

Comment adapter notre droit social au monde de l'hôtellerie ?

Les outils inexploités d'adaptation à la flexibilité et aux enjeux du secteur

Formation animée par Me Isabelle MATHIEU et Maud COHEN-BENHAMOU

DaemPARTNERS
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

 **Axiom** PARTNER

Préliminaire: mesure exceptionnelle pour situation exceptionnelle...

- Les attentats ont généré une très importante baisse de fréquentation des hôtels et restaurants parisiens;
- Se pose actuellement, pour certains en réelles difficultés économiques, la question du recours à l'activité partielle.

Activité partielle ?

- L'article R. 5122-1 du code du travail prévoit que l'employeur peut placer ses salariés en position d'activité partielle lorsque l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre temporairement son activité pour l'un des motifs suivants:
 1. La conjoncture économique
 2. Des difficultés d'approvisionnement en matières premières
 3. Un sinistre ou des intempéries de caractère exceptionnel
 4. Transformation, restructuration ou modernisation
 5. Toute autre circonstance de caractère exceptionnel

Activité partielle ?

A NOTER: Malgré les circonstances, il convient de pouvoir justifier de la réalité de la baisse d'activité en lien avec les évènements tragiques

Activité partielle?

■ L'indemnisation due aux salariés

- En période d'activité partielle, vous devez verser à vos salariés une "allocation spécifique" = à 70 % de leur salaire horaire brut par heure chômée ou 100 % de leur salaire net horaire s'ils suivent une formation pendant les heures chômées.
- Les indemnités d'activité partielle **ne sont pas assujetties au versement forfaitaire sur les salaires, aux cotisations salariales et patronales de Sécurité sociale**. En revanche, elles sont assujetties à la CSG au taux 6,20 % et à la CRDS au taux de 0,50 %.
- Attention, la **rémunération du salarié ne doit pas être inférieure au Smic brut**.

Activité Partielle

■ L'allocation perçue par l'employeur

- Une allocation financée par l'Etat et l'Unedic, destinée à compenser partiellement la perte de salaire sera versée à l'entreprise
 - = **indemnité horaire dont le taux est fixé à 7,74 €** par heure chômée par salarié (entreprise de 1 à 250 salariés)
 - = **indemnité horaire dont le taux est fixé à 7,23 €** par heure chômée par salarié (entreprise de 250 salariés et plus)
- L'allocation est attribuée pour toute heure perdue en deçà de la durée légale de travail.
 - = si la durée du travail excède 35 heures, **les heures au-delà de cette durée n'ouvrent pas droit à l'allocation**

Activité Partielle: information des IRP / Salariés

- Si votre entreprise comprend plus de 50 salariés, le comité d'entreprise (ou à défaut, les délégués du personnel) doit avoir été préalablement consulté sur la mise en activité partielle de l'établissement
- Les entreprises dépourvues de représentants du personnel veilleront à informer leurs salariés et nous vous recommandons de le faire par courrier à remettre en main propre.

Activité Partielle: Demande d'autorisation

- Pour mémoire, la demande d'autorisation d'allocation au titre de l'activité partielle est à adresser à la Direccte via le site internet dédié à cet effet
- La Direccte dispose d'un délai de 15 jours pour accepter ou refuser la demande, son silence valant acceptation

Un besoin accru de flexibilité

■ Flexibilité via le type de contrat

- Le contrat d'extra
- Le temps partiel
- Les contrats saisonniers
- Le contrat d'intermittence CDI

■ Flexibilité via l'externalisation

Un besoin accru de flexibilité : le recours au contrat d'extra

■ Le formalisme du contrat d'extra

- Le contrat d'extra doit, comme tout contrat de travail à durée déterminée, être écrit et mentionner expressément qu'il s'agit d'un contrat d'usage ;
- le contrat doit impérativement préciser le motif de sa conclusion (séminaire, banquet..);
- Un contrat écrit par vacation ;
- Précision du poste, durée du contrat, horaires, rémunération, lieu de travail, statut collectif applicable ;
- Signature du contrat : il est recommandé de ne pas attendre les deux jours légaux suivant l'embauche pour que le salarié signe son contrat : mettre en place une procédure permettant que le contrat d'extra soit signé par le salarié avant son embauche.

