

ACTUTENDANCE

N° 527 — 31 janvier 2020



10 min

- ✓ CDD – Motif – Attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI – Salarié déjà recruté en CDI lors de la conclusion du CDD
- ✓ Rupture conventionnelle – Action en paiement de l'indemnité de rupture – Délai de prescription de 1 an
- ✓ Clause de non-concurrence – Limitation géographique – Caractère précis de la clause
- ✓ Mails échangés par des tiers – Production en justice – Preuve obtenue par un procédé déloyal – Preuve écartée
- ✓ Travail de nuit – Prévu par un accord collectif de branche – Justification au niveau de l'établissement nécessaire
- ✓ CSE – Questions-réponses – Nouvelle mise à jour le 17 janvier 2020 – Rectification
- ✓ CDD d'usage – Taxe forfaitaire – Précisions apportées par l'Urssaf
- ✓ Expérimentation des CDD « multiremplacements » – Décret n° 2019-1388 du 18 décembre 2019

Jurisprudence

Relations individuelles

- CDD – Motif – Attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI – Salarié déjà recruté en CDI lors de la conclusion du CDD

Rappel : Un Contrat à Durée Déterminée (CDD) peut être conclu dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en Contrat à Durée Indéterminée (CDI) (art. L. 1242-2 du Code du travail).

L'employeur peut-il recruter un salarié en CDD pour ce motif sans avoir recruté au préalable le salarié en CDI ?

Cass. Soc., 15 janvier 2020, n° 18-16.399

Dans cette affaire, un salarié, musicien dans un orchestre, a été recruté de 2003 à 2011 par le biais de 191 CDD.

Les motifs de recours au CDD étaient variés : remplacement de musiciens permanents en congés payés ou en arrêt maladie ou dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI.

En l'espèce, lors de l'embauche du salarié en CDD pour ce dernier motif le poste était toujours vacant. Le recrutement d'un musicien en CDI devait intervenir sur concours.

Le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour solliciter la requalification de sa relation de travail en CDI.

La Cour d'appel l'a débouté de sa demande estimant notamment qu'il ne pouvait solliciter la requalification de sa relation de travail en CDI dans la mesure où les dispositions du personnel artistique de l'orchestre, applicables en l'espèce, imposaient le recrutement de musiciens en CDI sur concours, concours que le salarié n'avait pas passé.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation censure cette décision considérant que « *si le salarié ne peut prétendre à la qualité de musicien permanent et donc obtenir sa réintégration et la poursuite du contrat de travail, faute d'avoir été recruté conformément aux exigences du statut du personnel artistique de l'orchestre, il peut se prévaloir de l'irrégularité au regard des dispositions impératives du code du travail des contrats à durée déterminée* ».

Ainsi, si le salarié ne pouvait solliciter la poursuite de sa relation contractuelle, il pouvait faire valoir ses droits au titre des irrégularités constatées en matière de CDD (rappel de salaire, indemnité de rupture, reprise d'ancienneté etc.).

La Haute juridiction rappelle :

- ✓ D'une part, qu'est réputé à durée indéterminée le CDD conclu pour assurer le remplacement d'un salarié qui ne comporte pas le nom et la qualification du salarié remplacé,
- ✓ D'autre part, qu'en aucun cas l'employeur n'est autorisé à recourir à un CDD afin de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise dans l'attente du recrutement du titulaire du poste.

Autrement dit, la conclusion d'un CDD ayant pour motif l'attente de l'entrée en service du salarié recruté en CDI suppose que le salarié titulaire du poste soit déjà recruté. Le CDD doit mentionner le nom et la qualification du salarié recruté dont il est, par le biais du CDD, procédé au remplacement. A défaut, le CDD est requalifié en CDI.

Note : La Cour de cassation rappelle, une nouvelle fois, le caractère impératif du recrutement effectif du salarié titulaire du poste (Cass. Soc., 19 octobre 2016, n° 15-12.315). En outre, lors de la conclusion d'un CDD de remplacement, il est important d'être vigilant à bien faire figurer dans le contrat le nom et la qualification du salarié remplacé.

■ Rupture conventionnelle – Action en paiement de l'indemnité de rupture – ■ Délai de prescription de 1 an

Rappel : Tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du Conseil des Prud'hommes (CPH), à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif. Le recours juridictionnel doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de 12 mois à compter de la date d'homologation de la convention (art. L. 1237-14 du Code du travail).

