

Bulletin Social des étudiants du Master II PGRDS

(Prévention et Gestion des Risques en Droit Social)

Novembre
2015

Bulletin
N°10

SOMMAIRE

Article n°1 : La réaffirmation de la possibilité d'un licenciement pour faute grave en cas de refus d'appliquer une clause de mobilité.....2

Article n°2 : La possibilité de renouveler deux fois un CDD depuis la loi n°2015-994 du 17 août 2015 - Focus sur les TPE..... 3

Article n°3 : Recours aux « jobs d'été » : le non-versement de l'indemnité de précarité conforme au droit européen ! – CJUE 1er octobre 2015, aff. C-432/144

Article n°4 : Le contrat de professionnalisation : des nouveautés en vue d'une nouvelle chance ?5

Article n°5 : Quelle a été la place du contrat à durée déterminée « sénior » depuis sa création, et dans le contexte actuel des réformes ?6

Article n°6 : La clause de non-concurrence : rédiger une clause, c'est un métier ! Cass. soc. 21 janv. 2015, pourvoi no 13-26.374.....7

Actualité du Master II PGRDS :

Le lundi 2 novembre 2015, les étudiants du Master II PGRDS participaient à la conférence « Le travail et la loi » organisée à la faculté de droit d'Amiens en présence d'Antoine Lyon-Caen. Ce dernier s'est livré à une présentation de son livre « Le travail et la loi » co-écrit avec Robert Badinter. L'occasion était donc donnée aux étudiants d'interroger Mr Lyon-Caen sur sa vision actuelle du droit du travail et sur les pistes qu'il propose pour le réformer via les 50 principes de son livre.

Le sujet est d'ailleurs au premier plan de l'actualité politique puisque le premier ministre Manuel Valls a annoncé, le mercredi 4 novembre, la refonte du code du travail qui commencera en 2016 et se terminera en 2018, dans le but de rendre ce dernier plus lisible, plus intelligible. Dans ce cadre, Mr Robert Badinter s'est vu confier la mission de fixer, en deux mois, les grands principes de ce nouveau code du travail. Nul doute que les étudiants du Master II PGRDS suivront de près ce projet de réforme dont ils auront débattu le temps d'une conférence.



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

La réaffirmation de la possibilité d'un licenciement pour faute grave en cas de refus d'appliquer une clause de mobilité

Bien que le contrat de travail soit soumis à un certain nombre de mentions obligatoires, il est tout à fait possible d'y insérer des clauses supplémentaires, dont la clause de mobilité par exemple. Celle-ci sera valable à condition de comporter une zone géographique déterminée, et que l'employeur prévienne dans un délai raisonnable le salarié de son prochain changement de lieu de travail. Le salarié dispose du droit de refuser ce changement, mais cela doit être justifié, sinon l'employeur aura le droit de mettre un terme au contrat de travail.

Le fait pour un salarié tenu par une clause de mobilité de refuser une mutation s'analyse comme un manquement à ses obligations contractuelles, et autorise donc l'employeur à entamer une procédure de licenciement pour cause réelle et sérieuse. Cette analyse constante de la Cour de cassation est réaffirmée par un arrêt rendu le 23 janvier 2008 par la Chambre sociale (n° 07-40522) dans lequel les Hauts magistrats précisent que le « refus de la mobilité ne constitue pas à lui seul une faute grave empêchant le maintien du salarié dans l'entreprise ». Pour que le licenciement du salarié soit causé par une faute grave, la Cour de cassation exige des éléments supplémentaires appuyant le refus, comme un comportement déloyal, ou un abandon de poste, ou tout autre acte qui sera considéré comme de l'insubordination de la part du salarié.

Dans un arrêt du 23 octobre 2015 rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (n° 13-25279), il a été jugé que des salariés se sont « rendus coupables d'actes d'insubordination envers leur employeur pouvant constituer une faute grave motivant un licenciement ». En l'espèce, plusieurs salariés, tenus par une clause de mobilité, ont refusé leur mutation à Paris, sans apporter de justification plausible, et ont délibérément continués à se présenter dans les locaux de l'établissement d'origine, à Rungis, après la date de la mutation. En s'obstinant à se présenter sur leur ancien lieu de travail pendant plusieurs semaines après la date de prise d'effet de la mutation, les salariés se sont rendus coupables d'actes d'insubordination envers leur employeur.

