



## Textes législatifs et réglementaires

### ► TPE : Commissions paritaires régionales interprofessionnelles

L'arrêté du 1<sup>er</sup> juin 2017, portant attribution des sièges de membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles pour le mandat 2017-2021, est paru au *JO* du 15 juin. Un rectificatif a été publié au *JO* du 16 juin.

## Jurisprudence

### ► QPC sur la loi « Travail » (contentieux FO)

Le Conseil d'Etat a décidé, le 14 juin 2017, de transmettre une QPC, soulevée par la Confédération FO, au Conseil Constitutionnel portant sur deux points précis de la loi du 8 août 2016 (CE, 14-6-17, n° 406987 et n° 406990) :

- L'employeur peut mettre en place, de manière unilatérale, une répartition sur plusieurs semaines de la durée du travail, dans la limite de neuf semaines pour les entreprises employant moins de 50 salariés et de quatre semaines pour les entreprises de 50 salariés et plus (L 3121-45 du code du travail). Pour le Conseil d'Etat, présente un caractère sérieux la question de savoir si, en prévoyant des règles supplétives d'aménagement du temps de travail différentes selon le nombre de salariés de l'entreprise, ces dispositions portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ;
- L'article 8 de la loi du 8 août 2016 renvoie au contrat de travail la fixation de la rémunération des temps de restauration et de pause, ainsi que la détermination des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage. Il renvoie également à la décision de l'employeur, après consultation du comité d'entre-prise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent, la définition des contreparties au temps de déplacement professionnel lorsqu'il excède le temps normal de trajet. Pour le Conseil d'Etat, présente un caractère sérieux la question de savoir si, en renvoyant ainsi au contrat de travail ou à la décision unilatérale de l'employeur la définition de ces contreparties, ces dispositions portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

FO invoquait une violation de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958.

En revanche, le Conseil d'Etat a refusé de transmettre au Conseil Constitutionnel la QPC qui visait à remettre en cause l'article 8 dans son entier en ce qu'il a institué une architecture en 3 niveaux (l'ordre public auquel on ne peut déroger, le champ de la négociation d'entreprise et enfin les dispositions supplétives applicables en l'absence d'accord).

Pour le Conseil d'Etat, il est loisible au législateur de laisser à la négociation collective, y compris lorsqu'elle prend la forme d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement, le soin de préciser les modalités concrètes d'application

des principes fondamentaux du droit du travail et de prévoir, qu'en l'absence de convention collective, s'appliquent, soit les règles qu'il détermine à titre supplétif, soit des modalités d'application fixées par décret, dès lors que le législateur exerce pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution.

Si les dispositions de l'article 8 de la loi du 8 août 2016, en procédant ainsi qu'il a été dit, n'établissent par elles-mêmes, aucune différence de traitement entre les entreprises, elles permettent l'application aux salariés de règles qui peuvent être différentes selon l'entreprise ou l'établissement qui les emploie. Une telle éventualité, qui découle de la mise en œuvre au niveau de l'entreprise ou de l'établissement du principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail, n'est susceptible de porter atteinte au principe d'égalité que lorsque le législateur méconnaît l'étendue de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution en n'assortissant pas le renvoi à la négociation collective de garanties légales suffisantes.

Si FO soutient qu'en élargissant le champ de la négociation collective, les dispositions de l'article 8 de la loi du 8 août 2016 privent de portée le principe d'égalité, elles ne précisent pas en quoi, pour chacune des matières qu'elles traitent, le législateur aurait défini de façon insuffisamment précise les conditions de mise en œuvre des principes qu'il a fixés et aurait ainsi méconnu l'étendue de sa compétence. Par suite, la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux en tant qu'elle est dirigée contre l'article 8 en son entier.

### ► Participation aux résultats de l'entreprise et prise en compte des CDD

Pour la mise en place de la participation aux résultats, la Cour de cassation, dans une décision du 1<sup>er</sup> juin 2016, vient de préciser les règles de prise en compte des CDD dans le calcul de l'effectif : « pour l'appréciation du seuil d'effectifs, la règle issue de l'ordonnance n°2004-602 du 24 juin 2004 avait vocation à s'appliquer, à savoir l'article L. 620-10 du code du travail devenu L. 1111-2 du même code, selon lequel sont notamment pris en compte au prorata de leur temps de présence au cours des douze mois précédents, les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, sauf s'ils remplacent un salarié absent, la cour d'appel en a exactement déduit que la période de référence s'entendait des douze mois précédant immédiatement la date concernée pour calculer mois par mois les effectifs, peu important



qu'à la fin du mois où s'effectue le décompte, le contrat de travail des salariés en contrat à durée déterminée ait pris fin » (Cass. soc., 1-6-17, n°16-16779).

