



## Actualités législatives et réglementaires

### ► *Commission nationale de la négociation collective*

L'arrêté du 3 décembre 2018, portant nomination de membres de la Commission nationale de la négociation collective, et des trois sous-commissions constituées en son sein, est paru au *JO* du 8 décembre.

### ► *Filière banane - Contingent d'heures indemnisables*

L'arrêté du 5 décembre 2018, fixant le dépassement du contingent annuel d'heures indemnisables prévu par l'article R 5122-6 du code du travail pour trois exploitations de la filière banane, est paru au *JO* du 11 décembre.

### ► *Conseil d'orientation des conditions de travail*

L'arrêté du 10 décembre 2018, portant nominations à la commission spécialisée relative à la prévention des risques physiques, chimiques et biologiques pour la santé au travail du Conseil d'orientation des conditions de travail, est paru au *JO* du 13 décembre.

### ► *Accompagnement des transitions professionnelles*

L'arrêté du 5 décembre 2018, fixant la liste des entreprises adaptées retenues pour mener l'expérimentation d'un accompagnement des transitions professionnelles en recourant au contrat à durée déterminée conclu en application de l'article L 1242-3 du code du travail, est paru au *JO* du 13 décembre.

## Jurisprudence

### ► *Invention du salarié*

La convention collective de l'industrie pharmaceutique prévoir l'octroi d'une prime aux salariés auteurs d'une invention de mission à « *l'intérêt exceptionnel* » que présente l'invention pour l'entreprise

Ledit « *intérêt* » doit être apprécié au regard de l'ensemble des éléments de la cause.

La mise en œuvre de l'invention, qui a permis la mise sur le marché d'un produit innovant, caractérise l'intérêt exceptionnel (Cass. soc., 21-11-18, n°16-24044).

### ► *Temps partiel thérapeutique*

Un temps partiel thérapeutique doit être planifié pour ne pas être requalifié en temps plein (Cass. soc., 24-10-18, n°17-20657).

### ► *Responsabilité civile - Employeur*

La faute pénale d'une salariée dont découle la faute civile de l'employeur (au sens de l'article 1242 alinéa 5 du code civil), lorsqu'elle a fait l'objet d'une condamnation définitive, ne peut plus être contestée à l'occasion d'un procès ayant pour objet l'action civile (Cass. crim., 13-11-18, n°17-81398).

### ► *Accident du travail*

En l'absence de faute intentionnelle de l'employeur, le tiers étranger à l'entreprise, qui a indemnisé la victime de son entier dommage ou d'une partie seulement de celui-ci, ne dispose pas de recours contre l'employeur afin d'obtenir le remboursement des sommes versées (Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 29-11-18, n°17-17747).

### ► *Licenciement - Salarié protégé*

Le salarié protégé dispose d'un droit de réintégration si la décision de l'autorité administrative qui a autorisé son licenciement est annulée. Si l'employeur ne justifie pas être dans l'impossibilité de réintégrer le salarié et propose au salarié une modification du contrat de travail que le salarié refuse, il ne peut pas licencier le salarié en raison de son refus. Dans un tel cas, le licenciement est nul (Cass. soc., 5-12-18, n°16-19912).

L'autorité administrative ne peut autoriser le licenciement disciplinaire d'un salarié protégé si d'une part, ce dernier n'a pas été précisément informé des agissements qui lui sont reprochés, et si d'autre part, il n'a pas été en mesure de présenter au préalable ses observations sur l'existence et le caractère réel de ces griefs (CA de Nantes, 30-11-18, n°17NT02268).

### ► **Licenciement disciplinaire**

Un motif tiré de la vie personnelle du salarié, ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail. La suspension du permis de conduire en dehors du travail ne justifie donc pas un licenciement disciplinaire (Cass. soc., 24-10-18, n°17-16099).

