

Veille juridique du 15 au 30 juin 2021

TEXTES	
Réforme du régime d'assurance chômage	<i>Décret n° 2021-843 du 29 juin 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage</i>
Secteurs d'activité concernés par le bonus-malus	<i>Arrêté du 28 juin 2021 relatif aux secteurs d'activité et aux employeurs entrant dans le champ d'application du bonus-malus</i>
Arrêt de travail et arrêt maladie liés au Covid-19	<i>Décret n° 2021-770 du 16 juin 2021 modifiant le décret n° 2021-13 du 8 janvier 2021 prévoyant l'application de dérogations relatives au bénéfice des indemnités journalières et de l'indemnité complémentaire prévue à l'article L 1226-1 du code du travail ainsi qu'aux conditions de prise en charge par l'assurance maladie de certains frais de santé afin de lutter contre l'épidémie de Covid-19</i>
ZOOM	
Les frais professionnels	
Prime de précarité du CDD	
JURISPRUDENCE	
Espionnage des salariés	<i>Cass. Soc., 19 mai 2021 : n° 20-14.730</i>
Délai de recours contre l'avis du médecin du travail	<i>Cass. Soc., 16 juin 2021 : n° 20-14.552</i>
Non-respect par salarié d'une clause de non-concurrence	<i>Cass. Soc., 5 mai 2021 : n° 20-10.092</i>
Recours contre l'avis du médecin du travail	<i>Cass. Soc., 16 juin 2021 : n° 20-10.386</i>

TEXTES

Réforme du régime d'assurance chômage

Décret n° 2021-843 du 29 juin 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage

Le texte maintient, jusqu'au 30 septembre 2021, l'application des dispositions de la convention d'assurance chômage du 14 avril 2017 relatives :

- au calcul de la durée d'indemnisation,
- du salaire journalier de référence,
- des différés d'indemnisation.

Les dispositions suspendues par le juge des référés du Conseil d'État dans son ordonnance n° 452510 du 21 juin 2021 entreront en vigueur à une date fixée par décret en Conseil d'État.

Secteurs d'activité concernés par le bonus-malus

Arrêté du 28 juin 2021 relatif aux secteurs d'activité et aux employeurs entrant dans le champ d'application du bonus-malus

Principe : l'objectif du bonus-malus est de lutter contre la précarité en incitant les entreprises à proposer davantage de contrats à durée indéterminée (CDI) et à rallonger la durée des contrats à durée déterminée (CDD), plutôt que de recourir à des missions d'intérim ou des CDD très courts

Le bonus-malus consiste à moduler le taux de contribution d'assurance chômage (*actuellement de 4,05 %*) en fonction du *taux de séparation* des entreprises concernées.

Ce *taux de séparation* correspond au nombre de fins de contrat de travail ou de missions d'intérim assorties d'une inscription à Pôle emploi rapporté à l'effectif de l'entreprise. Le montant du bonus ou du malus sera calculé en fonction de la comparaison entre le taux de séparation des entreprises concernées et le taux de séparation médian de leur secteur d'activité, dans la limite d'un plancher (3 %) et d'un plafond (5,05 %).

La première modulation des contributions au titre du bonus-malus s'appliquera à compter du 1^{er} septembre 2022 et sera calculée à partir des fins de contrat de travail ou de missions d'intérim constatées entre le 1^{er} juillet 2021 et le 30 juin 2022.

Le bonus-malus s'appliquera aux entreprises de 11 salariés et plus relevant des secteurs d'activité dont le taux de séparation moyen est supérieur à 150 %. Les secteurs concernés sont précisés dans cet arrêté du 28 juin 2021.

Ainsi, les secteurs d'activité dont le taux de séparation moyen au cours de la période comprise entre le 1^{er} janvier 2017 et le 31 décembre 2019 est supérieur au seuil de 150 % sont les suivants :

- fabrication de denrées alimentaires, de boissons et de produits à base de tabac ;
- production et distribution d'eau, assainissement, gestion des déchets et dépollution ;
- autres activités spécialisées, scientifiques et techniques ;
- hébergement et restauration ;
- transports et entreposage ;
- fabrication de produits en caoutchouc et en plastique ainsi que d'autres produits minéraux non métalliques ;
- travail du bois, industries du papier et imprimerie.