### ► **Préretraite prévue par un accord collectif et discrimination**

Ne constitue pas une mise à la retraite, la rupture du contrat de travail d'un salarié qui, ayant adhéré à un dispositif conventionnel de cessation d'activité, part à la retraite à l'issue de la période de pré-retraite définie par l'accord collectif. Il en résulte que le salarié ayant personnellement adhéré au dispositif de cessation d'activité ne peut remettre en discussion la régularité et la légitimité de la rupture de son contrat de travail, à moins d'établir une fraude de son employeur ou l'existence d'un vice du consentement. Le principe de non-discrimination en raison de l'âge n'est pas applicable à la rupture d'un contrat de travail résultant de l'adhésion volontaire d'un salarié à un dispositif de pré-retraite prévu par un accord collectif (Cass. soc., 1-6-17, n°15-23580).

### ► **Mandat extérieur à l'entreprise et information du liquidateur judiciaire**

Il appartient au salarié qui se prévaut d'une protection en raison d'un mandat extérieur à l'entreprise, d'établir qu'il a informé le liquidateur de l'existence de ce mandat, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, ou, s'il s'agit d'une rupture ne nécessitant pas un entretien préalable, au plus tard avant la notification de l'acte de rupture, ou que le liquidateur en avait connaissance.

En l'espèce, la salariée n'avait pas informé le liquidateur, lors de l'entretien préalable, de l'existence de son mandat de conseiller prud'homme. Elle n'établissait pas que ce dernier en avait connaissance ; le liquidateur justifiait au contraire que l'employeur avait omis de l'en informer. La cour d'appel en a ainsi exactement déduit que la salariée ne pouvait pas se prévaloir de la protection attachée à son mandat (Cass. soc., 1-6-17, n°16-12221).

### ► **Prise d'acte, procédure courte devant le CPH et QPC**

Un employeur a posé la QPC suivante : « *L'article L. 1451-1 du code du travail (affaire portée directement devant le bureau de jugement) porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution en ce qui concerne les droits de la défense et le droit des parties à un procès équitable ?* ».

La Cour de cassation refuse de transmettre la QPC au Conseil Constitutionnel car la question n'est pas sérieuse : « *la partie qui saisit la juridiction prud'homale d'une demande de qualification de la rupture du contrat de travail du salarié en raison de faits que celui-ci reproche à son employeur n'étant pas dans la même situation que la partie défenderesse et la différence de traitement qui résulte de l'article L. 1451-1 du code du travail est en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* » (Cass. soc., 1-6-17, n°17-40031).

### ► **Preuve du délit d'agression sexuelle commis à huis clos**

La Cour de cassation, dans une décision du 8 juin 2017, condamne un directeur d'hypermarché pour des faits d'agression sexuelle commis à huis clos sur une secrétaire de direction. Sur la preuve des faits commis à huis clos, le tribunal observe que

cette jeune femme avait tout à perdre à dénoncer de tels faits et rien à y gagner, qu'elle a d'ailleurs beaucoup perdu puisqu'elle se retrouve à 42 ans, seule avec deux enfants et sans travail, alors qu'elle jouissait d'une situation stable dans le même magasin depuis vingt ans, et manifestement appréciée de tous, étant observé que la qualité professionnelle du prévenu impliquait d'évidence la perte de cet emploi du seul fait de sa plainte à son encontre. Les témoignages recueillis auprès des autres salariées femmes du magasin, le décrivent comme un obsédé sexuel, irrespectueux des femmes et ayant des comportements et propos totalement déplacés et grossiers.

De telles circonstances permettent de retenir le délit d'agression sexuelle aggravé.

Le prévenu, président directeur général du groupe Hyper U dans lequel la salariée était employée comme secrétaire de direction, a imposé à celle-ci des gestes à caractère sexuel comportant un contact corporel, commis avec contrainte ou surprise.

Ces faits mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a caractérisé en tous ces éléments, tant matériels qu'intentionnels, le délit d'agression sexuelle commis par une personne abusant de l'autorité que lui confère sa fonction, dont elle a déclaré le prévenu coupable (Cass. crim., 8-6-17, n°16-81247).

### ► **Directeur d'usine et faute lourde**

Le salarié qui use de sa qualité de directeur d'usine pour s'attribuer le bénéfice d'une prime exorbitante représentant plus de six fois son salaire annuel, dont il connaissait l'impact sur l'entreprise et le caractère irrégulier de la fixation, commet un acte caractérisant une intention de nuire constitutif d'une faute lourde (Cass. soc., 2-6-17, n°15-28115).