Effectivement, le fait pour un salarié de refuser l'application d'une clause de mobilité parfaitement valable n'est pas en soi constitutif d'une faute grave, mais le fait d'ajouter à ce refus des actes d'insubordination, en l'espèce en persistant à se présenter constamment sur leur ancien poste de travail, les salariés ont causé des perturbations sur le site de Rungis et fait preuve d'irrespect envers leur employeur. Ces éléments s'ajoutant au refus de la mobilité caractérisent, selon la Cour de cassation, une faute grave rendant impossible la poursuite des relations contractuelles de travail entre les salariés et leur employeur.

Cette jurisprudence du 23 octobre 2015 n'est pas nouvelle, mais elle a pour intérêt de clarifier la position de la Cour de cassation en réaffirmant la possibilité de l'employeur de licencier un salarié pour faute grave quand celui-ci refuse l'application de la clause de mobilité valable figurant dans son contrat de travail, et commet en supplément des actes pouvant porter atteinte aux intérêts de l'employeur et/ou de l'entreprise.

Cet arrêt démontre que bien que la protection des salariés soit une des motivations premières en matière sociale, ces derniers peuvent tout à fait faire l'objet d'un licenciement pour faute grave pour refus de mobilité, et pour valider ce licenciement l'employeur aura simplement à prouver que les agissements de ses salariés portent préjudice à lui-même ou à son entreprise.

Déborah Capitao

La possibilité de renouveler deux fois un CDD depuis la loi n°2015-994 du 17 août 2015 - Focus sur les TPE

Le 9 juin 2015, le Premier ministre Manuel Valls annonçait la future possibilité de renouveler deux fois un contrat de travail à durée déterminée ou un contrat d'intérim (dans un souci de concision nous ne nous intéresserons qu'au CDD).

La mise en œuvre ne s'est pas faite attendre, puisque cette mesure a été insérée dans le Code du travail par la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite "loi Rebsamen".

L'objectif de cette disposition consiste à relancer l'emploi dans les très petites entreprises et dans les petites et moyennes entreprises. Néanmoins, l'article L1243-13 du Code du travail ouvre cette nouvelle possibilité sans la réserver aux TPE-PME. En effet, l'emploi étant l'une des priorités actuelles du gouvernement, il semble avisé d'ouvrir cette nouvelle disposition à toutes les entreprises, même si son utilité peut être discutée.

Il convient donc de s'attarder sur la proportion que représentent les TPE dans le paysage économique français. Prenons comme source l'étude «Insee focus n°24» publiée en mars 2015; selon cette étude : 2,1 millions de TPE étaient implantées en France en 2012 (soit 63% des entreprises en France), et employaient 2,3 millions de personnes. Or, seulement 45% de ces TPE disposent de salariés. Ces nombreuses TPE représentent 9% du PIB français. Cette étude démontre également qu'environ 30% des TPE n'ont pas les moyens de financer un SMIC annuel (charges patronales incluses).

C'est donc dans l'optique de relancer l'emploi dans ces sociétés que la possibilité de renouveler deux fois un CDD ou un contrat d'intérim a vu la jour. Néanmoins, malgré cette nouvelle opportunité, les délais maximums des contrats à durée déterminée n'ont pas changé (18 mois pour un CDD standard, durée initiale et renouvellement(s) compris).

Comme l'indique le Code du travail : «les conditions de renouvellement sont stipulées dans le contrat ou font l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu». De plus, le motif de recours au CDD doit subsister pour que le renouvellement soit possible.

A la lumière de tous ces éléments, on en vient à s'interroger sur l'intérêt de cette mesure. En effet, la possibilité de renouveler deux fois (au lieu d'une seule auparavant) un CDD n'amènera l'employeur qu'à être plus vigilant à la durée du nouveau contrat pour ne pas dépasser les durées maximales prévues par la loi. Nous pouvons également noter que la possibilité du double renouvellement s'applique aux CDD en cours à la date du 17 août 2015, à la condition qu'un premier renouvellement n'ait pas eu lieu.

