BULLETIN DES ETUDIANTS EN MASTER 2

DROIT DE L'ENTREPRISE - PARCOURS DROIT SOCIAL

SOMMAIRE

Article 1 : *RGPD et procédures de recrutement* 2

Article 2 : *La déclaration préalable à l'embauche : formalité administrative relevant de la responsabilité de l'employeur* 4

Article 3 : *Le chèque emploi-service (CESU) : une échappatoire aux dispositions relatives aux CDD ?* 6

Article 4 : *Vers une prorogation de la période d'essai par tout motif d'absence du salarié ?* 8

Article 5 : *L'implacable exigence jurisprudentielle d'une précision irréprochable de la zone géographique des clauses de mobilité* 10

Article 6 : *Etendue géographique de la clause de non-concurrence et contrôle de la proportionnalité : nouvelle précision des contours de validité et d'application par la Cour de cassation* 12

Actualités Master II Droit de l'Entreprise – parcours Droit Social

En cette fin d'année 2019, la promotion 8 a eu l'opportunité de revenir sur les 100 ans de l'OIT lors du séminaire inaugural 2019-2020, « La France et les 100 ans de l'OIT ». Riche d'enseignements, ce séminaire a notamment été l'occasion d'effectuer un retour d'expérience par la promotion précédente sur le voyage d'étude à Genève, au sein de l'OIT. Cette année encore, cette visite sera proposée aux étudiants de la promotion 2019-2020, sous l'impulsion du nouveau bureau de l'Association ARDS du Master II, « Amiens Réflexion en Droit Social ».

Parallèlement, que ce soit au niveau législatif ou jurisprudentiel, de nombreux changements en termes d'embauche sont venus cadencer l'année 2019.
En effet, les entreprises et les salariés ont dû s'adapter à divers aménagements. Parmi ces derniers, la fin de la période de tolérance de la CNIL après l'entrée en vigueur du RGPD, plus précisément les obligations de l'employeur en matière de recrutement.
Pour cette même matière, la Cour de cassation est venue, quant à elle, apporter des précisions sur la responsabilité de l'employeur en cas de défaut de déclaration préalable à l'embauche, ou encore sur l'usage du chèque emploi-service.
Les clauses du contrat de travail, elles aussi, ont fait l'objet de décisions de la Cour de cassation. Ainsi, ce sont les contours de la période d'essai, de la clause de mobilité et de la clause de non-concurrence qui ont été revus en ce début d'année.

Nous vous souhaitons une agréable lecture.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

L'exigence de transparence dans le traitement des données personnelles des candidats lors des procédures de recrutement, renforcée par l'entrée en vigueur du RGPD, constitue-t-elle un outil pertinent de lutte contre les discriminations à l'embauche ?

Dans une période combinant un accroissement de la sensibilité des citoyens quant à la protection de leurs données personnelles et une lutte active contre les discriminations à l'embauche, les obligations de l'employeur en matière de recrutement semblent se multiplier pour assurer un choix objectif entre les candidats.

Le règlement général sur la protection des données (RGPD) effectif depuis le 25 mai 2018, s'inscrit dans cette logique en prévoyant de nouvelles obligations auxquelles devront se plier les utilisateurs du traitement automatisé des données personnelles, notamment lors des procédures de recrutements.

Suite à cette entrée en vigueur, les employeurs ont bénéficié d'une certaine « tolérance » de la CNIL. Cette phase d'indulgence étant achevée[1], elle laisse place à une phase de répression et de surveillance du respect des dispositions du RGPD. Partant, il est aujourd'hui primordial pour les employeurs d'adopter un comportement conforme avec ces règles - à présent considérées comme acquises - sous peine d'un redressement de la commission. Ce redressement pourra se traduire notamment par un avertissement, par le retrait d'une certification ou encore par une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 2% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise. Le manquement à ces obligations pourra alors s'avérer coûteux pour l'employeur.

Dans le prolongement de l'article L1221-9 du Code du travail qui prévoit que « aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance », le RGPD ouvre plusieurs droits aux candidats, notamment celui d'accéder aux informations collectées lors de l'entretien. Ainsi, pour répondre à une telle demande, l'employeur devra fournir au salarié une copie des données recueillies.

Cette obligation apparaît comme un outil de lutte contre les discriminations à l'embauche. En effet, en plus de l'interdiction posée à l'article L1221-6 du Code du travail de collecter des informations qui ne présentent pas « un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles », le RGPD en son article 5 impose que les données collectées le soient pour des finalités déterminées, qu'elles soient pertinentes et limitées au regard de ces finalités.

Si l'idée de lutte contre les discriminations à l'embauche n'apparaît pas explicitement ici, c'est l'application pratique du droit d'accès aux données collectées qui semble révéler qu'il s'agit d'un outil de lutte contre ce fléau. Effectivement, le risque pour la personne chargée du recrutement de se voir adressée une demande de la copie des données collectées, permet une dissuasion de l'utilisation d'algorithmes de tri des candidatures dont le paramétrage serait discriminatoire ou encore la simple mention de données étrangères à l'évaluation des aptitudes professionnelles du candidat.

