

## Quinzaine du 1<sup>er</sup> au 15 février 2017

<b>Textes</b>	
<b>Création d'un congé d'engagement associatif</b>	<i>Article 10 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté</i>
<b>Chèques cadeaux des salariés : hausse du montant exonéré de cotisations en 2017</b>	<i>Arrêté du 5 décembre 2016 portant fixation du plafond de la sécurité sociale pour 2017</i>
<b>Application de la loi Travail</b>	
<b>Référendum d'entreprise : l'employeur peut-il signer un accord avec des syndicats minoritaires</b>	<i>Article 21 V de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels Décret n° 2016-1797 du 20 décembre 2016 relatif aux modalités d'approbation par consultation des salariés de certains accords d'entreprise</i>
<b>Les TPE peuvent aussi bénéficier de la négociation collective</b>	<i>Article 17 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels</i>
<b>Zoom</b>	
<b>Prime versée au salarié : quand devient-elle obligatoire ?</b>	
<b>Jurisprudence</b>	
<b>Une salariée peut contester les aveux que lui prête le compte rendu de l'entretien préalable</b>	<i>Cass. Soc., 1<sup>er</sup> février 2017 : n° 15-26145 D</i>
<b>Quand le salarié n'apporte pas assez d'éléments pour appuyer sa demande en paiement d'heures</b>	<i>Cass. Soc., 25 janvier 2017 : n° 15-28973 D Cass. soc., 25 janvier 2017 : n° 15-26502 D</i>
<b>Sanctionner un salarié qui persiste dans son comportement fautif</b>	<i>Cass. Soc., 19 janvier 2017 : n° 15-24404 D</i>
<b>Lettre du syndicat désignant un DS ou RSS dans un établissement</b>	<i>Cass. Soc., 18 janvier 2017 : n°16-13306</i>
<b>L'accord réduisant la durée des mandats des DP ou du CE est un accord de droit commun</b>	<i>Cass. Soc., 7 décembre 2016 : n°15-60.227 FS-PB</i>



## Textes



### Création d'un congé d'engagement associatif

#### *Article 10 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté*

Un nouveau congé destiné aux responsables associatifs bénévoles, aux membres des conseils citoyens et aux titulaires de mandats mutualistes autres qu'administrateurs est instauré par la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté publiée au *Journal officiel* du 28 janvier 2017.

#### **Article L 3142-54-1 nouveau**

*Un congé est accordé chaque année, à sa demande, sans condition d'âge :*

- 1° A tout salarié désigné pour siéger à titre bénévole dans l'organe d'administration ou de direction d'une association régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association ou inscrite au registre des associations en application du code civil local applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, déclarée depuis 3 ans au moins et dont l'ensemble des activités est mentionné au b du 1 de l'article 200 du code général des impôts, et à tout salarié exerçant à titre bénévole des fonctions de direction ou d'encadrement au sein d'une telle association ;*
- 2° A tout salarié membre d'un conseil citoyen dont la composition a été reconnue par le représentant de l'État dans le département dans les conditions prévues à l'article 7 de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, pour siéger dans les instances internes du conseil citoyen et participer aux instances de pilotage du contrat de ville, y compris celles relatives aux projets de renouvellement urbain ;*
- 3° A toute personne, non administrateur, apportant à une mutuelle, union ou fédération, en dehors de tout contrat de travail, un concours personnel et bénévole, dans le cadre d'un mandat pour lequel elle a été statutairement désignée ou élue.*

*Ce congé peut être fractionné en demi-journées.*

#### **Article L 3142-58-1 nouveau**

*Pour mettre en œuvre le droit à congé du salarié mentionné à l'article L 3142-54-1, une convention ou un accord d'entreprise ou, à défaut, un accord de branche peut fixer les conditions de maintien de la rémunération du salarié pendant la durée de son congé.*

Ce congé peut être accordé chaque année à tout salarié :

- membre de l'instance d'administration ou de direction d'une association d'intérêt général, déclarée depuis au moins 3 ans, qu'elle relève de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 ou du régime applicable en Alsace-Moselle ;
- exerçant à titre bénévole des fonctions de direction ou d'encadrement au sein d'une telle association ;
- non administrateur, bénévole, titulaire d'un mandat au sein d'une mutuelle ;
- membre d'un conseil citoyen.

La durée maximale du congé et les conditions de maintien de la rémunération pendant le congé sont déterminées par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou, à défaut, une convention ou un accord de branche.

À défaut de convention ou d'accord collectif, la durée maximale du congé est de 6 jours ouvrables par an et le congé est non rémunéré.

Un décret reste à paraître afin de fixer notamment le nombre maximal de salariés susceptibles de bénéficier de ce congé.

En outre, la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté modifie les conditions de participation des mineurs à une activité associative. En effet, il est désormais possible à tout mineur de moins de 16 ans, avec l'accord écrit préalable de son représentant légal :

- de participer à la constitution d'une association et être chargé de son administration ;
- d'accomplir tous les actes utiles à l'administration de l'association, à l'exception des actes de disposition.