Pour l'application aux entreprises concernées, un code identifiant de la convention collective (IDCC) de

référence pour le bonus-malus est associé aux employeurs de 11 salariés et plus en fonction de la convention collective dont relève leur activité principale ou à laquelle ils adhèrent ou qu'ils appliquent de manière volontaire.

Lorsqu'un employeur applique plusieurs conventions collectives, lui est associé le code IDCC qui correspond à la convention collective associée au plus grand nombre de contrats de travail au sein de l'entreprise. Pour déterminer le code IDCC de référence pour le bonus-malus :

- sont pris en compte les contrats de travail en cours d'exécution du 1^{er} janvier au 31 décembre 2020
- le nombre de contrats de travail associés à chaque convention collective est pondéré par la durée des contrats.

Lorsque l'objet social de l'employeur est l'insertion par l'activité économique il est exclu du champ d'application du bonus-malus.

LISTE DES SECTEURS D'ACTIVITÉ CLASSÉS SELON LEUR TAUX DE SÉPARATION MOYEN SUR LA PÉRIODE 2017-2019

SECTEUR D'ACTIVITÉ	TAUX DE SÉPARATION MOYEN 2017-2019
Fabrication de denrées alimentaires, de boissons et de produits à base de tabac	365 %
Exemples	1267 - CCN de la pâtisserie 1286 - CCN des détaillants, détaillants-fabricants et artisans de la confiserie, chocolaterie, biscuiterie 1747 - CC des activités industrielles de boulangerie et de pâtisserie
Production et distribution d'eau- assainissement, gestion des déchets et dépollution	269 %
Autres activités spécialisées, scientifiques et techniques	237 %
Hébergement et restauration	213 %
Transports et entreposage	198 %
Fabrication de produits en caoutchouc et en plastique ainsi que d'autres produits minéraux non métalliques	183 %
Travail du bois, industries du papier et imprimerie	175 %

Arrêt de travail et arrêt maladie liés au Covid-19

Décret n° 2021-770 du 16 juin 2021 modifiant le décret n° 2021-13 du 8 janvier 2021 prévoyant l'application de dérogations relatives au bénéfice des indemnités journalières et de l'indemnité complémentaire prévue à l'article L 1226-1 du Code du travail ainsi qu'aux conditions de prise en charge par l'assurance maladie de certains frais de santé afin de lutter contre l'épidémie de Covid-19

Arrêt de travail lié au Covid-19 : un régime dérogatoire applicable jusqu'au 30 septembre 2021

Les salariés qui se trouvent dans l'impossibilité de travailler, même à distance, peuvent bénéficier des indemnités journalières de Sécurité sociale et du complément employeur, sans condition d'ouverture du droit et sans application des délais de carence.

Ils bénéficient des indemnités journalières sans que soient exigées les conditions d'ouverture de droit qui sont :

- travailler au moins 150 heures sur une période de 3 mois civils (ou 90 jours) ;
- ou cotiser sur un salaire au moins égal à 1015 fois le montant du SMIC horaire au cours des 6 mois civils précédant l'arrêt.

Le délai de carence de 3 jours est suspendu. Les indemnités journalières de Sécurité sociale sont versées dès le premier jour d'arrêt de travail.

Les salariés bénéficient de l'indemnité complémentaire employeur sans que soit appliquée la condition d'ancienneté. Le délai de carence de 7 jours, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, est suspendu. Le complément de salaire est versé dès le premier jour d'arrêt.

Ce régime dérogatoire devait s'appliquer jusqu'au 1^{er} juin 2021 inclus. Le décret du 16 juin 2021 proroge le dispositif jusqu'au 30 septembre 2021 inclus.