Si 30% des TPE ne peuvent assumer le financement d'un SMIC annuel, l'idée serait alors de les appâter avec des CDD plus souples. On peut toutefois se réjouir que les pouvoirs publics aient décidé de modifier le régime du CDD plutôt que d'ajouter un énième contrat aidé à la palette déjà existante. Mais la solution n'est-elle pas cachée ici? Ne faudrait-il pas assurer une meilleure information de ces TPE en ce qui concerne les différents contrats aidés, pour non seulement leur apporter une main-d'œuvre à moindre coût, mais aussi favoriser l'insertion professionnelle de l'autre contractant?

Enfin, nous pouvons nous demander quel sera l'avenir de cette disposition, étant donné que le Premier ministre Manuel Valls a annoncé que la réécriture du Code du travail sera démarrée courant 2016, et s'achèvera en 2018. Se pourrait-il que le gouvernement soit à cours de solutions pour promouvoir l'emploi dans le contexte actuel ? Le projet de loi entérinant la refonte du Code du travail devrait être adopté avant l'été 2016.

Le projet de réforme du Code du travail devrait être dirigé par Robert Badinter. Ce-dernier a publié un ouvrage intitulé «Le Travail et la Loi» en collaboration avec Antoine Lyon-Caen. Ces auteurs affirment notamment que «Le Code du travail se veut protecteur et rassurant. Il est devenu au fil des ans obscur et inquiétant. Cette inquiétude collective entrave l'embauche». Espérons que Monsieur Badinter puisse trouver la solution pour relancer l'emploi.

Germain Molitor

Recours aux « jobs d'été » : le non-versement de l'indemnité de précarité conforme au droit européen ! – CJUE 1er octobre 2015, aff. C-432/14

Lorsqu'il a recours au CDD, l'employeur doit anticiper certains coûts liés à cette forme atypique de relation contractuelle. L'article L 1243-8 du code du travail prévoit notamment que « Lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation... ». Cette indemnité est, en principe, égale à 10 % de la rémunération totale brute perçue par le salarié au cours de son contrat.

Toutefois l'article L 1243-10 du code du travail prévoit des exceptions au versement de cette indemnité parmi lesquelles figure, au 2° de l'article précité, « le contrat conclu avec un jeune pour une période comprise dans ses vacances scolaires ou universitaires ». Cette exception ayant pour but de limiter les coûts de recrutement des entreprises et de faciliter l'embauche de jeunes pendant leurs vacances ne fait cependant pas l'unanimité.

En effet en 2014, un étudiant embauché en CDD durant ses vacances universitaires a décidé de saisir le conseil de prud'hommes de Paris pour non versement de l'indemnité de précarité. Par la suite, une question prioritaire de constitutionnalité a été présentée devant le Conseil constitutionnel statuant sur la conformité de telles dispositions à l'égard du principe d'égalité et de non-discrimination en raison de l'âge. Le Conseil constitutionnel, par une décision du 13 juin 2014 avait jugé que « la différence de traitement instituée par le législateur français est fondée sur une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi » (Conseil constitutionnel. 13 juin 2014, n° 2014-401 QPC, D. 2014. 1282). La loi n'est pas contraire à la constitution. Le droit français ne reconnaît donc pas de précarité professionnelle dans la situation des étudiants embauchés en job d'été. La question semble pourtant légitime : bon nombre de ces étudiants souhaitent poursuivre leur job d'été par la conclusion d'un CDI à temps partiel. Beaucoup en font la demande auprès de l'employeur qui, dans la majorité des cas, ne peut y répondre favorablement et met donc un terme à la relation contractuelle à l'échéance du CDD. Le conseil constitutionnel avait d'ailleurs relevé que les étudiants employés en job d'été ne sont pas dans une situation identique à celle des étudiants qui cumulent un emploi avec leurs études. Mais comment distinguer un étudiant ayant l'intention de travailler uniquement pendant ses vacances scolaires et celui qui souhaiterait poursuivre la relation contractuelle au-delà, mais qui n'obtient pas le

CDI tant espéré ? La loi ne prévoit pas cette distinction. Il semble pourtant qu'un étudiant dans une telle situation soit confronté à une précarité très similaire à celle d'un autre salarié en CDD.

Qu'en est-il vis-à-vis du droit européen ?

