;

3°/ qu'à tout le moins, en abstenant de répondre aux conclusions du salarié, elle a méconnu les exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

• Mais attendu que l'indemnité de précarité prévue par l'article L. 1243-8 du Code du travail, qui compense, pour le salarié, la situation dans laquelle il est placé du fait de son contrat à durée déterminée, n'est pas due lorsque la relation contractuelle se poursuit en contrat à durée indéterminée, notamment en cas de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen, ci-après annexé :

• Attendu que statuant sur une demande en dommages-intérêts « pour nullité du service conducteur », la cour d'appel, qui a constaté que le salarié ne démontrait pas avoir travaillé un nombre d'heures tel que sa sécurité aurait été compromise et qu'il ne justifiait d'aucun préjudice du fait du mode de calcul de sa rémunération, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;



Sur le septième moyen :

(...°

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen relevé d'office après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du Code de procédure civile :

Vu l'article L. 3123-33 du Code du travail ;

• Attendu que pour rejeter la demande en paiement de salaires tant pour les périodes non travaillées entre les missions qu'au titre d'un travail à plein temps durant celles-ci, l'arrêt retient qu'il ne ressort nullement des pièces produites que le salarié se tenait constamment à la disposition de son employeur qui lui confiait des missions qu'il pouvait refuser, n'ayant pas souhaité de clause d'exclusivité, qu'il ressort de son avis d'imposition au titre des revenus de 2003, année durant laquelle il n'a pu travailler en tant que chauffeur que trois mois du fait du non renouvellement de sa licence, qu'il a déclaré plus de 3 800 euros, alors qu'il a perçu de la société moins de 1 000 euros, qu'il s'abstient de produire les précédents avis d'imposition ; qu'il a été payé en fonction des missions exécutées, lesquelles étaient irrégulières, sans que la fréquence des missions et ce mode de rémunération fassent l'objet de sa part d'une contestation pendant la durée de la relation de travail, le conseil de prud'hommes n'ayant été saisi qu'en novembre 2006 ;

• Qu'en statuant ainsi, alors qu'ayant constaté que le contrat signé par les parties ne correspondait pas aux conditions légales du contrat de travail intermittent, en sorte qu'il appartenait à l'employeur soutenant que le contrat n'est pas à temps plein d'établir la durée annuelle minimale convenue et que le salarié connaissait les jours durant lesquels il devait travailler et selon quels horaires, et qu'il n'était pas obligé de se tenir constamment à la disposition de l'employeur, la cour d'appel qui a, peu important l'absence de contestation durant la relation de travail, inversé la charge de la preuve, a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

• Casse et annule, mais seulement en ce qu'il déboute M. H. de ses demandes en paiement de salaires tant pour un temps plein pendant les contrats que les périodes travaillées entre ceux-ci (...)

Note :

L'approximation n'est pas permise. À l'occasion d'un arrêt rendu le 7 juillet 2015, la Cour de cassation était à nouveau saisie de l'appréciation de contrats à durée déterminée qualifiés d'abord de saisonniers, puis d'« extra » pour un salarié engagé en qualité de chauffeur de grande remise. Il ressortait également des faits de l'espèce que les attestations ASSEDIC avaient pu faire apparaître la qualification



d'intermittent. De cette situation sont nées des demandes tendant au paiement des salaires sur la base d'un temps complet pendant les périodes travaillées et au paiement de ce même salaire pour les périodes non travaillées entre les missions. Ces demandes avaient été rejetées par les juges du fond aux motifs essentiellement que : 1) les documents fournis par l'intéressé ne démontraient pas qu'il se tenait constamment à la disposition de l'employeur ; 2) il pouvait refuser des missions ; 3) il n'avait pas souhaité de clause d'exclusivité ; 4) ni la fréquence des missions ni le montant de la rémunération n'avaient été l'objet d'une contestation. Pour censurer cette analyse, la Cour de cassation procède en deux temps : elle qualifie les différents contrats ou missions de contrat intermittent (au visa de l'article L. 3123-33 du Code du travail), puis décide que la charge de la preuve n'incombait pas au salarié.

1) Sur le contrat intermittent, il convient seulement de rappeler que celui-ci, dès lors que son utilisation est possible, doit contenir les mentions imposées par l'article L. 3123-33 du Code du travail. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de s'intéresser aux carences rédactionnelles et a opéré des distinctions selon l'insuffisance constatée. Ces distinctions sont subtiles mais, somme toute, cohérentes. Si le contrat ne précise pas les périodes travaillées (mention obligatoire), sa requalification en contrat à temps complet est encourue automatiquement sans que l'employeur puisse justifier par un autre moyen de la connaissance par le salarié des périodes travaillées. Comme la finalité du contrat intermittent est de pourvoir des emplois permanents qui, par nature, comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées (*C. trav., art. L. 3123-31*), il est permis de penser que la définition des périodes dans le contrat participe à l'objet même de celui-ci. En conséquence, l'absence de précisions sur ce point affecte l'existence même du contrat ce qui entraîne le retour au contrat de droit commun, donc au contrat à durée indéterminée à temps complet.

