



DROIT SOCIAL

FASCICULE DE COURS

A. Serre

NB : Les thèmes évoqués ci-après n'ont pas vocation à l'exhaustivité (ne sont pas évoqués les salariés protégés...). Ils sont dictés notamment par l'actualité ou encore parce qu'ils sont parfois peu évoqués dans les manuels. La lecture d'un manuel (à jour des ordonnances du 22 septembre 2017) est indispensable (exemple J. E. RAY Droit du travail, Droit Vivant ; F. Duquesne, Droit du travail...) voir encore des ouvrages spécialisés sur les ordonnances Macron (F. Taquet, Le droit du travail après les ordonnances Macron, éd. GERESO, Liaisons sociales, les Thématiques, Ordonnances Macron...). La lecture de manuels de référence en droit du travail est également recommandée (Précis Dalloz, ouvrage d'Antoine Mazeaud, de Pierre-Yves Verkindt ...) En cela, les thèmes évoqués ci-après doivent être complémentaires de la lecture d'un manuel et de la lecture d'articles récents.

Les thèmes abordés sont les suivants :

Thème 1 : Les sources du droit du travail	4
Thème 2 : la période d'essai	6
Thème 3 : La promesse d'embauche	11
Thème 4 : Le recrutement du salarié	16
Thème 5 : Le contrat de travail	19
Thème 6 : Les contrats atypiques	20
Thème 7 : La convention de forfait en jours	30
Thème 8 : La modification du contrat	37
Thème 9 : Les clauses du contrat de travail	44
Thème 10 : Sur les chausse-trappes du licenciement et la procédure disciplinaire	49
Thème 11 : L'indemnité de licenciement	52
Thème 12 : Le licenciement sans cause réelle et sérieuse	55
Thème 13 : Le licenciement nul	77
Thème 14 : La lettre de licenciement	81
Thème 15 : Le licenciement pour inaptitude	86
Thème 16 : L'obligation de sécurité	93
Thème 17 : Le télétravail	99
Thème 18 : La démission	108
Thème 19 : Le licenciement économique	112
Thème 20 : La rupture conventionnelle	119
Thème 21 : La prise d'acte	125
Thème 22 : Le transfert d'entreprise	129
Thème 23 : La dénonciation d'un accord d'entreprise	138
Thème 24 : La validité de l'accord d'entreprise	143
Thème 25 : La grève	149
Thème 26 : Le CSE	154
Thème 27 : La faute inexcusable	162
Thème 28 : Le salarié détaché et les salariés applicables aux salariés transnationaux	168
Thème 29 : Accidents du travail et maladies professionnelles	184
Thème 30 : Régime général de sécurité sociale : Principes de base	213

Thème 1 : Les sources du droit du travail

NB : Quelques brèves observations sur ce thème.

Ne seront pas abordées les sources européennes et internationales.

Rappel : Certaines conventions de l'OIT sont d'application directe en droit interne (Cass. Soc. 29 mars 2006, s'alignant sur CE 19 oct. 2005). Voir également Cass. Soc. 26 mars 2013, la Chambre sociale censure une période d'essai d'un an au titre de la convention n°158 de l'OIT et de ses dispositions impératives sur la « durée raisonnable » de l'essai.

L'usage et sa dénonciation seront évoqués infra.

Il sera insisté uniquement sur la nouvelle architecture conventionnelle, issue de la réforme du 22 septembre 2017, thème d'une brûlante actualité.

Ordre public absolu : Comparable à un « feu rouge » selon J. E. RAY. Il reste marginal. Il n'est pas possible d'y déroger ni dans un sens favorable, ni dans un sens défavorable (exemple : compétence des conseils de prud'hommes, de l'inspecteur du travail...). Idem seuil de 10% pour les élections professionnelles fixé par la loi du 20 août 2008.

Ordre public social : La source inférieure doit être plus favorable au salarié que la norme supérieure (exemple du SMIC, les normes inférieures doivent prévoir des minima salariaux égaux ou supérieurs). Arrêt fondateur : CE 22 mars 1973, mais pas de valeur constitutionnelle (CC 20 mars 1997).

Ordre public en régression. Seul le contrat de travail reste entièrement soumis à l'ordre public social. De même, que les 13 matières relevant exclusivement de la convention de branche depuis l'ordonnance n°1 du 22 septembre 2017 (art. L 2253-1 du Code du travail : salaires minima, classifications, renouvellement de la période d'essai ou du CDD...). Sur ces 13 sujets, les stipulations de la convention de branche prévalent sur l'accord d'entreprise conclu antérieurement ou postérieurement, « *sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes* ».

La négociation collective dérogatoire (instaurée par les lois de 1982 et 2004).

Application du principe de proximité. La loi du 20 août 2008 avait déjà retenu le principe de primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord d'entreprise dans trois domaines relevant de la durée du travail.

La loi du 8 août 2016 en a fait le principe avec une dizaine de thèmes relatifs au temps de travail et temps, de repos, chaque article étant composé de trois paragraphes :

- 1) Ordre public (auquel il n'est pas possible de déroger in pejus)

- 2) Champ de la négociation collective (ouvert à la négociation collective, exemple un accord d'entreprise peut prévoir un taux de majoration des heures supplémentaires de celui figurant dans la loi dans la limite de 10% ((art. L 3121-33 du Code du travail).
- 3) Dispositions supplétives (fixées par la loi), « *A défaut d'accord...* ».

Les ordonnances du 22 septembre 2017 définissent trois blocs.

Bloc 1 : le nouvel ordre public conventionnel (ou « professionnel » car lié à un secteur économique)

Suprématie de la branche. Article L 2253-1, la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés dans 13 matières suivantes (salaires minima, classifications, mutualisation des fonds de financement du paritarisme, mutualisation des fonds de la formation professionnelle, garanties collectives complémentaires, mesures relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires, mesures relatives aux CDD et aux contrats de travail de travail temporaires, mesures relatives au CDI de chantier, égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, conditions et durées de renouvellement de la période d'essai, modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre les deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L 1224-1 ne sont pas réunies, les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice, la rémunération minimale du salarié porté ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire).

Autorité relative de la branche puisque dans ces 13 domaines, « les stipulations de la convention de branche prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche... sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes ». Des « garanties » pas forcément des « droits », qui sont « au moins équivalentes » pas équivalentes tout court.

Bloc 2 : La branche conserve sa supériorité (article L 2253-2)

La branche conserve sa supériorité seulement si elle le dit expressément :

- 1) Prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ;
- 2) L'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travaux handicapés ;
- 3) L'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical ;
- 4) Les primes pour les travaux dangereux ou insalubres.

Bloc 3 : Primauté de l'accord d'entreprise et supplétivité de la convention de branche (art. L 2253-3).

En dehors des thèmes limitativement énumérés supra, les stipulations de la convention d'entreprise prévalent sur celles ayant le même objet prévu par la convention de branche.

Thème 2 : La Période d'essai

NB : Thème qui soulève des questions fréquentes, retouché à la marge par les ordonnances du 22 septembre 2017.

I. Définition de l'essai

Article L 1221-20 du Code du travail, « *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* ».

L'essai ne peut être rompu par l'employeur que pour des motifs inhérents à la personne du salarié.

Attention pas de rupture de la période d'essai pour motif économique (« *rupture de la période d'essai du fait de la fermeture d'un hôtel pour absence de neige est abusive, car non inhérente à la personne du salarié* » (Cass. Soc. 15 déc. 2010, n°09-42.273 cf : également Cass. Soc. 15 déc. 2016, n°15-21.596).

Article L 1221-23 du Code du travail dispose « *La période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.* ».

Le principe et la durée de la période d'essai doivent figurer dans le contrat.

S'il n'y pas de contrat de travail écrit, il ne peut donc pas y avoir de période d'essai.

De même, le simple renvoi à la convention collective mentionnant une durée de période d'essai n'est pas non plus suffisant.

Attention : pas de licenciement en matière de période d'essai mais rupture de période d'essai.

- La période d'essai doit être distinguée de la période probatoire.

La période d'essai est donc notifiée en début de contrat, la période probatoire l'est en cours de contrat dans le cadre d'un changement de poste.

Concernant la période probatoire, « *en présence de deux contrats de travail successif entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le second contrat conclu à l'occasion d'un changement de fonctions du salarié ne peut être qu'une période probatoire, dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures* » (Cass. Soc. 30 mars 2005, n°03-41.797).

II. Durée de l'essai

La période d'essai ne se présume pas, elle doit donc être expressément stipulée dans le contrat de travail comme indiqué supra.

Le point de départ est le commencement de l'exécution du contrat (et non de la tâche). Ce point de départ ne peut pas être différé par les parties même pendant les premiers mois, le salarié n'est pas affecté au poste prévu dans son contrat de travail.

La date de la rupture de la période d'essai constitue le jour où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, donc le jour de l'envoi de la lettre notifiant la rupture.

La période d'essai servant à apprécier les compétences professionnelles du salarié, son absence justifiée (maladie...) reporte d'autant la fin de l'essai.

La fin de la période d'essai n'est donc pas celle qui était initialement mentionnée dans le contrat de travail. Dans ces conditions, la rupture ne sera pas considérée comme abusive.

Ainsi, la prise de congés payés en cours de période d'essai prolonge celle-ci d'autant (Cass. Soc. 31 janv. 2018, n°16-11.598).

Voir également, Cass. Soc. 11 septembre 2019, n°17-21.976 : La prise de jours de récupération du temps de travail par le salarié prolonge la période d'essai, sans que cette prolongation soit limitée aux jours ouvrables inclus dans la période de suspension du contrat.

L'article L 1221-19 du Code du travail mentionne un maximum de durée de période d'essai pour chaque catégorie professionnelle :

« le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est deux mois pour les ouvriers et les employés ; pour les agents de maîtrise et les techniciens de trois mois ; pour les cadres de quatre mois ».

Cette durée maximale est celle qui est appliquée dans la très grande majorité des cas (la Cour de cassation avait pu juger « déraisonnable » une période d'essai d'une durée de 12 mois sur le fondement de l'article 158 de la convention de l'OIT, Cass. Soc 4 juin 2009, n°08-41.359).

➤ Concernant le renouvellement de la période d'essai, il doit :

- avoir été prévu expressément dans le contrat de travail (L 1221-23 du Code du travail) ;

- avoir été prévu par un accord de branche étendu (art. L 1221-21 du Code du travail). Cet accord fixe les conditions et les durées de ce renouvellement dans le respect des durées maximales citées. ci-après.

- le renouvellement de la période d'essai doit être proposé et accepté par le salarié avant la fin de la période d'essai initiale. Son accord exprès doit donc être obtenu.

Attention : la seule signature du salarié sur la lettre remise en main propre prolongeant la période d'essai ne vaut pas accord du salarié à son renouvellement (Cass. Soc. 8 juill. 2015, n°14-11.762).

En revanche, l'apposition par le salarié de sa signature et de la mention « lu et approuvé » sur la lettre notifiant le renouvellement de sa période d'essai vaut accord excès de sa part à ce renouvellement (Cass. Soc. 21 janv. 2015, n°13-23.018).

Un seul renouvellement était autorisé par accord de branche étendu conformément à l'article L 1221-21 du Code du travail et étendu par le Ministre du Travail.

En l'absence d'un tel accord un renouvellement était donc illicite :

« La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement.

La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser :

1° Quatre mois pour les ouvriers et employés ;

2° Six mois pour les agents de maîtrise et techniciens ;

3° Huit mois pour les cadres. »

Avec l'article L 2253-1 du Code du travail (10°), l'ordonnance du 22 septembre 2017 a autorisé les conventions de branche et elles seules à prévoir des stipulations différentes pour « les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai », notamment de prévoir deux renouvellements.

Toutefois, il conviendra de veiller à ce que la durée totale de cette période d'essai ne heurte pas les dispositions de la convention n°158 de l'OIT, une convention de branche prévoyant trois renouvellements de trois mois serait jugée excessive au regard de la jurisprudence précitée (Cass. Soc. 4 juin 2009).

III. Rupture de l'essai

Elle ne constitue ni une démission ni un licenciement.

La contestation judiciaire survient principalement dans trois hypothèses :

- Contestation du motif de la rupture par le salarié. Cette hypothèse est rare en pratique au regard de sa faible et des faibles gains qu'il est susceptible d'obtenir

Le motif invoqué par l'employeur doit toutefois reposer sur des faits établis de manière irréfutable. Tel n'est pas le cas lorsque la rupture est fondée sur de simples soupçons d'un vol dont l'auteur n'est pas identifié (Cass. Soc. 23 nov. 2005, n°03-46.668).

- mise en œuvre de la rupture qui est abusive (« *si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus* », rupture faisant à une réclamation du salarié au sujet de sa rémunération (Cass. Soc. 10 déc. 2008, n°007-42.445) ; période d'essai avait été détournée de son objet et avait servi à pouvoir un poste provisoire, ce que l'employeur savait dès l'origine (Cass. Soc. 31 oct. 2007, n°06-44.029) ou encore lorsque l'essai est rompu en raison d'un refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail ce qui est son droit le plus strict.

Attention également à la rupture trop rapide de la période d'essai. Il convient en effet de laisser un minimum de temps au salarié pour permettre d'apprécier les compétences professionnelles du salarié. A défaut, on peut douter que les raisons de la rupture soient liées à sa valeur professionnelle qui n'a pu être réellement appréciée. Une rupture dans ces conditions est abusive et l'employeur se verra reprocher d'avoir agi avec une légèreté blâmable. Peut également constituer un abus de droit le fait pour un employeur de rompre une période d'essai d'une durée d'un mois au bout de deux jours (Cass. Soc. 11 janv. 2012, n°10-14.868, les juges ont alloué 8.000 € à un agent de sécurité pour deux jours de travail !).