Un besoin accru de flexibilité : le recours au contrat d'extra

- Préconisations avant de recourir à un extra :
 - vérifier que pour l'emploi considéré, il est d'usage constant de ne pas recourir à un CDI en raison de la nature de l'activité exercée.
- Qu'est-ce qu'un emploi par nature temporaire ?
 - Selon la jurisprudence, le caractère temporaire des emplois de barman, chef de rang, de repasseur et de femme de ménage n'est pas établi. Les tâches administratives ou d'entretien présentent également un caractère permanent pour les juges, lesquels partent souvent du principe qu'un hôtel aura toujours besoin de ces salariés.
- **justifier la nature temporaire de l'emploi, par des raisons objectives, des éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi** (éléments concrets relatifs aux fluctuations d'activité, séminaire, commandes exceptionnelles pour des évènements non prévisibles et à titre ponctuel ...).
- Veiller à ne pas conclure des contrats d'usage avec le même salarié de façon ininterrompue sur une longue période.

Un besoin accru de flexibilité : le recours au temps partiel

- Définition

- Le salarié à temps partiel est celui dont l'horaire de travail est inférieur à un horaire à temps plein, soit inférieure à la durée légale ou conventionnelle du travail (C. trav. art. L. 3123-1).

- Nécessité d'un contrat écrit portant la signature du salarié.

- Situations particulières :

- Le salarié peut demander à exercer son activité à temps partiel :

- dans le cadre d'un congé parental d'éducation ;
- dans le cadre d'un congé pour création d'entreprise ;
- dans le cadre d'un congé de solidarité familiale ;
- dans le cadre du mi-temps thérapeutique ;
- dans le cadre de l'utilisation de son compte personnel de prévention de la pénibilité.

Un besoin accru de flexibilité : le recours au temps partiel

Réforme de 2014 de la réglementation du temps partiel (loi n°13-504 du 14 juin 2013) :

- Tous les contrats à temps partiel signés après le 1^{er} juillet 2014 doivent stipuler une durée minimale de 24h/semaine ou 104h/mois :
 - Pour les contrats signés avant cette date, une période transitoire de deux ans est prévue.
 - Durant la période transitoire, les salariés peuvent demander un passage à 24h. L'employeur est en droit de refuser en cas d'impossibilité du fait de l'activité économique de l'entreprise.

→ Cette durée ne s'applique pas aux contrats de mission (travail temporaire), aux contrats conclus en remplacement d'un salarié absent, dans le cadre d'un congé parental d'éducation ou de mi-temps thérapeutique.

➤ Exceptions :

- Contrat d'une durée au plus égale à 7 jours (Ord. n°15-82 du 29 janv. 2015 ; C. trav., art. L.3123-14-1)
- Demande écrite du salarié, souhaitant faire face à des contraintes personnelles, ou cumuler plusieurs activités dont la durée globale est au moins égale à 24 h
- Accord collectif de branche dérogatoire

Un besoin accru de flexibilité : le recours au contrat saisonnier

- Conditions du licéité du contrat saisonnier
 - Existence de variation d'activités se répétant chaque année, à dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs
 - L'ouverture de l'établissement toute l'année ne s'oppose pas à la conclusion d'un contrat saisonnier à condition de pouvoir **prouver la fluctuation cyclique** de la clientèle, **prévisible** car répétée d'année en année.
 - L'article 14 de la CCN HCR :
 - Le contrat saisonnier ne pourra ni être inférieur à 1 mois, ni excéder 9 mois.
 - Les contrats saisonniers conclus pendant 3 années consécutives et couvrant toute la période d'ouverture de l'établissement pourront être considérés comme établissant avec le salarié une relation de travail d'une durée indéterminée sur la base des périodes effectives de travail. Ces dispositions sont désormais dépourvues de force obligatoire (Cass. Soc. 24 juin 2015 n°13-25,761)

Un besoin accru de flexibilité : le recours au contrat d'intermittence

- Ce contrat a pour objet de pourvoir des **emplois permanents** qui, par nature, comportent une **alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées**.
- Nécessité de conclure un accord collectif (C. trav. art. L 3123-31)
 - Illicéité des contrats intermittents conclus **sans accord collectif** - requalification des contrats en CDI à temps complet (Cass. soc. 8 juin 2011 n° 10-15.087)
 - L'accord collectif autorise le recours au CDII, doit préciser les emplois concernés.
- Le contrat de travail obéit à un formalisme strict (C. trav., art. L. 3123-33) et doit notamment **impérativement** préciser les périodes qui seront travaillées, la durée annuelle minimale du travail, la répartition des heures de travail à l'intérieur des périodes travaillées ;
 - Requalification d'un CDI prévoyant que le salarié d'un institut thermal travaillerait « pendant la durée d'ouverture des termes » (Cass. soc., 15 mai 2014, n° 12-27.516) pour son manque de précision.

La sous-traitance

■ Définition

- consiste pour une entreprise donneur d'ordre à transférer une partie de sa fabrication à une entreprise sous-traitante.