### ► **Horaire de jour/Horaire de nuit**

Le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour, lorsqu'il entraîne un bouleversement de l'économie du contrat, ne constitue pas une modification des condi-

tions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur, mais une modification du contrat de travail, laquelle doit être acceptée par le salarié (Cass. soc., 28-11-18, n°17-13158).

### ► **Contrat de travail**

L'offre de contrat de travail, comme la promesse unilatérale de contrat de travail, doivent préciser les éléments essentiels du contrat de travail. Sans mention de la rémunération et de la date d'embauche, la promesse n'est ni une offre de contrat de travail, ni une promesse unilatérale de contrat de travail (Cass. soc., 28-11-18, n°17-20782).

## FOCUS

### **Le point sur la clause de non concurrence**

Une clause de non concurrence a pour objet d'interdire au salarié, après la rupture de son contrat de travail, d'exercer une activité qui porterait préjudice à son ancien employeur.

#### **Ne pas confondre :**

Cette clause ne doit pas être confondue avec la clause d'exclusivité ou de confidentialité.

La clause d'exclusivité interdit à un salarié, pendant l'exécution de son contrat, de travailler chez un autre employeur ou de développer une activité concurrente.

La clause de confidentialité interdit seulement au salarié de divulguer certaines informations dont il a eu connaissance par son employeur ; il reste libre de s'engager auprès d'une entreprise concurrente. Une telle clause peut s'appliquer pendant l'exécution du contrat de travail mais également après la rupture.

#### **Définition :**

La clause n'est valable que si elle remplit quatre conditions cumulatives (Cass. soc., 10-07-02, n° 00-45135) :

- être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Cette condition s'apprécie par rapport aux fonctions exercées par le salarié ;
- être limitée dans le temps et dans l'espace ;
- comporter une contrepartie financière, que l'employeur devra verser au salarié ;
- tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié. Le salarié doit toujours pouvoir exercer une activité professionnelle conforme à sa formation et son expérience.

L'employeur ne peut se réserver le pouvoir d'étendre unilatéralement la portée dans le temps ou dans l'espace de la clause de non concurrence.

#### **Source :**

La clause peut être de nature contractuelle, c'est-à-dire qu'elle peut être insérée directement dans un contrat à durée indéterminée, un contrat à durée déterminée, un contrat d'apprentissage, un contrat à temps partiel...

Mais elle peut aussi être de nature conventionnelle, à la condition que le salarié ait été informé de son existence dans la convention collective. Toutefois, si la convention collective est conclue postérieurement à l'embauche, elle ne peut imposer au salarié une telle clause. Une clause contractuelle ne peut pas être plus contraignante que celle de la convention collective. Si tel est le cas, il faut appliquer uniquement la clause de la convention collective (Cass. soc., 22-10-08, n°07-42035).

**A noter :** si la clause interdisant, avant l'expiration d'un certain délai, au salarié quittant une entreprise d'entrer dans une autre entreprise exerçant une activité similaire ne s'applique pas dès lors que les deux entreprises ne sont pas en situation réelle de concurrence mais appartiennent au même groupe économique, et que le passage du salarié de l'une à l'autre est le résultat d'une entente entre lui et ses deux employeurs successifs, elle reprend ses effets normaux à partir du jour où le contrat de travail avec le second employeur a été rompu, sans que ce délai puisse s'en trouver reporté ou allongé (Cass. soc., 12-9-18, n°17-10853).

#### **Renonciation :**

L'employeur peut renoncer à l'application de la clause si le contrat ou la convention collective prévoit cette possibilité, dans le respect des conditions fixées (respect des délais et des formes de la renonciation).

A défaut, il doit obtenir l'accord du salarié. Traditionnellement, le délai de renonciation à la clause de non concurrence court à compter de la date de signification de la rupture (le délai court à compter du jour de la

date d'envoi de la lettre de licenciement) ou du jugement prononçant la résiliation judiciaire du contrat.

L'employeur qui dispense le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant toutes stipulations ou dispositions contraires.

La renonciation doit être expresse et précise : la simple mention « *libre de tout engagement* » n'est pas suffisante.

