

BULLETIN JURIDIQUE de l'Union Syndicale Solidaires



Heures de délégation et contestation

Édito

Dans ce numéro, nous évoquons plusieurs arrêts :

- Un précisant que les heures de délégation sont de plein droit considérées comme temps de travail et payées à l'échéance normale (articles L2142-1-3, L2143-17 et L2315-3 du Code du travail). L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation saisit le juge judiciaire.
- Dans un autre, la cour de cassation rappelle qu'entre le moment où l'employeur envoie une lettre de convocation à un entretien préalable de licenciement et la tenue de cet entretien, un délai minimum de 5 jours ouvrables doit s'écouler. La cour définit aussi le calcul précis de ce délai et son point de départ en cas de report de l'entretien préalable en raison de l'état de santé du salarié.
- Un arrêt de la Cour d'Appel de Pau valide le licenciement d'une salariée du fait d'un abus de connexions sur le web durant les heures de travail, il s'agissait notamment de connexions à des sites communautaires tels que Facebook.
- Un arrêt du 26 juin 2013 rappelle aussi qu'un changement d'employeur prévu et organisé par voie conventionnelle suppose l'accord exprès du salarié, qui ne peut résulter de la seule poursuite de son contrat de travail sous une autre direction.

Nous abordons aussi le fait qu'un salarié protégé licencié pour motif économique et dont l'employeur doit rechercher un poste de reclassement, peut être reclassé sur un poste ne lui permettant pas de poursuivre ses fonctions représentatives. Libre à lui de refuser ou d'accepter cette proposition.

Enfin, dans une décision du 1er juillet, le défendeur des droits rappelle que le principe de non-discrimination doit être respecté lors d'un recrutement.

Bonne lecture et à bientôt !!!

A quel moment les heures de délégation effectuées en dehors de l'horaire normal par un représentant du personnel peuvent-elles être contestées par l'employeur ?

Dans cette affaire, un salarié engagé en qualité de chef d'équipe élu délégué du personnel, délégué syndical et représentant syndical au CE, a saisi la juridiction prud'homale de demandes de paiement des majorations portant sur les heures de délégation prises en dehors de son horaire normal de travail.

La Cour d'appel a rejeté la demande du salarié, retenant que les pièces produites par celui-ci, qui n'ont pas de date certaine, ne précisent ni les mandats de représentation auxquels se rattachent les dates et heures qu'elles mentionnent, ni la nature des activités exercées. De ce fait, elles ne permettent pas à l'employeur de s'assurer que les heures de délégation qui y sont mentionnées ont été utilisées pour l'exercice des mandats du salarié et qu'elles sont également insuffisantes pour mettre la cour en mesure de vérifier que le salarié a consacré à l'exercice de ses mandats des heures supplémentaires excédant celles mentionnées sur ses bulletins de salaire avec les majorations correspondantes.

La Cour de cassation, quant à elle, infirme la décision rendue par la juridiction d'appel au motif que les heures de délégation

peuvent être utilisées en dehors du temps de travail, en raison des nécessités du mandat, et doivent être payées comme heures supplémentaires. L'employeur ne peut contester l'usage fait du temps alloué aux représentants du personnel pour l'exercice de leur mandat qu'après l'avoir payé. La Cour d'appel aurait donc dû rechercher si toutes les heures de délégations prises en dehors de l'horaire normal de travail et payées au salarié avaient donné lieu aux majorations applicables.

Ce qu'il faut retenir : Les heures de délégation sont de plein droit considérées comme temps de travail et payées à l'échéance normale (articles L2142-1-3, L2143-17 et L2315-3 du Code du travail). L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation saisit le juge judiciaire.

Les heures de délégation prises en dehors du temps de travail doivent être rémunérées comme des heures supplémentaires (Cass. Soc. 12 février 1991, n° 88-42353). L'employeur doit les rémunérer au salarié à l'échéance normale, et c'est seulement après les avoir payées qu'il peut les contester (Cass. Soc. 21 novembre, n° 98-40730).

Référence : Cass. Soc. 26 juin 2013, n° 12-17476

Convocation à un entretien préalable de licenciement : bien calculer le délai minimum

Entre le moment où l'employeur envoie une lettre de convocation à un entretien préalable de licenciement et la tenue de cet entretien, un délai minimum de 5 jours ouvrables doit s'écouler. Le calcul précis de ce délai et son point de départ en cas de report de l'entretien préalable sont précisés par la Cour de cassation.

