



Ogletree
Deakins

NEWSLETTER SOCIALE
DECEMBRE 2018

ACTUALITÉS CLÉS EN DROIT SOCIAL

DANS CE NUMÉRO

Le dépassement du nombre de jours prévus par le forfait annuel en jour n'emporte ni sa nullité ni son absence d'effet

[EN SAVOIR PLUS...](#)

Succession de CDD avec un même salarié sur un même poste : précisions sur l'obligation de respecter un délai de carence

[EN SAVOIR PLUS...](#)

Une lanceuse d'alerte reconnue "collaborateur occasion du service public" par le tribunal administratif

[EN SAVOIR PLUS...](#)

Le traitement des données RH - Publication d'une liste de traitements soumis à l'AIPD

[EN SAVOIR PLUS...](#)



ACTUS DU CABINET

[EN SAVOIR PLUS...](#)

LE DÉPASSEMENT DU NOMBRE DE JOURS PRÉVUS PAR LE FORFAIT ANNUEL EN JOUR N'EMPORTE NI SA NULLITÉ NI SON ABSENCE D'EFFET

Cass. soc., 24 octobre 2018, n° 17-12.535

La Cour de cassation précise que *“la circonstance que le cadre dépasse le nombre de jours prévus par le forfait n'emporte ni la nullité de la convention de forfait, ni son absence d'effet”*.



Une salariée soumise à une convention de forfait en jour faisait valoir que, malgré la fixation contractuelle de celle-ci à 218 jours dans l'année, elle avait été amenée à dépasser cette durée et avait ainsi travaillé 16 jours supplémentaires en 2011, trois en 2012 et six en 2013.

En raison de ces dépassements, la salariée estimait que sa convention de forfait devait être privée d'effet et formulait en conséquence une demande de paiement d'heures supplémentaires comme si son forfait jour n'avait jamais pris effet.

N'ayant obtenu gain de cause ni devant le Conseil de prud'hommes d'Annecy, ni devant la Cour d'appel de Chambéry, la salariée a formé un pourvoi conduisant la Cour de cassation à s'interroger sur les conséquences d'un dépassement du forfait annuel en jour.

Cette dernière rejette le pourvoi en précisant que *« la circonstance que le cadre dépasse le nombre de jours prévus par le forfait n'emporte ni la nullité de la convention de forfait, ni son absence d'effet »*.

L'absence de nullité de la convention de forfait

La Cour de cassation indique dans un premier temps que le fait de dépasser le nombre de jours indiqué dans la convention de forfait (en l'espèce, 218) n'entraîne pas sa nullité.

Rappelons que le fait pour un employeur de ne pas respecter les conditions de mise en œuvre du forfait n'entraîne pas non plus sa nullité mais prive la convention d'effet, ce qui a pour conséquence d'entraîner le paiement d'heures supplémentaires (si le salarié parvient à en prouver l'exécution).

La convention de forfait annuel en jour reste valable et peut retrouver ses effets à partir du moment où l'employeur respectera les conditions d'application de celle-ci.

La nullité de la convention de forfait jour est donc uniquement encourue dans l'hypothèse où l'accord collectif n'est pas conforme aux règles édictées par le loi

et par la jurisprudence.

Le maintien des effets de la convention de forfait

La Cour de cassation va plus loin encore. Elle précise que le dépassement du forfait n'entraîne pas l'absence d'effet de la convention de forfait.

La conséquence de l'absence d'effet de la convention de forfait aurait été d'ouvrir le droit pour le salarié au paiement des heures supplémentaires au-delà de la troisième heure hebdomadaire.

Quels sont les risques pour l'employeur en cas de dépassement ?

La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de préciser que l'absence de paiement des jours de travail supérieurs au forfait jour ne constitue pas un manquement suffisamment grave de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail (Cass. soc., 21 octobre 2014, n° 13-19.786).