### **Chèques cadeaux des salariés : hausse du montant exonéré de cotisations en 2017**

*Arrêté du 5 décembre 2016 portant fixation du plafond de la sécurité sociale pour 2017*

Le Comité d'entreprise et l'employeur peuvent décider d'offrir des cadeaux aux salariés. Il s'agit le plus souvent de bons d'achats ou de chèques cadeaux. Mais pour bénéficier des exonérations de cotisations sociales et pour éviter que ces montants ne soient inclus dans le revenu imposable des salariés, il faut respecter un plafond. Voici en 2017, le montant des chèques cadeaux ou bons d'achats que l'employeur peut offrir aux salariés de l'entreprise.

Au 1<sup>er</sup> janvier 2017, suite à l'évolution des salaires, le plafond annuel de sécurité sociale (PASS) a été relevé à 39 228 euros (contre 38 616 euros en 2016).

Ce plafond sert de référence pour calculer l'assiette des cotisations sociales sur le salaire ou encore pour vérifier les droits d'une personne à certaines aides sociales ou à d'autres dispositifs comme par exemple les indemnités journalières de la sécurité sociale.

Désormais, le montant des chèques cadeaux ou bons d'achats que peuvent recevoir les salariés sans entrer dans leur revenu imposable et sans qu'il entre dans l'assiette des cotisations sociales, s'élève à 163 euros (contre 161 euros l'an dernier).

Par principe, sont exonérés dans la limite de 163 euros par an et par salarié les chèques cadeaux ou bons d'achat distribués par l'employeur ou le CE.

Toutefois, il est possible de faire bénéficier de bons d'achats ou de chèques cadeaux pour un montant plus important à condition de respecter certaines conditions. Elles sont au nombre de 3 :

- l'attribution du chèque cadeau doit être en lien avec un événement spécifique : naissance ou adoption, mariage ou PACS, départ en retraite, fêtes des mères ou des pères, Sainte Catherine ou Saint Nicolas, Noël (pour les salariés et enfants jusqu'à 16 ans), la rentrée scolaire (pour les enfants âgés de moins de 26 ans) ;
- l'utilisation du bon doit être en lien avec l'événement pour lequel il est attribué : par exemple, le bon d'achats offert pour la rentrée scolaire ne peut pas être distribué en décembre alors que la rentrée scolaire a eu lieu en septembre ;
- le montant du chèque cadeau ne peut excéder le seuil de 5 % du plafond mensuel de la sécurité sociale par événement donc 163 euros en 2017

# Application de la loi Travail



## Référendum d'entreprise : l'employeur peut-il signer un accord avec des syndicats minoritaires

*Article 21 V de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*

*Décret n° 2016-1797 du 20 décembre 2016 relatif aux modalités d'approbation par consultation des salariés de certains accords d'entreprise*

*Il est désormais possible pour les chefs d'entreprises, et ce depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, de conclure un accord sur la durée du travail, les repos et les congés avec des syndicats minoritaires ayant recueilli plus de 30 % des voix. Néanmoins, faute de syndicat majoritaire, l'approbation à la majorité des salariés est nécessaire pour valider l'accord.*

L'accord d'entreprise ou d'établissement, comme son nom l'indique, s'applique au sein de l'entreprise ou de l'établissement, ce qui permet d'adapter les règles aux spécificités propres à l'entité considérée, à son activité, à la région ou au département, offrant une plus grande souplesse.

La validité d'un tel accord est subordonnée à sa signature par l'employeur ou son représentant, et par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives majoritaires, c'est-à-dire ayant recueilli plus de 50 % des suffrages au 1<sup>er</sup> tour des élections du Comité d'Entreprise (CE) ou de la Délégation Unique du Personnel (DUP) ou, à défaut, des Délégués du Personnel (DP) (article L 2232-12).

Néanmoins, la Loi Travail dont le but était de faciliter et d'assouplir le dialogue social, permet la conclusion d'un tel accord avec une organisation syndicale minoritaire, c'est-à-dire n'ayant pas recueilli plus de 50 % des voix, mais représentant plus de 30 % des suffrages exprimés.

Les différentes étapes nécessaires à la validité d'un tel accord sont précisées notamment par le décret n° 2016-1797 du 20 décembre 2016.

### 1. La demande de consultation des salariés

Une fois l'accord conclu et signé entre l'organisation minoritaire et l'employeur, cette dernière dispose d'un délai d'1 mois, à compter de la signature, pour demander la consultation des salariés en vue de faire valider l'accord.

**Remarque :** *faute d'approbation des salariés, l'accord est réputé non écrit. En clair, il ne pourra pas s'appliquer dans l'entreprise.*

L'employeur est informé de cette demande de consultation puisqu'elle doit être formulée par écrit et doit lui être notifiée au même titre que les autres syndicats représentatifs (article D 2232-6).