Arrêt maladie lié au Covid-19 : champ d'application du régime dérogatoire

Le régime dérogatoire s'applique aux salariés qui se trouvent dans l'impossibilité de travailler pour les motifs suivants :

- une personne vulnérable présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus et qui ne peut pas être placée en activité partielle ;
- parent d'un enfant de moins de 16 ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile et qui ne peut pas être placé en position d'activité partielle ;
- personne faisant l'objet d'une mesure d'isolement en tant que cas contact à risque de contamination
- personne présentant les symptômes du Covid-19. Elle doit faire réaliser un test de détection du virus dans un délai de 2 jours à compter du début de l'arrêt. Elle bénéficie du régime dérogatoire pour la durée courant jusqu'à l'obtention du résultat ;
- personne atteinte du virus sous certaines conditions (*test PCR, autotest*) ;
- personne faisant l'objet d'une mesure de placement en isolement ou de mise en quarantaine à son arrivée en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, ou à Saint-Pierre-et-Miquelon ;
- personne faisant l'objet d'une mesure de mise en quarantaine ou de placement et de maintien en isolement lorsque la personne est en provenance d'un pays ou territoire confronté à une circulation particulièrement active de l'épidémie ou à la propagation de certains variants caractérisés par un risque de transmissibilité accrue ou d'échappement immunitaire.

Les frais professionnels

Mis en ligne le 8 mars 2021, le contenu du BOSS (*Bulletin Officiel de la Sécurité Sociale*) est opposable à l'administration depuis le 1^{er} avril 2021.

Le BOSS est un service en ligne de la Direction de la Sécurité Sociale et de l'Urssaf. À l'image du BOFIP (*Bulletin Officiel des Finances Publiques*) pour les dispositions fiscales, le BOSS regroupe sur le site boss.gouv.fr, l'ensemble de la réglementation et des commentaires de l'administration en matière de cotisations et de contributions de Sécurité sociale.

Ainsi, le BOSS a aménagé les différentes directives, instructions, circulaires, notes de service et commentaires de l'administration régissant les règles de calcul des cotisations sociales et notamment concernant les frais professionnels. Cet article a pour objectif de comparer les dispositions réglementaires avant et après la BOSS en matière de frais professionnels.

Les sources de la réglementation en matière de cotisations et contributions sociales étaient multiples :

- le code de la Sécurité Sociale.
- la jurisprudence.
- les circulaires.
- les directives.
- les instructions.
- les notes de service.
- les commentaires de l'administration.

C'est pour cette raison que l'administration a souhaité poser des règles fixes et non équivoques afin d'apporter plus de transparence et d'éviter tout litige lors de ceux-ci.

Le BOSS a permis d'harmoniser l'interprétation des textes en matière de frais professionnels. Des changements de doctrines en matière de frais professionnels sont ainsi officialisés depuis le 1^{er} avril 2021.

La déduction forfaitaire spécifique : le BOSS instaure une application beaucoup plus stricte de la déduction forfaitaire pour frais professionnels qu'elle l'était jusque-là.

La déduction forfaitaire spécifique avant le BOSS	L'employeur a la possibilité d'appliquer une déduction forfaitaire spécifique pour frais professionnels pour certaines professions définies dans l'article 5, de l'annexe IV du code général des impôts. À partir du moment où le salarié appartenait à la profession concernée par la déduction forfaitaire spécifique, que le salarié supporte effectivement des frais ou non, elle pouvait être appliquée.
	Les frais professionnels remboursés par l'employeur devaient alors être réintégrés dans l'assiette de cotisation

La déduction forfaitaire spécifique après le BOSS	Les frais doivent être effectivement supportés par le salarié
	Le BOSS prévoit désormais que l'employeur doit être en mesure d'apporter la preuve que des frais sont effectivement supportés par le salarié lors de son activité professionnelle et qu'ils ne sont pas remboursés en totalité par celui-ci
	Par ailleurs, en cas d'absence (<i>arrêt de travail, congés payés, ...</i>), la déduction spécifique forfaitaire ne peut pas être appliquée sur la rémunération correspondant à l'indemnisation de l'absence, car aucun frais n'est supporté pendant cette période. Ainsi, en cas d'absence tout le mois, aucune déduction forfaitaire spécifique ne peut être appliquée
	Concernant la réintégration des frais professionnels dans l'assiette de cotisations, le BOSS va plus loin en incluant désormais les frais réglés directement par l'employeur (<i>exemple : paiement direct d'une nuit d'hôtel</i>) dans l'assiette de cotisation
	Toutefois, dans un communiqué datant du 31 mars 2021 publié sur le site du BOSS, il est précisé que l'entrée en vigueur de cette disposition ne sera effective qu'à compter du 1 ^{er} janvier 2022 dans la mesure où la déduction forfaitaire spécifique s'applique du 1 ^{er} janvier au 31 décembre de l'année civile. Ce délai donné aux employeurs leur permet également de disposer du temps nécessaire pour informer les salariés et consulter le CSE

