

● **Édito**rial

Le droit aussi

Riche d'enseignements sur la situation des Ict et leurs attentes vis-à-vis du syndicalisme, le 16^{ème} congrès de l'Ugict nous a aussi donné l'occasion d'apprécier la place de l'action juridique dans notre activité. S'agissant des nouvelles règles de représentativité, nous avons pu constater à quel point leur connaissance précise était nécessaire et leur ignorance dangereuse, face aux tentatives du patronat de les détourner à son profit. Bien sûr, les avancées démocratiques et les possibilités de déploiement syndical portées par la loi du 20 août 2008 ne se concrétisent pas d'abord dans les prétoires ! Mais c'est aussi le combat judiciaire mené par la CGT qui a permis une interprétation de la loi favorable à la liberté syndicale. Et c'est aussi l'analyse juridique, en lien avec la réflexion syndicale, qui a aidé à surmonter les problèmes de représentativité issus de l'existence de plusieurs syndicats CGT dans la même entreprise, sans remettre en cause les formes d'organisation spécifique dont le choix n'appartient qu'aux syndiqués. Sauf dans quelques cas où les aspects juridiques ont été négligés ou traités sans la rigueur nécessaire... Les systèmes d'évaluation des salariés en sont un autre exemple. Dans de nombreuses entreprises, l'action judiciaire a permis de neutraliser des procédés particulièrement nocifs, utilisant des critères « comportementaux », l'adhésion servile aux « valeurs de l'entreprise » et la compétition

entre les salariés. Mais elle n'est qu'une étape dans l'élaboration d'un autre type d'évaluation, répondant aux légitimes aspirations à la reconnaissance du travail accompli, tant par chaque individu que par le collectif de travail dans son ensemble. La même remarque vaut pour les forfaits en jours sans référence horaire. La « réclamation collective » présentée par la CGT et l'Ugict devant le CEDS (Comité Européen des Droits Sociaux, chargé de veiller au respect de la Charte Sociale Européenne par les États signataires) vient d'aboutir à une nouvelle condamnation de l'État français. Cette démarche et la médiatisation de son résultat ont déjà permis de relancer l'action contre ce type de forfait. Mais aussi de reposer dans sa globalité la question du temps de travail de l'encadrement et de l'envahissement de la vie personnelle par les sujétions professionnelles. Question dont notre congrès a démontré la prégnance. Reste à concrétiser ce succès et à obtenir la reconnaissance par les tribunaux français de l'illégalité de ce dispositif. Cela passe par quelques procédures exemplaires (les juges ne répondent qu'aux questions qui leur sont posées !) et, simultanément, par une action syndicale exigeant notamment la renégociation des accords collectifs encadrant les forfaits en jours. Ni panacée, ni palliatif d'un rapport de force insuffisant, la mobilisation du droit doit être considérée comme un des outils syndicaux à notre disposition. L'ignorer conduit toujours à faciliter la tâche du patronat et parfois même à des résultats catastrophiques. Il faut en apprécier la portée et les limites, ne pas la cantonner à une affaire de spécialistes et toujours veiller à y associer les salariés concernés.

● ANALYSES

- ◆ Les réorganisations du travail ne doivent pas entraîner de réduction des fonctions des salariés
- ◆ Du bon usage... des CDD d'usage

● VEILLE JURISPRUDENTIELLE

- ◆ Clauses de non-concurrence
- ◆ Commandes menées à bonne fin et commissions
- ◆ Mutation et vie familiale

Les réorganisations du travail ne doivent pas entraîner de réduction des fonctions des salariés

Depuis 20 ans, les fusions, acquisitions d'entreprises, externalisations, cessions de branches, délocalisations s'amplifient. Le patronat transforme les organisations, redécoupe les périmètres d'activités, redistribue les tâches, réoriente les compétences des salariés et repense les organigrammes. Les conditions de travail mais aussi les fonctions des salariés sont impactées. Une évolution de la jurisprudence est apparue récemment pour fixer des limites au pouvoir de l'employeur...

Le pouvoir de l'employeur

Les restructurations relèvent du pouvoir des employeurs. Dans le cadre de son pouvoir de direction, l'employeur peut être amené à faire évoluer les fonctions et les attributions des salariés. Le simple changement des tâches attribuées au salarié ou la réorganisation de ses responsabilités constituent un changement des conditions de travail qui s'imposent à ce dernier, dès l'instant où la rémunération et la qualification ne sont pas affectées.⁽¹⁾

