

LES CLAUSES ET LES MODIFICATIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL

1.LE CHOIX DU CONTRAT DE TRAVAIL CDD OU CDI ?

1.1 CAS DE RECOURS AU CDD ET INTERDICTIONS,

1.2 DUREE ET RENOUELEMENT DES CDD

1.3 SUCCESSION DES CONTRATS

1.4 MENTIONS ECRITES

1.5 SANCTIONS

2.LA FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

2.1 PROMESSE D'EMBAUCHE

2.2 PERIODE D'ESSAI

3. EXECUTION DU CONTRAT ET MODIFICATION

3.1 LIEU DE TRAVAIL CLAUSE DE MOBILITE GEOGRAPHIQUE

3.2 TELETRAVAIL

3.3 REMUNERATION FIXE ET CLAUSE D'OBJECTIFS

3.4 VEHICULE DE FONCTION

3.5 DUREE DE TRAVAIL (CADRE DIRIGEANT, FORFAITS JOURS, AMENAGEMENT SUR L'ANNEE)

3.6 CLAUSE D'EXCLUSIVITE

3.7 RGPD ET RH

4.LA FIN DU CONTRAT DE TRAVAIL

4.1 CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

4.2 CLAUSE DE SECRET PROFESSIONNEL

Le choix et la rédaction du contrat de travail sont des éléments essentiels à savoir maîtriser pour être plus compétitifs et efficaces.

Quel contrat choisir CDD ou CDI ? Comment gérer la période d'essai ?

Comment aménager le temps de travail pour un coût optimal ? (mettre en place des accords d'entreprise sur le temps de travail dès la création de votre société)

Quelle clause insérer ? Comment la sécuriser ? (clause de non-concurrence, clause d'objectifs...)

Comment sécuriser la modification du contrat de travail ?

Autant de questions à se poser dès le début de son activité et à savoir maîtriser pour éviter un risque financier et opérationnel.

Qu'il s'agisse des clauses ou de la modification du contrat de travail, les juges se fonderont sur l'intention des parties, mais il est évidemment bien plus simple d'avoir rédigé dans le contrat ou dans les avenants des clauses non équivoques.

Les dispositions relatives à l'interprétation des contrats ont été modernisées. Les anciens articles 1158, 1159, 1160, 1163 et 1164, jugés inutiles ou peu utilisés par la jurisprudence, n'ont pas été conservés. **La loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats**, maintient ou crée néanmoins d'importantes zones d'ombre.

Articles en vigueur au 1 ^{er} octobre 2016	Articles abrogés le 1 ^{er} octobre 2016
<p>Art. 1188.- Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.</p> <p>Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.</p>	<p>Art. 1156.- On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.</p>
<p>Art. 1189.- Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier.</p> <p>Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci.</p>	<p>Art. 1161.- Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.</p>

Articles en vigueur au 1 ^{er} octobre 2016	Articles abrogés le 1 ^{er} octobre 2016
<p>Art. 1190.- Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé.</p>	<p>Art. 1162.- Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.</p>
<p>Art. 1191.- Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun.</p>	<p>Art. 1157.- Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.</p>
<p>Art. 1192.- On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.</p>	

Primauté est donnée à la recherche de l'intention des parties, mais avec un certain réalisme (art. 1188 et 1191). Le juge doit avant tout rechercher la commune intention des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes du contrat (art. 1188, al. 1^{er}). Toutefois, cette quête de l'intention commune des parties s'avère parfois difficile. Ainsi, lorsqu'il est impossible de déterminer l'intention commune des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation (art. 1188, al. 2).

L'article 1191 ajoute par ailleurs que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun ».

1. LE CHOIX DU CONTRAT DE TRAVAIL CDD OU CDI ?

Certains employeurs effrayés par la problématique de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, préfèrent recourir au CDD s'en servant comme d'une période d'essai plus longue.

Or, le recours au CDD est extrêmement encadré et **le choix d'un tel contrat n'est souvent pas le bon au regard des contraintes qu'il suppose et des conséquences financières qu'un manquement en la matière peut entraîner (requalification du CDD en CDI et de la fin du CDD en licenciement sans cause).**

Les Ordonnances Macron sont venues donner un peu plus de pouvoir aux branches pour négocier des conditions différentes de celles prévues par la loi.

Les ordonnances prévoient ainsi, la faculté pour les partenaires sociaux **d'adapter, par convention ou accord collectif de branche** et dans les limites d'un cadre fixé par la loi, les dispositions relatives :

- à la **durée totale du CDD ou du contrat de mission** (à l'exception du CDD de projet, du contrat de professionnalisation et du CDD destiné à favoriser le recrutement) ;
- au **nombre de renouvellements** possibles (sauf pour le contrat de professionnalisation et le CDD destiné à favoriser le recrutement) ;
- le **calcul du délai de carence** et les conditions dans lesquelles ce délai n'est pas applicable.

A défaut d'accord de branche sur les points précités ? les règles imposées auparavant (durées maximales, nombre de renouvellements fixé à deux, délais de carence, etc.) s'imposent =

1.1 CAS DE RECOURS AU CDD LIMITES ET INTERDICTIONS

La loi fixe un nombre limité de cas de recours aux CDD en dehors desquels le contrat sera requalifié en CDI.

Par ailleurs, même dans le cadre des cas de recours autorisés, le contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Il ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire et seulement dans les cas prévus par la loi.

a) Remplacement

Un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire peut être conclu pour le remplacement d'un salarié en cas d'absence, de passage provisoire à temps partiel ou de suspension de son contrat de travail ne résultant pas d'un conflit collectif de travail.

Exemples : congés (congés payés, congés pour événements familiaux, congé de maternité, congé parental d'éducation, congé de formation, congé sabbatique, congé pour création d'entreprise...); absence pour maladie ou accident du travail

La possibilité de conclure un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire en remplacement d'un salarié absent ne comporte pas l'obligation d'affecter le remplaçant au poste même occupé par la personne absente. La pratique du remplacement en « cascade » consistant à affecter le salarié précaire à un poste autre que celui occupé par le salarié absent, le poste de ce dernier étant occupé provisoirement par un autre salarié de l'entreprise, est admise.

Selon l'administration, il est également possible de conclure un CDD pour remplacer un salarié présent dans l'entreprise mais absent temporairement de son poste de travail à la suite d'une affectation temporaire sur un autre poste pour raisons médicales, ou d'une promotion conditionnée à une période d'adaptation, ou d'une mutation provisoire.

Par ailleurs, il est également possible que le remplacement ne soit que partiel : le remplaçant n'effectuant alors qu'une partie des tâches du salarié absent peut être recruté avec une qualification inférieure à celle du titulaire du poste. Il convient de le mentionner expressément dans le contrat de travail si c'est un remplacement partiel et de facto lister les tâches confiées au remplaçant.

b) Départ définitif d'un salarié avant la suppression de son poste

Un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire peut être conclu en cas de départ définitif d'un salarié précédant la suppression de son poste de travail.

Ce cas vise le remplacement d'un salarié sous contrat à durée indéterminée ayant définitivement quitté son poste et ne pouvant être remplacé par un autre salarié sous contrat à durée indéterminée, en raison d'arrêts d'activité ou de changements de techniques de production ou de matériels expressément prévus, devant, dans un délai maximal de 24 mois, aboutir à des suppressions d'emplois dans l'entreprise

c) Attente de l'entrée en service du nouveau titulaire du poste

Un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire peut être conclu pour le remplacement d'un salarié dans l'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer

Ce cas vise celui de l'attente, **dans la limite d'une durée de 9 mois**, de l'embauche définitive d'un salarié sous contrat à durée indéterminée lorsque le candidat pressenti pour occuper le poste à pourvoir n'est pas immédiatement disponible (Accord national interprofessionnel du 24-3-1990 art. 2 ; circulaire DRT 18 du 30 octobre 1990). Il s'ensuit que la durée du contrat ne peut excéder 9 mois, que celui-ci soit conclu de date à date ou sans terme précis.

d) Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise

Ce cas de recours vise :

- L'augmentation temporaire de l'activité habituelle de l'entreprise ;
- L'exécution d'une tâche occasionnelle, précisément définie et non durable, ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise (informatisation d'un service, action de formation, audit, etc.).
- La survenance d'une commande exceptionnelle à l'exportation dont l'importance nécessite la mise en oeuvre de moyens quantitativement ou qualitativement exorbitants de ceux que l'entreprise utilise ordinairement. Ce cas de recours est subordonné à la consultation préalable du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe.
- Les **travaux urgents de sécurité** dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir les accidents imminents, organiser les mesures de sauvetage ou réparer les insuffisances du matériel, des installations ou des bâtiments de l'entreprise présentant un danger pour les personnes

L'accroissement temporaire d'activité peut correspondre notamment à des variations cycliques de production, sans qu'il soit nécessaire que cet accroissement présente un caractère exceptionnel. (cass. soc. 23 février 2005, n°02-40.336) En revanche, en cas d'augmentation durable et constante de l'activité, les contrats précaires s'inscrivant dans cet accroissement doivent être requalifiés en contrats à durée indéterminée (cass. soc. 1^{er} février 2012, n°10-26.647).

Le lancement de nouveaux produits relevant de l'activité normale de l'entreprise ne peut suffire seul à caractériser un accroissement temporaire de son activité (cass. soc. 5 mai 2009, n°07-43.482)

L'employeur n'a pas l'obligation d'affecter le salarié à des tâches directement liées au surcroît d'activité (même idée que pour le remplacement «en cascade » retenue en matière de contrat à durée déterminée conclu en remplacement du salarié absent. (Cass. soc. 21 janvier 2004 n° 43 FS-PBRI, Sté Sovab c/ Ahmet Akin ; cass. soc. 13 décembre 2006, n°05-44.956)

e) Emplois saisonniers

Ont un caractère saisonnier les tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs les branches d'activité concernées sont essentiellement l'agriculture, l'agro-alimentaires et le tourisme. (cass. soc. 5 décembre 2007, n°06-41.313)

Une entreprise ouverte toute l'année mais dont l'activité touristique connaît un accroissement significatif chaque année à la même période peut conclure un CDD saisonnier s'il couvre uniquement cette période (cass. soc. 19 septembre 2013, n° 12-18.001)

f) Emploi d'usage

Un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire peut être conclu pour des emplois pour lesquels, dans **certaines secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu**, il est d'usage de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

L'article D. 1242-1 R l'article D 1251-1 du Code du travail du code du travail fixe la liste suivante : (Exploitations forestières ; Réparation navale ; Déménagement ; Hôtellerie et restauration ; centre de loisirs et de vacances ; sport professionnel ; Spectacles ; Action culturelle ; Audiovisuel ; production cinématographique ; édition phonographique ; enseignement ; Information ; Activités d'enquête et de sondage ; Entreposage et stockage de la viande ; Bâtiment et travaux publics pour les chantiers à l'étranger ; Activités de coopération, d'assistance technique, d'ingénierie et de recherche à l'étranger ; Activités de prêt de main-d'œuvre pratiquées par les associations intermédiaires et par les associations de services aux particuliers; Recherche scientifique réalisée dans le cadre d'une convention internationale, d'un arrangement administratif international pris en application d'une telle convention, ou par des chercheurs étrangers résidant temporairement en France.)

Cette liste peut être complétée par voie de convention ou d'accord collectif étendu. Toutefois, la détermination par accord de la liste précise des emplois pour lesquels il peut être recouru au CDD d'usage ne dispense pas le juge de vérifier l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné (cass. soc. 9 octobre 2013, n° 12-17.882) Les secteurs concernés doivent correspondre à l'activité principale de l'entreprise (cass. soc. 11 mars 2009, n° 07-43.670).

g) Embauche dans le cadre de la politique de l'emploi

Ce cas de recours était spécifique au contrat à durée déterminée, mais la loi 2005-32 du 18-1-2005 art. 64 l'a ouvert aux contrats de travail temporaires (articles L. 1242-3 et L. 1251-7)

Le contrat de travail peut être conclu pour une durée déterminée :

- Lorsqu'il est conclu au titre de dispositions législatives et réglementaires destinées à favoriser l'embauchage de **certaines catégories de personnes sans emploi** =
 - les contrats de **qualification**, les contrats d'**adaptation**, les contrats **emploi-solidarité**, les contrats conclus avec une **structure d'insertion**, les contrats **initiative-emploi**, les **contrats emploi-jeunes**

- Lorsque l'employeur s'engage, pour une durée et dans des conditions fixées par décret, à **assurer un complément de formation professionnelle au salarié** et avec les catégories de salariés suivantes
 - candidats effectuant un stage en vue d'accéder à un établissement d'enseignement
 - élèves ou anciens élèves d'un établissement d'enseignement effectuant un stage
 - étrangers venant en France en vue d'acquérir un complément de formation professionnelle ;
 - bénéficiaires d'une aide financière individuelle à la formation par la recherche

h) CDD à objet défini (loi n° 208-596 du 25 juin 2008)

Un CDD peut être conclu avec des ingénieurs et cadres pour la réalisation d'un objet défini. Il obéit au droit commun, sous réserve des spécificités exposées ci-après.

Conclusion. Le recours à ce contrat doit être prévu par un accord de branche étendu ou, à défaut, d'entreprise définissant :

- les nécessités économiques auxquelles ce contrat est susceptible d'apporter une réponse adaptée ;
- les conditions dans lesquelles les salariés bénéficient de garanties relatives à l'aide au reclassement, à la validation des acquis de l'expérience, à la priorité de réembauche et à l'accès à la formation professionnelle continue et peuvent, au cours du délai de prévenance, mobiliser les moyens disponibles pour organiser la suite de leur parcours professionnel ;
- les conditions dans lesquelles ces salariés ont priorité d'accès aux emplois en CDI dans l'entreprise.

Mentions obligatoires. Etabli par écrit, il comporte, outre les clauses obligatoires citées ci-après, la mention « CDD à objet défini », l'intitulé et les références de l'accord collectif instituant ce contrat, une clause descriptive du projet et sa durée prévisible, la définition des tâches pour lesquelles le contrat est conclu, l'événement ou le résultat objectif déterminant la fin du contrat, le délai de prévenance de l'arrivée au terme du contrat et de la proposition éventuelle de poursuivre la relation contractuelle en CDI, la mention de la possibilité de rompre le contrat à la date anniversaire de sa conclusion, par l'une ou l'autre partie, pour un motif réel et sérieux et le droit pour le salarié à une indemnité de fin de contrat, si la rupture est à l'initiative de l'employeur.

Durée et terme. Le CDD à objet défini est conclu pour une durée comprise entre 18 mois et 36 mois et n'est pas renouvelable.

S'il est sans terme précis, il doit comporter une durée minimale. Il prend fin avec la réalisation de son objet, après un préavis d'au moins 2 mois.

- en cas de rupture à l'initiative de l'employeur, pour un motif réel et sérieux, au bout de 18 mois (Circ. DGT 5 du 17-3-2009) ou à la date anniversaire de sa conclusion.

i) Limites et interdictions

Même dans les cas de recours autorisés par la loi, il est interdit de conclure un contrat à durée déterminée :

➤ Après un licenciement collectif

Dans un établissement où il a été procédé à un licenciement économique et dans les 6 mois qui suivent ce licenciement, il est interdit de faire appel à un salarié sous contrat à durée déterminée ou contrat d'intérim pour le motif d'accroissement temporaire de l'activité, y compris pour l'exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise. Cette interdiction s'applique aux postes concernés par le licenciement. (article L. 1242-5 du code du travail)

Sous réserve de consulter préalablement le cse, l'interdiction ne s'applique pas :

- lorsque la durée du contrat non susceptible de renouvellement n'excède pas 3 mois
- lorsque le contrat est lié à la survenance dans l'entreprise d'une commande exceptionnelle à l'exportation

➤ Pour remplacer un salarié dont le contrat est suspendu par suite d'un conflit collectif du travail

La loi interdit formellement le remplacement de salariés dont le contrat est suspendu par suite d'un conflit collectif du travail (article L. 1242-6-1° du code du travail).

Ce texte interdit le remplacement direct ou indirect des grévistes.

➤ Effectuer des travaux particulièrement dangereux, sauf dérogation accordée par le directeur départemental du travail et de l'emploi

Il est interdit d'employer des salariés titulaires d'un CDD pour l'exécution de travaux particulièrement dangereux (article L. 1242-6-2° du code du travail).

L'article D. 4154-1 du code du travail fixe la liste des travaux interdits aux titulaires de CDD, car les exposants à des agents chimiques dangereux.

- ✓ L'interdiction ne s'applique pas aux travaux énumérés lorsque ceux-ci s'effectuent à l'intérieur d'**appareils rigoureusement clos** en marche normale. Il s'agit de conditions techniques particulières évitant tout **contact avec les produits dangereux** par l'utilisation d'appareils rigoureusement clos en marche normale, à l'intérieur desquels ces travaux sont effectués.
- ✓ Tout chef d'établissement peut être autorisé, sur sa demande, à utiliser des salariés sous contrat de travail à durée déterminée ou des salariés des entreprises de travail temporaire pour effectuer les travaux visés.
Cette demande doit être adressée au directeur départemental du travail et de l'emploi par lettre recommandée avec demande d'avis de réception accompagnée de l'**avis** d'une part, du CSE ou, à défaut, des délégués du personnel ;d'autre part, du médecin du travail de l'entreprise

➤ Pour pourvoir à un emploi permanent.

Néanmoins la Cour atténue légèrement sa jurisprudence en indiquant que la succession de CDD avec un salarié pour remplacer des absents n'est pas en soi illégale Cass. soc. 14-2-2018 n° 16-17.966 FS-PB

Selon la Cour de cassation, si la conclusion de contrats à durée déterminée successifs avec un salarié est uniquement motivée par le remplacement de salariés absents, cela ne caractérise pas un recours systématique à ces contrats pour pourvoir durablement un emploi durable lié à l'activité de l'entreprise. Une telle succession de contrats n'est donc pas en elle-même illégale.

La **cour de renvoi** devra statuer par des motifs suffisants pour caractériser, au regard de la nature des emplois successifs occupés par le salarié et de la structure des effectifs de l'employeur, que les contrats successifs ont un tel objet. Elle devra rechercher par exemple dans l'identité totale des fonctions exercées ou l'absence d'interruption entre les remplacements les motifs d'une requalification des CDD de remplacement en contrat à durée indéterminée. Il n'est pas exclu qu'elle se prononce dans le même sens que la première cour d'appel.

En effet, la Cour de cassation précise que lorsque l'effectif de l'entreprise est important, le seul fait de recourir à des CDD de manière récurrente, voire permanente, ne suffit pas à requalifier le CDD en CDI ; une entreprise ayant un effectif important doit inévitablement procéder à des remplacements temporaires de façon fréquente (congés maladie, maternité, parentaux, etc.) et que l'employeur est tenu de garantir leurs congés aux salariés qui peuvent y prétendre.

Ainsi, au stade de sa formation, le CDI a l'avantage incontesté d'être plus souple que le CDD, n'étant enfermé ni dans des cas de recours limités, ni dans sa forme, ni dans sa durée, alors même que plus le contrat doit être long, plus sa durée déterminée est difficile à maîtriser.

1.2 DUREE ET RENOUVELLEMENT DES CDD

La durée du CDD est par essence limitée.

Le contrat à durée déterminée prend fin de plein droit à l'échéance du terme (article L. 1243-5 du code du travail).

Il convient de distinguer les contrats devant obligatoirement être conclus de date à date et les contrats pouvant ne pas comporter de terme précis au moment de leur conclusion.

Les contrats à durée déterminée conclus en méconnaissance des dispositions légales concernant le terme, la durée et le renouvellement sont réputés à durée indéterminée et donnent lieu à l'application de sanctions pénales.

a) Contrat de date à date

➤ Exigence d'un terme précis

Cette condition n'est pas remplie et le contrat doit être considéré à durée indéterminée lorsqu'il ne permet pas de déterminer avec précision son terme dès la conclusion. Il en va ainsi du contrat prévoyant qu'il prendra fin avec l'automatisation de l'emploi occupé par le salarié ou à l'issue de la commercialisation d'un programme immobilier ou du contrat conclu pour une durée approximative ou pour une durée prévisible de 12 mois renouvelable.

➤ Durée maximale

Pour les contrats conclus pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, la durée maximale, renouvellement compris, est, en principe, **fixée à 18 mois**.

Elle est portée à **24 mois** :

- lorsque le contrat est exécuté à l'étranger, quel que soit le motif pour lequel il est conclu.
- en cas de départ définitif d'un salarié précédant la suppression de son poste
- en cas de commande exceptionnelle à l'exportation.. Dans ce cas, la durée ne peut être inférieure à 6 mois et l'employeur doit procéder, préalablement au recrutement envisagé, à la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel

Et à **36 mois** pour les contrats à objet défini.

La durée est ramenée à **9 mois** dans les cas suivants

- attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté sous contrat à durée indéterminée
- travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité

Elle est réduite à **3 mois** pour les contrats conclus pour faire face à un accroissement temporaire d'activité dans un établissement ayant procédé à un licenciement économique

La durée des contrats conclus dans le cadre de la politique de l'emploi est fixée par les textes propres à chacun de ces contrats.

Pour les contrats destinés à assurer un complément de formation professionnelle la durée maximale est fixée à 24 mois

➤ **Renouvellement**

Le contrat à durée déterminée conclu avec peut être renouvelé **deux fois pour une durée déterminée qui, ajoutée à la durée du contrat initial, ne peut excéder la durée maximale.** (article L. 1243-13 du code du travail)

Sous cette réserve, la durée du renouvellement peut dépasser celle du contrat initial.

Si les conditions de renouvellement n'ont pas été stipulées dans le contrat, elles doivent faire l'objet d'un avenant soumis au salarié avant l'arrivée du terme du contrat initial ou de l'avenant du premier renouvellement, à peine de requalification.

Le renouvellement du contrat ne se confond pas avec la conclusion d'un nouveau contrat, de sorte qu'il n'autorise pas l'employeur à modifier unilatéralement le contrat

- Le contrat initial peut comporter une clause détaillée prévoyant l'éventualité du renouvellement dont la durée et les conditions sont dores et déjà précisées. (en pratique pas d'intérêt)
- Le contrat initial peut mentionner la possibilité d'un renouvellement les parties devront signer un avenant avant le terme prévu à l'origine.
- Le contrat initial peut être muet, les parties peuvent toujours signer un avenant avant le terme prévu à l'origine.
-

Dans les deux derniers cas, le défaut de signature d'un avenant de renouvellement du contrat à durée déterminée, ce contrat est devenu un contrat à durée indéterminée. Cass. soc. 3 juillet 2002 n° 2266 F-D, Courtois c/ Desdouet.

L'insertion dans le contrat initial d'une clause de renouvellement n'emporte pas obligation pour l'employeur de renouveler le contrat à l'arrivée du terme.

Toutefois, en présence d'une clause de renouvellement, la décision de l'employeur de ne pas user de cette clause est soumise à des conditions particulières :

- pour les salariés victimes d'un accident du travail : lorsque le contrat comporte une clause de renouvellement, l'employeur ne peut refuser celui-ci que pour un motif réel et sérieux, étranger à l'accident ou à la maladie. A défaut, le salarié percevra une indemnité au moins égale au montant des salaires et avantages qu'il aurait reçus jusqu'au terme de la période de renouvellement. L'employeur n'a pas à justifier d'un tel motif s'il a notifié le non-renouvellement avant la survenance de l'accident ou de la maladie.
- pour les représentants du personnel : il faut consulter les membres du CSE et avoir l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Le fait de continuer à travailler après le terme du CDD ne vaut pas accord à l'avenant de renouvellement même si celui-ci a été rédigé et proposé au salarié avant le terme du contrat.

Il est rappelé que selon l'article L. 1243-13 du code du travail, un CDD ne peut être renouvelé que s'il contient une clause prévoyant une telle possibilité. A défaut le renouvellement reste possible mais à condition de signer un avenant de renouvellement avant la fin du contrat initial. Si aucun avenant n'est signé et que le contrat se poursuit, il est automatiquement requalifié en CDI.

Dès lors pour éviter tout risque de requalification du CDD en CDI, l'avenant de renouvellement doit donc être signé avant le terme du contrat initial.

Cass. Soc. 5 octobre 2016, n°15-17.458

➤ **Intérim : Report du terme de la mission**

Lorsque la mission comporte un terme précis, celui-ci peut être avancé ou reporté à raison d'un jour pour 5 jours de travail. Dans tous les cas, l'éventualité d'un aménagement du terme de la mission doit être prévue dans le contrat de mise à disposition ou dans l'avenant prévoyant son renouvellement.

Le terme de la mission peut être aménagé sous les réserves suivantes :

- l'avancement du terme ne peut aboutir à réduire la durée initiale de la mission de plus de 10 jours de travail
- le report du terme ne peut porter la durée totale de la mission au-delà des maxima prévus pour les missions inférieures à 10 jours de travail, le terme peut être avancé ou reporté de 2 jours
- Lorsque la mission a été renouvelée, les possibilités d'aménagement s'apprécient sur la durée totale du contrat, renouvellement compris. S'agissant de la forme que doit revêtir l'aménagement du terme de la mission, l'entreprise de travail temporaire n'est pas tenue de faire un avenant au contrat de mission. Elle doit simplement mentionner cette éventualité dans le contrat initial

b) Contrat sans terme précis

➤ **Cas possibles**

Le contrat à durée déterminée peut ne pas comporter un terme précis uniquement lorsqu'il est conclu (articles L. 1242-7 et L. 1251-11 du code du travail) :

- pour le **remplacement d'un salarié absent**, même pour une absence dont la durée légale est connue d'avance
- dans **l'attente de l'entrée en service** effective d'un salarié recruté sous contrat à durée indéterminée
- pour des emplois **saisonniers et des emplois d'usage**
- pour un **CDD à objet défini**

➤ **Durée minimale**

Le contrat doit alors être conclu pour une **durée minimale librement fixée qui interdit toute rupture avant son expiration ;**

Il a pour terme la fin de l'absence ou la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu (fin de la saison, réalisation de la tâche pour laquelle le salarié a été embauché) ou la fin de la durée minimale lorsque l'objet se réalise pendant cette période.

