

# LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

## CFDT UTI

### Lille Métropole

N°56 mai 2015

- **Faute grave non reconnue**

Lorsqu'un salarié est licencié pour faute grave, il ne peut prétendre ni à effectuer un préavis, ni à une indemnité compensatrice de préavis (art. L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail). Toutefois, si son licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse par le conseil de prud'hommes, l'employeur sera condamné à lui verser une indemnité compensatrice de préavis.

Dans une affaire jugée le 7 janvier 2015 par la Cour de cassation (arrêt n° 13-21344), un salarié avait été licencié pour faute grave alors qu'il était en arrêt de travail. Si le licenciement avait été jugé abusif, le salarié n'avait pas obtenu le paiement de son préavis au motif, selon la cour d'appel, que son contrat de travail était suspendu pour un motif non imputable à l'employeur (arrêt maladie).

La Cour de cassation censure une telle analyse et confirme sa position maintes fois réaffirmée. L'inexécution du préavis n'avait pas pour cause la suspension du contrat de travail, mais la décision de l'employeur de le priver du préavis. Ainsi, le salarié licencié à tort pour faute grave a droit au paiement de l'indemnité de préavis, alors même que la rupture est intervenue pendant une période de suspension du contrat de travail.

- **Contrepartie financière de la clause de non-concurrence**

Depuis 2002, la clause de non-concurrence du contrat de travail ne prévoyant pas de contrepartie financière est nulle (Cass. soc. 10 juillet 2002, n° 00-45.135). La décision, désormais ancienne, laisse subsister bien des questions.

- ✓ Existe-t-il un minimum ?

Pour la Cour de cassation, une contrepartie financière « dérisoire » équivaut à une absence de contrepartie (Cass. soc. 15 novembre 2006, n° 04-46.721). Dans cet arrêt, la clause était d'une durée de deux ans et la contrepartie représentait, au total, l'équivalent d'un 10ème de la rémunération (soit 2,4 mois).

En dehors de cette règle de principe, il n'existe pas de montant minimum applicable d'une manière générale. Le montant de l'indemnité de non-concurrence dépend généralement de la contrainte que fait peser la clause sur le salarié (par rapport au secteur géographique, à la durée de la clause, aux activités interdites,).

En présence d'une contrepartie financière dérisoire, le juge ne peut pas substituer son appréciation à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée (Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10.760).

En revanche, la stipulation, dans le contrat de travail, d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue (Cass. soc. 1er février 2011, n° 09-40.542).

✓ Quel est le régime juridique de la contrepartie financière ?

La contrepartie financière revêt la nature d'un élément de salaire, soumis comme tel à cotisations sociales. Elle se voit appliquer l'indemnité de congés payés (10 % en principe) (Cass. soc. 28 novembre 2001, n° 99-46.032). Il est donc essentiel de préciser si la contrepartie financière s'entend « congés payés inclus. » A défaut, le salarié est fondé à solliciter un complément égal à 10 %.

Compte tenu de sa nature de salaire, la contrepartie financière se prescrit par 3 ans depuis l'article 21, IV de la loi 2013-504 du 14 juin 2013. Par ailleurs, le jugement qui ordonne le paiement de cette contrepartie est de droit exécutoire à titre provisoire (Cass. soc. 22 septembre 2011, n° 09-72.876).

✓ La contrepartie financière peut-elle varier en fonction du mode de rupture du contrat de travail ?

La clause de non-concurrence ne peut pas exclure la contrepartie financière en fonction du mode de rupture du contrat de travail. Ainsi, est nulle la clause selon laquelle la contrepartie n'est due qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur (Cass. soc. 31 mai 2006, n° 04-44.598). Il en va de même de la clause excluant la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute grave (Cass. soc. 24 octobre 2006, n° 04-45.862).

Certaines conventions collectives fixent des montants différents en fonction du motif de la rupture. A titre d'exemple, la convention collective des industries textiles prévoit une indemnité mensuelle minimum correspondant à la moitié du salaire mensuel calculé sur la moyenne de la rémunération des 12 derniers mois, ramenée à 1/3 en cas de démission.

Pour la Cour de cassation, une telle clause n'est pas nulle mais doit être réputée non écrite en ses seules dispositions prévoyant la minoration (Cass. soc. 8 avril 2010, n° 08-43.056 ; Cass. soc. 25 janvier 2012, n° 10-11590).

✓ La contrepartie financière entraîne-t-elle un délai de carence Pôle Emploi ?

L'assiette de calcul du « différé d'indemnisation spécifique » est constituée de toutes les indemnités ou sommes inhérentes à la rupture du contrat, à l'exception de celles dont le montant ou les modalités de calcul résultent directement de l'application d'une disposition législative.

Il en résulte que, selon l'UNEDIC, l'indemnité de non-concurrence entre en compte dans le calcul de ce différé d'indemnisation (Circ. n° 2014-26 du 30 septembre 2014).

