

# Textes



## Pénibilité : nouveaux facteurs de risques applicables à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2016

Décret n° 2015-1888 du 30 décembre 2015 relatif à la simplification du compte personnel de prévention de la pénibilité et à la modification de certains facteurs et seuils de pénibilité

Six nouveaux facteurs de risques de pénibilité doivent obligatoirement être pris en compte à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2016 : la manutention manuelle de charges, les postures pénibles, les vibrations mécaniques, les agents chimiques dangereux, les températures extrêmes et le bruit.

Ils sont définis à l'article D 4161-2 du code du travail.

Ils s'ajoutent aux quatre facteurs déjà appliqués depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015 : travail de nuit, travail répétitif, travail en milieu hyperbare et travail en équipes successives alternantes.

### Article D 4161-2

Les facteurs de risques professionnels et les seuils d'exposition mentionnés à l'article L 4161-1 sont ainsi fixés :

### 1° Au titre des contraintes physiques marquées :

FACTEUR DE RISQUES PROFESSIONNELS	SEUIL		
	Action ou situation	Intensité minimale	Durée minimale
a) Manutentions manuelles de charges définies à l'article R 4541-2	Lever ou porter	Charge unitaire de 15 kilogrammes	600 heures par an
	Pousser ou tirer	Charge unitaire de 250 kilogrammes	
	Déplacement du travailleur avec la charge ou prise de la charge au sol ou à une hauteur située au-dessus des épaules	Charge unitaire de 10 kilogrammes	
	Cumul de manutentions de charges	7,5 tonnes cumulées par jour	120 jours par an
b) Postures pénibles définies comme positions forcées des articulations	Maintien des bras en l'air à une hauteur située au-dessus des épaules ou positions accroupies ou à genoux ou positions du torse en torsion à 30 degrés ou positions du torse fléchi à 45 degrés		900 heures par an
c) Vibrations mécaniques mentionnées à l'article R 4441-1	Vibrations transmises aux mains et aux bras	Valeur d'exposition rapportée à une période de référence de 8 heures de 2,5 m/ s <sup>2</sup>	450 heures par an
	Vibrations transmises à l'ensemble du corps	Valeur d'exposition rapportée à une période de référence de 8 heures de 0,5 m/ s <sup>2</sup>	

### Au titre de l'environnement physique agressif :

FACTEUR DE RISQUES PROFESSIONNELS	SEUIL		
	Action ou situation	Intensité minimale	Durée minimale
a) Agents chimiques dangereux mentionnés aux articles R 4412-3 et R 4412-60, y compris les poussières et les fumées	Exposition à un agent chimique dangereux relevant d'une ou plusieurs classes ou catégories de danger définies à l'annexe I du règlement (CE) n° 1272/2008 et figurant dans un arrêté du ministre chargé du travail	Le seuil est déterminé, pour chacun des agents chimiques dangereux, par application d'une grille d'évaluation prenant en compte le type de pénétration, la classe d'émission ou de contact de l'agent chimique concerné, le procédé d'utilisation ou de fabrication, les mesures de protection collective ou individuelle mises en œuvre et la durée d'exposition, qui est définie par arrêté du ministre chargé du travail et du ministre chargé de la santé	
b) Activités exercées en milieu hyperbare définies à l'article R 4461-1	Interventions ou travaux	1 200 hectopascals	60 interventions ou travaux par an
c) Températures extrêmes	Température inférieure ou égale à 5 degrés Celsius ou au moins égale à 30 degrés Celsius	900 heures par an	
d) Bruit mentionné à l'article R 4431-1	Niveau d'exposition au bruit rapporté à une période de référence de 8 heures d'au moins 80 décibels (A)	600 heures par an	
	Exposition à un niveau de pression acoustique de crête au moins égal à 135 décibels (C)	120 fois par an	

### 3° Au titre de certains rythmes de travail :

FACTEUR DE RISQUES PROFESSIONNELS	SEUIL		
	Action ou situation	Intensité minimale	Durée minimale
a) Travail de nuit dans les conditions fixées aux articles L 3122-29 à L 3122-31	Une heure de travail entre 24 heures et 5 heures	120 nuits par an	
b) Travail en équipes successives alternantes	Travail en équipes successives alternantes impliquant au minimum une heure de travail entre 24 heures et 5 heures	50 nuits par an	
c) Travail répétitif caractérisé par la réalisation de travaux impliquant l'exécution de mouvements répétés, sollicitant tout ou partie du membre supérieur, à une fréquence élevée et sous cadence contrainte	Temps de cycle inférieur ou égal à 30 secondes : 15 actions techniques ou plus	900 heures par an	
	Temps de cycle supérieur à 30 secondes, temps de cycle variable ou absence de temps de cycle : 30 actions techniques ou plus par minute		

# Zoom



## CCN des assistantes maternelles : les heures complémentaires

Définition des heures complémentaires : les heures complémentaires sont les heures effectuées entre la durée du travail prévue au contrat de travail et la 45<sup>ème</sup> heure d'accueil par semaine.