■ Intérêts de la sous-traitance :

- gagner en flexibilité,
- réduire les coûts,
- se concentrer sur son cœur de métier

■ Risques :

- Civil : la solidarité financière
- Social : requalification en contrat de travail
- Pénal : délits de marchandage et de prêt de main d'œuvre illicite

La sous-traitance :

Les obligations de l'entreprise utilisatrice

Obligations reposant sur le donneur d'ordre

Pour les contrats supérieurs à 5000 €uros :

- **Obligation de vigilance :**
 - Obligation de vérifier que le sous-traitant s'acquitte de ses obligations sociales et fiscales
 - A la conclusion du contrat et tous les six mois : délivrance d'une attestation de vigilance
 - Obligation accrue en cas de recours à un prestataire étranger

- **Obligation de diligence :**
 - Lorsqu'il est informé que le sous-traitant est en situation irrégulière, le donneur d'ordre doit le mettre en demeure de faire cesser la situation (art. L8222-5 du code du travail)

Sanction de l'absence de vérifications :

***Poursuite pénale pour délit de travail dissimulé,
condamnation solidaire en cas de manquement du sous-traitant,
Perte du bénéfice des exonérations et réductions de cotisations sociales applicables aux salariés
pendant toute la période ou le délit de travail dissimulé de sous-traitant aura été constaté.***

La sous-traitance :

le risque civil : la solidarité financière

➤ Article L.8232-3 du Code du travail :

L'entrepreneur principal peut, en cas de défaillance du sous-traitant, avoir à payer en son lieu et place les salaires, congés-payés, cotisations sociales, **si le sous-traitant n'est pas propriétaire d'un fond de commerce ou d'un fonds artisanal** (dans ce cas, il offre des garanties suffisantes).

➤ Article L.8222-1 du Code du travail :

La société contractante doit s'assurer que la société prestataire de services a effectué toutes les formalités nécessaires liées à l'emploi de ses salariés, conformément aux articles L.8221-3 et L.8221-5 du Code du travail (*immatriculation au RCS, déclarations exigées par les organisations de protection sociale ou par les organisations fiscales, remise de bulletins de salaire et tenue d'un registre du personnel*).

➤ Articles L.8222-2 et L.8222-3 du Code du travail :

A défaut, la société contractante sera tenue solidairement avec ce cocontractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges dues par lui à raison de l'emploi des salariés et ce à due proportion de la valeur des travaux réalisés, services fournis, du bien vendu et de la rémunération en vigueur dans la profession.

La sous-traitance :

le risque social : la requalification

➤ La requalification du contrat de travail

Ce risque est réel lorsque que le contrat d'entreprise ou le contrat de prestation de service a pour effet de placer le(s) intervenant(s) extérieur(s) sous l'autorité de l'encadrement de l'entreprise utilisatrice.

Le juge utilise la technique du faisceau d'indices, non seulement au regard des stipulations contractuelles, mais aussi des conditions de fait de l'exercice de l'activité:

- ✓ existence ou absence d'une direction et d'un contrôle par le bénéficiaire de la prestation;
- ✓ lieu, temps de l'activité (contraintes horaires...);
- ✓ l'intéressé travaille seul ou avec le concours d'autrui (avec un personnel rémunéré par lui, par exemple);
- ✓ la propriété du matériel, des matières premières;
- ✓ le type de rémunération,

La sous-traitance :

le risque social : la requalification

- Les salariés bénéficiaires de la requalification pourront en conséquence demander l'application de tous les droits et avantages applicables dans l'entreprise, avec effet au premier jour du contrat requalifié.
- Ils peuvent le cas échéant demander à ce que soit reconnu l'existence d'un licenciement abusif.

La sous-traitance :

le risque pénal : le délit de prêt de main d'œuvre illicite

- « *Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre est interdite* » en dehors du cadre du travail temporaire (Art L. 8241-1 du Code du travail).

Peines encourues :

- Personne physique : **30.000€** d'amende et/ou **2 ans** d'emprisonnement.
- Personne morale : **150.000€** d'amende et/ou peines complémentaires (dissolution Société, fermeture définitive ou provisoire de la Société ...)

La sous-traitance :

le risque pénal : le délit de prêt de main d'œuvre illicite

Définition du « but lucratif » :

- « Toute opération de fourniture de main d'œuvre ayant engendré **un bénéfice, un profit, un gain pécuniaire** » (*Crim 20 mars 2007*)

- **La Loi 2011-893 du 28 juillet 2011** pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels est venue « sécuriser le prêt de main d'œuvre », dans le prolongement de l'**ANI du 8 juillet 2009**.

- **Art. L.8241-1 al. 2 du Code du travail** : **Pas de but lucratif** lorsque l'entreprise mettant à disposition le salarié se limite à refacturer à l'entreprise utilisatrice :
 - la rémunération versée au salarié
 - les charges sociales afférentes
 - les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition.