Dès lors que l'employeur envisage de se séparer de l'un de ses salariés par le biais d'un licenciement, il doit appliquer la procédure disciplinaire. Première étape de cette procédure : il doit convoquer le salarié à un entretien préalable de licenciement à une date qu'il lui appartient de fixer.

Convocation à un entretien préalable de licenciement : les formalités à respecter

La convocation d'un salarié à un entretien préalable de licenciement doit impérativement se faire par lettre recommandée avec accusé de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge.

Différentes mentions doivent figurer dans cette lettre notamment la date, l'heure, le lieu de l'entretien et la possibilité dont dispose le salarié de se faire assister. Pour fixer la date de l'entretien préalable, il faut savoir que l'employeur doit respecter un délai minimum entre la convocation et la tenue de

l'entretien. Ainsi, ce dernier ne peut avoir lieu qu'à partir du 6^e jour ouvrable suivant la 1^{re} présentation de la lettre de convocation.

Car si l'employeur ne respecte pas ce délai minimum, il y a alors irrégularité de procédure. Ce qui permet au salarié non pas de remettre en cause le bien-fondé de son licenciement sur ce seul fait mais de réclamer le versement de dommages-intérêts.

A noter : Ce délai ne s'impose pas pour un entretien préalable en vue d'une sanction autre qu'un licenciement. Dans ce cas, les magistrats exigent le respect d'un délai suffisant.

Convocation à un entretien préalable de licenciement : la computation du délai

Pour calculer le délai minimum de 5 jours ouvrables, il ne faut tenir compte ni du jour de présentation ou réception de la lettre, ni du dimanche qui n'est pas un jour ouvrable.

Enfin, il ne faut pas oublier d'appliquer une règle très importante : le délai qui expire un samedi, un dimanche ou un jour férié chômé est prorogé jusqu'au 1^{er} jour ouvrable suivant (Code du travail, art. R. 1231-1).

Exemple : Lundi 2 septembre 2013 le salarié se voit présenter

la lettre de convocation à un entretien préalable de licenciement. Le délai de 5 jours ouvrables commence à courir le mardi 3 septembre et s'achève samedi 7 septembre. Le délai ne pouvant expirer un samedi, il est prorogé jusqu'au 1^{er} jour ouvrable suivant soit lundi 9 septembre. L'entretien peut donc avoir lieu à partir de mardi 10 septembre.

Autre précision importante qu'a rappelée la Cour de cassation : en cas de report de l'entretien préalable en raison de l'état de santé de la salariée, le délai de 5 jours court à compter de la présentation de la lettre initiale de la convocation.

Aussi, si l'employeur a bien respecté le délai de 5 jours lors de l'envoi de la première convocation, le salarié qui a demandé un report de son entretien ne pourra pas réclamer des dommages et intérêt pour irrégularité de procédure.

[Cour de cassation, chambre sociale, 10 juillet 2013, n° 11-27636](#) (le délai de 5 jours ouvrables entre la convocation à entretien et la tenue de l'entretien court à compter de la présentation de la lettre initiale de convocation en cas de report de l'entretien préalable au licenciement en raison de l'état de santé du salarié)

L'abus des connexions sur le web peut être dangereux pour son travail

Dans cette affaire, la Cour d'Appel de Pau a validé le licenciement d'une salariée qui travaillait dans une agence d'intérim de la côte basque.

Pour prendre la décision de valider la rupture du contrat de travail, les juges de la Cour d'Appel ont notamment relevé « des connexions très fréquentes, durant les heures de travail, à des sites communautaires tels que Facebook ». La salariée avait aus-

si pour habitude de consulter sa messagerie personnelle ainsi qu'un site de vente à distance

Quid : l'agence d'intérim pouvait-elle licencier la salariée sur la base de preuves de connexions sur le web recueillies au moyen l'ordinateur de son bureau et en son absence ?

Quid : à partir de quand peut-on parler d'abus concernant des connexions internet extraprofessionnelles ?

Il faut savoir que tout employeur détient un droit de regard sur les outils de travail mis à la disposition de son personnel dans le cadre de la réalisation de ses activités professionnelles.