Il n'est soumis à aucune durée maximale (**Circ. DRT 18 du 30-10-1990 ; Cass. soc. 26-10-1999 n° 97-42.255 : RJS 12/99 n° 1444**), sauf s'il est conclu dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par CDI (9 mois), pour la réalisation d'un objet défini (36 mois) ou avec des travailleurs saisonniers étrangers

Bien que les textes ne le prévoient pas, l'administration considère qu'en cas de réalisation de l'objet du contrat conclu sans terme précis avant l'expiration de la durée minimale, le contrat a pour terme le dernier jour de la période minimale (Circ. DRT 18 du 30-10-1990). En revanche, la rupture du CDD à l'expiration de la durée minimale alors que l'objet du contrat n'est pas réalisé s'analyse en une rupture anticipée (**Cass. soc. 15-10-2014 n° 13-18.582 : RJS 1/15 n° 9**). **Les contrats sans terme précis ne peuvent être renouvelés.**

c) **Remplacement d'un salarié absent**

➤ **Report du terme.**

Qu'il soit conclu de date à date ou sans terme précis, le terme du contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent, ou dont le contrat de travail est suspendu, peut être reporté jusqu'au surlendemain du jour où la personne remplacée reprend son emploi (C. trav. art. L 1243-7 et L 1251-31). Cette disposition a pour objet de permettre au salarié remplaçant de transmettre à la personne qui retrouve son poste les instructions et consignes nécessaires à la bonne marche de l'entreprise.

Intérim : Cette possibilité doit être prévue dans le contrat de mise à disposition et dans le contrat de travail temporaire.

➤ **Cessation du contrat avant le retour du salarié**

Le terme du contrat conclu de date à date pour le remplacement d'un salarié absent peut être fixé antérieurement à la date de reprise de son emploi par le salarié remplacé. L'employeur peut mettre fin au contrat à la date prévue (**Cass. soc. 25-10-1989 n° 3863 : RJS 1/90 n° 81 ; 26-2-1991 n° 592**).

Constitue en revanche une rupture anticipée du contrat de travail conclu sans terme précis pour la durée de l'absence d'un salarié la décision de l'employeur de mettre fin au contrat avant le retour effectif du salarié (**Cass. soc. 15-10-2014 n° 13-18.582 : RJS 1/15**).

En cas de remplacement en cascade, le contrat conclu sans terme précis prend fin au retour du salarié dont l'absence a constitué le motif de recours à ce contrat, peu important le remplacement par glissement effectué par l'employeur.

➤ **Prolongation de l'absence du salarié.**

Si le contrat conclu sans terme précis stipule qu'il prendra fin au retour effectif du salarié remplacé, la prolongation de l'absence entraîne celle de la durée du contrat, par exemple jusqu'à la fin du congé de maternité ayant suivi l'absence pour maladie au titre de laquelle le contrat avait été conclu (Cass. soc. 24-3-2004 n° 692 : RJS 8-9/04 n° 890).

Si le contrat est conclu jusqu'au retour du salarié remplacé, le fait que l'intéressé prolonge son absence initiale pour un nouveau motif est indifférent : le contrat prend fin à son retour (Cass 10-4-2013 n° 12-13.282 : RJS 7/13 n° 513). Si, en revanche, le contrat est conclu pour assurer le remplacement d'un salarié pour un motif précis (ex. : congé maternité), et que l'absence se poursuit pour un autre motif (ex. : congé parental), le terme du contrat est en principe la réalisation du motif initial (ex. : fin du congé de maternité) (Cass. soc. 28-10-1992 n° 89-44.388), sauf si le contrat se poursuit pendant la prolongation, auquel cas il a pour terme la reprise effective du travail par le salarié remplacé (Cass. Soc 9-3-2005 n° 02-44.927).

➤ **Retour anticipé du salarié.**

Le retour anticipé d'un salarié en congé parental ne constitue pas un cas de force majeure permettant de rompre par anticipation le contrat conclu à terme précis avec son remplaçant (Cass. soc. 8-11-1995 n° 4198 : RJS 12/95 n° 1230)

➤ **Départ ou indisponibilité définitive du salarié remplacé**

Lorsqu'il est établi que l'absence du salarié remplacé est définitive, le contrat doit se poursuivre tant que le contrat de travail du salarié remplacé n'est pas rompu (Cass. soc. 17-12-1991 n° 88-42.342 : RJS 2/92 n° 122 ; 30-1-2002 n° 99-46.375 : RJS 4/02 n° 402).

C'est à l'employeur de prouver la cessation définitive du contrat du salarié remplacé (Cass. soc. 13-5-2003 n° 01-40.809 : RJS 7/03 n° 855), par exemple en justifiant de son départ à la retraite (Cass. soc. 17-12-1997 n° 95-42.913), de son licenciement économique (Cass. soc. 26-3-2002 n° 00-40.652 ; 20-4-2005 n° 03-41.490) ou de son décès et d'en informer le salarié remplaçant dans un délai raisonnable (Cass. soc. 4-2-2009 n° 07-42.954).

Si la durée minimale n'est pas expirée, le contrat doit se poursuivre jusqu'à la fin de celle-ci (Circ. DRT 18 du 30-10-1990).

1.3 SUCCESSION DES CONTRATS

SUCCESSION DE CDD OU D'INTERIMAIRES AVEC DES SALARIES DIFFERENTS

Contrats successifs sur un même poste avec des salariés différents.

Contrats successifs sur des postes différents avec des salariés différents

Principe général

Délai de carence

1/3 temps

Pas de délai quand (*1)

1. Remplacement d'un salarié absent pour nouvelle absence (*3)
2. Travaux urgents pour la sécurité
3. Emploi saisonnier ou d'usage
4. rupture anticipée du salarié
5. refus par le salarié du renouvellement de son contrat, pour la durée du contrat non renouvelé.

En principe pas de limitation, sauf la règle générale mentionnée à l'*2

**1 Ainsi, la conclusion de contrats de travail à durée déterminée ou de contrats de travail temporaire successifs sur un même poste de travail n'est licite qu'à la condition que chacun des contrats en cause ait été conclu pour l'un des motifs permettant une telle succession.*

**2 La possibilité donnée à l'employeur de conclure des contrats à durée déterminée successifs même dans les cas autorisés ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise*

** 3Si nouvelle absence pour maladie faire coïncider date d'effet du nouveau contrat de remplacement avec le nouvel arrêt maladie"*

SUCCESSION DE CDD OU D'INTERIMAIRES AVEC LE MEME SALARIE (*2)

Contrats successifs sur un même poste avec le même salarié

Contrats successifs sur des postes différents avec le même salarié

Principe général

Délai de carence

1/3 temps

Pas de délai quand (*1)

1. Remplacement d'un salarié absent pour nouvelle absence (*3)
2. Travaux urgents pour la sécurité
3. Emploi saisonnier ou d'usage
4. rupture anticipée du salarié
5. refus par le salarié du renouvellement de son contrat, pour la durée du contrat non renouvelé.

Principe général

Délai raisonnable

Pas de délai quand

1. Remplacement de plusieurs salariés absents
2. Emploi saisonnier ou d'usage
rupture anticipée du fait du salarié

**1 Ainsi, la conclusion de contrats de travail à durée déterminée ou de contrats de travail temporaire successifs sur un même poste de travail n'est licite qu'à la condition que chacun des contrats en cause ait été conclu pour l'un des motifs permettant une telle succession.*

2 La possibilité donnée à l'employeur de conclure des contrats à durée déterminée successifs même dans les cas autorisés ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise***

**3 Si nouvelle absence pour maladie faire coïncider date d'effet du nouveau contrat de remplacement avec le nouvel arrêt maladie"*

1.4 DROIT A RECONDUCTION POUR LES CONTRATS SAISONNIERS DEPUIS LA LOI TRAVAIL

La loi travail, afin d'améliorer les droits de l'emploi saisonnier, encourage les branches dans lesquelles l'emploi saisonnier est particulièrement développé, à négocier sur :

- les modalités de reconduction du contrat de travail saisonnier ;
- la prise en compte de l'ancienneté.

Voici la liste des branches où l'emploi saisonnier est particulièrement développé :

Branches	IDCC
Sociétés d'assistance	1801
Casinos	2257
Détaillants et détaillants-fabricants de la confiserie, chocolaterie, biscuiterie	1286
Activités de production des eaux embouteillées et boissons rafraîchissantes sans alcool et de bière	1513
Espaces des loisirs, d'attractions et culturels	1790
Hôtellerie de plein air	1631
Hôtels, cafés, restaurants	1979
Centres de plongée (sport)	2511
Jardineries et graineteries	1760
Personnels des ports de plaisance	1182
Entreprises du négoce et de l'industrie des produits du sol, engrais et produits connexes	1077

Remontées mécaniques et domaines skiabiles	454
Commerce des articles de sports et d'équipements de loisirs	1557
Thermalisme	2104
Tourisme social et familial	1316
Transports routiers et activités auxiliaires du transport	16

Dans les branches mentionnées ci-dessus à l'article L. 1244-2-1, à **défaut de stipulations conventionnelles** au niveau de la branche ou de l'entreprise, **tout salarié ayant été embauché sous contrat de travail à caractère saisonnier dans la même entreprise bénéficie d'un droit à la reconduction de son contrat dès lors :**

1° qu'il a effectué au moins deux mêmes saisons dans cette entreprise sur deux années consécutives ; 2° que l'employeur dispose d'un emploi saisonnier à pouvoir, compatible avec la qualification du salarié.

L'employeur informe le salarié de son droit à la reconduction de son contrat, par tout moyen permettant de conférer date certaine à cette information, dès lors que ces conditions sont réunies, sauf motif dûment fondé.

Nouveauté Ainsi, les contrats de travail saisonniers sont considérés comme successifs lorsqu'ils sont conclus pour une ou plusieurs saisons, y compris lorsqu'ils ont été interrompus par des périodes sans activité dans cette entreprise.

Pour calculer l'ancienneté du salarié, la durée des contrats saisonniers successifs dans une même entreprise est cumulée (Code du travail, art. L. 1244-2).

1.5 MENTIONS ECRITES DU CONTRAT

Le CDD comporte la définition précise de son motif (NB : non pas l'indication du cas de recours uniquement mais toutes précisions permettant d'apprécier la réalité du motif) (cass. soc. 22 juin 2011, n°10-14.781)

Le CDD ne peut comporter qu'un seul motif de recours, à peine de requalification en CDI (**cass. soc. 23 janvier 2008, n°06-41.536**)

Outre le motif, le contrat comporte notamment les mentions suivantes :

- nom et qualification professionnelle de la personne remplacée en cas de remplacement
 - o s'agissant de la mention de la qualification, il ne faut pas se limiter à la description du poste mais il faut préciser la catégorie d'emploi et la classification (cass. Soc. 21 mars 2007, n° 06-40.370)
 - o En cas de remplacement en cascade, il est conseillé de mentionner à la fois le nom et la qualification du salarié réellement absent de l'entreprise et ceux du salarié effectivement remplacé
 - o En cas de conclusion d'un contrat à durée déterminée dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié sous contrat à durée indéterminée, le salarié dont le nom et la qualification doivent être indiqués est celui qui a effectivement quitté l'entreprise et ceux du salarié dont l'arrivée est prévue

Cass. soc., 7 mars 2018, n° 16-18.91

La seule mention, dans un CDD conclu pour remplacer un salarié, de la catégorie de personnel navigant commercial dont relève le salarié remplacé ne permet pas de connaître sa qualification précise. Le recours au CDD n'est donc pas justifié. Requalification des CDD en CDI.

Cass. soc., 3 mai 2018, n°16-20.636

Des CDD de remplacement mentionnant les fonctions de technicien supérieur de laboratoire du salarié remplacé, renvoyant à une qualification professionnelle issue de la grille de classification des emplois annexée à la convention d'entreprise, répondent aux exigences légales relatives à l'indication, dans ce type de contrat de travail, de la qualification du salarié remplacé.

Article 53 – Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel

« A titre expérimental et par dérogation respectivement au 1° de l'article L. 1242-2 du code du travail et au 1° de l'article L. 1251-6 du même code, un seul contrat à durée déterminée ou un seul contrat de travail temporaire peut être conclu pour remplacer plusieurs salariés dans les secteurs définis par décret. Cette expérimentation a lieu sur la période du 1er janvier 2019 au 31 décembre 2020.

L'expérimentation ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Le Gouvernement remet au Parlement un rapport d'évaluation de cette expérimentation avant le 1er juin 2021.

Ce rapport évalue en particulier, dans les secteurs mentionnés au premier alinéa du présent article, les effets de l'expérimentation sur la fréquence de la conclusion des contrats à durée déterminée et des contrats de travail temporaire ainsi que sur l'allongement de leur durée, et les conséquences des négociations de branche portant sur les thèmes mentionnés au 7° de l'article L. 2253-1 du code du travail. »

- date d'échéance du terme et, le cas échéant, une clause prévoyant le renouvellement du contrat, s'il comporte un terme précis
- durée minimale lorsqu'il ne comporte pas de terme précis
- désignation du poste de travail, en précisant si ce poste figure sur la liste des emplois présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés prévue à l'article L. 4154-2, la désignation de l'emploi occupé ou, lorsque le contrat est conclu pour assurer un complément de formation professionnelle au salarié au titre du 2° de l'article L. 1242-3, la désignation de la nature des activités auxquelles participe le salarié dans l'entreprise ;
- durée de la période d'essai éventuellement prévue
- intitulé de la convention collective applicable
- montant de la rémunération et de ses différentes composantes (y compris les primes et accessoires)
- nom et adresse de la caisse de retraite complémentaire et, le cas échéant, ceux de l'organisme de prévoyance.

b) Une période d'essai courte.

La période d'essai doit être expressément mentionnée dans le contrat.

Le caractère obligatoire de cette mention s'oppose en principe à ce qu'en l'absence d'une telle mention on puisse apporter la **preuve** de l'existence d'une période d'essai

A défaut d'usages ou de dispositions conventionnelles prévoyant des durées inférieures, cette période ne peut excéder une durée calculée à raison :

- d'un jour par semaine, dans la limite de deux semaines, pour un contrat d'une durée initiale de 6 mois ou moins ;
- d'un mois pour un contrat d'une durée initiale de plus de 6 mois.

Pour les contrats sans terme précis, cette durée se calcule par rapport à la durée minimale du contrat. Pour les contrats de date à date, cette durée se calcule en fonction de la durée initialement prévue au contrat peu important l'existence d'une clause de renouvellement.

Toute période d'essai **exprimée en jours se décompte en jours calendaires.**

(Cass. soc. 29 juin 2005 n° 1572 FS-PBRI, Drieux c/ Renaudin : RJS 10/05 n° 944 ; cass. soc. 28 avril 2011, n° 09-72.165)

La période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail. La seule circonstance que l'employeur impose au salarié en début de contrat de participer à un **séminaire de formation** pendant lequel il est soumis aux obligations de son contrat de travail ne peut avoir pour effet de **différer** le point de départ de l'essai.

Si les relations de travail se poursuivent après l'échéance du terme, le contrat devient à durée indéterminée.

Lorsque la relation contractuelle se poursuit, le salarié conserve l'ancienneté qu'il a acquise au terme du contrat à durée déterminée. La durée de ce contrat est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat.

c) Omission d'une mention obligatoire

Selon l'article L 1242-12 du Code du travail, à défaut de définition précise du motif du contrat, celui-ci est réputé conclu pour une durée indéterminée, ce qui interdit à l'employeur d'apporter la preuve qu'il a été conclu à durée déterminée.

La Cour de cassation semble opérer une distinction entre :

- les mentions essentielles du contrat, dont l'omission entraîne une requalification automatique du contrat, telles que le nom ou la qualification professionnelle du salarié remplacé (cass. soc. 16 février 2012, n° 10-20.113) ou l'indication d'une durée minimale dans un contrat sans terme précis (cass. soc. 28 septembre 2005, n° 03-44.757)
- et les mentions destinées à l'information du salarié, dont l'absence ne suffit pas à requalifier le contrat, comme la mention de la convention collective applicable (cass. soc. 26 octobre 1999, n° 97-42.255) ou de la caisse de retraite complémentaire ou de prévoyance (cass. soc. 28 février 2001, n°98-45.096) ou du montant de la rémunération (cass. soc. 16 février 2011, n° 09-67.607).

Les Ordonnances Macron adoucissent le manquement à la remise du contrat écrit.

Ainsi, il est prévu que le non-respect du délai de transmission du CDD ou du contrat de mission (au plus tard 2 jours ouvrables après l'embauche) **ne peut entraîner, à lui seul, la requalification en CDI.**

Le salarié pourrait seulement prétendre à une indemnité d'un **montant maximal d'un mois de salaire.**

1.6 SANCTION

a) Requalification en CDI

Cas de requalification en CDI

- la conclusion d'un contrat de travail temporaire **en dehors des cas de recours limitativement énumérés par la loi ou pour pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise**

La possibilité donnée à l'entreprise utilisatrice de recourir à des missions successives avec le même salarié, soit pour remplacer un ou des salariés absents ou dont le contrat de travail est suspendu, soit pour faire face à un accroissement temporaire de son activité, ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à son activité normale et permanente. Tel est le cas, et il y a appel au travail temporaire pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre, en présence d'une succession de missions d'intérim au cours desquelles le salarié a occupé le même emploi, quel que soit le motif de recours au travail temporaire.

Cass. soc. 3 juin 2015 n° 14-17.705 (n° 971 FS-PB), V. c/ Sté Poult

Rappel d'une jurisprudence constante (Cass. soc. 13 juin 2012 : RJS 8-9/12 n° 749 ; Cass. soc. 24 avril 2013 n° 12-11.793 : RJS 7/13 n° 571 ; Cass. soc. 12 juin 2014 n° 13-16.362 : RJS 8-9/14 n° 659). Le recours à des contrats de mission successifs est autorisé par les articles L 1251-36 et L 1251-37 du Code du travail. Cependant la succession de nombreux contrats de mission peut révéler qu'ils ont pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice, en méconnaissance de l'article L 1251-5 du Code du travail. Si tel est le cas, le salarié peut obtenir la requalification du contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée. En l'espèce, le nombre de missions d'intérim effectuées par le salarié pendant une longue période établissait que ce type de contrat, par nature temporaire, avait été détourné de son objet et utilisé pour les besoins de travaux relevant de l'activité normale et permanente de l'entreprise. La cour d'appel avait cependant rejeté ce chef de demande en considérant que les contrats répondaient à des besoins ponctuels, excluant toute forme de permanence. Mais cette appréciation était contraire à ses constatations, dont il résultait que le recours aux contrats de travail temporaires successifs répondait à un besoin structurel de main-d'œuvre excluant tout caractère précaire.

- la conclusion d'un contrat de travail temporaire pour remplacer un **salarié gréviste** ou pour effectuer des **travaux dangereux**
- L'absence d'écrit ou d'une mention essentielle dans le contrat
- L'inobservation des règles concernant la **fixation du terme, la durée et le renouvellement** du contrat ainsi que celles relatives à l'**aménagement du terme** du contrat
- **poursuite du travail du salarié au-delà du terme de la mission ou du CDD**
- le non-respect du **délai de carence entre 2 contrats successifs sur le même poste.**

En revanche l'inobservation par l'entreprise utilisatrice du délai de carence n'entraîne pas la requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée. (Cass. soc. 23 février 2005 n° 518 FS-PBRI, Far c/Sté Spie Batignolles Sud-Est)

- **la poursuite de la relation contractuelle à l'échéance du terme**

b) Effets

Sur les conséquences de la requalification du contrat sur :

- En cas de requalification du contrat à durée déterminée, **le contrat est réputé à durée indéterminée depuis sa conclusion**. Le contrat étant réputé à durée indéterminée depuis sa conclusion, c'est à compter de cette date que se **calcule** l'ancienneté du salarié. La requalification remonte à la date de conclusion du premier CDD irrégulier (**cass. soc. 23 mars 2016, n°14-23.276**)
- **L'indemnité de requalification** : Si le tribunal fait droit à la demande du salarié, il doit lui accorder, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire, sans préjudice de l'application des dispositions relatives à la résiliation des contrats à durée indéterminée. (C. trav. art. L 1245-2 et L. 1251-41)

En matière de travail temporaire ce n'est pas l'employeur (c'est-à-dire l'entreprise de travail temporaire), mais l'**entreprise utilisatrice** qui supporte la charge de l'indemnité de requalification. (**cass. soc. 17 mars 2010, n°08-70.057**)

- **l'indemnité de fin de contrat** : L'indemnité de fin de contrat, qui est destinée à compenser la précarité de la situation du salarié intérimaire, lui reste acquise nonobstant la requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée. (**Cass. soc. 13 avril 2005 n° 884 FS-PBRI, Sté Adia c/ Geslain**)
- La requalification du contrat entraîne au moment de la rupture du contrat l'application des **règles du licenciement** : procédure, préavis, exigence d'une cause réelle et sérieuse, versement de l'indemnité de licenciement. L'échéance du terme ne peut valoir cause réelle et sérieuse de licenciement. (**cass. soc. 8 février 2005, n° 02-46.720**) L'employeur qui n'a pas respecté ces règles s'expose aux sanctions prévues par cette réglementation, en plus de l'indemnité de requalification.

Concrètement le salarié aura droit à :

- **1 mois de salaire brut pour indemnité de requalification**
- **1 mois de salaire brut pour non-respect de la procédure de licenciement**
- **1 à 3 mois de préavis selon les cas**
- **Une indemnité légale ou conventionnelle de licenciement si le salarié a plus de 8 mois d'ancienneté**
- **Des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse (barème Macron)**
- **Sa prime de précarité lui reste acquise s'il l'a déjà reçue.**

CONCLUSIONS

- Ainsi, au stade de sa formation, le CDI a l'avantage incontesté d'être plus souple que le CDD, n'étant enfermé ni dans des cas de recours limités, ni dans sa forme, ni dans sa durée et ayant une période d'essai bien plus longue, alors même que plus le contrat doit être long, plus sa durée déterminée est difficile à maîtriser.
- Au niveau de la fin du contrat, le CDD n'est pas nécessairement non plus le choix le plus simple.

Certes, en principe, le CDD prend fin naturellement et sans difficulté par l'échéance de son terme, sous réserve qu'il ne soit pas requalifié en CDI ce qui pose alors un autre problème puisque la fin du CDD s'analyse en un licenciement sans cause avec les conséquences qui en découlent (indemnité de requalification d'un mois de salaire, préavis, indemnité de licenciement, dommages et intérêts pour licenciement sans cause selon les plafonds Macron)

Il faut néanmoins envisager aussi les possibilités de rupture anticipée du CDD, or les cas de rupture sont limités.

De manière amiable, la rupture conventionnelle n'est pas possible, reste la rupture d'un commun accord qui est moins sécurisée.

De manière litigieuse, seul en pratique le licenciement pour faute grave est possible (sous réserve du licenciement pour cas de force majeure). Pas de licenciement pour faute simple, pour insuffisance professionnelle, pour motif économique possible...

Or, c'est à l'employeur de prouver la faute grave d'un salarié...A défaut, la rupture anticipée d'un CDD sera abusive avec des conséquences qui peuvent être bien plus lourdes aujourd'hui qu'en cas de licenciement sans motif réel et sérieux.

En effet, aujourd'hui, les dommages et intérêts pour licenciement sans motif réel et sérieux sont plafonnés pour les licenciements prononcés depuis le 24 septembre 2017, à une indemnité maximum de 3,5 mois de salaire, alors que dans la même situation, l'article L 1243-4 du Code du travail prévoit que le salarié dont le CDD a été rompu abusivement de façon anticipée, aura droit, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat, à une indemnité au minimum égale au montant des rémunérations restant à courir jusqu'au terme normal du contrat.

Or, si un CDD de 18 mois est rompu abusivement au bout de 6 mois, l'indemnité minimale selon la loi est donc de 12 mois de salaire (les salaires restant à courir jusqu'à la fin du contrat) outre un préavis...et une indemnité de licenciement.

Au terme de cette comparaison, il apparaît que la rupture d'un CDD peut être bien plus coûteuse que la rupture d'un CDI.

2. LA FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

2.1 EXISTENCE D'UN CONTRAT DE TRAVAIL.

Le lien de subordination est un des trois éléments caractéristiques du contrat de travail avec la fourniture d'un travail et sa contrepartie, la rémunération. C'est l'élément distinctif qui permet la distinction entre le contrat de travail et les autres contrats : contrat d'entreprise, de location, mandat, etc...

Quel que soit le type de contrat de travail, le lien de subordination existe dès qu'une personne, l'employeur, peut exercer son pouvoir de direction sur une autre personne, l'employé. Cette autorité comprend le pouvoir de donner des directives, le pouvoir d'en contrôler l'exécution et le pouvoir d'en sanctionner la mauvaise exécution. Il doit pouvoir s'exercer à tout moment mais pas nécessairement de manière étroite et ininterrompue.