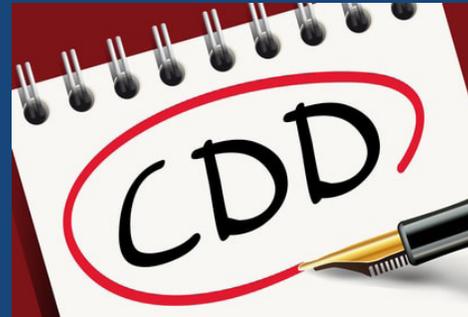
En conséquence, l'employeur ne s'expose pas à voir une prise d'acte ou une demande de résiliation judiciaire produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il convient toutefois de réserver l'hypothèse du dépassement du seuil de 235 jours prévu à l'article L. 3121-66 du Code du travail (disposition s'appliquant à défaut d'accord collectif sur ce point).

SUCCESSION DE CDD AVEC UN MÊME SALARIÉ SUR UN MÊME POSTE : PRÉCISIONS SUR L'OBLIGATION DE RESPECTER UN DÉLAI DE CARENCE

Cass. Soc., 10 octobre 2018, n°17-18294

Face à une tentative de la Cour d'Appel de Paris d'assouplir la jurisprudence constante de la Cour de Cassation en matière de succession de contrats de travail à durée déterminée, cette dernière est contrainte de réaffirmer que la succession de contrats de travail à durée déterminée, n'est licite, pour un même salarié et un même poste, que si chacun des contrats a été conclu pour l'un des motifs limitativement énumérés par le Code du Travail.



Pour mémoire, par opposition au contrat à durée indéterminée, le contrat à durée déterminée n'a pas vocation à pourvoir un emploi durable et permanent. Afin d'éviter la succession immédiate de contrats de travail précaires et le contournement des règles relatives au contrat à durée indéterminée, le Code du Travail impose des règles relatives à la succession des contrats à durée déterminée, conclus à la fois avec un même salarié, et pour un même poste de travail.

Le Code du Travail impose ainsi le respect d'un délai de carence en cas de succession de contrats précaires sur un même poste, sauf exceptions visées à l'article L.1244-4-1. En effet, il est permis de conclure des CDD successifs avec un même salarié sans délai de carence en cas de remplacement d'un salarié absent, d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu ou en remplacement d'un chef d'entreprise et en cas de recours au contrat saisonnier ou au contrat d'usage.

En l'espèce, un salarié a été recruté le 12 juillet 2010 sous contrat à durée déterminée pour accroissement temporaire d'activité, contrat qui a été prolongé jusqu'au 23 décembre 2010. Le 5 janvier 2011, le salarié a conclu un second contrat à durée déterminée pour remplacement d'un salarié absent, prenant fin le 30 novembre 2011. Il a ensuite été engagé sous contrat à durée indéterminée le 1er décembre 2011.

Considérant que l'employeur aurait dû respecter un délai de carence entre le contrat de travail à durée déterminée conclu pour accroissement temporaire et le contrat de travail à durée déterminée conclu pour remplacement, le salarié a saisi le Conseil de prud'hommes afin d'obtenir la requalification de ses contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée.

convient-il de prendre en compte afin de déterminer s'il y a lieu d'appliquer un délai de carence ? C'est à cette question que répond la Cour de cassation, puisqu'elle rappelle que pour être exonéré du respect d'un délai de carence, les deux contrats à durée déterminée qui se succèdent doivent être visés par l'un des cas d'exonération.

En l'espèce, les CDD avaient été conclus, d'une part, pour accroissement temporaire d'activité, et, d'autre part, pour remplacement, de sorte que seul le second était visé par un cas d'exonération du respect du délai de carence. En conséquence, l'employeur était tenu de respecter un délai de carence entre les deux contrats.

Cette solution n'est pas nouvelle, la Cour de cassation ayant déjà eu l'occasion de préciser que la succession de contrat, sans respect d'un délai de carence n'est permise que si chacun des contrats n'a été conclu que pour l'un des motifs expressément énoncé par le législateur (*Cass. Soc., 16 juillet 1987, n°84-45111 ; Cass. Soc., 20 octobre 1988, n°85-42436*).

Depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, les règles relatives au respect du délai de carence peuvent être assouplies par une convention ou un accord de branche étendu qui peut prévoir les cas dans lesquels le délai de carence ne sera pas applicable.

Ainsi, on pourrait imaginer que, pour déroger à cette jurisprudence constante, les négociateurs de branche prévoient expressément qu'il soit uniquement pris en compte le cas de recours du CDD « amont » ou du CDD « aval » pour déterminer l'application du délai de carence.

Face à la succession de contrats précaires, quel contrat

UNE LANCEUSE D'ALERTE RECONNUE « COLLABORATEUR OCCASIONNEL DU SERVICE PUBLIC » PAR LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Tribunal Administratif de Paris, 5ème section, 2ème chambre, 25 octobre 2018

Le tribunal administratif de Paris a considéré que l'ex cadre – en participant à l'enquête et notamment en transmettant des documents relatifs aux activités de l'entreprise et en surveillant des contacts de la société dans le cadre de ses fonctions – n'avait pas seulement eu un rôle de témoin mais avait pris part « *personnellement à la mission de service public assurée par ce service* » et devait en conséquence être reconnue « *collaborateur occasionnel du service public* ».



En 2011 et 2012, une ancienne salariée de la filiale française de la banque suisse UBS a collaboré avec le service national de douane judiciaire (SNDJ) dans le cadre de l'enquête préliminaire sur des soupçons de démarchage illicite réalisé par son employeur. Elle a notamment été entendue par les enquêteurs dans le cadre d'auditions libres ; a surveillé des contacts de la société lors du tournoi de Roland Garros pour lequel elle était présente dans le cadre de ses fonctions de directrice marketing et a également transmis des renseignements internes et des documents appartenant à son employeur.

En 2017, l'ex-cadre a saisi le tribunal administratif de Paris pour engager la responsabilité sans faute de l'Etat français au titre de sa collaboration occasionnelle au service public en invoquant, non pas la loi Sapin II protégeant les lanceurs d'alerte, mais la loi du 3 juin 2016 permettant la rétribution des informateurs des douanes (Article 15-1 de la loi du 21 janvier 1995 issu de l'article 37 de la loi du 3 juin 2016).

En vertu de ce texte, les agents des douanes « *peuvent rétribuer toute personne étrangère aux administrations publiques qui leur a fourni des renseignements ayant amené directement soit la découverte de crimes ou de délits, soit l'identification des auteurs de crimes ou de délits* ».

La notion de collaborateur occasionnel du service public est une théorie jurisprudentielle permettant d'indemniser, sur le fondement de la responsabilité pour risque, les personnes victimes d'un dommage alors qu'elles participent, de manière occasionnelle, à l'exécution d'un service public.

Le SNDJ avait pour sa part refusé de rétribuer la demanderesse en soutenant que le concours de l'ex cadre à l'enquête préliminaire concernant le bancaire

Suisse lui accordait le statut de témoin dont les seules règles applicables étaient celles relatives à la procédure pénale (Art.62 du code de procédure pénale).

Le tribunal administratif de Paris n'a pas suivi ce raisonnement et a considéré que l'ex cadre – en participant à l'enquête et notamment en transmettant des documents relatifs aux activités de l'entreprise et en surveillant des contacts de la société dans le cadre de ses fonctions – n'avait pas seulement eu un rôle de témoin mais avait pris part « *personnellement à la mission de service public assurée par ce service* » et devait en conséquence être reconnue « *collaborateur occasionnel du service public* ».

Le tribunal administratif a ainsi condamné l'Etat français à verser à la salariée la somme de 3000 euros en réparation du préjudice moral qu'elle a subi à raison de sa collaboration occasionnelle au service public entre les mois de juin 2011 et juin 2012.

