

Pages 109 à 144

AU SOMMAIRE

→ L'actualité
juridique :
droit du travail
(n° 029 à n° 033),
protection sociale,
(n° 034), pratique
prud'homale
(n° 035 à n° 036)

PAGE 113

→ Le droit
et les juges :
les risques
psychosociaux
devant les tribunaux

PAGE 135

DOSSIERS

LES CLAUSES DE NON- CONCURRENCE

PAGE 117

Le droit à la formation des représentants du personnel

PAGE 137

Prix : 7,50 €

111

EDITORIAL

L'épée de Damoclès

Par Laurent Millet

113

L'ACTUALITÉ JURIDIQUE

SOMMAIRES DE JURISPRUDENCE

DROIT DU TRAVAIL

* Contrat de travail

Période d'essai (n° 029)

* Durée du travail

Temps de travail effectif

(n° 030 et n° 031)

Page 114

* CHSCT

Réunion (n° 032)

Expert du CHSCT (n° 033)

PROTECTION SOCIALE

* Chômage

Régime d'assurance (n° 034)

Page 115

PRATIQUE PRUD'HOMALE

* Compétence

Compétence territoriale (n° 035)

Page 116

* Compétence

Compétence d'attribution (n° 036)

117

DOSSIER

Les clauses de non-concurrence

Par Marie Alaman

1. Existence de la clause de non-concurrence

Principales abréviations utilisées dans la revue

Jurisprudence

• **Cass. soc.**: Arrêt rendu par la Cour de cassation, chambre sociale. • **Cass. crim.**: Arrêt rendu par la Cour de cassation, chambre criminelle. • **Cass. civ. 2^e**: Arrêt rendu par la Cour de cassation, 2^e chambre civile. Le numéro de pourvoi qui suit cette référence vous permet de retrouver le texte intégral de l'arrêt cité sur le site (www.legifrance.fr), rubrique jurisprudence judiciaire. • **Cons. Ét.**: Arrêt rendu par le Conseil d'État. Le numéro de requête qui suit cette référence

vous permet de retrouver le texte intégral de l'arrêt cité sur le site (www.legifrance.fr), rubrique jurisprudence administrative. • **Appel**: Arrêt rendu par une cour d'appel. • **CPH**: Jugement rendu par un conseil de prud'hommes. • **TGI**: Jugement rendu par un tribunal de grande instance. • **TI**: Jugement rendu par un tribunal d'instance.

Publications et revues

• **JO**: Journal officiel (disponible sur www.legifrance.fr).

• **Bull.**: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. • **RPDS**: Revue pratique de droit social. • **Dr. ouv.**: Droit ouvrier. • **Dr. soc.**: Droit social. • **RDT**: Revue de droit du travail. • **RJS**: Revue de jurisprudence sociale Francis Lefebvre. • **SSL**: Semaine sociale Lamy. • **LS**: Leçons sociales. • **D**: Recueil Dalloz. • **JCP**: La semaine juridique (éd. «G» pour Générale, «E» pour Entreprise ou «S» pour Sociale).

A. Formation de la clause
B. Champ d'application
C. Renoncement à la clause

2. Condition de licéité

- A. Protection des intérêts de l'entreprise**
B. Limitation dans le temps
C. Limitation dans l'espace
D. Respect des spécificités de l'emploi du salarié
E. Contrepartie financière

3. Pouvoir du juge

- A. Annulation de la clause de non-concurrence par le juge**
B. Modification de la clause par le juge

4. Violation de l'obligation de non-concurrence par le salarié

- A. Utilisation d'un potentiel personnel**
B. Création d'une entreprise par le salarié
C. Détournement de clientèle
D. Respect de la clause pendant une certaine période
E. Validité d'une clause pénale

135

LE DROIT ET LES JUGES

Les risques psychosociaux devant les tribunaux

Par Pierre Ménétrier, Laurent Millet et Estelle Suire

- * Stress et faute inexcusable de l'employeur
 * Harcèlement moral et rupture du contrat

137

ÉTUDE

Le droit à formation des représentants du personnel

Par Pierre Ménétrier

1. Le congé de formation économique, sociale et syndicale
 2. Le droit à formation des élus et mandatés

AUTRES RUBRIQUES

Rétrospective

page 112

Chiffres et taux en vigueur
page 142

Besoin d'un ancien numéro ou de souscrire un abonnement ?

Rendez-vous sur www.librairie-nvo.com Rubrique RPDS
et sur www.lecodedutravail.fr

Recherchez, choisissez, commandez en quelques clics

RPDS

Revue Pratique de Droit Social

Revue mensuelle - 68^e année
263, rue de Paris, case 600,
93516 Montreuil Cedex

Directeur: Maurice Cohen (tit.),
docteur en droit, lauréat
de la faculté de droit
et des sciences économiques
de Paris.

Rédacteur en chef:
Laurent Milet, docteur
en droit, professeur associé
à l'université de Paris XI.

Comité de rédaction:

Tél.: 01 49 88 68 82

Fax: 01 49 88 68 67

Carmen Alameda,
Mélanie Carles,
Marie-Madeleine Legoufy
Aude Le Mire, Pierre Ménétrier,
Estelle Suiro.