- hypothèse également où le salarié conteste la rupture de sa période d'essai alors qu'aucune période d'essai n'a été prévue dans son contrat de travail. Condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse mais gain limité pour le salarié (1 mois maximum de dommages-intérêts au titre de l'article L 1235-3 du Code du travail + une indemnité compensatrice de préavis + une indemnité de licenciement si le salarié dispose de plus de 8 mois d'ancienneté (art. L 1234-9 du Code du travail).

Délai de Prévenance : L'article L 1221-25 du Code du travail prévoit un délai de prévenance la rupture de la période d'essai selon les modalités suivantes :

« 1° Vingt-quatre heures en deçà de huit jours de présence ;

2° Quarante-huit heures entre huit jours et un mois de présence ;

3° Deux semaines après un mois de présence ;

4° Un mois après trois mois de présence. »

Délai de prévenance de 48 heures pour le salarié, ramené à 24 heures si la durée dans l'entreprise est inférieure à 8 jours (L 1221-26 du Code du travail).

Attention : « *la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance* » (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 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).

Rien n'interdit toutefois à l'employeur de notifier la rupture de la période d'essai alors que le délai de prévenance ne sera pas expiré au terme de cette dernière, mais pour autant que le salarié soit dispensé de travailler au-delà de cette date (Cass. Soc. 16 sept. 2015, n°14-16.713).

Lorsque le délai de prévenance d'une rupture de la période d'essai n'est pas 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 expiration du délai de prévenance, indemnité compensatrice de congés payés comprise (art L 1221-25 du Code du travail alinéa qui entérine la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. Soc. 23 janvier 2013 n°11623.428).

- En cas de faute disciplinaire invoquée par l'employeur, il doit impérativement respecter la procédure disciplinaire (convocation + entretien + notification motivée de la rupture), mais pas la procédure de licenciement.

La procédure relative aux salariés protégés doit également être respectée si le salarié bénéficie d'un statut protecteur exceptionnel et exorbitant de du droit commun (rare en pratique).

Dans cette hypothèse, la rupture ne pourra intervenir qu'après autorisation expresse de l'inspecteur du travail, qui examinera notamment si elle n'est pas discriminatoire.

- Toute rupture d'essai fondée sur l'un des cas de discrimination énoncés à l'article L 1132-1 du Code du travail (notamment grossesse ou maladie...) est discriminatoire.

Cet article est applicable à la rupture de la période d'essai comme a pu le juger la Cour de cassation (Cass. Soc. 16 fév. 2005, n°02-43.402).

La sanction est lourde puisque la nullité de la rupture de la période d'essai peut être retenue, à savoir réintégration (rare en pratique) ou indemnisation modifiée par l'ordonnance du 22 septembre 2017.

Le délai de prescription comme pour toute rupture est de 12 mois (article L 1471-1 du Code du travail), depuis les ordonnances du 22 septembre 2017.

Thème n°3 : La promesse d'embauche

NB : Thème évoqué puisqu'il comporte une actualité importante avec le revirement de jurisprudence de septembre dernier évoqué infra et dans le fascicule d'actualité (Cass. soc., 21 sept. 2017, no 16-20.103).

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, change de nature pour devenir une promesse d'embauche créatrice de droits et de devoirs.

La distinction entre l'offre d'emploi et la promesse unilatérale du contrat de travail doit se faire à la lumière des articles 1113 à 1124 du Code civil, tels qu'ils résultent de l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016. Ces dispositions anéantissent la jurisprudence antérieure qui peut malgré tout servir encore à déterminer les « éléments essentiels » du contrat promis.

a) Principes du Code civil s'appliquant à la promesse d'embauche

Les articles du Code civil qui intéressent la promesse d'embauche sont les suivants :

— C. civ., art. 1113 : « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.

« Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur » ;

— C. civ., art. 1114 : « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation » ;

— C. civ., art. 1115 : « Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire » ;

— civ., art. 1116 : « Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

« La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

« Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat » ;

— C. civ., art. 1117 : « L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable.

« Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur » ;

— C. civ., art. 1118 : « L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre.

« Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation.

« L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle » ;

— C. civ., art. 1120 : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières » ;

— C. civ., art. 1121 : « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue » ;

— C. civ., art. 1122 : « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement » ;

— C. civ., art. 1124 : « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

« Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

Les neuf premiers articles cités font partie de la sous-section 1 du chapitre « Formation du contrat ». Cette section est intitulée « L'offre et l'acceptation ». Le dernier figure dans la sous-section 2, « Le pacte de préférence et la promesse unilatérale ».

b) Conséquences de ces principes

1. Abandon de l'ancienne jurisprudence

Après avoir tâtonné, la Cour de cassation a progressivement abandonné la thèse selon laquelle la promesse d'embauche était un avant-contrat dont la rupture fautive par l'employeur ouvrait droit à des dommages-intérêts (premier arrêt, Cass. soc., 17 mars 1971, no 70-40.062, dernier arrêt ; Cass. soc., 12 mai 2003, no 01-42.068). Elle avait par la suite décidé que cette dernière était assimilée à un contrat de travail dès son émission, à condition que la proposition écrite soit suffisamment précise : indication du poste de travail proposé, du salaire, du lieu de travail et de la date d'entrée en fonction (Cass. soc., 15 mars 2010, no 08-42.951). Même si l'élément de rémunération faisait défaut, la promesse d'embauche valant contrat de travail était constituée (Cass. soc., 21 sept. 2005, no 03-45.312). En bref, il suffisait que les éléments essentiels du contrat figurent dans le document pour qu'il soit assimilé à un contrat de travail.

Cette jurisprudence ne peut plus perdurer, puisque l'offre, telle qu'elle est définie par l'article 1113 du Code civil, comprend les éléments essentiels du futur contrat. Or, la rétractation de l'offre avant l'expiration, soit du délai fixé par son auteur (l'employeur), soit dans un délai raisonnable, « empêche la conclusion du contrat » (C. civ., art. 1116) et se solde par l'engagement de sa responsabilité extracontractuelle (même article). On en revient donc à la conception de l'avant contrat.

La Cour de cassation s'est donc résolue à rectifier sa jurisprudence : « Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ; ... » (Cass. soc., 21 sept. 2017, no 16-20.103).

2. Critères de distinction entre l'offre d'emploi et la promesse unilatérale de contrat de travail

L'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime sa volonté d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.

Tant que les éléments essentiels du contrat ne sont pas précisés et tant que l'intention de l'employeur de s'engager si le salarié consent, il n'y a pas d'offre d'emploi mais simplement une invitation à entrer en négociation (C. civ., art. 1114).

La rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par l'employeur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur.

Reste la possibilité pour le salarié de faire reconnaître une promesse unilatérale de contrat de travail, conformément à l'article 1124 du Code civil.

Il y faut deux éléments :

— les éléments essentiels du contrat qui, selon la doctrine dégagée pour la modification du contrat de travail, sont le poste proposé et le salaire auxquels, s'agissant d'une promesse d'embauche, on peut ajouter la date d'entrée en fonctions (Cass. soc., 13 mars 1974, no 72-40.796 ; Cass. soc., 21 mars 2017, précité) ;

— « le droit d'opter pour la conclusion du contrat » en lui laissant un délai de réponse. La révocation, par l'employeur, de la proposition pendant le délai de réponse imparti au salarié « n'empêche pas la formation du contrat promis ».

Moyennant la réunion de ces deux conditions, la promesse unilatérale vaut contrat de travail.

Par conséquent, l'existence d'un délai de réponse ne suffit pas à caractériser la promesse unilatérale de contrat de travail, puisque la fixation d'un délai est une possibilité reconnue à l'auteur de l'offre d'emploi par l'article 1116 du Code civil. Il sera donc facile aux employeurs de se placer dans la situation de la simple offre d'emploi. Seuls les candidats en position de force pourront exiger une promesse unilatérale de contrat en demandant à leur futur employeur soit d'inscrire sur le document « Promesse unilatérale de contrat », soit d'employer les termes « *vous avez le droit d'opter pour la conclusion du contrat* »

3. Acceptation du salarié

Dès que le salarié a accepté l'offre, le contrat est formé, même si l'entrée en fonction est différée (C. civ., art. 1113).

a) Rétractation d'une offre d'emploi

La rétractation d'une offre d'emploi, avant que le salarié n'ait répondu et avant qu'elle ne soit atteinte de caducité, permet d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'employeur, c'est-à-dire qu'elle ouvre droit, pour le salarié, à des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi.

Ces dommages-intérêts ne sont ni soumis à un plancher, ni plafonnés.

L'offre est caduque à l'expiration du délai éventuellement fixé par l'employeur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable (C. civ., art. 1117).

b) Rétractation d'une promesse unilatérale de contrat de travail

1. Promesse de contrat à durée indéterminée

La rupture d'une promesse unilatérale de contrat de travail équivaut à un licenciement (Cass. soc., 2 févr. 1999, no 95-45.331). Le salarié peut prétendre au paiement d'une indemnité de préavis (Cass. soc., 4 déc. 2001, no 99-43.324).

Le plus souvent, l'indemnité de licenciement n'a pas lieu d'être, puisque le salarié n'a pas l'ancienneté requise pour en bénéficier (pour mémoire, l'ancienneté a été abaissée à 8 mois pour en bénéficier depuis les ordonnances du 22 septembre 2017). Mais il n'en est pas toujours ainsi. En effet, dans l'arrêt du 2 février 1999, la société s'était engagée à reprendre l'ancienneté totale du salarié dans la profession du BTP, soit 27 ans (Cass. soc., 2 févr. 1999, précité).

À l'époque où elle estimait que la promesse d'embauche valait contrat de travail, la Cour de cassation avait estimé qu'il s'agissait non seulement d'un licenciement, mais également d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 15 déc. 2010, no 08-42.951).

À la lumière de l'ordonnance no 2017-1387 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, il sera peut-être possible d'éviter la condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en motivant convenablement la rétractation de la promesse unilatérale.

Si tel n'est pas le cas, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse sera évaluée en fonction du préjudice subi et plafonnée à un mois de salaire brut (C. trav., art. L. 1235-3).

Comme on le constate, le montant sera limité et n'incitera pas le salarié en cas de violation à agir devant le Conseil de prud'hommes.

2. Promesse de contrat à durée déterminée

La Cour de cassation considère que la rupture d'un CDD par l'employeur, avant tout commencement d'exécution, est régie par les règles de l' article L. 1243-1 du Code du travail . Le salarié est donc en droit d'obtenir le paiement de dommages-intérêts pour rupture anticipée de son contrat (Cass. soc., 12 mars 2002, no 99-44.222, Bull. civ. V, no 86 ; Cass. soc., 26 sept. 2002, no 00-42.581, Bull. civ. V, no 281). La Haute Juridiction souligne en effet que l'employeur qui, faute de commencement d'exécution du contrat, n'a pas été en mesure d'apprécier les qualités professionnelles du salarié, ne peut pas se prévaloir d'une rupture en cours de période d'essai (Cass. soc., 16 oct. 2002, no 00-46.378).

En revanche, la promesse d'embauche ne fait pas obstacle à ce que le contrat, en l'espèce un CDD, prévoie une période d'essai. Même si la promesse d'embauche n'en faisait pas mention, les tribunaux font prévaloir le contrat de travail définitif (Cass. soc., 12 juin 2014, no 13.14-258).

c) Rétractation d'un contrat formé avant l'entrée en fonctions

Les effets de la rétractation sont les mêmes que ceux d'une rétractation de promesse unilatérale de contrat.

a) Rétractation d'une offre d'emploi

La rétractation d'une offre d'emploi, avant que le salarié n'ait répondu et avant qu'elle ne soit atteinte de caducité, engage la responsabilité extracontractuelle de l'employeur, c'est-à-dire qu'elle ouvre droit, pour le salarié, à des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi.

Ces dommages-intérêts ne sont ni soumis à un plancher, ni plafonnés.

L'offre est caduque à l'expiration du délai éventuellement fixé par l'employeur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable (C. civ., art. 1117).

b) Rétractation d'une promesse unilatérale de contrat de travail

1. Promesse de contrat à durée indéterminée

La rupture d'une promesse unilatérale de contrat de travail équivaut à un licenciement (Cass. soc., 2 févr. 1999, no 95-45.331). Le salarié peut prétendre au paiement d'une indemnité de préavis (Cass. soc., 4 déc. 2001, no 99-43.324).

Remarques : Le plus souvent, l'indemnité de licenciement n'a pas lieu d'être, puisque le salarié n'a pas l'ancienneté requise pour en bénéficier. Mais ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, dans l'arrêt du 2 février 1999, la société s'était engagée à reprendre l'ancienneté totale du salarié dans la profession du BTP, soit 27 ans (Cass. soc., 2 févr. 1999, précité).

À l'époque où elle estimait que la promesse d'embauche valait contrat de travail, la Cour de cassation avait estimé qu'il s'agissait non seulement d'un licenciement, mais également d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 15 déc. 2010, no 08-42.951).

Remarques : À la lumière de l'ordonnance no 2017-1387 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, il sera peut-être possible d'éviter la condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en motivant convenablement la rétractation de la promesse unilatérale.

Si tel n'est pas le cas, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse sera évaluée en fonction du préjudice subi et plafonnée à un mois de salaire brut (C. trav., art. L. 1235-3).

2. Promesse de contrat à durée déterminée

La Cour de cassation considère que la rupture d'un CDD par l'employeur, avant tout commencement d'exécution, est régie par les règles de l'article L. 1243-1 du Code du travail . Le salarié est donc en droit d'obtenir le paiement de dommages-intérêts pour rupture anticipée de son contrat (Cass. soc., 12 mars 2002, no 99-44.222, Bull. civ. V, no 86 ; Cass. soc., 26 sept. 2002, no 00-42.581, Bull. civ. V, no 281). La Haute Juridiction souligne en effet que l'employeur qui, faute

de commencement d'exécution du contrat, n'a pas été en mesure d'apprécier les qualités professionnelles du salarié, ne peut pas se prévaloir d'une rupture en cours de période d'essai (Cass. soc., 16 oct. 2002, no 00-46.378).