A partir du jour où est formulée cette demande, un nouveau délai de 8 jours commence à courir durant lequel les syndicats représentatifs pourront choisir d'appuyer ce projet d'accord afin d'obtenir 50 % des voix (article L2232-12). Trois cas de figure sont alors possibles :

- si les syndicats représentatifs se rallient à ce projet d'accord et que celui-ci recueille plus de 50 % des suffrages exprimés, l'accord sera validé ;
- si les syndicats minoritaires se désengagent de ce projet d'accord et que la condition des 30 % n'est pas maintenue, l'accord ne sera pas validé et le processus de consultation n'ira pas plus loin ;

- si l'accord est toujours soutenu par les syndicats minoritaires, la consultation des salariés est possible.

## **2. La mise en place du référendum**

### ***Le déroulé du référendum***

Si l'on se trouve dans le 3<sup>ème</sup> cas de figure, le syndicat minoritaire devra engager la consultation dans un délai de 2 mois. Durant ce laps de temps, un protocole préélectoral devra être établi et soumis aux salariés 15 jours avant leur consultation (article D 2232-4).

Ce protocole aura pour but de fixer (*article D 2232-3*) :

- les modalités de transmission du texte de l'accord aux salariés ;
- la liste des salariés couverts par l'accord et devant être consultés ;
- le lieu ;
- la date ;
- l'heure du scrutin ;
- l'organisation et le déroulement du vote ;
- le texte de la question soumis aux salariés ;
- et le texte soumis au référendum.

Le texte de la question posée est rédigé conjointement par l'organisation syndicale et l'employeur.

En cas de désaccord avec le protocole préélectoral ou les modalités de consultation, ce désaccord sera porté devant le Tribunal d'Instance (TI) (*article R 2232-5*) et ce, dans un délai de 8 jours suivant la communication du protocole aux salariés (*article D 2232-7*). Le TI statuera en la forme des référés (c'est-à-dire en procédure d'urgence qui permet une résolution rapide du conflit) et en dernier ressort (Le jugement ne sera pas susceptible d'appel hormis d'un pourvoi en cassation) (*article R 2232-5*).

### ***Les modalités pratiques du référendum***

Les conditions pour pouvoir voter sont identiques aux conditions nécessaires pour les élections des délégués du personnel c'est-à-dire que sont électeurs :

- les salariés des 2 sexes
- âgés de 16 ans révolus,
- ayant travaillé 3 mois au moins dans l'entreprise,
- n'ayant fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques,
- peu importe qu'ils soient en CDI, CDD ou temps partiel.

Néanmoins, les salariés titulaires d'un contrat d'apprentissage ou en stage ne peuvent voter (*article L 2314-15*).

L'organisation du référendum devra avoir lieu sur le temps de travail, au scrutin secret sous enveloppe (*article D 2232-2*).

Le scrutin peut tout à fait être organisé par voie électronique à condition que celui-ci respecte les principes généraux du droit électoral (*articles L 2232-12, R 2324-5 et R 2324-17*).

L'organisation matérielle du scrutin sera à la charge de l'employeur (installation, acquisition du matériel, financement...) (*article D 2232-2*).

### ***Le résultat du référendum***

Si le projet d'accord n'a pas obtenu la majorité des voix exprimées, l'accord ne sera alors pas validé (*article L 2232-12*).

Le résultat du vote fait l'objet d'un procès-verbal dont la publicité est assurée dans l'entreprise par tout moyen. Ce procès-verbal est annexé à l'accord approuvé lors du dépôt de ce dernier (*article D 2232-2*).

Conformément à l'article 21 IX de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, les présentes dispositions s'appliquent à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017 aux accords collectifs qui portent sur la durée du travail, les repos et les congés et, dès la publication de la présente loi, aux accords mentionnés à l'article L 2254-2 du code du travail.

Elles s'appliquent à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2019 aux autres accords collectifs, à l'exception de ceux mentionnés à l'article L 5125-1 du code du travail.



### **Les TPE peuvent aussi bénéficier de la négociation collective**

*Article 17 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*

La négociation collective a été profondément modifiée avec la Loi Travail. Désormais, les entreprises de moins de 50 salariés, qui étaient auparavant exclues de la négociation d'accord collectif, peuvent bénéficier de certaines dispositions. Il s'agit notamment des accords-types de branche. Le premier vient d'ailleurs d'être signé et il concerne la branche du médicament.

#### **La négociation avec un représentant du personnel**

Depuis le 10 août 2016, l'employeur peut négocier un accord avec un représentant du personnel mandaté (article L 2232-21). Deux situations sont alors possibles pour déterminer l'interlocuteur lors des négociations :

- il peut s'agir d'un délégué du personnel, désigné comme délégué syndical ;
- à défaut de désignation comme délégué syndical, un délégué du personnel peut participer à la négociation dès lors qu'il a été mandaté par une organisation syndicale représentative dans la branche professionnelle dont relève l'entreprise, ou au niveau national (Une organisation syndicale ne pourra mandater qu'un seul DP pour la négociation. L'employeur doit donc avoir prévenu au préalable les organisations syndicales de l'ouverture de négociations).

Dans ces deux cas, l'accord signé devra être approuvé par les salariés, à la majorité des suffrages exprimés (article L 2232-21-1).