Secrétaire documentaliste:

Patricia Bounnah.

Maquette et mise en page:

Cécile Bondeelle.

Secrétariat de rédaction:

Olivier Lannuzel,
Iulia Nicolaeescu,
Anne-Sophie Potier.

Éditeur:

SA «La Vie Ouvrière»,
263, rue de Paris,
case 600,
93516 Montreuil Cedex.

Directrice de la publication:

Agnes Naton.

Prix au numéro:

7,50 € (N° double: 15 €).

Pour toute commande:

NSA La Vie Ouvrière, BP 88,
27190 Conches-en-Ouche.

Envoi après réception

du règlement,

Tél.: 01 49 88 68 50

Pour s'abonner uniquement:

NVO, Service abonnements,
263 rue de Paris, case 600
93516 Montreuil Cedex.

Tarif: 79 € par an

(Étranger: 101 €).

Copyright:

Reproduction totale ou partielle
soumise à autorisation.

Imprimé par:

RIVET Presse Édition

87000 Limoges

Commission paritaire:

N° 1114K/9277

ISSN: 0399-1148

L'épée de Damoclès

Selon l'article L. 2328-1 du Code du travail, le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise, soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leur fonctionnement régulier, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2324-3 à L. 2324-5 et L. 2324-8, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 euros (deux ans et 7500 euros en cas de récidive). Et la condamnation peut être affichée dans l'entreprise ou publiée dans la presse (1).

La sanction pénale est donc une véritable épée de Damoclès pour les chefs d'entreprise car quand elle est appliquée et rendue publique, elle a une valeur pédagogique et dissuasive. Elle atteint, en effet, l'employeur délinquant dans son honorabilité. Elle a une fonction d'intimidation collective dans la mesure où elle vise à détourner de la délinquance les employeurs qui seraient tentés d'enfreindre la loi.

Cette arme essentielle des représentants du personnel est depuis longtemps dans la ligne de mire du patronat (2). Ce qui est nouveau c'est qu'elle est aussi un sujet de préoccupation de nos élus et de certains syndicalistes.

Ainsi, la commission des lois de l'Assemblée nationale vient de rendre un rapport d'information sur la gouvernance des entreprises dans lequel il est proposé purement et simplement de réformer le délit d'entrave qui, je cite, «ne paraît pas de nature à faciliter une communication aisée» sur les problèmes de l'entreprise (3). Celui-ci serait responsable de la rigidité des relations entre l'employeur et le comité d'entreprise. À la place, il est préconisé notamment «l'adoption de procédures permettant un dialogue de long terme entre les partenaires sociaux qui permettraient aux employeurs de faire état de difficultés à venir de manière préventive». Car voyez-vous ma bonne dame, si les employeurs font de la rétention d'information ou consultent tardivement leur comité d'entreprise, ce serait par crainte du gendarme et non parce qu'ils craignent la confrontation avec les représentants des salariés.

Il est à cet égard assez affligeant que certains syndicalistes tentent d'apporter de la crédibilité à une telle proposition. Ainsi, M. Grignard, secrétaire national de la CFDT, auditionné par la commission, a-t-il estimé que le délit d'entrave aboutit à ce que, soit l'employeur prépare des décisions en catimini et met les institutions représentatives du personnel devant le fait accompli, soit qu'il communique préalablement à la saisine de ces dernières, au risque de se rendre coupable du délit d'entrave. Rappelons à M. Grignard que, même dans le premier cas, il n'est pas rare que les prérogatives des comités d'entreprise ne soient pas entièrement respectées. Et que dans le second, l'employeur ne risque pas grand-chose car les condamnations prononcées sont minimes, les tribunaux correctionnels n'aimant pas prononcer des peines de prison ferme pour un délit relatif au travail.

Quant à la sanction financière proposée pour remplacer le délit, il est à craindre que certains employeurs préfèrent payer (même plus que 3750 euros) plutôt que «de faciliter le dialogue social». Face à ceux qui rêvent de ranger définitivement l'épée de Damoclès dans son fourreau, nous préférons de loin la menace de l'infamie d'une condamnation pénale qui permet aux procédures d'être respectées, pour peu que le ministère du Travail se décide enfin à encourager les procès-verbaux et les condamnations.

Laurent Milet



E. Bourgeois

(1) Article 131-39 du Code pénal.

(2) Voir M. Cohen, «Délit d'entrave: un adjectif qui chatouille le patronat», RPDS 2012, n° 808, p. 255.

(3) Rapport d'information déposé par la commission des lois en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises, doc. n° 737 du 20 février 2013.