Mais, quoiqu'en disent les patrons, les réorganisations affectent aussi souvent le contenu du travail et entraînent des évolutions de responsabilités, le plus souvent à la baisse. Dans ce contexte d'évolution parfois brutale des fonctions des salariés, les juges ont cherché à préciser les droits et les obligations des employeurs, une nouvelle jurisprudence se dessine, centrée sur des critères qui précisent, notamment le sens de la qualification. En principe, l'employeur peut changer les tâches des salariés si elles correspondent à sa qualification sans avoir à solliciter son acceptation. Sur ce point, trois récents arrêts de la Cour de cassation apportent des éléments nou-

veaux de sécurité pour le salarié. *« Toutefois lorsque l'étendue des fonctions et le niveau des responsabilités du salarié sont fortement réduits, il y a modification du contrat nécessitant l'accord du salarié même si la rémunération ou la qualification ne sont pas affectés. »*⁽²⁾

« La scission d'un pôle en deux entités distinctes avait eu pour effet de réduire fortement l'étendue des fonctions de la salariée et le niveau de ses responsabilités, l'équipe de salariés qu'elle encadrait était passée de 11 à 6 personnes. En conséquence, le licenciement pour refus du salarié d'accepter ses nouvelles fonctions est abusif. »⁽³⁾

Autrement dit, l'employeur a le pouvoir de modifier l'organisation du travail mais cela ne doit pas avoir pour effet de réduire le niveau de responsabilité et d'autonomie des salariés.

Un troisième arrêt apporte une précision intéressante à propos de la mise à l'écart des salariés de la sphère dirigeante. Il s'agit de l'arrêt rendu par la Cour de cassation⁽⁴⁾ du 2 mars 2011 concernant la société Reuters Financial Software (RFS)⁽⁵⁾. Dans cette affaire, un salarié avait été mis à l'écart des réunions stratégiques

à l'occasion d'une réorganisation, réduisant ainsi ses responsabilités et modifiant un élément essentiel de son contrat de travail.

Retour sur les faits

Embauché en qualité d'ingénieur financier le 8 juin 1998, par la société Effix devenue RFS, M. X. exerce la fonction de « chef de produit » du 1^{er} juillet 2002 jusqu'à sa promotion à la fonction de directeur de gestion des risques de crédit et de marché, en mai 2005. A compter de cette date, il a la responsabilité de 3 équipes représentant 27 personnes. Il est membre du comité de direction et il rapporte à M. Y. A la fin de l'année 2005, M. Z. vient chapeauter la division reléguant M. Y. et M. X. aux niveaux n-1 et n-2. A la suite de l'acquisition de la société Application Networks, RFS intègre certains salariés et procède de façon concomitante à une réorganisation d'entreprise, qui entraîne le départ de M. Y. et la nomination de 2 nouveaux supérieurs placés entre M. X. et M. Z., le nouveau directeur de la division.

M. Z. procède alors à la réorganisation de l'équipe dont M. X. avait la responsabilité. La scission de ses équipes est annoncée par

note interne le 24 avril 2006 et mise en place dès le 3 mai suivant. Sur les 27 salariés, M. X. ne conserve qu'une équipe composée seulement de 3 salariés, intitulée « Product management », les équipes de conception et de développement étant rattachées à M. A.

M. X. s'interroge légitimement. Il exprime son opposition dès le 25 avril et le 18 mai 2006, il saisit le conseil des prudhommes aux fins de voir prononcer la résiliation de son contrat de travail, en raison des manquements graves de son employeur à ses obligations contractuelles justifiant la rupture du contrat de travail.

Les éléments essentiels du contrat de travail

Il y a quatre éléments essentiels dans le contrat de travail :

- 1- le montant, le mode et la structure de la rémunération;
- 2- le secteur géographique, le lieu d'exercice du travail;
- 3- le mode de décompte et la durée du temps de travail;
- 4- la qualification ou le statut professionnel : le niveau de responsabilités du salarié et l'étendue des fonctions en font partie.

L'employeur ne peut passer outre l'accord du salarié, s'il veut modifier un de ces éléments. La modification ne peut être imposée au salarié contre son gré et doit être justifiée par l'employeur. L'acceptation du salarié devant être claire et non équivoque.

La modification peut être refusée par le salarié. L'employeur n'a pas le droit de fonder sa décision de licencier le salarié sur son refus de la modification de son contrat de travail, sinon le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse. Le 19 mai, soit le lendemain de la saisine, un mail de M. A... précise que « la scission des équipes transférées provisoirement à son autorité » est abandonnée au profit de M X...

Le lien hiérarchique sur les 27 salariés redevient effectif en juin 2006. Un courrier du 23 août 2006 de l'employeur confirme à

l'employeur. Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient soit d'une démission dans le cas contraire. Tel est l'enjeu du jugement.

Quels ont été les arguments du salarié ?

Le salarié ne s'est pas placé sur le terrain du harcèlement. Pourtant, ne pas être invité aux réunions, perdre la responsabilité d'une activité dans laquelle il s'était particulièrement investi, puis la retrouver mais seulement après avoir saisi les prud'hommes, ne plus être nommé dans les mails de félicitation sur la réussite du projet qu'il avait dirigé, disparaître des organigrammes, ne plus être convié aux réunions straté-

puisqu'il l'a aussitôt rétabli dans sa fonction d'encadrant de l'équipe qui venait de lui être retirée.