Cass. soc. 24-6-2020 n° 19-13.476 F-D et n° 18-26.088 F-D Cass. soc. 28 nov. 2018, n° 17-20079

Requalification en contrat de travail

Juridiquement, le salarié est celui qui accomplit un travail rémunéré sous un lien de subordination, celui-ci étant caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

Lorsqu'une contestation s'élève sur l'existence d'un contrat de travail, entre une entreprise et un travailleur indépendant (artisans, commerçant franchisé, par exemple), la Haute juridiction pose classiquement que :

- la caractérisation d'une relation de travail salarié repose sur des éléments objectifs.
- La seule volonté des parties est par ailleurs impuissante à soustraire un travailleur au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail (Ass. plén., 4 mars 1983, Bull. 1983, Ass. plén., n° 3, pourvois n° 81-11.647 et 81-15.290).

Autrement dit, saisi d'une demande de requalification, les juges doivent **utiliser la méthode du faisceau d'indices**, en se penchant concrètement sur la manière dont est organisé au quotidien le travail, du travailleur indépendant.

Dans un arrêt du 28 novembre 2018, la Haute juridiction fait classiquement application de ces principes, mais pour une situation qu'elle examine pour la première fois, à savoir, celle d'un travailleur indépendant utilisant une plate-forme numérique.

Dans cette affaire, l'entreprise *Take eat easy* utilisait une plate-forme et une application pour mettre en relation des restaurateurs, des clients et des livreurs indépendants à vélo. Un de ses livreurs avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification de la relation contractuelle en contrat de travail.

Pour admettre la demande de requalification, elle relève que l'application numérique était dotée d'un **système de géo-localisation permettant le suivi, en temps réel, par la société, de la position du coursier et, la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus, de sorte que le rôle de la plate-forme ne se limitait pas, en pratique, à la mise en relation du restaurateur, du client et du coursier. Ainsi la société exerçait un contrôle sur l'activité de ce dernier.**

De plus, la société avait mis en place un mécanisme dénommé « strikes » (**pénalités : malus, avec une éventuelle convocation à un entretien...pour obliger ses livreurs à respecter ses consignes**), ce qui constituait, pour les Hauts magistrats, **un véritable pouvoir de sanction à l'égard des coursiers.**

2.2 PROMESSE D'EMBAUCHE

Tout recrutement est généralement précédé d'un certain nombre d'échanges. Le recruteur définit un poste, indique habituellement le lieu où il sera exécuté, parfois la fourchette de salaires auquel il correspond. Les candidats répondent pour postuler à l'emploi. Des entretiens ont lieu, au cours desquels on entre de plus en plus dans le détail.

Mais, à partir d'un certain moment, ce qui n'était que pourparlers n'engageant à rien change de nature pour devenir une promesse d'embauche créatrice de droits et de devoirs.

La promesse d'embauche se distingue des pourparlers (ou simples offres d'emploi) en ce qu'elle crée des obligations à l'égard des parties qui ne peuvent plus se rétracter par la suite.

Constitue, dans tous les cas, une promesse d'embauche l'offre d'emploi ferme et précise, adressée à une personne désignée, qui contient la nature de l'emploi proposé, la rémunération y afférente et, éventuellement, la date et le lieu d'entrée en fonctions.

a) Distinction entre offre d'embauche et promesse d'embauche

Prenant en compte la réforme du droit des obligations, la chambre sociale de la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence relative à la promesse d'embauche et établit désormais une distinction entre offre et promesse de contrat de travail. Cass. soc. 21-9-2017 n° 16-20.103 FS-PBRI, Union sportive carcassonnaise c/ D.Cass. soc. 21-9-2017 n° 16-20.104 FS-PBRI, Union sportive carcassonnaise c/ F.

Dans les deux affaires, un club de rugby adresse à un joueur professionnel une proposition d'engagement, prévoyant notamment le montant de la rémunération mensuelle, la mise à disposition d'un logement et d'un véhicule, ainsi que la date de début d'activité. Par la suite, le club se rétracte, par courriel adressé à l'agent des joueurs. Malgré cela, les joueurs retournent au club les documents signés. Ils saisissent ensuite le juge afin d'obtenir des indemnités de rupture et obtiennent gain de cause devant la cour d'appel en se fondant sur la position retenue jusqu'à présent par la Cour de cassation. Celle-ci considérait en effet que l'écrit précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction constituait une promesse d'embauche valant contrat de travail et que, en cas de rupture, celle-ci s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (par exemple, Cass. soc. 15-12-2010 n° 08-42.951 F-PB : RJS 3/11 n° 205 ; Cass. soc. 19-11-2014 n° 13-19.483 F-D : RJS 2/15 n° 76). Mais cette fois, la chambre sociale de la Haute Juridiction ne valide pas la décision des juges du fond.

Dans les deux affaires, la chambre sociale censure la décision des juges du fond, ceux-ci ayant condamné le club de rugby sans avoir constaté, dans les documents litigieux, le droit offert au joueur d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait plus que leur consentement, ce qui aurait permis de caractériser une promesse unilatérale engageant l'employeur, et non une simple offre, de contrat de travail.

L'offre peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. La rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, avant l'issue d'un délai raisonnable fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur.

b) Éléments caractérisant une promesse d'embauche créatrice de droits

Contrat par lequel le promettant accorde au bénéficiaire le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail dont sont déterminés :

- L'emploi
- La rémunération
- La date d'entrée en fonction

Ne manque que le consentement du bénéficiaire pour que soit formé le contrat

Certains auteurs considèrent qu'il serait logique que la promesse d'embauche, pour engager le recruteur, réunisse les éléments essentiels de la relation de travail. Mais force est de constater que la Cour de cassation, recherchant l'intention réelle des parties, se contente parfois – pas toujours – de quelques indices.

➤ Ainsi ont été considérés comme des promesses d'embauche :

Lettre fixant la nature de l'activité, le temps de travail et le montant du salaire de la salariée à compter d'une date précise (Cass. soc. 12-7-2010 n° 09-40.507).

Lettre précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction et non la rémunération et qui n'a été suivie d'aucun début d'activité (Cass. soc. 27-2-2002 n° 00-41.787 (n° 825-FD)).

Courriel adressé à l'intéressé par le responsable des ressources humaines confirmant la proposition de rejoindre l'équipe de contrôle de gestion à une date donnée, et indiquant la qualification, le statut, le salaire et la période d'essai afférents à cette embauche (CA Paris 21-11-1997 n° 08-012584, 21e ch. sociale, L. c/ SNC Ecolab).

- En revanche n'est pas une promesse d'embauche liant la société =

Offre d'emploi contenant un descriptif du poste qui n'est pas adressée à une personne désignée mais seulement remise à l'ANPE (Pôle emploi) pour que celle-ci l'envoie aux demandeurs d'emploi susceptibles d'être intéressés, l'entreprise ayant ensuite la liberté de choisir le candidat le plus apte à remplir le poste proposé (CA Versailles 30-5-2002 n° 02-821, 15e ch. B, SARL Eponerp c/ D.).

Lettre contenant une offre précise et non conditionnelle d'embauche sollicitant l'accord du candidat et rétractation par l'employeur établie avant l'acceptation par le candidat (CA Paris 21-6-1994 n° 93-36906, 22e ch. C, C. c/ Sté GFA : RJS 11/94 n° 1242).

c) Non-respect de la promesse d'embauche.

Le litige né de la non-exécution d'une promesse d'embauche est de la compétence de la juridiction prud'homale.

Le Code du travail étant muet sur la question, la promesse d'embauche a été définie par la jurisprudence. La Cour de cassation rappelle en l'espèce que constitue une promesse d'embauche l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction. Elle ajoute que cette promesse vaut contrat de travail. En conséquence, sauf s'il justifie d'un motif légitime, l'employeur ne peut pas se rétracter, peu importe l'acceptation ou non de la promesse par le salarié.

La Haute Juridiction décide ensuite que la rupture par l'employeur de son engagement s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle approuve les juges du fond d'avoir accordé au salarié les indemnités correspondantes : dommages et intérêts et indemnité compensatrice de préavis.

Selon les juges, la durée du préavis retenue correspond à celle applicable aux salariés licenciés ayant moins de six mois d'ancienneté ; elle est donc fixée, comme pour la démission, soit par la loi pour certaines catégories de salariés (journalistes, VRP...), soit par la convention collective ou, à défaut, par les usages en vigueur dans la profession ou localement.

En revanche, à défaut d'ancienneté suffisante, l'indemnité légale de licenciement ne saurait être due.

Peu importe que la promesse compote une période d'essai. CA Paris 3 juillet 2018 n° 14/06252 En effet,

- Le fait pour l'employeur d'annuler une embauche alors que les parties avaient conclu un contrat de travail qui contenait une période d'essai dont l'exécution n'avait pas débuté s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et non en une rupture de période d'essai.

Pour tenter d'échapper aux conséquences indemnitaires d'un licenciement abusif, l'employeur faisait valoir en l'espèce l'existence d'une période d'essai qui lui aurait permis de rompre son engagement sans motifs, ni indemnités. La Cour de cassation rejette cet argument relevant que le contrat a été rompu avant tout commencement d'exécution. Cette solution est logique dans la mesure où l'objet de la période d'essai est d'apprécier les compétences du salarié. Elle ne saurait donc être invoquée avant le début de la relation de travail.

La rupture d'une promesse d'embauche directement liée à l'état de santé du candidat, motif discriminatoire, s'analyse en un licenciement nul. CA Nancy 6-7-2012 n° 11-01221, Acoris Mutuelles c/ B Cass. soc. 15 décembre 2010 n° 08-42.951 (n° 2545 F-PB), SAS Cama c/ Perinet.

Justifie en revanche le non-respect de la promesse d'embauche =

Le fait pour le candidat de ne pas avoir atteint le niveau requis au terme d'une formation, condition à laquelle était subordonnée son embauche, alors que l'employeur a respecté ses engagements en la matière (CA Aix-en-Provence 22-2-2011 n° 09-9349, ch. 18, S. c/ SAS In'tech medical).

L'impossibilité d'embaucher l'intéressé à la date prévue du fait de l'absence d'agrément délivré par la sous-préfecture alors que s'agissant d'un emploi-jeune, cet agrément était nécessaire (CA Nancy 15-11-2000 n° 99-766, ch. soc., K. c/ Union sportive trailor Lunéville).

2.3 PERIODE D'ESSAI

La période d'essai désigne le laps de temps durant lequel, une fois le contrat de travail conclu, l'employeur et le salarié vont juger, en situation, de leur capacité à travailler ensemble.

Elle est ainsi définie par la loi : « *La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* » (C. trav., art. L. 1221-20).

La période d'essai se situe impérativement au commencement de l'exécution du contrat de travail (Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-45.349), ce qui la distingue du « *test professionnel* » qui se situe avant la conclusion du contrat de travail et de la « *période probatoire* » à laquelle peut être soumis le salarié à l'occasion d'un changement de poste.

Durant cette période, les règles légales régissant la rupture du contrat de travail ne sont en principe pas applicables (C. trav., art. L. 1231-1). Autrement dit, le contrat peut être rompu par l'une ou l'autre des parties sans avoir à respecter de procédure particulière, ni à justifier d'un motif.

Cette liberté de rupture confère à la période d'essai un caractère dérogatoire et explique l'encadrement très sévère dont elle a toujours fait l'objet de la part de la jurisprudence. Elle n'est toutefois pas sans limite.

Tout d'abord, la loi du 25 juin 2008 précitée a instauré un délai de prévenance, sorte de préavis de rupture.

De surcroît, si la rupture de l'essai n'est pas soumise au droit commun du licenciement (ou de la résiliation du CDD), elle n'échappe pas à l'ensemble des autres règles du droit du travail : interdiction des discriminations, application du droit disciplinaire et de la protection statutaire pour certaines catégories de salariés (conseillers prud'hommes, conseillers du salarié...).

Enfin, comme pour tout droit, la rupture de la période d'essai ne doit pas s'exercer dans des conditions abusives.

a) Nécessité d'un écrit

La période d'essai, ainsi que la possibilité de son renouvellement, ne se présument pas. Elles doivent être expressément prévues par le contrat de travail ou la lettre d'engagement (C. trav., art. L. 1221-23).

La Cour de cassation était extrêmement exigeante quant à la preuve qu'un essai avait bien été convenu. Ainsi, en l'absence de signature par le salarié de la lettre d'engagement, la preuve de l'existence d'une période d'essai n'était pas rapportée (Cass. soc., 13 déc. 2000, no 98-44.464). De même, en l'absence de stipulation expresse du contrat de travail, l'acceptation ultérieure par le salarié d'une prolongation de la période d'essai ne suffisait pas à apporter la preuve qu'elle avait été convenue (Cass. soc., 5 nov. 2003, no 01-44.133). Cette jurisprudence n'est pas remise en cause.

Cette exigence d'une mention expresse du contrat de travail est valable quelles que soient les dispositions de la convention collective.

Le fait qu'une promesse d'embauche ait été préalablement adressée au salarié sans mentionner de période d'essai n'interdit pas d'en prévoir une dans le contrat de travail (Cass. soc., 12 juin 2014, no 13-14.258). Autrement dit, le silence de la promesse d'embauche sur ce point ne vaut pas renonciation à l'application d'une période d'essai, pour autant que le contrat de travail en fixe une.

b) Durée de la période d'essai

Jusqu'à l'intervention de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, le Code du travail était quasiment muet sur la durée et le régime de la période d'essai dans les contrats à durée indéterminée, à l'exception de certaines catégories de salariés – VRP, assistantes maternelles, travailleurs handicapés employés dans une entreprise adaptée.

À présent, la durée de la période d'essai applicable à l'ensemble des autres salariés embauchés sous CDI fait l'objet d'un encadrement légal. Mais la période d'essai faisant généralement l'objet de dispositions conventionnelles, le problème s'est posé de leur articulation avec le régime légal.

➤ **Durées légales maximales**

Le contrat à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est de (C. trav., art. L. 1221-19) :

- **deux mois pour les ouvriers et employés ;**
- **trois mois pour les agents de maîtrise et les techniciens ;**
- **quatre mois pour les cadres.**

Il s'agit de durées maximales. Par conséquent, les parties au contrat de travail peuvent toujours convenir de durées plus courtes. Ils peuvent, le cas échéant, renoncer à en appliquer une. Il suffit dans ce cas que le contrat ne l'envisage pas, la période d'essai ne se présumant pas

➤ **Déduction des stages obligatoires**

Lorsque le salarié est embauché dans les trois mois suivant l'issue d'un stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, **la durée de ce stage doit être déduite de la période d'essai. Toutefois, cette déduction ne peut avoir pour effet de réduire la période d'essai de plus de la moitié, sauf accord collectif prévoyant des dispositions plus favorables.**

Par ailleurs, lorsque cette embauche est effectuée dans un emploi en correspondance avec les activités confiées au stagiaire, la durée du stage est déduite intégralement de la période d'essai. De même, lorsque le stagiaire est embauché par l'entreprise à l'issue d'un stage d'une durée supérieure à deux mois, la durée de ce stage est prise en compte pour l'ouverture et le calcul des droits liés à l'ancienneté (C. trav., art. L. 1221-24).

➤ **Déduction des périodes de CDD.**

S'agissant du CDD, il est rappelé que le contrat de travail à durée déterminée peut comporter une période d'essai. À défaut d'usages ou de dispositions conventionnelles prévoyant des durées moindres, la durée de la période d'essai du CDD est limitée à :

- un jour par semaine (sans que la durée puisse dépasser deux semaines) pour les contrats inférieurs ou égaux à six mois ;
- un mois maximum pour les contrats supérieurs à six mois.

En l'absence de terme précis, la période d'essai est calculée de la même façon, par rapport à la durée minimale du contrat.

Par ailleurs, en application de l'article L. 1243-11 du Code du travail, lorsqu'à l'issue d'un contrat à durée déterminée, la relation contractuelle se poursuit immédiatement par un contrat à durée indéterminée, **la durée du CDD est déduite de la période d'essai éventuellement prévue par le nouveau contrat.**

Encore importe-t-il qu'il s'agisse du même emploi exercé dans les mêmes conditions, ou en tout cas dans des conditions analogues. Ainsi, lorsque le contrat à durée indéterminée porte sur un emploi autre que celui occupé durant le contrat à durée déterminée, l'employeur peut faire exécuter à l'intéressé une nouvelle période d'essai. Il faut toutefois réserver l'hypothèse d'une fraude à la loi (Cass. soc., 17 mars 1993, no 89-45.508).

➤ **Articulation des durées légales avec les durées conventionnelles et contractuelles**

Selon la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, les durées légales ont un « caractère impératif », ce qui signifie qu'elles s'imposent en principe aux partenaires sociaux de la branche, de l'entreprise ainsi qu'aux cocontractants, à l'exception (C. trav., art. L. 1221-21) :

- de durées plus longues fixées par les accords de branches conclus avant la date de publication de la loi ;
- de durées plus courtes fixées par les accords collectifs conclus après la publication de la loi ;
- de durées plus courtes fixées par le contrat de travail ou la lettre d'engagement.

Plusieurs hypothèses peuvent être dégagées de ces règles.

✓ *Durées fixées par les accords de branche antérieurs au 26 juin 2008*

- Durées plus longues que les durées légales

En présence de périodes d'essai conventionnelles plus longues que les durées légales, les premières peuvent continuer à s'appliquer (Circ. DGT n° 2009-5, 17 mars 2009, p. 3).

Mais, selon les dispositions de la convention n° 158 de l'OIT, leur durée doit être **raisonnable**.

Tel n'est pas le cas lorsque la durée fixée par l'accord de branche atteint six mois pour une assistante commerciale n'ayant pas le statut de cadre (Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.512, FS-P+B : convention collective du Crédit agricole) ou un an pour un chargé d'affaires (Cass. soc., 4 juin 2009, n° 08-41.359).

Il en va de même d'une période d'essai de six mois renouvelable une fois pour un directeur de magasin (Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-17.945 : CCN du commerce de gros et de détail, à prédominance alimentaire) ou pour un salarié soumis à une loi étrangère, mais exécutant son travail en France (Cass. soc., 26 mars 2013, n° 11-25.580 P+B).

En revanche, une durée de neuf mois pour l'ensemble du personnel d'encadrement a été jugée raisonnable (Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 12-11.825, P+B : CCN du personnel sédentaire des entreprises de navigation).

- Durées plus courtes que les durées légales

Depuis le 1^{er} juillet 2009, en l'absence de nouvel accord, les durées légales s'imposent et se substituent aux durées conventionnelles.

- ✓ *Durées plus courtes fixées par les accords de branche conclus à compter du 26 juin 2008*

L'accord de branche peut fixer des durées plus courtes que les durées légales.

Il ne peut en aucun cas aller au-delà de ces durées.

➤ **Calcul de la durée de l'essai**

✓ *Point de départ de l'essai*

En principe, la période d'essai commence à la date où le salarié est « engagé et rémunéré » (Cass. soc., 23 févr. 1983, no80-41.596, Bull. civ. V, no 101).

Peu importe que l'intéressé ne commence effectivement son activité qu'ultérieurement, en raison de retards dans des travaux d'installation (Cass. soc., 23 oct. 1991, no 88-41.054).

De même, les parties ne peuvent pas convenir de différer le début de l'essai.

✓ *Modalités de calcul de l'essai*

Pour calculer la durée de la période d'essai, il n'y a pas lieu de se référer aux règles de computation des délais de procédure telles qu'elles sont fixées par le Code de procédure civile (Cass. soc., 23 mars 1983, no 80-41.976, Bull. civ. V, p. 187 ; Cass. soc., 21 janv. 1987, no 83-45.686, Bull. civ. V, p. 16).

Une période d'essai de trois mois commençant le 3 juin expire non le 3 septembre, mais le 2 septembre à minuit (Cass. soc., 11 oct. 1990, no 87-43.503). Une période d'essai d'un mois, renouvelée une fois pour une durée équivalente, qui a commencé à courir le 14 mai, a expiré le 13 juillet à minuit, et non le 14 juillet à minuit (Cass. soc., 15 mars 2006, no 04-44.544, Bull. civ. V, no 103).

Le fait que le dernier jour de la période d'essai corresponde à un jour non travaillé dans l'entreprise (le samedi par exemple) n'affecte pas la survenance de son terme (Cass. soc., 10 nov. 1988, no 85-46.558).

La période d'essai exprimée en jours se décompte également en jours calendaires (Cass. soc., 29 juin 2005, no 02-45.701, Bull. civ. V, no 220).

✓ *Prolongation de l'essai*

On entend par prolongation le fait de retarder la fin de la période d'essai (de plusieurs jours ou de plusieurs semaines) en cas de suspension du contrat de travail pendant l'exécution de l'essai.

Destinée à tester les capacités du salarié, la période d'essai suppose l'accomplissement d'un travail effectif. C'est pourquoi la suspension de l'exécution du travail entraîne en principe la suspension de la période d'essai et donc la prorogation de son terme. À noter que l'exécution d'un stage de formation ne suspend pas la durée de la période d'essai (Cass. soc., 9 déc. 1998, no 96-43.512).

La suspension du contrat, pour indisponibilité du salarié le plus souvent, autorise l'employeur à reporter le terme de l'essai (Cass. soc., 23 mai 2007, no 06-41.338, pour un congé sans solde). Il en est ainsi en cas d'arrêt de travail pour maladie ou accident du travail (Cass. soc., 12 janv. 1993, no 88-44.572, Bull. civ. V, no 3).

Par contre, l'essai n'est valablement suspendu pendant les congés annuels de l'entreprise que si le salarié lui-même est en congé (Cass. soc., 5 mars 1997, no 94-40.042, Bull. civ. V, no 94 ; Cass. soc., 17 juill. 1996, no 94-44.057, Bull. civ. V, no 288).

Voici un tableau récapitulatif :

Disposition conventionnelle conclue depuis le 26 juin 2008	Durée plus courte	Applicable
	Durée plus longue	Inapplicable
Disposition conventionnelle conclue avant le 26 juin 2008	Durée plus courte	Inapplicable
	Durée plus longue	Applicable
Contrat de travail conclu depuis le 26 juin 2008	Durée plus courte	Applicable
	Durée plus longue	Inapplicable

c) Renouvellement de l'essai

Depuis la loi no 2008-596 du 25 juin 2008, la possibilité de renouveler la période d'essai est soumise à des conditions de mise en place et des limites.

➤ Une convention collective de branche étendue

Le renouvellement doit être prévu par un accord de branche étendu qui en fixe les conditions et la durée (C. trav., art. L. 1221-21).

Autrement dit, les entreprises qui ne sont pas couvertes par une convention collective de branche étendue autorisant un tel renouvellement ne peuvent pas y avoir recours, et ce même avec l'accord exprès du salarié.

S'agissant des dispositions conventionnelles de branche étendues antérieures à la publication de la loi qui autorisent le renouvellement de la période d'essai, elles peuvent, selon nous, continuer de s'appliquer sous réserve qu'elles soient conformes aux exigences de la loi – formalisation du renouvellement et durées du renouvellement.

L'administration adopte une position identique, même lorsque le renouvellement est autorisé par des dispositions conventionnelles de branche étendues qui prévoient des périodes plus courtes que la loi (Circ. DGT no 2009-5, 17 mars 2009, p. 3).

En revanche, si le renouvellement de la période d'essai n'est autorisé que par un accord d'entreprise, il n'est pas possible (Circ. précitée, p. 3 : commentaire de l'article 2 de la loi). La solution est donc identique lorsque le renouvellement n'est prévu que par le contrat de travail.

Cass. soc., 20 déc. 2017, n°16-17.998

Si la disposition d'un accord de branche autorisant le renouvellement une fois de la période d'essai prévoit qu'elle ne s'applique qu'en l'absence d'accord régional, et qu'un tel accord existe, mais n'autorise pas un tel renouvellement, la clause du contrat de travail prévoyant celui-ci est nulle.

➤ Une disposition expresse dans le contrat de travail

La possibilité de renouveler la période d'essai ne se présume pas. C'est pourquoi, même si la faculté de renouvellement est ouverte par une convention collective de branche étendue, le renouvellement doit être expressément prévu dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail (C. trav., art. L. 1221-23).

➤ Un accord exprès du salarié

Même lorsqu'il est prévu par la convention collective et le contrat de travail, le renouvellement (ou la prolongation) de la période d'essai requiert l'accord exprès du salarié, sollicité au cours de la période initiale (Cass. soc., 23 janv. 1997, no 94-44.357, Bull. civ. V, no 33 ; Cass. soc., 10 mai 2001, no 99-42.865).

Ce renouvellement ne peut donc pas résulter d'une décision unilatérale de l'employeur (Cass. soc., 30 oct. 2002, no 00-45.185 ; Cass. soc., 11 mars 2009, no 07-44.090).

Agir suffisamment tôt. - Si l'employeur envisage le renouvellement, c'est nécessairement à l'approche du terme de la période d'essai initiale. Cependant, il ne doit pas attendre le dernier moment. En effet, l'accord du salarié n'est valable que s'il intervient pendant la période d'essai (cass. soc. 23 janvier 1997, n° 94-44357, BC V n° 33). Par ailleurs, il faut tenir compte du délai de prévenance à respecter dans toute rupture en cours d'essai (voir RF Social, Revue d'actualité 94, p. 14). Enfin, il se peut que la convention collective impose une procédure particulière (ex. : envoi au plus tard 2 jours avant le terme de l'essai).

L'employeur doit donc envoyer la proposition de renouvellement suffisamment tôt pour avoir le temps de réagir en cas de refus. Par exemple, si un salarié a été embauché le 1er octobre avec une période d'essai initiale de 2 mois et qu'il travaille depuis un peu plus de 1 mois, son essai ne peut être rompu qu'avec un délai de prévenance de 2 semaines, soit au plus tard le mardi 16 novembre (c. trav. art. L. 1221-25). L'employeur doit proposer le renouvellement avant cette date, par exemple le vendredi 12 novembre avec une réponse au plus tard le lundi 15. En cas de refus, il pourrait mettre fin à l'essai le 16.

