

Janvier / N°128

UN LICENCIEMENT ORAL NE PEUT ÊTRE REGULARISÉ

Le licenciement est un acte grave qui par conséquent est strictement encadré par le Code du travail. Celui-ci organise en effet une procédure précise consistant en une convocation à un entretien préalable, la tenue de l'entretien, puis éventuellement, la notification du licenciement par une lettre recommandée avec avis de réception¹.

Dans cette affaire, **un employeur avait demandé verbalement au salarié de quitter immédiatement l'entreprise avant de lui adresser une convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement.**

Pour la Cour de cassation, le fait de donner l'ordre au salarié de quitter l'entreprise revient pour l'employeur à prononcer un licenciement verbal. Or, le licenciement verbal qui intervient avant même que soit engagée la procédure de licenciement est, de jurisprudence constante, sanctionné par les juges².

La Cour de cassation rappelle également que **le licenciement verbal ne peut être régularisé a posteriori par l'envoi d'une lettre de convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement. Le licenciement est donc dépourvu de cause réelle et sérieuse.**

A contrario, dès lors que le licenciement a été notifié par l'envoi d'une lettre recommandée, le fait de l'annoncer oralement au salarié ne s'analyse pas en un licenciement verbal et ne remet pas en cause la procédure.

Soc. 10 janvier 2017 n° 15-13007

¹ Art. L. 1232-6 du Code du travail

² Exemple : Soc. 17 février 2004 n° 01-45659

³ Les conventions de forfait-jours sont ouvertes aux salariés *autonomes* depuis la loi n°2005-882 du 2 août 2005

LE FORFAIT-JOURS EST INCOMPATIBLE AVEC UN PLANNING HORAIRE CONTRAIGNANT

Les conventions de forfait-jours ont pour particularité qu'elles permettent le versement d'une rémunération globale pour le nombre de jours travaillés au cours de l'année. Par conséquent, dans le système du forfait-jours, on ne distingue pas les heures « normales » des heures supplémentaires. Ce mécanisme est donc réservé par l'article L. 3121-58 du Code du travail d'une part aux *cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif* et d'autre part, aux *salariés dont la durée du travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées*³.

Dans une affaire jugée récemment par la Cour de cassation, plusieurs salariés, engagés en qualité de **cadres autonomes** soumis au forfait-jours avaient saisi la juridiction prud'homale afin de **contester la validité de leur forfait-jours, compte tenu du manque d'autonomie dont ils bénéficiaient vraiment.**

En effet, bien qu'engagés en qualité de cadres autonomes⁴, leurs horaires étaient prédéterminés au quotidien et dépendaient d'un planning collectif mensuel daté et signé par le directeur de leur établissement. Il en résulte donc qu'en pratique, la liberté de ces cadres dans la fixation de leur temps de travail était fortement limitée. Ils devaient en effet être présents dans l'établissement pendant les horaires établis par le planning, sauf cas exceptionnel validé par un supérieur

⁴ La loi Aubry II du 19 janvier 2000 définit trois catégories de cadres : les cadres *intégrés*, soumis au droit commun, les cadres *autonomes*, et les cadres *dirigeants*

hiérarchique. Il était également par exemple interdit à ces cadres de « sauter » la pause déjeuner pour finir plus tôt. Ces cadres, pourtant qualifiés d'autonomes, étaient donc soumis à un **planning contraignant**, imposant leur présence au sein de l'établissement à des horaires prédéterminés.

Pour la Cour de cassation, **ces sujétions sont parfaitement antinomiques avec la notion de cadre autonome**. Elle en déduit très logiquement que *l'employeur ne pouvait recourir à une convention de forfait en jours*. La conséquence est, comme toujours dans ces affaires, l'application du droit commun de la durée du travail, lequel suppose un décompte des heures supplémentaires sur la base des heures réellement effectuées et donc un **rappel d'heures supplémentaires** dans la limite de trois ans pour le salarié.

La **CFTC Cadres** tient à rappeler que **le mécanisme du forfait-jours peut présenter certains dangers pour la santé des salariés, notamment en termes de charge et d'amplitude de travail**. En effet, les salariés soumis à une convention de forfait-jours ne bénéficient pas de l'application des dispositions du Code du travail relatives à la durée légale du travail, à la durée quotidienne maximale de travail et aux durées maximales de travail hebdomadaire. Seules leur sont applicables les dispositions concernant le respect des temps minimaux de repos (11 heures par jour⁵ – 9 heures en cas de prévision conventionnelle⁶) et des repos minimaux hebdomadaires (24 heures auxquelles s'ajoutent 11 heures de repos quotidien⁷). Un salarié ayant conclu une convention de forfait-jours peut ainsi légalement travailler quasiment 13 heures par jour pendant 6 jours par semaine, pour un total de 78 heures dans la semaine.

Soc. 15 décembre 2016 n° 15-17568

MISE EN PLACE DU FORFAIT-JOURS DANS LES JARDINERIES ET GRAINETERIES

Le mécanisme du forfait-jours nécessite, dans un souci de protection des salariés, d'avoir été **mis en place par un accord collectif d'entreprise, d'établissement, ou à défaut par une convention ou un accord de branche**⁸.

La branche des jardinerie-graineteries devrait voir étendre son accord relatif au forfait-jours signé l'été dernier, la procédure d'extension ayant été lancée au cours du mois de janvier 2017. Il sera alors applicable à tous les salariés du secteur.

Cet accord réserve le mécanisme du forfait-jours aux cadres et prévoit **plusieurs dispositions protectrices de la santé des salariés**.

En plus du traditionnel rappel de la nécessité de respecter les repos quotidien et hebdomadaire minimaux, il instaure un **devoir de déconnexion** en interdisant l'utilisation des moyens de communication (mail, téléphone...) pendant ces temps de repos impératifs.