Pour les autres mentions légalement obligatoires, la jurisprudence est proche de celle retenue traditionnellement s'agissant du contrat à temps partiel lorsque celui-ci n'est pas conforme aux exigences légales. Ainsi, il appartient à l'employeur qui soutient que le contrat n'est pas à temps plein d'établir : 1) la durée annuelle minimale convenue ; 2) que le salarié connaissait les jours auxquels il devait travailler et selon quels horaires ; 3) qu'il savait qu'il n'était pas obligé de se tenir constamment à la disposition de l'employeur (*Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 11-24.531*). La présomption d'emploi à temps complet peut donc être combattue, en théorie, par les éléments de preuve à la charge de l'employeur défailant dans la rédaction du contrat.

Dans l'arrêt commenté, on peut penser que les différents contrats à durée déterminée ou missions intervenus pouvaient être assimilés à la définition des périodes travaillées. Cet argument n'est pas utilisé par la Cour de cassation pour justifier une requalification automatique. En revanche, et pour ce qui est de la durée annuelle convenue, les jours



travaillés et les horaires de ces journées, les contrats conclus ne permettaient pas cette identification. Il en ressortait donc que la relation contractuelle était présumée à temps complet, sauf preuve contraire de l'employeur. C'est précisément sur ce point, en inversant la charge de la preuve, que l'arrêt d'appel a été annulé.

2) Si l'utilisation des contrats à durée indéterminée intermittent est en pratique résiduelle, l'intervention de la Cour de cassation a eu pour conséquence de révéler de tels contrats qui s'ignoraient. Le contentieux de la requalification des contrats à durée déterminée a longtemps été limité à celui de la rupture ou à celui de l'indemnité de requalification. Puis le juge s'est intéressé à la rémunération des périodes comprises entre les « contrats » ou, plus exactement, entre les séquences d'activité dès lors que la mauvaise utilisation des contrats à durée déterminée aboutissait à la requalification. La jurisprudence a ainsi décidé progressivement que dès lors que le salarié s'était tenu à la disposition de l'employeur pendant ces périodes « interstitielles », les rémunérations de ces périodes pouvaient être dues (*Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 12-12.771*, arrêt dans lequel il était reproché aux juges d'appel de ne pas avoir procédé à cette vérification alors que l'employeur avait été condamné à un rappel de salaire), peu important par ailleurs la perception d'indemnités de chômage pendant ces périodes, ce qui n'exclut pas en soi que le salarié se tienne à disposition de l'employeur (*Cass. soc., 25 juin 2013, n° 11-22.646*). Par l'effet de la requalification des contrats à durée déterminée, le salarié est réputé avoir occupé un contrat à durée indéterminée depuis le jour de sa première embauche, ce qui lui permet de prétendre notamment à la régularisation de sa rémunération (*Cass. soc., 6 nov. 2013, n° 12-15.953 : JurisData n° 2013-024800*). Dès lors, la démarche suivie peut consister à constater l'irrégularité des contrats à durée déterminée conclus avec le même salarié ce qui peut se traduire par une requalification en contrat à durée indéterminée. Après quoi chaque contrat à durée déterminée peut correspondre à une période d'activité d'un contrat à durée indéterminée qui s'apparenterait alors à un contrat intermittent mais qui, par définition, ne sera pas conforme aux exigences définies par l'article L. 3123-33 du Code du travail, indépendamment du fait que pourrait être également constatée l'absence d'accord collectif autorisant le recours à ce type de contrat, ce qui rend le contrat illicite, requalifié automatiquement en contrat à temps plein (*Cass. soc., 19 mars 2014, n° 13-10.759 et 13-10.760 : JurisData n° 2014-005328 ; JCP S 2014, 1266, note M. Morand*). Ce « contrat intermittent » né de l'irrégularité des contrats à durée déterminée obéit aux règles de preuve rappelées ci-avant en cas de rédaction insuffisante, ce qui sera inévitable. Or, en cette matière, la charge de la preuve appartient, quand c'est possible, à l'employeur. C'est ce que rappelle l'arrêt commenté qui a censuré les juges d'appel pour avoir subordonné le rappel de salaire dans les périodes non travaillées aux justificatifs apportés par le salarié. C'était suffisant, sans que la Cour de cassation ait eu à s'intéresser à la licéité



même du contrat rebaptisé, en l'absence dans le secteur d'activité ou dans l'entreprise d'un accord permettant le recours au contrat intermittent.

Ce raisonnement pourrait être imparable, mais néanmoins la Cour de cassation considère encore que dans le cadre de la requalification de contrats à durée déterminée irréguliers en contrats à durée indéterminée, le paiement de tout ou partie des périodes interstitielles suppose que le salarié apporte la preuve que pendant ces périodes il s'est tenu à la disposition de l'employeur (*Cass. soc. 16 sept. 2015, n° 14-16.277 : JurisData n° 2015-020493*). Quoi qu'il en soit et si la solution de l'arrêt, parce que rendu au visa de l'article L. 3123-33 du Code du travail était en conséquence logique, il n'en demeure pas moins qu'elle renvoie à la rédaction et à l'utilisation des contrats à durée déterminée successifs. Le formalisme exigé par le législateur était considéré comme essentiel à la protection des salariés en situation contractuelle précaire. Gare à celui qui s'en écarte.