Par exemple, le contrat de travail d'une nounou prévoit qu'elle doit effectuer 27 heures de travail hebdomadaires et, de façon exceptionnelle, elle est amenée à effectuer 36 heures sur la semaine : les heures effectuées à partir de la 27<sup>ème</sup> heure de travail seront des heures complémentaires.

Elles ne doivent pas être confondues avec les heures supplémentaires. Les heures supplémentaires s'appliquent aux assistantes maternelles travaillant à temps plein (45 heures par semaine).

Ce sont donc celles effectuées au-delà 45 heures par semaine.

Seules les heures au-delà de 45 heures par semaine (donc seules les heures supplémentaires) sont rémunérées à un taux majoré, indiqué dans le contrat de travail.

### Rémunération des heures complémentaires

Les heures complémentaires, jusqu'à 45 heures hebdomadaires, n'ouvrent pas droit à majoration et sont rémunérées au taux horaire du salaire de base.

Elles s'ajoutent donc à au salaire mensuel.

Par exemple : une nounou fait ordinairement 27 heures par semaine, payées au taux horaire habituel, voici la formule à appliquer :

$$\text{Rémunération} = (\text{Salaire horaire} \times \text{nombre d'heures d'accueil par semaine} \times 52 \text{ semaines}) \div 12$$
$$\text{Donc } (6,50 \text{ €} \times 27 \times 52) \div 12 = 760,50 \text{ € mensuels}$$

A cela il faut ajouter les heures complémentaires : si, conformément à l'exemple précédent elle fait 36 heures :

$$\text{Rémunération} = (\text{Salaire horaire} \times (\text{nombre d'heures d'accueil habituel hebdomadaire} + \text{nombre d'heures complémentaires effectuées}) \times 52 \text{ semaines}) \div 12$$
$$\text{Donc } (6,50 \text{ €} \times (27 + 9) \times 52) \div 12 = 1.014 \text{ € pour le mois concerné par les heures complémentaires}$$

### Les heures supplémentaires

Les heures supplémentaires sont les heures effectuées au-delà de 45 heures par semaine.

Le code de l'action sociale et des familles (article D 423-10) dispose que *les heures effectuées au-delà de 45 heures par semaine donnent lieu à une majoration de rémunération dont le taux est fixé par une convention ou un accord de branche étendu, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement, ou, à défaut, par accord entre l'assistant maternel et son ou ses employeurs.*

Elles ne sont alors plus nommées heures complémentaires mais heures supplémentaires même si on

retrouve aussi beaucoup l'expression *heures complémentaires majorées*.

Aucun taux de majoration n'est prévu dans la convention collective, il faudra donc se reporter au contrat de travail. En général, le taux retenu est de 25 % de majoration.

Si l'on poursuit l'exemple ci-avant :

La nounou fait ordinairement 27 heures par semaine et elle est amenée à effectuer 57 heures pour une semaine, les 27 premières heures seront les heures normalement exécutées dans le cadre de sa durée hebdomadaire de travail, les heures entre la 27<sup>ème</sup> heure et la 45<sup>ème</sup> heure seront des heures complémentaires et les heures comprises entre la 46<sup>ème</sup> heure et la 57<sup>ème</sup> heure seront des heures supplémentaires donnant lieu à majoration.

Dans cet exemple, 12 heures seront donc payées à un taux majoré. Si la majoration est de 25 %, alors le taux horaire de 6,50 euros passera à 8,125 € pour une heure.

Voici donc la formule à appliquer :

$$\begin{aligned} \text{Rémunération} &= (\text{Salaire horaire} \times (\text{nombre d'heures d'accueil habituel hebdomadaire} + \text{nombre d'heures} \\ &\quad \text{complémentaires effectuées} + \text{heures supplémentaires majorées}) \times 52 \text{ semaines}) \div 12 \\ \text{Donc } &((6,50 \text{ €} \times (27 + 13)) + (12 \times 8,125) \times 52) \div 12 = ((292,50 + 97,50 \times 52) \div 12 = 1690 \text{ €} \\ &\quad \text{pour le mois concerné} \end{aligned}$$

# Jurisprudence

## Nouvelle évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les avantages catégoriels

Cass. Soc., 8 juin 2016 : n<sup>os</sup> 15-11.324 et 15-11.478

Depuis une série d'arrêts du 27 janvier 2015, la Cour de cassation admet que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives sont présumées justifiées (Cass. Soc., 27 janvier 2015 n<sup>os</sup> 13-22.179, 13-25.437 et 13-14-773).

Bénéficiaire, par exemple, de cette présomption les dispositions de la convention Syntec prévoyant un délai de préavis de licenciement plus long pour les cadres et ingénieurs que pour les employés, techniciens et agents de maîtrise ou celles prévues par la convention collective nationale des industries chimiques octroyant une prime d'ancienneté aux seuls ouvriers.

