

La revue de jurisprudence et actualité droit social de Sud Matmut

L'utilisation du téléphone portable par le salarié

DANS CE NUMÉRO :

Utilisation du téléphone portable	1
Modulation temps de travail heures supplémentaires	2
Rappel de salaires : prescription de l'action	3
Période d'essai CDI après CDD	3
Requalification CDD en CDI effet rétroactif	3
Intempéries	4

L'utilisation du téléphone portable par le salarié pose de nombreuses questions qui revêtent une grande importance pratique, compte tenu du fait que tous les salariés ou presque disposent de cet outil de communication.

1. L'employeur peut-il interdire l'utilisation du téléphone portable personnel pendant les horaires de travail ?

L'employeur ne peut apporter des restrictions aux droits des salariés et à leurs libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché (C. trav. art. L. 1121-1).

L'article L. 1321-3 du Code du travail reprend la même interdiction s'agissant du règlement intérieur, qui ne peut contenir de clauses ainsi restrictives.

Il en résulte qu'une interdiction générale et absolue d'utiliser le téléphone portable personnel, sur le lieu de travail et pendant les horaires de travail, peut être considérée comme abusive. En revanche, des situations de travail particulières peuvent parfaitement justifier cette interdiction (conduite, travail posté, travaux en hauteur...).

2. L'utilisation du téléphone portable professionnel à des fins personnelles constitue-t-elle un avantage en nature ?

Lorsque, dans le cadre de l'activité professionnelle, l'employeur met à la disposition du salarié un téléphone

portable dont l'usage est en partie privé, l'avantage en nature constitué par cet usage privé doit être soumis en partie à cotisations sociales.

L'avantage en nature est évalué, sur option de l'employeur (arrêté du 10 décembre 2002) :

- Soit sur la base des dépenses réellement engagées ;
 - Soit sur la base d'un forfait annuel estimé à 10 % du coût d'achat ou, le cas échéant, de l'abonnement, toutes taxes comprises.
- Cependant, pour l'Urssaf, l'utilisation raisonnable du téléphone portable pour la vie quotidienne d'un salarié (ex. appels de courte durée) dont l'emploi est justifié par les besoins ordinaires de la vie professionnelle et familiale n'est pas considérée comme un avantage en nature.

De même, l'avantage en nature peut être négligé lorsqu'un document écrit de l'entreprise mentionne que le téléphone portable mis à disposition par l'employeur est destiné à un usage professionnel ou que son utilisation par le salarié découle d'obligations et de sujétions professionnelles (ex. possibilité d'être joint par téléphone à tout moment).

3. L'employeur peut-il reprendre le téléphone portable professionnel mis à la disposition du salarié ?

Si le téléphone portable n'est pas un avantage en nature mais un simple outil



de travail, l'employeur est en principe libre de le supprimer, sauf si cette mesure constitue une discrimination ou participe d'un harcèlement moral (Cass. soc. 27 octobre 2004, n° 04-41.008).

En revanche, si le téléphone portable est un avantage en nature, il s'agit alors d'un élément de rémunération et l'employeur ne peut en priver unilatéralement le salarié.

Cette solution est applicable même en cas de dispense de préavis, puisque l'inexécution du préavis ne doit entraîner aucune diminution des salaires mais aussi des avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis (C. trav. art. L. 1234-5).

Il est donc impossible, dans ce cas, de reprendre au salarié le téléphone professionnel dont il a également un usage personnel, ce qui peut évidemment poser des difficultés pratiques, notamment en cas de risque de concurrence de la part d'un ancien salarié.

4. Les données issues du téléphone portable professionnel ou personnel peu-

« n'est pas justifié le licenciement motivé par l'usage abusif du téléphone portable alors qu'une utilisation privée était largement tolérée dans l'entreprise et que le salarié n'avait pas fait l'objet d'une mise en garde ni même de remarques préalables »

vent-elles constituer un mode de preuve ?

Pour la Cour de cassation, si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur (Cass. soc. 23 mai 2007 n° 06-43.209).

De même, le message vocal de l'employeur laissé sur le téléphone du salarié est un mode de preuve valable (Cass. soc. 6 février 2013 n° 11-23.738).

Par conséquent, l'employeur et le salarié peuvent parfaitement produire en justice les SMS ou messages vocaux échangés au moyen d'un téléphone portable professionnel ou même personnel.

En revanche, constituent un mode de preuve déloyal les vidéos filmées par un téléphone portable et mises en ligne par leur auteur sur un site de partage de vidéos, que l'employeur produit pour établir les actes humiliants commis par un salarié sur un stagiaire, sans apporter la preuve qu'il avait obtenu de façon autorisée ces vidéos destinées à un public limité détenteur d'un code d'accès (CA Douai 30 septembre 2009, n° 08-3130).

5.L'utilisation du téléphone portable professionnel doit-elle faire l'objet d'une déclaration à la CNIL ?

La mise à disposition d'un téléphone portable au bénéfice du salarié conduit l'employeur à disposer des données relatives à l'utilisation de ce moyen de communication, via leur transmission par l'opérateur choisi par l'employeur.