En revanche, la promesse d'embauche ne fait pas obstacle à ce que le contrat, en l'espèce un CDD, prévoie une période d'essai. Même si la promesse d'embauche n'en faisait pas mention, les tribunaux font prévaloir le contrat de travail définitif (Cass. soc., 12 juin 2014, no 13.14-258).

c) Rétractation d'un contrat formé avant l'entrée en fonctions

Les effets de la rétractation sont les mêmes que ceux d'une rétractation de promesse unilatérale de contrat.

Le litige né de la non-exécution d'une promesse d'embauche est de la compétence de la juridiction prud'homale (Cass. soc., 9 oct. 1968, no 67-40.370, Bull. civ. V, p. 351). Ainsi, s'agissant d'un employeur qui avait conclu avec l'ANPE (ex : Pôle-Emploi) une convention de stage d'accès à l'entreprise, et qui s'était engagé à embaucher le stagiaire s'il atteignait le niveau requis, la Cour de cassation a retenu que le différend suscité par la méconnaissance de cette promesse d'embauche était relatif à la formation d'un contrat de travail. Dès lors, il relevait de la compétence du conseil de prud'hommes (Cass. soc., 5 avr. 2005, no 02-45.636, Bull. civ. V, no 123).

Thème n°4 : Le recrutement du salarié

NB : Thème qui soulève régulièrement des questions dans les cas pratiques concernant l'application de l'article L 1222-6 du Code du travail et les questions qui peuvent être posées par l'employeur lors du recrutement.

L'entretien d'embauche a pour objet d'évaluer l'aptitude du salarié à occuper l'emploi proposé. Par conséquent, les questions posées doivent avoir un lien direct et nécessaire avec cet emploi. Le salarié n'a pas à répondre à des questions portant sur sa vie privée, telles notamment la profession de son conjoint, ses loisirs..., même si en pratique il sera difficile de prouver qu'une telle question a été posée... La non réponse à une telle question, bien que la demande soit illégale, pourrait également être mal perçue par le recruteur...

Information du salarié des techniques de recrutement utilisées. Le salarié doit être informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aides au recrutement utilisées (tests, graphologie, etc.), étant précisé que celles-ci doivent être pertinentes par rapport aux moyens poursuivis. Le recours à des méthodes reposant sur la numérologie, l'astrologie ou la morphopsychologie pourrait, à ce titre, être contesté par un candidat faute pour ces pratiques d'être validées scientifiquement.

Remarque : les résultats obtenus doivent rester confidentiels et être portés à la connaissance du candidat s'il en émet le souhait (Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993 ; Délib. Cnil n° 02-017, 21 mars 2002).

Par ailleurs, aucune information concernant personnellement le candidat ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance.

Exemple :

il n'est pas possible d'enregistrer ou de filmer un candidat à son insu.

La loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, JO 7 janv.) impose à l'employeur, en matière de questionnaire d'embauche, d'informer le candidat du caractère obligatoire ou facultatif des réponses, des conséquences d'un défaut de réponse, des personnes physiques ou morales destinataires des informations et de l'existence d'un droit d'accès et de rectification.

ATTENTION : l'employeur doit informer le comité social et économique des techniques de recrutement préalablement à leur utilisation (C. trav., art. L. 2312-38).

Informations demandées au candidat. Les informations demandées doivent avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles et le salarié doit y répondre de bonne foi. Toutes les questions posées doivent donc permettre d'apprécier la compétence du candidat, ses facultés d'adaptation, ses potentialités à évoluer, les éléments de sa personnalité en rapport avec les exigences du poste (goût du travail en équipe, autonomie, sens des responsabilités, etc.). L'employeur peut ainsi poser des questions concernant :

- – la formation, les diplômes (une photocopie peut être demandée), les notes obtenues. En revanche, il ne peut demander le dossier scolaire du candidat car il comporte des appréciations personnelles ;
- – les antécédents professionnels (il peut demander les certificats de travail) ;
- – l'existence d'une clause de non-concurrence.

Remarque : la vie privée ne concerne pas l'employeur. Le salarié n'a donc pas à répondre (voire n'est pas tenu de dire la vérité) à des questions portant sur son état de santé, la profession de ses parents, de son conjoint, un état de grossesse, ses loisirs, etc.

CV mensonger et action de l'employeur. L'employeur peut être tenté de demander la nullité du contrat de travail pour dol (C. civ., art. 1130 ; C. civ., art. 1131). Le dol consiste à recourir à des manœuvres frauduleuses afin d'amener l'un des contractants à s'engager. Mais le dol n'est pas facilement retenu par la jurisprudence. En effet, il convient de :

- – prouver l'existence d'une manœuvre frauduleuse du salarié : la plupart du temps il s'agit d'allégations mensongères sur la formation, les diplômes, l'expérience ;
- – mais surtout, démontrer que l'employeur n'aurait pas embauché le salarié sans ces manœuvres. Le seul fait de présenter son CV sous un jour flatteur en usant de mentions imprécises ou susceptibles d'une interprétation erronée n'est pas, selon la Cour de cassation, une manœuvre frauduleuse permettant d'annuler le contrat.

Exemple :

une salariée avait été engagée comme responsable d'un centre d'étude de langue dans un organisme de formation. Dans son CV, figurait la mention suivante : « 1993 : assistance de la responsable de formation de Renault dans le service formation linguistique ». Or l'intéressée n'avait eu, en fait, qu'une expérience de quatre mois dans le cadre d'un stage. Selon les juges, la mention litigieuse était, certes, imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, mais elle n'était pas constitutive d'une manœuvre frauduleuse (Cass. soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565). Concrètement, il n'y avait pas réellement mensonge : la salariée avait bien eu une expérience professionnelle chez Renault.

Si les allégations du candidat sont mensongères et ont joué un rôle déterminant dans l'embauche, le contrat de travail peut être annulé.

Exemple :

afin de se faire embaucher dans une école privée, un candidat avait prétendu avoir suivi une formation dans une école de commerce et être titulaire d'un DESS obtenu à Dauphine. Ces fausses affirmations ayant joué un rôle déterminant dans le recrutement, le contrat de travail a été annulé. Par ailleurs, le salarié a été condamné à verser des dommages et intérêts à l'employeur, car l'histoire avait été rapportée dans la presse et avait causé un préjudice à l'école (Cass. soc., 17 oct. 1995, n° 94-41.239).

À l'inverse, s'il n'apparaît pas que la manœuvre du salarié a été déterminante dans le choix du candidat, la nullité du contrat de travail ne sera pas prononcée.

Exemple :

le fait que la lettre de motivation d'un candidat soumise à analyse graphologique ait été rédigée par sa femme n'a pas permis d'annuler le contrat de travail. Il aurait fallu rapporter la preuve que, si la lettre avait été écrite par le mari, la société n'aurait pas embauché le salarié (Cass. soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615).

L'employeur peut aussi être tenté de licencier le salarié en raison de son manque de loyauté. Un tel licenciement ne sera toutefois justifié que s'il apparaît que la fausse affirmation du salarié a eu un rôle déterminant pour son recrutement ou alors que le salarié n'aurait pas les compétences nécessaires pour remplir ses fonctions.

Exemples :

c'est ce qui a été jugé pour une salariée qui avait donné des informations inexactes sur ses diplômes, ce dont l'employeur s'était rendu compte trois ans plus tard. Le licenciement pour faute était justifié, dans la mesure où la salariée n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles elle avait été embauchée (Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912).

La faute grave a également été retenue à l'encontre d'un salarié ayant menti, lors du recrutement, sur l'identité de son précédent employeur, cette prétendue expérience du salarié ayant été déterminante dans la décision de l'employeur de l'embaucher (Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.521).

A noter : tout candidat victime d'une mesure discriminatoire (race, apparence physique, âge, etc.) peut demander des dommages et intérêts. Il doit apporter au juge des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. L'employeur doit alors prouver que sa décision est

justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et c'est au juge qu'il revient de trancher (C. trav., art. L. 1134-1 ; C. trav., art. L. 1144-1).

Thème n°5 : le contrat de travail.

NB : Thème qui est connu de tous. Certains sujets dictés par l'actualité peuvent être proposés (cf : Uber, Deliveroo...), notamment des salariés qui disposent du statut d'auto-entrepreneur et qui réclament la requalification de leur contrat en contrat de travail.

Il convient donc de caractériser les trois conditions du contrat (à savoir, rémunération et prestation de travail (cf : arrêts Ile de la Tentation, Mister France, voir fascicule d'actualité) qui ne soulèvent aucune difficulté et surtout lien de subordination, cf : arrêt Société générale du 13 novembre 1996, « *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* »).

Principe d'indisponibilité de la qualification du contrat de travail.

Application du principe de réalité (cf arrêt du 19 déc. 2000, Labanne), « *existence d'une relation de travail subordonnée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* ».

Article L 8221-6, II « *L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci.* »

La technique de la requalification permet de faire bénéficier le travailleur de l'ensemble des garanties liées à l'état de santé du salarié : durée du travail, congés, droit du licenciement et régime protecteur de sécurité sociale.

Thème n°6 : Les contrats « atypiques »

NB : Thème qui soulève des questions récurrentes et qui est important en pratique.

Thème d'actualité avec un arrêt important qui avait été rendu le 14 février 2018, (n°16-17.966). Deux enseignements principaux peuvent être tirés de cet arrêt :

- le recours répété à des CDD de remplacement, avec le même salarié, ne doit plus automatiquement conduire le juge à conclure à la requalification en CDI. Il est tout à fait possible de procéder à des contrats successifs de remplacement, avec le même salarié, sans en déduire automatiquement que cette succession équivaut à pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente. Il est toutefois impératif comme indiqué supra de respecter le formalisme inhérent au CDD tel qu'évoqué supra, d'être en mesure de justifier du motif de recours de chaque CDD mais surtout d'être vigilant au garde-fou que constitue l'interdiction de "pouvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise".

- Les juges du fond sont invités à une nouvelle grille d'analyse par la Cour de cassation. Saisis d'une demande de requalification, ils doivent désormais procéder à une analyse plus précise des circonstances de la cause. Ils ne pourront désormais conclure à la requalification qu'à la condition de justifier, dans leur décision, des éléments leur ayant permis d'une part, d'écarter l'existence d'une cause objective de recours au CDD et d'autre part, de considérer que lesdits contrats avaient en réalité pour objet de répondre à un besoin structurel de main-d'œuvre et de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente.

Le CDI est le modèle de droit commun. Toutefois, le CDD représente 85% des embauches (même si 85% des salariés restent aujourd'hui sous CDI).

Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont voulu rendre plus souples le recours aux CDD et CTT, sur leurs durées et leurs renouvellements réservés aux conventions de branche.

I. Des cas de recours au travail précaire limités

Rappel : Quel que soit son motif, le CDD ne peut avoir pour objet ou pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (article L 1242-1 du Code du travail).

L'employeur ne peut donc recourir à un CDD pour « *faire face à un besoin structurel de main d'œuvre* ».

L'article L 1242-2 du Code du travail a fixé une liste limitative de cas de recours, chaque contrat ne pouvant viser qu'un seul motif de recours (« un motif = un contrat ») dont la réalité et la légitimité devront le cas échéant être prouvées par l'employeur.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 n'a pas modifié ces cas de recours.

- 1) Remplacement d'une personne absente nommément désignée. Le recours à un seul CDD pour remplacer plusieurs salariés absents est illégal (Cass. Soc. 9 juin 2017). Limite du caractère durable et permanent (cf : arrêt du 14 février 2018 précité).
Attention, il est impératif de mentionner la qualification du salarié remplacé (Le 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, Cass. Soc. 7 mars 2018, n°16-18.914).
 - 2) Variations d'activité. Commande exceptionnelle à l'exportation, travaux urgents de sécurité, mais surtout accroissement temporaire d'activité, pas nécessaire que ce motif présente un caractère exceptionnel, ni que le salarié recruté soit affecté à la réalisation même des tâches justifiant l'accroissement d'activité.
 - 3) Le contrat saisonnier, définition issue de la loi du 8 août 2016, « *emplois dont les tâches sont appelées à se répéter chaque année selon une périodicité fixe en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs* ». N'a pas de caractère saisonnier, le contrat dont « *la fabrication et la commercialisation d'une gamme d'articles de camping, en relation directe avec le tourisme, qui se concentre sur les six premiers mois de l'année, alors que l'entreprise commercialise une grande diversité de produits en toute saison* » (Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-42.776). Aucune limite au-delà de laquelle s'instaurerait une relation de travail à durée déterminée.
 - 4) Emplois pour lesquels il est d'usage de ne pas recourir au CDI dans certains secteurs d'activité (hôtellerie, spectacles...). Liste fixée par décret (art. D 1242-1 du Code du travail) qui peut être modifiée par accord collectif étendu. Le juge saisi d'une éventuelle demande de requalification en CDI doit rechercher : 1) si l'usage existe dans tout le secteur d'activité 2°) si cet usage de ne pas recourir au CDI s'applique à l'emploi litigieux qui ne doit pas être lié à l'activité permanente de l'entreprise. Mais le recours au contrat d'usage ne dispense pas l'employeur d'établir un contrat écrit comportant la définition précise du motif (Cass. Soc. 15 mars 2017).
 - 5) Incitations publiques à l'embauche. Il s'agit des contrats d'insertion des jeunes ou des seniors ou de la réinsertion des chômeurs ou encore les « contrats seniors ».
- Tous les contrats précaires doivent être conclus par écrit et transmis dans les deux jours ouvrables de l'embauche pour signature du salarié en mentionnant l'objet précis du recours, et le cas échéant, le nom et la qualification de la personne remplacée (art. L 1242-13 du Code du travail pour les CDD et

A défaut d'écrit remis dans les délais, la requalification en CDI était acquise (cf : Cass. Soc. 13 mars 2013, n°11-28.687), sauf dans l'hypothèse où le salarié refuse volontairement de signer un CDD dans le délai de 48 heures (Cass. Soc. 31 janvier 2018, n°17-13.131).