L'accord fixe **deux jours de repos hebdomadaires**, auxquels s'ajoutent les 11 heures consécutives de repos quotidien. Il rappelle que, si ces deux jours de repos peuvent ne pas être pris concomitamment, **le travail sur six jours durant une semaine doit rester exceptionnel** (il est d'ailleurs limité à deux semaines par mois et soumis à l'autorisation du supérieur hiérarchique).

Afin de s'assurer du respect des règles sur les temps minimaux de repos, l'accord met en place un **dispositif de contrôle du nombre de jours travaillés chaque trimestre** : l'employeur est tenu d'établir un **document de contrôle où doit apparaître le nombre de jours travaillés et les jours de repos détaillés**. Ce document doit être précis et est tenu par le salarié, sous la responsabilité de son employeur. A ce document, s'ajoutent des **entretiens réguliers** et le devoir pour tout cadre en forfait-jours qui estime que sa charge de travail est trop importante d'en référer à son supérieur hiérarchique. S'ensuit alors immédiatement un **entretien spécial** afin d'adapter la charge de travail, de conserver une amplitude raisonnable et de concilier l'activité professionnelle avec la vie personnelle et familiale. Enfin, un **entretien individuel annuel** avec chaque salarié soumis au forfait doit être organisé par l'employeur. Doivent être abordés au cours de cet entretien le nombre de jours travaillés, la charge et l'amplitude de travail, l'organisation du travail, les difficultés éventuellement rencontrées et la conciliation vie personnelle et vie professionnelle.

Accord du 8 juin 2016 sur le forfait annuel en jours dans les jardinerie-graineteries

⁵ Art. L. 3131-1 Code du travail

⁶ Art. L. 3131-2 Code du travail et D. 3131-4

⁷ Art. L. 3132-2 Code du travail

⁸ Art. L. 3121-63

LA REMUNERATION DES HEURES DE DELEGATION DOIT INCLURE LES COMMISSIONS DIRECTES ET INDIRECTES

Les heures de délégation dont bénéficient les représentants du personnel sont de plein droit assimilées à du temps de travail effectif et doivent donc être payées comme telles⁹. Par exemple, l'employeur a l'obligation de payer ces heures en même temps que le salaire du mois considéré¹⁰. Les sommes versées ont d'ailleurs le caractère de salaire et non pas d'indemnité.

Le représentant du personnel doit ainsi toucher son salaire habituel, à savoir son salaire de base mais également les primes et accessoires du salaire. Par principe, il ne doit subir aucune réduction de rémunération du fait des heures de délégation prises au cours du mois considéré.

Lorsque le salaire comporte une partie variable, celle-ci ne doit pas être oubliée. Pour la partie variable, il est d'usage de se référer à la base moyenne des commissions. On se réfère ainsi soit au salaire perçu pendant les semaines précédentes, soit au rendement moyen de l'équipe de travail à laquelle le délégué appartient.

Dans l'affaire qu'a eu à juger la Cour de cassation, une salariée, engagée en qualité de VRP, membre titulaire du CE, du CHSCT et déléguée du personnel suppléante attaquait son employeur et demandait d'une part la résiliation judiciaire de son contrat de travail et d'autre part le paiement de diverses sommes. La salariée, qui était intégralement rémunérée à la commission, reprochait en effet à son employeur d'une part le non règlement de la totalité de ses heures de délégation, de ses temps de trajet pour l'accomplissement de ses mandats et d'autre part d'avoir minoré illégalement l'indemnisation allouée à ce titre.

La rémunération de la salariée comprenait deux types de commissions :

- des commissions directes, issues des commandes de clients grâce à son intermédiaire ;
- des commissions indirectes, basées sur les commandes passées par les clients de son secteur de prospection, auprès des centrales d'achat.

Le litige entre la salariée et son employeur tient au fait que celui-ci, dans le calcul du taux de rémunération des heures de délégation, avait exclu les commissions indirectes.

La Cour de cassation va finalement donner raison à la salariée qui réclamait l'intégration des commissions indirectes dans la base de calcul de sa rémunération pendant ses heures de délégation. En effet, selon les juges, *la rémunération des heures de délégation devait être calculée en prenant en compte l'intégralité des commissions perçues par la salariée, peu important qu'elles aient été générées par des ordres directs ou des ordres indirects.*

La solution s'explique par le fait que les commandes indirectes passées par les clients du secteur d'activité de la VRP découlaient au moins en partie de l'activité de prospection et de présentation des produits assurée auparavant. Comme les heures de délégation réduisent le temps de prospection des salariés titulaires de mandats représentatifs, elles ont pour ces salariés payés à la commission un impact négatif sur leur rémunération, particulièrement les commissions indirectes. La Cour de cassation s'attache donc à faire en sorte que les salariés ayant des heures de délégation n'en subissent pas les conséquences et bénéficient durant ces heures d'une rémunération intégrant les commissions indirectes qu'ils auraient perçues s'ils n'avaient pas eu de mandat.

Soc. 15 décembre 2016 n° 15-13367

« La lettre des cadres » n°128 - Imprimée par la CFTC Cadres
128, avenue Jean Jaurès 93697 PANTIN CEDEX
Courriel : ugica@cftc.fr CPPAP n° 1007 S 06214
Directeur de la publication : Brigitte de Château Thierry
Rédacteurs concepteurs : Clémence Chumiatcher, Thomas Panouillé

⁹ Par exemple art. L. 2143-17 du Code du travail pour les délégués syndicaux

¹⁰ Sauf heures de délégation prises dans le cadre de circonstances exceptionnelles : il appartient alors au

salarié d'en établir l'existence et la conformité (Soc. 10 juin 1997 n° 94-42546)