NB. Le différé spécifique est calculé de la manière suivante : la totalité des indemnités ou sommes inhérentes à la rupture du contrat de travail, réduite de la somme des indemnités légales et obligatoires dont le taux et les modalités de calcul résultent directement d'une disposition législative, est divisée par 90. Il ne peut excéder 180 jours.

✓ A quel moment la contrepartie financière doit-elle être payée ?

Comme le juge la Cour de cassation, 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, de sorte que son paiement ne

peut pas intervenir avant la rupture (Cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-45.511).

D'ailleurs, le montant de la contrepartie financière ne peut pas être fonction de la durée d'exécution du contrat (Cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-45.511).

En présence d'une cause prévoyant une contrepartie financière payée mensuellement durant l'exécution du contrat, l'employeur ne peut pas obtenir la restitution des sommes versées et le salarié qui respecte la clause à droit à une indemnisation (Cass. soc. 17 novembre 2010, n° 09-42.389).

✓ Quelles sont les conséquences de l'absence de contrepartie financière ?

La stipulation, dans le contrat de travail, d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié (Cass. soc. 12 janvier 2011, n° 08-45.280) et il appartient au juge d'en apprécier l'étendue (Cass. soc. 1er février 2011, n° 09-40.542).

Dans ce cas, le salarié pouvant prouver avoir respecté l'obligation de non-concurrence peut prétendre à des dommages-intérêts mais non à une contrepartie financière ayant la nature d'un élément de salaire (§ 2).

En tout état de cause, il est rappelé que le juge ne peut substituer son appréciation du montant de la contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée (Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10.760) (§ 1).

- **Droits et congé maternité**

✓ Les effets sur votre contrat de travail

Pendant cette interruption liée à la maternité, votre contrat de travail est suspendu (1).

Néanmoins, la durée de celle-ci est assimilée à une période de travail effectif pour la détermination des droits que vous détenez de votre ancienneté mais également pour la détermination de la durée de vos congés payés.

Cela signifie donc que pendant tout le temps du congé, vous allez continuer d'acquérir des droits à congés payés, que vous pourrez prendre à votre retour.

✓ Pouvez-vous être licenciée ?

Vous devez également savoir que le licenciement est interdit durant la période de suspension du contrat de travail, ainsi que pendant les 4 semaines suivant l'expiration de cette période, que la salariée use ou non de la totalité de son droit au congé de maternité.

Si votre employeur méconnaît cette règle, alors un tel licenciement est frappé de nullité.

Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue, que, dans des cas bien définis, l'employeur peut rompre le contrat. Cela est notamment le cas si vous avez commis une faute grave, par exemple (non liée à votre état de grossesse). Mais, dans un tel cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail, y compris pour état pathologique.

Ainsi pendant toute la durée du congé, vous bénéficiez d'une protection absolue.

- ✓ L'indemnisation du congé par l'assurance maternité : droits et formalités à accomplir pour percevoir les IJ Conditions à remplir pour bénéficier des indemnités journalières (IJ)

En tant qu'assurée sociale (du fait de votre activité salariée), vous avez droit aux prestations d'assurance maternité.

Pour cela, vous devez toutefois remplir les conditions d'ouvertures suivantes, et ce, au début du 9ème mois avant la date présumée de l'accouchement ou à la date du début du repos prénatal (pour prestations en nature et en espèces de l'assurance maternité) ou au jour de l'interruption de travail (pour les prestations en espèces de l'assurance maladie) :

- avoir effectué au moins 200 heures de travail salarié ou assimilé au cours des 3 mois civils ou des 90 jours précédents
- ou
- avoir cotisé sur un salaire égal à 1.015 fois la valeur du Smic horaire pendant les 6 mois civils précédents.

Vous devez, en outre, justifier de 10 mois d'immatriculation à la date présumée de l'accouchement pour bénéficier des indemnités journalières de l'assurance maternité.

- ✓ Durée de l'indemnisation

La période pendant laquelle vous êtes indemnisée varie en fonction du nombre d'enfants que vous avez déjà à charge ainsi que du nombre d'enfants que vous attendez.

Elle correspond à la durée légale du congé de maternité, à savoir :

16 semaines : pour une grossesse unique pour un premier ou deuxième enfant ;

34 semaines : pour la naissance de 2 enfants (jumeaux) ;

Néanmoins, pour percevoir les indemnités journalières, vous devez avoir cessé toute activité pendant au moins 8 semaines, ce qui correspond à la période d'interdiction d'emploi d'une femme avant et après son accouchement.

- ✓ Montant et versement des indemnités

Les indemnités journalières correspondent à un salaire journalier de base, calculé en fonction des salaires que vous avez perçu les mois précédents.

L'indemnité journalière due au titre du congé maternité est égale au gain journalier de base. Elle est allouée même si l'enfant n'est pas né vivant.

Elle est calculée sur les salaires des 3 mois (ou des 12 mois en cas d'activité saisonnière ou discontinuée comme c'est le cas pour les salariées intérimaires par exemple) qui précèdent l'interruption de travail du fait de la grossesse, pris en compte dans la limite du plafond mensuel de la sécurité sociale de l'année en cours (soit 3.170 euros au 1er janvier 2015).