Les frais d'entreprise : les frais d'entreprise représentent des frais liés à l'activité de l'entreprise et non à l'exercice de l'activité professionnelle d'un salarié.

Les frais d'entreprises avant le BOSS	Les remboursements au titre de frais d'entreprise étaient exonérés de cotisations et contributions sociales. En cas de déduction forfaitaire spécifique, les frais d'entreprise ne devaient pas être réintégrés
	Pour être considérés comme des frais d'entreprises, ceux-ci devaient : <ul style="list-style-type: none"> - avoir un caractère exceptionnel. - être engagés dans l'intérêt de l'entreprise. - être exposés en dehors de l'exercice normal de l'activité du salarié
	Par ailleurs, était également considérés comme frais d'entreprise, les frais justifiés par l'accomplissement des obligations légales ou conventionnelles de l'entreprise, la mise en œuvre des techniques de direction, d'organisation ou de gestion de l'entreprise ou encore le développement de la politique commerciale de l'entreprise
Les frais d'entreprise après le BOSS	Le BOSS supprime la notion de frais d'entreprise qui basculent dans le régime des frais professionnels de droit commun. Toutefois, certains frais d'entreprise, même s'ils ne sont plus qualifiés comme tel, restent exonérés de cotisations sociales
	Ainsi, les frais d'entreprises sont désormais considérés comme des frais professionnels au même titre que les autres frais professionnels et sont ainsi régis par les mêmes règles que les frais professionnels
	Le BOSS précise dans la rubrique Frais professionnels les frais pouvant bénéficier d'une exonération de cotisations et contributions sociales. On peut citer notamment : <ul style="list-style-type: none"> - les repas d'affaires. - l'entretien des vêtements de travail. - les séminaires et voyages d'affaires
	En cas d'application d'une déduction forfaitaire spécifique, les frais d'entreprise doivent désormais être réintégrés dans l'assiette de cotisations et contributions sociales

Les frais de télétravail : le BOSS a permis d'officialiser les aménagements en matière de frais de télétravail sous forme d'allocation forfaitaire.

Les frais de télétravail avant le BOSS	<p>Les frais de télétravail étaient exclusivement remboursés au réel sur justificatif. L'arrêté du 20 décembre 2002 définit 3 catégories de frais :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les frais fixes et variables liés à la mise à disposition d'un local pour un usage professionnel. - les frais liés à l'adaptation d'un local spécifique. - les frais de matériel informatique, de connexion et de fournitures diverses <p>Toutefois, un aménagement avait été admis par le réseau des Urssaf en décembre 2019, suite à la grève générale des transports en commun puis la crise sanitaire en 2020, sous forme d'allocation forfaitaire</p>
Les frais de télétravail après le BOSS	<p>Le BOSS officialise la méthode de remboursement sous forme d'allocation forfaitaire tout en apportant quelques modifications aux dispositions admises par l'Urssaf</p> <p>L'employeur peut désormais rembourser les frais de télétravail sous forme d'allocation forfaitaire, exonérée de cotisations et contributions sociales, dans la limite de :</p> <ul style="list-style-type: none"> - soit 10 € par mois pour une journée de télétravail par semaine. - soit 2,5 € par jour de télétravail dans la limite de 55 euros par mois <p>Par ailleurs, le BOSS officialise sa position concernant le droit aux titres restaurant des télétravailleurs, sujet qui a fait débat pendant la crise sanitaire et désormais dans les tribunaux. Ainsi, dans les entreprises où les salariés bénéficient de titres restaurants, il peut en être de même pour les télétravailleurs. Les titres restaurant attribués aux salariés en situation de télétravail bénéficient des mêmes exonérations de cotisations et contributions sociales que les autres salariés.</p> <p>Toutefois, cette précision de l'Urssaf traite du régime social des titres restaurants attribués aux télétravailleurs et non pas sur l'obligation d'attribuer des titres restaurants aux salariés en télétravail</p>