Si aucun élu n'a été mandaté par une organisation syndicale représentative, les DP titulaires sont en mesure de négocier, conclure et réviser des accords collectifs de travail (article L 2232-22). Les élus non mandatés ne pourront négocier que dans les domaines où la loi subordonne la mise en œuvre de mesures au moyen d'un accord collectif et non pas sur tous les thèmes ouverts à la négociation collective dans le code du travail. Pour être valable, il faut que cet accord soit signé par les DP titulaires représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

Dans tous les cas, l'accord collectif signé doit ensuite être transmis à la commission paritaire de branche, à titre informatif (auparavant, cette commission devait approuver l'accord signé).

#### **La négociation avec un salarié**

Depuis la loi Travail, il est possible de négocier et de conclure un accord collectif d'entreprise avec un salarié qui n'est pas titulaire d'un mandat de représentant du personnel. C'est le cas si aucune organisation syndicale ne s'est manifestée en mandant un représentant du personnel pour négocier avec l'employeur qui l'a informée en amont de l'ouverture de négociation (article L 2232-24).

Cette opportunité s'avère très utile également dans les entreprises dépourvues de délégué du personnel (de moins de 11 salariés donc) et dans celles où un PV de carence a été établi pour constater l'absence d' élu.

Le salarié doit là aussi avoir été mandaté par une organisation syndicale représentative dans la branche professionnelle dont dépend l'entreprise, ou au niveau national et interprofessionnel. Cela suppose que l'employeur ait informé ces organisations syndicales de l'ouverture des négociations.

Désormais, les salariés mandatés pourront traiter de tous les thèmes ouverts à la négociation collective avec l'employeur. Ils peuvent donc traiter du temps de travail, des rémunérations, de l'égalité professionnelle ou encore de la formation des collaborateurs de l'entreprise.

Dans ce cadre, le salarié qui sera habilité à négocier avec l'employeur bénéficiera d'un crédit d'heure de 10 heures par mois maximum (article L 2232-2). Tout comme pour n'importe quel élu, ce temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions devra être rémunéré comme du temps de travail et payé en même temps que le salaire.

L'accord qui aura été signé devra être approuvé ensuite par les salariés de l'entreprise à la majorité des suffrages exprimés (article L 2232-27).

### **Les accords de branche types**

La loi Travail a prévu que les accords conclus au niveau des branches professionnelles pouvaient contenir des dispositions spécifiques pour les entreprises de moins de 50 salariés. Cela permet aux petites entreprises de pouvoir bénéficier de la négociation collective. Ils peuvent traiter de tous les thèmes ouverts à la négociation collective dans le code du travail (article L 2232-10-1).

Ces accords peuvent prendre la forme d'accord type de branche dans les PME. Dans ces accords-types, il est laissé plusieurs choix à l'employeur afin qu'il puisse mettre en place des mesures telles que l'aménagement du temps de travail par exemple. Ainsi les dispositions de la négociation obtenue par les partenaires sociaux pourront être adaptées à la taille de la structure dans laquelle elles seront mises en place.

Les mesures que l'employeur souhaite mettre en place doivent donner lieu à une information des délégués du personnel, ainsi que des salariés par tout moyen. Il devra ensuite établir un document unilatéral pour définir les options définies dans l'accord type qu'il a choisies de retenir et d'appliquer.

Le premier accord type a été conclu récemment, le 17 novembre 2016. Il concerne la branche des entreprises du médicament. Il traite de la durée du travail dans les entreprises de moins de 50 salariés. Ainsi les TPE et PME de cette branche pourront désormais décompter le temps de travail des salariés sur l'année, le mois ou la semaine et ainsi mettre en place des forfaits jours.

## Zoom



### Prime versée au salarié : quand devient-elle obligatoire ?

Lorsqu'une prime est prévue par le contrat de travail, une convention collective ou un accord d'entreprise, son caractère obligatoire ne pose généralement pas de difficultés. Mais qu'en est-il, à l'inverse, lorsque cette prime résulte seulement d'une pratique de l'employeur ? Les solutions applicables varient.

#### 1. Qu'est-ce qu'une gratification bénévole ?

Les primes ou gratifications sont considérées comme « bénévoles » lorsqu'elles procèdent d'un versement libre de la part de l'employeur.

Ainsi, elles ne revêtent aucun caractère obligatoire et l'employeur n'est pas tenu de répéter leur versement, qui a alors la nature d'une libéralité.

Par nature, les gratifications bénévoles sont celles qui ne sont pas déterminées par :

- le contrat de travail,
- une convention collective ou un accord d'entreprise,
- un usage,
- un engagement unilatéral de l'employeur.

Dans le cas inverse, ces primes constituent des engagements obligatoires, même si leur versement peut être soumis à conditions.

La jurisprudence fournit des exemples de primes qui dépendent uniquement de l'employeur.