- LE TRAITEMENT DES DONNEES RH - PUBLICATION D'UNE LISTE DE TRAITEMENT SOUMIS A L'AIPD

Le 11 octobre 2018, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) a adopté une liste des traitements pour lesquels elle estime qu'une **analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD)** est requise.

Une AIPD permet aux entreprises de construire des traitements de données respectueux de la vie privée et d'assurer leur conformité au Règlement général sur la protection des données (RGPD), entré en vigueur le 25 mai 2018.

En vertu de l'article 35 dudit règlement, une AIPD doit être menée lorsqu'un traitement de données personnelles « **est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques** ». Cet article précise également que chaque autorité de contrôle doit établir et publier une liste des types d'opération de traitement pour lesquelles une AIPD est requise.

La CNIL a ainsi établi et publié une liste comportant 14 types d'opération de traitement. Parmi ces derniers, ceux intéressant les ressources humaines sont notamment :

- Les traitements établissant des profils de personnes physiques à des fins de gestion des ressources humaines.

Exemple : les traitements visant à faciliter le recrutement

- Les traitements ayant pour finalité de surveiller de manière constante l'activité des salariés concernés.

Exemple : la vidéosurveillance de salariés

- Les traitements ayant pour objet la gestion des alertes et des signalements en matière professionnelle.

Exemple : les dispositifs de recueil d'alertes professionnelles

Toutefois, la CNIL a précisé que cette liste n'est pas exhaustive.

Ainsi, comment déterminer si une opération de traitement de données requiert au préalable une AIPD en dehors des cas prévus par cette liste?

Le Groupe de travail Article 29, ancien organe consultatif général composé des autorités nationales de protection des données personnelles, a élaboré une liste de 9 critères permettant de déterminer si une opération de traitement nécessite une AIPD :

- Evaluation ou notation (y-compris le profilage) ;
- Prise de décisions automatisée avec effet



juridique ou effet similaire significatif ;

- Surveillance systématique ;
- Données sensibles ou hautement personnelles ;
- Données traitées à grande échelle ;
- Croisement ou combinaison d'ensemble de données ;
- Données concernant des personnes vulnérables (et notamment les salariés) ;
- Utilisation innovante ou application de nouvelles solutions technologiques ou organisationnelles ;
- Exclusion du bénéfice d'un droit ou d'un contrat.

Le cumul de deux critères est suffisant pour qu'une opération de traitement nécessite une AIPD. Cependant, l'analyse se fait au cas par cas en fonction du degré du risque pour les droits et libertés des personnes physiques engendré possiblement par le traitement envisagé. Dès lors, une AIPD peut être nécessaire pour une opération de traitement ne remplissant qu'un critère, si le risque est élevé.

Pour rappel, le non-respect des dispositions relatives aux analyses d'impact peut entraîner une amende administrative pouvant s'élever au maximum à 10 000 000 euros ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 2% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent.

Ainsi, avant de mettre en œuvre un système d'alerte éthique, un système de contrôle de la messagerie des salariés ou un système de détection des hauts profils, il est recommandé de se mettre en conformité avec l'ensemble des obligations issues du droit du travail et du droit des données personnelles, et notamment de



1^{er} nov.

Ogletree Deakins est nommé “Law Firm of the Year” pour la huitième année consécutive par U.S. News - Best lawyers® “Best Law Firms”.

28-29 nov.

Congrès européen sur la protection des données organisée par l'International Association of Privacy Professionals (IAPP). Cécile Martin, associée, est membre du “European Advisory Board” de l'IAPP.

30 nov.

Matinée UIMM dont le thème était “Dialogue social et compétitivité des entreprises” et remise du prix de thèse UIMM 2018. Intervention de Jean-Marc Albiol, associé, sur le thème “En cas de réorganisation ou de difficultés économiques, la rupture du contrat de travail”.

Retrouvez nous :



26 avenue Victor Hugo, 75116 Paris



01.86.26.27.42



<https://www.ogletree.fr/>