La sanction était donc très lourde pour l'employeur.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 a modifié cette position.

Ne pas transmettre le CDD dans les deux jours de l'embauche n'entraînera plus requalification automatique, le salarié pouvant seulement obtenir une indemnité d'un mois de salaire maximum (art. L 1245-1 du Code du travail).

La transmission tardive n'entraîne donc plus, « à elle seule » la requalification du contrat en CDI.

En revanche, l'ordonnance ne dit pas si, pour obtenir cette indemnité, le salarié devra prouver son préjudice comme cela est désormais exigé par les juges dans le contentieux où il réclame des dommages-intérêts à son employeur en raison d'une irrégularité de procédure (cf : Cass. Soc. 13 avril 2016, n°14-28.293).

II. La durée du contrat à durée déterminée

La durée des CDD a été revue par les ordonnances du 22 septembre 2017.

Un accord de branche étendu peut fixer la durée totale du CDD ainsi que le nombre de ses renouvellements.

L'article L 1242-8 du Code du travail dispose que :

« Une convention ou un accord de branche étendu peut fixer la durée totale du contrat de travail à durée déterminée. Cette durée ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. »

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables au contrat de travail à durée déterminée conclu en application du 6° de l'article L. 1242-2 et de l'article L. 1242-3. »

- A défaut de convention de branche, la durée totale du CDD ne peut excéder 18 mois en tenant compte des renouvellements.

Rappel : Des CDD peuvent être conclus pour 9 mois maximum pour le contrat conclu dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI ou pour la réalisation des travaux urgents de sécurité (art. L 1242-8-1 du Code du travail).

24 mois maximum lorsque le CDD est exécuté à l'étranger ou conclu dans le cadre du départ définitif précédant la suppression de son poste de travail ou encore dans le cadre d'une commande exceptionnelle à l'exportation (art. L 1242-8-1 du Code du travail).

- Dans l'hypothèse du remplacement du salarié, lorsqu'aucune date de retour n'est prévisible, il peut être conclu un CDD à terme imprécis, sans durée maximale.

L'employeur devra impérativement mentionner une durée minimale et l'employeur devra rapporter la preuve de l'événement constitutif du terme (fin de l'arrêt de travail...).

En pratique, pour remplacer un salarié absent, l'employeur dispose de deux possibilités :

- Soit un contrat de date à date qui peut comporter certaines lourdeurs administratives ;
- Soit un CDD à terme imprécis si le CDD se prolonge ce qui constituer de prime abord une facilité mais peut soulever des difficultés si le salarié ne fait plus l'affaire.

- L'article L 1243-13 du Code du travail énonce :

« Une convention ou un accord de branche étendu peut fixer le nombre maximal de renouvellements possibles pour un contrat de travail à durée déterminée. Ce nombre ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. »

Les conditions de renouvellement sont stipulées dans le contrat ou font l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu.

Ces dispositions ne sont pas applicables au contrat de travail à durée déterminée conclu en application de l'article L. 1242-3. »

C'est donc la convention de branche qui prévoit le nombre maximal de renouvellements de CDD possibles.

A défaut d'une telle stipulation, dans la convention de branche, le CDD est renouvelable deux fois pour une durée déterminée (article L 1243-13-1 du Code du travail).

La durée, le cas échéant des deux renouvellements, ajoutée à la durée du contrat initial ne peut excéder la durée maximale prévue par la convention de branche ou à défaut par l'article L 1242-8-1.

Les conditions de renouvellement sont énoncées dans le contrat de travail du salarié ou font l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu.

Evidemment, les CDD à terme imprécis au regard de leur durée incertain ne peuvent pas être renouvelés.

- Concernant le délai de carence, la nouveauté apportée par les ordonnances du 22 septembre 2017 est qu'il revient à la branche de fixer ce délai (art. L 1244-3 du Code du travail) :

« A l'expiration d'un contrat de travail à durée déterminée, il ne peut être recouru, pour pourvoir le poste du salarié dont le contrat a pris fin, ni à un contrat à durée déterminée ni à un contrat de travail temporaire, avant l'expiration d'un délai de carence calculé en fonction de la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses renouvellements. Les jours pris en compte pour apprécier le délai devant séparer les deux contrats sont les jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concerné.

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 1242-1, une convention ou un accord de branche étendu peut fixer les modalités de calcul de ce délai de carence. »

La branche peut également supprimer ce délai de carence (art. L 1244-4 du Code du travail) :

« Sans préjudice des dispositions de l'article L. 1242-1, une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir les cas dans lesquels le délai de carence prévu à l'article L. 1244-3 n'est pas applicable ».

- A l'expiration du CDD, il ne peut être recouru au poste du salarié dont le contrat a pris fin ni à un CDD ni à un CTT avant l'expiration d'un délai de carence.

A défaut de convention collective de branche, le délai de carence est égal comme avant les ordonnances du 22 septembre 2017 (article L 1244-3-1 du Code du travail) :

- au tiers de la durée du CDD venu à expiration si la durée du contrat incluant, le cas échéant son ou ses renouvellements, est de 14 jours ou plus ;

- à la moitié de la durée du CDD venu à expiration si sa durée est totale est inférieure à 14 jours.

Les jours pris en compte permettant d'apprécier le délai de carence sont les jours d'ouverture de l'entreprise.

- De même, comme avant les ordonnances du 22 septembre 2017, le délai de carence n'est pas applicable lorsque le CDD est conclu pour (article L 1244-4-1 du Code du travail) :

« 1° Lorsque le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour assurer le remplacement d'un salarié temporairement absent ou dont le contrat de travail est suspendu, en cas de nouvelle absence du salarié remplacé ;

2° Lorsque le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour l'exécution de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité ;

3° Lorsque le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour pourvoir un emploi à caractère saisonnier défini au 3° de l'article L. 1242-2 ou pour lequel, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant 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 cet emploi ;

4° Lorsque le contrat est conclu pour assurer le remplacement de l'une des personnes mentionnées aux 4° et 5° de l'article L. 1242-2 ;

5° Lorsque le contrat est conclu en application de l'article L. 1242-3 ;

6° Lorsque le salarié est à l'initiative d'une rupture anticipée du contrat ;

7° Lorsque le salarié refuse le renouvellement de son contrat, pour la durée du contrat non renouvelé. »

III. Statut du salarié précaire

- Principe d'égalité de traitement entre CDD ou intérimaires et salariés permanents de qualifications équivalente occupant les mêmes fonctions.

Principe d'égalité de rémunération mais ce principe n'interdit pas de tenir compte de l'ancienneté du salarié remplacé.

- Précarité des situations compensée par l'octroi d'une indemnité de fin de contrat pour les CDD (L 1243-8 du Code du travail) et indemnité de précarité d'emploi (ou de fin de mission) pour les contrats de travaux temporaires (article L 1251-32 du Code du travail).

Ces indemnités sont exclues dans certaines hypothèses (CDD saisonniers, CDD d'usage...) ou encore lorsque la rupture est imputable au salarié (faute grave...) ou que le contrat précaire a été transformé en CDI par l'entreprise (article L 1243-10 du Code du travail).

IV. Fin du CDD

Les contrats à date certaine prennent fin à leur terme sans formalisme spécifique.

S'agissant d'un contrat d'exception, ils ne peuvent être rompus avant l'échéance que dans cas limitatifs, en vertu de l'article L 1243-1 du Code du travail :

« Sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. »

Sauf rupture anticipée d'un commun accord, ou cas de force majeure (très rare, la fermeture administrative de l'établissement dans lequel le salarié travaille ne constitue pas un cas de force majeure, Cass. Soc. 28 juin 2005, n°03-43.192), le contrat peut prendre fin en cas de faute grave (« celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, même pendant la durée du préavis ») et a fortiori de faute lourde.

Côté salarié, deux cas de rupture anticipée :

- Le salarié qui a trouvé un emploi ailleurs sous CDI peut rompre avant terme son CDD :il n'est pas fautif s'il respecte un préavis d'un jour par semaine.
- S'il établit une faute grave de l'employeur, il peut également rompre avant terme. Il a alors droit à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat.

- En matière de rupture pour faute grave (art. L 1243-4), l'employeur doit respecter la procédure disciplinaire.

La faute grave doit être énoncée dans la lettre de rupture.

Attention pas de licenciement en matière de CDD, ni de démission !

Nécessité d'agir dans un délai restreint suite à la constatation des fautes du salariés, puisque la faute grave rend « *impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* ».

Si rupture pour cause réelle et sérieuse, l'employeur sera tenu de verser au salarié un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, à laquelle s'ajoute l'indemnité de fin de contrat.

Il s'agit d'une réparation forfaitaire minimum qui est déconnectée de tout préjudice subi par le salarié.

Attention, l'insuffisance professionnelle n'est pas un motif de rupture du CDD avant son terme puisqu'il ne constitue pas une faute grave, alors qu'elle peut faire d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

De même, « le trouble objectif grave » (donc non disciplinaire) causé par un fait relevant de la vie privée du salarié ne constitue pas une faute grave.

Délai de prescription de la rupture du CDD est également de 12 mois (L 1471-1 du Code du travail).

V. Sanctions

- Requalification en CDI rétroactive à la date du premier CDD irrégulier selon une jurisprudence constante (Cass. Soc. 18 février 2015, n°13-23.231).

Le salarié peut également réclamer s'il démontre s'être tenu à disposition à un rappel de salaire correspondant aux indemnités perçues au titre des périodes non travaillées entre chaque contrat (les périodes intercalaires), les allocations chômage ne pouvant en être déduites (Cass. Soc. 16 mars 2016, n°15-11.396).

- Le salarié peut obtenir également une indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur à un « mois de salaire » (art. L 1245-2 du Code du travail).

Le salarié perçoit une seule indemnité de requalification et non une indemnité à chaque irrégularité du CDD.

C'est au salarié de choisir s'il sollicite la requalification en CDI avec les conséquences afférentes (indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse + préavis + indemnité de licenciement) ou s'il reste sur le terrain du CDD rompu abusivement lui permettant d'obtenir a minima tous les salaires restant à courir.

Ainsi, si le salarié dispose d'une faible ancienneté et que son CDD a une durée importante, il lui est conseillé de se placer sur ce terrain.

« Le juge qui requalifie la relation contractuelle en un CDI doit rechercher si la lettre de rupture des relations contractuelles vaut lettre de licenciement et si les motifs de rupture énoncés constituent des griefs matériellement vérifiables permettant de décider si ce licenciement a une cause réelle et sérieuse » (Cass. Soc. 20 oct. 2015).

Actualité sur le thème du CDD :

L'article 53 de la loi Avenir Professionnel prévoit la possibilité dans certains secteurs d'activités de conclure un seul contrat de travail à durée déterminée (CDD) avec une même personne pour le remplacement de plusieurs salariés, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation interdit à ce jour.

Cette disposition a pour objet de réduire le nombre de CDD de courte durée dans des secteurs déterminés.

La mise en œuvre de cette disposition était conditionnée à la parution d'un décret définissant les secteurs dans lesquels ce CDD « *multi remplacements* » peut être conclu.

Ce décret a été publié au Journal Officiel le 19 décembre 2019.

Ce qu'il faut retenir

La conclusion de ce contrat unique n'est possible que **dans certains secteurs d'activités** et uniquement en cas de pluralité de **remplacements de salariés**.

Il n'est pas possible de faire un seul et même contrat en combinant plusieurs motifs tels que l'accroissement temporaire d'activité et le remplacement d'un salarié.

I. Le principe : un seul CDD par salarié remplacé

L'article L.1242-2 du Code du travail prévoit la possibilité de conclure un CDD pour le remplacement d'**un** salarié en cas :

- d'absence ou de suspension temporaire du contrat de travail,
- de passage provisoire à temps partiel,
- de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail,
- de l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI.

La Cour de cassation, par une jurisprudence constante, fait une application stricte de ce texte et considère qu'un CDD ne peut être conclu que pour le remplacement **d'un seul salarié**.

Il n'est donc, par principe, pas possible de conclure un unique contrat pour le remplacement successif ou simultané de plusieurs salariés.

En cas de pluralité de salariés à remplacer successivement, l'employeur est tenu de conclure autant de contrats qu'il y a de remplacements à réaliser.

A défaut, le CDD est requalifié en CDI avec toutes les conséquences indemnitaires y afférentes.

II. La nouvelle dérogation : la possibilité d'un CDD « multi remplacements »

L'article 53 de la loi Avenir Professionnel dispose qu'à titre expérimental et par dérogation aux dispositions légales, **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.**

Rappel : cette 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.

Il est donc possible de signer avec une même personne un unique CDD pour remplacer plusieurs salariés.

Attention : cette dérogation à l'interprétation stricte de la jurisprudence ne dispense pas l'employeur de ses obligations de forme quant à la rédaction du contrat, il reste tenu de faire figurer toutes les mentions obligatoires dans le contrat de travail.