Dans plusieurs arrêts du 8 juin 2016, promis à une large publication, la Haute Juridiction étend cette solution aux avantages conventionnels accordés aux salariés occupant des fonctions distinctes au sein d'une même catégorie professionnelle. Autrement dit, l'existence de fonctions différentes, auxquelles un accord collectif rattache des avantages particuliers, peut suffire à justifier une dérogation au principe de l'égalité de traitement.

En l'espèce, la convention collective du Crédit agricole prévoyait l'octroi d'un avantage logement et d'une indemnité de résidence, non pas à l'ensemble des cadres, mais seulement à une partie d'entre eux, à savoir ceux occupant les fonctions de chefs d'agence bancaire ou de cadres de direction. Ces stipulations sont validées.

Cette jurisprudence a comme principale conséquence d'inverser la charge de la preuve. Ainsi, dans cette situation, il n'appartient plus à l'employeur de démontrer que la différence de traitement repose sur des critères objectifs et pertinents, puisqu'il bénéficie de la présomption de justification, mais il revient à celui qui conteste l'avantage en cause (salarié, organisation syndicale, etc.) de prouver que cette différence est étrangère à toute considération de nature professionnelle.

Dans cette affaire, les juges du fond ont constaté que les avantages en cause avaient pour objectif de prendre en compte les spécificités des fonctions de chefs d'agence et de cadres de direction. Il en résultait que la différence de traitement n'était pas étrangère à des considérations professionnelles.

Par cette décision, la Cour de cassation confirme le poids qu'elle entend donner aux partenaires sociaux en la matière.

Ainsi, dans sa notice accompagnant la publication sur son site des arrêts du 8 juin 2016, elle précise d'ailleurs que les *négociateurs sociaux, agissant par délégation de la loi, doivent disposer, dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement, d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur dans le contrôle qu'il exerce sur le respect par celui-ci du principe constitutionnel d'égalité.*



**A savoir :** la différence de traitement opérée par voie de convention ou d'accord collectif entre salariés d'une même catégorie professionnelle, mais occupant des fonctions distinctes, est présumée justifiée au regard du principe de l'égalité de traitement

## **Mutation intra ou inter groupe : la rupture conventionnelle n'est pas applicable**

*Cass. Soc., 8 juin 2016 : n° 15-17.555*

Par un arrêt destiné à une très large publication, la Cour de cassation se prononce sur les conventions tripartites qui prévoient le transfert du contrat de travail d'un employeur à un autre (autrement appelée mobilité inter ou intra groupe) au regard de la rupture conventionnelle.

Dans la mesure où ces conventions prévoient d'abord la rupture d'un commun accord du contrat de travail initial avec le premier employeur, puis la conclusion d'un nouveau contrat avec un autre employeur, la question se posait de savoir si les parties devaient respecter la procédure de rupture conventionnelle. En effet, il a été jugé que cette dernière est obligatoire en cas de rupture par accord des parties, sauf exceptions prévues par la loi (Cass. Soc, 15 octobre 2014 : n° 11-22.251).

La Cour de Cassation répond à cette question par la négative en jugeant que les dispositions de l'article L 1237-11 du code du travail relatives à la rupture conventionnelle ne sont pas applicables à une convention tripartite conclue entre un salarié et deux employeurs successifs ayant pour objet d'organiser, non pas la rupture, mais la poursuite du contrat de travail.

En effet, les conventions tripartites qui opèrent le transfert du contrat de travail d'un salarié d'un employeur vers un autre ont pour but de garantir à l'intéressé la continuité de la relation de travail, alors que la rupture conventionnelle ne peut s'appliquer qu'en cas de rupture du contrat de travail entraînant la perte définitive de l'emploi. Cette procédure n'est donc pas applicable en cas de mobilité inter ou intra groupe.

Pour autant, la jurisprudence précitée du 15 octobre 2014 prévoyant que la rupture du contrat de travail par accord des parties ne peut intervenir que dans le cadre d'une rupture conventionnelle n'est pas remise en cause, puisque justement, en cas de transfert, la relation de travail continue.



**A savoir :** *la rupture conventionnelle n'est pas applicable à la convention tripartite conclue, dans le cadre d'une mobilité intra ou inter groupe, entre un salarié et deux employeurs successifs ayant pour objet d'organiser la poursuite de la relation de travail*

## **Heures de délégation : les frais professionnels non engagés ne sont pas payés**

*Cass. Soc., 1<sup>er</sup> juin 2016 : n°15-15202*

Plusieurs salariés, agents de conduite, titulaires de mandats au sein des différentes instances représentatives de leur société, ont saisi le juge soutenant avoir été victimes de discrimination syndicale. En effet, ils reprochaient à leur employeur de ne pas avoir maintenu le paiement de frais professionnels - habituellement versés sous la forme d'une allocation forfaitaire - lorsqu'ils utilisaient leurs heures de délégation.

La question qui se pose en l'espèce, est de savoir si les heures de délégation donnent droit au remboursement de frais professionnels non engagés mais habituellement payés sous la forme d'une allocation forfaitaire.