Ainsi, le traitement des données relatives à l'utilisation du téléphone portable dans ce cadre doit faire l'objet d'une déclaration préalable en application de la norme n° 47 issue de la délibération CNIL n° 2005-019 du 3 février 2005.

Attention : Les finalités de ce traitement sont limitées à la simple gestion des moyens de communication et à la maîtrise des dépenses liées à l'utilisation des services de téléphonie. Les finalités relatives à l'écoute ou l'enregistrement des conversations téléphoniques ou la localisation d'un salarié à partir de son téléphone portable sont expressément exclues du champ d'application de la norme.

La durée de conservation des données relatives à l'utilisation des services de téléphonie est limitée à un an courant à la date de l'exigibilité des sommes dues en paiement des prestations des services de téléphonie.

6.Dans quels cas l'utilisation

du téléphone portable du salarié peut-elle justifier son licenciement ?

La jurisprudence fournit de nombreux exemples de licenciements liés à l'usage du téléphone portable par le salarié.

Ainsi, est justifié par une faute simple le licenciement du salarié ayant passé des appels téléphoniques en dehors des horaires de travail avec le téléphone portable mis à sa disposition par l'employeur (CA Paris 2 juillet 2008, n° 06-13085).

En revanche, n'est pas justifié le licenciement motivé par l'usage abusif du téléphone portable alors qu'une utilisation privée était largement tolérée dans l'entreprise et que le salarié n'avait pas fait l'objet d'une mise en garde ni même de remarques préalables (Cass. soc. 1^{er} février 2011, n° 09-42.786).

Dans le domaine de la circulation routière, la Cour d'appel de Nancy a pu admettre le bien fondé du licenciement pour faute grave d'un chauffeur envoyant de nombreux SMS au volant, dans la mesure où ce comportement, contrevenant au Code de la route, constitue un manquement caractérisé aux règles élémentaires de sécurité, de nature à créer un danger pour les autres usagers de la route (CA Nancy 14 novembre 2012, n° 12/00388).

Modulation du temps de travail : déclenchement des heures supplémentaires

Le paiement d'heures supplémentaires est dû dès lors que les salariés auxquels s'applique un accord de modulation du temps de travail ont effectué, au cours de la période de référence plus de 1 607 heures de travail.

En l'espèce, des salariés soumis à un accord de modulation fixant la durée annuelle de travail à 1 607 heures, réclamaient le paiement d'heures supplémentaires pour les heures effectuées au-delà de la durée prévue par l'accord.

Pour l'employeur, ces salariés n'ayant pas acquis la totalité de leurs droits à

congés payés pour la période concernée, ils ne pouvaient donc pas se prévaloir de cette durée maximale annuelle.

Dans un arrêt du 14 novembre 2013, la Cour de Cassation n'est pas de cet avis.

Pour les Hauts magistrats, « le seuil de déclenchement des heures supplémentaires ne peut être supérieur au plafond de 1 607 heures de travail par an, quand bien même le salarié n'aurait pas acquis l'intégralité de ses droits à congés payés au titre de la période de référence prévue par l'accord ».

Les accords de modulation du temps de travail ont laissé place aujourd'hui aux accords d'annualisation du temps de travail prévus par l'article L.3122-1 du Code du travail, auxquels cette solution semble tout à fait transposable.



Rappel de salaires : prescription de l'action

Il convient de prendre en compte la date d'exigibilité d'une créance pour déterminer le point de départ du délai de prescription de l'action en paiement des sommes dues.

En l'espèce, un salarié avait été engagé par une association par plusieurs CDD successifs. Ayant demandé la requalification de la relation contractuelle en CDI, le salarié avait également demandé le paiement de rappels de salaires.

La cour d'appel, prenant en compte la date de saisine des prud'hommes du 24 avril

2006, avait déclaré prescrites toutes les actions concernant le paiement des sommes se rapportant à la période antérieure au 24 avril 2001 (l'action se prescrivait avant la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation d'emploi par un délai de 5 ans).

Considérant, conformément à sa jurisprudence, que le délai de prescription démarre à la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible, la Cour de cassation a censuré la décision d'appel dans un arrêt du 14 novembre 2013.

Les juges du fond auraient dû rechercher à quelle date les sommes se rapportant à la période antérieure au 24 avril 2001 étaient devenues exigibles.



Période d'essai du CDI : déduction de la durée des CDD antérieurs

Lorsqu'un salarié a été, au terme de son CDD, engagé en CDI, la durée du ou des contrats à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail.

Confirmant une solution déjà admise en 2006 (Cass. Soc., 31 janvier 2006, n° 04-46.782 D), la Cour de cassation réaffirme dans un arrêt du 9 octobre 2013 qu'une période d'essai peut être

prévue dans un CDI succédant à un ou plusieurs CDD, quand bien les différents contrats portaient sur le même poste, mais que cette période d'essai doit être réduite de la durée totale du ou des CDD antérieurs, et non du seul CDD précédant l'embauche.