→ Une expérimentation dans des secteurs déterminés

La conclusion d'un unique CDD pour le remplacement de plusieurs salariés n'est possible que **dans les secteurs d'activités expressément définis par décret.**

Le décret du 18 décembre 2019 vise les onze secteurs suivants :

- Sanitaire, social et médico-social ;
- Propreté et nettoyage ;
- Economie sociale et solidaire (ESS), pour les activités relevant de la radio diffusion, de l'animation, du tourisme social et familial, du sport, des foyers et services de jeunes

travailleurs, de l'aide, de l'accompagnement, des soins et services à domicile et des acteurs du lien social et familial ;

- Tourisme en zone de montagne ;
- Commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire ;
- Plasturgie ;
- Restauration collective ;
- Sport et équipements de loisirs ;
- Transports routiers et activités auxiliaires ;
- Industries alimentaires ;
- Services à la personne.

Pour une lecture facilitée de ces secteurs d'activités, le décret liste les IDCC qui y sont associés (cf. pièce jointe). Cela concerne donc beaucoup d'activités.



Pour les autres secteurs d'activité, la jurisprudence de la Cour de cassation est toujours applicable : il est toujours impossible de conclure un seul CDD pour remplacer plusieurs salariés. L'employeur reste tenu de faire signer autant de contrats de travail qu'il y a de salariés à remplacer.

→ Une expérimentation pour une durée déterminée

L'article 53 de la loi Avenir Professionnel prévoyait qu'il serait possible de conclure ce CDD unique pendant une période déterminée de deux ans : du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2020.

Or, le décret attendu pour la mise en œuvre de cette expérimentation n'est paru au Journal Officiel que le 19 décembre 2019. Il n'est donc possible de conclure de CDD « *multi remplacements* » que **pour les embauches intervenant après le 20 décembre 2019.**

A noter : Compte tenu de la publication tardive de ce décret, le Gouvernement envisage de prolonger la période d'expérimentation jusqu'au 1^{er} janvier 2023.

Toutefois, le Parlement n'étudiera le projet de loi dans lequel cette prolongation est envisagée qu'au cours du 1^{er} semestre 2020.

Il conviendra d'attendre la publication de cette loi au Journal Officiel pour avoir la confirmation de cette prolongation.

- La conclusion de ce CDD « *multi remplacements* » n'étant possible que pendant une durée déterminée, un tel contrat ne pourra être conclu postérieurement au terme de la période d'expérimentation. A défaut, il pourrait être requalifié en CDI au titre de l'article L.1242-2 du Code du travail et de la jurisprudence qui y est attachée.
- Sera-t-il possible de conclure un tel CDD débutant avant la fin de la période d'expérimentation mais se terminant postérieurement à celle-ci ?

En l'état actuel des textes, nous le déconseillons.

Thème n°7 : La convention de forfait-jours.

NB : Thème important en pratique qui est peu abordé dans les ouvrages et qui a été modifié notamment par la loi Travail.

La convention de forfait-jours n'est pas fondée sur un nombre d'heures de travail, mais sur le nombre de jours travaillés sur l'année. Les salariés soumis à ce type de forfait sont rémunérés, non pas en fonction de leurs horaires, mais sur la base d'un nombre annuel de jours de travail (au maximum 218 jours).

Salariés concernés. Sous réserve d'appartenir à l'une des catégories visées par l'accord collectif mettant en place ce forfait annuel, peuvent conclure de tels forfaits (C. trav., art. L. 3121-58) :

- les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions les conduit à ne pas suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;
- les salariés dont la durée de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées. En pratique, peuvent être concernés par ce forfait notamment les commerciaux itinérants, ou les visiteurs médicaux qui organisent eux-mêmes leur emploi du temps.

Remarque : la conclusion d'un forfait-jours ne permet pas au salarié de revendiquer le niveau de classification supérieur exigé par la convention collective pour conclure un tel forfait (Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-14.637).

En cas de conflit relatif au forfait-jours, le juge vérifie au préalable et d'office que le salarié remplit réellement les conditions pour relever de ce dispositif. Ainsi, le salarié qui ne dispose pas d'autonomie dans l'organisation de son temps de travail (emploi du temps, planning horaire) n'est pas susceptible de relever du forfait-jours (Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.876 ; Cass. soc., 15 déc. 2016, n° 15-17.568). Il peut dans ce cas demander le paiement de ses heures supplémentaires, y compris s'il a le statut de cadre.

Mise en place. Pour qu'une entreprise puisse recourir à la formule du forfait annuel en jours, deux conditions doivent être réunies :

- un accord collectif d'entreprise ou d'établissement (à défaut : une convention ou un accord collectif de branche, étendu ou non) doit autoriser le recours à ce type de forfait (C. trav., art. L. 3121-63) ;
- chaque salarié concerné doit donner son accord individuel matérialisé par écrit (C. trav., art. L. 3121-55).

A noter : la conclusion d'une convention de forfait qui constitue obligatoirement une modification du contrat de travail, l'accord du salarié est impératif : en présence d'un refus du salarié, l'employeur ne peut ni appliquer d'office la convention individuelle de forfait (Cass. soc., 30 mai 2007, n° 05-41.802), ni sanctionner ce refus.

Clauses obligatoires dans l'accord collectif. — L'accord collectif doit obligatoirement déterminer (C. trav., art. L. 3121-64) :

- les catégories de salariés concernés. Un salarié n'entrant pas dans l'une des catégories de personnel visées dans la convention collective comme pouvant conclure une convention de forfait en jours ne peut y être soumis ni en revendiquer l'application (Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-14.637) ;
- la période de référence du forfait, qui peut être l'année civile ou toute autre période de 12 mois consécutifs ;
- le nombre de jours travaillés, qui ne peut dépasser le plafond de 218 jours sur l'année ;
- les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période ;
- les caractéristiques principales des conventions individuelles de forfait, qui doivent notamment fixer le nombre de jours compris dans le forfait ;
- les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;
- les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise ;
- les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer le droit à la déconnexion.

L'accord collectif peut également fixer le nombre maximal de jours travaillés dans l'année lorsque le salarié exerce sa faculté de renoncer à une partie de ses jours de repos. Ce nombre doit être compatible avec les dispositions légales en matière de repos quotidien, de repos hebdomadaire, de jours fériés et de congés payés.

Dispositions supplétives. — Des dispositions supplétives sont prévues par le Code du travail dans l'hypothèse où aucune disposition ne figurerait dans l'accord collectif sur les quatre derniers points.

Ainsi, en l'absence de disposition dans l'accord collectif sur le suivi de la charge de travail, il est possible de conclure une convention individuelle de forfait en jours dès lors que l'employeur (C. trav., art. L. 3121-65) :

- établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées. Ce document peut être renseigné par le salarié sous la responsabilité de l'employeur ;
- s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;
- et organise un entretien annuel avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération.

En outre, en l'absence de précision dans l'accord collectif sur l'exercice du droit à la déconnexion, les modalités d'exercice de ce droit doivent être définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés (C. trav., art. L. 3121-65).

Enfin, si l'accord collectif ne fixe pas le nombre maximal de jours travaillés dans l'année lorsque le salarié exerce sa faculté de renoncer à des jours de repos, ce nombre est fixé à 235 jours (C. trav., art. L. 3121-66).

L'accord collectif instituant le forfait-jours ne peut se contenter de renvoyer à la convention individuelle de forfait, conclue entre l'employeur et le salarié, le soin d'en fixer les modalités de mise en œuvre et de contrôle (Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807).

A noter : les accords collectifs permettant la mise en place des forfaits-jours conclus avant le 9 août 2016 restent valables, même s'ils ne comportent pas les mentions obligatoires instaurées par la loi Travail concernant la période de référence et les conditions de prise en compte pour la rémunération des absences et des arrivées ou départs en cours d'année (L. n° 2016-1088, 8 août 2016, JO 9 août, art. 12, II). Il en est de même s'agissant des accords conclus avant le 9 août 2016 ne déterminant pas les modalités de suivi, d'évaluation et de communication périodique sur la charge de travail et de droit à la déconnexion : les conventions individuelles conclues sur la base de tels accords peuvent être poursuivies, à condition que l'employeur respecte les dispositions supplétives définies à l'article L. 3121-65 du Code du travail. De nouvelles conventions individuelles de forfait peuvent même être conclues en application d'un tel accord collectif, sous ces mêmes réserves (L. n° 2016-1088, 8 août 2016, JO 9 août, art. 12, III).

Les partenaires sociaux ont également la faculté de réviser les accords conclus avant le 9 août 2016 afin d'y inclure les nouvelles clauses obligatoires. Dans ce cas, les conventions individuelles de forfait conclues sur la base de l'accord avant révision continuent de s'appliquer, sans que l'accord du salarié ne soit nécessaire (L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 12, I).

Contenu. La convention individuelle de forfait doit impérativement faire l'objet d'un écrit signé par le salarié et être rédigée avec précision. Le contrat de travail ou un avenant à celui-ci sont les mieux à même de formaliser l'accord écrit du salarié.

Exemples :

la clause du contrat de travail opérant un renvoi général à l'accord collectif d'entreprise est insuffisante pour constituer l'accord écrit requis (Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-17.593). Est également insuffisante, la simple mention du forfait sur le bulletin de paie (Cass. soc., 4 nov. 2015, n° 14-10.419). De même, une note générale adressée à l'ensemble du personnel listant les salariés en forfait-jours ne vaut pas convention individuelle de forfait, même si elle est signée par le salarié (Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 11-27.826).

Garanties. Le dispositif français de forfait-jours soulevait des difficultés au regard des textes communautaires et européens, ceux-ci associant durée de travail et santé des travailleurs. Le Comité européen des droits sociaux a considéré dans sa décision du 23 juin 2010 que le dispositif français n'était pas conforme à l'article 2 de la Charte sociale européenne, celui-ci garantissant le droit à une durée raisonnable de travail.

La validité d'une convention de forfait-jours est subordonnée :

- à son encadrement par un accord collectif dont les stipulations assurent le respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;
- au respect par l'employeur de ces garanties dans la mise en œuvre de la convention de forfait (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107).

Les accords collectifs doivent prévoir des dispositions permettant de garantir la protection de la santé des salariés. En l'absence de telles mentions, des dispositions supplétives s'appliquent.

Au nombre des dispositions d'ordre public relatives au forfait-jours, figure également l'obligation pour l'employeur de s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition de son travail dans le temps (C. trav., art. L. 3121-60). Les dispositions conventionnelles doivent ainsi comporter un dispositif de contrôle ou de suivi permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable de travail (Cass. soc., 8 nov. 2017, n° 15-22.758).

Exemples :

permettent ainsi d'assurer le suivi et le contrôle de la charge de travail des salariés, les dispositions de l'accord collectif prévoyant :

- un relevé déclaratif mensuel des jours travaillés, co-signé par le salarié et son supérieur hiérarchique et validé par le service des ressources humaines ;
- assorti d'un dispositif d'alerte de la hiérarchie en cas de difficulté, avec possibilité de demander un entretien auprès du service des ressources humaines (Cass. soc., 8 sept. 2016, n° 14-26.256).

Il en est de même d'un accord collectif d'entreprise prévoyant :

- un système auto-déclaratif, placé sous le contrôle de la direction des ressources humaines ;
- accompagné d'un entretien annuel portant sur l'examen de la charge et l'amplitude de travail, mené au cours de l'entretien annuel d'évaluation ;
- et précisant que s'il s'avère que l'intéressé n'est pas en mesure d'exercer ses droits à repos, toute disposition pour remédier à cette situation sera prise d'un commun accord entre le salarié et son manager (Cass. soc., 22 juin 2017, n° 16-11.762).

À défaut de telles garanties conventionnelles, la convention de forfait-jours est nulle. L'employeur ne peut en aucun cas remédier à l'insuffisance des dispositions conventionnelles par le biais d'une note de service ou de la convention individuelle de forfait par exemple (Cass. soc., 17 déc. 2014, n° 13-23.230). La non-conformité de la convention collective de branche ne peut être régularisée que par la signature d'un accord d'entreprise comportant des garanties suffisantes.

Bien évidemment, la jurisprudence sur l'invalidité des forfaits-jours reste d'actualité tant que les partenaires sociaux ou les employeurs ne se saisissent pas de ces mesures de sécurisation.

Exemples :

est nulle la convention de forfait jours signée sur la base de dispositions conventionnelles prévoyant :

- que le salarié doit assurer lui-même le suivi de sa charge de travail. En l'espèce, il appartenait au salarié de tenir compte des limites journalières et hebdomadaires, d'organiser ses actions dans

ce cadre et, en cas de circonstances particulières, d'en référer à sa hiérarchie. L'intervention de l'employeur, seulement après avoir été alerté d'une situation anormale, est trop tardive (Cass. soc., 11 juin 2014, n° 11-20.985) ;

– un simple entretien annuel avec le supérieur hiérarchique du salarié, même s'il s'accompagne d'un examen trimestriel par la direction des informations communiquées par la hiérarchie sur l'amplitude et la charge de travail (Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540) ;

– que le suivi de la charge et de l'amplitude de travail du salarié s'effectue par le biais d'un calendrier mensuel à remplir par le salarié lui-même. En effet, ce système ne s'accompagne pas d'un suivi effectif de la charge de travail du salarié par l'employeur permettant d'apporter des corrections en cas de surcharge (Cass. soc., 9 nov. 2016, n° 15-15.064) ;

– une organisation annuelle ou bi-annuelle du travail du salarié en forfait-jours, accompagnée d'un simple bilan de l'amplitude et de la charge de travail en fin d'année (Cass. soc., 14 déc. 2016, n° 15-22.003) ;

– la saisie par chaque salarié, dans un système de gestion des temps, de son temps de travail hebdomadaire, un récapitulatif mensuel remis à la hiérarchie et une présentation annuelle de cet état récapitulatif au comité de suivi de l'accord. En effet, un tel système auto-déclaratif ne s'accompagne pas d'un contrôle effectif des relevés transmis (Cass. soc., 5 oct. 2017, n° 16-23.106) ;

– l'établissement par l'employeur d'un document de contrôle du nombre et des dates des journées travaillées et des jours de repos ainsi que l'organisation d'un entretien annuel au cours duquel sont évoquées l'organisation et la charge de travail ainsi que l'amplitude des journées d'activité, dès lors qu'aucune mesure concrète permettant à l'employeur de remédier à une charge de travail incompatible avec une durée raisonnable n'est prévue (Cass. soc., 17 janv. 2018, n° 16-15.124)

Quand bien même les dispositions conventionnelles seraient de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés en forfait-jours, la convention individuelle de forfait en jours est privée d'effet (et non pas nulle) si l'employeur ne respecte pas lesdites stipulations conventionnelles (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 ; Cass. soc., 22 juin 2016, n° 14-15.171 ; Cass. soc., 25 janv. 2017, n° 15-21.950) Le forfait-jours est alors inopposable au salarié, jusqu'à ce que les dispositions conventionnelles soient correctement appliquées par l'employeur. Le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires réalisées pendant toute la période d'inexécution des dispositions conventionnelles, dans la limite de la prescription.