[1] *Présentation du Rapport d'activité 2018 et des enjeux 2019 de la CNIL du 15 avril 2019*

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

Cette constatation n'est pas sans faire écho à la décision rendue par la Cour de cassation le 23 juin 2009[2] confirmant la sanction d'un employeur ayant utilisé la mention « BBR » signifiant que la personne à recruter n'était pas « typée ». Un tel système de classification et d'étude des candidatures ne pourrait aujourd'hui plus rester longtemps dissimulé en raison du renforcement de l'exigence de transparence présentée ci-dessus.

Il est judicieux de se questionner sur l'efficacité du droit d'information du candidat sur les moyens de recrutement utilisés à son encontre. En ce sens, il est à supposer que les employeurs souhaitant continuer à recruter selon des critères discriminatoires innovent ; par exemple, en utilisant un système de tri des candidatures parallèle.

Enfin, cette analyse laisse apparaître certaines lacunes dans le système de protection des données personnelles élaboré : Comment être certain que la liste des informations communiquée par l'employeur est exhaustive ? Aussi, on peut regretter l'absence d'une exigence de clarté quant aux éléments demandés et donc craindre le développement de l'utilisation par les personnes chargées du recrutement d'acronymes incompréhensibles.

[2] *Cour de cassation – Chambre criminelle – 23 juin 2009 – n° 07-85.109*

JOLLY EUGENIE

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

La déclaration préalable à l'embauche : une formalité administrative relevant de la responsabilité de l'employeur

Qu'elle résulte de la décision d'accroître les effectifs d'une entreprise pour une durée indéterminée ou de la réponse à un besoin temporaire, la procédure de recrutement n'est pas toujours une opération aisée pour un employeur. En effet, si le recrutement peut être observé via les nombreuses questions juridiques qu'il suscite, relatives notamment au choix du salarié, il permet également la mise en œuvre de plusieurs obligations liées à l'embauche. Plus précisément, des obligations dont l'employeur aura la charge.
En ce sens, il est possible d'appréhender une partie de ces obligations sous l'angle des formalités administratives qui viennent rythmer l'embauche d'un salarié dans une entreprise.

En effet, en matière de droit de l'embauche, l'employeur est, parmi d'autres obligations, tenu de respecter une formalité administrative particulière : la déclaration préalable à l'embauche (ou DPAE). Cette formalité a remplacé la "Déclaration Unique d'Embauche" en 2011 afin de faciliter les démarches administratives à la charge l'employeur, lesquelles tiennent principalement à l'immatriculation et l'affiliation du salarié à divers organismes. Ainsi, si en apparence l'accomplissement de cette formalité ne semble pas poser de difficultés, force est de constater que l'obligation de déclaration préalable à l'embauche a été au cœur de plusieurs litiges devant les chambres de la Cour de cassation, tant devant la chambre sociale que devant la chambre criminelle. Pour preuve, le 7 mai 2019, la Cour de cassation a une nouvelle fois rendu une décision sur cette question. En conséquence, afin de comprendre au mieux cette jurisprudence, il convient d'envisager en premier lieu ce qu'est l'obligation de déclaration préalable à l'embauche, en particulier au visa de la sous-section du même nom insérée dans le Code du travail.

Notamment, l'article L. 1221-10 du Code du travail dispose « *L'embauche d'un salarié ne peut intervenir qu'après déclaration nominative accomplie par l'employeur auprès des organismes de protection sociale désignés à cet effet.*
L'employeur accomplit cette déclaration dans tous les lieux de travail où sont employés des salariés. »
Au regard de l'alinéa premier de cet article, il est possible de faire le constat suivant : la déclaration préalable à l'embauche est une déclaration nominative et obligatoire qui doit être accomplie par l'employeur. Autrement dit, l'employeur est tenu de déclarer chaque salarié qu'il embauche, c'est dire qu'il y a, en principe, autant de déclarations préalables à l'embauche transmises que de salariés embauchés dans une entreprise. Également, si cette déclaration doit être transmise, elle ne peut l'être qu'aux seuls « *organismes de protection sociale désignés à cet effet* », à savoir l'Urssaf (pour les salariés relevant du régime général) et la mutualité sociale agricole (pour les salariés relevant de la protection sociale agricole). Ainsi, les modalités de la transmission de la déclaration préalable à l'embauche sont largement encadrées par le Code du travail, en particulier par sa partie réglementaire aux articles R. 1221-1 et suivants. Il résulte notamment de ces articles que la déclaration préalable à l'embauche doit être transmise par l'employeur dans les huit jours précédant l'embauche du salarié.

Au regard de cela, la décision du 7 mai 2019 de la Cour de cassation (Cass. Crim., 7 mai 2019, n° 18-83.552) permet de mettre en lumière les enjeux de la déclaration préalable à l'embauche, en particulier dans un contexte de lutte contre le travail dissimulé. En effet, cette formalité administrative est devenue un outil de distinction entre le travail déclaré et légal, et le travail dissimulé qui, quant à lui, est une forme de travail illégal au sens de l'article L. 8211-1 du Code du travail.