La sous-traitance :

le risque pénal : le délit de prêt de main d'œuvre illicite

- Le contrat de prestations ou de sous-traitance ne doit pas déléguer l'activité principale de la société, son « cœur de métier ».
- Exigence d'un savoir faire spécifique propre au prestataire
- Appréciation plus souple de l'administration et de certains juges du fond : Le contrat doit avoir pour objet l'exécution d'une tâche nettement définie que le donneur d'ordre **ne veut ou ne peut pas accomplir lui-même avec son personnel, pour des raisons d'opportunité économique ou de spécificité technique** (Réponse Ministérielle n°29546/ JOAN du 20 mars 2000) - CA Metz 8 avril 2015 n°23/01939 –
- S'il apparaît que les salariés font le même travail que des salariés internes à l'entreprise, l'opération est analysée en fourniture de main-d'œuvre.

La sous-traitance :

le risque pénal : le délit de prêt de main d'œuvre illicite

- Le prestataire **doit être le seul employeur du personnel utilisé**, géré et rémunéré par lui, qu'il encadre et dirige dans l'accomplissement de sa tâche, qui demeure sous sa seule autorité. Le personnel du prestataire ne doit pas être intégré de fait chez le donneur d'ordre, en jouissant notamment des mêmes conditions de travail que les salariés ce dernier.
- Bien qu'il puisse être admis que le personnel du prestataire utilise du matériel du donneur d'ordre, **il est préférable que les matériels nécessaires à l'exécution des travaux soient fournis par le prestataire à ses salariés.**
 - L'absence de moyens matériels ou de matériaux nécessaires à l'activité qui fait l'objet du contrat de prestations de services caractérise inévitablement le prêt de main d'œuvre illicite (*Cass. Crim. 12 mai 1998 n°96-86.479*)
 - Le fait de travailler avec le matériel et les matériaux du donneur d'ordre est révélateur de prêt de main d'œuvre illicite et non d'une prestation de services (*Cass. Crim. 25 avril 1989 n°88-84.255*)
- Le risque de l'opération doit être assuré par le prestataire.

La sous-traitance :

le risque pénal : le délit de prêt de main d'œuvre illicite

- Le juge utilise différents critères pour qualifier la mise à disposition de prêt de main d'œuvre illicite et, notamment, s'intéressera à la situation des salariés au sein de l'entreprise :
 - organisation du travail,
 - descriptif des tâches,
 - établissement des plannings de travail,
 - encadrement et surveillance par son propre personnel,
 - autorité et discipline, ...

Dès lors que le juge constate que l'entreprise utilisatrice exerce les prérogatives de l'employeur, il conclut au caractère illicite.

La sous-traitance :

le risque pénal : le délit de prêt de main d'œuvre illicite

- Il y aura donc un prêt de main-d'œuvre illicite si :
 - L'objet de la prestation n'est pas défini
 - La part de main d'œuvre est prépondérante voire exclusive
 - Le prestataire ne met en œuvre aucun moyen spécifique, n'apporte aucun savoir-faire, ni technicité
 - Utilisation du matériel de l'entreprise utilisatrice
 - Le personnel est placé sous les ordres de l'entreprise utilisatrice
 - Si le personnel et le sous-traitant sont interchangeables
 - La prestation est facturée au temps passé et non pas selon un prix global et forfaitaire
- Aucun de ces éléments n'est à lui seul décisif et le poids respectif de ces indices est inégal

La sous-traitance :

le risque pénal : le délit de marchandage

- Il est constitué lorsque toute opération de prêt de main d'œuvre à but lucratif « *a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'il concerne ou d'éluider l'application de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif* » (article L. 8231-1 du Code du travail).
- **Sanctions similaires à celles du prêt de main d'œuvre : amende de 30.000 euros et/ou peine d'emprisonnement de deux ans.**
- Éléments constitutifs :
 - Un prêt de main d'œuvre à but lucratif, non exclusif
 - Un fait dommageable (préjudice causé aux salariés ou éluder l'application de la loi, règlement ou accord collectif)

La sous-traitance :

le risque pénal : le délit de marchandage

- Concernant le **préjudice causé aux salariés** dans le cadre du délit de marchandage, les exemples jurisprudentiels sont nombreux :
 - Il peut s'agir d'un préjudice d'ordre financier résultant du montant peu élevé de la rémunération versée par l'entreprise fournisseuse de main d'œuvre, cette dernière se réservant le principal profit de l'opération.
 - Un préjudice résultant de la perte d'avantage. On se réfère ici à la situation juridique et sociale qui aurait été celle du salarié si l'entreprise utilisatrice avait été son propre employeur.
 - Un préjudice résultant de la privation des droits sociaux ou du statut social de l'entreprise utilisatrice (perte du statut de salarié permanent, du bénéfice de la convention collective correspondant à son emploi réel, de la possibilité de participer aux institutions représentatives du personnel...)