➤ Durée du renouvellement

Aux termes de l'article L. 1221-21 du Code du travail, la période d'essai ne peut être renouvelée qu'une seule fois.

Renouvellement compris, la période d'essai ne peut excéder (C. trav., art. L. 1221-25) :

- quatre mois pour les ouvriers et employés ;
- six mois pour les agents de maîtrise ;
- huit mois pour les cadres.

Dans un arrêt du 31 mars 2016 (n°14-29184), la chambre sociale de la Cour de cassation décide que le caractère impératif des durées légales vise tant la durée initiale que le renouvellement de la période d'essai.

Ainsi, les durées prévues par convention collective conclue avant le 26 juin 2008 prévoyant des durées maximales de période d'essai plus courtes que les durées légales, renouvellement compris, ne sont plus applicables et sont remplacées par ces dernières depuis le 1er juillet 2009.

En l'espèce, une durée maximale d'essai de 8 mois s'était donc substituée à la durée maximale de 6 mois prévus par la convention Syntec. Le salarié ne pouvait donc pas se prévaloir d'une période d'essai de 7 mois.

d) Rupture de la période d'essai

➤ Exclusion des règles régissant la rupture du contrat de travail

Les dispositions qui régissent la rupture du contrat de travail ne sont pas applicables pendant la période d'essai (C. trav., art. L. 1231-1, al. 2, pour le contrat à durée indéterminée ; C. trav., art. L. 1242-11, pour le contrat à durée déterminée).

Autrement dit, les règles du licenciement (procédure, préavis, motivation) et de la rupture anticipée du CDD ne sont pas applicables à la rupture de la période d'essai.

Pendant la période d'essai, « *chacune des parties dispose, en principe, d'un droit de résiliation discrétionnaire sans avoir ainsi à alléguer des motifs* » (Cass. soc., 26 juin 1986, n° 83-46.058 ; Cass. soc., 4 mars 1987, n° 83-45.842).

Une cause réelle et sérieuse justifiant la rupture n'est pas exigée : « (...) *la cour d'appel a exactement décidé que la rupture de ce contrat étant intervenue pendant cette période, l'employeur, qui n'était pas tenu de se prévaloir d'une cause réelle et sérieuse, n'avait pas à justifier de l'existence de l'insuffisance professionnelle qu'il avait invoquée* » (Cass. soc., 13 nov. 1985, n° 84-41.104, Bull. civ. V, p. 383).

Cette liberté de rupture de la période d'essai vaut pour autant que celle-ci n'ait pas été détournée de sa finalité. La sanction serait alors celle de l'abus de droit.

La rupture de la période d'essai n'échappe toutefois pas à l'ensemble des règles du droit du travail, à savoir :

- Motifs discriminatoires

Ainsi, les dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail relatives aux discriminations illicites sont applicables à la période d'essai. Dès lors, s'il est constaté que le salarié a été délibérément évincé pour l'un des motifs prohibés visés à l'article précité, la rupture de la période d'essai est nulle (Cass. soc., 16 févr. 2005, n° 02-43.402, Bull. civ. V, n° 52, où le salarié avait été écarté en raison de ses récents problèmes de santé).

- Procédure disciplinaire

Lorsque l'employeur invoque un motif disciplinaire pour mettre fin à la période d'essai, il doit respecter la procédure disciplinaire.

Selon la Cour de cassation, en effet, « *si l'employeur peut sans motif et sans formalisme mettre fin à la période d'essai, il doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire* » (Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750, Bull. civ. V, n° 80).

- Salariés bénéficiant d'un statut protecteur

Les dispositions légales qui assurent une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun à certains salariés, en raison du mandat ou des fonctions qu'ils exercent dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, s'appliquent à la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur pendant la période d'essai. À défaut d'autorisation de l'inspection du travail, la rupture du contrat d'un salarié protégé pendant la période d'essai est donc nulle (Cass. soc., 26 oct. 2005, n° 03-44.751, Bull. civ. V, n° 306 ; Cass. soc., 26 oct. 2005, n° 03-44.585, Bull. civ. V, n° 306 ; Cass. soc., 26 oct. 2006, n° 03-44.751).

- Salariés accidentés du travail

Le contrat d'un salarié victime d'un accident du travail (mais non de trajet) ou atteint d'une maladie professionnelle se trouve légalement suspendu, et, au cours de cette suspension, l'employeur ne peut résilier le contrat que pour faute grave ou pour impossibilité de maintenir ce contrat par suite d'un motif non lié à l'accident ou à la maladie. (C. trav., art. L. 1226-9)

Pour la Cour de cassation, cette interdiction de résiliation joue aussi pendant la période d'essai.

➤ Délai de prévenance

La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail a institué un délai de prévenance en cas de rupture de la période d'essai, dont la durée varie selon l'auteur de la rupture (employeur ou salarié) et selon la durée de l'essai accompli.

1- Rupture à l'initiative de l'employeur

✓ *Règles légales*

L'employeur qui décide de rompre la période d'essai doit prévenir le salarié dans un délai qui ne peut être inférieur à (C. trav., art. L. 1221-25) :

- 24 heures en deçà de huit jours de présence ;
- 48 heures entre huit jours et un mois de présence ;
- deux semaines après un mois de présence ;
- un mois après trois mois de présence.

Ces délais s'appliquent à la rupture de la période d'essai des salariés en contrat à durée déterminée s'ils comportent une période d'essai d'au moins une semaine (Circ. DGT n° 2009-5, 17 mars 2009, p. 4 : commentaire de l'article 2 de la loi). Dans la mesure où, pour ce type de contrat, la période d'essai ne peut excéder un mois (C. trav., art. L. 1242-10), seuls les délais de 24 et 48 heures seront susceptibles de s'appliquer.

Attention : « *La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance* » (C. trav., art. L. 1221-25, al. 2).

Cela signifie que l'observation du délai de prévenance ne peut pas aboutir à ce que le salarié exécute sa prestation de travail au-delà du terme de la période d'essai convenue. A défaut, le contrat de travail devient à durée indéterminée et ne peut être rompu par l'employeur qu'en licenciant le salarié (Cass. soc., 5 nov. 2014, n° 13-18.114).

En pratique, l'employeur doit donc mettre fin à la période d'essai avant sa date d'expiration initiale, même s'il n'a pas respecté le délai de prévenance. La solution la plus sage consiste, dans ce cas, à indemniser le salarié du reliquat dépassant le terme de la période d'essai sans prolonger d'autant la relation contractuelle.

✓ *Non-respect du délai de prévenance*

Lorsque le délai de prévenance d'une rupture de la période d'essai n'a pas été respecté, son inexécution ouvre droit pour le salarié, sauf s'il a commis une faute grave, à une indemnité compensatrice.

Cette indemnité est égale au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du délai de prévenance, indemnité compensatrice de congés payés comprise (C. trav., art. L. 1221-25, al. 3 nouveau ; Ord. n° 2014-699, 26 juin 2014, JO 27 juin).

Cette disposition va dans le même sens que la jurisprudence qui, jusqu'à présent, octroyait au salarié une indemnité compensatrice pour la partie du délai de prévenance non respecté (Cass. soc., 23 janv. 2013, n° 11-23.428, Bull. civ. V, n°14).

L'inobservation du délai de prévenance n'a pas pour effet de transformer la rupture de la période d'essai en un licenciement (Cass. soc., 23 janv. 2013, no 11-23.428, Bull. civ. V, no 14). Elle se traduit seulement par l'obligation, pour l'employeur, d'indemniser le salarié.

2- Rupture à l'initiative du salarié

Lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par le salarié, celui-ci doit respecter un délai de prévenance de 48 heures. Ce délai est ramené à 24 heures si la durée de l'essai accomplie est inférieure à 8 jours (C. trav., art. L. 1221-26).

Ce délai de prévenance s'applique également à la rupture de la période d'essai des salariés en contrat à durée déterminée.

La période d'essai ne pouvant résulter que d'une clause écrite, il nous semble indispensable de mentionner ce délai de prévenance ou une référence à la loi pour pouvoir en exiger l'application, sinon le silence du contrat peut être interprété comme une intention de ne pas imposer au salarié le respect d'une disposition qui, pour être légale, n'est pas d'ordre public.

➤ Absence de formalisme et de motivation

Sauf dispositions conventionnelles expresses (Cass. soc., 21 juin 2006, no 04-47.839), aucun formalisme particulier n'est requis pour prononcer la rupture d'une période d'essai. Celle-ci peut être verbale (Cass. soc., 9 déc. 1998, no 97-42.858). Elle ne peut cependant pas revêtir la forme d'une déclaration orale en présence du personnel de l'entreprise (Cass. soc., 7 févr. 2001, no 99-42.041 ; Cass. soc., 5 déc. 2001, no 99-45.758).

Toutefois, compte tenu de l'enjeu d'une notification tardive de la rupture et depuis l'instauration d'un délai de prévenance par la loi no 2008-596 du 25 juin 2008, une notification écrite, par remise en main propre contre décharge ou LRAR, est tout particulièrement conseillée.

Si chacune des parties peut discrétionnairement et, sauf dispositions particulières, sans forme, mettre fin aux relations contractuelles pendant la **période d'essai**, la **rupture** doit être **explicite**.

Elle se situe à la date à laquelle son auteur manifeste la volonté d'y mettre fin. A statué par des motifs impropres à caractériser que l'employeur avait, de manière explicite, manifesté une telle volonté avant la date d'expiration de l'essai la cour d'appel constatant que les documents de fin de contrat, établis en fin de mois, mentionnaient une date antérieure comme étant le dernier jour travaillé et, la salariée ne disconvenant pas ne s'être plus rendue sur son lieu de travail à compter de cette dernière date, en déduit que cette absence ne pouvait s'expliquer que par la rupture de la période d'essai dont elle avait forcément été prévenue, celle-ci étant dès lors intervenue pendant le délai contractuel de sorte qu'aucun abus de l'employeur ne peut être relevé. **Cass. soc. 24-6-2020 n° 17-28.067 F-D Rupture de période d'essai**

➤ Rupture abusive de l'essai

À l'exception des cas d'abus ou des ruptures intervenant en dehors de la période d'essai, et sauf dispositions conventionnelles plus favorables, la rupture de l'essai donne seulement lieu, à l'expiration du délai de prévenance, au versement du dernier salaire, des indemnités compensatrices de congés payés et, le cas échéant, au prorata des primes annuelles.

Cass. soc., 5 juillet 2017, n°16-15.446

L'employeur qui a notifié une rupture de période d'essai peut l'annuler avec l'accord du salarié, cet accord pouvant se déduire de la poursuite des relations contractuelles au-delà de la date d'expiration de la période d'essai.

Application

La circonstance que les règles qui régissent la rupture unilatérale du contrat de travail ne sont pas applicables pendant la période d'essai (C. trav., art. L. 1231-1) ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des principes généraux de la responsabilité civile, on fasse intervenir la notion d'abus de droit pour sanctionner l'intention de nuire ou la légèreté blâmable :

« Mais attendu que si, en principe, chaque partie au contrat de travail est libre de le rompre, sans donner de motif, au cours de la période d'essai, il n'en résulte pas que cette rupture ne puisse être fautive » (Cass. soc., 5 mars 1987, no 84-40.548, Bull. civ. V, p. 71.)

Il y a abus de droit sanctionné par des dommages-intérêts :

- lorsque les véritables motifs de la rupture sont sans relation avec l'aptitude professionnelle ou personnelle du salarié à assumer les fonctions qui lui sont dévolues : on parle alors de détournement de la finalité de la période d'essai ;
- lorsque la rupture est mise en œuvre dans des conditions qui révèlent une intention de nuire et/ou une légèreté blâmable (précipitation intempestive, désinvolture...).

1- Détournement de finalité de la période d'essai

Cette finalité est inscrite dans le Code du travail (C. trav., art. L. 1221-20) depuis la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008. Elle avait été rappelée fermement par la Cour de cassation : « (...) la période d'essai étant destinée à permettre à l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle du salarié (...) » (Cass. soc., 20 nov. 2007, n° 06-41.212, Bull. civ. V, n° 194).

Parfois, le détournement de finalité de la période d'essai est flagrant, pour ne pas dire caricatural. C'est dans l'usage même de l'essai que réside l'abus.

Il en est ainsi lorsque la période d'essai a été utilisée pour assurer l'intérim d'un poste dans l'attente de l'arrivée de celui auquel il était destiné (Cass. soc., 22 févr. 1979, n° 78-40.072, Bull. civ. V, n° 167) ou lorsqu'il est établi que, dès l'origine, l'intention de l'employeur était de limiter l'emploi du salarié à la durée de l'essai (Cass. soc., 5 oct. 1993, n° 90-43.780). Dans cette hypothèse, l'employeur a recours à l'essai non pour éprouver les qualités du salarié, mais pour éluder les règles du licenciement.

Mais, le plus souvent, l'abus va résulter des motifs de la rupture de l'essai.

Compte tenu de la finalité de la période d'essai, sa rupture doit avoir pour cause des considérations professionnelles. Elle doit se fonder sur une appréciation des aptitudes du salarié à tenir l'emploi, étant entendu que cette aptitude fait intervenir des critères plus larges que la stricte capacité professionnelle. Par exemple, l'absence de résultat du salarié dans la commercialisation du nouveau produit dont il avait la charge justifie la rupture du contrat de travail pendant la période d'essai (Cass. soc., 31 mai 2000, n° 98-43.457). De même, lorsque le poste requiert un sens aigu du relationnel, une rupture motivée par les doutes de l'employeur quant aux qualités du salarié sur le plan des relations humaines peut être légitime (Cass. soc., 1^{er} juill. 1976, n° 75-41.027, Bull. civ. V, n° 411).

En revanche, a été jugée abusive la rupture de la période d'essai motivée :

- par le refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail (Cass. soc., 4 juill. 2001, n° 99-44.469 : extension du secteur de prospection et adjonction d'une clause de mobilité ; Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-42.445 : diminution de la rémunération contractuelle) ;
- par l'absence de vacance du poste qui lui était promis (Cass. soc., 25 mars 1985, n° 84-41.458).

2- Légèreté blâmable ou intention de nuire

La rupture abusive de la période d'essai peut aussi résulter de la légèreté blâmable de l'employeur qui aura donné de faux espoirs au salarié ou ne lui aura pas laissé le temps de faire ses preuves.

Il en est ainsi de l'employeur qui se sépare du salarié après lui avoir laissé espérer un emploi stable au motif que la personne à laquelle il devait succéder n'avait pas libéré son poste (Cass. soc., 25 mars 1985, n° 84-41.458, Bull. civ. V, p. 146 ; Cass. soc., 20 mars 1990, n° 86-45.356 ; Cass. soc., 17 juill. 1996, n° 93-46.494, Bull. civ. V, n° 289).

De même, agit avec une légèreté blâmable l'employeur qui, après avoir renouvelé la période d'essai d'un salarié, met fin à cet essai, avant la reprise du travail (arrêt maladie), en justifiant sa démarche par la qualité des prestations de son remplaçant (Cass. soc., 18 juin 1996, n° 92-44.891, Bull. civ. V, n° 247).

A été jugée abusive la rupture d'une période d'essai :

- fondée en réalité sur la volonté de l'employeur de ne pas conserver un salarié qui aurait pu être fragilisé par l'agression qu'il a subie durant l'exécution de son contrat de travail (Cass. soc., 5 mai 2004, n° 01-47.086, Bull. civ. V, n° 128) ;
- fondée sur de simples soupçons d'un vol dont l'auteur n'avait pas été identifié (Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-46.668).

Commet également un abus dans l'exercice du droit de résiliation en cours de période d'essai, l'employeur qui après avoir licencié un salarié pour motif économique l'a réembauché, au même poste, dans le cadre de la priorité de réembauchage, et licencié à nouveau durant la période d'essai en invoquant l'insuffisance des capacités professionnelles de l'intéressé (Cass. soc., 9 oct. 1996, n° 93-45.668, Bull. civ. V, n° 318 ; dans le même sens : Cass. soc., 11 oct. 2000, n° 98-42.772).

La précipitation inhabituelle pour interrompre la période d'essai, ainsi que le fait de ne pas mettre le salarié dans les conditions « normales » d'exercice de sa profession caractérisent l'abus du droit de résiliation (Cass. soc., 2 févr. 1994, n°90-43.836). C'est ce qui a été jugé à propos d'un salarié embauché comme directeur d'un établissement pour handicapés le 4 janvier avec une période d'essai de six mois, après avoir contribué à la création de l'établissement. La rupture du contrat intervenue dès le 30 janvier a été jugée abusive, car elle a eu lieu « dans des circonstances manifestant une précipitation intempestive de la part de l'employeur et une totale désinvolture » (Cass. soc., 3 nov. 1998, n° 96-42.906).

Mais pour autant, n'est pas nécessairement abusive une rupture par l'employeur au seul motif qu'elle intervient dans un court laps de temps après le début de l'essai par rapport à la durée prévue de la période d'essai : l'employeur ne saurait être tenu de poursuivre l'essai dès le moment où il a jugé le salarié inapte ou inadapté à l'emploi (Cass. soc., 4 oct. 1979, n° 78-40.621, Bull. civ. V, p. 501).

Ne constitue pas non plus un abus de l'employeur le seul fait de rompre le contrat de travail du salarié le dernier jour de la période d'essai.

Ainsi, la rupture le dernier jour d'une période d'essai de six mois renouvelée pour une période équivalente ne suffit pas à caractériser l'abus de la part de l'employeur (Cass. soc., 25 oct. 1995, n° 92-41.866). De même, le fait de rompre le contrat de travail seulement quelques jours après le renouvellement de la période d'essai, ne caractérise pas un usage abusif du droit de rompre la relation de travail de la part de l'employeur, ni une légèreté blâmable de sa part, les juges du fond ayant constaté que cette rupture était motivée par le caractère non satisfaisant de l'essai (Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-42.561).

3- Preuve de l'abus

La preuve de l'abus de droit incombe au salarié (Cass. soc., 20 déc. 1977, n° 76-41.096).

La réciprocité des obligations conduit à admettre que le salarié puisse, comme l'employeur, commettre un abus de droit, en raison des circonstances dans lesquelles il met fin à l'essai en cours (Cass. soc., 9 mai 1979, n° 78-40.704, Bull. civ. V, p. 285 ; Cass. soc., 19 mars 1981, n° 78-40.117). Dans ce cas, la preuve incombera à l'employeur.

3. EXECUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL ET MODIFICATION

3.1 LIEU DE TRAVAIL, CLAUSE DE MOBILITE GEOGRAPHIQUE

Que ce soit par simple habitude ou pour se conformer à la convention collective ou encore à la directive no 91/533 du 14 octobre 1991 (JOCE no 288, 18 oct.), les rédacteurs de contrats de travail y insèrent fréquemment une clause intitulée « lieu de travail ».

La Cour de cassation a rectifié cette interprétation erronée, estimant que la clause a « valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu » (Cass. soc., 3 juin 2003, no 01-43.573 ; Cass. soc., 3 juin 2003, no 01-40.376).

Aussi, la mention du lieu de travail dans le contrat de travail n'induit pas qu'il convient de recueillir l'accord du salarié pour changer son lieu de travail.

L'employeur peut modifier seul le lieu de travail si ce changement constitue un simple changement des conditions de travail et non une modification du contrat de travail.

a) Modification du lieu de travail sans clause de mobilité.

Dès lors que le changement de lieu de travail intervient dans un secteur géographique distinct de celui dans lequel travaille habituellement le salarié, il y a modification de son contrat de travail. **Autrement dit**, la mutation ne peut intervenir sans l'accord du salarié.

Elle peut en revanche être imposée par l'employeur lorsqu'elle intervient dans le même secteur géographique, sous certaines conditions.

ATTENTION : s'agissant des salariés protégés, toute mutation requiert leur accord, y compris si elle intervient dans le même secteur géographique. En effet, aucune modification de leur contrat de travail ni aucun changement de leurs conditions de travail ne peuvent leur être imposés. Si un salarié protégé refuse une mutation, il appartient à l'employeur soit de le maintenir dans son poste initial, soit de demander à l'inspecteur du travail l'autorisation de le licencier (Cass. soc., 17 oct. 2001, n° 99-43.301 ; Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-11.123).

➤ **Notion de secteur géographique =**

En l'absence de mention particulière dans le contrat, relative au lieu d'exécution du travail, la jurisprudence a créé la notion de secteur géographique pour apprécier la portée d'un changement du lieu de travail : tout changement à l'intérieur d'un même secteur n'entraîne pas modification du contrat. Elle a également admis qu'un déplacement ponctuel en dehors de ce secteur géographique pouvait, sous certaines conditions, être imposé au salarié.

La question de savoir si le changement du lieu de travail d'un salarié constitue ou non une modification de son contrat doit être appréciée de manière objective, c'est-à-dire de façon identique pour tous les salariés de l'entreprise concernés par le transfert des locaux de travail, et non d'une façon subjective par rapport à la situation de chaque salarié considéré individuellement. Peu important donc les incidences personnelles dès lors que le transfert du lieu de travail s'effectue à l'intérieur d'un même secteur géographique, l'accord préalable du salarié n'est pas requis.

Les juges du fond amenés à se prononcer sur cette notion ont examiné les facilités de transport dans la zone considérée. Ils ont également pris en compte le temps de trajet supplémentaire, la distance, mais également les fonctions occupées par le salarié.

Il a ainsi été jugé que s'effectuaient dans un même secteur géographique les mutations :

- - dans un village voisin (Cass. soc., 21 mars 2000, n° 98-44.005) ;
- - entre deux agglomérations distantes de moins de 20 km (Cass. soc., 7 juill. 2004, n° 02-43.915) ;
- - dans la « couronne urbaine » du chef-lieu de département où était affecté le salarié à l'origine (Cass. soc., 3 mai 2006, n° 04-41.880) ;
- - entre deux villes distantes de 50 km (Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.676).

À l'inverse, il a été décidé qu'une mutation dans un site distant de 58 km au sein du département de la Corrèze s'opérait dans un secteur géographique différent et nécessitait par conséquent l'accord du salarié (Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 97-45.647).

➤ **L'employeur peut-il imposer au salarié de travailler à son domicile ?**

Non. Une telle mutation, même si elle intervient dans le même secteur géographique, constitue une modification du contrat de travail. Le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et/ou ses instruments de travail (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727).

A l'inverse on ne peut demander au salarié qui effectuait son travail administratif à son domicile de se rendre désormais deux jours par semaine au siège de la société situé à plus de 200 km pour exécuter ce travail (Cass. soc. 13-4-2005 n° 02-47.621 (n° 881 FS-PB), G. c/ Sté SDP : RJS 6/05 n° 600, Bull. civ. V n° 137).

Remarque : le télétravail, dont l'une des formes consiste à effectuer, à son domicile, un travail qui pouvait être réalisé au sein d'une entreprise, nécessite un accord entre l'employeur et le salarié (sauf en cas de contexte particulier comme le COVID).

➤ **Conséquence du refus**

Le refus du salarié constitue donc en principe un acte d'insubordination, susceptible d'entraîner son licenciement (Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-42.073). En revanche, il ne constitue pas nécessairement une faute grave (Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 03-42.018 ; Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-28.042, pour un salarié en contrat à durée indéterminée ; Cass. soc., 20 juin 2012, n° 10-28.516, pour un salarié protégé ; Cass. soc., 20 nov. 2013, n° 12-30.100, pour un salarié en contrat à durée déterminée).

L'employeur est en droit de demander au salarié d'exécuter son préavis sur le lieu de la nouvelle affectation. Si le salarié s'y oppose, il est responsable de l'inexécution du préavis et ne peut donc prétendre au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis et des congés payés afférents (Cass. soc., 4 avr. 2006, n° 04-43.506 ; Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-19.711).

Pour qualifier la modification résultant d'une nouvelle affectation – et apprécier notamment si l'on peut parler ou non de zone géographique identique – il faut se référer au dernier lieu de travail accepté par le salarié, et non au lieu de travail initial, lorsqu'il y a eu plusieurs affectations successives.

b) Clause de mobilité

Une clause de mobilité est une clause par laquelle l'employeur se réserve la possibilité de modifier le lieu habituel de travail du salarié au-delà du secteur géographique d'emploi.

En application de la clause de mobilité, l'employeur a la possibilité, pour des raisons de service, de muter le salarié dans un autre établissement sans que celui-ci puisse s'y opposer en invoquant une prétendue modification de son contrat de travail. Bien au contraire, la Cour de cassation décide qu'un employeur qui procède à un changement des conditions de travail d'un salarié, en modifiant le lieu de travail en application d'une clause de mobilité, ne fait qu'exercer son pouvoir de direction, auquel le salarié doit se soumettre sous peine de se voir licencié.

Elles réduisent en principe le contentieux, puisque le salarié ne pourra pas se placer sur le terrain de la modification du contrat de travail, même si la clause prévoit une mobilité plus large que celle du « secteur géographique », notion jurisprudentielle dont les contours demeurent relativement flous.

Par ailleurs, l'insertion d'une clause de mobilité dans le contrat de travail d'un salarié permet à celui-ci de savoir à l'avance que son lieu de travail peut être modifié à tout moment. Sur le plan psychologique, cet élément est important car il limite les risques de conflit qui pourraient surgir à l'occasion de la mutation.