En l'espèce, un employeur se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel qui le condamne au

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

titre de travail dissimulé. En effet, la Cour d'appel juge que l'employeur n'a pas satisfait à son obligation de déclaration préalable à l'embauche de trois intérimaires. Devant la chambre criminelle, l'employeur argue du caractère non intentionnel du défaut de déclaration, invoquant notamment que cette formalité avait été déléguée à son comptable. Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi et décide « *que les juges soulignent que le prévenu conteste toute intention de frauder, imputant la responsabilité de cette situation à son comptable ; qu'ils ajoutent que l'obligation de déclarer les salariés préalablement à leur embauche pèse sur le seul employeur, qui ne peut invoquer la négligence d'un tiers pour s'en affranchir ; que les juges concluent que le prévenu connaît la législation en la matière, pour avoir procédé, dans les dix-huit derniers mois avant le contrôle des inspecteurs du travail du 12 septembre 2012, à cent vingt déclarations préalables à l'embauche dont certaines pour ces mêmes intérimaires*».
Autrement dit, c'est sur le seul employeur que pèse l'obligation de déclaration préalable à l'embauche, tout oubli dans la transmission de cette déclaration relèvera donc de sa seule responsabilité, peu importe qu'il ait ou non délégué cette formalité, peu importe qui est à l'origine de cet oubli. Par ailleurs, il y avait lieu de s'interroger en l'espèce sur la prétendue bonne foi de l'employeur, la Cour justifiant en ce sens de ce que ce dernier connaissait la législation en vigueur.

Cette décision de la Cour de cassation, bien que prise sous un volet pénal, aura très certainement des conséquences sur le droit de l'embauche. En effet, tout employeur qui souhaitera à l'avenir confier à une tierce personne la gestion de la déclaration préalable à l'embauche devra se montrer d'autant plus vigilant s'il ne veut pas voir sa responsabilité mise en jeu.
En tout état de cause, la sévérité de cette décision trouve une explication dans la lettre même de l'article L. 1221-10 du Code du travail, lequel confie à l'employeur l'obligation de déclaration préalable à l'embauche. Par ailleurs, il convient de garder en mémoire que la décision de la Cour de cassation s'inscrit dans un contexte particulier : la lutte contre le travail dissimulé.

BOUHIER MARGAUX

Articles de loi : L. 1221-10 et R. 1221-1 et suivants du Code du travail
L. 8211-1 du Code du travail
Jurisprudence : Cass. Crim., 7 mai 2019, n° 18-83.552

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

Le chèque emploi-service (CESU) : une échappatoire aux dispositions relatives aux CDD ?

Le chèque emploi service universel, connu sous l'acronyme « CESU », a été mis en place le 1er décembre 1994. Ce dispositif a été créé afin d'éviter les démarches complexes nécessaires à l'embauche. Plus précisément, il a pour objectif de simplifier les déclarations de rémunération.

Attention toutefois à son appellation « chèque emploi-service » qui peut paraitre trompeuse. En effet, il ne s'agit pas d'une aide à la rémunération mais à la déclaration.

Le CESU est dédié aux activités de service à la personne. C'est-à-dire des activités destinées à améliorer le quotidien des particuliers à leur domicile. Le problème de ce type d'emploi est qu'il fait souvent l'objet de fraude à l'URSSAF. En effet, les particuliers (employeurs) omettent de déclarer leurs salariés en raison de la complexité des modalités d'embauche. En simplifiant ces démarches, le mécanisme de chèque emploi-service permet d'éviter ce que l'on appelle le travail dissimulé. Par exemple, il ne sera pas nécessaire d'établir de déclaration préalable à l'embauche.

Un des nombreux avantages réside aussi dans le fait que le CESU permet au salarié d'avoir une protection sociale. Le travailleur bénéficie donc des mêmes droits que les autres salariés. Par conséquent, il aura le droit à l'assurance chômage, maladie, retraite etc.

Les contrats, découlant du chèque emploi-service, sont majoritairement écrits. Comme tout contrat de travail, il est nécessaire d'y inscrire les conditions de travail, la qualification du salarié, la rémunération et les horaires.

Les parties sont libres quant au type de contrat qu'ils souhaitent établir. Ces emplois peuvent être à temps partiel ou à temps complet pour un travail régulier ou ponctuel.

Lorsque les parties décident d'avoir recours à un travail ponctuel, il est nécessaire de respecter les dispositions d'ordre public relatives aux CDD. C'est ce qui a été affirmé par la Cour de Cassation, le 27 mars 2019. Si le CESU est un processus de simplification, il n'en demeure pas moins qu'il existe des règles à respecter. Toute la règlementation n'est pas à minimiser.