Sanctions. Lorsque le dispositif « forfait-jours » n'est pas strictement conforme aux exigences légales, il n'est pas opposable au salarié, qui peut donc demander le paiement des heures supplémentaires réalisées, outre des dommages et intérêts au titre de la nullité de son forfait-jours.

En outre, l'employeur peut être poursuivi au titre de la législation sur le travail dissimulé, en raison du défaut de mention, sur le bulletin de salaire, des heures supplémentaires effectuées par le salarié, à condition toutefois de démontrer le caractère intentionnel de l'infraction (C. trav., art. L. 8221-5). L'élément intentionnel ne se déduit pas de la seule application d'une convention de forfait illicite (Cass. soc., 16 juin 2015, n° 14-16.953) ni de la seule constatation de l'inexécution par

l'employeur de ses obligations conventionnelles de contrôle de l'amplitude et de la charge de travail (Cass. soc., 14 sept. 2016, n° 14-26.099).

Nombre maximum de jours travaillés. Le nombre de jours travaillés posés par l'accord ne peut pas dépasser 218 jours (C. trav., art. L. 3121-64).

L'existence d'un plafond annuel n'interdit pas de fixer, en complément, des plafonds mensuels, et de prévoir un suivi mois par mois du nombre de jours travaillés. Toutefois, ces plafonds mensuels doivent rester compatibles avec les caractéristiques du forfait-jours qui, rappelons-le, impliquent une autonomie du salarié dans l'organisation de son temps de travail (Circ. DRT n° 2000-07, 6 déc. 2000).

ATTENTION : la convention de forfait doit précisément fixer le nombre de jours travaillés : elle ne peut se contenter de fixer une fourchette, quand bien même celle-ci serait minime, sauf à risquer l'invalidation du forfait (Cass. soc., 12 mars 2014, n° 12-29.141), ni un nombre maximum de jours à travailler (Cass. soc., 12 févr. 2015, n° 13-17.516).

Caractéristiques du forfait-jour. Les caractéristiques de ce forfait sont les suivantes :

- le salarié n'est pas concerné par les 35 heures (C. trav., art. L. 3121-62), les heures supplémentaires, le contingent annuel et la contrepartie obligatoire en repos ;
- les limites maximales journalières (10 heures) ou hebdomadaires (48 heures) ne lui sont pas applicables (C. trav., art. L. 3121-62). Ces salariés peuvent donc, en toute légalité, effectuer jusqu'à 78 heures par semaine (six jours de 13 heures) ;
- le salarié ayant un forfait-jours inférieur à celui des autres ne peut juridiquement être considéré comme travaillant à temps partiel. Par conséquent, au regard des élections des représentants du personnel, il est comptabilisé comme un salarié à temps plein (Circ. DRT n° 2000-07, 6 déc. 2000).

S'appliquent en revanche :

- l'obligation de donner un repos quotidien minimum (11 heures) et un repos hebdomadaire (24 heures + 11 heures de repos quotidien) ;
- le bénéfice de la réglementation des jours fériés et des congés payés ;
- l'obligation d'effectuer la journée de solidarité ;
- le droit à l'activité partielle.

A noter : un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord collectif de branche peut instituer une dérogation à la période de prise des congés (C. trav., art. L. 3141-22) en prévoyant la possibilité de prendre des congés pendant toute l'année civile suivant celle où a débuté ladite période. Par exemple, pour les congés acquis du 1^{er} juin 2017 au 31 mai 2018, la période de prise des congés débutant le 1^{er} mai 2018 peut aller jusqu'au 31 décembre 2019 (allongement de huit mois de la période des congés). Ce report de congés ne peut avoir pour effet de majorer le seuil de la durée annuelle de travail de façon plus que proportionnelle à la durée des congés reportés.

Prise en compte des absences. Ces jours doivent être pris en compte pour déterminer si le nombre de jours travaillés prévu par la convention de forfait est atteint (Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.762). En effet, la réduction du nombre de jours de repos en raison d'absence pour maladie constitue une récupération prohibée par l'article L. 3121-50 du Code du travail. Ainsi, face à un arrêt de travail pour maladie, l'employeur doit réduire le nombre de jours devant être travaillés prévu par le forfait, en en déduisant le nombre de jours d'absence pour maladie dont le salarié justifie. Le même principe s'applique aux jours d'ancienneté conventionnels.

La Cour de cassation admet que les modalités de calcul des jours de repos fixées par accord collectif puissent conduire à une réduction du nombre de ces jours de repos, autres que les congés payés, proportionnellement à la durée des absences non assimilées à un temps de travail effectif (telles que les absences pour maladie non professionnelle par exemple). Une limite toutefois : il ne doit pas y avoir de stricte égalité arithmétique entre le nombre de jours d'absence et le nombre de jours de repos supprimés (Cass. soc., 16 déc. 2015, n° 14-23.731).

Rémunération du salarié. Si le salarié perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, il peut saisir le tribunal afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi. Le juge se prononce en tenant compte du niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise et de la qualification du plaignant (C. trav., art. L. 3121-61).

Documents à établir. Chaque année, l'entreprise doit établir un récapitulatif du nombre de jours ou demi-journées travaillées par chaque salarié (C. trav., art. D. 3171-10). Elle doit, pendant trois ans, tenir à la disposition de l'inspecteur du travail, les documents existants dans l'entreprise permettant de comptabiliser le nombre de jours travaillés par chaque salarié. À défaut, l'employeur s'expose à une amende de quatrième classe (750 euros maximum).

Le bulletin de salaire doit indiquer la nature (forfait-jours) et le volume du forfait (nombre annuel de jours ; C. trav., art. R. 3243-1).

Si l'employeur impose au salarié de travailler au-delà du plafond annuel prévu par la convention individuelle de forfait en jours, sans mentionner ces journées sur le bulletin de paie, l'élément intentionnel de l'infraction de travail dissimulé est caractérisé (Cass. soc., 1^{er} déc. 2016, n° 15-15.805).

Thème n°8 : La modification du contrat.

NB : Il sera volontairement évoqué rapidement cette question en rappelant les règles principales du régime et en insistant sur l'actualité (accord collectif et modification du contrat).

Le salaire. « *La rémunération contractuelle constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de façon minime sans l'accord du salarié* » (arrêt Herzberg Cass. Soc. 3 mai 1998).

Peu importe la hausse ou la baisse, il est nécessaire de requérir l'accord préalable du salarié, puisqu'il s'agit d'une modification du contrat de travail.

Le mode de rémunération contractuel d'un salarié constitue un élément du contrat qui ne peut être modifié sans son accord peu important que le nouveau mode soit plus avantageux (cf : Cass. Soc. 5 avril 2012), même si le rapport fixe/commission paraît plus favorable sur le plan financier (Cass. Soc. 6 juin 2016).

Attention :

- s'agissant des avantages salariaux issus du statut collectif (engagement unilatéraux, usages, accords collectifs), ils ne sont pas incorporés au contrat de travail sauf contractualisation expresse et personnalisée (exemple de l'usage régulièrement dénoncé ¹qui vient octroyer une nouvelle rémunération au salarié). Le salarié ne peut donc invoquer un quelconque droit acquis.
- En cas de mobilité professionnelle, l'évolution de fonctions du salarié peut avoir une incidence sur les modalités de calcul de la partie variable de sa rémunération et peut constituer une modification de son contrat (Cass. Soc. 6 déc. 2007).
- Si la modification de salaire constitue l'application d'un accord collectif issu de l'article L 2254-2, elle peut être imposée au salarié.

En cas de modification imposée de rémunération :

- Possible saisine du juge des référés et remise en l'état ;
- Eventuelle prise d'acte, mais modification doit être suffisamment importante pour justifier la rupture ;
- La poursuite du travail sans rien dire ne signifie pas acceptation tacite.

¹ On rappellera que l'usage est fixe, constant et général. La dénonciation de l'usage pour être valable doit comporter trois conditions : 1) information individuelle de chaque salarié concerné 2) information des IRP 3) délai de préavis qui est fonction de la durée d'application de l'usage.

La qualification. Arrêt Citron-Bananes (Cass. Soc. 10 mai 1999), « *la circonstance que la tâche donnée soit différente de celle qu'il effectuait antérieurement ne caractérise pas une modification du contrat de travail dès l'instant où elle correspond à sa qualification* ».

Pour résumer, la qualification est contractuelle par nature au changement de tâches (ou à l'affectation) qui relève du pouvoir de direction de l'employeur.

La seule création d'un échelon hiérarchique intermédiaire entre le salarié et le DG n'entraînait aucune modification du contrat dès lors que les fonctions et les responsabilités n'étaient pas modifiées (Cass. Soc. 19 octobre 2016).

Il en découle :

- Possibilité de refuser toute mobilité professionnelle (refus du directeur d'hypermarché d'une mutation sur le poste de directeur de supermarché, Cass. Soc. 8 mars 2000).
- Refus possible d'accomplir une tâche n'ayant aucun rapport avec sa qualification contractuelle (exemple : DRH qui refuse de faire le ménage).
- Le juge analysera les fonctions réellement exercées par le salarié (analyse *in concreto*) et non uniquement celles figurant dans son contrat de travail.
- Rétrogradation disciplinaire ne peut être imposée au salarié (doit être prévue au Règlement intérieur et respect de la procédure disciplinaire), peut être refusée par le salarié (rare en pratique). Dans ce cas, l'employeur doit reconvoquer le salarié à un nouvel entretien préalable s'il veut notifier le licenciement.
- En cas de modification à la hausse comme à la baisse, il est impératif de recueillir l'accord du salarié.

Le temps de travail. Principe : le changement d'horaires relève du pouvoir de direction de l'employeur.

Exceptions :

- sauf atteinte au « *respect de la vie personnelle et familiale ou du droit au repos du salarié* » (Cass. Soc. 14 déc. 2016) ;
- passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour ;
- passage d'un horaire continu à un horaire discontinu ;
- passage d'un horaire fixe à un horaire par cycle ou d'un horaire variable à un horaire fixe ;
- passage d'une semaine de travail du lundi au vendredi au dimanche (cf : droit au repos dominical).

Un salarié refusant d'effectuer des horaires illégaux ne commet aucune faute.

Le changement d'horaires peut constituer un simple changement des conditions de travail sauf contractualisation claire, précise et personnalisée d'horaires spécifiques.

La modification de la durée du travail constitue naturellement une modification du contrat de travail.

Lieu de travail.

« La mention du lieu de travail dans le contrat 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. 15 mars 2006).

Principe : constitue un simple changement des conditions de travail ou dans la limite définie par la clause de mobilité.

Toutefois, en cas de contestation :

- vérifier que la mobilité ne porte pas une atteinte excessive au droit du salarié à une vie personnelle et familiale (cf notamment Cass. Soc 14 oct. 2008, arrêt Stéphanie M) ;
- vérifier qu'une telle atteinte est justifiée par la tâche à accomplir par le salarié et proportionnée au but recherché par l'entreprise (cf : art. L 1121-1 du Code du travail).

Rappel : la clause de mobilité doit fixer un secteur géographique précis (appréciation extensive de la Cour de cassation, la « France métropolitaine » a été jugé précis) toute mobilité au-delà constitue une modification du contrat.

Le refus d'une clause de mobilité sans aucun motif peut constituer une faute grave (Cass. Soc. 12 janvier 2016).

A noter également : l'affectation temporaire du salarié en dehors du secteur géographique peut ne pas constituer une modification du contrat si :

- elle est motivée par l'intérêt de l'entreprise ;
- justifiée par des circonstances exceptionnelles ;
- le salarié est informé préalablement et dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation (notion de délai raisonnable est laissée à l'appréciation du juge).

En l'absence de clause de mobilité, la mobilité est limitée au même secteur géographique.

Pas de définition du secteur géographique, est toutefois pris en compte :

- 1) La distance
- 2) La desserte en transport
- 3) La durée supplémentaire des trajets avec son impact sur la vie personnelle du collaborateur.

Modification du contrat pour motif économique. Article L 1222-6 du Code du travail, « lorsque l'employeur, pour un motif économique envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, il en informe le salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. A défaut de réponse dans un délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

Hypothèse rare où le silence du salarié vaut acceptation.

Attention : il est évoqué une lettre recommandée avec AR, donc la remise en mains propres contre décharge ne revêt aucune valeur (Cass. Soc. 25 sept. 2012, n°11-14.550).

De même, si le salarié refuse ou accepte avant la fin de ce délai d'un mois, il ne peut pas en être tiré immédiatement les conséquences, « *ce délai constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur cette proposition en mesurant les conséquences de son choix* » (Cass. Soc. 3 mars 2009).

Conditions :

- 1) Elément essentiel du contrat ;
- 2) Motif économique liste à l'article L 1233-3 ;
- 3) Proposée en dehors du reclassement ;
- 4) En dehors de l'application de l'accord collectif issu des ordonnances du 22 septembre 2017.