Les arguments de l'employeur

Pour l'employeur, il s'agit maintenant de prouver que les griefs invoqués au fondement de la prise d'acte ne sont pas établis et ne constituent pas des manquements suffisamment graves pour caractériser une rupture qui puisse lui être imputée. L'employeur explique d'une part, que le salarié a finalement bien perçu la prime due, qu'il a conservé sa rémunération et a recouvré la responsabilité opérationnelle sur l'intégralité de ses équipes.

D'autre part, qu'il n'était du « ressort de M. X. de juger du bien fondé de la réorganisation consécutive à l'acquisition de la société Application Network et que la création d'un niveau intermédiaire entre un salarié et son supérieur hiérarchique n'entraîne pas en soi une rétrogradation ».

D'après lui, il n'y a donc pas eu de modification du contrat de travail du salarié mais seulement de ses conditions de travail. Un peu court !

L'analyse de la Cour d'appel de Versailles

La Cour d'appel de Versailles ⁽⁷⁾ ne s'est pas laissée tromper par l'argumentation de l'employeur et a donné raison au salarié. Certes, la restructuration relève du pouvoir de décision de l'employeur. Mais les juges ont noté, qu'« au regard de la réalité des pouvoirs de M. X., l'ajout de 2 niveaux hiérarchiques intermédiaires avait changé le rapport hiérarchique du salarié avec la direction. Même si la fiche de paie indiquait la même rémunération ainsi que le bénéfice de sa voiture de fonction accordée dans son avenant au contrat de travail de mai 2005, le lien n'était plus le même et avait été distendu, rétrogradant le salarié de n-1 à n-3 ». C'est un fait.

En éloignant le salarié des centres de décision, le salarié avait été mis à l'écart de la sphère dirigeante et des réunions stratégiques, en infraction avec son statut de cadre dirigeant, occasionnant une perte de ses responsabilités et constituant une

Exemples de manquements d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation judiciaire du contrat

Non-paiement des salaires, non-respect de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, notamment en cas de harcèlement sexuel ou moral, modification du contrat de travail sans l'accord du salarié, salarié mis dans l'impossibilité d'exécuter son contrat de travail en le privant de ses moyens habituels de transports. ⁽⁶⁾

M. X... « son rétablissement intégral dans ses fonctions de directeur reçues en mai 2005 ».

Retour à la case départ ? Non ! Car il n'est plus cité lorsque la direction félicite les équipes du succès du projet dont il avait la charge. Les 17 et 18 juin 2006, il n'est pas convié à la réunion du comité de pilotage réunissant l'équipe dirigeante, à Londres.

Il reçoit, sur sa paye de septembre, une prime qui aurait dû être versée en juillet.

Il est écarté de la réunion du 5 septembre 2006 qui a été fixée, alors que la direction savait qu'il avait posé un congé à cette date pour accompagner son enfant à la rentrée scolaire.

Il n'apparaît plus sur l'organigramme de septembre 2006.

Tant et si bien, que le 8 septembre 2006, il prend acte de la rupture de son contrat de travail au tort de

giques, en un mot devenir invisible, sont bien des atteintes à la dignité. Or, les employeurs balayent encore facilement du revers de la main les reproches d'humiliation avec une mauvaise foi caractéristique : « il n'était pas possible de citer tous les noms par mail de ceux qui avaient participé au projet DBS », « il n'était pas possible de changer la date d'une réunion à laquelle participaient beaucoup d'autres personnes », etc. En revanche, le salarié s'est placé sur le terrain de son identité professionnelle et des obligations de l'employeur liées au respect de sa fonction, un des éléments essentiels de son contrat de travail.

Sur ce terrain, il devient plus difficile pour l'employeur de justifier que les faits ne caractérisent pas de graves manquements. Son employeur l'a d'ailleurs compris, dès la saisine des prud'hommes,

En éloignant le salarié des centres de décision, le salarié avait été mis à l'écart de la sphère dirigeante et des réunions stratégiques, en infraction avec son statut de cadre dirigeant, occasionnant une perte de ses responsabilités et constituant une modification essentielle de son contrat de travail.

modification essentielle de son contrat de travail.

Le juge peut conclure. Cette modification de fonction ne pouvait être mise en place sans que l'employeur obtienne l'accord exprès et écrit du salarié, ce qui ne fut pas le cas, le salarié ayant manifesté son opposition dès le 25 avril 2006. Dès lors, l'obligation contractuelle de l'employeur n'a pas été respectée. Le salarié était en droit d'exiger le maintien de son statut antérieur ou de prendre acte de la rupture de son contrat qui s'analyse alors comme un licenciement de la part de l'employeur sans cause réelle et sérieuse.