Le conseil des prud'hommes de Paris a saisi la Cour de justice de l'Union Européenne d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité de la législation française en vertu des articles L. 1243-8 et L.1243-10 du code du travail avec les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement des travailleurs institués par le droit de l'Union.

Rappelons que le principe de non-discrimination des travailleurs est garanti par le droit européen en vertu de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi (Dir. n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000) ainsi que l'article 45 du TFUE.

La réponse de la CJUE était attendue et justement celle-ci a rendu sa décision le 1er octobre 2015 (CJUE 1er oct. 2015, O c/ Bio Philippe Auguste SARL, aff. C-432/14) dans laquelle elle rappelle que selon sa jurisprudence « les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale et de l'emploi ». Elle considère dès lors que le législateur national a nécessairement estimé que les jeunes visés à l'article L. 1243-10 ont vocation à reprendre leurs études lors de l'expiration de leur contrat et ne peuvent alors se trouver dans une situation comparable aux autres salariés visés par la précarité professionnelle. Elle juge que « le législateur national n'a nullement outrepassé les limites de la marge d'appréciation dont il dispose en matière de politique sociale ». La législation française excluant les étudiants du bénéfice de l'indemnité de précarité est donc conforme au droit de l'union européenne et l'article L 1243-10 du code du travail peut continuer de s'appliquer.

Le texte présente-t'il des risques pour l'employeur ?

L'article L 1243-10 présente une difficulté d'interprétation de laquelle découle une incertitude pour l'employeur : l'indemnité de précarité doit-elle être versée lorsque le « job d'été » se poursuit pour quelques jours seulement au-delà de la période de vacances du jeune ? La rédaction de l'article L 1243-10 laisse penser que l'indemnité serait due, et pourtant, dans l'esprit, le contrat conclu semble conserver son caractère de « job d'été ». La cour de cassation n'a pas encore eu à se prononcer sur un tel cas, aucune réponse ne peut donc être apportée pour le moment. Quoi qu'il en soit il est conseillé à l'employeur de toujours demander au jeune de lui communiquer ses dates précises de vacances scolaires ou universitaires pour éviter tout conflit.

Jordan Ledoux

Le contrat de professionnalisation : des nouveautés en vue d'une nouvelle chance ?

Le contrat de professionnalisation, contrat d'insertion, ne cesse de connaître des nouveautés et changements depuis 2014. Son objet, tel qu'il est défini par l'article L6325-1 du Code du travail, est d'acquérir des qualifications professionnelles et favoriser l'insertion ou la réinsertion professionnelle tout en ayant une formation professionnelle à côté d'enseignements généraux ou technologiques. Il s'agit donc d'un contrat s'effectuant en alternance et il peut être à durée déterminée (de six à douze mois renouvelables jusqu'à vingt-quatre mois) ou indéterminée (quand il s'agit d'une action de professionnalisation).

Les nouveautés les plus importantes résultent de la loi Rebsamen, loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social, en vigueur depuis le 19 août. On s'attardera dès lors sur les nouveautés majeures.

Actuellement, le dépôt d'un contrat de professionnalisation se fait auprès d'un organisme paritaire collecteur agréé (OPCA) au plus tard dans les cinq jours suivant le début du contrat. Il est remis à l'OPCA le formulaire CERFA ainsi qu'un document visant les objectifs, l'organisation, l'évaluation et la sanction en cas de rupture anticipée du contrat (C. trav. D6325-11). À partir du 1er septembre 2016, en application du décret n°2015-1093 du 28 août 2015, ces modalités de dépôt seront modifiées. Il s'agira désormais de passer sur le site internet du « portail de l'alternance » du gouvernement. Cette dématérialisation a l'avantage de simplifier les choses autant pour l'entreprise que pour le salarié puisque l'électronique a le privilège d'être rapide, organisé et accessible.

Les modalités de rupture anticipée ont également été modifiées et rejoignent celles de dépôt. Lorsqu'un contrat de professionnalisation est rompu avant son terme, cela doit être signalé dans un délai de trente jours à l'OPCA, à la DIRECCTE et à l'URSSAF. À partir du 1er septembre 2016, il conviendra de le signaler via le portail de l'alternance. Il semble en revanche qu'il faille encore, sur papier, aviser l'URSSAF de la rupture.