Ce délai s'applique-t-il lorsque le salarié réclame en justice le paiement de l'indemnité de rupture conventionnelle ?

Cass. Soc., 20 novembre 2019, n° 18-10.499

Le 2 janvier 2014, un salarié a signé une rupture conventionnelle. En l'absence de réponse de la Direccte, l'homologation a été réputée acquise le 9 février 2014.

A la date prévue de la cessation du contrat de travail, son employeur a refusé de lui verser l'indemnité de rupture conventionnelle. Il estimait que celle-ci compensait une dette que le salarié lui devait.

Le salarié a saisi en référé la juridiction prud'homale le 3 mars 2014. Par ordonnance du 21 mai 2014, le juge a rejeté sa demande considérant qu'il n'y avait pas lieu à référé et l'a invité à mieux se pourvoir. Il a alors saisi le CPH au fond, le 11 juin 2015, pour solliciter le paiement de l'indemnité (soit plus d'un an après l'ordonnance qui avait mis fin à l'instance en référé et ainsi à l'interruption du délai de prescription).

La Cour d'appel, suivie par la Cour de cassation, l'a débouté de sa demande au motif que sa demande était prescrite.

Pour les juges, l'action en paiement de l'indemnité de rupture conventionnelle est un litige qui concerne la convention de rupture, de sorte que le délai de 12 mois lui était applicable.

■ Clause de non-concurrence – Limitation géographique – Caractère précis de la clause

Rappel : *Prévue par le contrat de travail, la clause de non-concurrence a pour objet d'interdire au salarié, après la rupture de son contrat de travail, d'être recruté par une entreprise concurrente ou d'exercer, sous quelque forme que ce soit, une activité concurrente à celle de son ancien employeur.*

Pour être valable, la clause non-concurrence est subordonnée à 5 conditions (Cass. Soc., 10 juillet 2002, n° 99-43.334) :

- ✓ Être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ;
- ✓ Être limitée dans le temps ;
- ✓ Être limitée dans l'espace ;
- ✓ Tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié ;
- ✓ Comporter une contrepartie pécuniaire.

Ces conditions sont cumulatives. L'absence de l'une d'entre elles entraîne la nullité de la clause de non-concurrence.

Une clause de non-concurrence « limitée à la région Paris Ile de France ou toute zone de chalandise incluse dans le périmètre d'action actuel et futur du salarié » est-elle valable ?

Cass. Soc., 8 janvier 2020, n° 18-16.667

Dans cette affaire, le contrat de travail d'un directeur adjoint prévoyait une clause de non-concurrence applicable pendant 1 an et limitée à la région Paris Ile-de-France Ouest (départements 75, 78, 91, 92, 93, 95) ou toute zone de chalandise incluse dans son périmètre d'action actuel et futur.

Licencié pour faute grave, le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour contester la validité de sa clause de non-concurrence.

La Cour d'appel a fait droit à sa demande et déclaré la clause de non-concurrence nulle.

Selon les juges, le fait que la clause était composée d'une alternative « *était totalement dépourvue de précision et ne pouvait être regardée comme limitée dans l'espace* ».

La Cour de cassation censure la décision d'appel considérant, au contraire, que la clause de non-concurrence était limitée au périmètre d'activité du salarié défini comme la région parisienne ou la zone de chalandise incluse dans son périmètre d'action actuel et futur.

Note : Cet arrêt est à interpréter avec précaution car non publié. En outre, il convient de rappeler que la zone géographique fixée dans la clause de non-concurrence doit être déterminée avec précision de telle façon que le salarié puisse connaître l'étendue de son obligation. Une analogie est possible avec la clause de mobilité. La validité des

clauses de non-concurrence est appréciée par les juges in concreto au regard notamment de la spécificité de l'emploi du salarié et de l'activité de l'entreprise.

Mails échangés par des tiers – Production en justice – Preuve obtenue par un procédé déloyal – Preuve écartée

Rappel : *Un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions (Cass. Soc., 30 juin 2004, n° 02-41.771).*

Dans le cadre de l'exercice de son droit de défense, un salarié peut-il produire en justice des mails dont il n'était ni l'auteur ni le destinataire ?