Le raisonnement de la Cour de cassation

La Cour de cassation va entièrement confirmer la décision de la Cour d'appel : « *Mais attendu que la modification du contrat de travail intervenue sans l'accord exprès du salarié constitue un manquement aux obligations contractuelles de l'employeur, qui fait produire à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Que la Cour d'appel qui a relevé que l'employeur avait réduit les responsabilités du salarié et l'avait éloigné de la sphère dirigeante par sa mise à l'écart des réunions stratégiques a statué à bon droit* ». Nous saluons le courage de ce salarié d'avoir porté cette affaire devant la justice et l'effi-

cacité de la Cour d'appel de Versailles ainsi que la Cour de cassation pour l'avoir rétabli dans ses droits. Quand le patron a tort, les indemnités sont dues. La société RFS a été condamnée à lui payer les sommes de 22 725,38 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement et de 70 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Compensation n'est pas réparation

Si la justice compense lorsque l'employeur a abusé, elle ne répare pas le drame d'avoir perdu son emploi et de se retrouver au chômage. L'Ugict-cgt interroge et analyse le mode de management actuel. Quel est le sens des réorganisations incessantes à l'œuvre dans les entreprises ? Le découpage de l'organisation interne suit de plus en plus la logique du marché qui consiste à allouer les ressources avec une totale liberté de gestion vers les activités les plus rentables.

Des compétences fondamentales détenues par des salariés ou des branches d'activités jugées moins fructueuses peuvent quitter subitement la structure au gré d'opportunités financières. C'est ce qu'on appelle le pilotage par la performance !

Ce mode de gestion induit des réorganisations incessantes fondées sur la parcellisation des tâches, leur intensification, l'individualisation du rapport au travail. Il amoindrit les capacités

d'action des organisations du travail et empêche d'avoir une vision globale de la finalité de l'organisation du travail et du sens de l'entreprise.

Le patronat chamboule en permanence les fonctions des salariés, il en fait même son nouveau mode de management. Il éloigne les centres de décision du terrain, instaure des formes de délégation de pouvoir non clarifiées et des principes de division des salariés entre eux.

La philosophie du Medef est de faire travailler à flux tendu, de réduire les salaires, de dégrader les conditions de travail, d'utiliser le chômage comme moyen de pression, d'institutionnaliser les mobilités professionnelles forcées. Au cœur des mobilités forcées, on trouve nombre d'atteintes à la dignité, avec toutes les conséquences délétères que l'on connaît sur la santé des travailleurs. Le 27 mars 2011, un salarié de France Télécom de 57 ans, après 30 ans de carrière, s'est immolé par le feu. Il avait été déclassé 3 fois dans les 5 dernières années. Les postes occupés selon une mobilité forcée ne correspondaient pas à son niveau de qualification.

Le mépris est devenu monnaie courante au sein des organisations. C'est une stratégie de domination destinée à faire mal et à pousser à la démission. Il est urgent que l'organisation du travail repose sur d'autres critères, respectant le droit, l'humain et la justice. Pour que ça change, il faut réagir avant collectivement pour faire cesser ce mode de gestion dans les entreprises !

L'Ugict-cgt combat le mode actuel de management et avance des propositions alternatives. Ainsi, les modifications de l'organisation du travail doivent s'inscrire dans une évolution de carrière favorable pour les salariés.

En matière de mobilité professionnelle, des comités de suivi de carrière paritaires pourraient être mis en place pour faire toute la transparence sur les conditions d'accès aux différentes fonctions, les critères d'affectation, et les recours en cas de difficulté.

Les syndicats doivent agir préventivement contre les débordements patronaux dans des secteurs considérés comme la chasse gardée de la direction, à savoir l'organisation du travail et les modes de management. Dans cette approche revendicative, l'action juridique et la mobilisation des acquis jurisprudentiels trouveront leur pleine efficacité. ■

- (1) Cass sociale du 29 novembre 2007 n° 06-43.979.
- (2) Cass Sociale du 6 avril 2011 n° 09-66.818.
- (3) Cass Sociale du 30 mars 2011 n° 09-71.824.
- (4) Cass Sociale du 2 mars 2011 n° J 09-40.547.
- (5) Reuters Financial Network, éditeur de logiciel pour les salles de marché.
- (6) Droit du travail, 65 fiches à l'usage des conseillers prud'hommes, RPDS et PRUDIS CGT, VO Editions, 2010.
- (7) Appel Versailles du 4 décembre 2008.

Trois sites à visiter

- <http://www.librairie-nvo.com> vous y trouverez le détail des publications juridiques de la NVO, les sommaires de la RPDS et les bons de commande correspondants.
- <http://sites.google.com/site/droitouvrier> pour tous savoir sur la revue juridique de la CGT (tables analytiques, exemples de contenus, abonnement) et l'actualité des colloques et manifestations juridiques.
- Et toujours <http://prudis-cgt.net> à destination des conseillers prud'hommes et de toutes celles et ceux qui s'intéressent au droit du travail.