Si un délégué syndical ou un représentant du personnel ne peut être privé, du fait de l'exercice de ses mandats, du paiement d'une indemnité compensant une sujétion particulière de son emploi qui constitue un complément de salaire, il ne peut, en revanche, réclamer le paiement de sommes correspondant au

remboursement de frais professionnels qu'il n'a pas exposés.

Les salariés n'étaient donc pas fondés à réclamer le paiement de frais qu'ils n'avaient pas engagés, ni à réclamer des indemnités pour discrimination syndicale.

Le salarié délégué syndical ou représentant du personnel (membre du CE, délégué du personnel, représentant au CHSCT ...) a droit au maintien de sa rémunération lorsqu'il utilise ses heures de délégation.

En effet, lorsqu'il exerce son mandat et qu'il utilise ses heures de délégation, il est payé comme s'il travaillait. Il ne doit pas subir de perte de salaire en raison de l'utilisation de son crédit d'heures.

En fonction des circonstances, tous les éléments qui constituent sa rémunération habituelle ne doivent pas lui être versés.

Ainsi, par maintien de salaire il faut entendre notamment :

- le salaire de base qu'il perçoit pour chaque heure qu'il aurait dû travailler ;
- les différentes primes et indemnités forfaitaires qui complètent le salaire de base et qui compensent une sujétion particulière liée à l'emploi. Par exemple, si le salarié perçoit chaque mois une prime de douche, en raison de l'activité particulièrement salissante exercée, il continue de la percevoir pour les journées pendant lesquelles il utilise ses heures de délégation, même s'il n'effectue aucun travail salissant (Cass. Soc., 2 juin 1992, n° 88-45662).

En revanche, certaines indemnités ou primes, même si elles ont un caractère forfaitaire, ne sont pas versées lorsque le représentant du personnel utilise ses heures de délégation.

C'est le cas des frais professionnels qu'il ne supporte pas (car il exerce son mandat et qu'il ne travaille pas) : ils ne lui sont pas remboursés puisqu'il n'a engagé aucun frais.

Dans cette affaire, les juges ont refusé les arguments des salariés au motif que les allocations :

- avaient pour objet de compenser forfaitairement les frais supplémentaires engagés par les agents de conduite à l'occasion de leur service en cas de déplacements liés à la conduite d'un train ou lorsqu'ils restent en réserve à disposition dans un local dédié, prêts à partir pour remplacer immédiatement un conducteur prévu mais absent ;
- n'étaient pas versées aux agents de conduite en service facultatif, non inclus dans un roulement et qui se trouvent disponibles à leur domicile, de sorte que les intéressés, non inclus dans le roulement, lors de l'utilisation de leurs heures de délégation ne pouvaient comparer leur situation à celle des agents restant en réserve à disposition.



**A savoir :** *l'utilisation des heures de délégation n'entraînent aucune perte de rémunération. Toutefois, le salarié qui utilise son crédit d'heures ne peut pas demander le remboursement de frais professionnels qu'il n'a pas engagés*

## **Harcèlement : la responsabilité de l'employeur peut être écartée s'il a tout fait pour l'éviter**

*Cass. Soc., 1<sup>er</sup> juin 2016 : n° 14-19.702*

La chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît à l'employeur la possibilité, à certaines conditions, de s'exonérer de sa responsabilité lorsqu'un salarié est victime de harcèlement, dans la ligne d'une décision récente. En effet, dans un arrêt de novembre 2015, elle a infléchi sa jurisprudence relative à l'étendue de l'obligation de l'employeur en matière de santé et de sécurité au travail.

Alors que depuis 2002 elle considérait que l'employeur était tenu envers le salarié d'une obligation de sécurité de résultat et que sa responsabilité était engagée dès qu'un risque d'atteinte à la santé et à la sécurité était avéré (Cass. Soc., 28 février 2002 : n° 00-11.793), elle a décidé que sa responsabilité n'était pas engagée s'il justifiait avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L 4121-1 et L 4121-2 du code du travail (Cass. Soc., 25 novembre 2015 : n° 14-24.444).

#### **Article L 4121-1**

*L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.*

*Ces mesures comprennent :*

- 1° Des actions de prévention des risques professionnels ;*
- 2° Des actions d'information et de formation ;*
- 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.*

*L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.*

#### **Article L 4121-2**

*L'employeur met en œuvre les mesures prévues à l'article L 4121-1 sur le fondement des principes généraux de prévention suivants :*

- 1° Éviter les risques ;*
- 2° Évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;*
- 3° Combattre les risques à la source ;*
- 4° Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ;*
- 5° Tenir compte de l'état d'évolution de la technique ;*
- 6° Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;*
- 7° Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article L 1152-1 ;*
- 8° Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;*
- 9° Donner les instructions appropriées aux travailleurs.*

La question se posait de savoir si cette solution serait étendue en matière de harcèlement moral, la Cour de cassation jugeant que l'employeur manque à son obligation de sécurité de résultat dès qu'un salarié est victime de harcèlement moral ou sexuel même s'il n'a commis aucune faute (Cass. Soc., 21 juin 2006 : n° 05-43.914) et peu important qu'il ait pris les mesures nécessaires pour faire cesser ces agissements dès qu'il en a eu connaissance (Cass. Soc., 3 février 2010 : n° 08-44.019).