### ► **Etat d'urgence : interdiction de séjour et liberté de manifestation**

Le Conseil d'Etat a décidé, dans une décision du 9 juin 2017, que l'interdiction de séjour prononcée dans le cadre de l'état d'urgence ne pouvait avoir pour effet d'interdire à une personne de se rendre dans un lieu pour exercer son droit de manifestation. Le législateur n'a soumis cette mesure d'interdiction de séjour, dont le périmètre peut notamment inclure le domicile ou le lieu de travail de la personne visée, à aucune autre condition et il n'a encadré sa mise en œuvre d'aucune garantie.

Dès lors, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit de mener une vie familiale normale. Par conséquent et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le 3° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 doit être déclaré contraire à la Constitution.

Le Conseil Constitutionnel note toutefois que l'abrogation immédiate du 3° de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 entraînerait des conséquences manifestement excessives. Afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il y a donc lieu de reporter la date de cette abrogation au 15 juillet 2017 (Décision n°2017-635, QPC du 9-6-17).



## FOCUS

### Les horaires individualisés : règles de fonctionnement

Des horaires individualisés, des horaires variables ou flexibles (tous ces termes désignant la même chose) peuvent être mis en place dans l'entreprise. La plupart du temps, ils comprennent une plage fixe (où la présence du salarié est obligatoire) et des plages mobiles (plages durant lesquelles les salariés sont libres de choisir leurs horaires). Les horaires individualisés peuvent être institués pour toute l'entreprise ou pour certains services uniquement.

Les horaires individualisés, permettant un report d'heures d'une semaine à une autre, peuvent être mis en place par l'employeur à la demande des salariés, l'employeur n'ayant toutefois aucune obligation de répondre favorablement à la demande des salariés. L'institution des horaires individualisés nécessite l'avis conforme du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent.

En d'autres termes, le CE ou les DP ne doivent pas s'y être opposés. Depuis la Loi « Travail », l'inspecteur du travail n'a plus à être préalablement informé. L'accord du CE ou des DP doit toujours être obtenu, même si le recours aux horaires individualisés est prévu par accord collectif. Les horaires individualisés ne peuvent être mis en place unilatéralement par l'employeur. A défaut, il s'agit d'un délit d'entrave.

Dans les entreprises ne disposant pas de représentants du personnel, l'inspecteur du travail doit autoriser la mise en place des horaires individualisés (en lisant strictement l'article L 3121-48 du code du travail, il ne semblerait plus que l'inspecteur doive préalablement avoir constaté l'accord du personnel, par référendum notamment). A noter que le silence gardé par l'inspection du travail pendant 30 jours vaut autorisation.

Un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, un accord de branche, peut prévoir les limites et les modalités du report d'heures d'une semaine à une autre. (art. L 121-51 du code du travail).

A défaut d'accord collectif, les limites et les modalités du report d'heures sont déterminées par décret. L'article R 3121-30 prévoit le report d'heures d'une semaine à l'autre ne peut excéder 3 heures et le cumul des reports ne peut avoir pour effet de porter le total des heures reportées à plus de 10.

Le principe des horaires individualisés fait qu'il peut y avoir un report d'heures d'une semaine à une autre. Ce report ne donne pas lieu au paiement d'heures supplémentaire : « *Les heures de travail effectuées au cours d'une même semaine au-delà de la durée hebdomadaire légale ou conventionnelle ne sont pas considérées comme des heures supplémentaires, pourvu qu'elles résultent d'un libre choix du salarié* ».

La mise en place d'horaires individualisés constitue un engagement unilatéral de l'employeur qui ne peut être dénoncé ou suspendu qu'après information des instances représentatives du personnel et des salariés dans un délai suffisant pour permettre d'éventuelles négociations.

L'administration relève que toute modification des règles établies lors de l'instauration des horaires individualisés nécessite l'accord du CE, ou à défaut, des DP. Cette règle ne s'applique pas lorsque l'employeur apporte aux horaires en vigueur, pour les besoins de l'entreprise, une modification ponctuelle ou individuelle n'affectant pas les conditions générales de travail.

A noter que le passage d'un horaire variable à un horaire fixe, et inversement, constitue une modification du contrat de travail.

Les salariés handicapés bénéficient, à leur demande d'un aménagement d'horaires individualisés propre à faciliter leur accès à l'emploi, leur exercice professionnel ou le maintien dans leur emploi.

Les aidants familiaux et les proches d'une personne handicapée bénéficient, dans les mêmes conditions, d'un aménagement d'horaires individualisés propre à faciliter l'accompagnement de cette personne.