Du bon usage... des CDD d'usage

Plusieurs arrêts récents ont confirmé un strict encadrement des « CDD d'usage », une des formes de précarité susceptible de concerner nombre de salariés de nos catégories, cadres compris. C'est l'occasion de faire le point sur les règles applicables à ces contrats et sur une jurisprudence dont l'évolution est riche d'enseignements.

De quoi s'agit-il ?

Les CDD d'usage sont un des cas de recours aux contrats à durée déterminée prévus par la loi, en l'occurrence l'article L.1242-2 du Code du travail, selon lequel :

« Sous réserve des dispositions de l'article L.1242-3, un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas suivants : (...)

3° Emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail 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 ces emplois (...). »

Ces contrats sont soumis à des règles encore moins contraignantes que les autres CDD.

Par exemple :

⇒ ils peuvent toujours être conclus sans terme précis (article L.1242-7, 4^{ème}) et quand ils le sont pour une durée explicitement déterminée, le maximum légal de dix-huit mois, renouvellement éventuel compris, prévu par l'article L.1242-8 ne leur est pas applicable (cela résulte de la jurisprudence, cf. Cass. soc. 28 octobre 1997, pourvoi n°95-43101);

⇒ les employeurs sont dispensés du versement de l'indemnité de précarité, prévue par l'article L.1243-8 au terme d'un CDD non suivi d'une embauche à durée indéterminée (article L.1243-10); cependant certains accords collectifs y donnent droit, par exemple pour certaines professions du spectacle;

⇒ ils échappent aussi au délai de carence interdisant le recours à un autre CDD ou à un travailleur intérimaire pour occuper le même

poste avant un certain laps de temps suivant la fin du CDD (délai égal à 1/3 de la durée totale du CDD si celle-ci est de quatorze jours au moins et de la moitié pour les CDD plus courts); le délai de carence résulte de l'article L.1244-3 et la dérogation de l'article L.1244-4, 3^{ème}.

A quelles conditions un employeur peut-il y recourir ?

L'article L.1242-2 ne le permet que dans certains secteurs d'activité (voir leur liste en encadré) prévus par décret (codifié à l'article D.1242-1) ou accord de branche étendu. Dans cette énumération pour le moins hétéroclite, on notera que certains secteurs concernent majoritairement nos catégories (spectacle, action culturelle, audiovisuel, enseignement, information, ingénierie et recherche à l'étranger, ...).

Cependant, tous les emplois de ces branches ne sont pas ouverts à ces contrats. Deux conditions cumulatives semblent résulter clairement du texte cité ci-dessus :

⇒ existence d'un « usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminé »,

⇒ « caractère par nature temporaire de ces emplois ».

Cette deuxième condition est aussi renforcée par les dispositions de l'article L.1242-1, applicables à tous les CDD et selon lequel « un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».

Une jurisprudence enfin conforme à l'esprit du texte !

La jurisprudence a cependant connu quelques errements avant de se fixer en 2008 sur une interprétation stricte de ce texte, conforme à sa lettre et

Liste des secteurs d'activité où le recours aux CDD d'usage est possible

- ◆ Les exploitations forestières.
- ◆ La réparation navale.
- ◆ Le déménagement.
- ◆ L'hôtellerie et la restauration, les centres de loisirs et de vacances.
- ◆ Le sport professionnel.
- ◆ Les spectacles, l'action culturelle, l'audiovisuel, la production cinématographique, l'édition phonographique.
- ◆ L'enseignement.
- ◆ L'information, les activités d'enquête et de sondage.
- ◆ L'entreposage et le stockage de la viande.
- ◆ Le bâtiment et les travaux publics pour les chantiers à l'étranger.
- ◆ Les activités de coopération, d'assistance technique, d'ingénierie et de recherche à l'étranger.
- ◆ Les activités d'insertion par l'activité économique exercées par les associations intermédiaires prévues à l'article L.5132-7.
- ◆ Le recrutement de travailleurs pour les mettre, à titre onéreux, à la disposition de personnes physiques, dans le cadre du 2° de l'article L.7232-6.
- ◆ La recherche scientifique réalisée dans le cadre d'une convention internationale, d'un arrangement administratif international pris en application d'une telle convention, ou par des chercheurs étrangers résidant temporairement en France.
- ◆ Les activités foraines.

à l'objectif de lutter contre le recours abusif aux contrats précaires.

Pour résumer :

⇒ jusqu'en 2003, le caractère temporaire de l'emploi est exigé (par exemple, Cass. soc. 23 mai 1995, pourvoi n°92-43085) ;

⇒ mais en 2003, revirement de jurisprudence, la Cour de cassation limitant le rôle du juge à vérifier la première des deux conditions, sans se préoccuper de la « nature temporaire » de l'emploi : « l'office du juge saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée indéterminée, est seulement de rechercher, par une appréciation souveraine, si, pour l'emploi concerné, et sauf si une convention collective prévoit en ce cas le recours au contrat à durée indéterminée, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir à un tel contrat » (Cass. soc. 26 novembre 2003, pourvoi n°01-44263) ; pendant plusieurs années, la Cour va casser les jugements ayant prononcé une requalification de CDD d'usage en CDI basée sur le fait que l'emploi occupé était lié à l'activité permanente de l'entreprise !