L'arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2016 destiné à une large publication y répond donc par l'affirmative.

Cet arrêt affirme, dans un attendu de principe, que l'employeur ne méconnaît pas son obligation de protection de la santé des salariés, notamment en matière de harcèlement moral, s'il justifie :

- avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par les articles L 4121-1 et L 4121-2 du code du travail (mesures de prévention des risques, formation et information du personnel, mise en place d'une organisation et de moyens adaptés, en respectant les principes généraux de prévention) ;
- et avoir pris toutes les mesures immédiates propres à faire cesser le harcèlement dès qu'il a été informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral.



Cette solution devrait s'appliquer également en cas de harcèlement sexuel.

Cette solution est toutefois très exigeante à l'égard de l'employeur concernant les mesures de prévention qu'il doit justifier avoir mis en œuvre pour éviter l'apparition de harcèlement moral.

Dans cette affaire, la cour d'appel avait écarté la responsabilité de l'employeur à l'égard du salarié victime de harcèlement moral de la part d'un collègue et débouté en conséquence de ses demandes de résiliation judiciaire de son contrat et de dommages et intérêts fondées sur ce harcèlement. Elle considérait en particulier qu'un dispositif de prévention du harcèlement moral, compte tenu de la nature de tels faits, ne pouvait pas avoir d'autre objet que celui de faciliter les alertes par les salariés qui s'estiment victimes de tels faits, auprès de l'employeur ou par l'intermédiaire des représentants du personnel. L'employeur ayant en l'espèce inséré une procédure d'alerte en matière de harcèlement moral dans le règlement intérieur, il avait, pour les juges du fond, satisfait à son obligation de prévention.

Pour la Cour de cassation, ce n'est pas suffisant : notamment, souligne-t-elle, l'employeur ne justifie pas avoir mis en œuvre des actions de formation et d'information propres à prévenir la survenance de harcèlement moral, conformément au 2° de l'article L 4121-1 du code du travail.

L'accent est mis sur la formation et l'information du personnel comme principale mesure à même de prévenir l'apparition de harcèlement. En effet, sensibiliser les salariés, et en particulier ceux exerçant des fonctions d'encadrement, à la problématique du harcèlement au travail, leur permettrait de pouvoir reconnaître et éviter d'adopter des comportements susceptibles de dégénérer en harcèlement.

Cette solution devrait inciter les entreprises à développer des actions de prévention de l'apparition du harcèlement. Seuls les employeurs ayant mis en place des pratiques très vertueuses en matière de prévention du harcèlement et de réaction au signalement de tels agissements pourront prouver avoir respecté leur obligation légale et voir écartée leur responsabilité civile.



**A savoir :** *la responsabilité de l'employeur en cas de harcèlement n'est plus systématique ; elle peut être écartée s'il a pris toutes les mesures de prévention lui incombant, puis toutes mesures propres à mettre fin à ces agissements dès qu'il en a été avisé*

## **Nécessité de prouver le préjudice résultant de l'annulation d'une clause de non-concurrence**

*Cass. Soc., 25 mai 2016 : n° 14-20578*

Si la clause de non-concurrence est annulée, la jurisprudence a admis l'attribution d'une indemnité puisque cette nullité cause nécessairement un préjudice. Pourtant, la Cour de Cassation a opéré un revirement en venant exiger du salarié qu'il rapporte la preuve de son préjudice pour être indemnisé.

Un salarié, engagé en qualité de démarcheur, prend acte de la rupture de son contrat de travail le 27 octobre 2010, après avoir été convoqué à un entretien préalable à licenciement.

Son contrat de travail contenait une clause de non-concurrence, dépourvue de contrepartie financière. C'est pourquoi le salarié a saisi le juge afin d'obtenir l'annulation de cette restriction à sa liberté de travailler.

Il obtient l'annulation de cette clause, jugée illicite par la Cour d'appel. Cependant, la décision des juges n'est pas accompagnée par l'allocation de dommages et intérêts, puisque la juridiction d'appel considère que le salarié n'a subi aucun préjudice. En effet, celui-ci a exercé, postérieurement à la rupture, une activité concurrente à celle de son ancien employeur, ce qui était précisément interdit par la clause de

non-concurrence.

Le salarié se pourvoit alors en Cassation au motif que la nullité de la clause de non-concurrence lui avait nécessairement causé un préjudice devant être réparé par une indemnité.

La Cour de Cassation réaffirme le principe selon lequel l'existence et l'évaluation d'un préjudice relèvent du pouvoir souverain des juges du fond. Or ici la Cour d'appel estime que le salarié n'a subi aucun préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence.

En effet, aucune preuve d'un quelconque préjudice n'a été apportée par le salarié, d'autant plus que celui-ci n'a pas été empêché de travailler puisqu'il a, postérieurement à la rupture, exercé une activité concurrente à celle de son employeur.