Prime de précarité du CDD

Principe : l'indemnité de fin de contrat (*ou prime de précarité ou de fin de mission*) doit être versée par l'employeur à l'issue d'un contrat à durée déterminée (CDD) ou d'un contrat d'intérim

Elle est versée en même temps que le dernier salaire et figure sur la fiche de paie correspondante. Elle s'ajoute à la rémunération totale brute.

La prime de précarité concerne uniquement le salarié en CDD et non le salarié en CDI. Toutefois, elle n'est pas toujours due (*Article L 1243-10*). En effet, il existe des exceptions au versement de la prime de précarité. Par exemple la prime de précarité n'est pas versée si le CDD se transforme en CDI, à condition que la relation contractuelle ne soit pas interrompue. En effet, il faut que les relations contractuelles se poursuivent immédiatement en CDI à la fin du CDD.

L'indemnité de précarité n'est pas due dans plusieurs cas notamment :

- en cas de poursuite immédiate du CDD en CDI (*et donc également si le salarié refuse de conclure le CDI proposé pour occuper le même emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente*) ;
- en cas de rupture anticipée du CDD à l'initiative du salarié, raison de sa faute grave ou à un cas de force majeure ;
- pour certains types de CDD (*saisonniers...*)

L'indemnité de précarité est calculée en prenant en compte le salaire de base mais aussi toute autre somme ayant la nature de salaire telles que :

- les majorations de salaire ;
- les indemnités et primes diverses que le salarié a pu percevoir au cours de son contrat : primes de

vacances, prime de fin d'année et prime de 13^{ème} mois (*Circulaire DRT n° 18-90 du 30 octobre 1990 et Circulaire DRT n° 92-14 du 29 août 1992*).

En revanche, l'indemnité compensatrice de congés payés n'est pas prise en compte dans le calcul (*Circulaire DRT n° 18-90 du 30 octobre 1990 et Circulaire DRT n° 92-14 du 29 août 1992*).

Pour calculer cette indemnité, l'employeur doit prendre en compte toute la durée du contrat, à savoir la période initiale ainsi que son éventuel renouvellement.

L'indemnité de fin de contrat est soumise à cotisations sociales et à impôt sur le revenu (*Article L 242-1 du code de la sécurité sociale*).

L'indemnité de précarité est égale à 10 % de la rémunération totale brute (*Articles L 1243-8 et L 1251-32*).

Exemple : un salarié perçu au cours de son CDD, 4.000 € de salaires bruts et une prime de vacances d'un montant de 500 € bruts, le montant de la prime de précarité est le suivant :

$$(4.000 + 500) \times 10 \% = 450 \text{ €}$$

Néanmoins, l'employeur a la possibilité de limiter le montant de la prime de précarité à 6 % de la rémunération brute totale, si cela est prévu par une convention ou un accord collectif de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement (*Article L 1243-9*).

Dans ce cas, des contreparties, notamment sous la forme d'un accès privilégié à la formation professionnelle, doivent être offertes au salarié. Ce peut être des actions de formation ou un bilan de compétences.

À l'inverse, une convention ou un accord collectif applicable à l'entreprise ou au contrat de travail, peut prévoir une indemnité de fin de contrat plus favorable que celle légalement prévue. Si tel est le cas, l'employeur doit verser au salarié celle dont le montant est le plus avantageux pour lui (*donc le montant le plus élevé*).