#### Contrepartie financière :

Toute clause de non concurrence ne prévoyant pas de contrepartie financière est nulle. Dès lors que le salarié se voit imposer une obligation de non concurrence, la contrepartie doit être versée quel que soit la cause de la rupture (Cass. soc., 28-06-06, n°05-40990), y compris en cas de faute grave ou lourde, de mise à la retraite ou de rupture conventionnelle, et indépendamment de la possibilité ou non pour le salarié de reprendre une activité concurrente (Cass. soc., 24-09-08, n°07-40098).

L'employeur ne peut minorer la contrepartie en fonction des modes de rupture ; si tel est le cas, c'est le montant le plus élevé prévu pour les différents modes de rupture qui doit être appliqué au salarié. Le versement de l'indemnité doit intervenir au moment de la cessation du contrat. Son paiement peut être échelonné mais ne peut être différé à la fin de la période d'interdiction de concurrence.

La clause peut aussi être assortie d'une clause pénale par laquelle le salarié s'engage à verser une certaine somme d'argent à son ancien employeur s'il ne respecte pas son obligation de non concurrence mais son montant, s'il est excessif, peut être révisé par le juge.

La contrepartie financière ne doit pas être dérisoire (souvent elle correspond à un pourcentage compris entre un tiers et la moitié du salaire brut des 12 ou 3 derniers mois, selon ce qui est le plus favorable). Cette situation équivaut à une absence de contrepartie et entraîne la nullité de la clause de non concurrence. Si le caractère dérisoire de la contrepartie est établi, le juge ne peut fixer un autre montant qu'il estime davantage justifié.

#### Nullité de la clause :

Seul le salarié peut invoquer la nullité de la clause de non concurrence.

La nullité de la clause peut être prononcée par les conseils de prud'hommes si elle est jugée excessive ou trop générale ou si elle ne respecte pas les conditions de validité : par exemple, si elle ne comporte pas de contrepartie financière.

En dehors de la nullité, le juge peut également réduire l'étendue ou la durée de la clause de non concurrence lorsqu'elle constitue une entrave à la liberté du travail du salarié. Le salarié qui a respecté une clause illicite a droit à des dommages et intérêts. Si l'employeur ne verse pas la contrepartie ou lorsque la clause n'est pas valable, le salarié n'est pas tenu de respecter l'obligation de non concurrence.

A l'opposé, un salarié qui viole une clause conforme, s'expose à une action en dommages et intérêts de son ancien employeur, ou au paiement de la clause pénale si elle existe.

#### La clause de clientèle : qu'est-ce que c'est ?

La clause de clientèle, connu également sous le nom de clause de non sollicitation, de non captation de clientèle ou de non démarchage, consiste à interdire au salarié d'entrer en contact ou d'exploiter la clientèle de son ancien employeur.

Ces clauses ont énormément prospéré ces dernières années, de nombreux employeurs cherchant à contourner la clause de non concurrence et son régime contraignant élaboré par la Cour de cassation. Ces clauses, apparaissant moins pénalisantes pour les salariés dans la mesure où elles n'interdisent pas directement d'exercer une activité dans une société concurrente, sont censurées par la Cour de cassation (Cass. soc., 2-7-08, n°07-40618 ; 19-05-09, n°07-40222).

Pour elle, de telles clauses sont des clauses de non concurrence subordonnées aux mêmes conditions de validité. Encore une fois, les juges ne s'attachent pas aux termes employés par les parties mais aux conséquences que la clause est susceptible d'engendrer. Peu importe l'intensité de l'obligation, dès lors que le salarié est restreint dans l'exercice de son activité professionnelle, dès lors qu'il est limité dans les possibilités de retrouver un emploi, la clause en question doit s'analyser en une clause de non concurrence qui, pour être valable, doit prévoir une contrepartie financière et être limitée dans le temps et dans l'espace. A défaut, une telle clause est nulle. Le salarié qui a respecté une clause illicite est en droit de demander des dommages et intérêts.