Cass. Soc., 27 novembre 2019, n° 18-19.237

Le 7 mai 2013, une salariée, exerçant divers mandats de représentant du personnel, a fait l'objet d'un avertissement disciplinaire.

Elle a saisi, le 13 décembre 2013, la juridiction prud'homale pour obtenir l'annulation de cette sanction et la reconnaissance d'un harcèlement moral et d'une discrimination syndicale.

A l'appui de ses demandes, la salariée a fourni en justice plusieurs mails émanant de salariés de l'entreprise.

La Cour d'appel a écarté ces mails au motif que ces derniers ne lui avaient pas été remis de manière volontaire. En effet, la salariée n'était ni la rédactrice ni la destinataire de ces échanges et elle ne démontrait pas que les mails lui avaient été remis par leur expéditeur ou l'un des destinataires. En outre, elle ne rapportait pas la preuve qu'elle avait eu connaissance de ces mails dans l'exercice de ses fonctions. Par conséquent, ces mails demeuraient couverts par le secret des correspondances.

Contestant cette décision, la salariée s'est pourvue en cassation faisant valoir que « *lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice de ses droits en justice dans le litige l'opposant à son employeur, le salarié peut produire en justice les documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, quand bien même il en résulterait une atteinte à un droit fondamental ou au secret des correspondances, pour autant que l'atteinte est proportionnée au but poursuivi* ».

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en rappelant qu'est « *irrecevable la preuve résultant de la production en justice de documents obtenus par un procédé déloyal* ».

La Cour de cassation rappelle ici le principe de la loyauté de la preuve.

Jurisprudence

Relations collectives

■ Travail de nuit – Prévu par un accord collectif de branche – Justification au niveau de l'établissement nécessaire

Rappel : *Le recours au travail de nuit est exceptionnel. Il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale (art. L. 3122-1 du Code du travail).*

Un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord collectif de branche peut mettre en place, dans une entreprise ou un établissement, le travail de nuit. Cette convention ou cet accord collectif prévoit les justifications du recours au travail de nuit. Elle ou il est présumé négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L. 3122-1 (art. L. 3122-15 du Code du travail).

L'existence d'un accord de branche permettant le recours au travail de nuit suffit-il à justifier un tel recours au sein d'un établissement ?

Cass. Crim., 7 janvier 2020, n° 18-83.074

Dans cette affaire, un supermarché et son gérant étaient poursuivis devant le Tribunal de police pour mise en place illégale du travail de nuit. Il avait employé des salariés de nuit entre le 1^{er} février et le 30 juillet 2015.

Pour sa défense, l'employeur arguait avoir appliqué la convention collective nationale (CCN) du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001 qui autorisait le recours au travail de nuit.

L'article 5-12 de la CCN prévoyait que « *le travail de nuit doit répondre à la nécessité d'assurer le respect de la sécurité alimentaire et d'approvisionner les points de vente afin qu'ils soient prêts avant l'ouverture du public, à celle de préparer les marchandises, notamment alimentaires, et le magasin en général avant l'ouverture au public, d'assurer l'ouverture au public dans des conditions optimales et d'assurer de manière continue le fonctionnement des systèmes d'information et des services d'utilité sociale* ».

La Cour d'appel a relaxé les prévenus estimant que :

- ✓ La CCN, négociée et signée par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts de salariés et applicable au supermarché, envisageait le travail de nuit comme étant celui qui se déroulait entre 21 heures et 7 heures du matin ;

- ✓ Le recours au travail de nuit était justifié dans la convention collective pour assurer le fonctionnement des services d'utilité sociale. A ce titre, les juges d'appel ont relevé que « *l'utilité sociale d'un commerce alimentaire ouvrant après 21 heures dans une grande métropole où de nombreux travailleurs finissent leur activité professionnelle très tard le soir et doivent entreprendre de longs trajets pour rentrer chez eux, répond à un besoin profond des consommateurs, ce dont témoigne le décalage des rythmes de vie observé dans la société depuis de nombreuses années* » ;
- ✓ La CCN autorisait expressément le recours au travail de nuit en prévoyant des compensations et des garanties liées au volontariat ;
- ✓ Il est conféré à un tel accord collectif, depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, une présomption de légalité, qui n'a pas été renversée en l'espèce.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation censure cette décision considérant « *qu'il ne peut être recouru au travail de nuit que de façon exceptionnelle et en considération de la situation propre à chaque établissement, et seulement lorsqu'il est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou de services d'utilité sociale* ».