⇒ cette position, très critiquée par la doctrine, se heurta aussi à la législation et à la jurisprudence européenne ; en effet, un accord-cadre sur le travail à durée déterminée avait été conclu le 18 mars 1999 entre la CES et le patronat européen, suivi d'une directive du 28 juin 1999 (1999/70/CE), imposant aux États membres la mise en œuvre législative et/ou réglementaire de l'accord ; répondant à une question préjudicielle d'un tribunal grec sur l'interprétation de ces textes, la CJCE (aujourd'hui CJUE, Cour de justice de l'Union Européenne) avait notamment précisé que l'accord-cadre « requiert que le recours à ce type particulier de relations de travail, tel que prévu par la réglementation nationale, soit justifié par l'existence d'éléments concrets tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice » ;

⇒ par deux arrêts du 23 janvier 2008 (pourvois n°06-43040 et 06-44197) concernant les contrats d'usage dans les secteurs de la télévision et de l'enseignement, la Cour opère un nouveau et salutaire revirement de jurisprudence (et une discrète autocritique !) en énonçant que « l'accord-cadre susvisé, qui

a pour objet, en ses clauses 1 et 5, de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi ».

Nouvelles précisions

Le contrôle des deux conditions cumulatives de recours aux CDD d'usage est maintenant bien établi. Certains employeurs ont cependant persisté dans leur stratégie de précarisation en s'appuyant sur certains accords collectifs qui décrivent avec précision ceux des emplois du secteur concerné susceptibles d'être pourvus par des CDD d'usage. Or, cela ne suffit pas à justifier la nature temporaire d'un poste de travail déterminé. C'est ce qu'énonce clairement l'arrêt du 30 novembre 2010 (Cass. soc., pourvoi n°09-68609 et autres) : « Mais attendu que la détermination par accord collectif de la liste précise des emplois pour lesquels il peut être recouru au contrat de travail à durée déterminée d'usage ne dispense pas le juge, en cas de litige, de vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné. »

Cet arrêt a aussi le mérite de rappeler (en les validant) les arguments qui ont conduit les juges du fond à rejeter le caractère temporaire des emplois en cause :

C'est une démarche de nature collective que vient de mener à terme la fédération CGT des Sociétés d'études, en obtenant l'annulation d'un accord collectif qui permettait la transformation de CDI en CDD d'usage.

« Et attendu que la cour d'appel, répondant aux conclusions, a, par motifs propres et adoptés, retenu que la réalisation des stages de réinsertion sociale et professionnelle des demandeurs d'emploi, confiés à l'association Inter Production Formation par commandes ou marchés publics, ne revêtait pas un caractère occasionnel, que les salariés formateurs titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée assuraient les mêmes stages que Mmes X..., Y..., Z... et A... et que l'employeur n'apportait pas d'explications à ce recours de manière simultanée à un effectif pour partie permanent et pour partie temporaire ainsi que sur la proportion de l'un par rapport à l'autre en fonction des variations de l'activité ; qu'elle a pu en déduire qu'il n'était pas justifié concrètement des raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi d'intervenant occasionnel visé par l'article 5.4.3 de la convention collective des organismes de formation. »

Saisi d'un litige de ce type, le « conseiller prud'homme actif » pourra s'en inspirer en recherchant notamment :

⇒ si l'activité correspondant à ces emplois n'est pas elle-même permanente ;

⇒ si il y a aussi des salariés permanents exerçant tout ou partie de l'activité ;

⇒ si l'n'y a pas de corrélation entre le recours aux CDD d'usage et la variation du volume de l'activité, autant d'indices contredisant la « nature temporaire » de l'emploi.

Pas de CDD d'usage pour les salariés en CDI !

C'est une démarche de nature collective que vient de mener à terme la fédération CGT des Sociétés d'études, en obtenant l'annulation d'un accord collectif qui permettait la transformation de CDI en CDD d'usage. En effet, dans le secteur de l'animation commerciale, l'accord national du 13 février 2006 (étendu par arrêté du 16 avril 2007) avait créé un CDD d'usage, mais aussi obligé les employeurs à proposer un CDI intermittent au salarié ayant effectué plusieurs CDD d'animation commerciale dans la même entreprise d'une durée au moins égale à 500 heures au cours des 12 derniers mois. Prétendant « mettre en œuvre cet accord »,

La novation d'un CDI, fut-il intermittent ou à temps partiel en contrat précaire est donc formellement interdite.