Ainsi, sont des gratifications bénévoles :

- la prime de fin d'année dont le montant n'est pas déterminé suivant un mode de calcul invariable mais qui est fixé chaque année de manière différente, au seul gré de l'employeur (Cass. Soc., 5 novembre 1987 : n° 85-40046) ;
- la prime dont les montants sont discrétionnaires et qui est attribuée à l'occasion d'un événement unique (Cass. Soc., 14 octobre 2009 : n° 07-45587) ;
- une prime accordée *suivant le travail accompli, la marche de l'affaire et l'ancienneté* (Cass. Soc., 6 novembre 1984 : n° 82-41120) ;
- une prime de *non-accident* dès lors qu'un simple accident entraîne la suppression de son paiement, ce qui signifie qu'il ne peut pas s'agir d'un complément de salaire (Cass. Soc., 3 juillet 2001 : n° 99-42758).

Un arrêt récent vient de se prononcer sur la qualification de gratification bénévole, notion qui est souvent source de litiges.

Ainsi, doit être débouté de sa demande de prime exceptionnelle et de prime de fin d'année le salarié qui ne démontre pas que leur paiement constituait un usage d'entreprise, faute de répondre aux critères de constance, de généralité ou de fixité (Cass. Soc., 11 janvier 2017 : n° 15-15819).

Dans cet arrêt, le Cour de cassation retient les motifs suivants : *Mais attendu qu'ayant retenu que le salarié ne démontrait pas que le paiement de la prime exceptionnelle et de la prime de fin d'année constituait un usage d'entreprise, faute de répondre aux critères de constance, de généralité ou de fixité, que ce soit dans*

*le montant ou dans le mode de calcul, la cour d'appel a procédé à la recherche prétendument omise ; que le moyen n'est pas fondé.*

Cet arrêt est conforme à la jurisprudence antérieure en ce qu'il considère que la charge de la preuve du caractère obligatoire d'une gratification appartient, en sa qualité de demandeur, au salarié (Cass. Soc., 1<sup>er</sup> avril 1981 : n° 79-41424).

Au-delà de cette remarque, la décision est intéressante dans la mesure où elle rappelle que seule une prime répondant aux caractères de constance, de généralité et de fixité, fait naître une obligation à la charge de l'employeur.

## **2. Quand le versement d'une prime devient-il obligatoire ?**

Pour la Cour de cassation, une gratification devient un élément de salaire, et cesse d'être une simple libéralité, dès lors que son usage est général, fixe et constant (Cass. Soc., 28 février 1996 : n° 93-40883). Dans cet arrêt, tel était le cas d'une prime de fin d'année fixe dans son montant, et ce depuis 4 ans.

Les caractères de généralité, de fixité et de constance sont cumulatifs.

Ainsi, la Cour de cassation a pu juger qu'une cour d'appel ne peut décider qu'une prime de fin d'année revêt le caractère d'un usage sans vérifier si la prime répond à un mode de calcul fixe et constant, qu'elle est versée selon des critères objectifs et que son montant identique pour les salariés (Cass. Soc., 13 juin 2012 : n° 10-25011).

Le caractère de généralité n'implique pas nécessairement que la prime soit versée à l'ensemble des salariés de l'entreprise ou de l'établissement.

A titre d'exemples :

- la prime versée à tous les employés, techniciens et agents de maîtrise revêt un caractère général (Cass. Soc., 10 janvier 1980 : n° 78-41303) ;
- revêt un caractère de généralité la prime allouée à l'ensemble du personnel d'encadrement (Cass. Soc., 27 mai 1987 : n° 82-4211) ;
- en revanche, ne présente pas le caractère requis de généralité la prime versée aux salariés présents dans l'établissement à une certaine époque et non aux salariés recrutés ultérieurement (Cass. Soc., 12 novembre 1987 : n° 85-42539).

Le caractère de constance implique, pour sa part, un versement constaté sur plusieurs années.

Le versement d'une gratification annuelle 2 années de suite, prouvé par les fiches de paie des 2 années considérées, ne suffit pas à établir une constance propre à rendre ladite gratification obligatoire (Cass. Soc., 14 mars 1985 : n° 83-42105).

Au contraire, une prime versée d'une manière régulière depuis 5 ans présente un caractère de constance même si son motif de versement varie chaque année (Cass. Soc., 28 octobre 1981 : n° 80-1129).

De même, le versement répétitif d'une prime de gestion, y compris lorsque les résultats de l'entreprise sont négatifs, suffit à en établir l'usage (Cass. Soc., 14 octobre 1998 : n° 96-43066).

Enfin, le caractère de fixité implique que la prime soit déterminée selon un mode de calcul convenu entre l'employeur et le salarié ou, en tout état de cause, selon un critère fixe et précis.

C'est ainsi que présente le caractère de fixité une prime de fin d'année dont le montant est systématiquement corrélé au salaire minimum (Cass. Soc., 27 mars 1985 : n° 82-42391).

De même, présente un caractère obligatoire la gratification qui, outre qu'elle ait été payée durant 5 ans, bénéficie à l'ensemble du personnel, est calculée en fonction de critères objectifs résultant de la moyenne des absences et d'un pourcentage du salaire (Cass. Soc., 17 février 1999 : n° 96-43301).