Sa demande en réparation est donc rejetée par les Juges Suprêmes.

Pour que la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de travail d'un salarié soit valable, elle doit répondre à un certain nombre de conditions cumulatives, le cas échéant, elle sera inapplicable.

L'une des conditions de validité d'une telle clause est l'existence d'une contrepartie financière, versée à la rupture du contrat afin de compenser la restriction apportée par l'employeur à la liberté de travailler du salarié.

Ce qui signifie qu'une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière sera non seulement frappée de nullité (Cass. Soc., 10 juillet 2002 : n° 00-45135), mais elle aura aussi un impact sur la situation du salarié qui ne sera pas tenu de respecter l'obligation de non-concurrence prévue par celle-ci (Cass. Soc., 22 septembre 2010 : n° 08-43381).

Cette contrepartie ne doit pas être dérisoire, le cas échéant, elle sera considérée comme inexistante (Cass. Soc., 15 novembre 2006 : n° 04-46721).

Si l'employeur oublie (ou refuse) de verser cette contrepartie, le salarié ne sera donc pas soumis à l'obligation de non-concurrence. Il pourra également adresser un courrier à l'employeur pour ce motif.

Jusqu'alors, lorsqu'une clause de non-concurrence était annulée en raison de l'absence de contrepartie financière, le salarié pouvait prétendre à des dommages et intérêts (Cass. Soc., 16 mai 2012 : n° 11-10760).

En effet, le salarié, limité dans sa recherche d'emploi en application d'une clause de non-concurrence, n'était pas indemnisé pour cette restriction apportée à sa liberté de travailler. Il s'astreignait donc à respecter une obligation - ici le respect d'une clause de non-concurrence - illicite, puisque dépourvue de contrepartie financière.

La jurisprudence était donc constante en la matière : cette situation causait nécessairement un préjudice au salarié qui devait être réparé (Cass. Soc., 22 septembre 2010 : n° 08-43716 ; Cass. Soc., 15 février 2011 : n° 09-73005 ; Cass. Soc., 30 mars 2011 : n° 09-70306).

Ce préjudice était automatiquement reconnu, en cas de non-respect des conditions de validité de la clause de non-concurrence par l'employeur (Cass. Soc., 22 mars 2006 : n° 04-45546).

Le salarié pouvait donc prétendre à une indemnité sans avoir à établir la nature ou l'étendue de son préjudice (Cass. Soc., 12 janvier 2011 : n° 08-45280) puisque c'est le juge qui appréciait cela.

Cependant, avec cet arrêt, la Cour de Cassation effectue un virage à 180 degrés. Dans la même veine que

son précédent arrêt du 13 avril 2016 (14-28293), elle refuse d'admettre l'automaticité du préjudice subi par le salarié.

En effet, elle vient dire que le salarié qui demande le versement d'une indemnité, réparant l'annulation d'une clause de non-concurrence, devra apporter la preuve de son préjudice.

L'indemnisation accordée relèvera alors du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Pour pouvoir prétendre à une indemnisation financière, le salarié pourra, par exemple, justifier son préjudice par le respect de l'obligation de non-concurrence durant un certain temps : il obtiendra alors un dédommagement de son préjudice, mais seulement pour la durée durant laquelle il a respecté l'obligation de non-concurrence (Cass. Soc., 6 avril 2011 : n° 09-67498).



**A savoir :** dans le cadre d'une clause de non concurrence non indemnisée, la Cour de Cassation refuse d'admettre l'automaticité du préjudice subi par le salarié : c'est à celui-ci de prouver l'étendue de son préjudice

### **Annulation des élections professionnelles : l'urne non transparente n'est pas un motif valable**

*Cass. Soc., 24 mai 2016 : n° 15-20541*

L'urne mise en place pour les élections professionnelles n'a pas à être transparente, contrairement à ce qu'impose le code électoral. Un syndicat ne peut donc pas demander l'annulation des élections qui ont été organisées dans l'entreprise au motif que l'urne n'était pas transparente.

En l'espèce, un syndicat a saisi le Tribunal d'instance afin de faire annuler les élections des membres de la délégation unique du personnel (DUP). Au cours des élections, l'employeur avait mis en place des urnes électorales non transparentes, ce qui constituait une irrégularité au regard des principes généraux du droit électoral, selon le syndicat.

Pour les juges, en matière d'élections professionnelles, l'utilisation d'une urne non transparente ne constitue pas une violation d'un principe général du droit électoral.

Le code électoral définit les modalités des opérations de vote, dans le cadre des différentes élections auxquelles les citoyens sont amenés à participer (élections des députés, des conseillers départementaux ou encore des conseillers municipaux).

Lors de ces élections, il doit être mis en place des urnes transparentes. Le code électoral précise en outre que cette urne doit être fermée par 2 serrures dissemblables dont les clés sont remises à 2 personnes différentes.

En ce qui concerne les élections organisées au sein de l'entreprise, le code du travail précise qu'elles doivent respecter les principes généraux du droit électoral, c'est-à-dire que l'élection doit respecter la liberté du scrutin et la sincérité du scrutin.