des organisations patronales avaient alors signé avec la seule CFTC une convention prévoyant, pour les salariés titulaires d'un CDI intermittent, engagés avant l'entrée en vigueur de l'accord, la novation de leur contrat en CDD d'usage s'ils avaient travaillé moins de 500 heures au cours des 12 derniers mois. Plusieurs entreprises du secteur s'étaient donc empressées d'informer les salariés concernés que le recours au CDD était devenu obligatoire, leurs CDI intermittents étaient remplacés par des CDD d'usage. La CGT va donc demander l'annulation de cette curieuse convention, prétendant transformer le droit à CDI pour certains salariés en interdiction du CDI pour les autres. Elle l'obtiendra par un arrêt du 3 décembre 2009 de la cour d'appel de Paris. C'est cette décision que vient de confirmer la Cour de cassation (Cass. soc. 30 mars 2011, pourvoi n°10-10560) dans les termes suivants : « attendu qu'il résulte de l'article L.1242-1 du Code du travail qu'un contrat à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ; et attendu qu'ayant relevé que la convention litigieuse avait pour finalité de permettre le recours au contrat d'intervention à durée déterminée pour des salariés occupant déjà dans l'entreprise des emplois liés à son activité normale et permanente dans le cadre de contrats à durée indéterminée, peu important que ces contrats fussent à temps partiel ou intermittents, la cour d'appel a par ce seul motif légalement justifié sa décision. »

La novation d'un CDI, fut-il intermittent ou à temps partiel en contrat précaire est donc formellement interdite. ■

Clauses de non-concurrence

C'est la jurisprudence qui a encadré les clauses de non-concurrence, ignorées par le Code du travail et longtemps négligées par la plupart des conventions collectives : elles doivent tenir compte des fonctions exercées, être indispensables à la protection d'intérêts légitimes de l'entreprise, limitées dans l'étendue géographique et dans le temps et donner lieu à une compensation financière substantielle. Elle a aussi précisé, dès 2007, que la compensation devait être versée après la rupture du contrat de travail et ne pouvait prendre la forme d'un versement mensuel s'ajoutant au salaire : « *attendu que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui*

limite ses possibilités d'exercer un autre emploi ; que son montant ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture ; qu'il en résulte que la cour d'appel a, à bon droit, annulé la clause litigieuse. » (Cass. soc. 7 mars 2007, pourvoi n° 05-45511). Un arrêt plus récent (Cass. soc. 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-42389) vient de confirmer et de préciser cette analyse. Le contrat d'un chef d'exploitation de l'entreprise de restauration collective Avenance Entreprises prévoyait l'interdiction d'exercer auprès des mêmes clients pour le compte d'un autre employeur pendant une durée d'un an après rupture du contrat de travail, sujétion compensée par le versement d'une prime mensuelle. Statuant sur différents points en litige après le licenciement de

ce salarié, la cour d'appel de Colmar avait reconnu la nullité d'une telle clause. Mais, sans doute sensible au fait que le salarié avait travaillé pour une entreprise concurrente cinq mois après le licenciement, elle avait considéré que cela ne pouvait lui être reproché (la clause de non-concurrence étant entachée de nullité) mais « *qu'en revanche, le montant versé à ce titre se trouve dénué de cause (...) que dès lors que la nullité de la clause est encourue, la société Avenance Entreprises est fondée à réclamer le remboursement de l'indemnité versée.* »

Mais la cour de cassation censure cet arrêt :

⇒ d'une part le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une

clause de non-concurrence nulle s'analyse en un complément de salaire et n'est donc pas dénué de cause ;

⇒ d'autre part, le salarié qui respecte une clause de non-concurrence nulle subit nécessairement un dommage et a droit à une indemnisation, quelque soit la durée pendant laquelle il a accepté la limitation prévue par la clause nulle.

Par conséquent, « *en statuant ainsi, alors que l'employeur ne pouvait obtenir la restitution des sommes versées au titre d'une clause nulle et qu'il résultait de ses constatations que le salarié avait respecté la clause pendant plusieurs mois après la rupture du contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* »

Commandes menées à bonne fin et commissions

Comme beaucoup de professionnels de la vente, un VRP au service du Comptoir de la festivité était payé par des commissions sur les commandes qu'il avait suscitées, son contrat précisant que celles-ci devaient avoir été menées à bonne fin. Considérant que l'employeur refusait de lui verser des commissions sur des commandes avortées alors que cette absence de bonne fin était due à des carences de l'entreprise, ce VRP avait pris acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur. Sa position est approuvée par les juges du fond, puis par la Cour de cas-

La cour d'appel a pu en déduire que si les commandes prises par le salarié n'avaient pas été menées à bonne fin, cette situation était consécutive à la faute de l'employeur de sorte que M. X... pouvait prétendre aux commissions litigieuses.