La sous-traitance :

le risque pénal : le délit de marchandage

- Concernant la volonté d'éluder l'application de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles :
 - Cette condition se rapproche de la précédente, mais ici, le délit est constitué **même lorsqu'il n'est pas prouvé qu'en réalité les salariés ont été lésés.**
 - Il suffit de démontrer que les salariés ont été **privés d'avantages potentiels**, par exemple :
 - l'application d'une convention collective,
 - le bénéfice des œuvres sociales de l'entreprises,
 - le bénéfice de la participation, de l'intéressement...
 - Il y aura également infraction si l'entreprise utilisatrice cherche à :
 - éviter d'atteindre les seuils d'effectif l'obligeant à appliquer certaines dispositions légales relatives, notamment, à la mise en place des institutions représentatives du personnel (Crim. 10 fév. 1998).

Aménagement du temps de travail

- **Flexibilité via l'aménagement du temps de travail**
 - Généralités - avenant n°19 du 29 septembre 2014
 - Les heures supplémentaires
 - Le forfait jours

Aménagement du temps de travail

- **Cadre juridique : Avenant n°19 du 29 septembre 2014 (non étendu) de la CC HCR**
- **Possibilité d'organiser le temps de travail sur l'année ou sur une période de référence en fonction des saisons**
 - Détermination de la période de référence par voie de négociation
 - Possibilité de détermination sur l'année ou en fonction des saisons dans les entreprises dépourvues d'IRP
- **Le calcul de la durée de travail se fait sur la période de référence :**
 - 1607 heures sur l'année, ou 606 heures sur 4 mois
 - Les heures supplémentaires sont calculées en fonction de ces périodes de références : heures au-delà de 1607 heures par an, etc...
 - L'avenant prévoit des majorations particulières en cas d'aménagement du temps de travail
- **L'avenant permet un lissage des rémunérations sur l'année**

Aménagement du temps de travail

Il est possible de faire varier la durée de travail hebdomadaire à l'intérieur de la période de référence de 0 à 48h

- Conditions :

- L'employeur doit avertir par tous moyens les salariés de leur horaire prévisionnel de travail au moins **15 jours à l'avance**
- L'employeur doit mettre en place un **moyen de calcul des heures effectuées** par ses salariés, quotidiennement, chaque **semaine**, et **mensuellement**
- Un document **hebdomadaire** récapitulant les horaires doit être signé par le salarié et l'employeur, ainsi qu'un document **mensuel** en deux exemplaires annexé au bulletin de paie, doivent être établis par l'employeur
- En cas de **circonstances exceptionnelles**, l'horaire prévisionnel peut être modifié sans respecter le délai de 15 jours. Si cette modification est faite dans un délai inférieur à 8 jours, le salarié doit avoir droit à une contrepartie, prévue par l'entreprise, à défaut prenant la forme d'un repos compensateur.

Aménagement du temps de travail : les heures supplémentaires

= toute heure de travail supplémentaire accomplie à la demande ou avec l'accord de l'employeur (CC HCR 30 avril 1997)

→ L'employeur, au titre de son pouvoir de direction, décide de l'accomplissement ou non des heures supplémentaires et de leurs modalités.

→ Seules les heures supplémentaires demandées par l'employeur ou effectuées avec son accord donnent lieu à majoration (Cass. soc. 11 févr. 2003 n°01-41.289 ; 23 janv. 2008 n°06-43.919).

→ Pour refuser de payer les heures supplémentaires, l'employeur doit prouver que le salarié les a effectuées contre son avis ou sans son accord (31 mars 1998, n° 96-41.878).

Or, l'acceptation tacite de l'employeur suffit ! (6 avril 2011 n°10-15.286).

■ Risque d'une mauvaise gestion :

- Paiement d'heures supplémentaires non demandées
- Non respect du contingent d'heures supplémentaires
- Non respect des durées maximales de travail (responsabilité pénale)
- Manquement dans le suivi des temps de repos
- Nécessité de les mentionner sur le bulletin de paie (risque : travail dissimulé)

Aménagement du temps de travail : les conventions de forfait jours

= Modalité d'organisation et de décompte du temps de travail en jours et non pas en heures qui exonère de la plupart des dispositions relatives à la durée du travail (C. trav. art. L.3121-38 et s.)

■ Conditions :

➤ Mise en œuvre subordonnée à un accord collectif préalable :

Il ne peut être recouru au forfait annuel en jours que si un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche l'autorise expressément (C. trav. art. L.3121-39 ; Cass. soc. 8 mars 2012 n°11-10.510).