1- Conditions de validité

✓ *Clause contractuelle*

La clause de mobilité doit figurer dans le contrat de travail (ou dans un avenant ou un écrit en tenant lieu), lequel doit être signé par le salarié. À défaut, la clause lui est inopposable (Cass. soc., 2 avr. 1998, n° 95-43.541).

En revanche, lorsque aucune clause de mobilité n'a été insérée au contrat de travail du salarié, la Cour de cassation considère que l'employeur ne peut se prévaloir de l'existence d'une telle mobilité instituée de façon obligatoire par la convention collective, qu'à la condition que la convention collective se suffise à elle-même, et que le salarié ait été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance (Cass. soc., 30 nov. 2005, n° 03-46.530).

L'introduction d'une clause de mobilité dans un contrat de travail en cours d'exécution constitue une modification que le salarié est fondé à refuser (Cass. soc., 2 juin 1992, n° 89-41.696 ; Cass. soc., 24 nov. 1999, n° 97-45.202). Un avenant devra obligatoirement être signé.

✓ *Délimitation précise de la zone géographique de mobilité*

Le salarié qui signe une clause de mobilité doit savoir précisément à quoi il s'engage. C'est pourquoi la Cour de cassation se montre très attachée à la précision du contrat quant à la délimitation de la zone géographique de mobilité (Cass. soc., 12 juill. 2006, no 04-45.396 ; Cass. soc., 16 juin 2009, no 08-40.020).

Cette exigence la conduit à écarter les clauses évolutives ou les clauses où l'employeur se réserve un droit d'extension du périmètre de mutation.

Selon la manière dont l'affaire est introduite, ont été jugées comme nulles ou n'autorisant pas un licenciement pour cause réelle et sérieuse, les clauses suivantes :

- clause par laquelle une association se réservait le droit de modifier l'affectation de la salariée en fonction de ses nécessités (Cass. soc., 14 oct. 2008, no 06-46.400, Bull. civ; voir aussi Cass. soc., 17 juill. 2007, no 06-41.630) ;
- clause prévoyant, sans plus de précision, que « les évolutions dans l'organisation de l'entreprise pourront amener cette dernière à modifier tant l'établissement que le bureau de rattachement » (Cass. soc., 12 juill. 2006, no 04-45.396) ;
- clause de mobilité « dans tous les établissements de la société » mais n'ayant « pas expressément énoncé que la mobilité géographique pouvait s'exercer sur les établissements ouverts postérieurement à la signature du contrat » ; en conséquence de quoi les juges cantonnent son application aux établissements existants à la date de conclusion du contrat (Cass. soc., 12 mai 2004, no 02-40.018) ;

Seule une clause prévoyant expressément une extension précise de son champ géographique peut être imposée au salarié.

Ce n'est pas parce que le champ de mobilité est large qu'il n'est pas précis. Une clause de mobilité « sur tout le territoire français » n'est ni floue ni évolutive, elle est donc opposable au salarié (Cass. soc., 9 juill. 2014, no 13-15.573 ; Cass. soc., 9 juill. 2014, no 13-11.906).

Plus encore, dans une affaire jugée, la clause prévoyait que le salarié pouvait être muté dans l'un des établissements actuels ou futurs de la société en France et énumérait les établissements existants, suivie de points de suspension. Le salarié en déduisait alors que cette liste n'était pas suffisamment précise.

Pour la Cour, il n'en est rien, car la clause indiquait sans ambiguïté que le salarié était susceptible d'être muté dans tout établissement de l'entreprise situé en France. Cour de cassation, chambre sociale, 14 février 2018, n° 16-23.042

Attention la mobilité géographique ne veut pas dire mobilité juridique = une clause de mobilité ne peut imposer un changement d'employeur au sein d'un groupe.

✓ *Exigence de proportionnalité*

Pendant longtemps, la clause de mobilité n'a pas été jugée comme devant mettre en jeu l'article L. 1121-1 du Code du travail aux termes duquel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », sauf quand elle était assortie d'une clause obligeant le salarié à changer de résidence (clauses dites de « mobilité-résidence »).

Il a ainsi été jugé que la demande de la société tendant à ce que le salarié séjourne dans le département dans lequel il était affecté s'analysait en une modification de son contrat de travail et que son licenciement à la suite de son refus d'accepter une telle modification était sans cause réelle et sérieuse.

Lorsque l'employeur assortit la clause de mobilité d'une obligation de transfert du domicile, il faut, en application de l'article L. 1121-1 du Code du travail, que ce changement soit « indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise et proportionné, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché » (Cass. soc., 15 mai 2007, no06-41.277).

Selon la Haute Juridiction, le libre choix du domicile personnel et familial constitue l'un des attributs du droit au respect du domicile inscrit à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Si l'aliénation partielle de ce droit est possible, encore faut-il qu'elle soit justifiée et indispensable à la fonction occupée par le salarié (Cass. soc., 12 janv. 1999, no 96-40.755 ; Cass. soc., 13 avr. 2005, no 03-42.965, JSL, no 169-3). Toutefois si le salarié est libre de choisir son domicile, il doit faire en sorte que son lieu de résidence, même s'il est éloigné de son affectation professionnelle, lui permette de remplir ses obligations en bonne et due forme.

En 2008, la Cour de cassation a franchi un pas. Faisant référence aux droits du salarié à une vie personnelle et familiale, elle a reproché aux juges du fond de ne pas avoir contrôlé si cette atteinte aux droits de la salariée, même pour une durée limitée, était bien proportionnée au but recherché et justifiée par la tâche à accomplir par cette dernière (Cass. soc., 14 oct. 2008, no 07-40.523, Bull. civ. V, no 192 ; Cass. soc., 13 janv. 2009, no 06-45.562, Bull. civ. V, no 4).

✓ *Prohibition des clauses conférant un pouvoir discrétionnaire à l'employeur*

À travers l'exigence d'une délimitation précise de la zone géographique, la Cour de cassation poursuit un but : éviter que la clause ne confère à l'employeur le pouvoir de muter unilatéralement le salarié où bon lui semble et quand bon lui semble : « une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut conférer à l'employeur d'en étendre unilatéralement la portée » (Cass. soc., 14 oct. 2008, no 06-46.400, Bull. civ. V, no 191).

C'est cette même préoccupation qui l'a conduite à rappeler qu'un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur et à annuler une clause de mobilité par laquelle le salarié s'engageait à accepter toute mutation dans une autre société, peu important que cette société appartienne au même groupe ou à la même unité économique et sociale (Cass. soc., 23 sept. 2009, no 07-44.200).

Elle proscrit de la même façon les clauses conventionnelles instituant la mobilité et préétabliant un motif de licenciement en cas de refus du salarié.

2- Mise en œuvre de la clause de mobilité

La décision de mettre en œuvre une clause de mobilité doit être dictée par l'intérêt légitime de l'entreprise (Cass. soc., 3 nov. 2004, no 03-40.158).

La bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité est conforme à l'intérêt de l'entreprise. C'est au salarié qu'il incombe de démontrer que cette décision a été, en réalité, prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle (Cass. soc., 23 févr. 2005, no 04-45.463, Cass. soc., 11 mai 2005, no 03-43.040).

La situation personnelle du salarié ne peut être ignorée par l'employeur. La jurisprudence attache de plus en plus d'importance au respect de la vie personnelle et familiale. Les juges du fond doivent vérifier, à la lumière de l'article L. 1121-1 du Code du travail, que la clause de mobilité ne porte pas atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte peut être justifiée par la tâche à accomplir et est proportionnée au but recherché.

✓ Délai de prévenance

L'employeur ne doit pas agir avec précipitation.

Sauf si la convention collective en fixe un, il n'existe pas de délai minimal pour mettre à exécution la clause de mobilité.

Tout dépend donc des circonstances individuelles. Il y a lieu de tenir compte de l'importance pour le salarié du changement que provoque sa mutation et d'éléments tels que son ancienneté dans l'entreprise, l'éloignement de sa nouvelle affectation, sa situation familiale, etc. En tout état de cause, lorsque la mutation a été notifiée au salarié sans qu'un délai de prévenance suffisant n'ait été respecté, la Cour de cassation considère que la clause de mobilité a été mise en œuvre dans des conditions abusives et que le salarié est fondé à refuser sa nouvelle affectation (Cass. soc., 3 juin 1997, no 94-43.476).

✓ *Salariés protégés*

Même un simple changement des conditions de travail ne peut être imposé, en principe, à un salarié protégé. Dès lors la mobilité est subordonnée à l'accord exprès du salarié protégé.

Cela est en effet de nature à affecter les conditions d'exécution de son mandat.

Par conséquent, en cas de refus du salarié protégé d'accepter sa mutation, décidée en application d'une clause de mobilité, l'employeur doit mettre en œuvre la procédure spéciale de licenciement en sollicitant l'autorisation auprès de l'inspecteur du travail (Cass. soc., 2 mai 2001, no 98-44.624, Bull. civ. V, no 149 ; voir no2926).

✓ *Refus de la mobilité*

Lorsqu'une clause de mobilité est incluse dans un contrat de travail, le changement d'affectation du salarié ne constitue pas une modification du contrat de travail mais un simple changement de ses conditions de travail.

La Cour de cassation considère cependant que **le refus par le salarié d'une mutation ne caractérise pas à lui seul une faute grave**. La faute grave ne peut se déduire que de la seule impossibilité de maintenir le salarié dans l'entreprise pendant le préavis (Cass. soc., 23 janv. 2008, no 07-40.522, Bull. civ. V, no 190).

Par ailleurs, la seule circonstance que l'employeur n'ait pas commis d'abus dans la mise en œuvre de la clause de mobilité ne suffit pas pour qualifier de faute grave le refus opposé par le salarié (Cass. soc., 4 févr. 2003, no 01-40.476, Bull. civ. V, no 37 ; Cass. soc., 7 déc. 2004, no 02-41.640).

Et encore faut-il qu'il soit établi que le salarié a bien signé le contrat de travail (Cass. soc., 2 avr. 1998, no 95-43.541, Bull. civ. V, no 196).

3.2 TELETRAVAIL

L'ordonnance du 22 septembre 2017 puis la loi de ratification ont dessiné les nouveaux contours du télétravail. Le télétravail constitue un outil supplémentaire au service, d'une part, de la performance de l'entreprise, et d'autre part, de la qualité de vie du salarié au travail.

a) Définition du télétravailleur par l'article L.1222-9 Code du travail

« I.- Sans préjudice de l'application, s'il y a lieu, des dispositions du présent code protégeant les travailleurs à domicile, le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication.

Est qualifié de télétravailleur au sens de la présente section tout salarié de l'entreprise qui effectue, soit dès l'embauche, soit ultérieurement, du télétravail tel que défini au premier alinéa du présent I ».

b) Mise en place

- Par accord collectif

Ou à défaut, dans le cadre d'une **charte** élaborée par l'employeur après avis du CSE, s'il existe.

Ou en l'absence de charte ou d'accord collectif, mise en place du télétravail (suppression de « de manière occasionnelle ») par un accord entre employeur et salarié concerné

Contenu obligatoire de la convention/ accord collectif ou de la charte

Conditions de passage en télétravail et conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail

- Définir les conditions de retour (réversibilité) (priorité pour occuper ou reprendre un poste sans télétravail, obligation d'informer le salarié sur la disponibilité de tout poste de cette nature [aménagement plus favorable possible])

Modalités d'acceptation par le salarié des conditions de mise en œuvre du télétravail

- **Principe de volontariat** : Le salarié doit donner son accord (son contrat de travail ne peut être rompu en cas de refus)
- **Exception** : circonstances exceptionnelles pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés (épidémie, force majeure...)

Modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail

L'employeur doit organiser chaque année un entretien qui porte notamment sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail (aménagement plus favorable possible).

Détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail Principe possible de manière unilatérale par l'employeur

NB : Respecter obligatoirement les modalités d'aménagement du temps de travail du salarié: 35 heures / temps partiel

Exception en pratique pour le forfait : le salarié informe sa hiérarchie de ses plages horaires ou commun accord

- c) Rappel : En cas d'épidémie le code du travail prévoit que l'employeur puisse recourir au télétravail pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés. Il peut, dans cette hypothèse l'imposer aux salariés sous réserve de donner à ceux-ci les moyens de télétravailler.

„ Le code du travail d'ailleurs prévoit sous **l'article L. 1222-11** :

"En cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés."

Cet article autorise ainsi l'employeur, lorsque de semblables situations se produisent, à déroger au principe du volontariat et à recourir au télétravail considéré dès lors comme un aménagement de poste sans que l'accord du salarié soit requis.

La mise en œuvre du télétravail dans un tel cas **ne suppose pas l'accomplissement de formalités particulières et peut être imposée au salarié**

Pour autant, dès lors que le télétravail a pour conséquence de modifier de manière importante l'organisation du travail, **le CSE doit être consulté.**

En outre, il appartient à l'employeur, **au titre de son obligation de protection de la santé et de la sécurité des salariés** :

- de veiller à ce que les salariés puissent effectivement accomplir leurs tâches depuis leur domicile sans risque pour leur santé,
- de s'assurer qu'ils disposent de tous les outils informatiques nécessaires,

d'évaluer les risques liés au télétravail, tels que l'isolement, et d'adopter les mesures de préventions appropriées (ceci dans le cadre de **la mise à jour du Document Unique d'Evaluation des Risques.**)

d) Rémunération

- Le salarié reçoit 100% de sa rémunération.
- L'ordonnance du 22 septembre 2017 a supprimé l'obligation de prendre en charge tous les frais professionnels, mais la jurisprudence impose en général la prise en charge des frais. Cass soc 19 septembre 2013 n°12.15.137

Possibilité de verser au salarié un remboursement de frais forfaitaire :

10 € par mois pour 1 jour de télétravail par semaine

20 € par mois pour 2 jours de télétravail par semaine

Régime des frais professionnels (exonérés d'impôts, de CSG/CRDS et de charges)

Si vous le faites, ce serait intéressant de mettre en place une DUE spécifique au télétravail COVID 19 si vous ne voulez pas généraliser la possibilité du forfait.

- Mais pas d'indemnité d'occupation car l'**indemnité d'occupation** n'est due que si le télétravail est à l'initiative de l'employeur et que le salarié ne dispose pas d'un espace de travail dans l'entreprise. Cass. soc. 5 avril 2018, n° 16-26.526

La FAQ du Ministère du travail précisait que dans le contexte de crise sanitaire actuel - le télétravail s'effectuant, dans la majorité des cas, sur la totalité de la durée de travail effectif et étant rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise, pour garantir la protection des salariés et pour des raisons de santé publique - il y a lieu de considérer que l'employeur est tenu de verser à son salarié une indemnité de télétravail, destinée à rembourser au salarié les frais découlant du télétravail.

Cependant ce point a disparu du site du ministère... car contraire à la jurisprudence.

- **Les tickets restaurant.**

Le télétravailleur a les mêmes droits que le salarié qui travaille sur site dans les locaux de l'entreprise. Quelles sont alors les conditions d'attribution des titres-restaurant pour les télétravailleurs ?

Le ministère du Travail apporte des précisions dans son questions-réponses consacré au télétravail mis à jour le 22 octobre 2020.

Dès lors que les salariés qui travaillent dans les locaux de l'entreprise bénéficient de titres-restaurant, les télétravailleurs doivent aussi en recevoir si leurs conditions de travail sont équivalentes.

Le repas doit être compris dans leur horaire de travail journalier. Par exemple, un télétravailleur reçoit un titre restaurant par jour travaillé si sa journée de travail s'étend de 9h à 17h.

L'employeur peut définir certains critères pour attribuer des titres-restaurant à condition qu'ils soient objectifs, c'est-à-dire applicables aussi bien aux télétravailleurs qu'aux salariés travaillant sur site.

Par exemple, il peut décider de distribuer des titres restaurant en fonction de l'éloignement du lieu de travail par rapport au domicile car la distance entre le travail et le logement du salarié est un critère objectif.

Un accord collectif de travail, existant ou à négocier, pourrait prévoir des modalités particulières pour attribuer des titres-restaurant, assurant un mode d'organisation en télétravail qui tienne compte de la situation propre à chaque activité, à chaque service et à chaque salarié. Mais il devra alors absolument respecter le principe d'égalité de traitement entre le salarié qui exécute son travail à distance et celui qui l'exécute sur site.

3.3 REMUNERATION LIEE AUX OBJECTIFS : COMMENT LES FIXER, COMMENT LES FAIRE EVOLUER ?

Le salaire peut être fixé en fonction d'éléments comportant une part d'incertitude, liée notamment à la performance du salarié, d'une équipe ou de l'entreprise soit en totalité, soit en partie.

La mise en place d'objectifs peut recouvrir deux buts :

- il peut s'agir de définir des objectifs quantitatifs ou qualitatifs que le salarié doit atteindre à défaut de quoi la poursuite de la relation contractuelle peut être remise en cause, dès lors que la non-réalisation s'explique par une insuffisance professionnelle du salarié ;
- au-delà de la notion de résultat à atteindre, la mise en place d'objectifs peut également être liée à la rémunération du salarié : l'atteinte partielle ou totale des objectifs entraîne une variabilité du salaire qui sera perçu par le salarié.

Cette définition n'est pas anodine : on voit très bien, dans le second cas, que la définition de l'objectif a en effet un impact direct sur un élément contractuel de la relation de travail qu'est la rémunération. Si, dans le premier cas, il apparaît qu'une fixation unilatérale des objectifs est possible, la question devient plus épineuse dès lors que le lien existe entre rémunération et objectifs. Comment, dans ce cas, fixer les objectifs ? Comment les faire évoluer ?

a) Définition des objectifs

Avant toute chose, la fixation d'objectifs ne doit pas conduire à des situations illicites, ce qui suppose :

- qu'elle ne doit pas aboutir à des discriminations ;
- qu'elle ne doit pas priver le salarié de garanties en termes de salaire minimal, qu'il s'agisse du Smic ou des minima conventionnels [Cass. soc., 2 juill. 2002, n° 00-13.111]
- elle doit être fondée sur des critères indépendants de la volonté de l'employeur.

→ Le respect des garanties de rémunération minimale peut être facilement assuré, notamment grâce à une clause assurant, par une régularisation, le versement d'une rémunération au moins égale au Smic ou au minimum conventionnel.

→ Il n'est pas possible de prévoir une clause exigeant que le salarié soit présent en fin d'exercice. Une telle clause peut en effet avoir un effet contraignant à l'égard du salarié, attentatoire à sa liberté de démissionner, et donc au principe constitutionnel de liberté du travail. De même, en cas de licenciement, elle priverait le salarié d'une rémunération variable. Les magistrats admettent d'ailleurs, dans une telle situation, que si le non-versement de la prime d'objectifs est imputable à l'employeur, le salarié est en droit d'en demander le paiement.

Lorsque la partie variable de la rémunération est fixée en fonction du chiffre d'affaires annuel réalisé personnellement par le salarié, l'intéressé, qui quitte l'entreprise avant la fin de l'année civile, ne peut pas être privé d'un élément de rémunération versé en contrepartie de son activité auquel il peut prétendre au prorata de son temps de présence. Cass. soc. 15-3-2017 n° 15-19.528 F-D, B. c/ Sté Louis Capital Markets UK LLP

→ Enfin, la clause d'objectifs ne doit pas tomber sous le coup du régime des sanctions pécuniaires. Tel serait le cas, par exemple, d'une clause prévoyant qu'une prime d'objectifs ne sera pas due en cas de faute grave ou lourde ou sera laissée à l'appréciation de la hiérarchie [Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 05-45.365].

b) Prévoir la possibilité de faire évoluer l'objectif

Au-delà de l'aspect quantitatif ou qualitatif des objectifs, la question fondamentale à se poser est celle de l'évolution des objectifs.

En fixant un objectif dans un contrat initial sans prévoir de marge de variation de celui-ci, il risque de rester figé, compte tenu de l'impossibilité de le modifier sans accord des deux parties au contrat de travail.

➤ **Fixation concertée**

En principe, la rémunération contractuelle du salarié est un élément du contrat de travail qui ne peut pas être modifié sans l'accord du salarié, quelle que soit l'étendue de cette modification.

- Ainsi ,
- Requiert systématiquement l'accord du salarié
 - Fixation annuelle des objectifs : faute de l'employeur si la fixation était prévue au contrat
 - Rémunération variable intégralement due au salarié.
 - Pas d'accord sur les objectifs : juge les fixe en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes

➤ **Objectifs unilatéralement fixés.**

La Cour de cassation a cependant admis la modification unilatérale des objectifs si les conditions suivantes sont respectées =

- La clause contractuelle doit prévoir clairement que les objectifs sont fixés unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction.
- Les objectifs fixés doivent être réalisables,
- Les objectifs doivent également être portés à la connaissance du salarié en début d'exercice [Cass. soc., 2 mars 2011, n° 08-44.977].

Il en va toutefois autrement lorsque les circonstances rendent impossible la fixation d'objectifs pertinents à cette date, ce que l'employeur doit justifier.

Ainsi, une cour d'appel ne saurait faire droit à la demande du salarié en paiement d'un rappel de salaire au titre de la rémunération variable en retenant que ces objectifs avaient été communiqués tardivement au salarié sans rechercher, si, à la suite de l'intégration effective de la société au sein d'un groupe, l'employeur n'avait pas été dans l'impossibilité de fixer, en début d'exercice, des objectifs réalisables et pertinents (Cass. soc. 21-9-2017 n° 16-20.426 FS-PB, Sté Misys c/ L. :).

Cet arrêt pose un enseignement essentiel. Lors de la rédaction de la clause de rémunération liée à l'objectif, un choix doit être fait :

→ soit les parties conviennent que les objectifs sont fixés unilatéralement par l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, ce que permet la jurisprudence [Cass. soc., 22 mai 2001, n° 99-41.838 ; Cass. soc., 20 oct. 2009, n° 08-41.036]. Dans ce cas, l'employeur pourra unilatéralement faire évoluer l'objectif, sous réserve de son caractère réalisable et de l'information préalable donnée au salarié ;

→ soit les parties fixent d'un commun accord les objectifs. Selon ce principe, ces derniers ne pourront alors être modifiés qu'avec l'accord du salarié.

➤ Défaut de fixation d'objectifs

Lorsque le contrat de travail prévoit que la rémunération variable dépend d'objectifs fixés annuellement par l'employeur, celui-ci est tenu de les déterminer.

L'inexécution par l'employeur de son obligation de fixer d'un commun accord avec le salarié les objectifs dont dépend la partie variable de la rémunération est susceptible de constituer, en raison de l'importance des sommes en jeu, un manquement empêchant la poursuite du contrat de travail justifiant sa résiliation aux torts de l'employeur. Cass. soc. 19-11-2014 n° 13-22.686 F-D, Sté Eni Gas & Power France c/ F. : RJS 2/15 n°

3.4 VEHICULE DE FONCTIONS.

Aucune disposition légale n'impose à l'employeur de fournir un véhicule de fonction. Il en résulte que le droit du salarié à un véhicule de fonction est prévu soit par une convention collective, soit par le contrat de travail.

Le contenu des droits et obligations du salarié et de l'employeur concernant le véhicule de fonction est défini soit par le contrat de travail, soit par la convention collective applicable à l'entreprise.

a) Entretien et assurance

Les parties définissent en principe les obligations relatives à l'entretien et à l'assurance du véhicule de fonction et les juges ont admis la licéité des clauses prévoyant une participation du salarié aux frais d'entretien.

L'employeur qui s'est engagé dans la lettre d'embauche d'un salarié à mettre à la disposition de celui-ci un véhicule de fonction et à prendre à sa charge tous les frais de ce véhicule (essence, entretien, assurance, etc.) doit l'indemniser de tous les frais afférents à l'utilisation de son véhicule personnel à des fins professionnelles dès lors qu'il a accepté cette modification de véhicule en remboursant au salarié des bons d'essence.

b) Accident

Il convient de déterminer dans quelles circonstances un ou plusieurs accidents de la route causés par un salarié peuvent affecter son contrat de travail.

Les nombreux accidents de circulation responsables survenus à un salarié en conduisant l'automobile mise à sa disposition par l'employeur qui avaient tous occasionné des frais pour l'employeur, justifient son licenciement.

c) Suspension ou retrait du permis de conduire.

Conduire un véhicule peut être l'activité principale d'un salarié (chauffeurs, transporteurs...) ou, à tout le moins, être essentiel à la bonne exécution du contrat de travail (représentant de commerce). Aussi des dispositions contractuelles peuvent prévoir les conséquences des suspensions ou retraits⁰

Dans le silence du contrat de travail et de la convention collective, il convient de s'interroger sur les conséquences sur la relation de travail d'une mesure affectant le permis de conduire.

La suspension ou le retrait du permis de conduire peut avoir des conséquences sur la relation de travail, et constituer un motif de licenciement. Lorsqu'un salarié a adopté un comportement dangereux pendant ses heures de travail (excès de vitesse, conduite en état d'ébriété, etc.), ces faits peuvent être considérés comme fautifs et justifier son licenciement.

En revanche, si les faits ont été commis dans le cadre de sa vie personnelle, le licenciement ne saurait reposer sur un motif disciplinaire, même si le salarié doit être titulaire de son permis de conduire pour exercer ses fonctions. L'employeur est en revanche en droit de prononcer un licenciement pour trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise si la perte de son permis empêche le salarié d'exécuter son travail.²

d) Utilisation à des fins personnelles

L'utilisation à des fins personnelles d'un véhicule de fonction, si elle n'est pas prévue par le contrat de travail, peut être sanctionnée par l'employeur. Il se peut aussi que l'usage privé du véhicule soit autorisé par le contrat mais que des difficultés d'interprétation se posent, notamment le fait de savoir si cela permet au salarié d'utiliser le véhicule pendant ses congés payés.