Tir groupé du Conseil d'État sur quelques questions visant les décisions de validation ou d'homologation

Publié le 12 octobre 2015 par Marie Hautefort

Trois arrêts, trois questions différentes. Le premier traite du contenu du PSE. Le second rappelle la nécessité pour la Direccte de vérifier la qualité des signataires d'un accord collectif. Le troisième porte sur la vérification que doit opérer la Direccte sur le contenu de la consultation du comité d'entreprise, notamment sur la situation économique conduisant au licenciement.

CE, 22 juill. 2015, no 383481, 385668 et 385816

Les faits

- Arrêt no 383481 : une entreprise, mise en redressement judiciaire, a élaboré un PSE sous forme de document unilatéral, qui a été homologué.
- Arrêt no 385668 : une entreprise a signé un accord collectif qui a été validé. La personne représentant FO était délégué syndical central avant les élections et considère que son mandat a implicitement été reconduit après les élections.
- Arrêt no 385816 : suite à des difficultés économiques, une société appartenant à un groupe a présenté un PSE qui a été homologué.

Les demandes et argumentations

- Arrêt no 383481 : l'union locale de la CGT demande l'annulation de cette décision administrative pour cause d'insuffisance du plan. La Cour d'appel administrative rejette cette demande.
- Arrêt no 385668 : un salarié demande l'annulation de la validation au motif que la majorité a été atteinte par l'addition de plusieurs syndicats.



or, le syndicat FO, sans la signature duquel le chiffre de 50 % des suffrages exprimés n'est pas atteint, était représenté par une personne n'ayant pas été expressément redésignée comme délégué syndical central après les élections.

• Arrêt no 385816 : le tribunal administratif annule l'homologation au motif que le comité d'entreprise n'a pas été mis à même d'apprécier le motif économique, faute d'avoir reçu des informations concernant la situation des filiales européennes du groupe appartenant au même secteur d'activité. La Cour d'appel de Versailles infirme ce jugement pour insuffisance de motivation mais confirme l'annulation de l'homologation pour un autre motif.

La décision, son analyse et sa portée

•Premier arrêt : les mesures du PSE doivent être appréciées en fonction des moyens de l'entreprise

Dans cet arrêt no 383481, la demande d'annulation présentée par la CGT est rejetée. Le syndicat, en effet, se plaignait d'un plan insuffisant, or, la société, rappelons-le, était en redressement judiciaire. Dès lors, un PSE, comportant la participation de l'entreprise aux contrats de sécurisation professionnelle, la priorité d'embauche par la société repreneuse des salariés licenciés, le maintien de la contribution de l'entreprise au régime de protection sociale complémentaire des salariés licenciés et la mise en place d'une cellule de soutien psychologique, toutes ces mesures étant « prises dans leur ensemble », était acceptable.

Il ne s'agit là que de la stricte application de l'article L. 1233-57-3 du code du travail qui, lui-même, reprenait l'esprit de l'ancien article L. 1235-10 du code du travail, lequel s'inspirait directement de la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. soc., 30 sept. 1997, no 94-96.385).

Les juridictions administratives de premier et de deuxième niveau se sont montrées très attentives à l'application de cette exigence légale (TA Cergy-Pontoise, 2 déc. 2014, no 1403316 ; CAA Bordeaux, 30 juin 2014, no 14bX01084 ; CAA Marseille, 15 avr. 2014, no 14MA00471 ; CAA Nancy, 23 juin 2014, no 14NC00528 ; TA rennes, 7 juill. 2014, no 1402023 et no 1402044 ; TA Caen, 23 juill. 2014, no 140157).

Une confirmation attendue, donc. reste encore en suspens la question de savoir si le conseil d'État étendra, ou non, cette jurisprudence aux PSE négociés par accord collectif majoritaire. En effet, la référence aux « moyens dont dispose l'entreprise », ne figure pas dans l'article L. 1233-57-2 du code du travail traitant de la validation des PSE négociés, mais



uniquement dans l'article L. 1233-57-3 du code du travail, relatif aux PSE unilatéraux. L'accord collectif peut-il se permettre de mettre en place un PSE minimaliste sans contrôle de l'administration, sachant que les instructions du ministre du travail invitent les Direccte à « présumer que le contenu du PSE est conforme aux exigences légales » (Instr. min. DGEFP/DTG no 2013/13, 19 juill. 2013) ? La réponse est encore à venir.

•Deuxième arrêt : l'administration doit être scrupuleuse quant à la capacité des délégués à signer l'accord

L'arrêt no 385668 se prononce pour l'annulation de l'accord collectif signé par une personne dont le mandat n'a pas été reconduit par écrit après les élections, alors que l'appoint de ce syndicat était nécessaire au recueil des 50 % de suffrages exprimés nécessaires.

En jugeant ainsi, le conseil d'État se montre-t-il excessivement pointilleux, sachant que ce délégué syndical central détenait son mandat depuis longtemps et que sa non-reconduction résultait probablement d'une négligence ?