➤ Accord écrit express du salarié :

Le recours au forfait annuel en jours nécessite la conclusion d'une convention individuelle avec le salarié, sous la forme d'un avenant ou de stipulations dans le contrat de travail. Elle précise la nature des fonctions justifiant le recours au forfait jours ainsi que le plafond de jours travaillés compris (C. trav. art. L.3121-40 ; Cass. soc. 28 sept. 2010 n° 09-41.624 et 19 févr. 2014 n° 12-26.479).

Aménagement du temps de travail : les conventions de forfait jours

➤ Conditions de validité de l'accord collectif imposées par la Cour de cassation :

Il ressort de la jurisprudence qu'au-delà de la détermination des cadres concernés et du nombre maximal annuel de jours travaillés, l'accord collectif doit imposer :

- ✓ la mise en place d'un dispositif de contrôle des jours travaillés et non travaillés ;
- ✓ des durées minimales de repos quotidien et hebdomadaire ;
- ✓ une durée de travail raisonnable quotidienne et hebdomadaire ;
- ✓ une bonne répartition dans le temps de la charge de travail.

L'accord collectif peut également comporter des clauses prévoyant :

- ✓ la renonciation à des jours non travaillés ;
- ✓ l'affectation de jours non travaillés à un compte épargne-temps ;
- ✓ le suivi médical du salarié (...)

(notamment Cass. soc., 29 juin 2011, n°09-71.107, 17 déc. 2014, n°13-22.890, 31 janv. 2012, n°10-19.807, 26 sept. 2012, n°11-14.540, 18 mai 2014, n°13-13.947, 11 juin 2014, n°11-20.985)

Aménagement du temps de travail : les conventions de forfait jours

■ Quid dans le secteur de l'hôtellerie ?

➤ **L'avenant n°1 du 13 juillet 2004 étendu à la CC HCR du 30 avril 1997** (art. 13.2) signé sur la base de la législation antérieure à la loi n °2008-789 du 20 août 2008 réformant les conventions de forfait :

- ✓ Cadres concernés : personnel d'encadrement relevant du niveau V de la classification bénéficiant d'une large autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps rendant impossible l'établissement d'un planning prédéterminé. Rémunération moyenne mensuelle au moins égale au plafond mensuel de la Sécurité sociale.
- ✓ Forfait annuel de 217 jours.
- ✓ Décompte des journées travaillées annexé au bulletin de paie.
- ✓ Jours de repos pris après accord de l'employeur.

➤ Invalidé par la cour de cassation en raison d'une insuffisance des garanties prévues en matière de suivi de l'amplitude et de la charge de travail (Cass. Soc. 7 juillet 2015 n°13-26.444)

Aménagement du temps de travail : les conventions de forfait jours

■ Quid dans le secteur de l'hôtellerie ?

➤ Cadre juridique futur : avenant n°22 du 16 décembre 2014 :

- ✓ Définition plus précise des cadres concernés : salariés soumis aux directives de leur employeur dans le cadre de la réalisation de leurs missions, maîtres de l'organisation de leur emploi du temps (libre détermination de leurs prises de RDV, de leurs heures d'arrivée et de sortie, de la répartition de leurs tâches au sein d'une journée/semaine ; de l'organisation de leurs congés) et dont la nature des fonctions ne leur permet pas de suivre l'horaire collectif ;
- ✓ Dispositions relatives à la prise, à la renonciation et au paiement des jours de repos ;
- ✓ Suivi du temps de travail : document de contrôle tenu par l'employeur, utilisation du matériel professionnel durant les périodes de repos ; entretiens individuels (1 entretien / an minimum)...

➤ L'avenant n°22 n'est pas encore applicable.

Aménagement du temps de travail : les conventions de forfait jours

▪ **Quid des conventions de forfait jours actuelles?**

- Soit les conventions de forfait sont autorisées par un accord d'entreprise répondant aux conditions jurisprudentielles
- Soit, à défaut d'accord d'entreprise, les conventions individuelles de forfait passées sous l'empire de l'avenant n°1 su 13 juillet 2004 sont nulles.