Un véhicule de fonction, dont le salarié conserve l'usage dans sa vie personnelle, ne peut, sauf stipulation contraire, être retiré à l'intéressé pendant une période de suspension du contrat de travail.

Cela suppose qu'a contrario si le contrat prévoit par exemple qu'après 6 mois d'arrêt de travail, le salarié doit restituer le véhicule, il devra le faire

Cela a déjà été jugé en France et nous pouvons nous en inspirer pour le prévoir au contrat = Dès lors que le contrat de travail prévoyait la restitution du véhicule en cas d'arrêt de travail prolongé nécessitant le remplacement du salarié, la société pouvant être amenée à confier le véhicule au salarié remplaçant, la cour d'appel ne saurait débouter le salarié privé de son véhicule au cours d'un arrêt maladie de sa demande de résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur, alors que ledit véhicule n'avait pas été affecté à un nouveau collaborateur. Cass. soc. 2-4-2014 n° 13-10.569 (n° 728 F-D), D. c/ Sté Intervet.

En revanche, pendant le préavis l'avantage en nature doit être maintenu.... Même en cas de dispense.

3. 5 TEMPS DE TRAVAIL

a) Forfaits en heures sur la semaine ou le mois

Lorsque l'horaire de travail comporte l'accomplissement régulier d'heures supplémentaires, il est possible de conclure une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine ou le mois incluant un nombre déterminé d'heures supplémentaires.

Ce type de convention peut être conclu avec tout salarié.

➤ Conditions de validité

Pour être valide, la conclusion d'une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine ou le mois doit répondre à 3 conditions cumulatives. (C. trav. art. L 3121-40)

- Tout d'abord, sa conclusion **requiert l'accord du salarié et la convention doit être établie par écrit.**

En cas de litige, il incombe à celui invoquant une convention de forfait d'en apporter la preuve (Cass. soc. 6-7-1999 n° 96-45.512 ; 21-11-2000 n° 98-44.026). En cas d'invalidité d'une telle convention, le droit commun des heures supplémentaires s'applique et le salarié doit étayer sa demande de rappel de salaire pour ces heures, faute de quoi elle doit être rejetée (Cass. soc. 5-6-2013 n° 12-14.729 : RJS 8-9/13 n° 612).

Si le principe du forfait est inscrit dans un accord collectif, ce qui n'est pas nécessaire, l'accord écrit du salarié reste requis (9-4-2008 n° 07-41.918 :). Le forfait ne peut pas résulter d'un usage d'entreprise (Cass. soc. 31-3-1998 n° 96-41.878).

- Deuxième condition, le **nombre d'heures correspondant au forfait doit être déterminé.**
- Troisième condition, **la rémunération du salarié doit être au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant à son forfait, augmentée des majorations pour heures supplémentaires (C. trav. art. L 3121-41).**

-
➤ Fonctionnement du forfait

Les heures accomplies au-delà du forfait sont rémunérées au taux majoré en sus du salaire forfaitaire (Cass. soc. 6-11-1991 n° 88-43.669 ; 31-1-1996 n° 92-44.026 : RJS 3/96 n° 293 ; 5-1-2000 n° 97-44.606 : RJS 3/00 n° 283). En revanche, si le nombre d'heures effectuées est inférieur au forfait, le salaire forfaitaire doit être versé tant que la convention n'a pas été modifiée (Cass. soc. 8-5-1961 n° 59-40.910).

Les heures supplémentaires incluses dans le forfait ou accomplies au-delà ouvrent droit, dans les petites entreprises, à la déduction forfaitaire de cotisations patronales de sécurité sociale.

L'indication de la durée du travail correspondant au forfait doit apparaître sur le bulletin de paie. En cas d'heures supplémentaires accomplies au-delà de cette durée, celles-ci doivent apparaître distinctement (Circ. 30-3-1989).

La convention de forfait présente un caractère contractuel, de sorte que sa modification ne peut résulter que de l'accord des deux parties. L'employeur ne peut donc pas modifier unilatéralement le nombre d'heures incluses dans le forfait et recalculer la rémunération en conséquence (Cass. soc. 6-7-1999 n° 96-45.787 : RJS 8-9/99 n° 1072).

Le salarié au forfait en heures sur la semaine ou le mois est soumis aux mêmes règles de durée du travail que les autres salariés.

Il relève du contingent annuel d'heures supplémentaires et peut prétendre, le cas échéant, à la contrepartie obligatoire en repos (Cass. soc. 2-2-1994 n° 91-45.514 : RJS 4/94 n° 422 ; 10-12-1997 n° 95-40.008 : RJS 1/98 n° 41) ou à une indemnité équivalente s'il n'a pu bénéficier du repos du fait de son licenciement (Cass. soc. 3-2-1994 n° 90-43.456 : RJS 4/94 n° 422 ; 5-1-2000 n° 97-44.606 : RJS 3/00 n° 283).

La durée du travail doit être décomptée selon les modalités de droit commun sous réserve de particularités prévues par la convention ou l'accord collectif.

b) Forfait annuel en heures

➤ Mise en place

La mise en place de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est subordonnée à la conclusion :

- **d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche**, qui détermine les catégories de salariés visés, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions ;

- d'une **convention individuelle de forfait**, laquelle requiert l'accord du salarié et doit être passée par écrit.

La primauté donnée à l'accord d'entreprise ou d'établissement sur l'accord de branche lui permet de s'écarter des dispositions de ce dernier.

Un forfait annuel en heures ou en jours appliqué sans accord collectif le prévoyant ou sans convention individuelle n'est pas valable, ce qui entraîne l'application du régime des heures supplémentaires dans son intégralité.

Même solution quand l'accord de branche autorisant le forfait renvoie à un accord d'entreprise la définition de ses modalités de mise en place, en l'absence d'un tel accord (Cass. soc. 19-9-2012 n° 11-19.016 : RJS 12/12 n° 949) ou s'il prévoit que, faute d'accord d'entreprise, employeur et salarié fixent les modalités d'exécution du forfait (Cass. soc. 28-5-2014 n° 13-13.947 : RJS 8-9/14 n° 633).

En cas de mutation dans une filiale, le salarié ne reste soumis à la convention de forfait initiale que si a été conclu, au sein de cette filiale, un accord collectif autorisant de telles conventions (Cass. soc. 15-5-2014 n° 12-14.993 (n° 919 F-D) : RJS 7/14 n° 567).

Le licenciement consécutif au refus du salarié de conclure une convention de forfait annuel en application d'un accord de réduction du temps de travail est soumis aux dispositions de l'article L 1222-8 du Code du travail. Il est sans cause réelle et sérieuse si l'accord collectif instituant les forfaits ne comporte pas toutes les mentions prescrites par la loi (Cass. soc. 13-12-2006 n° 04-48.262 : RJS 3/07 n° 345).

➤ Salariés concernés

Peuvent conclure une convention de forfait en heures sur l'année :

- les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auxquels ils sont intégrés ;
- les salariés qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.

La convention ou l'accord collectif doit déterminer, au regard de ces critères, les catégories de salariés susceptibles de conclure des conventions individuelles de forfait annuel en heures.

➤ Fonctionnement

Les conventions de forfait annuel en heures doivent respecter la durée annuelle de travail fixée par l'accord collectif.

Les salariés relèvent des dispositions sur la durée du travail : durées maximales hebdomadaires et journalière, travail de nuit, repos quotidien et hebdomadaire, jours fériés, journée de solidarité, compte épargne-temps. Ils ont droit aux majorations pour heures supplémentaires.

En revanche, ils sont exclus du champ du contingent annuel d'heures supplémentaires et donc de la contrepartie obligatoire en repos.

La convention de forfait annuel en heures n'instaure pas au profit du salarié un droit à la libre fixation de ses horaires de travail indépendamment de toute contrainte liée à l'horaire collectif fixé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction (Cass. soc. 2-7-2014 n° 13-11.904 : RJS 10/14 n° 694).

La durée du travail est décomptée selon les modalités de droit commun, sous réserve de particularités prévues par la convention ou l'accord collectif.

Pour tenir compte de la journée de solidarité, les forfaits annuels en heures fixés par les conventions et les accords collectifs ainsi que les clauses des contrats de travail conclus avant le 1-7-2004 sont automatiquement majorés de 7 heures par an (Loi 2004-626 du 30-6-2004 art. 5). Cette majoration est sans incidence sur le montant de la rémunération des salariés.

Lorsqu'il existe un compte épargne-temps, le salarié peut, si l'accord collectif le prévoit, affecter dans les proportions retenues par l'accord les heures effectuées au-delà de la durée prévue au forfait (Circ. DGT 20 du 13-11-2008).

La convention ou l'accord collectif peut permettre aux salariés sous convention de forfait en heures de déroger à la période de prise des congés payés.

L'article L 3121-44, dans sa version antérieure à la loi du 20-8-2008, autorisait les conventions ou accords collectifs à prévoir la possibilité pour les salariés volontaires, en accord avec l'employeur, d'accomplir des heures au-delà de la durée annuelle de travail prévue par la convention de forfait. Les conventions ou accords collectifs conclus en application de cette disposition continuent de s'appliquer. En revanche, la question de savoir si l'abrogation de cette disposition a mis fin à cette possibilité n'est pas tranchée.

➤ Rémunération

La rémunération du salarié au forfait annuel en heures est au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant au forfait, augmentée des majorations pour heures supplémentaires (C. trav. art. L 3121-41).

Les heures effectuées au-delà de 1 607 heures ouvrent droit, dans les petites entreprises, à la déduction forfaitaire de cotisations patronales de sécurité sociale.

c) Forfait annuel en jours

➤ Retour en arrière.

Le recours au décompte du temps de travail de certains cadres en nombre de jours travaillés sur l'année a été instauré par la loi du 19 janvier 2000, seconde loi relative aux « 35 heures », initiée par Madame Martine Aubry.

Il s'agissait à l'époque, d'une véritable révolution puisque, pour la première fois dans l'histoire de notre droit du travail et plus particulièrement dans notre mode de décompte du temps de travail, le forfait annuel en jours ne comporte aucune référence horaire et obéit à une logique reposant sur l'autonomie du salarié dans l'organisation de son temps de travail.

Ce dispositif écarte l'application, aux salariés concernés (essentiellement les cadres), des dispositions relatives à la durée légale hebdomadaire de 35 heures, aux heures supplémentaires, à la limite maximale journalière de 10 heures et aux limites maximales hebdomadaires de 44, 46 ou 48 heures de travail effectif. En revanche, demeurent applicables les dispositions légales relatives au repos quotidien minimum de 11 heures consécutives et au repos hebdomadaire, en principe dominical, de 35 heures consécutives.

Ceci explique que ce mode de décompte du temps de travail doit être prévu par accord collectif d'entreprise ou de branche et être accepté expressément par le salarié concerné. Ce dispositif est aujourd'hui entré dans les mœurs et rares sont les entreprises qui n'ont pas recours à ces forfaits jours, le plus souvent pour leurs cadres disposant d'un niveau de responsabilités tel qu'ils remplissent l'exigence d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.

La loi du 20 août 2008 est venue l'assouplir (rachat de jours), la nécessité d'un accord de branche ou d'entreprise étant rappelé.

➤ **Mais les excès de certaines pratiques ont entraîné des contentieux qui ont laissé craindre que le forfait jour.**

Depuis un arrêt remarqué de la Cour de cassation rendu le 29 juin 2011, la validité des conventions de forfait annuel en jours dépend, en partie, **des garanties offertes par les accords collectifs qui les instaurent et du suivi de ces garanties par l'employeur.**

Au visa de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution (droit au repos et protection de la santé) et de la Charte sociale européenne, la Cour de cassation a effectivement considéré que « *toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers ou hebdomadaires* » (Cass.soc.29/06/2011, n°B09-71107).

A défaut de telles garanties, le forfait-jours se trouve privé d'effet et le salarié est en droit de réclamer, devant le Conseil de prud'hommes, le paiement des heures supplémentaires effectuées.

Par un autre arrêt daté du 31 janvier 2012, les juges de la Cour de cassation ont adopté un raisonnement un peu plus poussé.

En l'espèce, ni les dispositions conventionnelles de branche (de l'industrie chimique), ni l'accord collectif conclu au niveau de l'entreprise, ne prévoyaient les modalités de mise en oeuvre et de contrôle du nombre de jours travaillés des salariés soumis à un forfait-jours (Cass.soc.31/01/2012, n°10-19807).

Les juges prennent même le soin de préciser dans leur arrêt que l'accord d'entreprise « se borne à affirmer que les cadres soumis à un forfait en jours sont tenus de respecter la durée minimale de repos quotidien et hebdomadaire », de telle sorte que ces dispositions « ne sont pas de nature à assurer la protection de la sécurité du salarié soumis au régime du forfait en jours ».

Dans ces circonstances, la Cour de cassation a considéré que la convention de forfait en jours était privée d'effet, ce qui donne droit au salarié de réclamer le paiement des heures supplémentaires réalisées.

Par un arrêt plus récent du **26 septembre 2012**, la Cour de cassation s'est, cette fois, penchée sur les dispositions de la Convention Collective Nationale des commerces de gros (Cass.soc.26/12/2012, n°11-14540).

Cette convention collective est, du reste, plus protectrice que celle de l'industrie chimique concernant le contrôle du travail des salariés soumis au forfait-jours. En effet, elle prévoit un **contrôle par l'employeur du nombre de jours travaillés sur l'année. Elle omet toutefois d'imposer aux entreprises de mettre en place des dispositifs de contrôle de la charge de travail et de l'amplitude de travail de ces salariés. Un entretien annuel seulement est prévu à cet effet.**

Les conventions de forfait en jours étaient, en l'espèce, conclues sur la base de ces dispositions de **branche mais aussi sur celle d'un accord d'entreprise, qui prévoyait un entretien par trimestre avec la hiérarchie.**

Malgré ces garanties, que certains pourraient considérer comme suffisantes, la Cour de cassation a décidé que, ni la convention collective des commerces de gros, ni l'accord d'entreprise, ne garantissaient le respect de la santé et de la sécurité des salariés, de telle sorte que les conventions de forfait en jours en résultant sont privées d'effet.

Dès lors, non seulement l'employeur doit respecter les dispositifs de contrôle du nombre de jours de travail et de repos prévus par les accords collectifs de branche ou d'entreprise ; mais surtout, ces dispositions conventionnelles doivent exister et être suffisantes pour assurer la garantie du respect des durées maximales de travail et des repos quotidiens et hebdomadaires.

La Cour de cassation en conclut que les stipulations combinées de l'accord RTT « commerces de gros » et de l'accord d'entreprise ne garantissaient pas que l'*amplitude* et la *charge de travail* des intéressés restent raisonnables et permettent une bonne *répartition de leur travail dans le temps*, et n'assuraient donc pas la protection de leur sécurité et de leur santé ;

Il fallait donc renégocier dans les branches non conformes ou négocier au niveau des entreprises des accords sur les forfaits jours suffisamment protecteurs car il n'était plus possible de se retrancher derrière l'accord de branche.

Ces démarches étaient d'autant plus nécessaires :

- que les *conséquences financières* d'une irrégularité des accords collectifs autorisant les forfaits jours peuvent être lourdes : rappels de salaires pour heures supplémentaires et indemnités pour repos compensateurs non pris pendant 5 ans, mais aussi prise d'acte par le salarié de la rupture du contrat de travail ;
- qu'en cas de litige, la *régularité* de ces accords collectifs est *vérifiée d'office* par les juges, y compris même au stade de la procédure de cassation, comme le montre la présente décision, ainsi que les arrêts du 29 juin 2011 et du 31 janvier 2012.
- **Travail dissimulé** si le contrat ne prévoit pas le forfait

La négociation est formellement facilitée dans les petites entreprises depuis la loi Travail et les ordonnances Macron qui permettent la négociation dans les TPE.

➤ Et maintenant =

Nouvelles clauses obligatoires de l'accord collectif autorisant les forfaits annuels en heures ou jours.

- **Clauses obligatoires** (art. L. 3121-64 I) :
 - **Catégories de salariés** susceptibles de conclure une convention de forfait
 - Le **nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait** (dans la limite de 218 jours s'agissant du forfait en jours)
 - Les caractéristiques principales des conventions individuelles
 - **La période de référence du forfait**, qui peut être l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs
 - **Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période.**
 - **obligation de garantir au salarié une charge de travail raisonnable et une bonne répartition dans le temps de son travail.** art. L. 3121-64
II

L'accord doit également fixer les modalités selon lesquelles :

- **L'employeur est tenu de s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié soumis à une convention de forfait en jours est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail (C. trav. art. L 3121-60 nouveau).**
- **L'employeur et le salarié échangent périodiquement sur la charge de travail de ce dernier, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sa rémunération, ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise (art. L 3121-64, II nouveau).**
- **Afin de mieux protéger la santé et la sécurité des salariés, l'accord d'entreprise ou, à défaut, de branche autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours doit comporter de nouvelles stipulations spécifiques et déterminer ainsi les modalités d'exercice du droit à la déconnexion.**

En l'absence de dispositions conventionnelles relatives au droit à la déconnexion, les modalités d'exercice par le salarié de son droit sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés.

Dans les entreprises de 50 salariés et plus, ces modalités doivent, en outre, être conformes à la charte sur la régulation de l'utilisation des outils numériques (voir supra : consultation CE et charte en vigueur au 1^{er} janvier 2017) (art. L 3121-65, II nouveau).

Quid si on ne peut pas négocier ?

Mais toutes les sociétés n'arrivent pas à conclure d'accord d'entreprise sur ces sujets, faute de trouver des contreparties aux négociateurs.

La loi Travail en décembre 2016 a permis de sécuriser les **accords collectifs conclus antérieurement ne comportant pas ces stipulations (art. 12) :**

- **• Révision pour mise en conformité :** poursuite de la convention individuelle de forfait annuel sans qu'il y ait lieu de requérir l'accord du salarié
-
- **• A défaut de stipulations conventionnelles relatives au suivi des salariés soumis à une convention de forfait en jours, l'employeur peut toujours valablement conclure une telle convention à condition de respecter trois règles :**

- établir un document de contrôle mentionnant la date et le nombre de journées ou demi-journées travaillées. Ce document peut être établi par le salarié sous sa responsabilité.
- s'assurer de la compatibilité de la charge de travail du salarié avec le respect des temps de repos quotidien et hebdomadaire
- organiser un entretien annuel avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération (art. L 3121-65, I nouveau).

Enfin, les salariés en forfait jours conservent la possibilité de renoncer à une partie de leurs jours de repos en contrepartie d'une majoration de leur salaire. Le nouvel article L. 3121-59 du CT limite désormais à un an la durée de validité de l'avenant déterminant le taux de majoration applicable à la rémunération de ce temps de travail supplémentaire et interdit sa reconduction tacite.

3.6 CLAUSE D'EXCLUSIVITE

a) Intérêt et licéité de clause d'exclusivité

Même en l'absence de stipulation spécifique du contrat de travail, le salarié est tenu pendant l'exécution de son contrat de travail d'une obligation de loyauté et de fidélité.

Cette obligation lui impose une règle de discrétion et lui interdit les agissements qui constitueraient une concurrence à l'égard de l'employeur. L'employeur peut cependant souhaiter que le salarié lui consacre la totalité de sa « force de travail ». Il peut aussi chercher à se prémunir contre les risques d'infidélité et de concurrence de son salarié. À ces fins, il peut être tenté d'insérer dans le contrat de travail une clause d'exclusivité en vertu de laquelle le salarié s'interdit l'exercice d'une autre activité professionnelle.

Les clauses d'exclusivité diffèrent des clauses de non-concurrence. D'une part, c'est pendant l'exécution du contrat de travail et non après sa rupture qu'elles reçoivent application. D'autre part, les activités professionnelles qu'elles interdisent au salarié d'exercer ne sont pas nécessairement concurrentes de celles de l'employeur.

Temps partiel =

Dans quatre arrêts du 11 juillet 2000, la Cour de cassation a considérablement réduit la portée des clauses d'exclusivité. En effet, se fondant à la fois sur le préambule de la Constitution de 1946 et sur l'article L. 1121-1 du Code du travail relatif à la liberté individuelle (ancien article L. 120-2), elle énonce que « la clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à son employeur porte atteinte à la liberté du travail ; qu'elle n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché » (Cass. soc., 11 juill. 2000, no 98-43.240, Bull. civ. V, no 277 ; Cass. soc., 11 juill. 2000, no 98-40.143, Bull. civ. V, no 276 ; Cass. soc., 11 juill. 2000, no 98-43.945 ; Cass. soc., 11 juill. 2000, no 98-41.486).

Et la Haute Juridiction d'en déduire qu'une clause d'exclusivité est inopposable à un salarié à temps partiel. La Cour de cassation considérant au surplus que la clause d'exclusivité insérée dans un contrat de travail à temps partiel était attentatoire au principe constitutionnel de la liberté du travail (Cass. soc., 28 févr. 2001, no 98-46.382 ; Cass. soc., 13 nov. 2002, no 00-46.705).

Temps complet =

S'agissant des contrats de travail à temps complet, la clause d'exclusivité, pour être valable, doit donc être :

- indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ;
- justifiée par la nature de la tâche à accomplir ;
- et proportionnée au but recherché.

Ainsi, au nom de la liberté du travail, la Cour de cassation entend limiter l'usage de la clause d'exclusivité. En effet, cette jurisprudence revient pratiquement à cantonner cette clause à des activités susceptibles de concurrencer l'entreprise ou au moins lui causer un préjudice, ce qui en limite considérablement l'intérêt eu égard à l'obligation de loyauté qui pèse sur le salarié indépendamment de toute clause contractuelle.

L'interdiction pure et simple d'exercer une quelconque activité professionnelle en dehors de l'entreprise pourra se concevoir dans les contrats de travail à temps complet pour des emplois de responsabilité exigeant implication et disponibilité.

Cass. soc. 16-5-2018 n° 16-25.272 F-D clause d'exclusivité Ayant constaté que la **clause d'exclusivité** insérée au contrat du salarié et édictant une obligation de solliciter une autorisation de l'employeur pour toute activité complémentaire était rédigée en **termes généraux et imprécis** ne spécifiant pas les contours de ladite activité complémentaire, bénévole ou lucrative, professionnelle ou de loisirs, et qu'ils ne permettaient pas dès lors de limiter son champ d'application ni de vérifier si la restriction à la liberté du travail était justifiée et proportionnée, la cour d'appel a pu décider que le licenciement motivé par la violation de cette clause était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

En tout état de cause, l'adjonction d'une clause d'exclusivité à un contrat de travail, qui n'en comporte pas, constitue une modification que le salarié est en droit de refuser, et ce même si celle-ci intervient dans le cadre d'une promotion assortie d'une augmentation de salaire et d'autres avantages (Cass. soc., 7 juin 2005, no 03-42.080, Bull. civ. V, no189).

b) Non-respect de la clause par le salarié

La jurisprudence considérait auparavant que la violation d'une clause d'exclusivité autorisait un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 27 mai 1992, no 88-42.877 ; Cass. soc., 27 janv. 1982, no 79-41.600), voire pour faute lourde (Cass. soc., 21 juin 1989, no 86-41.653).

Au vu de la position adoptée par la Cour de cassation depuis le 11 juillet 2000, il semble que l'employeur ne peut plus prononcer un licenciement pour faute grave qu'à la condition que la clause d'exclusivité soit indispensable, justifiée et proportionnée, donc dans de rares hypothèses (Cass. soc., 11 juill. 2000, précité ; voir no814).

À noter que la clause d'exclusivité n'interdit pas au salarié d'apporter son aide bénévole à l'organisation d'une manifestation désintéressée dès lors que celle-ci ne porte en rien préjudice à l'employeur (Cass. soc., 15 nov. 1984, no82-41.596).

3.7 RGPD

Le règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données (règlement général sur la protection des données – RGPD) entre en vigueur le 25 mai 2018. Il abroge la directive 95/46/CE est directement applicable dans l'ensemble des Etats membres depuis le 25 mai 2018.

Le gouvernement a indiqué que les services de l'Etat seraient tolérants jusqu'à la fin de l'année 2018.

Les données à caractère personnel sont toutes les informations se rapportant à une **personne physique** identifiée ou identifiable; est réputée être une «personne physique identifiable» une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale

Le traitement automatisé correspond à toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction.

- **Finalité et fondement**

Les données à caractère personnel ne peuvent être recueillies et traitées que pour une finalité déterminée explicite et légitime correspondant aux objectifs de la société qui les traite.

Seules les informations adéquates, pertinentes et nécessaires à la finalité du traitement peuvent faire l'objet d'un traitement de données à caractère personnel.

Le RGPD prévoit six bases légales distinctes pour la collecte et le traitement de données personnelles. Ainsi, quelles que soient les données personnelles concernées, leur collecte doit être fondée sur l'une des bases légales suivantes :

- L'intérêt vital de la personne,
- L'intérêt public,
- La nécessité contractuelle,
- Le respect d'obligations légales,
- Le consentement non-ambigu de la personne,
- L'intérêt légitime du responsable de traitement

- **Durée de conservation et droit à l'oubli**

Les informations figurant dans un fichier ne peuvent être conservées indéfiniment.