sation qui énonce « *que s'il peut être contractuellement prévu que les commandes non menées à bonne fin n'ouvrent pas droit à commission, c'est à la condition que ce soit sans faute de l'employeur et sans que le salarié soit privé des commissions qui lui étaient dues sur des contrats effectivement réalisés.* » (Cass. soc. 9 février 2011, pourvoi n° 09-41145). Dans cet affaire, une suite de manquements de l'employeur avait créé « *un manque de confiance de ses fournisseurs, de ses clients, de ses banquiers, aggravées par le retrait de la DRIRE du droit pour l'entreprise de stocker des matières*

vives dans ses locaux. » « *En s'abstenant de prévoir l'adaptation de ses locaux pour conserver l'habilitation DRIRE et en négligeant de doter ses commerciaux des outils adéquats leur permettant d'être informés de l'état des stocks, l'employeur avait laissé se dégrader les conditions de l'activité de ces derniers.* » La cour d'appel « *a pu en déduire que si les commandes prises par le salarié n'avaient pas été menées à bonne fin, cette situation était consécutive à la faute de l'employeur de sorte que M. X... pouvait prétendre aux commissions litigieuses.* » (extraits de l'arrêt de la Cour de cassation). ■

Mutation et vie familiale

Le droit à une vie familiale et personnelle, y compris à l'occasion des rapports professionnels, est un apport important de la législation et de la jurisprudence européenne.

L'organisation du travail et notamment l'affectation des salariés est en principe considérée comme relevant du pouvoir de direction de l'employeur. Il en résulte que les décisions de mutation prises en application d'une clause de mobilité s'imposent au salarié, sauf :

⇒ si cette clause est illicite, notamment si elle ne précise pas l'étendue du champ de mobilité;

⇒ ou mise en œuvre pour une raison autre que l'intérêt de l'entreprise, par exemple comme sanction déguisée ou dans le but de pousser à une démission ou à l'acceptation d'une rupture conventionnelle; mais la preuve en incombe au salarié...

⇒ ou encore si la mutation est opérée dans des conditions abusives (délai de prévenance trop court, absence de prise en compte des contraintes inhérentes à un déplacement géographique important, etc.).

Appliquant un accord de mobilité géographique du 28 mai 1996, GAN Assurances a muté un inspecteur commercial de Compiègne à Paris, puis l'a licencié après qu'il eut refusé ce changement de circonscription. La cour d'appel d'Amiens donne raison à l'employeur en énonçant « que la mutation a été décidée dans le cadre d'un projet de réorganisation de l'inspection commerciale et qu'un tel mouvement s'inscrivait dans une pratique normale de rotation des inspecteurs du travail au sein de la société; que la mobilité géographique est inhérente à l'emploi de M. X... qui n'a pas été traité différemment des autres inspecteurs; que la procédure s'est déroulée selon l'usage de la société et dans le

respect de ses droits notamment quant aux mesures d'accompagnement destinées à faciliter son installation et à sa rémunération; que plusieurs mises en demeure lui ont été adressées avant que la direction ne décide de le sanctionner; qu'il n'apparaît pas que la société Gan assurances ait failli à ses obligations. »

La cause semblait entendue ! Cet arrêt est cependant cassé par la Cour de cassation (Cass. soc. 23 mars 2011, pourvoi n° 09-69127) dans les termes suivants : « en se déterminant ainsi, sans rechercher concrètement, comme il lui était demandé, si la décision de l'employeur de muter le salarié pas une atteinte au droit du salarié, lequel faisait valoir qu'il venait de s'installer à Salouel ensuite de son divorce afin d'offrir de meilleures conditions d'accueil à ses enfants, à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Le droit à une vie familiale et personnelle, y compris à l'occasion des rapports professionnels, est un apport important de la législation et de la jurisprudence européenne. C'est à la lumière de ce droit que la chambre sociale interprète l'article L.1121-1 du Code du travail, qui sert de fondement à sa position : « 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. »

Sans être entièrement nouvelle,

Sans être entièrement nouvelle, cette prise en compte, en cas de mutation, des droits de l'individu et de ce qui rend sa situation personnelle différente de celle de ces collègues, est ici affirmée avec une particulière netteté dans un contexte où la mobilité est un mode de gestion habituel et organisé par un accord collectif.

cette prise en compte, en cas de mutation, des droits de l'individu et de ce qui rend sa situation personnelle différente de celle de ces collègues, est ici affirmée avec une particulière netteté dans un contexte où la mobilité est un mode de gestion habituel et organisé par un accord collectif. Cet arrêt ne peut que nous inciter à une mobilisation plus fréquente et plus offensive de ce texte. Un commentaire plus approfondi de cet arrêt sera bientôt publié dans le Droit Ouvrier.

Infos, jugements à faire connaître, difficultés rencontrées, questions, suggestions : n'hésitez pas à nous écrire par courriel à : m.gueye@ugict.cgt.fr et p.masson@ugict.cgt.fr ou par fax au 01 48 51 64 57