Dès lors, « *l'existence d'une convention collective, dût-elle être présumée valide, ne suffit pas à établir que ces conditions sont réunies* ».

Il appartenait alors aux juges d'appel de contrôler très concrètement si les exigences de l'article L. 3122-1 du Code du travail étaient remplies dans l'établissement concerné, « *fût-ce en écartant les clauses d'une convention ou accord collectif non conformes* ».

Autrement dit, l'arrêt apporte 2 précisions importantes :

- ✓ Même si le travail de nuit est autorisé par un accord de branche, l'employeur doit pouvoir le justifier au niveau de son établissement. La présomption de conformité des accords collectifs ne suffit pas à établir cette justification ;
- ✓ Le juge peut écarter les clauses de l'accord collectif non conformes aux exigences légales qui, par exemple, invoqueraient une utilité sociale d'ouvrir la nuit pour des raisons qui ne le justifient pas.

Législation et réglementation

■ CSE – Questions-réponses – Nouvelle mise à jour le 17 janvier 2020 – Rectification

Le Ministère du travail a mis à jour, le 18 décembre 2019, le document « questions-réponses » sur le CSE publié en avril 2018 (Cf. Actu-tendance n° 524).

17 nouvelles questions-réponses ont été ajoutées au document, dont une question portant sur la formation des élus en matière de santé, sécurité et conditions de travail.

Le document du 18 décembre dernier restreignait l'accès à cette formation aux seuls membres de la Commission Santé, Sécurité et Conditions de Travail (CSSCT).

Une nouvelle version actualisée du « questions-réponses », mise en ligne le 17 janvier 2020, procède à une rectification. Elle ouvre la formation à l'ensemble des membres de la délégation du personnel du comité social et économique (CSE).

CDD d'usage – Taxe forfaitaire – Précisions apportées par l'Urssaf

La loi de Finances pour 2020 a instauré une taxe forfaitaire de 10€ pour chaque CDD d'usage signé depuis le 1^{er} janvier 2020.

L'Urssaf précise, sur son [site internet](#), les modalités de déclaration et de paiement de cette taxe.

La taxe est recouvrée par l'Urssaf et la CGSS. Elle est due à la date de conclusion du contrat et acquittée lors de la prochaine échéance de paiement des cotisations et contributions sociales.

Cette taxe doit être déclarée dans la DSN avec le code type de personnel (CTP) 771.

Expérimentation des CDD « multiremplacements » – Décret n° 2019-1388 du 18 décembre 2019

Actuellement, la jurisprudence de la Cour de cassation autorise la conclusion d'un CDD pour le remplacement d'un seul salarié. Ainsi, lorsqu'un salarié est recruté en CDD pour remplacer successivement plusieurs salariés, il est conclu autant de contrat qu'il y a de salariés à remplacer (Cass. Soc., 28 juin 2006, n° 04-40.455).

L'inconvénient de cette règle, c'est la multitude de CDD de courte durée et l'application d'un délai de carence dans certains cas.

Pour y remédier, la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel dite loi « Avenir professionnel » autorise à **titre expérimental et dans certains secteurs définis par décret** la conclusion d'un seul CDD ou d'un seul contrat de travail temporaire pour remplacer plusieurs salariés.

Le décret du 18 décembre 2019 fixe les 11 secteurs concernés :

- ✓ Sanitaire, social et médico-social ;
- ✓ Propreté et nettoyage ;
- ✓ Economie sociale et solidaire, 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 ;
- ✓ Transport routier et activités auxiliaires ;
- ✓ Industries alimentaires ;
- ✓ Services à la personne.

Selon les débats parlementaires, cette expérimentation autorise la conclusion avec un salarié d'un seul contrat pour le remplacement simultané de plusieurs salariés à temps partiel absents ou pour les remplacements successifs de plusieurs salariés à temps plein ou partiel.

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

Cette expérimentation s'applique aux CDD et aux contrats de travail temporaire conclus **entre le 20 décembre 2019 et le 31 décembre 2020.**

CONTACTS

152 bis, rue de Longchamp - 75116 Paris

Tél. : +33 (0)1 44 94 96 00

societe@actanceavocats.com



actance
—— société d'avocats ——

actance
—— société d'avocats ——