En l'espèce, un jardinier demandait la requalification du CESU en CDI dans le but de résilier judiciairement son contrat de travail. Sa demande était fondée sur le fait qu'il ait travaillé de mai 1999 à septembre 2011 à raison de 8 heures par semaine. Celui-ci a été débouté malgré l'absence d'interruption du travail. En effet, selon la Cour d'appel de Bordeaux, il s'agissait de CDD à temps partiel renouvelables mensuellement. La Cour d'appel se fonde aussi sur l'absence de contrat écrit. Ce formalisme étant autorisé pour le chèque emploi-service.

Ici, le principe selon lequel il n'y a pas d'obligation d'écrit, pour les CESU, est mis à mal par l'article L 1271-5 du Code du travail. En effet, cet article oblige la présence d'un écrit, dans le cadre du CESU, lorsque la durée du travail excède 8h hebdomadaires ou si celle-ci dépasse quatre semaines consécutives dans l'année pour les CDD et les contrats à temps partiel. La chambre sociale de la Cour de cassation a, par conséquent, cassé cet arrêt d'appel sur ce motif. Selon la Cour ;

« q*u'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le contrat de travail n'avait pas été conclu pour l'exécution d'une tâche temporaire, de sorte qu'il ne pouvait être à durée déterminée, la cour d'appel a violé [les articles L. 1242-2 et L. 1242-8 du code du travail, dans leur rédaction applicable, et l'article 7 de la convention collective nationale des salariés du particulier employeur du 24 novembre*

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

1999 et l'article L. 1271-5 du code du travail, dans sa rédaction applicable] ».

En effet, « *il résulte de la combinaison de ces textes que si l'utilisation du chèque emploi-service universel pour les emplois n'excédant pas huit heures hebdomadaires dispense l'employeur d'établir un contrat de travail écrit, elle ne lui permet pas de déroger aux dispositions d'ordre public du code du travail régissant les cas de recours au contrat à durée déterminée et ses conditions de renouvellement* ». (Cass. Soc, 27 mars 2019, n0 18-10.903)

La Cour rappelle implicitement, qu'en droit du travail, il existe des règles d'ordre public indérogeables. Ces dispositions d'ordre public absolu concernent, pour partie, les règles relatives aux catégories de contrat de travail (Cass. Soc, 12 juillet 2018, n°16-26.844). Cet arrêt de 2019 précité en est l'exemple. Elles protègent, en réalité, les salariés contre la précarité en assurant des dispositions minimales (Cass. Soc, 2 avril 2014, n°11-25.442). Par ailleurs, ces règles doivent être appliquées même si elles sont moins favorables au salarié (Article L 2251-1 Code du travail).

Par conséquent, les dispositions relatives aux CDD ayant un caractère d'ordre public ne peuvent pas être dérogées. Elles se trouvent alors appliquées dans le cadre du CESU malgré l'objectif de simplification.

Il est possible d'y voir un rappel à l'ordre de la part de la Cour de Cassation qui recadre la Cour d'appel dans son application du droit. Elle rappelle qu'il existe des règles applicables en toutes circonstances. Cette solution peut paraitre sévère au regard du régime du CESU. Notamment dans le fait que cette solution aille à l'inverse de son objectif de simplification. Mais par ailleurs, il est nécessaire de poser des limites et de protéger les salariés.

Au-delà de cette jurisprudence, le CESU va-t-il connaitre une suite de décisions jurisprudentielles rigoureuses ou de dispositions impérativement applicables de sorte que le régime se complexifiera et nuira à son objectif de mise en œuvre ?

CHATELAIN VICTORIA

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

Vers une prorogation de la période d'essai par tout motif d'absence du salarié ?

« *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.* » Tel est le principe posé par l'article L1221-20 du Code du travail. Autrement dit, cette période, qui se situe au commencement de l'exécution du travail, permet à chaque partie d'évaluer l'autre avant que la relation contractuelle ne devienne définitive. Dès lors, la période d'essai constitue une étape clé de l'embauche d'un salarié.

Cette période revêt une importance telle qu'en cas de suspension du contrat de travail, la période d'essai est prorogée d'une durée égale à celle de l'absence du salarié au sein de l'entreprise. En effet, cette dernière prive l'employeur d'un temps d'appréciation de ses compétences. En cela, la jurisprudence admet en pratique divers cas de suspension, notamment en cas de maladie (Chambre sociale, 3 octobre 1957), en cas de congés annuels (Chambre sociale, 27 novembre 1985), en cas d'accident du travail (Chambre sociale, 4 février 1988), pour subir des épreuves de sélection du service national (Chambre sociale du 26 octobre 1999), en cas de jours de congés sans solde (Chambre sociale, 23 mai 2007, n°06-41.338), et en cas de congés payés (Chambre sociale du 31 janvier 2018, n°16-11.598).