Refus de la modification du contrat. Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail. L'employeur ne peut pas le licencier du fait de ce simple refus. Si toutefois l'employeur impose une modification du contrat de travail au salarié, le salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail.

Refus d'un simple changement des conditions de travail. Elle constitue en principe, une faute sous réserve de la jurisprudence Stéphanie M citée supra. Elle indiquait depuis 2001 que cela ne constituait pas nécessairement une faute grave (Cass. Soc. 9 mai 2001). Toutefois depuis deux arrêts récents, la faute grave peut être envisagée (AP 23 oct. 2015 ; Cass. Soc. 12 janvier 2016), « *un tel refus, sans aucune justification légitime caractérisait une faute grave rendant impossible la poursuite du contrat de travail* ».

Accord collectif et modification du contrat : unification des régimes avec les ordonnances du 22 septembre 2017. La promotion législative des accords dérogatoires a révélé l'insuffisance de l'article L. 2254-1 du Code du travail car l'application du principe de faveur n'a plus de sens. La promotion jurisprudentielle du contrat a conduit alors à traiter certaines situations de conflit sur le terrain des règles de la modification du contrat de travail. La divergence d'analyse entre la jurisprudence et le législateur est notable. Les interventions législatives n'ont pas manqué au cours de ces dernières années.

La Cour de cassation a commencé par affirmer qu'un accord collectif ne peut pas modifier le contrat de travail (Cass. soc., 25 févr. 1998, no 95-45.171, Bull. civ. V, no 104 ; Cass. soc., 14 mai 1998, no 96-43.800, Bull. civ. V, no 251 ; Cass. soc., 21 févr. 2007, no 05-42.731).

Le salarié peut ainsi s'opposer à l'application d'un texte conventionnel en revendiquant une modification du contrat de travail.

Application de cette analyse :

— l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention collective ne peut pas modifier le salaire contractuel (Cass. soc., 27 janv. 1999, no 96-43.342, Bull. civ. V, no 43, Dr. soc. 1999, p. 308, obs. Ch. Radé ; voir aussi Cass. soc., 11 mars 2009, no 07-44.051) ;

— le contrat de travail du salarié qui était dépourvu de clause de non-concurrence ne peut être modifié par un accord d'établissement instituant une interdiction de concurrence (Cass. soc., 17

oct. 2000, no 98-42.018, Bull. civ. V, no 334, Dr. soc. 2000, p. 1147, obs. J. Savatier, JSL 2000, no 70, p. 5, obs. F. Vasseur).

A plusieurs reprises, le législateur est intervenu notamment pour écarter ou amender la jurisprudence.

Ainsi, lors du passage aux 35 heures, la loi Aubry II (L. no 2000-37 du 19 janvier 2000, JO 20 janv. relative à la réduction négociée du temps de travail) a prévu que « la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail » (codifié à l'ancien article L. 1222-7).

Le législateur admettait ainsi un droit de refus au salarié mais traitait le licenciement pouvant en résulter de manière originale. A été, en effet, créée une cause autonome de licenciement comme l'a reconnu la Cour de cassation : « si le refus par le salarié d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en œuvre d'un accord de modulation constitue, en application de l'article 30 II de la loi no 2000-37 du 19 janvier 2000 alors applicable, une cause réelle et sérieuse de licenciement, c'est à la condition que cet accord soit conforme aux dispositions de l'article L. 212-8 du Code du travail dans sa rédaction alors en vigueur » (Cass. soc., 23 sept. 2009, no 07-44.712).

A l'instar de la loi no 2000-37 du 19 janvier 2000 , la loi no 2004-626 du 30 juin 2004 instaurant la journée de solidarité avait affirmé que « le travail de la journée de solidarité dans les conditions prévues par le présent article ne constitue pas une modification du contrat de travail » (ancien article L. 212-6, al. 9). Commentaire de la circulaire accompagnant ce texte : « Les heures effectuées dans le cadre instauré dans le cadre de la journée de solidarité ne constituent pas une modification du contrat de travail même si l'instauration de cette journée a un impact sur les différentes durées du travail. Dès lors le salarié ne peut refuser d'effectuer la journée de solidarité en se prévalant de son contrat de travail qui ne prévoyait pas l'accomplissement d'une telle journée » (Circ. DRT no 2004/10, 16 déc. 2004). Ne présentant plus d'utilité après la mise en place de cette journée, cette disposition a été abrogée lors de la recodification de 2008.

En 2012, le législateur est intervenu pour écarter la jurisprudence affirmant que « l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat qui requiert l'accord exprès du salarié » (Cass. soc., 28 sept. 2010, no 08-43.161).

Avec la loi no 2012-387 du 22 mars 2012 (JO 23 mars), le Code du travail énonce : « La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail.

Le premier alinéa ne s'applique pas aux salariés à temps partiel » (ancien C. trav., art. L. 3122-6).

Le refus du salarié l'exposera donc au pouvoir disciplinaire.

La chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que « si l'article 45 de la loi no 2012-387 du 22 mars 2012 insère dans le code du travail l'article L. 3122-6, selon lequel la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail, ce texte, qui, modifiant l'état du droit existant, n'a ni caractère interprétatif, ni effet rétroactif, n'est applicable

qu'aux décisions de mise en œuvre effective de la modulation du temps de travail prises après publication de ladite loi » (Cass. soc., 25 sept. 2013, no 12-17.776, Bull. civ. V, no 217).

La loi no 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a mis en place de nouvelles règles d'articulation conduisant ainsi à une certaine cacophonie législative.

Ainsi, en cas d'application d'un accord de mobilité interne conclu au titre des articles L. 2242-17 et L. 2242-18 du Code du travail, « les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues » (C. trav., art. L. 2242-19, al. 2).

« Lorsque, après une phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés, l'employeur souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord conclu au titre du présent article, il recueille l'accord du salarié selon la procédure prévue à l'article L. 1222-6 » (C. trav., art. L. 2242-19, al. 3).

Le refus d'un ou plusieurs salariés est ainsi traité : « Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne mentionnées au premier alinéa de l'article L. 2242-21, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 » (C. trav., art. L. 2242-19, al. 4).

La loi du 14 juin 2013 a prévu un dispositif comparable pour les accords de maintien de l'emploi : « Pour les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord mentionné à l'article L. 5125-1 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci.

Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord » (C. trav., art. L. 5125-2, al. 1 et 2). La loi no 2015-990 du 6 août 2015 (dite loi Macron) a sécurisé le motif de licenciement en affirmant que le licenciement du salarié qui refuse l'application d'un accord de maintien de l'emploi à son contrat de travail « repose sur une cause réelle et sérieuse » (C. trav., art. L. 5125-2).

La loi El Khomri du 8 août 2016 (L. no 2016-1088, 8 août 2016, art. 22, JO 9 août) a ajouté dans le Code du travail une nouvelle situation avec l'accord d'entreprise conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi. En effet, « lorsqu'un accord d'entreprise est conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi, ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail » (C. trav., art. L. 2254-2, I, al. 1).

« Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord mentionné au premier alinéa du I du présent article. Ce refus doit être écrit.

Si l'employeur engage une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ayant refusé l'application de l'accord mentionné au même premier alinéa, ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse et est soumis aux seules modalités et conditions

définies aux articles L. 1233-11 à L. 1233-15 applicables au licenciement individuel pour motif économique ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-20. La lettre de licenciement comporte l'énoncé du motif spécifique sur lequel repose le licenciement » (C. trav., art. L. 2254-2, II).

Sans modifier son analyse, la Cour de cassation a tenu compte de ces interventions législatives en affirmant que « sauf disposition légale contraire, une convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié » (Cass. soc., 10 févr. 2016, no 14-26.147 P+B).

L'ordonnance no 2017-1385 du 22 septembre 2017 met fin, en grande partie, à cette diversité conventionnelle. Elle unifie les accords de réduction du temps de travail, les accords de maintien de l'emploi, les accords en faveur de la préservation ou du développement de l'emploi et les accords de mobilité interne. Les dispositions législatives liées à ces accords sont ainsi abrogées.

Est mis en place, à l'article L. 2254-2 du Code du travail, un accord baptisé de « performance collective » par la loi de ratification des ordonnances du 22 septembre 2017 (L. no 2018-217, 29 mars 2018, JO 31). Destiné à répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou développer l'emploi, cet accord d'entreprise peut :

- aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect des salaires minima hiérarchiques mentionnés au 1^o du I de l'article L. 2253-1 ;
- déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Les stipulations de cet accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise (C. trav., art. L. 2254-2 III, al. 1)

Sans surprise, le nouveau dispositif prévoit que « le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord » (C. trav., art. L. 2254-2 III, al. 2).

Si l'employeur engage alors une procédure de licenciement, ce licenciement « ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. Ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14 ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20 » (C. trav., art. L. 2254-2, V).

Observation : L'ordonnance précitée a ainsi fait le choix d'un licenciement fondé sur un motif spécifique. A été cependant maintenu le dispositif issu de la loi du 22 mars 2012 pour les accords de modulation, ce qui n'est pas sans surprendre.

Thème n°9 : Les clauses du contrat de travail

NB : Il sera évoqué ci-après deux clauses que l'on retrouve dans l'actualité récente.

Avant d'envisager la mise en œuvre d'une telle clause, il convient toujours d'appliquer le contrôle de proportionnalité afin de « vérifier si cette clause est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché » (art. L 1121-1 du Code du travail).

La mise en œuvre de ce contrôle est indispensable dans le cas pratique qui pourrait vous être proposé faisant état d'une telle application (cf : également pour la vidéo-surveillance²).

➤ La clause d'exclusivité (exemple d'un arrêt récent Cass. Soc. 16 mai 2018, n°16-25.272)

La clause d'exclusivité s'analyse comme celle par lequel l'employeur interdit au salarié l'exercice de toute autre activité professionnelle, ou de subordonner cet exercice à l'autorisation de la direction.

En l'espèce, le contrat d'un salarié à temps complet exerçant les fonctions de chef de marché marketing dans une société d'édition juridique comportait la clause selon laquelle, « *il s'engageait expressément à demander l'autorisation de la société pour toute activité complémentaire qu'il souhaiterait exercer* ».

N'ayant pas demandé l'autorisation avant de créer sa société de vente en ligne de vêtements, il était licencié pour la violation de cette clause.

La Cour de cassation a estimé que cette clause était illégale et que par voie de conséquence le licenciement de ce salarié devait être déclaré sans cause réelle et sérieuse en retenant que :

- 1) cette clause était rédigée en termes généraux et imprécis ne spécifiant pas les contours de l'activité complémentaire qui serait envisagée par le salarié, activité bénévole ou lucrative, professionnelle ou de loisirs ;
- 2) cette clause ne permettait pas de limiter son champ d'application et de vérifier si la restriction à la liberté du travail était justifiée et proportionnée.

Par conséquent, l'inobservation de cette clause par le salarié ne pouvait lui être reprochée au plan disciplinaire compte tenu de son illicéité.

² La vidéo-surveillance porte atteinte à une liberté individuelle du salarié. Ce contrôle doit donc également être mis en place. On rappellera que la vidéo-surveillance ne peut être mise en place que dans des conditions très strictes, à savoir, consultation des IRP (ou du CSE) pour les entreprises l'ayant déjà mis en place, information individuelle des salariés et enfin information de la CNIL (si les fichiers obtenus sont conservés, fichiers automatisés). Si ces conditions ne sont pas remplies, la preuve ne pourrait pas être utilisée à l'encontre du salarié.

Il est donc impératif d'être très vigilant lors de la rédaction d'une clause d'exclusivité ou de son analyse si une telle clause vous était proposée dans un cas pratique.

En pratique, la clause devra comporter, la justification de cette exclusivité (protection des intérêts commerciaux de l'entreprise...), de sa nécessité compte tenu du poste du salarié et le champ d'application de la restriction d'activité (domaine d'activité concerné, activité bénévole ou professionnelle...).

Il s'agit là du contrôle évoqué supra de l'article L 1121-1 du Code du travail.

➤ La clause de non-concurrence

Une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail interdit au salarié, après la rupture de son contrat de travail, d'exercer une activité professionnelle concurrente de celle de son employeur. Pour être valable, la clause de non-concurrence doit répondre à plusieurs conditions cumulatives. Elle doit ainsi :

- être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ;
- être limitée dans le temps et dans l'espace ;
- tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié ;
- comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière (Cass. soc., 10 juill. 2002, no 99-43.334).

Emplois susceptibles de justifier la mise en œuvre d'une clause de non-concurrence. En principe, le salarié retrouve sa liberté de travailler dans la société de son choix à la fin de son contrat de travail. Toutefois, cette liberté peut être limitée pour protéger les intérêts légitimes de l'entreprise. C'est pourquoi la jurisprudence permet à la clause de non-concurrence d'apporter des restrictions à la liberté de travailler du salarié. Pour cela, l'entreprise doit impérativement être susceptible de subir un réel préjudice si le salarié exerçait une activité concurrente.

Cette condition est requise afin d'éviter que ce type de clause soit insérée dans les contrats de travail de salariés qui ne font pas courir un grand risque de concurrence à leur ancien employeur en raison de leur qualification et des fonctions qu'ils occupent. Il n'est donc pas possible d'insérer systématiquement une clause de non-concurrence dans les contrats de travail d'une catégorie de salarié (cadres, ingénieurs, etc.).

Si, objectivement, le salarié n'est pas en mesure de « gêner » l'employeur, compte tenu notamment du peu de qualification de son emploi, la clause sera déclarée nulle.