Une autre nouveauté concerne les bénéficiaires du contrat de professionnalisation. En vertu de l'article L6325-1 du Code du travail, ceux-ci sont notamment les jeunes de 16 à 25 ans révolus, les demandeurs d'emplois de 26 ans et plus et certains bénéficiaires de revenus et d'allocations de solidarité. L'article 42 de la loi Rebsamen a modifié l'article L6325-1-1 du Code du travail. Il élargit le champ des bénéficiaires avec un dispositif dérogatoire. Dorénavant, tous les demandeurs d'emploi depuis au moins un an bénéficient d'une action de professionnalisation passant de douze à vingt-quatre mois maximum, d'une action de formation pouvant excéder de 25% la durée du contrat et d'un meilleur financement de la part des OPCA.

Il s'agit ici d'une nouveauté majeure puisque le contrat a même été qualifié de « nouvelle chance ».

La volonté du gouvernement est de lutter contre le chômage de longue durée qu'importe l'âge. Il tente notamment d'aider les seniors à se réinsérer professionnellement. Cette nouveauté n'est en rien critiquable, s'agissant d'une initiative qui ne peut être que saluée. Il reste cependant à connaître l'efficacité de cette nouvelle chance. Nous manquons actuellement de recul pour mesurer l'efficacité de ce dispositif.

Par ailleurs, l'aide versée aux groupements d'employeurs pour les contrats de professionnalisation sera majorée dès le 1^{er} janvier 2016. Elle passera de 686 € à 814 €. Il s'agit tout de même d'un coup de pouce bien qu'une personne en contrat de professionnalisation n'est rémunérée qu'en fonction de son âge et de son niveau de formation selon un certain pourcentage du SMIC...

On ne peut pas parler des nouveautés sans parler de l'article 54 de la loi Rebsamen qui a modifié l'article L6325-2 du Code du travail en élargissant également ce contrat. Il permet à un salarié de travailler dans plusieurs entreprises. Les modalités de l'accueil et le contenu de la convention sont justement attendus, selon l'échéancier de mise en application de la loi, en ce mois de novembre 2015 par décret. En attendant celui-ci, se posent quelques interrogations. Comment suivre des enseignements généraux, une formation professionnelle dans une entreprise et également dans d'autres entreprises, le tout en alternance ? Ne serait-ce pas engager des frais de formation professionnelle (s'avérant finalement incomplète) pour l'employeur qui, quant à lui, risque de voir son salarié en alternance intégrer une autre entreprise ? Il est permis de se poser la question. Il n'est en effet pas rare de voir les employeurs poursuivre la relation de travail avec le salarié en alternance sous contrat à durée indéterminée, à l'échéance du contrat de professionnalisation. En revanche, cette thèse peut tout à fait être remise en cause par le fait que les employeurs sont parfaitement au courant de la situation. Il semblerait que ceux-ci doivent signer la même convention, ils seraient donc conscients que leur salarié se forme dans une entreprise qui peut leur être concurrente. Justement, cela n'est-il pas poussé un peu trop loin ? Dès lors, le décret est très attendu pour comprendre les modalités de cette mesure.

En définitive, ces nouveautés ont étendu le contrat de professionnalisation. Elles sont dans l'ensemble positives et plutôt encourageantes pour la suite. Malheureusement, ce contrat est tout de même malmené par ses aides insuffisantes contrairement à l'apprentissage, son voisin. De plus, dans le dispositif-même du contrat de professionnalisation, les aides sont différentes selon les tranches d'âge ce qui peut avoir pour effet de repousser l'embauche de certaines catégories d'âge. Enfin, la convention conclue entre plusieurs employeurs demeure floue pour le moment. Ainsi, toutes ces mesures ont-elles vocation à le renforcer ou vont-elles venir le fragiliser ?

Mathilde L'Enfant

Quelle a été la place du contrat à durée déterminée « sénior » depuis sa création, et dans le contexte actuel des réformes ?

Le décret du 28 août 2006 a apporté un aménagement nécessaire pour le « retour à l'emploi des salariés âgés », faisant objet de mesures règlementaires afin de faciliter l'embauche de demandeurs d'emploi dont l'âge est avancé. Cette mesure vise prioritairement à aider ces demandeurs d'emploi à poursuivre leurs cotisations pour bénéficier d'une retraite complète. Avec le contrat à durée déterminée senior, en même temps l'employeur peut profiter de l'expérience d'un salarié en fin de carrière sans pour autant s'engager à très long terme.