Pour autant, cela signifie-t-il que l'urne destinée à recevoir les bulletins de vote des salariés dans le cadre des élections professionnelles doit être transparente ?

Non, selon les juges qui estiment que l'utilisation d'une urne non transparente pour les élections professionnelles ne constitue pas une violation d'un principe général du droit électoral, et donc pas un motif de contestation des élections.

Lorsque des élections ont lieu au sein de l'entreprise, il est important de vérifier que l'employeur :

- fournisse des bulletins de vote aux électeurs, en nombre suffisant, séparés pour les titulaires et les suppléants, ainsi que des enveloppes (articles L 2314-21 et L 2324-19 du code du travail) ;
- mette à disposition des salariés qui votent des isolements (puisque l'élection doit avoir lieu sous scrutin secret). Il est à noter que le scrutin est régulier même si certains électeurs ont choisi de ne pas s'isoler pour voter (Cass. Soc., 11 juin 1986 : n° 85-60640) ;
- installe des urnes séparées pour les titulaires et les suppléants ;
- mette à disposition du bureau de vote des listes d'émargement permettant de constater le vote de chaque électeur.



**A savoir :** *pour les juges de la Cour de Cassation, en matière d'élections professionnelles, l'utilisation d'une urne non transparente ne constitue pas une violation d'un principe général du droit électoral*

### **Pour décider de stopper le recours massif à l'intérim il faut avoir consulté le comité d'entreprise**

*Cass. Crim., 10 mai 2016 : n° 14-85.318*

Une société employant 600 salariés dont 120 intérimaires avait annoncé que les contrats de travail temporaire ne seraient pas reconduits. L'inspecteur du travail avait dressé deux procès-verbaux :

- le premier pour recours abusif au travail temporaire,
- le second pour entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise, faute de consultation préalable à l'arrêt du recours au travail temporaire.

La cour d'appel avait sanctionné pénalement la société pour ces deux infractions.

Les contrats de mission conclus avec des salariés temporaires, quel que soit leur motif, ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice (article L 1251-5).

#### **Article L 1251-5**

*Le contrat de mission, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice.*

En cas de non-respect de cette disposition, le salarié temporaire peut faire valoir les droits correspondants à un contrat à durée indéterminée auprès de l'entreprise utilisatrice (article L 1251-40).

#### **Article L 1251-40**

*Lorsqu'une entreprise utilisatrice a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en méconnaissance des dispositions des articles L 1251-5 à L 1251-7, L 1251-10 à L 1251-12, L 1251-30 et L 1251-35, ce salarié peut faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits correspondant à un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission.*

Mais cette dernière peut également se voir condamnée sur le plan pénal en application de l'article L 1255-3 du code du travail, comme l'illustre l'arrêt rendu le 10 mai 2016 par la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Selon l'article L 1255-3 du code du travail, le fait pour l'entreprise utilisatrice de conclure un contrat de mise à disposition ayant pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise est puni d'une amende de 3 750 €. La récidive est punie d'un emprisonnement de 6 mois et d'une amende de 7 500 €.

### **Article L 1255-3**

*Le fait pour l'utilisateur de conclure un contrat de mise à disposition ayant pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, en méconnaissance de l'article L 1251-5, est puni d'une amende de 3.750 €.*

*La récidive est punie d'un emprisonnement de 6 mois et d'une amende de 7.500 €.*

Pour condamner l'employeur pour recours abusif au travail temporaire, la cour d'appel avait notamment relevé les points suivants :

- la proportion de salariés temporaires dans l'entreprise n'avait fait que croître au cours des 2 années litigieuses et avait atteint le seuil de 50 % dans certains secteurs de l'entreprise ;
- au cours de ces seules années, 6 332 contrats avaient été conclus avec 758 salariés temporaires et la durée de ces contrats était généralement calquée sur les programmes hebdomadaires de l'entreprise ;
- la quasi-totalité de ces contrats concernait des emplois non qualifiés et les salariés temporaires les plus expérimentés assuraient eux-mêmes la formation des nouveaux ;
- il n'était pas établi que l'activité de la société ait augmenté au cours des 2 années concernées ;
- les 3 027 contrats passés au cours de la même période afin de pourvoir au remplacement de salariés absents s'appliquaient tant à des absences accidentelles et imprévisibles qu'à celles résultant du fonctionnement normal et permanent de l'entreprise comme les congés et les périodes de formation.

La Cour de cassation approuve les juges du fond ayant conclu, au vu de ces éléments, que l'entreprise avait détourné le cadre légal définissant les conditions de recours au travail temporaire en érigeant, de manière délibérée, le recours massif à l'intérim en un mode habituel de gestion. Elle précise que les juges du fond n'avaient pas à analyser chacun des contrats conclus pour vérifier qu'il avait bien pour objet ou effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

L'article L 2323-6 (devenu L 2323-1) du code du travail impose d'informer et consulter le comité d'entreprise sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs.