Pas forcément. En présence d'un accord portant sur le PSE, la marge de manœuvre des partenaires sociaux est large et le contrôle de l'administration est restreint. L'instruction ministérielle DGEFP/ DTG no 2013/13 du 19 juillet 2013 cantonne la Direccte au contrôle de la validité formelle de l'acte et, quant au contenu, à la vérification du respect des limites imparties à l'accord.

Ce rôle « modeste » explique pourquoi le conseil d'État attend de l'administration qu'elle soit sourcilleuse en ce qui concerne le caractère majoritaire de l'accord, la représentativité des syndicats signataires et la qualité des personnes qui les représentent.

•Troisième arrêt : pas d'homologation du PSE lorsque le comité d'entreprise n'a pas reçu communication d'informations essentielles à l'appréciation du motif économique

La loi no 2013-504 du 14 juin 2013 a partagé les compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif : au premier est restée la compétence en ce qui concerne le motif de licenciement, au second a été transférée la compétence sur la procédure et sur le PSE.

L'autorité administrative n'apprécie ni les choix économiques de l'employeur (CAA Lyon, 11 sept. 2014, no 14LY01839 ; CAA bordeaux, 30 juin 2014, no 14bX01084), ni le périmètre retenu pour l'appréciation des difficultés économiques (CAA Versailles, 16 sept. 2014, no 14VE01826), ni la pertinence des suppressions d'emploi au regard de la situation économique réelle de l'entreprise (TA Strasbourg, 8 juill. 2014, no



1402018), ni l'adéquation des mesures choisies par l'employeur au regard des moyens de l'entreprise ou du groupe (CAA Paris, 2 oct. 2014, no 14PA02909).

La contestation du motif économique appartient aux salariés ou aux syndicats agissant en leur nom (C. trav., art. L. 1235-8). or, la principale source d'information des salariés, et même la seule en cas de licenciement collectif dans le cadre duquel il n'y a pas d'entretien préalable, sont les procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise.

La loi du 14 juin précitée a mis un terme aux consultations du comité d'entreprise qui s'éternisaient. La consultation est enfermée dans un délai serré qui peut, à l'évidence, aboutir à une information en partie « bâclée ».

Il est donc essentiel, pour que la réforme ne se traduise pas par un amoindrissement des garanties des salariés, que l'administration soit intraitable quant à la consultation des représentants du personnel, que le PSE soit, d'ailleurs, négocié ou établi unilatéralement.



La rémunération d'une pause ne préjuge pas de la nature de celle-ci

Publié le 16 octobre 2015 par Geneviève Pignarre

Soc. 17 septembre 2015, nos 13-27.935 et 13-27.936, inédit

« ...En se déterminant ainsi, sans préciser si pendant ces pauses conventionnelles rémunérées, les salariés pouvaient vaquer à des occupations personnelles, le conseil de prud'hommes a privé sa décision de base légale [...] »

1. Mme Z et douze autres salariés ont été engagés par la société Phone Web en qualité d'employés commerciaux, sur la base d'un horaire mensuel de 122, 42 heures, soit un horaire hebdomadaire de 28, 25 heures ; leurs contrats de travail étaient régis par la convention collective nationale des personnels des prestataires de service dans le domaine du secteur tertiaire. Aux termes de l'article 6 de l'avenant du 20 juin 2002 relatif aux salariés des centres d'appel, il était prévu une pause obligatoire de 10 minutes toutes les deux heures de travail effectif ou de 15 minutes toutes les trois heures. De son côté, l'employeur décida d'accorder aux salarié-e-s une pause à l'issue d'une heure trente de travail. Contestant le refus de l'employeur de rémunérer l'intégralité des temps de pause ainsi multipliés par la volonté de l'employeur, les salarié-e-s ont saisi le conseil des prud'hommes d'Amiens de diverses demandes en rappels de salaire et en dommages-intérêts (1).

Celui-ci a rendu un jugement qui n'a satisfait aucun des protagonistes. Il a en effet d'une part fait droit à la demande de dommages-intérêts des salariés pour non-respect par l'employeur de la convention collective, en énonçant que « les temps de travail de chaque salarié-e ainsi que les temps de travail de chaque salarié-e complétés des temps de pause (étant) supérieurs au temps de travail prévu à leur contrat de travail, « la société n'a[vait] pas respecté la convention collective ni les contrats de travail de ses salarié-e-s ». Le Conseil de prud'hommes d'Amiens en déduisit que « l'ensemble de ces salariés a[vait] nécessairement subi un



préjudice car ils travaillaient plus que ce qu'il est prévu à leur contrat de travail et qu'ils n'ont pas été payés » (2). Concomitamment et d'autre part, la juridiction prud'homale a débouté les salarié-e-s de leur demande de rappel de salaire au titre des temps de pause en se fondant sur le fait que les éléments du dossier étaient insuffisants pour avaliser le montant des rappels de salaires sollicités.