➔ Les salariés concernés peuvent demander l'application des règles de droit commun de décompte et de rémunération des heures de travail (Cass. soc., 29 juin 2011, n°09-71.107) et à ce titre :

- Rappel de salaire au titre des heures supplémentaires sur 3 ans
- Indemnisation au titre des repos et du dépassement des durées maximales de travail
- Dommages-intérêts spécifiques, notamment au titre du travail dissimulé (risque pénal)
- Prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur

Aménagement du temps de travail : les conventions de forfait jours

Préconisations

- Sans accord collectif : faire signer un avenant aux contrats des cadres concernés, régularisant un temps de travail avec un forfait en heure sur le mois.
- Négocier un accord d'entreprise **plus complet** et détaillant les garanties en terme de suivi de l'amplitude et de la charge de travail (reprenant éventuellement les dispositions de l'avenant n°22 du 16 décembre 2014)

Négociier sans délégué syndical

- La loi Rebsamen a supprimé le seuil de 200 salariés pour les négociations avec élus. Toutes les entreprises sont désormais concernées.
- La loi crée un nouveau négociateur, « l'élu mandaté », avec lequel la négociation doit s'engager en priorité.
 - L'employeur qui souhaite engager une négociation doit informer
 - Les représentants élus du personnel
 - Les organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise (notamment FGTA-Force Ouvrière ; Fédération des services CFDT ; SEHOR/CFE-CGC ; Syndicat national CFTC Hôtellerie Restauration ; UNSA) ou représentatives au niveau national et interprofessionnel.
 - Les élus qui souhaitent négocier disposent d'un délai d'un mois pour l'indiquer, et informer l'employeur s'ils veulent le faire dans le cadre d'un mandatement.

la validité de l'accord conclu avec des élus mandaté est soumise à l'approbation par les salariés, à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions qui seront fixées par décret.

Négociier sans délégué syndical

- En l'absence de représentant élu mandaté, les représentants élus titulaires (CE, DP, DUP) peuvent conclure des accords collectifs :
 - Uniquement pour les négociations portant sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à la conclusion d'accords collectifs (ex. temps de travail, accords sur la représentation dans les entreprise de plus de 300 salariés...)
 - Les accords seront soumis à une double condition de validité. Ils doivent être d'une part signés par des élus représentant la majorité des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles, et d'autre part soumis à l'approbation de la commission paritaire de branche.

Négociier sans délégué syndical

- **La négociation et conclusion d'accord collectif par des simples salariés mandatés reste possible, la loi en assouplit les conditions :**
 - Cette négociation est désormais ouverte dans les entreprises où il y a une représentation élue du personnel, mais où aucun des élus n'a souhaité négocier.
 - Elle est toujours possible lorsque qu'il n'y a pas d'élus (PV de carence à l'appui), et dans les entreprises de moins de 11 salariés. La loi prévoit qu'à défaut d'être mandatés par une organisation syndicale représentative de branche, les salariés peuvent être mandatés par une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel (art. L.2232-24 du code du travail).
 - Les thèmes de négociations restent limités, et l'accord soumis à l'approbation de la majorité des salariés.

Les problématiques spécifiques des HCR

- **Des points de vigilance spécifiques au secteur :**
 - Encourager la performance par la rémunération
 - Le risque comportemental

Encourager la performance

- Principe à travail égal, salaire égal : égalité de rémunération pour les salariés exerçant un travail identique ou de valeur égale (Jurisprudence constante depuis 1996).
 - Rémunération au sens large : traitement de base + tous les autres avantages et accessoires en espèces ou en nature
- Dérogation au principe :
 - L'employeur peut accorder des différences de rémunérations si elles reposent sur des critères objectifs, pertinents, matériellement vérifiables et étrangers à toute discrimination.
 - L'employeur peut attribuer un avantage salarial si tous les salariés placés dans une situation identique au regard de cet avantage peuvent en bénéficier, et si les règles de son octroi ont été préalablement définies et communiquées.
Exemple : niveau d'expérience, différence de qualification, qualité du travail évaluée par un système d'évaluation objectif et pertinent (Cass. Soc. 20 fév. 2008)

Encourager la performance

- Les avantages catégoriels

- Nouvelle position de la Cour de cassation : distinction entre les avantages d'origine conventionnelle et les avantages instaurés par une décision unilatérale de l'employeur :

- Les avantages **conventionnels** sont **présumés** justifiés par des motifs professionnels.

- Les avantages institués par décision unilatérale de l'employeur doivent reposer sur des raisons objectives, en tenant compte notamment des conditions d'exercice des fonctions, de l'évolution de carrière, ou des modalités de rémunération :

- Sont considérés comme des raisons objectives :

- ✓ Une compensation financière moindre pour des salariés (Cass. Soc. 30 mars 2012)

- ✓ Une modalité différente de calcul des congés payés pour des salariés ayant une organisation du temps de travail distincte (Cass. Soc. 24 avril 2013)

- A l'inverse : avantages non liés au travail (prime de naissance, etc...)