JURISPRUDENCE

Licenciement et préavis	<p>Le licenciement pour faute grave prive le salarié du bénéfice de l'indemnité de préavis, sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles plus favorables.</p> <p>Toutefois, la clause de contrat de travail qui prévoit un préavis de 6 mois en cas de licenciement, sans établir de distinction selon le motif de la rupture, ne constitue pas une disposition plus favorable de nature à permettre l'octroi d'une indemnité compensatrice de préavis en cas de faute grave</p>	<p><i>Cass. Soc., 23 juin 2021 : n° 19-22.823</i></p>
Heures supplémentaires et durée du travail	<p>Plus de débat en l'absence de dispositions spécifiques sur le déclenchement des heures supplémentaires en cas d'abaissement de la durée du travail.</p> <p>Pour la Cour de cassation, peu importe la fixation par voie conventionnelle de la durée du travail applicable dans l'entreprise à un niveau inférieur à la durée légale n'entraîne pas, en l'absence de dispositions spécifiques en ce sens, l'abaissement corrélatif du seuil de déclenchement des heures supplémentaires.</p>	<p><i>Cass. Soc., 2 juin 2021 : n° 20-12.578</i></p>
Convention de forfait	<p>La Cour de cassation considère qu'en cas d'inopposabilité de la convention de forfait, le Juge doit vérifier si la rémunération contractuelle versée par l'employeur en exécution du forfait irrégulier n'avait pas eu pour effet d'opérer paiement, fût-ce partiellement, des heures de travail accomplies au-delà de la durée légale.</p> <p>La rémunération versée au salarié est alors susceptible de venir compenser l'irrégularité de la convention de forfait, mettant ainsi fin à la requalification automatique</p>	<p><i>Cass. Soc., 16 juin 2021 : n° 20-13127, 20-13130, n° 20-13080, 20-13196, n° 20-13149, 20-13131, n° 20-13166, 20-13172, n° 20-13144</i></p>
Forfait jour	<p>En cas de conflit relatif à l'exécution du forfait en jours, c'est à l'employeur d'apporter au Juge des éléments de nature à justifier les jours qui ont été effectivement travaillés par le salarié.</p> <p>Le Juge formera sa conviction avec l'ensemble des éléments fournis par l'employeur et ceux fournis par le salarié et ordonnera en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.</p> <p>L'insuffisance de preuves apportées par le salarié n'est pas suffisante pour rejeter une demande de paiement de jours travaillés.</p> <p>Le Juge doit aussi étudier les éléments que l'employeur est tenu de lui fournir</p>	<p><i>Cass. Soc., 2 juin 2021 : n° 19-16.067</i></p>
Temps de pause	<p>Le fait pour l'employeur de demander au salarié de garder leur téléphone professionnel à tout moment pour pouvoir répondre à une information urgente, n'est pas suffisant afin de remettre en question les temps de pause et ne démontre pas que les salariés devaient se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.</p>	<p><i>Cass. Soc., 2 juin 2021 : n° 19-15.468, n° 19-15.469, n° 19-15.473</i></p>
Prise d'acte du salarié	<p>La rupture conventionnelle s'effectue d'un commun accord entre le salarié et l'employeur.</p> <p>Ce dernier est libre de refuser ce mode de rupture s'il estime que le salarié a commis une faute, aussi petite soit-elle.</p> <p>Pour la Cour de cassation, si la faute ne justifie pas un licenciement pour faute grave, la prise d'acte du salarié doit néanmoins, produire les effets d'une démission et non d'un licenciement aux torts de l'employeur.</p>	<p><i>Cass. Soc., 19 mai 2021 : n° 19-20.526</i></p>

Cass. Soc., 19 mai 2021 : n° 20-14.730

Le 15 juin 2021, après 9 ans de procédure, le Tribunal Correctionnel de Versailles a condamné la Société IKEA France à 1 million d'euros d'amende pour avoir espionné ses salariés et notamment des camarades Force Ouvrière. L'ancien P-DG a également été condamné à 2 ans de prison avec sursis et 50 000 € de dommages et intérêts, d'autres cadres ont également été condamnés à de la prison avec sursis et au versement de dommages et intérêts.

S'agissant de la surveillance ou d'enquête sur des candidats à l'embauche, l'article L 1221-9 du code du travail est clair : *aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.*

La surveillance des salariés en poste est très encadrée : qu'il s'agisse des Emails ou des connexions internet, d'enregistrements vidéo, de dispositifs de géolocalisation...etc...la règle est que l'employeur ne peut pas *surveiller un salarié à son insu.*

Tout dispositif doit être préalablement porté à la connaissance du salarié et les représentants du personnel doivent être informés et consultés préalablement, qu'il s'agisse de vidéo surveillance ou de surveillance informatique.