2. La solution en forme de double réponse va susciter, tout à la fois, un pourvoi principal de la part de l'employeur contestant le grief qui lui était fait de ne pas avoir appliqué le droit issu de la convention collective et un pourvoi incident des salarié-e-s considérant qu'ils étaient en droit de réclamer la rémunération des temps de pause et de ne pas se contenter de la réparation du préjudice causé par l'employeur.

Sur le premier point (seul commenté), la Chambre sociale, au visa de l'article 6 de l'avenant du 20 juin 2002 annexé à la convention collective nationale des personnels des prestataires de service dans le domaine du secteur tertiaire, casse le jugement prud'homal en ces termes : « Attendu selon ce texte, que les pauses rémunérées sont exclues de l'appréciation du temps de travail effectif ; Attendu que pour faire droit à la demande de dommages-intérêts des salariés pour non-respect de la convention collective, le jugement retient que la société n'a pas respecté la convention collective ni les contrats de travail de ses salarié-e-s, que l'ensemble de ces salariés a nécessairement subi un préjudice car ils travaillaient plus que ce qu'il est prévu à leur contrat de travail et qu'ils n'ont pas été payés ; qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si pendant ces pauses conventionnelles rémunérées, les salariés pouvaient vaquer à des occupations personnelles, le conseil de prud'hommes a privé sa décision de base légale ».

Sur le second point, la Chambre sociale, refuse d'accueillir le moyen, considérant qu'il s'agit d'une question relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. Reste donc la question au coeur du problème relative à la rémunération des temps de pause. La solution rendue par la Chambre sociale ne révolutionne certes pas la matière, mais retient l'attention en raison des circonstances particulières de l'espèce qui offraient à la Haute juridiction, si elle l'avait souhaité l'occasion d'infléchir sa jurisprudence. Jugeons plutôt.

3. Le Code du travail définit la durée du travail effectif comme le « temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles » (3). Faisant une application combinée de ces deux textes, la jurisprudence a défini la pause, par a contrario en



considérant que lors de la pause, le salarié doit recouvrer sa liberté et ne plus être sous les ordres de son employeur. Elle estime plus exactement que ce qui caractérise la pause c'est que pendant ce temps-là, le salarié, n'étant plus à la disposition de l'employeur, « peut vaquer librement à des occupations personnelles » (4). C'est dire que le temps de pause, par principe temps libre, s'oppose au temps de travail effectif et ne peut être décompté comme tel (5). Ce qui n'empêche pas - et tel était le cas en l'espèce - que les temps de pause puissent être rémunérés lorsque la convention collective et/ou le contrat de travail le prévoient.

4. Paradoxalement, le contentieux s'est noué du fait que l'employeur a accordé aux salarié-e-s plus de pauses que ne le prévoyait l'accord collectif ou/et le contrat de travail. Du fait de son intervention, les salariés ont bénéficié d'un nombre plus élevé de pauses que prévu conventionnellement (6). Devaient-elles être toutes rémunérées ? Oui, ont-ils estimé malgré le refus de l'employeur. D'où l'introduction de leur action en justice.

5. La réponse de la Chambre sociale est lapidaire. Le jugement du Conseil de prud'hommes d'Amiens est cassé sans ambages. Pour la Haute juridiction, avant même de savoir si les pauses « supplémentaires » accordées par l'employeur devaient ou non être rémunérées, il eût fallu d'abord vérifier que les pauses conventionnellement prévues constituaient un temps où les salarié-e-s pouvaient vaquer librement à leurs occupations. La Chambre sociale dissocie donc la nature de la pause, de la rémunération de celle-ci. Peu importe pour elle, également, qu'il ait été précisé dans l'accord collectif que ce temps d'interruption ne pouvait être apprécié comme un temps de travail effectif. Seul compte l'analyse du contenu des dites pauses afin de constater que durant leur écoulement, les salarié-e-s ne sont plus à la disposition de l'employeur. Pour ne pas l'avoir fait, les conseillers amiénois voient leur décision censurée. La rigidité des hauts magistrats n'est pas surprenante. Comme cela a été souligné, « d'habitude soucieuse de prendre en compte les conditions concrètes de travail, la Cour de cassation fait preuve ici d'un certain aveuglement devant les faits » Note de bas de page(7). On ne peut s'empêcher de songer néanmoins qu'au cas particulier, la solution eût pu être différente. Pourquoi avoir posé le problème en termes de définition là où ne se posait qu'une question de régime ? Face aux salarié-e-s réclamant le paiement des dites pauses, était-il nécessaire d'exiger des premiers juges qu'ils procèdent à une telle recherche ? En prenant la décision de fixer une pause au bout d'une heure trente de travail plutôt qu'au bout de deux heures, voire de trois heures, l'employeur avait multiplié les temps de liberté ; il n'avait pas modifié leur



nature. Ne suffisait-il donc de raisonner par analogie en calquant le régime des pauses « supplémentaires » sur celui des pauses conventionnellement fixées ? Après tout, l'employeur s'était unilatéralement contraint envers ses salarié-e-s, dès lors fondé-e-s à revendiquer l'exécution de son engagement. Mais de ce qui aurait pu être envisagé à ce qui fut décidé, il y a un pas que la Chambre sociale s'est refusée à franchir.