Pour une salariée payée au mois, ce gain journalier est fixé, sauf exceptions, à 1/91,25 du salaire brut des 3 derniers mois précédant l'interruption de travail.

Un taux forfaitaire de 21%, représentatif de la part salariale des cotisations et contributions d'origine légale ou conventionnelle rendues obligatoires par la loi, est appliqué lors du calcul de l'indemnité journalière.

Au 1er janvier 2015, le montant minimal de l'indemnité journalière de maternité est fixé à 9,26 euros et le montant maximal est de 82,33 euros par jour.

Les IJ sont versées tous les 14 jours.

Pour en bénéficier, vous devez présenter à la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) une attestation établie par l'employeur ou les employeurs successifs et se rapportant aux payes effectuées pendant les périodes de référence.

Normalement, c'est à votre employeur d'envoyer cette attestation. Mais, nous vous conseillons de vérifier auprès de votre employeur qu'il a bien accompli cette formalité. Dans le cas contraire, vous risquez de ne pas percevoir les indemnités à temps.

Il n'est toutefois pas nécessaire que vous fassiez parvenir un arrêt de travail, sauf en cas de demande d'indemnisation des 2 semaines prévues avant l'accouchement pour congé pathologique lié à la grossesse.

De surcroît, la législation ne prévoit pas le maintien du salaire par l'employeur. Toutefois, un complément de salaire est souvent imposé conventionnellement.

Ainsi, vous devez vérifier les dispositions de la convention collective applicable à votre entreprise.

- **Quelques brèves**

1. « L'adhésion à un C.S.P. constitue une modalité du licenciement pour motif économique et ne prive pas le salarié du droit d'obtenir l'indemnisation du préjudice que lui a causé l'irrégularité de la lettre de convocation à l'entretien préalable (...) l'employeur n'avait pas mis en place les D.P. alors qu'il était assujéti à cette obligation et sans qu'aucun procès-verbal de carence n'ait été établi » Art. L. 1235-15 du Code du travail & Cass soc., 17 mars 2015, n° 13-26941 FS-PB, Sté HPM
2. « Le conducteur a droit à une pause après 4,5 heures de temps de conduite continu ou fragmenté » et le juge doit rechercher si le salarié est ou n'est « pas contraint par l'employeur, pendant ses interruptions de conduite, de se livrer à des opérations de chargement et de déchargement » Cass. soc., 18 mars 2015, n° 13-23728 FS-PB, Sté Aldi marché Ablis
3. L'action contre l'entreprise de travail temporaire est recevable, lorsqu'il y a :
  - a. Absence de contrat de mission établi par écrit (contrat vicié ab initio) (Cass. soc., 13 décembre 2006, n° 05-44956 FS-P, Sté Relais intérim, pour le compte de la Sté Mazzer et associés & 17 septembre 2008, n° 07-40704 F-PB Stés Adecco & Renault) ;
  - b. Remise tardive d'un contrat écrit (Cass. soc., 19 juin 2002, n° 00-41354 P, Sté Eurolabor) ;
  - c. Absence de mention du terme de la mission (art. L. 1251-16 du Code du travail & Cass. soc., 19 avril 2000, n° 97-45508 P, Sté Setim services) ;
  - d. Absence de mention de la qualification des salariés remplacés dans les contrats de mission (art. L. 1251-43 1° & L. 1251-16 1° du Code du travail & Cass. soc., 19 juin 2002, n° 00-41354 P, Sté Eurolabor)
  - e. Inobservation du délai de carence décrits dans les articles L. 1251-36 et L. 1251-37 du Code du travail, pour pourvoir, au sein de l'entreprise utilisatrice, le même poste de travail (Cass. soc., 12 juin 2014, n° 13-16362 FS-PB, Sté Adecco).

- f. Non-respect de l'une des prescriptions des dispositions de l'article L. 1251-16 du même Code, notamment absence de mention sur le contrat de travail de l'indemnité de fin de mission (Cass. soc., 11 mars 2015, n° 12-27855 FS-PB, Sté Randstad).
4. La requalification en C.D.I. doit être dirigée à l'encontre de l'entreprise utilisatrice lorsque :
- a. L'intérimaire continue à travailler dans l'entreprise utilisatrice au-delà de la durée de la mission, sans contrat de mise à disposition signé entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire (art. L. 1251-39 du Code du travail & Cass. soc., 17 septembre 2008, n° 07-40704 F-PB Stés Adecco & Renault) ;
  - b. Si, bien que chaque surcroît d'activité ait bien été temporaire, l'ensemble des surcroûts temporaires d'activité a eu pour effet de pourvoir par des contrats précaires des emplois permanents, la requalification en C.D.I. doit être dirigée à l'encontre de l'entreprise utilisatrice (Cass. soc., 21 janvier 2004, n° 03-42769 PBRI, Sté Sovab).

**Éric Charret**

**Commission Juridique**

**CFDT UTI Lille Métropole**