Article L 1222-4 du code du travail : *Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.*

Le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci.

Il est aussi informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci.

Article L 2312-38 du code du travail : *Le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci.*

Il est aussi informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci.

Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés.

A savoir : *aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance*

Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance

Délai de recours contre l'avis du médecin du travail

Cass. Soc., 16 juin 2021 : n° 20-14.552

En l'espèce :

Une salariée déclarée inapte à tout emploi dans l'entreprise par avis du médecin du travail daté du 13 novembre 2018, expédié par lettre recommandée aux parties, avait saisi le conseil de prud'hommes d'un recours le 30 novembre 2018.

Ce dernier avait jugé cette contestation irrecevable, car formée hors délai.

Selon l'article R 4624-45 du code du travail, en effet, le conseil de prud'hommes doit être saisi d'un recours contre les avis, propositions, conclusions écrites ou indications reposant sur des éléments de nature médicale émis par le médecin du travail *dans un délai de 15 jours à compter de leur notification.*

La salariée avait fait appel, en se contentant d'affirmer qu'il n'était pas démontré que le courrier recommandé de notification de l'avis d'inaptitude physique lui aurait été adressé par le médecin du travail. Mais la cour d'appel, retenant que l'employeur avait réceptionné sa lettre recommandée le 14 novembre 2018, en a déduit par parallélisme que l'avis d'inaptitude avait bien été adressé à la salariée par un recommandé délivré, lui aussi, le 14 novembre.

La Cour de cassation censure cette analyse : la cour d'appel ne pouvait pas présumer de la réception par la salariée de l'avis d'inaptitude. Elle confirme, à cette occasion, que la date de notification de l'avis du médecin du travail, qui fait courir le délai de recours de 15 jours, s'entend de sa date de réception par les parties.

A savoir : *une nouvelle décision de la Cour de cassation apporte des précisions sur le point de départ du délai de recours de 15 jours contre les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail*

Non-respect par salarié d'une clause de non-concurrence

Cass. Soc., 5 mai 2021 : n° 20-10.092

Principe : le salarié qui manque à son obligation de non-concurrence s'expose à différentes sanctions telles que :

- la condamnation à des dommages et intérêts réparant le préjudice subi par son ancien employeur,
- l'interdiction de poursuivre son activité concurrente chez son nouvel employeur,
- ou bien le paiement d'une clause pénale lorsque son contrat en prévoit une.

Cependant, la première des sanctions de cette obligation contractuelle consiste en la perte du droit à contrepartie financière.

Il revient à l'employeur qui se prétend délivré de son obligation de payer la contrepartie financière de rapporter la preuve du manquement du salarié (*Cass. Soc., 13 mai 2003 : n° 01-41.646 ; Cass. Soc., 19 mars 2014 : n°12-28.326*).

Lorsque le salarié manque à son obligation de non-concurrence après l'avoir respecté pendant une certaine période, on parle alors de violation partielle, il conserve le droit à la contrepartie financière pour la période correspondante. Ainsi, le salarié qui a travaillé successivement pour le compte de deux sociétés dont seule la dernière avait une activité concurrente de son ancien employeur est fondé à prétendre à la contrepartie financière pour la période correspondant à son premier contrat (*Cass. Soc.*, 27 mars 1996 : n° 92-41.992).

De même, un salarié n'ayant violé l'interdiction de concurrence qu'à compter d'une certaine date, peut prétendre au paiement de la contrepartie pour la période antérieure à cette date (*Cass. Soc.*, 18 février 2003 : n° 01-40.194 ; *Cass.Soc.*, 12 juillet 2007 : n° 02-45.478).

En l'espèce :

La cour d'appel ayant considéré que les sociétés exerçaient bien des activités concurrentes - les deux sociétés exerçaient une activité de publication sur Internet d'offres d'emploi et le salarié avait quitté un poste de *senior manager ventes* pour prendre un poste de *Stratégic Client Manager* - elle a débouté le salarié de sa demande en paiement de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et celui-ci s'est pourvu en cassation.