Pour la cour d'appel, la décision d'arrêter de recourir à l'intérim devait donc en l'espèce être précédée de la consultation du comité d'entreprise pour deux raisons essentielles : d'une part, elle concernait plus de 120 intérimaires, d'autre part, elle était intervenue alors que depuis plusieurs années la société avait recouru massivement à l'intérim pour pourvoir durablement des emplois liés à son activité normale et permanente.

Le premier point n'était pas contesté par la société. Si la consultation du comité d'entreprise ne s'impose que pour les mesures d'une certaine importance (Cass. Crim., 2 juin 1992 : n° 91-86-979), il lui aurait en effet été difficile de soutenir qu'une mesure affectant directement 120 intérimaires n'entrait pas dans ce cadre.

En revanche, sur le second point, la société mettait en avant un moyen qui mérite attention. Selon elle, les salariés mis à sa disposition dans le cadre de contrats de travail temporaire n'entraient pas dans ses effectifs. Il ne pouvait donc pas lui être reproché d'avoir manqué à son obligation de consulter le comité d'entreprise sur une mesure affectant le volume ou la structure de l'effectif.

Mais ce moyen est rejeté par la Cour de cassation car, en raison de leur caractère abusif, les contrats de travail temporaire devaient être considérés comme des contrats de travail à durée indéterminée. Leur suppression constituait donc bien une mesure affectant les effectifs.



**A savoir :** la société qui recourt massivement à l'intérim pour pourvoir durablement des emplois liés à son activité normale et permanente doit consulter le comité d'entreprise avant de décider de ne plus recruter d'intérimaires à l'échéance des contrats en cours

## **L'employeur qui accède à la messagerie personnelle du salarié viole le secret des correspondances**

*Cass. Soc., 7 avril 2016 : n° 14-27.949*

Même installée sur l'ordinateur mis à sa disposition par l'entreprise pour les besoins de son travail, la messagerie personnelle du salarié est couverte par le secret des correspondances. Ce principe est une nouvelle fois rappelé par la chambre sociale de la Cour de cassation (voir déjà en ce sens Cass. Soc., 26 janvier 2016 : n° 14-15.360).

Les courriels personnels du salarié sont couverts par le secret des correspondances, même au temps et au lieu de travail (Cass. Soc., 2 octobre 2001 : n° 99-42.942). Avec toutefois la distinction suivante : si le salarié utilise la messagerie professionnelle de l'entreprise, il doit assurer lui-même la protection de ses courriels privés en les identifiant comme personnels. A défaut, l'employeur peut librement consulter tout ce qui transite par la messagerie professionnelle (voir, par exemple, Cass. Soc., 18 octobre 2011 : n° 10-26.782).

Mais cette précaution n'a pas lieu d'être pour les courriels reçus ou transmis via une messagerie personnelle du salarié. En effet, les messages qu'elle contient sont par nature couverts par le secret des correspondances.

Au vu de ces principes, destinés à assurer un équilibre entre les droits respectifs des parties au contrat de travail, un employeur a donc tort de considérer que l'utilisation d'un ordinateur professionnel pour ouvrir une messagerie personnelle lui donne un droit de regard sur le contenu de cette dernière.

Aussi la cour d'appel ne pouvait, comme en l'espèce, refuser d'examiner si l'employeur ne s'était pas procuré un courriel contenu dans la boîte électronique personnelle du salarié, violant ainsi le secret des correspondances, au motif qu'il s'agissait d'une boîte installée sur l'ordinateur professionnel de l'intéressé, qu'elle avait été ouverte dans l'intérêt de l'entreprise et en raison d'une absence prolongée de celui-ci, et que le caractère personnel du message consulté ne ressortait ni de son intitulé ni de son contenu.

**Remarque :** les mails sont protégés s'ils sont seulement consultés sur l'ordinateur professionnel. Si le salarié les enregistre ensuite sur le disque dur de son ordinateur de travail, ils deviennent accessibles à l'employeur, hors la présence de l'intéressé, sauf à être stockés dans un fichier identifié comme personnel (Cass. Soc., 19 juin 2013 : n° 12-12.138)

Dans le même esprit, la première chambre civile de la Cour de cassation a récemment admis qu'un avocat manque au principe de délicatesse édicté par le règlement intérieur national de la profession en consultant et en produisant devant la commission de conciliation des mails échangés par 2 collaboratrices libérales sur leur messagerie personnelle, peu important qu'elles y aient accédé au moyen de leur ordinateur professionnel.

Peu importait en outre que cette messagerie ait été laissée ouverte sur le poste de travail de l'une d'elles. L'avocat ne pouvait déduire de l'absence de fermeture de la messagerie, le consentement de sa collaboratrice à ce qu'il en consulte le contenu hors de sa présence (Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 17 mars 2016 : n° 15-14.557).



**A savoir :** *l'employeur ne peut pas consulter la messagerie personnelle d'un salarié, même si elle est installée sur l'ordinateur mis à la disposition de ce dernier pour les besoins de son travail*