A l'inverse, des gratifications variables dans leur montant et fonctions d'éléments discrétionnaires non déterminés par avance avec certitude ne présentent pas le caractère de fixité (Cass. Soc., 12 juin 1986 : n° 85-41132).

## Jurisprudence

### Une salariée peut contester les aveux que lui prête le compte rendu de l'entretien préalable

*Cass. Soc., 1<sup>er</sup> février 2017 : n° 15-26145 D*

En l'espèce, une salariée qui exerçait les fonctions de *programmeuse éditique* avait été convoquée à un entretien préalable à son licenciement. L'employeur lui reprochait d'avoir omis d'indiquer une date limite d'utilisation sur les bons de réduction envoyés au nom d'un client. Contraint d'accorder des réductions pour un montant bien supérieur à celui qu'il avait envisagé, ce client demandait le versement de dommages et intérêts à l'employeur de la salariée.

Cette dernière avait reconnu les faits lors de l'entretien préalable, ainsi que le relatait le compte rendu établi par son conseiller. Toutefois, 3 semaines après avoir été licenciée avec dispense de préavis, la salariée avait envoyé à l'employeur une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dans laquelle elle revenait sur son aveu. Elle avait ensuite contesté son licenciement devant le conseil de prud'hommes.

Le licenciement a finalement été jugé sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation s'en étant remise à l'appréciation souveraine de la cour d'appel, ce sont les motifs avancés par cette dernière qui retiendront notre attention.

La cour d'appel rappelle au préalable que, en matière prud'homale, la preuve est libre. C'est d'ailleurs au sujet d'attestations établies par le conseiller du salarié à la suite de l'entretien préalable que la Cour de cassation a posé ce principe. Mais, dans ces mêmes décisions, elle a précisé que le juge prud'homal appréciait librement la valeur et la portée d'une telle attestation :

- Cass. Soc., 27 mars 2001 : n° 98-44666 ;
- Cass. Soc., 30 octobre 2002 : n° 00-46314 D.

De ce point de vue, le compte rendu rédigé par le conseiller du salarié était un élément de preuve comme un autre, que la salariée pouvait combattre par une lettre recommandée.

D'autres documents ont été produits par l'employeur et la salariée au soutien de leurs allégations – sans, hélas, que l'arrêt n'en donne la teneur – et c'est après analyse de l'ensemble de ces éléments que la cour d'appel a formé sa conviction et estimé que les faits invoqués au soutien du licenciement n'étaient pas établis ou que, à tout le moins, il existait un doute sur leur réalité.

Et comme le doute profite au salarié (article L 1235-1).

#### **Article L1235-1**

*A défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*

*Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie.*

*Si un doute subsiste, il profite au salarié.*



**A savoir :** le compte rendu établi par le conseiller d'une salariée à l'issue de l'entretien préalable est un élément de preuve parmi d'autres. Le fait qu'il relate les aveux de la salariée n'empêche pas cette dernière de contester la réalité de la faute qui lui est reprochée

## Quand le salarié n'apporte pas assez d'éléments pour appuyer sa demande en paiement d'heures

*Cass. Soc., 25 janvier 2017 : n° 15-28973 D*

*Cass. soc., 25 janvier 2017 : n° 15-26502 D*

En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.

Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles (article L 3171-4).

### **Article L 3171-4**

*En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.*

*Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*

*Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.*

Les juges ont déduit de ce principe inscrit dans le code du travail qu'il appartient d'abord au salarié de présenter des éléments suffisamment précis pour étayer sa demande.

Si le salarié parvient à fournir ces éléments, l'employeur doit ensuite produire ses propres documents pour démontrer le temps de travail que celui-ci a réellement effectué (Cass. Soc., 10 mai 2007 : n° 05-45932 ; Cass. Soc., 10 mai 2007 : n° 05-45932).

Si le salarié ne produit aucun élément suffisamment précis, sa demande est rejetée par les juges. Deux affaires récentes apportent une illustration de ce mécanisme de preuve partagée.

### **Premier litige : demande en paiement d'heures supplémentaires**

Dans un premier litige (Cass. Soc., 25 janvier 2017 : n° 15-28973 D), le salarié réclamait devant les juges le paiement d'heures supplémentaires. Il fournissait un décompte du nombre d'heures de travail qu'il prétendait avoir accomplies, mais celui-ci comportait de nombreuses incohérences et anomalies, le privant de toute crédibilité. Les juges ont, à juste titre, rejeté sa demande.

Pour mémoire, les juges ont admis qu'un salarié prouve ses dires en fournissant un relevé de temps de travail établi de sa propre initiative. Encore faut-il que ce relevé soit précis, clair et vérifiable (Cass. Soc., 24 novembre 2010, n° 09-40928 ; cass. soc. 16 juin 2011, n° 09-69250 D).

### **Second litige : demande en paiement d'heures complémentaires**

Dans un second litige, le salarié réclamait le paiement d'heures complémentaires devant les juges. Il procédait à un calcul forfaitaire des heures qu'il prétendait avoir accomplies sans fournir de décompte.