(1) Le syndicat CFDT S3C Picardie intervenu volontairement à l'instance, a obtenu en première instance la somme de 250 € à titre de dommages-intérêts pour non-respect par l'employeur de la convention collective. Le jugement ayant été rendu en premier et dernier ressort. Un pourvoi est formé devant la Chambre sociale, laquelle casse le jugement sur ce point.

(2) Le conseil de prud'hommes condamne ainsi la société Phone Web à verser à chaque salarié une somme de 500 € à titre de dommages-intérêts.

(3) C. trav., art. L. 3121-1.

(4) Soc. 10 oct. 2007, n° 06-41.107, RDT 2008. 187, obs. M. Véricel ; adde P. Florès, « Une définition plus précise du temps de pause », Sem. soc. Lamy 2013, n° 1575, p. 11.

(5) Sauf si le temps de pause épouse les critères du temps de travail effectif. Ainsi en dispose l'art. L. 3121-2 : « Le temps nécessaire à la restauration ainsi que les temps consacrés aux pauses sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque les critères définis à l'article L. 3121-1 sont réunis ». V. par exemple le cas du salarié, chauffeur routier, tenu de ne pas s'éloigner de sa remorque. En ce sens, v. Soc. 23 mars 2007, n° 05-40.697, RDT 2007. 532, obs. M. Véricel.

(6) Pour exemple, les salariées réclamaient un paiement équivalent à 2 heures 15 de pause par semaine (à l'exception d'une d'entre elles qui réclamait un paiement équivalent à 2 heures 45 de pause par semaine), pour les années 2010 à 2013.

(7) E. Peskine et C. Wolkmark Droit du travail, Dalloz, coll. « Hypercours », 2015, p. 276, n° 401.



Comment la Cour de cassation chapeaute-t-elle les décisions des juges du fond ?

Publié le 27 octobre 2015 par Alexia Bonnet

L'appréciation de l'existence d'un vice du consentement entachant la validité de la rupture conventionnelle du contrat de travail relève du pouvoir souverain des juges du fond.

Cass. soc., 16 sept. 2015, pourvoi no 14-13.830, arrêt no 1321 FS-P+B

Les faits

Un employeur propose à un salarié (dont le travail ne le satisfait pas) de mettre un terme à son contrat de travail dans le cadre d'une rupture conventionnelle, en contrepartie du versement d'une indemnité spécifique d'un montant de 10 000 euros.

Les parties étant d'accord sur le principe et les modalités de la rupture, l'employeur a invité le salarié à un entretien qui devait se tenir le 28 juillet 2010, en vue de signer le formulaire de rupture conventionnelle. Aucun formulaire n'a été signé à l'issue de cet entretien.

Avant cet entretien, le salarié avait cessé subitement d'exercer ses fonctions, sans l'accord de son employeur qui lui a adressé plusieurs courriers, aux termes desquels il le mettait notamment en demeure de reprendre ses fonctions, le menaçant à défaut de le licencier.

Le 12 août suivant, par courrier recommandé avec accusé de réception, la société convoquait le salarié à un entretien préalable en vue d'un éventuel licenciement pour faute grave fixé le 27 août.

Le même jour, le 12 août 2010, les parties ont finalement conclu une rupture conventionnelle du contrat de travail du salarié, fixant le montant de l'indemnité spécifique de rupture à une somme inférieure à celle initialement convenue, à savoir 5 000 euros au lieu de 10 000 euros.



La rupture conventionnelle a été homologuée par la Direccte et le contrat de travail du salarié a pris fin le 21 septembre suivant.

Les demandes et argumentations

Le salarié a, par la suite, saisi le conseil de prud'hommes aux fins de faire constater qu'il avait signé une rupture conventionnelle sous la contrainte et la menace d'un licenciement pour faute grave, faire juger que la rupture de son contrat de travail produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et, en conséquence, voir l'employeur condamné à lui verser son indemnité de licenciement, son indemnité compensatrice de préavis ainsi que les congés payés afférents et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Les juges du fond ont constaté que le consentement du salarié – qui n'avait plus le choix de rester salarié de l'entreprise – avait été vicié et ont jugé, dès lors, que la rupture conventionnelle était nulle, produisant ainsi les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

C'est dans ce contexte que l'employeur a formé un pourvoi en cassation, en soutenant que la rupture conventionnelle signée avec le salarié était valide en l'absence de vice du consentement, dès lors qu'il n'avait pas usé de son pouvoir disciplinaire pour inciter ce dernier à faire le choix d'une rupture amiable, sachant, au demeurant, que le simple climat conflictuel préalable à la signature de la rupture conventionnel n'affectait pas en lui-même la validité de la convention. La société remettait ainsi en cause la motivation retenue par le conseil de prud'hommes puis la cour d'appel.

En d'autres termes, l'employeur tentait de faire valoir que le contexte de la rupture, s'il était conflictuel, ne caractérisait pas pour autant un vice du consentement.

Les Hauts Magistrats ont rejeté le pourvoi de l'employeur.