Une circulaire DRT n°90-18 du 30 octobre 1990 rappelle à juste titre que la période d'essai ne présente d'utilité « *que si le travail est effectué* ». En toute logique, si un salarié bénéficie de jours de récupération du temps de travail (RTT), qu'il soit en période d'essai ou non, cela signifie que le salarié a effectué son travail. S'est posée la question de savoir si les jours de RTT suspendent la période d'essai ? A priori, la Cour de cassation aurait pu y répondre par la négative dans la mesure où le salarié, qui bénéficie de jours de récupération du temps de travail, a exécuté des heures de travail au delà du contingent initialement prévu, de sorte que l'employeur a parfaitement pu apprécier les qualités et les compétences du salarié.

Pour autant, dans un arrêt récent du 11 septembre 2019 n°17-21.976, la Chambre sociale de la Cour de cassation répond à cette interrogation par la positive : « *la période d'essai ayant pour but de permettre l'appréciation des qualités du salarié, celle-ci est prolongée du temps d'absence du salarié, tel que celui résultant de la prise de jours de récupération du temps de travail* ». Par cet arrêt, la Cour de cassation est venue ajouter à la liste des cas de suspension de la période d'essai : le cas des jours de récupération du temps de travail. En ce sens, il convient de se pencher davantage sur le pourvoi principal.

En l'espèce, une salariée engagée le 17 février 2014 bénéficiait d'une période d'essai de quatre mois de telle sorte que celle-ci devait prendre fin le 16 juin 2014 à minuit. Or, le 24 juin 2014, les parties ont convenu du renouvellement de la période d'essai pour une même durée. Au cours de l'exécution de son contrat de travail, la salariée avait effectivement bénéficié de sept jours de récupération du temps de travail qui ont eu pour effet, selon l'employeur, de proroger la date d'expiration de la période d'essai au 25 juin 2014. L'employeur ayant rompu la période d'essai le 19 septembre 2014, la salariée a contesté le renouvellement de la période d'essai le considérant comme étant tardif et abusif.

Cette décision de la Cour de cassation s'inscrit dans le but fixé par l'article L1221-20 du Code du travail comme rappelé à titre liminaire. Par une interprétation stricte de cet article, la juridiction du Quai de l'Horloge estime le renouvellement valable et rappelle dans un même temps : « *qu'en l'absence de dispositions contractuelles ou conventionnelles contraires, la durée de la prorogation de l'essai ne peut être limitée aux seuls jours ouvrables inclus dans la période ayant justifié cette prolongation » (issu de l'arrêt : Chambre sociale, 14 novembre 1990, n°87-42.795).* En effet, il est de principe que la période d'essai embrasse les samedi 24 et dimanche 25 juin 2014.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

Il convient de rappeler que, conformément à la jurisprudence de cette même Chambre, les RTT constituent la « *contrepartie* » des heures de travail exécutées au delà de l'horaire légal ou de l'horaire convenu, de sorte qu'« *ils n'ont ni la même cause, ni le même but que les congés payés* » (Chambre sociale, 17 février 2010, n°08-44.589). Pour cette raison, l'arrêt précité de la Cour de cassation paraît surprenant dans la mesure où la Cour aurait pu retenir que l'absence de la salariée, due à la prise de jours de RTT, n'emportait aucune conséquence quant à la durée de la période d'essai. En effet, les RTT constituent un cas particulier d'absence du salarié en ce qu'il est question, pour celui-ci, de récupérer un temps de travail effectué anormalement.

Jusqu'à aujourd'hui, la Cour de cassation a toujours admis des cas précis de suspension de la période d'essai mais ne reconnaît-elle pas, ici, par une interprétation stricte, que le terme « *absence* » doit être apprécié plus largement ? En considérant ce qui précède, tout le porte à croire.

Si lors des jours de récupération du temps de travail le salarié est effectivement absent de l'entreprise, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'a pas exécuté son travail. En traitant les RTT d'une telle manière, la Cour de cassation ne vient-elle pas remettre en cause la nature même de ceux-ci ? Et alors même que le législateur met en place des garde-fous pour sécuriser la relation contractuelle tant au profit des salariés que des employeurs, cet arrêt ne viendrait-il pas rendre la période d'essai davantage profitable à l'employeur, voire dans certains cas accroître la situation précaire des salariés dont l'employeur peut rompre la période d'essai sans motif ?

STERZ-HALLOO MAURINE

Jurisprudence :
Cour de cassation, Chambre sociale, 11 septembre 2019, n°17-21.976

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

L'implacable exigence jurisprudentielle d'une précision irréprochable de la zone géographique des clauses de mobilité