Par ailleurs, elle admet que cette règle s'applique y compris lorsque les CDD portant sur un même emploi

sont séparés par une brève interruption, de même lorsque le CDI ne succède pas immédiatement au dernier CDD.

Reste à savoir quelle sera la durée maximale d'interruption tolérée.

Effet rétroactif de la requalification de CDD en CDI

Par l'effet de la requalification d'une succession de contrats à durée déterminée, le salarié est réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée depuis le jour de sa première embauche.

En l'espèce, un salarié avait travaillé au sein de La Poste au titre de 52 CDD, avant d'être engagé en CDI.

Ayant demandé la requalification de l'intégralité de la relation contractuelle en un CDI et le paiement de diverses sommes, la cour d'appel n'a pas fait droit à sa

demande de rappel de salaire et d'indemnité de congé payé afférente, au motif qu'il ne démontrait pas, soit une succession ininterrompue de CDD, soit qu'il s'était tenu à la disposition de son employeur durant les périodes d'interruption.

La Cour de cassation rappelle, dans un arrêt du 6 novembre 2013, que par l'effet de l'article L.1245-1 du Code du travail, selon lequel tout CDD conclu de manière irrégulière est réputé à durée indéterminée, le salarié est réputé engagé à



durée indéterminée, le salarié est réputé engagé à durée indéterminée à partir du premier CDD irrégulier.

Il a donc a priori droit, dès cette date, au paiement des rappels de salaire et indemnité de congé payé afférente.

Les absences ou retards liés aux intempéries

L'absence ou le retard du salarié, dû à des intempéries (neige et verglas, inondations, tempête...) ne peut pas être sanctionné en raison de ce seul fait. En effet, les intempéries sont des **événements de force majeure**, présentant un caractère imprévisible.

En revanche, l'employeur peut effectuer une retenue sur salaire en raison de l'absence ou du retard important. En effet, le salaire perçu par le salarié, l'est en contrepartie d'un travail fourni. Par conséquent, lorsqu'il ne vient pas travailler, l'employeur opère une régularisation sur la rémunération – sauf disposition conventionnelle plus favorable – à due proportion des heures non travaillées.

Afin d'éviter une perte de salaire, il est généralement proposé au salarié (qui reste libre d'accepter ou non) :

- de **rattraper ses heures** - celles-ci ne seront pas considérées comme des heures supplémentaires ;
- de **décompter** son absence sur leurs **jours de congés ou jours de RTT**.

En pratique, si les intempéries persistent, l'employeur peut **aménager les horaires de travail** de ses salariés, pour leur permettre d'arriver, par exemple, plus tard le matin, pour attendre que les routes enneigées soient dégagées, ou de partir plus tôt le soir.

Dans tous les cas, l'employeur doit tout mettre en œuvre pour garantir la sécurité de ses salariés, lorsque par exemple ceux-ci travaillent à l'extérieur.

Le télétravail peut également apparaître comme une solution. Le Code du travail dispose qu'en cas de force majeure notamment, le télétravail peut constituer un aménagement du poste de travail, qui est nécessaire pour permettre, non seulement la continuité de l'activité de l'entreprise, mais aussi garantir la sécurité des salariés. Dans ce cas, l'employeur peut imposer à ses salariés de travailler à leur domicile (à condition toutefois qu'ils disposent du matériel nécessaire).

Pour s'organiser, l'employeur peut demander à ses salariés de le **prévenir au plus tôt** de leur retard ou de leur impossibilité de venir travailler en raison d'intempéries. Dans le cas où un salarié ne le préviendrait pas, cette passivité pourra faire l'objet d'une sanction disciplinaire, dès lors que l'entreprise se trouve désorganisée.

En cas de **catastrophe naturelle**, le salarié peut demander, à son employeur, à bénéficier d'un congé de 20 jours maximum, non rémunéré, s'il réside ou s'il est employé dans une zone touchée par une catastrophe naturelle, afin de participer aux activités d'organismes qui viennent en aide aux vic-

times de catastrophes naturelles.

L'employeur a la possibilité de **refuser ce congé** à son salarié, s'il estime qu'il aura des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de son entreprise, et ce, après consultation du Comité d'Entreprise ou des délégués du personnel.

Enfin, notons qu'en **droit local alsacien mosellan**, les articles 63 du code de commerce local et 616 du Code civil local prévoient un maintien intégral de salaire pour le salarié absent indépendamment de sa volonté. Il convient d'entendre par "absence", "un temps relativement sans importance" durant lequel le salarié n'exécute pas son contrat de travail. Ce temps d'absence involontaire au travail permettant le maintien intégral du salaire ne saurait aller au-delà de 6 semaines selon les dispositions de l'article 63 du code de commerce local concernant les "commis commerciaux". Bien entendu le caractère involontaire de l'absence ne se présume pas et doit se prouver.

Sud Matmut

Téléphone : 06 66 75 97 84
Télécopie : 01 73 79 48 90
Messagerie : solidairesmatmut@gmail.com
Internet : <http://solidairesmatmut.wifeo.com>