La décision, son analyse et sa portée

La rupture conventionnelle a été consacrée par la loi du 25 juin 2008 (L. no 2008-596, 25 juin 2008, JO du 26 juin), qui a repris sur ce point l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 (Ani, 11 janv. 2008).

Il s'agissait alors d'un nouveau mode de rupture d'un commun accord du contrat de travail soumis au contrôle de l'Administration. Il faut ici rappeler que, pour qu'il y ait rupture du contrat, la convention doit impérativement être homologuée par l'Administration (l'Inspection du travail ou la Direccte, selon qu'il s'agit d'un salarié protégé ou non).



Les partenaires sociaux et le législateur ont, en effet, souhaité permettre à l'employeur et au salarié de se séparer dans le cadre d'un processus négocié (en dehors donc du cadre du licenciement, étant précisé que la rupture conventionnelle n'est pas non plus une transaction), qui permettrait de s'assurer de l'intégrité du consentement des parties.

Outre l'homologation administrative visée ci-dessus, l'article L. 1237-11 du Code du travail a donc entouré la rupture conventionnelle d'un certain nombre de garanties(1) que les Hauts Magistrats sont d'ailleurs venus renforcer par leur jurisprudence, en prévoyant, notamment, la nécessité de signer la convention de rupture en deux exemplaires (Cass. soc., 6 févr. 2013, no 11-27.000).

La jurisprudence de la Cour de cassation, en la matière, s'inscrit pleinement dans l'objectif poursuivi par le législateur et les partenaires sociaux, visant à sécuriser la rupture du contrat de travail par accord des parties.

C'est dans ce contexte que la Haute Cour a érigé la rupture conventionnelle, après n'avoir eu de cesse d'étendre les hypothèses où elle est applicable, comme le principal mode de rupture d'un commun accord du contrat de travail. Elle a, en effet, récemment précisé, au visa des articles L. 1237-1 et L. 1237-11 du Code du travail que, sauf dispositions légales contraires, la rupture conventionnelle est désormais le seul mode autorisé de rupture de contrat de travail par accord des parties (Cass. soc., 15 oct. 2014, no 11-22.251), reléguant ainsi la « rupture amiable » – dont la sécurité juridique est toute relative – au ban des exceptions(2).

La Juridiction Suprême avait d'ailleurs préalablement reconnu, compte tenu des garanties qui sécurisent la rupture conventionnelle, que l'existence d'un différend entre les parties au contrat de travail au moment de la conclusion de la convention de rupture conventionnelle n'affecte pas par elle-même sa validité (Cass. soc., 23 mai 2013, no 12-13.865 ; Cass. soc., 26 juin 2013, no 12-15.208), à l'inverse donc de ce qu'elle avait pu juger dans le cadre de la rupture amiable désormais tombée en disgrâce.

Il n'en reste pas moins que le consentement des parties dans le cadre de la rupture conventionnelle – conformément aux dispositions de l'article L. 1237-11 du Code du travail – doit être libre et donc exempt de tout vice. À défaut, la convention est nulle et la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 23 mai 2013, no 12-13.865).

Autrement dit, les parties peuvent remettre en cause la rupture



conventionnelle du contrat si elles justifient que leur consentement a été vicié, c'est-à-dire si elles apportent, par exemple, la preuve que la convention a été conclue sous l'empire de la crainte, laquelle doit être concomitante à l'acte de violence qui s'entend de la contrainte physique ou morale (CA Lyon, ch. soc., sect. C, 21 mars 2014, no 12-00093).

Concrètement, il revient donc au juge saisi par l'une des parties d'examiner, non pas la légitimité du motif de la rupture, mais la validité de la convention qui a entraîné la rupture du contrat de travail, qui doit reposer sur un consentement libre des parties.

Le juge du fond dispose en ce domaine d'un pouvoir souverain pour constater l'existence ou non d'un vice du consentement. La Haute Cour estime donc que les circonstances de faits déterminant la validité de la rupture conventionnelle échappent à son contrôle, ce qu'elle ne cesse de rappeler (Cass.soc., 23 mai 2013, no 12-13.865 ; Cass. soc., 3 juill. 2013, no 12-19.268 ; Cass. soc., 12 févr. 2014, no 12-29.208) et qu'elle vient une nouvelle fois de réaffirmer aux termes de son arrêt du 16 septembre 2015.

Il revient néanmoins à la Cour de cassation de vérifier la motivation des juges du fond, qui ne doit ni violer la loi (méconnaître celle-ci ou en faire une fausse application), ni être défailante dans l'identification des éléments permettant l'application de la règle de droit (manque de base légale).

Récemment, dans un arrêt du 9 juin 2015, la Juridiction Suprême, dans son dernier attendu, rappelait les faits ayant permis à la cour d'appel (dans le cadre de son pouvoir souverain) de retenir que le consentement du salarié avait été vicié, ce qui lui permettait d'apprécier, en l'espèce, que la décision attaquée était légalement justifiée (Cass. soc., 9 juin 2015, no 14-10.192). La Cour de cassation validait de la sorte la motivation et la qualification retenues par les juges du fond.