Encourager la performance

- Si un accord de NAO attribue à une catégorie professionnelle des augmentations individuelles sur la base d'une enveloppe globale, il appartient à l'employeur de justifier l'absence d'augmentation d'un salarié de la catégorie par des éléments objectifs :
 - La seule affirmation de l'attribution d'une prime sur les performances individuelles, compte tenu des faibles performances du service dans lequel il est intégré, sans élément objectifs et matériellement vérifiables à l'appui, constitue une inégalité de traitement vis-à-vis des salariés ayant reçu une augmentation individuelle (Cass.soc. 6 mai 2015 n° 13-25821).
 - L'employeur doit justifier les éléments sur lesquels il se fonde pour estimer si les objectifs sont ou non atteints :
 - Importance de l'évaluation annuelle du salarié : Les résultats d'une évaluation régulière peuvent constituer une justification objective des décisions de l'employeur (Cass.Soc.,5 novembre 2009, n°08-43.112).
 - Par contre, des attestations présentées en faveur des qualités professionnelles d'un collaborateur ne sont pas des critères objectifs susceptibles de justifier l'inégalité de rémunération entre deux salariés (Cass. soc. 10 décembre 2008 n° 07-40.911)
- A noter toutefois que les retours « clients » peuvent être des objectifs pertinents de bonus.*

Encourager la performance

- **Les critères d'évaluation des aptitudes et performances des salariés doivent être préétablis, objectifs, connus et contrôlables :**
 - Les critères comportementaux sont licites à conditions d'être exclusivement professionnels et suffisamment précis, pour permettre au salarié de les intégrer dans une activité et à l'évaluateur de les apprécier de manière objective (CA Toulouse 21 septembre 2001 n°11-00604) ;
 - Repose sur des critères transparents et objectifs le système d'évaluation qui porte sur la performance et les comportements professionnels, dès lors :
 - Qu'il prévoit des définitions qui ne portent pas sur la personnalité et les traits de caractère mais sur les comportements au regard du travail à accomplir,
 - Que chaque comportement est illustré par des exemples multiples en fonction des niveaux et des métiers, permettant de comprendre en quoi le comportement est évalué.

Vigilance sur le risque comportemental

- **Les violences** : physiques ou verbales, internes ou externes à l'entreprise :
 - **Internes** à l'entreprise : générées par des conflits entre salariés, des contestations ou oppositions de points de vue, des façons de travailler, des aspects d'organisation du travail...
 - **Externes** à l'entreprise ou inhérente à l'activité : s'expriment dans le cadre même de l'activité et font écho à des conditions de travail difficiles ou dégradées, des actes de violence exceptionnelles...
- Pas de disposition concernant la violence au travail mais sanctions pénales de tels actes (coups et blessures - insultes)
- Le harcèlement moral ou sexuel
- Les RPS sont intégrés dans le plan de prévention annuel

Vigilance sur le risque comportemental

- Responsabilité de l'employeur, dès lors qu'une atteinte à la santé physique ou morale des salariés a lieu sur le lieu du travail, quand bien même il aurait pris des mesures pour faire cesser ces atteintes :
 - L'employeur qui se contente de « mettre en garde » l'agresseur et de lui « rappeler les règles élémentaires de courtoisie » manque donc à son obligation de sécurité.
 - En cas de violences physiques ou morales exercées par l'un ou l'autre des salariés, une **prise d'acte** de la rupture du contrat par la victime sera nécessairement fondée si elle est faite rapidement
 - Toute atteinte à l'intégrité physique ou morale d'un salarié constitue un manquement grave aux obligations de l'employeur justifiant la rupture à ses torts (Cass. Soc. 23 janvier 2013 n° 11-18.855)
- Le changement de cap de la jurisprudence en matière de prise d'acte de la rupture ne modifiera pas l'état du droit : en effet, si les juges du fond doivent apprécier la gravité du manquement de l'employeur, l'obligation de résultat est de fait une obligation de prévention.

Vigilance sur le risque comportemental

- Toutefois, la réaction rapide de l'employeur ainsi que les mesures préventives pour faire face à ce type de situation peuvent désormais être prise en compte par les juges du fond.
 - Implication de la direction et des managers opérationnels dans les actions de prévention
 - Formation de l'encadrement à cette prévention
 - Formation des salariés sur le harcèlement/les violences/la discrimination
 - Information des salariés sur les personnes à consulter en cas de problèmes ayant une origine psychosociale
 - Repérage des salariés ayant des comportements addictifs ou en situation de risque
 - L'assistance confidentielle portée à des salariés confrontés à un problème psychosocial

DaemPARTNERS
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

Me Isabelle Mathieu

7, bis rue de Monceau
75008 Paris

01 58 36 16 50

imathieu@daempartners.com



Maud Benhamou

112, rue de Silly
92100 Boulogne

06 80 14 45 88

maud.benhamou@axiompartner.com