La salariée n'avait pas identifié des fichiers de son ordinateur comme étant « personnels » ; son patron était libre de « mettre son nez » dans ce qui le regardait...

L'abus des connexions sur le web peut être dangereux pour son travail (suite et fin)

En effet, lorsque le caractère « personnel » de documents et/ou courriels n'est pas précisé par les intéressés alors, c'est la présomption simple du caractère « professionnel » de ces derniers qui s'applique et qui donne la liberté à l'employeur d'en prendre connaissance.

Une fois la « face cachée » du travail de sa chargée de recrutement découverte et après consultation de l'historique des connexions, des fichiers, des captures d'écran, des photos personnelles : l'employeur a décidé de la licencier.

La salariée estimant avoir été dans son bon-droit a engagé une action devant les prud'hommes de Bayonne qui a jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur a interjeté appel en établissant les preuves des manquements de la salariée à :

- son obligation de loyauté dans l'exécution de son contrat de travail : une entreprise ne rémunère pas ses collaborateurs pour qu'ils se livrent à du « *personal branding* » sur les réseaux sociaux au détriment des tâches pour lesquelles ils sont employés ;
- à son devoir de professionnalisme : une entreprise peut légitimement attendre de ses collaborateurs qu'ils utilisent leur temps de travail à son profit et à bon escient.

La Cour d'Appel de Pau a infirmé le jugement rendu en première instance et a donné raison à l'employeur s'agissant du caractère réel et sérieux du licenciement de l'employée.

Pour conclure, cet arrêt constitue le prolongement d'autres décisions jurisprudentielles où des salariés s'étaient « **sur-connectés**

sur leur e-vie privée » pendant leur temps de travail.

Le licenciement pouvant aller jusqu'à la faute grave menace les salarié-es usant et abusant du « *networking* » et des réseaux sociaux.

À retenir que c'est l'abus pendant son temps de travail qui peut être dangereux pour son job... Avis aux accros !

(Sources : Arrêt Cour d'Appel de Pau, 13 juin 2013 n° 13/02518)

Transfert du contrat chez un nouvel employeur sans l'accord du salarié

Le salarié qui se contente de poursuivre la relation de travail dans la nouvelle entreprise, après un transfert conventionnel, et sans signer d'avenant à son contrat de travail, n'a pas accepté le changement d'employeur.

Dans cette affaire, un salarié a été engagé par une entreprise de restauration, en qualité d'employé. Suite à la perte, par la société, du contrat de prestation de services de restauration du groupe scolaire dans lequel le salarié exerçait, son employeur lui a indiqué que son contrat de travail serait transféré auprès du nouveau prestataire de services.

Licencié par son nouvel employeur, il saisit le Conseil de prud'hommes pour obtenir des indemnités de rupture.

Deux ans plus tard, il saisit à nouveau les juridictions prud'homales

pour contester cette fois-ci le transfert de son contrat d'un employeur à l'autre. C'est sur ce point que la Cour d'appel a été amenée à se prononcer.

Les juges d'appel rejettent la demande du salarié. Selon eux, la convention collective du personnel des entreprises de restauration de collectivités (brochure n°3225) prévoit qu'en cas de changement de prestataire de service, le contrat de travail du salarié est transféré vers le nouveau prestataire.

Cette solution s'applique peu importe le refus de l'intéressé de signer un avenant à son contrat de travail, proposé par le nouveau prestataire.

La Cour de cassation casse l'arrêt rendu par les juges du fond, au motif que le changement d'employeur prévu et organisé par voie

conventionnelle suppose l'accord exprès du salarié, qui ne peut résulter de la seule poursuite de son contrat de travail sous une autre direction.

Par conséquent, le salarié, qui n'avait pas signé l'avenant à son contrat emportant changement d'employeur, n'avait pas été transféré vers le nouveau prestataire.

Ce qu'il faut retenir : en application de l'article L1224-1 du Code du travail, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification sont transférés chez le nouvel employeur. Ce changement d'employeur s'impose au salarié.

Lorsque les conditions d'application de cet article ne sont pas ré-

Transfert du contrat chez un nouvel employeur sans l'accord du salarié (suite et fin)

unies, il est tout de même possible que le **transfert des contrats de travail soit prévu par une convention**.