Ce type de contrat s'adresse exclusivement aux salariés de plus de 57 ans qui sont en situation de chômage depuis plus de trois mois et qui justifient du manque d'un maximum de huit trimestres de cotisations, tous régimes confondus, pour bénéficier d'une retraite à taux plein, et qui peuvent prétendre à un contrat à durée déterminée senior s'inscrivant dans le cadre de l'article L. 1242-3, visant à faciliter l'embauche de catégories spécifiques de personnes sans emploi.

Le contrat à durée déterminée sénior peut être proposé par l'ensemble des entreprises, privées ou publiques, à l'exception du monde agricole. Jusqu'à la publication du Décret n° 2010-1086 du 14 septembre 2010 qui apporte de nouvelles modifications :

Art. D. 718-4 du décret : « Tout employeur de salariés mentionnés à l'article L. 722-20 (à l'exception des 5°, 7° et 11°) du présent code peut conclure un contrat de travail à durée déterminée, en application du 1° de l'article L. 1242-3 du code du travail, avec une personne demandeuse d'emploi justifiant manquer d'au maximum huit trimestres de cotisations, tous régimes confondus, pour bénéficier d'une retraite à taux plein. »

Art. D. 718-5 « Le contrat de travail prévu à l'article précédent peut être conclu pour une durée maximale de vingt-quatre mois. Il ne peut pas être renouvelé. »

Signé pour une durée de 18 mois, au maximum, le contrat à durée déterminée sénior n'est renouvelable qu'une seule fois, c'est-à-dire qu'il ne pourra en aucun cas dépasser les 36 mois quand un contrat à durée déterminée conventionnel ne peut lui excéder les 18 mois.

Pour l'employeur, le contrat à durée déterminée sénior ne nécessite pas le traditionnel délai de carence des CDD ni de précisions relatives au motif du recours à ce type de contrat, à la différence du contrat à durée déterminée traditionnel.

Il peut aussi avoir recours à un contrat à durée déterminée sénior pour pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Si le contrat à durée déterminée sénior apparaît plus souple que le contrat à durée déterminée traditionnel, il reste soumis à certaines règles : désignation du poste de travail, salaire, convention collective, durée de la période d'essai... Enfin, une personne embauchée avec un CDD sénior est comptabilisée comme faisant partie de l'effectif de l'entreprise et bénéficie des mêmes droits que les autres salariés.

Le recours à l'embauche via les contrats à durée déterminée seniors reste très modeste et ne s'améliore pas, et le taux de chômage chez les plus de 57 ans reste plus élevé que le reste des catégories, selon une enquête de l'INSEE en 2014 : 49,3% des 55-64 ans sont inactifs et seulement 15 % des contrats à durée déterminée conclus (hors agriculture) en 2013 concernaient les seniors.

Cela est sûrement dû à la facilité de recours au contrat à durée déterminée ordinaire, pour les motifs traditionnels, hors les contrats à durée déterminée sénior, et aux dérogations possibles afin de conclure des contrats à durée déterminée au lieu de contrats à durée indéterminée ; alors que le principal apport du contrat à durée déterminée sénior pour l'employeur est de pouvoir conclure un contrat à durée déterminée pour l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Il devient légitime de s'interroger sur l'avenir de ce contrat et les modalités à mettre en place pour le garder dans l'esprit de sa création initiale, devant le nouvel accord qui va instaurer un nouveau système de mise à la retraite et reporter l'âge légal d'au moins un an, ainsi que les mesures de flexibilité et d'assouplissement du marché du travail qui sont annoncées.

Brahim Khoukhi

La clause de non-concurrence : rédiger une clause, c'est un métier ! Cass. soc. 21 janv. 2015, pourvoi no 13-26.374

Le code du travail ne s'est guère intéressé aux clauses du contrat de travail qui ont fleuri sous l'impulsion de la pratique contractuelle et du désir des employeurs de s'accorder, dans le contrat, des prérogatives que le régime général du contrat de travail ne leur octroyait pas.