Les témoignages de collègues qu'il fournissait n'étaient pas suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés. Ils ne permettaient donc pas de pallier l'absence de décompte.

Ici aussi, les juges d'appel ont rejeté la demande du salarié. Encore une fois, la Cour de cassation a validé leur décision (Cass. Soc., 25 janvier 2017 : n° 15-26502 D).



**A savoir :** quand un salarié saisit les juges pour obtenir le paiement d'heures qu'il affirme avoir travaillées, il doit leur présenter des éléments suffisamment précis pour étayer sa demande

## Sanctionner un salarié qui persiste dans son comportement fautif

*Cass. Soc., 19 janvier 2017 : n° 15-24404 D*

En l'espèce, un employeur avait eu connaissance, au moins à partir du 29 avril 2011, du comportement d'une salariée (directrice d'une maison de retraite) à qui il était reproché des *agissements humiliants, discriminants, pouvant s'assimiler pour certains à un véritable harcèlement*.

Plusieurs salariés avaient adressé, de manière individuelle, des lettres en novembre 2011, qui détaillaient ces agissements.

Il était reproché à l'employeur d'avoir licencié la salariée pour faute grave en décembre 2011, alors que les faits fautifs étaient prescrits, la procédure de licenciement ayant été engagée plus de 2 mois plus tard.

### Engagement d'une procédure disciplinaire

L'engagement de poursuites disciplinaires doit avoir lieu dans un délai de 2 mois à compter du jour où l'employeur a connaissance des faits fautifs, à moins que ceux-ci n'aient donné lieu dans le même temps à l'exercice de poursuites pénales (article L 1332-4).

#### Article L 1332-4

*Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de 2 mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.*

Cependant, pour sanctionner la persistance du salarié dans son comportement fautif, l'employeur peut invoquer des faits commis il y a plus de 2 mois, et donc prescrits, dès lors que ces faits sont de même nature (Cass. Soc., 4 juillet 2012 : n° 11-19540 D).

En l'espèce, il ressortait des lettres reçues en novembre 2011 et dans lesquelles des salariés se plaignaient du comportement de la directrice à l'égard du personnel, que la salariée avait poursuivi et réitéré des agissements de même nature que ceux connus de l'employeur depuis avril 2011.

Ce comportement fautif s'était poursuivi jusqu'à moins de 2 mois avant l'engagement des poursuites disciplinaires, de sorte que la procédure avait été engagée dans les temps.

La Cour de cassation admet déjà que les insultes et l'agressivité du salarié à l'égard de ses collègues de travail constituent une faute grave justifiant son départ immédiat de l'entreprise. Cette qualification est généralement retenue en présence des circonstances suivantes :

- menaces ou violences accompagnant les insultes (Cass. Soc., 11 décembre 2015 : n° 14-29.284),
- existence de sanctions antérieures pour des faits similaires (Cass. Soc., 8 décembre 2010 : n° 09-66.770),
- fonctions managériales occupées par le salarié (Cass. Soc., 19 janvier 2010 : n° 08-42.260).

L'arrêt du 17 janvier 2017 retient quant à lui le caractère répété des insultes et manifestations d'agressivité, ce caractère répété rendant probable leur réitération en cours de préavis.



**A savoir :** pour sanctionner la persistance du salarié dans son comportement fautif, l'employeur peut mettre en avant des faits fautifs commis par l'intéressé il y a plus de 2 mois, et donc prescrits, s'ils sont de même nature

## Lettre du syndicat désignant un DS ou RSS dans un établissement



*Cass. Soc., 18 janvier 2017 : n° 16-13306*

Lorsqu'un syndicat désigne un délégué syndical (DS) ou représentant de section syndical (RSS) dans un établissement distinct, peut-il adresser la lettre au chef d'établissement ? Tout dépend des pouvoirs de ce dernier.

Car en l'espèce, la Fédération des commerces et services UNSA avait désigné un salarié en qualité de représentant de la section syndicale (RSS) créée au sein de l'établissement de Saint-Vulbas.

A cet effet, cette fédération avait adressé la lettre le désignant, à l'établissement *vente-privee.com, parc industriel de la Plaine de l'Ain, 845 allée des Chênes - 01150 Saint-Vulbas*, lettre qui fut reçue le 2 décembre 2015.

Pour ce syndicat, sa lettre de désignation avait été correctement adressée à l'établissement.

Pour la société employeur *vente-privee.com*, dont le siège social est à La Plaine-Saint-Denis, cette lettre aurait dû être adressée à l'employeur, donc au siège, et cette société saisit donc, le 20 janvier 2016, le tribunal d'instance d'une demande d'annulation de cette désignation de RSS, certes au-delà du délai de 15 jours des articles L 2143-5 et D 2143-4 du code du travail, mais estimant en conséquence que ce délai n'avait pu courir à son égard.