De plus en plus employée dans les contrats de travail, la clause de mobilité fait l'objet d'une règlementation jurisprudentielle précise, mais aussi d'un contentieux marqué dont les employeurs les moins au fait font les frais. Cette clause est celle par laquelle un salarié donne son accord par avance à une modification de son lieu habituel de travail. Dès lors, tout changement de lieu de travail, en application de cette clause, s'analyse en un changement des conditions de travail que le salarié ne peut refuser, bien que la mutation s'effectue au delà du secteur géographique initial et constituerait en principe une modification de son contrat de travail supposant accord du salarié. Le refus du refus du salarié serait donc constitutif d'une faute en raison de cette contractualisation de sa mobilité, que les juges fondent avec le nouvel article 1103 du Code civil. Le lieu du travail quitte son caractère contractuel pour rejoindre le domaine des conditions de travail, librement modulables par l'employeur au titre de son pouvoir de direction.
Pareille renonciation préalable du salarié de son droit de refuser une modification d'un tel élément du contrat de travail doit être fortement encadrée. Le juge s'emploie donc à contrôler rigoureusement un ensemble de conditions exigées pour admettre la validité de ces clauses de mobilité. Parmi celles-ci : la précision de la zone géographique dans laquelle le salarié sera éventuellement appelé à être muté. Autrement dit, la clause de mobilité doit impérativement définir de façon précise sa zone géographique d'application et ne peut par ailleurs conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée (2).

Cette condition d'une zone géographique précise est donc une exigence jurisprudentielle ayant pour but la protection du consentement éclairé du salarié. Cette notion se précise a fortiori seulement à mesure des décisions juridictionnelle : si l'on sait déjà que l'employeur doit définir avec une rigueur particulière la zone dans laquelle le salarié sera éventuellement appelé à être muté, le degré de cette précision est défini par le seul juge qui décidera, au cas par cas, de la suffisance de la précision. En définitive, la jurisprudence joue, encore une fois, un rôle crucial dans la définition du degré de précision attendu pour la validité d'une telle clause. L'employeur et les juristes collaborateurs doivent donc être particulièrement attentifs quant à la veille juridique en la matière, puisque des précisions supplémentaires sont apportées au fil des décisions rendues par le juge du droit. Précisions déterminantes pour l'employeur puisque l'issue d'un éventuel litige relatif à la mise en œuvre d'une telle clause tiendra notamment de sa validité accordée ou non par le juge. Cela est vrai d'autant plus que le contentieux en matière de validité de ces clauses connait un développement important compte tenu de l'intérêt qu'ont les salariés à faire annuler de telles clauses (notamment ceux souhaitant l'annulation d'une clause afin de faire qualifier leur licenciement d'abusif).

Pour preuve, des décisions récentes ont encore apporté de nouvelles « précisions sur la précision » de cette zone géographique. Notamment, par un arrêt du 2 octobre 2019 (3), la Cour de cassation affirme que la clause qui, après avoir informé le salarié qu'il exercera ses fonctions dans un secteur dit « RO2 », précise que « la société se réserve le droit, à tout moment, et selon sa propre initiative, d'élargir, réduire ou modifier le secteur ci-dessus défini, de même que la qualification de la zone » est nulle pour défaut de précision de la zone géographique et pour avoir effet de donner à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée. Mais la décision apporte un élément très intéressant qui servira aux autres employeurs : la cour d'appel avait invoqué le fait, « pour décider que la salariée était précisément informée que la modification de son secteur pouvait intervenir au niveau du territoire métropolitain », qu'était joint au contrat une carte de ce même territoire qui définissait les différents secteurs géographiques d'intervention de la société au niveau national. En dépit de cela, la Cour de cassation a conclu à la nullité de la clause pour défaut de précision du secteur géographique.
La présente décision nous permet d'affirmer que c'est la clause elle-même qui doit être extrêmement précise. Elle doit vraisemblablement se suffire à elle-même : c'est bien la clause qui doit définir précisément la zone géographique, et non pas le contrat, support matériel plus large, qui procéderait à un renvoi à une carte annexée de laquelle doit être déduite l'éventuelle étendue de cette clause de mobilité…

À nouveau, la décision nous rappelle combien les juges se veulent très protecteurs du consentement du salarié, car c'est bien de cela qu'il s'agit : c'est l'absence de véritable consentement éclairé du salarié qui a conduit à la nullité de la clause de mobilité. Étant trop imprécise, le salarié n'avait aucune réelle conscience de l'étendue de son engagement, et par extension n'avait pas donné un consentement conscient.
En bref, la clause doit toujours expressément prévoir l'étendue géographique de la zone de mobilité imposée au salarié.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