Lors de la conclusion de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, les partenaires sociaux avaient appelé de leurs vœux une intervention des pouvoirs publics pour préciser le régime des clauses les plus problématiques (clause de non-concurrence, en première ligne), mais le Gouvernement est malheureusement demeuré sourd à la supplique.

C'est donc, ici encore, à la jurisprudence qu'est revenu le soin de préciser le cadre applicable aux très nombreuses clauses du contrat de travail lorsque celles-ci n'ont pas bénéficié d'un traitement spécifique dans le code du travail, mais de l'article 1134 du code civil.

On peut s'étonner d'ailleurs que, dans une économie de marché, la clause de non-concurrence stipulée pour soustraire l'entreprise à la concurrence que pourrait développer un ancien salarié puisse être considérée comme licite, alors que la liberté de la concurrence est revendiquée par les entreprises et que les pouvoirs publics en font la condition première du bien commun en matière économique.

C'est donc au nom de l'intérêt légitime de l'entreprise que la clause de non-concurrence trouve sa source et qui mécaniquement s'oppose à la sauvegarde du libre exercice de l'activité professionnelle du salarié.

La jurisprudence pose notamment comme condition à la validité d'une telle clause que l'entreprise ait un intérêt légitime à l'imposer au salarié (Cass. soc., 14 mai 1992, no 89-45.300). Au vu de cet arrêt, on pourrait naturellement en déduire que si l'entreprise disparaît à la suite d'une liquidation judiciaire, elle n'a plus aucun intérêt à ce que le salarié s'oblige à ne pas exercer une activité pour une entreprise concurrente puisqu'elle n'existe plus.

C'est ce qu'en a déduit à tort la Cour d'appel de Bourges dans son arrêt rendu le 7 décembre 2012. En l'espèce, une employée d'un magasin de chaussures, ayant souscrit une clause de non-concurrence, avait été licenciée et l'entreprise avait été, peu de temps après, mise en liquidation judiciaire.

La salariée avait alors demandé le paiement de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, mais la cour d'appel le lui avait refusé en considérant que, son employeur ayant été mis en liquidation judiciaire, elle n'était « plus tenue à une quelconque obligation de non-concurrence à l'égard d'une entreprise qui [n'existait] plus » et qu'elle ne pouvait donc pas obtenir de contrepartie financière, faute d'obligation à exécuter.

La Cour de cassation contredit la Cour d'appel de Bourges et affirme :

« La clause de non-concurrence prenant effet à compter de la rupture du contrat de travail, la cessation d'activité ultérieure de l'employeur n'a pas pour effet de décharger »

La solution rendue par la Cour de cassation fait application du principe selon lequel seul l'employeur peut, au moment de la rupture du contrat de travail du salarié, le délier de la clause de non-concurrence dont il relevait, dès lors que la clause envisageait cette situation (Cass. soc., 22 sept. 2010, no 09-41.635). À défaut, elle perdure jusqu'au terme initialement prévu.

La Cour de cassation avait déjà jugé, dans un arrêt du 5 avril 2005, que « la cessation volontaire d'activité de l'entreprise n'a pas pour effet de décharger de plein droit le salarié de son obligation de non-concurrence » (Soc., 5 avr. 2005, n° 02-45.540, Bull. civ. V, n° 118).

Cet arrêt mérite pourtant de se poser quelques questions juridiques sur l'objet d'une clause et ses contreparties.

Mais dans cet arrêt du 21 janvier 2015, la Cour de cassation revient finalement à considérer l'indemnité de non-concurrence comme un due inévitable en considérant que la liquidation judiciaire ne constitue pas un cas de force majeure, celle-ci n'entend pas libérer l'entreprise par une sorte d'imprévision qui ne dirait pas son nom de la part de l'employeur.

Il appartient donc en réalité à l'employeur d'anticiper ce genre de situation et de stipuler une clause lui permettant de renoncer à l'obligation de non-concurrence du salarié dans le cas où le risque concurrentiel disparaîtrait. La Cour de cassation préfère donc ici sanctionner l'employeur imprévoyant plutôt que de priver le salarié de sa contrepartie financière. En d'autres termes, les risques de l'opération sont mis à la charge de la « partie forte » puisqu'en définitive c'est elle qui l'imposera « au nom de l'intérêt légitime de l'entreprise ».

Jean-Luc Madani