Il est intéressant de retenir que, dans cet arrêt, les faits sont semblables(3) à ceux de l'affaire jugée par la Cour de cassation le 16 septembre 2015. Pourtant, dans l'arrêt du 16 septembre, les Hauts Magistrats se contentent simplement de conclure que : « sous couvert d'un grief non fondé de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à contester l'appréciation souveraine par la Cour d'appel de l'existence d'un vice du consentement ».

En l'occurrence, la différence entre ces deux arrêts tient simplement au fondement des moyens de cassation. Dans l'arrêt du 9 juin 2015, l'employeur alléguait une violation de la loi par les juges du fond, alors que dans l'affaire du 16 septembre 2015, l'employeur se contentait de



soutenir que la motivation des premiers juges était insuffisante (manque de base légale).

Or, il est cohérent qu'un arrêt de rejet fondé sur un défaut de base légale entraîne une motivation plus sommaire que dans l'hypothèse d'une violation de la loi.

La motivation de la Haute Cour dans l'arrêt du 16 septembre 2015 est donc logique, ce qui lui permet, au demeurant, de rappeler qu'en ce qui concerne la validité de la rupture conventionnelle, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain de constatation.

Notes

(1) Comme la possibilité de se faire assister lors des entretiens ou encore la possibilité pour chacune des parties de se rétracter dans les 15 jours suivant la signature de la convention.

(2) Par exemple, la rupture conventionnelle reste interdite à ce jour en cas de plan de sauvegarde de l'emploi.

(3) Dans l'affaire jugée par la Cour de cassation le 9 juin 2015, le salarié s'était notamment vu notifier un avertissement le jour de l'entretien à l'issue duquel le salarié avait demandé un « licenciement conventionnel », qui se concluait par une invitation à rompre son contrat.



Travail en prison : la législation déclarée conforme à la Constitution

Publié dans La Semaine Juridique Social le 6 octobre 2015

Cons. const., 25 sept. 2015, n° 2015-485 QPC

À la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Conseil d'État (CE, 6 juill. 2015, n° 389324 : JurisData n° 2015-017096), le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans sa décision du 25 septembre 2015 en faveur de la conformité de l'article 33 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, qui organise la participation des personnes détenues aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires. L'article 33 de la loi pénitentiaire prévoit que la participation des détenus donne lieu à un acte d'engagement de l'administration pénitentiaire, signé par le chef de l'établissement et le détenu, énonçant les droits et obligations professionnels de ce dernier, ainsi que ses conditions de travail et sa rémunération.

Selon ce texte, le chef d'établissement doit préciser notamment les modalités selon lesquelles la personne détenue, dans les conditions adaptées à sa situation et nonobstant l'absence de contrat de travail, bénéficie des dispositions relatives à l'insertion par l'activité économique prévues aux articles L. 5132-1 à L. 5132-17 du Code du travail. Cet article impose aussi au chef d'établissement de s'assurer que les mesures appropriées sont prises afin de garantir l'égalité de traitement en matière d'accès et de maintien à l'activité professionnelle en faveur des personnes handicapées détenues.

Le requérant et la partie poursuivante soutenaient qu'en n'organisant pas de cadre légal à ce travail, l'article 33 de la loi pénitentiaire privait les personnes incarcérées de l'ensemble des garanties d'exercice des droits et libertés reconnus par les cinquième à huitième alinéas du préambule de la Constitution de 1946. Ce grief est écarté par le Conseil constitutionnel.

La réponse du Conseil s'opère en deux temps. Il prend soin tout d'abord de rappeler que le législateur peut modifier les dispositions relatives au



travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits. Il justifie ensuite sa solution en se référant au cadre légal défini par le législateur. Le Conseil relève à cet égard que la participation du détenu est subordonnée à l'existence d'un acte d'engagement signé par le chef d'établissement, ensuite que cet acte énonce les droits et obligations professionnels du détenu, dans des conditions qui respectent les dispositions de l'article 22 de la loi du 24 novembre 2009, et enfin que le juge administratif est susceptible d'en exercer le contrôle.

D'autres griefs, le premier tiré de la méconnaissance de la liberté contractuelle, le second de l'atteinte portée à la dignité des personnes, ont été écartés par le Conseil constitutionnel qui les a déclarés inopérants.

Avec cette solution, le Conseil constitutionnel précise un peu plus le cadre dans lequel s'organise le travail des détenus. Cette solution doit naturellement être mise en perspective avec celle rendue le 14 juin 2013, dans laquelle le Conseil avait jugé que le troisième alinéa de l'article 717-3 du Code de procédure pénale aux termes duquel : « Les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail » n'était pas contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution (Cons. const., 14 juin 2013, n° 2013-320/321 QPC : JurisData n° 2013-012011).



La Commission presse vous remercie :

Cindy BREUIL (Présidente)

Thomas SANANES (Vice-président)

Kelly DELIVERT

Olivier EXBRAYAT

Anissa OMRI

Louis ROBINEAU

RETROUVEZ NOUS SUR HORIZONSOCIAL.FR