À cette occasion, plusieurs enseignements peuvent être retenus en matière de précision de la zone géographique tant exigée par le juge, qu'il conviendra de toujours garder à l'esprit :
D'abord, il est aujourd'hui indéniable qu'il faille se fier aux décisions jurisprudentielles pour savoir ce qu'est une zone géographique précisément définie et ce qui ne l'est pas. En effet, si l'on reprend l'exemple de l'arrêt, la question qui y était posée était tout à fait légitime pour l'employeur. Il est loin d'être évident de dire, avant toute décision, si une clause qui prévoit une mutation possible dans tous les secteurs de l'entreprise et à laquelle est jointe en annexe une carte du territoire métropolitain qui définit précisément la répartition de ces mêmes secteurs sur le territoire métropolitain est trop imprécise pour être valable. Le deuxième enseignement découle du premier : avant de prendre le risque de rédiger une clause de mobilité un peu plus « élaborée » ou qui sort de l'ordinaire, mieux vaut se tourner vers la jurisprudence pour voir si la rédaction envisagée a déjà fait l'objet d'une annulation, tant les décisions en la matière sont diverses en espèce, et nombreuses. Les décisions sont par ailleurs les seuls indicateurs dont l'employeur dispose. Le troisième, qui découle donc des deux précédents, s'adresse aussi aux employeurs et serait celui qui consiste à dire de ne prendre tout bonnement aucun risque, et de préciser simplement mais rigoureusement la zone géographique envisagée dans la clause elle-même, comme l'invitait déjà la Cour de Cassation dans son arrêt précité de 2006. On déconseillera donc aux employeurs de faire référence aux secteurs, aux bassins, ou « aux établissements de l'entreprise », mais plutôt à des véritables découpages administratifs (circonscription, département, région, territoire national…). L'employeur devrait donc en tout état de cause prendre ses précautions devant la très grande sévérité de la Cour et la prévisibilité discutable de ses décisions. Par exemple, il avait été décidé de la nullité d'une clause qui prévoyait la mobilité d'un directeur de magasin « dans toute société ayant un lien juridique avec son employeur, en tout lieu en France » (4). Pourtant, dans un autre arrêt, elle avait décidé qu'était valable la clause qui prévoyait la mobilité du salarié sur l'ensemble du territoire national (5)… La première clause semble pourtant plus précise.
Il vaudra donc mieux pour l'employeur ou son juriste d'avoir parfaitement conscience des décisions jurisprudentielles d'actualité pour chaque cas précis, car chaque arrêt constitue une indication supplémentaire pour les clauses de mobilité rédigées.

Il nous semble que même si la rigidité implacable du quai de l'horloge quant à la précision de la zone géographique semble pénaliser les employeurs maladroits qui recourent à des notions floues telles que « secteurs » ou « établissements » ou à des annexes, celle-ci reste très largement souhaitable. S'il a fait de cette précision un paramètre absolument central de la validité de la clause, c'est bien pour la protection du consentement des parties à un contrat, et surtout celui du salarié juridiquement subordonné et donc en position de faiblesse, surtout à la conclusion du contrat. La notion de bonne foi qui irradie l'ensemble du droit contractuel, et encore plus le droit du travail compte tenu de cette subordination particulière, commande de mettre le salarié en capacité d'évaluer très nettement toute l'étendue de son engagement.
L'idée phare est la suivante : De la seule lecture de la clause elle-même, celui-ci doit savoir exactement où est-ce qu'il sera éventuellement amené à travailler.
C'est cela, un consentement conscient et éclairé.
Rappelons également que cette sévérité s'explique en ce que toutes les restrictions aux libertés ou droits des salariés qui sont autorisées sont toujours interprétées restrictivement. Ce cas n'échappe pas à la règle.

Le degré suffisant de précision de la zone géographique dépendant largement de l'appréciation du juge, on ne peut donc que conseiller aux rédacteurs d'être à jour dans leur veille jurisprudentielle et de ne prendre aucun risque dans l'écriture de la clause : la Cour est toujours susceptible de changer d'interprétation à l'occasion d'un nouveau pourvoi formé au sujet d'une même formulation. D'où l'intérêt pour les employeurs d'être au courant des évolutions jurisprudentielles en la matière mais surtout d'être prévoyant en rédigeant de façon sécurisée, et donc, avec le plus de précision possible. Dans le cas contraire, ils risqueraient d'être surpris lors d'un contentieux qui les concernerait personnellement.

DUBUS JONATHAN

1) Art. 1103 du Code civil
2) Cour de cassation, Chambre sociale, 6 juin 2006
3) Cour de cassation, Chambre sociale, 2 octobre 2019
4) Cour de cassation, Chambre sociale, 18 mai 2011
5) Cour de cassation, Chambre sociale, 9 juillet 2014

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

Etendue géographique de la clause de non-concurrence et contrôle de la proportionnalité : nouvelle précision des contours de validité et d'application par la Cour de cassation

Il est nécessaire de rappeler qu'aucun texte légal ne réglemente, en droit français, les clauses de non-concurrence. C'est donc la jurisprudence qui a façonné le régime juridique de cette clause. Cela s'est fait progressivement par de nombreux arrêts prenant en compte des impératifs contradictoires tels que la liberté de travailler du salarié, le principe de la libre concurrence mais également les intérêts et besoins de l'entreprise.

Tout d'abord, rappelons que la clause de non concurrence se définie comme étant une clause par laquelle un salarié s'engage à ne pas exercer d'activité concurrente à celle de son employeur, c'est-à-dire une activité qui pourrait lui nuire, à compter de la rupture de son contrat de travail. La clause produit ainsi ses effets quand le contrat de travail qui la porte s'éteint.