Le tribunal d'instance déclara la demande de la société irrecevable comme forclosée, au motif que, s'agissant d'un établissement distinct (ici 01 - Saint-Vulbas) de l'entreprise (ici 93 - La Plaine-Saint-Denis), dans lequel travaillent plus de 300 salariés sur une plate-forme logistique destinée à l'envoi des colis commandés et dotée d'un chef d'établissement et d'assistants ressources humaines, il ne pouvait être reproché au syndicat, pour désigner son RSS, de s'être adressé au lieu de l'établissement où était constituée la section syndicale et qu'il appartenait à l'entreprise d'organiser les ressources humaines pour faire remonter une information qui concernait l'établissement distinct en premier lieu avant son siège social.

Mais la Cour de cassation a cassé et annulé le jugement en toutes ces dispositions, au motif que : *la lettre de désignation d'un représentant syndical doit être adressée à l'employeur ou à la personne habilitée par ce dernier pour le représenter au sein de la structure dans laquelle le représentant doit exercer sa mission ; que l'accomplissement de cette formalité constitue le point de départ du délai de contestation de 15 jours de cette désignation, et qu'en se déterminant comme il a fait, sans rechercher, comme il y était invité, si le chef d'établissement de Saint-Vulbas était pourvu d'une délégation de pouvoir permettant de l'assimiler à l'employeur, le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision.*

Ainsi, le principe est que la lettre de désignation d'un DS ou RSS doit être adressée à l'employeur (article D 2143-4). Aussi, lorsqu'il s'agit de le désigner dans un établissement distinct, le syndicat doit s'assurer que le chef / directeur d'établissement est pourvu d'une délégation de pouvoirs permettant de l'assimiler à l'employeur. Sinon, le délai en contestation de 15 jours ne courra pas. L'argument du syndicat selon lequel il appartenait à l'entreprise d'organiser les ressources humaines pour faire remonter une information qui concernait l'établissement distinct, n'a pas ici convaincu la Cour de cassation.



**A savoir :** *la lettre du syndicat le désignant un délégué syndical ou représentant de section syndical dans un établissement doit être adressée à l'employeur ou assimilé en vertu d'une délégation de pouvoir*

**L'accord réduisant la durée des mandats des DP ou du CE est un accord de droit commun**

*Cass. Soc., 7 décembre 2016 : n°15-60.227 FS-PB*

Par dérogation à la règle selon laquelle le mandat des délégués du personnel et des membres élus du comité d'entreprise est de 4 ans, un accord de branche, de groupe ou d'entreprise peut fixer une durée inférieure, comprise entre 2 et 4 ans (articles L 2314-27 et L 2324-25).

**Article L 2314-27**

*Par dérogation aux dispositions de l'article L 2314-26, un accord de branche, un accord de groupe ou un accord d'entreprise, selon le cas, peut fixer une durée du mandat des délégués du personnel comprise entre 2 et 4 ans.*

Les juges n'avaient pas eu, jusqu'ici, l'occasion de préciser à quelles conditions de majorité devait être conclu un tel accord.

C'est désormais chose faite : la Cour de cassation a jugé, dans son arrêt du 7 décembre dernier, qu'un accord d'entreprise prévoyant la réduction des mandats des délégués du personnel et des membres élus du comité d'entreprise à une durée de 2 ans est valablement conclu aux conditions de droit commun prévues à l'article L 2232-12 du code du travail.

La solution retenue ici se justifie principalement par des arguments de texte, les articles L 2314-27 et L 2324-25 du code du travail mentionnant un accord de branche, un accord de groupe ou un accord d'entreprise, sans précision sur la règle de validité applicable. Il n'y avait donc pas lieu de retenir la règle de la double majorité exigée en matière de protocole préélectoral, l'accord en cause n'étant pas partie prenante du processus électoral, mais se situant en amont de celui-ci, et l'exigence d'unanimité ne pouvant résulter que d'une disposition législative expresse.

La faculté de prévoir une durée de mandat située entre 2 et 4 ans existe aussi pour les mandats du comité central d'entreprise et du comité de groupe (articles L 2327-10 et L 2333-3). La solution retenue ici vaut aussi pour ces instances représentatives.

La loi Travail du 8 août 2016 a modifié les conditions de validité de droit commun des accords collectifs prévues par l'article L 2232-12 du code du travail : jusqu'ici, les accords collectifs devaient être signés par un ou des syndicats représentatifs ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au 1<sup>er</sup> tour des dernières élections professionnelles et ne pas avoir fait l'objet de l'opposition d'un ou plusieurs syndicats ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections.

La loi Travail exige désormais un accord signé par un ou plusieurs syndicats représentatifs représentant plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives, avec toutefois la possibilité, en cas de taux inférieur et sous certaines conditions, d'une validation à la majorité des salariés ; à noter toutefois que les nouvelles conditions n'entreront en vigueur, pour les accords ne concernant ni la durée du travail ni les congés, donc pour les accords fixant la durée des mandats, que le 1<sup>er</sup> septembre 2019.



**A savoir :** *la Cour de cassation se prononce sur les conditions de validité de l'accord d'entreprise fixant la durée des mandats des délégués du personnel ou des élus du CE à une durée située entre 2 et 4 ans*