Dans ce cas, les transferts de contrats de travail ne peuvent se

faire qu'avec l'accord des salariés concernés. Leur accord peut être caractérisé par la signature d'un avenant à leur contrat de travail. Le salarié qui poursuit la relation de travail chez le nouvel em-

ployeur, sans signer d'avenant, n'est pas réputé avoir donné son accord.

Référence : Cass.Soc. 26 juin 2013, n° 12-18201

Reclassement du salarié protégé : nécessairement compatible avec le mandat ?

Le reclassement d'un salarié protégé licencié pour motif économique doit-il lui permettre de poursuivre ses fonctions représentatives ?

Dans cette affaire, le licenciement pour motif économique d'un représentant du personnel (délégué syndical et représentant syndical au CE) a été autorisé par l'inspection du travail, l'entreprise ayant cessé son activité.

Dans le cadre de son obligation de reclassement, l'employeur avait proposé audit représentant, plusieurs postes disponibles dans le groupe mais ne lui permettant pas de poursuivre ses mandats.

Selon le Conseil d'Etat, la société, dans le cadre de son obligation de reclassement, n'est pas tenue de proposer au représentant du personnel, des offres lui permettant de poursuivre ses fonctions représentatives.

Ce qu'il faut retenir : Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient (article L1233-4 du Code du travail). Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que

celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

Le salarié protégé licencié pour motif économique et dont l'employeur doit rechercher un poste de reclassement, peut être reclassé sur un poste ne lui permettant pas de poursuivre ses fonctions représentatives. Libre à lui de refuser ou d'accepter cette proposition.

Référence : CE 3 juillet 2013, Req. n° 342291

Recrutement : attention aux questions

Recrutement : le principe de non-discrimination doit être respecté

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison de son âge, de sa situation de famille (Code du travail, L. 1132-1).

On ne peut ainsi pas écartier un candidat en raison de son âge, de son sexe, parce qu'il a des enfants, etc. Dans de telles conditions, votre recrutement serait discriminatoire.

Pour la bonne application du principe de non-discrimination, les informations demandées aux candidats à un emploi sont encadrées. Les informations demandées aux candidats doivent être en lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé, permettre également l'évaluation des aptitudes professionnelles du candidat.

Recrutement : exemple de discrimination

Une entreprise adressait à ses candidats un questionnaire afin d'approfondir leur candidature et préparer un éventuel entretien d'embauche. Etant notamment demandé aux candidats de préciser leur situation de famille, le nombre d'enfants, leurs âges et prénoms, la profession de leurs parents et le nombre de frères et sœurs.

Le Défenseur des droits (anciennement HALDE) recommande à cette entreprise de supprimer, de son questionnaire, les mentions discriminatoires relatives à la situation de famille des candidats.

Le Défenseur des droits considère que l'entreprise ne rapporte pas la preuve que ces informations sont utilisées à des fins étrangères à toutes discriminations.

L'entreprise justifiait ces questions en indiquant qu'elles servaient notamment de support lors de l'entretien, faire connaissance avec le candidat. Mais lors de ses échanges avec les services du Défenseur des droits, l'entreprise a indiqué que les personnes n'ayant pas répondu au questionnaire n'étaient pas convoquées à un en-

retien. De plus, les candidats n'étaient pas automatiquement prévenus qu'ils avaient la possibilité d'écartier certaines questions.

Dans cette affaire, l'entreprise avait recruté une candidate célibataire sans enfant. La société indiquait également que son personnel avait pour la majorité des charges de famille. Le Défenseur des droits répond à cela que l'employeur ne peut pas invoquer la situation d'autres salariés pour justifier que sa décision n'est pas discriminatoire.

Le Défenseur des droits rappelle que tout questionnaire contenant des données à caractère personnel doit en principe donner lieu à une information sur le caractère obligatoire ou pas des réponses et des conséquences d'un défaut de réponse, des personnes destinataires des informations et leur droit d'accès et de rectification des données.

Décision du Défenseur des droits n° MLD/2013-99, 1er juillet 2013

**Responsable Juridique Union Syndicale Solidaires
Willem SAMSON juridique@solidaires.org**

Veille juridique - Bulletin juridique
Jean Pierre MEO meo.jeanpierre@gmail.com

Bulletin consultable sur :

<http://solidaires.org>
<http://solidairesassurances.free.fr>

Blog de Thierry RENARD
<http://www.droit-travail.org/>