Mais pour que cette clause soit valable, la Cour de cassation est venue poser dans un célèbre arrêt du 10 juillet 2002 (n°00-45.135) des conditions cumulatives à respecter, à savoir ; qu'elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle doit tenir compte des compétences du salarié et de la possibilité pour lui de retrouver un travail compatible avec sa formation (c'est-à-dire que la clause ne doit pas porter sur l'intégralité du domaine de compétence du salarié), qu'elle doit être nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et enfin qu'elle n'est valable que si elle prévoit une contrepartie financière pour le salarié et ce, même si la convention collective n'en prévoit pas.
Ces conditions étant cumulatives, si une seule n'est pas remplie, la clause est nulle et réputée ne jamais avoir existé. Seul le salarié peut se prévaloir de la nullité d'une telle clause mais ce sera à lui de prouver le préjudice subi du fait de cette clause.

Même en présence d'une clause valable, le juge peut décider de la restreindre pour préserver la liberté de travail du salarié notamment au vue de la limitation de la clause dans le temps et dans l'espace qui est un sérieux sujet de débat.

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 juillet 2019 (n°18-16.134) illustre parfaitement ce pouvoir de réduction de la portée d'une clause de non-concurrence du juge. Il s'agissait ici notamment, pour la Cour, d'apporter une nouvelle précision sur le critère du périmètre géographique de la clause. La Haute juridiction est ainsi vendu préciser les contours de la validité de la clause mais surtout les limites de son applicabilité.

Nous savons par avance que le périmètre géographique doit être clairement défini mais qu'il doit également être limité aux zones dans lesquelles l'activité de l'ancien salarié peut concurrencer l'entreprise. Dans cet arrêt du 3 juillet 2019, une salariée avait été engagée par une société de haute couture française en tant que « trainee manageer ». Dès le départ, son contrat de travail prévoyait une clause de non concurrence couvrant le territoire de l'Europe pendant 6 ans. Par la suite, elle a occupé un poste de « boutique manager » à Hong-Kong. Son contrat de travail a alors été étendu par avenant et a modifié la clause de non-concurrence pour l'étendre à la zone Asie-Pacifique. Après avoir démissionné, la salariée est venue contester la validité de cette clause en indiquant que cette clause était insuffisamment limitée dans l'espace puisqu'elle l'empêchait de travailler dans 50 pays de l'Asie-Pacifique et dans 48 pays de l'Europe. Elle estimait ainsi que cette clause venait porter une atteinte à sa liberté de travailler.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

La Cour d'appel de Paris a donné raison à la salariée en retenant la nullité de la clause et en condamnant l'employeur au paiement de dommages et intérêts. Elle est venue considérer qu'un *« champ d'application aussi vaste dans un premier temps qu'un continent, à savoir l'Europe, puis son extension à un deuxième continent, l'Asie, outre les Etats du Pacifique, constituait une limitation excessive à la liberté du travail »*.

Saisie sur un pourvoi de l'employeur, la Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel et juge que cette dernière ne pouvait considérer la clause excessive *« au regard de la seule étendue géographique de la clause, sans rechercher si la salariée se trouvait dans l'impossibilité d'exercer une activité conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience »*.

Ainsi, cet arrêt nous démontre que pour la Cour de cassation, il faut opérer un contrôle de proportionnalité entre les effets de la clause de non-concurrence et ses limitations. Ainsi, la clause de non-concurrence est toujours valable si elle n'a pas pour effet d'empêcher le salarié d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation, ses connaissances et son expérience professionnelle, peu importe les restrictions dans l'espace et le temps qu'elle contient.
Plus explicitement, rien n'empêche, comme le précise la Cour de cassation, que la portée géographique de la clause soit particulièrement étendue, dès lors que le salarié conserve la possibilité d'exercer une activité conforme à ses compétences et expériences.

Par le biais de cet arrêt, la Haute juridiction est venue rappeler que les juges du fond doivent en premier lieu vérifier l'atteinte concrète à la liberté de travail résultant de la clause de non-concurrence et en deuxième lieu, s'assurer qu'elle n'empêche pas le salarié d'occuper un nouvel emploi. Les juges doivent donc prendre en compte l'intégralité des éléments de la clause de non-concurrence pour se prononcer sur sa validité. Si une telle recherche n'est pas effectuée, et tel était le cas ici, leur décision encourt une censure.

Mais en insistant sur ce contrôle de proportionnalité entre effets et limitations de la clause de non-concurrence, n'est-il pas risqué que les employeurs en abusent et que les salariés se voient appliquer des zones géographiques bien trop étendues sous réserve qu'ils ne se trouvent pas dans l'impossibilité d'exercer une activité conforme à leur formation ? Cette précision de la Haute juridiction n'est-elle pas de nature trop souple, incitant par là-même les employeurs à prévoir des zones géographiques trop étendues ? Cependant, il me parait prudent de prendre cette décision avec des gants, puisqu'il apparait peu probable qu'une clause très étendue géographiquement n'empêche pas le salarié d'exercer une activité conforme à ses compétences et expériences.

DESCAMPS LAURINE

Jurisprudences :
Cass. soc., 10 juillet 2002, n°00-45.135
Cass. soc., 3 juillet 2019, n°18-16.134

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

Les articles ci- dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.