Exemples :

c'est ce qui a été jugé par exemple pour :

- un laveur de carreaux (Cass. soc., 14 mai 1992, no 89-45.300) ;
- un télévendeur (Cass. soc., 11 juill. 2001, no 99-42.915) ;
- un magasinier, dont la fonction n'impliquait pas qu'il soit en contact avec la clientèle, ni une qualification spécialisée (Cass. soc., 19 nov. 1996, no 94-19.404) ;
- ou encore un assistant funéraire (Cass. soc., 30 oct. 2000, no 98-43.756).

Même si le salarié est qualifié, encore faut-il que son activité soit susceptible de réellement concurrencer celle de l'employeur. Le niveau hiérarchique et les responsabilités du salarié ne justifient pas, à eux seuls, la présence d'une clause de non-concurrence dans son contrat de travail.

Exemple :

le dirigeant d'une maison de retraite avait inséré dans le contrat de travail d'un médecin une clause lui interdisant d'exercer sa profession pendant cinq ans dans un rayon de 20 km. Cette clause a été déclarée nulle. En effet, l'activité de la maison de retraite n'est pas l'exercice de la médecine (Cass. soc., 24 oct. 1995, no 94-41.442).

En revanche, les intérêts de l'entreprise peuvent être menacés s'il y a, par exemple, un risque de détournement de clientèle, de divulgation d'un savoir-faire spécifique, etc.

Exemples :

a ainsi été jugée légitime :

- la clause insérée dans le contrat de travail d'un garçon de café en contact direct avec la clientèle : elle était limitée à un an et à la seule ville où l'ancien employeur exploitait son établissement (Cass. soc., 1er mars 1995, no 93-42.754) ;

Remarque : il ne faut pas confondre la clause de non-concurrence avec l'obligation de loyauté inhérente au contrat de travail, qui s'applique pendant toute la durée de la relation contractuelle et interdit les actes de concurrence déloyale (C. civ., art. 1104 ; voir, pour un exemple : Cass. soc., 5 juill. 2017, no 16-15.623).

ATTENTION : s'il est prévu que le salarié puisse être libéré de son obligation moyennant le versement d'une certaine somme, la clause de non-concurrence ne peut être considérée comme indispensable aux intérêts de l'entreprise et peut donc être annulée (Cass. soc., 7 avr. 1998, no 95-42.495).

Appréciation de la clause de non-concurrence. La liberté de travailler étant une liberté fondamentale, la clause de non-concurrence doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. À ce titre, elle bénéficie de la protection prévue à l'article L. 1121-1 du Code du travail qui énonce que « 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 ». Pour apprécier s'il y a atteinte excessive ou non à la liberté du travail, trois critères sont pris en compte :

- la durée de la clause ;
- son étendue géographique ;
- et les activités interdites.

Concrètement il faut que, malgré la clause, le salarié puisse encore travailler dans un emploi conforme à sa formation et à ses connaissances sans être obligé de s'expatrier.

Plus la formation du salarié est générale (cadre administratif ou commercial, comptable), plus il lui est facile de retrouver un emploi dans d'autres branches d'activités que celles de son employeur. Le secteur géographique et la durée de la clause peuvent donc être étendus.

Exemples :

une clause de non-concurrence interdisait, pendant trois ans et sur tout le territoire français, à un directeur commercial d'entrer au service d'une entreprise concurrente, de s'intéresser directement ou indirectement à une entreprise du secteur automobile. La clause était valable car rien n'empêchait le salarié de retrouver en France un emploi de directeur commercial dans un autre secteur d'activité (Cass. soc., 18 févr. 1997, no 94-44.202). Idem pour une clause applicable à un ingénieur commercial pendant deux ans, sur tout le territoire français, mais limitée à l'activité de conseil en management rémunérée selon les résultats dégagés et aux clients et fournisseurs de l'employeur (Cass. soc., 15 déc. 2009, no 08-44.847).

Au contraire, la clause doit être limitée dans l'espace et la durée si la formation spécialisée du salarié l'empêche de retravailler dans n'importe quelle branche d'activité, ce qui est le cas notamment des coiffeurs (Cass. soc., 5 juin 2001, no 98-45.798).

Exemples :

est nulle, la clause interdisant à un spécialiste en électronique toute activité salariée similaire en France métropolitaine pendant deux ans. Le salarié, âgé de 40 ans, avait toujours travaillé dans le secteur de la radiologie. L'application de la clause lui aurait fait perdre 15 ans d'expérience professionnelle en l'obligeant à s'expatrier pour retrouver un emploi conforme à sa formation et aux connaissances acquises (Cass. soc., 28 oct. 1997, no 94-43.792).

Une clause dont la délimitation est imprécise peut être annulée.

Exemple :

une clause de non-concurrence interdisait à une directrice d'un magasin de parfumerie d'exercer une activité concurrente dans les départements où était implantée la société et ce, pendant une durée de trois ans. Les juges ont estimé que la durée de la clause était excessive par rapport au métier exercé et que, par ailleurs, sa délimitation imprécise n'avait pas permis à la salariée, au moment de la conclusion du contrat de travail de connaître réellement le secteur protégé (Cass. soc., 22 févr. 2000, no 97-45.868).

À l'inverse, si la clause est strictement limitée dans le temps et dans l'espace, elle est licite (Cass. soc., 31 oct. 2005, no 04-46.119).

Exemple :

le salarié auquel la clause était applicable était adjoint au responsable d'agence bancaire. Il était chargé de placer des produits d'épargne et d'assurance, activité pour laquelle il avait reçu une formation (élément important). La clause lui interdisait pendant deux ans de travailler dans le département de l'Yonne dans tous les organismes de crédit, de collecte de produit d'épargne et de vente d'assurance ou de voyages susceptibles de concurrencer la caisse de crédit agricole. La clause a été jugée licite (Cass. soc., 13 févr. 1996, no 94-41.256). Est également licite la clause de non-

concurrence d'un expert automobile dont le champ d'application couvre l'ensemble de la Corse pendant une année, même si cette interdiction entraînait nécessairement un déménagement familial en France continentale et une séparation familiale (Cass. soc., 31 mars 2016, no 14-29.865).

La clause comportant une interdiction de concurrence s'étendant à l'ensemble du territoire français n'est pas systématiquement frappée de nullité (Cass. soc., 9 juill. 2014, no 13-11.906).

Rédaction de la clause de non-concurrence. La clause de non-concurrence doit être libellée de façon très précise car le juge l'interprète strictement. Elle ne peut en effet être étendue au-delà de ce qui a été convenu entre l'employeur et le salarié.

Exemples :

Le juge n'est pas lié par la qualification donnée par les parties. Il peut ainsi requalifier une clause dite de « protection de clientèle » ou encore une clause de « respect de la clientèle » en clause de non-concurrence en raison de l'atteinte qu'elle porte au libre exercice d'une activité professionnelle (Cass. soc., 9 juin 2015, no 13-19.327 ; Cass. soc., 18 janv. 2018, no 15-24.002)

A noter : la nullité d'une clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à une action en responsabilité pour concurrence déloyale à l'encontre de l'ancien salarié, ce qui permet à l'employeur d'obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice subi. Une telle action peut en effet être engagée en parallèle à celle exercée devant la juridiction commerciale contre le nouvel employeur (Cass. soc., 28 janv. 2005, no 02-47.527). L'ancien employeur devra démontrer que cette concurrence déloyale lui a causé un préjudice (Cass. soc., 3 nov. 2010, no 09-42.572).

Autres actualités concernant la clause de non-concurrence :

- la convention collective pas plus que le contrat de travail ne peuvent minorer le montant de la contrepartie pécuniaire en fonction des circonstances de la rupture (Cass. Soc. 18 janv. 2018, n°15-24.002).

- La circonstance que le salarié ait cessé d'exécuter le préavis de sa seule initiative est sans incidence sur le décompte du délai de renonciation. Celui-ci court à partir de la date normale d'expiration du préavis (Cass. Soc. 21 mars 2018, n°16-21.021).

- A noter : Il n'y a plus de préjudice nécessairement subi selon la Cour de cassation (Cass. Soc. 14 avril 2016), désormais il convient de démontrer l'existence d'un préjudice systématiquement pour toute demande de dommages-intérêts sollicitée (exemple, du contrat de travail comportant une clause de non-concurrence sans contrepartie financière, Cass. Soc. 25 mai 2016).

Thème n°10 : Observations sur les chasse-trappes du licenciement et la procédure disciplinaire

NB : Quelques éléments d'observation en pratique sur les difficultés concernant la procédure de licenciement et les sanctions disciplinaires.

Le licenciement individuel est un thème récurrent à l'examen.

Le licenciement pour insuffisance professionnelle :

- Suppose un acte involontaire du salarié. Un salarié qui n'est pas à la hauteur, qui fait des erreurs ou encore qui prend des initiatives malheureuses est certes incompetent mais non fautif (Cass. Soc. 27 nov. 2013, n°11-22.449).
Par exception un licenciement disciplinaire est possible si l'insuffisance professionnelle résulte d'une abstention volontaire ou de la mauvaise volonté délibérée du salarié (rare et délicat à prouver en pratique) : négligence, désintérêt pour le travail... (Cass. Soc. 23 juin 2010, n°09-40.073).
- L'insuffisance professionnelle est en soi un motif suffisamment précis de licenciement puisqu'il est matériellement vérifiable. La jurisprudence est peu exigeante (par contre, « *absence chronique d'ardeur au travail* » pas vérifiable et sera jugée sans cause réelle et sérieuse (Cass. Soc. 17 février 1988, n°85-42.173).
- Attention si l'employeur est responsable de l'insuffisance professionnelle ou de l'incompétence qu'il invoque (absence de formation du salarié...), le licenciement sera jugé sans cause réelle et sérieuse.
- Attention, ne s'agissant pas d'un licenciement disciplinaire la prescription disciplinaire de deux mois pas de prescription en matière d'insuffisance professionnelle ;
- Infliger une sanction pécuniaire au salarié est prohibée (retrait d'une prime..., article L 1334-1 du Code du travail).
- Sauf faute lourde, (supposant une intention de nuire), l'employeur ne peut pas se demander au salarié de l'indemniser de son préjudice (Cass. Soc. 7 mai 2015, n°13-16.421). En effet, le salarié n'est pas responsable à l'égard de l'entreprise des conséquences pécuniaires des fautes qu'il peut commettre au cours de l'exécution de son contrat de travail. Ainsi, un employeur ne peut pas réclamer au salarié des dommages-intérêts sur le fondement d'une exécution déloyale du contrat de travail à moins qu'il ne prouve la faute lourde de ce dernier (Cass. Soc. 25 janvier 2017, n°14-26.071). Par contre, possible action sur le fondement de la répétition de l'indu contre le salarié, si l'on parvient à caractériser le bénéfice par le salarié d'un indu (notes de frais frauduleuses...).
- L'employeur ne peut prononcer une mise à pied disciplinaire si le règlement intérieur ne mentionne pas la durée maximale de cette sanction (Cass. Soc. 26 oct. 2010, n°09-42.740). Si l'employeur prononce une sanction non prévue par le règlement intérieur ou dont le quantum n'est pas défini par ce document, cette sanction sera annulée. Le licenciement pour motif disciplinaire reste possible, même en l'absence de mention dans le règlement

intérieur, le droit pour l'employeur de licencier étant inscrit dans le code du travail (article L 1231-1 du Code du travail).

- Attention également à ne pas confondre mise à pied disciplinaire et mise à pied conservatoire. La mise à pied conservatoire est une mesure facultative qui a pour effet de dispenser le salarié de venir travailler pendant tout le temps que va durer la procédure disciplinaire. Il s'agit d'une simple mesure conservatoire qui, contrairement à la mise à pied disciplinaire n'a pas la nature d'une sanction et n'épuise donc pas le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Si finalement, un licenciement pour faute grave ou lourde n'est pas envisagé la durée de la mise à pied conservatoire doit être rémunérée.
- Principe non bis in idem, le salarié ne pourra pas faire l'objet de deux sanctions pour des faits identiques (mise à pied puis licenciement par exemple), cette dernière sanction serait donc annulée.
- Rétrogradation disciplinaire. Le salarié peut la refuser, mais nécessaire respect de la procédure disciplinaire classique (convocation EP...). En cas de refus, l'employeur peut prononcer une sanction de « substitution », une nouvelle sanction en lieu et place de la rétrogradation en se fondant sur les mêmes faits que ceux à l'origine de la sanction refusée.
- Attention, pour prononcer un avertissement l'employeur n'a pas à suivre en principe la procédure de l'entretien préalable prévue à l'article L 1332-2 du Code du travail pour les sanctions lourdes. Toutefois, lorsque l'avertissement peut avoir une influence sur le maintien du salarié dans l'entreprise au regard des dispositions d'un règlement intérieur ou d'une convention collective subordonnant le licenciement à l'existence de sanctions antérieures, l'employeur doit respecter la procédure de l'entretien préalable (Cass. Soc. 13 février 2013, n°11-27.615).
- Délai de prescription disciplinaire de deux mois (article L 1332-4 du Code du travail), sauf notamment lorsque le comportement fautif du salarié se poursuit (donc comportement qui a pu débuter en dehors du délai de deux mois mais qui s'est poursuivi dans le délai de deux mois) (Cass. 9 avril 2014, n°12-23.870).

De même, autre exception possible au délai de deux mois, le délai de deux mois commence donc à courir dès que l'employeur a une « connaissance exacte et précise de la réalité des faits » (à savoir si une enquête est nécessaire pour faire la lumière si les griefs évoqués contre le salarié, c'est à compter du jour où les résultats de l'enquête sont connus).

En matière de faute grave, le licenciement doit être envisagé dans un « délai restreint », puisque la faute grave rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Le licenciement ne pourra donc pas être envisagé 1 mois et 3 semaines après la constatation de la faute. Il convient donc d'agir dans un bref délai en infligeant également une mise à pied conservatoire au salarié.