Au soutien de son pourvoi, il avançait que la contrepartie financière devait être due pendant la période où il a respecté son obligation de non-concurrence.

Il estimait pouvoir ainsi y prétendre pour la période postérieure à la rupture de sa période d'essai par la société concurrente.

Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, aucune contrepartie à la clause de non-concurrence n'est due, dès lors que le salarié tenu de ne pas concurrencer son ancien employeur pendant une durée de 12 mois à compter de la rupture effective du contrat, a quitté l'entreprise pour entrer au service d'une société concurrente le lendemain.

Reprenant précisément la chronologie des faits caractérisant la violation de l'obligation de non-concurrence, la Haute juridiction confirme sa jurisprudence sur la violation immédiate de la clause de non-concurrence selon laquelle la violation par le salarié de l'obligation de non-concurrence immédiatement après la fin de son contrat, entraîne l'extinction de l'obligation de l'employeur de lui verser la contrepartie financière, quand bien même cette violation aurait cessé.

Ayant manqué immédiatement à son obligation de non-concurrence, le salarié ne pouvait donc pas prétendre au paiement de la contrepartie financière pour la durée de la clause restant à courir après la rupture de sa période d'essai par la société concurrente. De fait, une fois qu'un salarié a transmis à une société concurrente son carnet d'adresses, les méthodes et procédés dont il a connaissance ou encore des informations sur la stratégie poursuivie par son ancien employeur, la clause de non-concurrence ne présente plus qu'un intérêt résiduel ou hypothétique pour ce dernier.

A savoir : *lorsqu'il est soumis à une obligation de non-concurrence, le salarié qui quitte l'entreprise pour entrer le lendemain au service d'une société concurrente ne peut prétendre percevoir la contrepartie financière pour l'avenir; y compris si cette société rompt sa période d'essai et qu'il se retrouve sans activité*

Cass. Soc., 16 juin 2021 : n° 20-10.386

En l'espèce :

Le salarié, occupant un poste de directeur régional, avait été déclaré inapte au poste de responsable commercial.

L'employeur, contestant cet avis médical, soutenait que le médecin du travail n'avait pas suivi de manière régulière la procédure prévue par l'article R 4624-42 du code du travail, qui ne l'autorise à déclarer un salarié inapte qu'après avoir pratiqué au moins un examen médical, réalisé une étude du poste occupé et une étude des conditions de travail, et procédé à un échange par tous moyens avec l'employeur.

La Cour de cassation a été saisie récemment par un conseil de prud'hommes d'une demande d'avis sur la procédure de recours contre les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017. Elle a précisé qu'un tel recours ne peut porter que sur l'avis médical pris par le praticien : le fait qu'il n'ait pas respecté la procédure prévue par l'article R 4624-42 précité ne peut pas, à lui seul, en affecter la validité, mais le juge prud'homal saisi du recours peut, dans le cadre de son examen, tenir compte des éléments de toute nature sur lesquels il s'est fondé (*Cass. Soc., 17 mars 2021 : n° 21-70.002*).

Ainsi, en l'espèce, le fait que le médecin du travail ait commis une erreur dans l'intitulé du poste du salarié ne vicie pas, en soi, l'avis d'inaptitude, mais fait partie des éléments dont les juges du fond auraient pu tenir compte pour apprécier la validité de ce dernier.

Toutefois, les juges ont pris soin de relever que, avant de déclarer le salarié inapte, le médecin du travail s'était déplacé dans l'entreprise pour y réaliser une étude de poste, qu'il avait vérifié concrètement les conditions d'exercice de son travail par l'intéressé et qu'il avait échangé avec l'employeur, qui avait été en mesure de formuler des observations. L'erreur reprochée au médecin du travail se limitait donc à une erreur de plume, qui n'avait pas affecté la validité de son avis médical. Le recours est donc jugé irrecevable.

A savoir : *le fait que le médecin du travail se soit trompé sur le poste occupé par le salarié dans la rédaction de son avis d'inaptitude physique ne permet pas, à lui seul, l'exercice d'un recours devant le conseil de prud'hommes pour annulation de cet avis*