Une durée de conservation doit être établie en fonction de la finalité de chaque fichier

- **Information des personnes concernées**

L'article 13 du RGPD exige que soient communiquées les informations suivantes lorsque les données sont collectées auprès de la personne concernée :

- les coordonnées du responsable du traitement et, le cas échéant, celles du représentant du responsable du traitement ;
- le cas échéant, les coordonnées du délégué à la protection des données ;
- les finalités du traitement auquel sont destinées les données à caractère personnel ;
- la base juridique du traitement ;
- les intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers lorsque ces intérêts légitimes sont la condition de licéité du traitement ;
- le fait que le responsable de traitement a l'intention d'effectuer un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers ;
- le cas échéant, l'existence ou l'absence d'une décision d'adéquation rendue par la CNIL, la référence aux garanties appropriées ou adaptées et les moyens d'en obtenir une copie ou l'endroit où elles ont été mises à disposition ;
- la durée de conservation des données à caractère personnel ou, lorsque ce n'est pas possible, les critères utilisés pour déterminer cette durée ;
- l'existence du droit de demander au responsable des traitements l'accès aux données à caractère personnel, la rectification ou l'effacement de celles-ci, ou une limitation du traitement relatif à la personne concernée, ou du droit de s'opposer au traitement et du droit à la portabilité des données ;
- lorsque le traitement est fondé sur le consentement de la personne concernée, l'existence du droit de retirer son consentement à tout moment, sans porter atteinte à la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant le retrait de celui-ci ;
- le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle ;
- des informations sur la question de savoir si l'exigence de fourniture de données à caractère personnel a un caractère réglementaire ou contractuel ou si elle conditionne la conclusion d'un contrat et si la personne concernée est tenue de fournir les données à caractère personnel, ainsi que sur les conséquences éventuelles de la non-fourniture de ces données ;
- l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage et, au moins en pareil cas, des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée.

- **Droit d'opposition, d'accès et de rectification**

Le RGPD opère les changements suivants en matière de droit d'accès :

- Les délais pour répondre à une demande: le délai de réponse est désormais d'un mois maximum à compter de la réception de la demande (article 12.3). Cependant, une possibilité de prolonger de deux mois ce délai est prévue, « compte tenu de la complexité et du nombre de demandes », à condition d'en informer la personne concernée dans le délai d'un mois suivant la réception de la demande (article 12.3).
- Les frais de reproduction : le règlement prévoit un principe de gratuité pour les copies fournies dans le cadre d'une demande d'accès (article 12.5). Ce n'est que lorsque la demande est manifestement infondée ou excessive que le responsable de traitement pourra exiger le paiement de « frais raisonnables » qui tiennent compte des coûts administratifs supportés pour fournir les informations. Il en ira de même lorsqu'une copie supplémentaire est demandée.
- Les modalités de la communication des données : le règlement précise que si la personne présente sa demande par voie électronique, les informations demandées sont communiquées sous une forme électronique d'usage courant, à moins que la personne concernée ne demande qu'il en soit autrement.

- **L'application aux données liées aux RH**

Dans le cadre du recrutement du personnel, de la gestion de la paie et de la gestion administrative du personnel, la société est amenée à effectuer des traitements de données à caractère personnel.

- Recrutement

Dans le cadre du recrutement, les données ne doivent servir qu'à évaluer la capacité du candidat à occuper l'emploi proposé. Seules des données relatives à la qualification et à l'expérience du collaborateur peuvent être collectées (exemples : diplômes, emplois précédents, etc.)

Il est donc interdit de :

- Demander à un candidat son numéro de sécurité sociale ;
- Collecter des données sur la famille du candidat ;
- Collecter des données sur les opinions politiques ou l'appartenance syndicale du candidat.

- Gestion administrative du personnel.

Dans le cadre de la gestion de ses collaborateurs et de manière plus générale, de son personnel, l'employeur peut collecter principalement deux types de données :

- Des données nécessaires au respect d'une obligation légale.
- Des données utiles à la gestion administrative du personnel, à l'organisation du travail et à l'action sociale. (pointeuse, gps...)

Le cas spécifique de la vidéosurveillance et vidéoprotection

Selon le lieu où les caméras sont installées, le régime applicable diffère. En effet, il est nécessaire de distinguer la vidéoprotection de la vidéosurveillance puisque chacune a son propre régime :

- La vidéoprotection vise les caméras situées dans les locaux ouverts au public, à savoir par exemple les SAS d'entrée, les abords directs d'un immeuble et de l'accueil d'un immeuble .
- La vidéosurveillance vise les caméras installées dans les zones réservées aux membres du cabinet comme par exemple les bureaux, les réserves ...

➤ Finalité.

Un employeur ne peut pas installer des caméras dans ses locaux sans définir un objectif, qui doit être légal et légitime. Par exemple, des caméras peuvent être installées sur un lieu de travail à des fins de sécurité des biens et des personnes, à titre dissuasif ou pour identifier les auteurs de vols, de dégradations ou d'agressions.

➤ Destinataire des données.

Les images enregistrées par les caméras de vidéoprotection et de vidéosurveillance ne peuvent être visionnées que par les seules personnes habilitées dans le cadre de leurs fonctions (associé fondateur ou la personne responsable de la sécurité par exemple ou de l'informatique). Ces personnes doivent être particulièrement formées et sensibilisées aux règles encadrant la mise en place d'un tel système.

Le RGPD introduit de nouvelles obligations pour le responsable de traitement.

➤ Le registre des activités de traitement.

Il convient d'insérer dans le registre des activités de traitement une fiche dédiée à la vidéo surveillance/ la vidéoprotection qui doit comporter les éléments suivants :

- Identité et coordonnées du responsable de traitement ;
- Finalités ;
- Catégories de personnes concernées ;

- Catégories de données personnelles ;
- Catégories de destinataires ;
- Transferts vers un pays tiers ou une organisation internationale ;
- Délais prévus pour l'effacement des données ;
- Description générale des mesures de sécurité techniques et organisationnelles.

➤ L'information des RP et des salariés.

Les instances représentatives du personnel, si elles existent, devront être consultées avant la mise en œuvre du système de vidéosurveillance ou de vidéo-protection.

Les salariés doivent être informés par une note de service.

Les clients, ou encore les prestataires, doivent être informés de l'existence du dispositif mis en place dans les lieux ouverts au public.

Cette information doit être assurée au moyen d'un panneau affiché de façon visible dans les lieux et locaux concernés (entrée de l'établissement).

Cette information doit porter a minima sur :

- de l'existence du dispositif,
- du nom de son responsable,
- de la base légale du dispositif (dans la quasi totalité des cas, l'intérêt légitime de l'employeur de sécuriser ses locaux),
- de la durée de conservation des images,
- de la possibilité d'adresser une réclamation à la CNIL,
- de la procédure à suivre pour demander l'accès aux enregistrements visuels les concernant. De plus, chaque employé doit être informé individuellement (au moyen d'un avenant au contrat de travail ou d'une note de service, par exemple).

ENTREPRISE SOUS SURVEILLANCE VIDÉO

Établissement placé sous vidéosurveillance par ABCD pour la sécurité des personnes et des biens.

Les images sont conservées pendant un mois et peuvent être visionnées, en cas d'incident, par le personnel en charge de la sécurité et par les forces de l'ordre.

Pour exercer votre droit d'accès aux images qui vous concernent, ou pour toute information sur ce dispositif, vous pouvez contacter notre délégué à la protection des données (DPO) (ou, si vous n'avez pas désigné de DPO, une personne identifiée par sa fonction) en écrivant à dpo@abcd.fr (ou à l'adresse postale suivante : XXXX).

Pour en savoir plus sur la gestion de vos données personnelles et vos droits, rendez-vous sur l'intranet ABCD / le règlement intérieur – Rubrique « Politique de protection des données » (ou adressez-vous à ...)



➤ Durée de conservation

S'agissant de la durée de conservation, la CNIL indique que les images ne devraient pas être conservées plus de quelques jours et qu'en tout état de cause, leur durée de conservation ne peut pas excéder un mois.

Si des procédures sont engagées, les images doivent alors être extraites du dispositif (après consignation de cette opération dans un cahier spécifique) et conservées pour la durée de la procédure.

Le cas de la badgeuse

Des badges électroniques (cartes magnétiques ou à puce) peuvent servir au contrôle des accès aux locaux ou à la gestion de la restauration. Ces dispositifs, qui traitent des données permettant l'identification des personnes concernées, sont soumis au RGPD et doivent offrir toutes les garanties offertes par celui-ci aux personnes faisant l'objet d'une collecte et d'un traitement de leurs données personnelles.

- La finalité de la badgeuse peut être =
 - Le contrôle des accès à l'entrée et dans les locaux limitativement identifiés de l'entreprise ou de l'administration faisant l'objet d'une restriction de circulation.
 - La gestion des horaires et des temps de présence.
 - Le contrôle de l'accès au restaurant d'entreprise ou administratif et la gestion de la restauration ainsi que la mise en place d'un système de paiement associé.
 - Le contrôle d'accès des visiteurs.

- Données personnelles concernées
 - **Identité** : nom, prénom, numéro de matricule interne, corps d'appartenance, grade, photographie.
 - **Vie professionnelle** : service, plages horaires habituellement autorisées, zones d'accès habituellement autorisées, congés, autorisations d'absences, jours de réduction du temps de travail, décharge d'activité de service et autres absences (motifs, droits et décomptes).
 - **Badges** : numéro du badge ou de la carte, date de validité.
 - **En cas d'accès à un parking**, numéro d'immatriculation du véhicule, numéro de place de stationnement.
 - **Visiteurs** : nom, prénom, date et heure de visite, société d'appartenance et nom du salarié ou de l'agent public accueillant le visiteur.
 - Heures d'entrée et de sortie, **numéro de la porte utilisée**.
 - **En cas de gestion de la restauration**, les informations relatives à la date du repas ainsi qu'au type de consommation, sous la forme exclusive : "hors d'oeuvres", "plat", "dessert", "boisson".

- **Prix des consommations** et moyen de paiement, part patronale ou de l'administration, solde.

- Durée de conservation des données
 - Eléments d'identification : **5 ans après le départ du salarié.**
 - Eléments relatifs aux déplacements des personnes : **3 mois.**
 - Traitement ayant pour finalité le contrôle du temps de travail : **5 ans.**
 - Données relatives aux motifs d'absence : **5 ans (sauf dispositions législatives contrares).**
 - Données relatives au paiement des repas : **3 mois pour les données monétiques et 5 ans en cas de paiement par retenue sur salaire.**

- Destinataires des données
 - Les personnes habilitées du service du personnel : identité, vie professionnelle, badge, temps de présence et déplacements des personnes.
 - Les personnes habilitées des services gérant la paie ou les traitements : identité, situation économique et financière, temps de présence, vie professionnelle.
 - Les personnes habilitées des services gérant la sécurité des locaux : identité, badge, temps de présence et déplacement des personnes.
 - Les personnes habilitées du service ou de l'organisme gérant le restaurant d'entreprise ou administratif : identité, gestion de la restauration, prix des consommations et moyen de paiement.
 - Les salariés protégés : informations relatives aux heures d'arrivée et de départ des personnes (lorsqu'un accord sur le temps de travail le prévoit et dans la limite des dispositions légales et conventionnelles applicables).

- L'information des RP et des salariés.

Les instances représentatives du personnel, si elles existent, devront être consultées avant la mise en œuvre du système.

Les salariés doivent être informés par une note de service.

➤ Le registre des activités de traitement.

Il convient d'insérer dans le registre des activités de traitement une fiche dédiée à la vidéo surveillance/ la vidéoprotection qui doit comporter les éléments suivants :

- Identité et coordonnées du responsable de traitement ;
- Finalités ;
- Catégories de personnes concernées ;
- Catégories de données personnelles ;
- Catégories de destinataires ;
- Transferts vers un pays tiers ou une organisation internationale ;
- Délais prévus pour l'effacement des données ;
- Description générale des mesures de sécurité techniques et organisationnelles.

3. La protection des données personnelles dans le cadre de la géolocalisation des véhicules

La mise en oeuvre d'un dispositif de géolocalisation doit toujours être proportionnée au but à atteindre et justifiée par le fonctionnement de l'entreprise.

- Un dispositif de géolocalisation peut être installé dans des véhicules utilisés par des employés pour :
 - Suivre, justifier et facturer une prestation de transport de personnes, de marchandises ou de services directement liée à l'utilisation du véhicule (exemple : les ambulances dans le cadre de la dématérialisation de la facturation de l'assurance maladie).
 - Assurer la sécurité de l'employé, des marchandises ou des véhicules dont il a la charge, et notamment retrouver le véhicule en cas de vol (exemple : un dispositif inerte activable à distance à compter du signalement du vol).
 - Mieux allouer des moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés, notamment pour des interventions d'urgence (exemple : identifier l'employé le plus proche d'une panne d'ascenseur ou l'ambulance la plus proche d'un accident).
 - Accessoirement, suivre le temps de travail, lorsque cela ne peut être réalisé par un autre moyen.
 - Respecter une obligation légale ou réglementaire imposant la mise en oeuvre d'un dispositif de géolocalisation en raison du type de transport ou de la nature des biens transportés.
 - Contrôler le respect des règles d'utilisation du véhicule définies par l'employeur.

En revanche, un dispositif de géolocalisation installé dans un véhicule mis à la disposition d'un employé ne peut pas être utilisé :

- Pour contrôler le respect des limitations de vitesse.
- Pour contrôler un employé en permanence.
En particulier, il ne peut pas être utilisé :
- Dans le véhicule d'un employé disposant d'une liberté dans l'organisation de ses déplacements (exemple : VRP, salarié en forfait jours, cadre autonome, etc...).
- Pour suivre les déplacements des représentants du personnel dans le cadre de leur mandat.

Ils doivent être informés de :

- l'installation de ce dispositif,
- l'identité du responsable de traitement,
- des finalités poursuivies,
- la base légale du dispositif (obligation issue du code du travail par exemple, ou intérêt légitime de l'employeur),
- des destinataires des données issues du dispositif de géolocalisation,
- leur droit d'opposition pour motif légitime,
- la durée de conservation des données,
- leurs droits d'accès et de rectification,
- la possibilité d'introduire une réclamation auprès de la CNIL.>

Les salariés doivent avoir accès aux données les concernant enregistrées par l'outil (dates et heures de circulation, trajets effectués, etc...).

Enfin, ils doivent pouvoir désactiver la collecte ou la transmission de la localisation géographique en dehors du temps de travail.

Les instances représentatives du personnel doivent également être informées ou consultées avant toute décision d'installer un dispositif de géolocalisation dans les véhicules mis à la disposition des employés.

➤ La durée de conservation des données

Les données obtenues par la géolocalisation ne doivent pas être conservées plus de 2 mois.

Néanmoins, elles peuvent être conservées pendant :

1 an lorsqu'elles sont utilisées pour optimiser les tournées ou à des fins de preuve des interventions effectuées, lorsqu'il n'est pas possible de rapporter cette preuve par un autre moyen.

5 ans lorsqu'elles sont utilisées pour le suivi du temps de travail

4.LA FIN DU CONTRAT DE TRAVAIL

4.1 CLAUSE DE SECRET PROFESSIONNEL

a) Obligation de discrétion et clause de secret professionnel

Chaque salarié est soumis dans le cadre de son contrat de travail à une obligation de discrétion et de réserve. Il n'a pas le droit de divulguer les informations auxquelles ses responsabilités lui donnent accès.

Outre cette obligation générale de discrétion qui incombe à chaque salarié, il est possible de prévoir dans le contrat de travail une clause lui interdisant de divulguer les projets, techniques ou méthodes sur lesquels il est amené à travailler. L'insertion de ce type de clause dans le contrat de travail assure à l'entreprise une protection plus spécifique sur des sujets clairement identifiés. Il s'agit alors d'une clause de secret professionnel, ou de confidentialité.

Les entreprises dont l'activité comporte une part d'innovation et de création de produit prévoient souvent ce type de clause dans les contrats de travail de leurs salariés amenés à travailler sur ces activités de conception et d'innovation.

b) Survie possible de la clause après la fin du contrat de travail

Une clause de confidentialité peut prévoir qu'elle continuera à produire effet après la rupture du contrat de travail.

Si l'ancien collaborateur ne la respecte pas, il pourra être tenu pour responsable du préjudice qui en résulte pour l'entreprise et être condamné à lui verser des dommages et intérêts, même si son contrat de travail a cessé de produire effet.

4.2 CLAUSE DE NON CONCURRENCE

a) Objet de la clause

L'objet d'une clause de non-concurrence est d'interdire au salarié, après la rupture de son contrat de travail, d'entrer au service d'une entreprise concurrente ou d'exercer, sous quelque forme que ce soit, une activité concurrente à celle de son ancien employeur.

En effet, en principe, le salarié qui était tenu d'une obligation de fidélité à l'égard de son employeur, pendant l'exécution de son contrat de travail, retrouve son indépendance à la fin de ce contrat.

L'exercice de cette liberté est toutefois susceptible de se heurter aux intérêts légitimes de l'entreprise : l'accès du salarié à certaines informations économiques et commerciales, à des secrets de fabrication, sa connaissance des orientations stratégiques de l'entreprise, ses liens avec la clientèle représentent en effet autant de risques pour l'ancien employeur. Et ce d'autant plus que celui-ci ne dispose alors que de l'action en concurrence déloyale pour faire cesser ou réparer le préjudice. Or, cette action a pour objet de sanctionner les moyens fautifs employés par le salarié et non pas la concurrence proprement dite. De plus, cette procédure a posteriori est longue à aboutir et, en pratique, souvent vouée à l'échec compte tenu des difficultés techniques de preuve.

C'est pourquoi la jurisprudence admet, lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie, qu'il puisse être apporté une restriction à la liberté du travail de certains salariés par une clause de non-concurrence.

Ainsi, il a été jugé qu'une clause interdisant à un salarié d'accepter un emploi similaire dans une entreprise concurrente lui interdit également d'occuper le même emploi dans une entreprise concurrente créée par lui, le mot « emploi » ayant le sens général de fonctions et n'impliquant pas nécessairement l'embauchage par une tierce personne (Cass. soc., 5 janv. 1984, no 81-41.765).

Tout contrat de travail peut contenir une clause de non-concurrence : contrat à durée indéterminée qu'il soit à temps plein ou à temps partiel, contrat d'apprentissage (Cass. soc., 19 oct. 1966, no 65-40.545), contrat de formation en alternance (Circ. min. CDE no 90-53, 25 sept. 1990), contrat de travail à durée déterminée (Cass. soc., 5 janv. 1995, no 90-45.732), contrat de travail temporaire, etc. Et il a été jugé qu'une clause de non-concurrence peut valablement figurer dans un écrit distinct du contrat de travail (Cass. soc., 17 juin 1998, no 96-41.548).

b) Conditions cumulatives de validité de la clause

Il n'existe aucun texte légal ou réglementaire définissant les conditions de validité et d'application des clauses de non-concurrence : celles-ci sont prévues soit par les contrats individuels de travail, soit par les conventions collectives. La jurisprudence définit le régime juridique des clauses de non-concurrence et en assure le contrôle.

Sous le double visa du principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article L. 1121-1 du code du travail selon lequel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », la Cour de cassation subordonne la validité d'une clause de non-concurrence au respect de cinq conditions :

- Etre indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise
- Etre limitée dans le temps
- Etre limitée dans l'espace
- Tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié
- Comporter l'obligation de verser au salarié une contrepartie financière

La validité d'une clause de non-concurrence s'apprécie à la date de sa conclusion. (Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-68.537, n° 1767 FS - P + B)

1- Clause écrite

Dans la mesure où elle déroge au principe de la liberté du travail, la clause de non-concurrence ne se présume pas. Elle doit donc nécessairement être rédigée par écrit, afin notamment que soient déterminées de manière incontestable ses conditions d'application (activité, durée, secteur géographique, contrepartie financière pour le salarié...). Cet écrit est le plus souvent inclus dans le contrat de travail ou dans la convention collective.

La clause de non-concurrence est le plus souvent prévue au moment de la conclusion du contrat de travail mais peut l'être aussi en cours d'exécution du contrat par le biais d'un avenant au contrat de travail.

Bon nombre de conventions collectives contiennent des dispositions sur l'obligation de non-concurrence applicable après la rupture du contrat de travail (durée et délimitation géographique de l'interdiction, cas de mise en jeu de la clause, montant de la contrepartie financière, modalités de renonciation de l'employeur). C'est donc une source importante qu'il convient de prendre en compte au moment de la rédaction d'une clause de non-concurrence.

2- Protection d'un intérêt légitime de l'entreprise et absence d'atteinte à la liberté du travail

Pour être valable, la clause de non-concurrence doit avant tout être indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise. Elle doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié. Il semble en effet normal que l'obligation de non-concurrence ne soit imposée qu'à des salariés dont les connaissances techniques ou commerciales risqueraient de causer à l'employeur un préjudice important si elles étaient « apportées » à une entreprise concurrente.

L'administration avait ainsi indiqué que les clauses de non-concurrence ne devraient concerner que « des emplois de grande qualification nécessitant une formation particulière et susceptibles d'entraîner une véritable concurrence ».

Pourtant, la Cour de cassation a longtemps admis qu'une clause de non-concurrence pouvait être imposée à un salarié n'ayant pas une spécialisation poussée ou particulière, et que les juges ne pouvaient pas substituer leur appréciation à celle de l'employeur quant à l'utilité pour ce dernier d'imposer une interdiction de concurrence (Cass. soc., 13 oct. 1988 : Bull. civ. V, n° 494).

Mais elle a modifié ensuite sa jurisprudence, dans une affaire concernant un laveur de vitres dont le contrat contenait une clause de non-concurrence d'une durée de quatre ans applicable dans le département de l'employeur et les départements limitrophes : « ayant fait ressortir qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la cour d'appel a pu décider que l'employeur ne pouvait se prévaloir de cette clause ». (cass. soc. 14 mai 1992, n°89-45.300)

La clause de non-concurrence ne serait donc licite que si les fonctions du salarié l'ont amené par exemple à être en contact direct et suivi avec la clientèle (ce qui lui permettrait après son départ de « détourner » celle-ci à son profit ou au profit d'une entreprise concurrente), ou encore s'il a occupé un poste important lui donnant accès à des procédés, à des « savoir-faire » techniques, commerciaux, financiers... dont la divulgation ou l'utilisation porteraient préjudice à son ancien employeur.

La clause de non-concurrence ne doit pas conduire à ce que le salarié se trouve dans l'impossibilité absolue d'exercer une activité professionnelle conforme à ses aptitudes et connaissances générales et à sa formation professionnelle. Pour se faire, les juges appliquent un principe de proportionnalité et apprécient cette condition au cas par cas et non de façon abstraite en prenant en compte plusieurs critères : champ d'activité interdit ; limitation de la portée de la clause dans le temps et dans l'espace, spécificité des fonctions occupées par le salarié, existence d'une contrepartie financière.

3- Limitation dans le temps et dans l'espace

Depuis les arrêts du 10 juillet 2002, la jurisprudence considère que les limitations dans le temps et dans l'espace doivent obligatoirement figurer dans une clause de non-concurrence. Il s'agit de conditions cumulatives. L'absence de l'une ou l'autre de ces deux conditions entraîne la nullité de la clause de non-concurrence. (cass. soc. 31 oct. 2005, n°04-46.119)

Ces limites doivent toutefois être proportionnées au risque concurrentiel auquel l'employeur s'expose en raison de la nature de son activité et de celle du salarié.

✓ Limitation dans le temps

Une clause de non-concurrence doit indiquer une durée limitée pendant laquelle le salarié est tenu à une interdiction de concurrence.

Lorsqu'une convention collective prévoit une durée maximum, la clause contractuelle ne peut fixer une durée supérieure. A défaut, elle encourt une révision par le juge.

En l'absence de dispositions conventionnelles, aucune limite de durée n'est fixée. L'employeur a alors toute latitude pour la définir. Pour cela, il doit tenir compte des autres éléments de la clause comme l'étendue géographique, la nature de l'activité et les spécificités des fonctions occupées par le salarié. La durée de l'interdiction peut varier en fonction de la qualification du salarié, plus longue pour les salariés qualifiés, plus courte pour les salariés moins qualifiés.

En pratique, la durée de 2 ans est souvent retenue par référence à de nombreuses conventions collectives.

Cependant, la durée de l'interdiction de concurrence peut être plus longue si le champ d'application territorial de cette interdiction est fort réduit ou si les connaissances professionnelles du salarié lui permettent de retrouver sans difficulté un emploi dans une autre branche professionnelle.

✓ *Limitation dans l'espace*

Le secteur géographique où s'applique l'interdiction de concurrence doit être, en principe, précisément défini. A défaut, la clause de non-concurrence peut être déclarée nulle. Ainsi, la clause de non-concurrence d'une directrice de magasin lui interdisant d'exercer pendant 3 ans une activité concurrente dans les départements où était implantée la société est nulle en raison notamment de sa délimitation imprécise qui ne permettait pas au moment de la conclusion du contrat de travail de connaître réellement le secteur protégé. (cass. soc. 22 févr. 2000, n°97-45.868)

D'une façon générale, la clause doit être limitée aux secteurs géographiques dans lesquels le salarié, du fait de son activité nouvelle, est susceptible de concurrencer son employeur.

Elle ne doit pas avoir pour effet d'empêcher le salarié d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle.

Lorsqu'une convention collective délimite une interdiction, la clause insérée dans un contrat de travail ne peut pas définir un espace géographique de non-concurrence supérieur à celui de la convention collective. A défaut, elle encourt la nullité partielle.

En l'absence de dispositions conventionnelles, l'employeur a toute liberté pour définir le secteur géographique où s'applique l'interdiction de concurrence à condition de tenir compte des critères de validité que sont la limitation dans le temps, la nature de l'activité et les spécificités des fonctions occupées par le salarié.

4- Limitation quant à la nature de l'activité de l'entreprise et les spécificités de l'emploi du salarié

En fonction des intérêts légitimes que l'entreprise entend protéger, il est nécessaire de définir précisément dans la clause de non-concurrence les actes de concurrence interdits au salarié après la rupture de son contrat de travail. Cette restriction doit, pour être valable, être en relation avec l'activité de l'entreprise mais aussi avec celle du salarié. Il ne saurait être question de prévoir une interdiction empêchant le salarié de retrouver un emploi conforme à sa formation et son expérience professionnelle, sous peine de nullité de la clause de non-concurrence. (cass. soc. 18 sept. 2002, n°99-46.136)

Le libellé de l'activité interdite au salarié aide le juge à circonscrire le champ d'application de la clause de non-concurrence au même titre que la durée et la délimitation dans l'espace.

Pour mesurer la contrainte qui pèse sur le salarié en raison de la clause de non-concurrence et le risque concurrentiel que celui-ci présente à l'égard de son entreprise, la jurisprudence va donc prendre en compte au cas par cas les caractéristiques des fonctions que le salarié occupe (sa qualification professionnelle, son savoir-faire, ses secrets de fabrication ou encore l'accès qu'il a à des connaissances techniques ou commerciales confidentielles) mais aussi son positionnement hiérarchique.

La définition des actes de concurrence que le salarié s'interdit d'exercer pendant la durée de la clause peut être plus ou moins étendue.

Il peut lui être simplement interdit d'entrer au service d'une entreprise concurrente pour y exercer les mêmes fonctions que celles qu'il occupait précédemment.

L'obligation peut aussi être beaucoup plus large : il peut lui être interdit d'entrer au service d'un concurrent, en qualité de salarié ou de non-salarié, de s'intéresser directement ou indirectement à une entreprise concurrente et de créer une telle entreprise.

Il semble également possible de prévoir une clause de non-concurrence limitée aux seules fonctions exercées par le salarié ou étendues à d'autres emplois ou qualification dès lors qu'elle n'empêche pas le salarié de retrouver un autre emploi conforme à sa formation et à son expérience professionnelle.

5- Existence d'une contrepartie financière

✓ *Caractère obligatoire de la contrepartie*

Parmi les conditions cumulatives de validité des clauses de non-concurrence figure l'existence d'une contrepartie pécuniaire.

Jusqu'en juillet 2002, la jurisprudence admettait la validité d'une clause de non-concurrence en l'absence de contrepartie financière en faveur du salarié (Cass. soc., 20 oct. 1993, n° 90-45.045).

Elle considérait en effet, que « les parties peuvent valablement convenir, lors de la conclusion d'un contrat de travail, d'une clause de non-concurrence qui, sauf, convention ou accord collectif contraire, n'aurait pas de contrepartie financière » (Cass. soc., 11 oct. 1990, n° 86-45.320, n° 3732 P : Bull. civ. V, n° 459).

Par revirement de jurisprudence, la Cour de cassation précise dans plusieurs arrêts du 10 juillet 2002 qu'« une clause de non-concurrence n'est licite que si elle (...) comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ». (cass. soc. 10 juill. 2002, n°00-45.135)

Tout salarié soumis à une obligation de non-concurrence doit donc bénéficier d'une contrepartie financière.

A défaut, la clause contractuelle doit être considérée comme nulle.

L'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence concerne toutes les clauses de non-concurrence, qu'elles aient été conclues avant ou après le 10 juillet 2002 (date de la jurisprudence ayant imposé cette contrepartie financière). (cass. soc. 17 dec. 2004, n°03-40.008)

L'obligation de non-concurrence trouve désormais sa cause dans l'octroi d'une contrepartie financière qui a le caractère d'un salaire. L'existence de cette contrepartie donne à la clause de non-concurrence la nature d'une convention synallagmatique, qualification qui emporte un certain nombre de conséquences :

- lorsque le salarié ne respecte pas son engagement de non-concurrence, l'employeur sera dispensé par le jeu de l'exception d'inexécution de verser la contrepartie financière ;
- de la même façon, l'absence de versement de la contrepartie par l'employeur libère le salarié de son obligation ;
- l'employeur ne peut pas se dégager de son obligation financière en décidant de renoncer unilatéralement à la clause sauf si des dispositions conventionnelles ou le contrat de travail le prévoient expressément

La contrepartie financière à la clause de non-concurrence est due quel que soit l'auteur (employeur ou salarié) ou les circonstances de la rupture.

Dans le cas où la contrepartie financière à la clause de non-concurrence est seulement prévue par la convention collective applicable, celle-ci s'applique de plein droit dès lors que le contrat de travail fait expressément référence à cet accord. (Cass. soc. 10 mars 2004, n°02-40.108)

En l'absence de contrepartie financière à la clause de non-concurrence le salarié peut invoquer la nullité devant le juge prud'homal.

Il en est de même lorsque la contrepartie est dérisoire ou lorsque son versement est subordonné à un mode de rupture du contrat précis. Le juge ne peut que prononcer la nullité ; il ne peut pas fixer un montant supérieur.

En outre, le salarié qui a respecté une clause de non-concurrence illicite en raison de l'absence de contrepartie financière peut, en plus de la nullité, introduire une action en dommages-intérêts à l'encontre de l'employeur.

Peu importe que le salarié n'ait jamais eu à respecter la clause de non-concurrence au cours de sa brève période d'emploi dans l'entreprise (2 mois avant d'être détaché à l'étranger et d'obtenir un nouveau contrat de la société filiale étrangère).

✓ *Païement de l'indemnité compensatrice due au salarié*

L'indemnité compensatrice est due à l'ancien salarié dès lors qu'il respecte son obligation de ne pas concurrencer son ex-employeur. Pour pouvoir prétendre à celle-ci, il n'a pas à prouver que l'application de la clause lui cause un préjudice. (cass. soc. 15 juill. 1998, n°96-40.866)

L'indemnité doit également être versée lorsque l'employeur n'a pas renoncé à la clause dans les délais et les formes prescrites. (cass. soc. 31 mars 1998, n°96-43.016)

En revanche, la contrepartie financière de la clause de non-concurrence n'est pas due :

- si le salarié viole la clause de non-concurrence ;
- en cas de rupture du contrat de travail par suite du décès du salarié ;
- en cas de renonciation de l'application de la clause par l'employeur dans les conditions et formes requises

La contrepartie financière doit être versée, quels que soient les motifs de la rupture et la possibilité ou non pour le salarié de reprendre une activité professionnelle sauf dispositions conventionnelles contraires.

✓ *Fixation du montant de l'indemnité compensatrice de non-concurrence*

En l'absence de dispositions conventionnelles relatives à cette contrepartie, son montant est librement déterminé par les parties. Toutefois, il doit être fixé en proportion des contraintes imposées au salarié après la rupture de son contrat de travail. L'indemnité doit donc être mesurée, c'est-à-dire ni excessive ni dérisoire, faute de quoi le juge pourra prononcer l'annulation de la clause.

L'indemnité peut être fixée de façon forfaitaire (c'est-à-dire sans référence au salaire) soit par rapport à un pourcentage de salaire (cas le plus courant).

En aucun cas le montant de l'indemnité peut être établi uniquement en référence à la durée d'exécution du contrat de travail car cela reviendrait à le faire dépendre uniquement de l'ancienneté du salarié. Ce qui était le cas en l'espèce où la clause de non-concurrence était d'une durée de 2 ans pour une ancienneté supérieure à 5 ans. (cass. soc. 4 févr. 2009, n°07-44.291)

Lorsque la clause de non-concurrence résulte de dispositions conventionnelles, l'employeur doit fixer le montant de la contrepartie financière au niveau de celui prévu par la convention collective. S'il est en deçà, le montant est considéré comme dérisoire. (cass. soc. 13 janv. 1998, n°95-41.480)

Le montant de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence doit être identique quelle que soit la cause de la rupture du contrat de travail. La jurisprudence considère en effet que les parties ne peuvent pas dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation.

La clause de non-concurrence qui prévoit une modulation du montant de l'indemnité de non-concurrence en fonction des motifs de la rupture du contrat n'est pas nulle. Elle est réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie. Le salarié reste donc tenu de respecter l'interdiction de concurrence. Il peut aussi prétendre au versement de l'intégralité de la contrepartie financière.

Il existe une limite, à savoir que le montant de l'indemnité ne peut être dérisoire.

Une indemnité compensatrice dérisoire équivaut à une absence de contrepartie. La clause étant illicite, celle-ci peut être annulée pour ce motif. (cass. soc. 15 nov. 2006, n°04-46.721)

Pour apprécier si le montant de la contrepartie financière est ou non dérisoire, seul doit être pris en compte l'indemnité versée après la rupture du contrat.

Il en a été ainsi décidé à propos d'une salariée dont le contrat de travail comportait une clause de non-concurrence prévoyant le versement pendant toute la durée du contrat de travail d'une majoration de salaire ainsi qu'après la rupture du contrat d'une somme versée mensuellement pendant la durée effective d'exécution de cette clause.

La salariée avait contesté la licéité de la clause en raison du montant dérisoire de la contrepartie financière. Les juges du fond ont rejeté son argumentation considérant la clause licite au motif que la contrepartie financière versée pendant l'exécution du contrat de travail et après la rupture n'était pas dérisoire.

La Cour de cassation n'est pas de cet avis : le paiement de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence ne pouvant intervenir avant la rupture du contrat, seul devait être pris en compte le montant qu'il était prévu de verser après la rupture. (cass. soc. 22 juin 2011, n°09-71.567)

Lorsque la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence est dérisoire, le juge peut accorder au salarié des dommages-intérêts calculés en fonction du préjudice subi pour application d'une clause illicite. Il ne peut pas fixer lui-même le montant de l'indemnité compensatrice de non-concurrence, qui relève de l'accord des parties. (cass. soc. 16 mai 2012, n°11-10.760)

L'indemnité compensatrice de non-concurrence est la contrepartie d'une obligation. Elle n'a pas le caractère d'une peine au sens de l'article 1152 du code civil et ne peut donc pas être réduite ni augmentée par les juges. (cass. soc. 19 juill. 1988, n°85-43.179)

Au contraire, la clause pénale (fixant à l'avance les dommages-intérêts dus par le salarié en cas de violation de la clause de non-concurrence) constitue une peine et peut donc être modifiée par les juges.

Toutefois, aucune disposition légale ou conventionnelle n'interdit aux parties de modifier, dans le cadre d'une transaction, le montant de la contrepartie financière.

L'indemnité compensatrice de non-concurrence peut faire l'objet d'un forfait (donc sans référence au salaire). Mais le plus souvent le montant de cette indemnité est fixé en pourcentage de salaire (un tiers, la moitié ou les deux tiers...).

Toutefois, il peut varier selon les conventions ou les contrats en fonction de la durée de l'interdiction.

Il est généralement admis que la base de calcul de l'indemnité compensatrice doit être le salaire brut. (cass. soc. 24 sept. 2008, n°07-41.616)

L'indemnité compensatrice est le plus souvent calculée sur la base du salaire moyen des 3 ou des 12 derniers mois d'activité.

En cas de licenciement avec dispense de préavis, la date à laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de la contrepartie financière est celle du départ effectif du salarié de l'entreprise (notification du licenciement). (cass. soc. 22 juin 2011, n°09-68.762)

✓ *Modalités de paiement de l'indemnité compensatrice de non-concurrence*

Sauf dispositions particulières prévues par la convention collective, les modalités de versement sont librement déterminées par les parties : versement unique ou versement périodique.

En cas de dispense de préavis par l'employeur (à la suite d'une démission ou d'un licenciement), le salarié est en droit de prétendre au versement de l'indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence dès son départ effectif de l'entreprise, et non pas à l'expiration du préavis. (cass. soc. 11 mars 2015, n°13-23.866)

En pratique, le salarié peut donc être amené à cumuler l'indemnité de préavis et l'indemnité compensatrice de non-concurrence pour la période comprise entre la notification de la rupture et la fin du préavis.

- Périodicités autorisées

Le plus souvent en pratique, l'indemnité compensatrice est versée mensuellement, à la fin de chaque mois, pendant toute la durée d'application de la clause de non-concurrence. Dans un tel cas, « la créance du salarié prend naissance mois par mois au cours de la période considérée » : les juges peuvent donc condamner l'employeur au versement immédiat de l'indemnité compensatrice pour la période allant du départ du salarié à la date de leur décision mais non pour la période restant à courir jusqu'à la fin de l'interdiction de concurrence. (cass. soc. 19 dec. 1990, n° 87-45.486)

Si l'employeur s'abstient de payer l'indemnité mensuelle contractuellement prévue, ce manquement à son obligation contractuelle a pour conséquence de libérer l'ancien salarié de sa propre obligation.

Toutefois les parties peuvent convenir d'une autre périodicité par exemple : paiement en capital lors de la cessation du contrat de travail par versement unique.

- Paiements interdits

Le versement de la contribution financière ne peut pas intervenir en fin de période d'interdiction de concurrence.

Est illicite la clause de non-concurrence prévoyant le versement unique de la contrepartie financière à la fin de la période couverte par l'obligation de non-concurrence, soit en l'espèce au bout de 3 ans. (cass. soc. 2 mars 2005, n° 03-42.321)

Il n'est pas possible non plus de prévoir le versement de la contrepartie financière tout au long de l'exécution du contrat de travail par le versement mensuel d'un supplément de salaire.

La contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi.

Le paiement de cette somme ne peut donc pas intervenir avant la rupture du contrat de travail et son montant ne peut pas varier selon la durée du contrat (ce qui est le cas en pratique si la clause fait l'objet d'un versement mensuel). Tout versement anticipé de la clause de non-concurrence en cours d'exécution du contrat de travail rend la clause de non-concurrence nulle. (cass. soc. 15 janv. 2014, n°12-19.3472)

Il importe peu que le contrat de travail mentionne que les conditions de rémunération tiennent compte de la clause de non-concurrence et que les bulletins de paie fassent apparaître distinctement le paiement de sommes correspondant à cette clause. (cass. soc. 4 févr. 2009, n°07-44.291)

Conséquence de cette solution : le montant de la contrepartie financière versée avant la rupture du contrat de travail ne peut pas être pris en compte pour apprécier si la contrepartie financière est ou non dérisoire.

L'employeur ne peut pas obtenir la restitution de la majoration de salaire versée à titre de contrepartie financière de la clause de non-concurrence pendant la durée d'exécution du contrat de travail. Ce versement s'analyse en un complément de salaire non dénué de cause. Les sommes versées restent acquises au salarié qui a respecté une clause nulle.

- Incidences du non-paiement de l'indemnité compensatrice par l'employeur

Si l'employeur s'abstient de payer l'indemnité compensatrice prévue, l'ancien salarié se trouve libéré de sa propre obligation. Il n'est donc plus tenu de respecter l'interdiction de concurrence. (cass. soc. 3 oct. 1991, n° 89-43.375)

Par ailleurs, la jurisprudence a admis la compétence du juge des référés pour délier le salarié de son engagement. Le refus de l'employeur de payer la contrepartie financière de la clause de non-concurrence alors qu'il ne pouvait reprocher au salarié aucun acte de concurrence postérieur au licenciement constitue une inexécution flagrante de la clause contractuelle et caractérise un trouble manifestement illicite auquel il appartient au juge des référés de mettre fin. (cass. soc. 22 févr. 2000, n°98-43.005)

En cas de non-paiement de la contrepartie financière, le salarié ne pourra bénéficier du paiement de l'indemnité compensatrice que pour la période pendant laquelle il a effectivement respecté son obligation. Le cas échéant, le salarié pourra, en outre, prétendre au versement de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution par l'employeur de son obligation de verser la contrepartie financière. (cass. soc. 25 févr. 2003, n°00-46.263)

c) Renonciation de l'employeur

L'employeur est en droit de renoncer à l'application de la clause de non-concurrence, le salarié retrouvant ainsi, après son départ de l'entreprise, la liberté de s'établir à son compte ou d'entrer au service d'une entreprise concurrente.

En pratique, un employeur peut être amené à renoncer à la clause s'il estime que le salarié qui le quitte ne sera guère en mesure de le concurrencer. Il peut y trouver en outre un intérêt si cette renonciation lui permet d'échapper au paiement de l'indemnité compensatrice prévue dans la clause de non-concurrence.

Mais cette renonciation de l'employeur doit être :

- expressément autorisée par la clause de non-concurrence. Dans le cas contraire, l'employeur ne pourra renoncer à la clause de non-concurrence qu'avec l'accord du salarié ;
- faite dans un certain délai, fixé par la convention collective ou le contrat de travail contrôlé par les tribunaux. A défaut, la renonciation est considérée comme tardive ;
- écrite, expresse et précise ;
- individuelle

1- Faculté de renonciation

L'employeur et le salarié peuvent toujours décider d'un commun accord de modifier le contrat de travail qu'ils ont conclu, et donc supprimer la clause de non-concurrence (ou en réduire la durée).

Cette modification est alors faite par écrit, sous forme d'un avenant au contrat.

Au moment de la rupture du contrat (quelque soit le mode de rupture) l'employeur et le salarié peuvent se mettre d'accord pour supprimer la clause, cette suppression faisant l'objet d'un écrit signé par les deux parties.

S'agissant de la renonciation unilatérale par l'employeur, il est précisé les éléments suivants :

- *Cas de l'interdiction de la renonciation unilatérale par l'employeur dans la convention collective*

En l'absence de disposition particulière de la convention, l'employeur peut, dispenser le salarié de son obligation de non-concurrence.

Mais si la convention collective dispose que « la clause de non-concurrence peut à tout moment être résiliée à la suite d'un accord entre les deux parties », l'employeur « n'a pas la faculté de résilier cette clause de façon unilatérale ». (cass. soc. 11 déc. 1990, n°87-44.291)

Dans un tel cas, l'accord du salarié est donc nécessaire. Il le donnera s'il envisage effectivement de passer à la concurrence ; dans le cas contraire, il le refusera de façon à percevoir l'indemnité compensatrice prévue.

- *Cas de la renonciation unilatérale par l'employeur non prévue dans le contrat de travail*

Si le contrat de travail ne prévoit aucune possibilité de renonciation, l'employeur n'est pas en droit de renoncer unilatéralement à l'exécution de la clause. En effet, la clause de non-concurrence, qui doit être assortie d'une contrepartie financière, est instituée non seulement dans l'intérêt de l'entreprise mais aussi dans celui du salarié. (cass. soc. 28 nov. 2001, n°99-46.032)

En l'absence de mention dans le contrat de travail, l'accord du salarié est requis si l'employeur souhaite renoncer à la clause de non-concurrence.

- *Cas de la renonciation unilatérale par l'employeur prévue dans la Convention collective*

Lorsque la convention collective prévoit la possibilité d'une renonciation unilatérale, l'employeur peut dispenser le salarié de son obligation de non-concurrence, même si le contrat de travail est muet sur ce point, à condition toutefois que ce dernier se réfère à la convention. (cass. soc. 28 mars 2007, n° 06-40.293)

Toutefois, il peut être plus prudent de rappeler l'existence de cette faculté de renonciation prévue par la convention collective dans le contrat de travail.

- *Cas de la renonciation totale ou partielle par l'employeur*

L'employeur ayant la faculté de renoncer à la clause dans sa totalité, on pourrait penser qu'il a aussi le droit de n'y renoncer que partiellement, par exemple en réduisant sa durée ou son secteur d'application.

Pourtant, la Cour de cassation a jugé que si les dispositions de la convention collective permettent de libérer le salarié de son obligation mais « ne prévoient pas la possibilité pour l'employeur de renoncer partiellement à l'application de la clause », cette renonciation partielle n'est pas possible. (cass. soc. 13 juill. 1988, n° 84-43.862)

L'employeur doit donc :

- soit renoncer totalement à la clause ;
- soit la faire appliquer pendant toute la durée initialement fixée (et payer pendant toute cette durée l'indemnité prévue).

La renonciation partielle n'est possible que si elle est envisagée par la convention collective.

En cas de rupture conventionnelle, l'employeur doit au salarié l'indemnité de non-concurrence fixée par la convention collective même si ce texte ne prévoit son versement qu'en cas de démission et de licenciement. Cass. soc. 18-1-2018 n° 15-24.002 FS-PB L'indemnité de non-concurrence n'est pas réservée à certains modes de rupture

2- Délai de renonciation

L'employeur ne peut pas anticiper et renoncer unilatéralement à la clause de non-concurrence au cours de l'exécution du contrat de travail, donc avant même la rupture de celui-ci. Toutefois, s'il existe des stipulations conventionnelles ou contractuelles expresses, c'est-à-dire qui autorisent l'employeur à renoncer unilatéralement à la clause de non-concurrence pendant l'exécution du contrat, la renonciation avant une éventuelle rupture est possible. (cass. soc. 11 mars 2015, n° 13-22.257)

L'employeur n'est pas totalement libre de renoncer à la clause de non-concurrence au moment où il l'entend.

Lorsqu'il existe des dispositions conventionnelles il est tenu de s'y conformer.

Il est toutefois impossible de renoncer à une clause de non-concurrence dès lors que celle-ci a commencé à être exécutée, soit en pratique après la rupture du contrat. Il a été jugé que la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci n'est pas valable. Dans ce cas, en effet, le salarié ne peut pas être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler. (cass. soc. 13 juill. 2010, n°09-41.626)

Lorsque ni la convention collective ni le contrat de travail ne fixent de délai pour la renonciation à la clause de non-concurrence, l'employeur doit renoncer à celle-ci au moment du licenciement. A défaut, il ne sera pas libéré du versement de la contrepartie financière. (cass. soc. 13 juill. 2010, n° 09-41.626)

En cas de dispense de préavis, la clause de non-concurrence joue dès le départ effectif du salarié de l'entreprise. Ce dernier peut donc prétendre au versement de l'indemnité compensatrice de préavis à compter du jour où il cesse de venir travailler. (cass. soc. 11 oct. 2006, n° 05-43.909)

Ainsi, l'employeur qui souhaite renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence doit le faire au plus tard à la date du départ effectif du salarié de l'entreprise s'il dispense celui-ci de l'exécution de son préavis et ce, nonobstant stipulations ou dispositions contraires. (Cass. soc. 13 mars 2013, n°11-21.150)

- L'employeur qui **dispense** le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend **renoncer à l'exécution** de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant les stipulations ou dispositions contraires. Dès lors, la cour d'appel constatant que la clause avait été levée après le départ du salarié ne peut pas débouter ce dernier de sa demande en paiement de la contrepartie financière de la clause. **Cass. soc. 24-5-2018 n° 16-24.616 F-D). Dispense de la clause de non-concurrence**

Les dispositions propres à la computation des délais de procédure ne s'appliquent pas au calcul du délai de renonciation de la clause de non-concurrence. Il en résulte que le délai de renonciation qui expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié chômé, n'est pas prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Ce délai s'impute de date à date sans qu'il y ait lieu d'en déduire les samedis, dimanches et jours fériés.

Lorsque la renonciation intervient hors délai, l'employeur est, en principe, redevable de la contrepartie financière dans sa totalité. (cass. soc. 15 mars 2006, n° 03-43.102)

Le salarié n'est pas tenu d'invoquer un préjudice. (cass. soc. 27 mars 2008, n° 07-40.195)

En revanche, si le salarié ne respecte la clause que pendant une période limitée, la contrepartie financière n'est due que pour la période pendant laquelle le salarié a respecté cette clause.

Ainsi, en cas d'embauche ultérieure du salarié chez un concurrent, celui-ci n'a droit au paiement de la contrepartie que pour la période allant de la rupture de son contrat à la date de son embauche chez son nouvel employeur. (cass. soc. 13 sept. 2005, n° 02-46.795)

3- Manifestation claire et non équivoque

La renonciation ne peut produire effet que si elle intervient dans les formes prescrites par les dispositions conventionnelles ou contractuelles.

Les conventions collectives disposent généralement que la renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence doit être faite par écrit (lettre recommandée avec avis de réception, ou lettre remise en mains propres contre décharge).

Dans le silence de la convention, l'employeur a également intérêt à notifier la renonciation par écrit, pour que cette décision et sa date soient incontestables.

Lorsque le contrat de travail impose l'accord des deux parties pour renoncer à l'application de la clause de non-concurrence, le seul envoi de l'employeur d'une lettre annonçant sa renonciation ne suffit pas.

Dans un tel cas, la renonciation ne commence à s'appliquer qu'à la date de la lettre d'acceptation par le salarié de cette renonciation. L'employeur est tenu au paiement de l'indemnité compensatrice de non-concurrence jusqu'à cette date. (cass. soc. 6 mai 1998, n° 96-40.234)

La renonciation à un droit ne se présume pas. Par conséquent, la renonciation à la clause de non-concurrence ne peut résulter que d'actes manifestant une volonté claire et sans équivoque de l'employeur. (cass. soc. 12 juill. 1989, n°86-41.668)

Pour être valable, la renonciation doit être notifiée individuellement à chaque salarié. Ainsi, l'employeur ne peut pas insérer dans son plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) une clause qui délie l'ensemble des salariés licenciés pour motif économique de leur obligation de non-concurrence. (cass. soc. 21 oct. 2009, n° 08-40.828)

MERCI A TOUS POUR VOTRE PRESENCE ET VOTRE ATTENTION.



Nathalie KOULMANN | Avocat Associé

TALLIANCE AVOCATS

Siège social : 57 Promenade des Anglais - 06048 NICE CEDEX 1 (France)

Tél : [04 93 44 30 50](tel:0493443050) | Fax : [04 93 86 32 87](tel:0493863287) Port : [06 28 35 09 45](tel:0628350945)

nkoulmann@talliance-avocats.fr

www.talliance-avocats.fr