Articles et commentaires parus depuis un an

Du numéro 804 (avril 2012) au numéro 815 (mars 2013)

COMITÉ D'ENTREPRISE

- Deux élus, sinon rien ?
2012, p. 343 (n° 811)
- Loi du 20 août 2008 : les apports de la jurisprudence
2012, p. 218 (n° 807)

CONTRAT DE TRAVAIL

- La rupture conventionnelle devant les juges
2013, p. 97 (n° 815)
- Les contrats de professionnalisation
2012, p. 387 (n° 812)
- Le préavis en cas de rupture du contrat de travail
2012, p. 263 (n° 808)

CONVENTIONS COLLECTIVES

- Accord du 11 janvier 2013 : Plus de flexibilité pour les employeurs, moins de sécurité pour les salariés
2013, p. 47 (n° 814)
- L'application des conventions collectives (2^e partie)
2012, p. 153 (n° 805)
- L'application des conventions collectives (1^{re} partie)
2012, p. 119 (n° 804)

DIVERS

- Accord du 11 janvier 2013 : Plus de flexibilité pour les employeurs, moins de sécurité pour les salariés
2013, p. 47 (n° 814)

DROIT DE GRÈVE

- Extension de la nullité du salarié gréviste
2012, p. 373 (n° 811)

DROIT SYNDICAL

- L'action en justice du syndicat : mandat, pouvoir et statuts
2013, p. 66 (n° 814)

- Constitution, objet et fonctionnement des syndicats professionnels
2012, p. 353 (n° 811)
- Loi du 20 août 2008 : les apports de la jurisprudence
2012, p. 218 (n° 807)

ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES

- Loi du 20 août 2008 : les apports de la jurisprudence
2012, p. 218 (n° 807)

FORMATION PROFESSIONNELLE

- Les contrats de professionnalisation
2012, p. 387 (n° 812)

HYGIÈNE ET SÉCURITÉ

- Le CHSCT
2012, p. 289 (n° 809-810)

JUSTICE ET TRIBUNAUX

- L'action en justice du syndicat : mandat, pouvoir et statuts
2013, p. 66 (n° 814)
- Comment lire les arrêts de la Cour de cassation
2012, p. 139 (n° 804)
(Voir aussi Prud'hommes)

LICENCIEMENT

- La rupture conventionnelle devant les juges
2013, p. 97 (n° 815)
- Le préavis en cas de rupture du contrat de travail
2012, p. 263 (n° 808)
- Salarié étranger : une situation irrégulière n'empêche pas l'indemnisation en cas de rupture du contrat
2012, p. 247 (n° 807)
- La procédure de licenciement pour motif personnel,
2012, p. 193 (n° 806)

LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

- Fermatures de filiales : faire payer les co-employeurs
2012, p. 399 (n° 812)
- Licenciements économiques : une invention injustifiable (aff. Viveo)
2012, p. 245 (n° 807)

NÉGOCIATION COLLECTIVE

- Accord du 11 janvier 2013 : plus de flexibilité pour les employeurs, moins de sécurité pour les salariés
2013, p. 47 (n° 814)
- Loi du 20 août 2008 : les apports de la jurisprudence
2012, p. 218 (n° 807)
- L'application des conventions collectives (2^e partie)
2012, p. 153 (n° 805)
- L'application des conventions collectives (1^{re} partie)
2012, p. 119 (n° 804)

PRUD'HOMMES

- Comment lire les arrêts de la Cour de cassation
2012, p. 139 (n° 804)

RÈGLEMENTATION DU TRAVAIL

- Le télétravail
2012, p. 175 (n° 805)

REPRESENTANTS DU PERSONNEL

- Statut protecteur : pour qui et dans quel cas ?
2013, p. 83 (n° 815)
- Le CHSCT
2012, p. 289 (n° 809-810)
- Loi du 20 août 2008 : les apports de la jurisprudence
2012, p. 218 (n° 807)

RETRAITE

- Les départs anticipés en retraite
2012, p. 403 (n° 812)
- La retraite complémentaire des salariés
2012, p. 165 (n° 805)

SALAIRE ET AVANTAGES

- La saisie des rémunérations (barème 2013)
2013, p. 103 (n° 815)

SÉCURITÉ SOCIALE

- Assurance-maladie : le déclin des prestations en nature
2012, p. 271 (n° 808)

SYNDICATS

- L'action en justice du syndicat : mandat, pouvoir et statuts
2013, p. 66 (n° 814)
- Constitution, objet et fonctionnement des syndicats professionnels
2012, p. 353 (n° 811)

NUMÉROS OU DOSSIERS SPÉCIAUX

- Accord du 11 janvier 2013 : plus de flexibilité pour les employeurs, moins de sécurité pour les salariés (n° 814)
- Jurisprudence de droit social 2011-2012 (n° 813)
- Le CHSCT (n° 809-810)
- Loi du 20 août 2008 : les apports de la jurisprudence (n° 807)
- Faire face au licenciement pour motif personnel (n° 806)
- L'application des conventions collectives (n° 804 et n° 805)

Sommaires de jurisprudence

Rubrique réalisée par Mélanie Carles, Pierre Ménétrier, Laurent Milet et Estelle Suire.

DROIT DU TRAVAIL Contrat de travail

Période d'essai

029 Rupture le dernier jour de l'essai – Délai de prévenance non respecté par l'employeur – Rupture licite – Indemnisation du salarié pour le seul non-respect du délai

Si l'employeur met fin à la période d'essai avant son terme, la rupture ne s'analyse pas en un licenciement alors même que l'employeur n'a pas respecté le délai de prévenance (Cass. soc. 23 janv. 2013, n° 11-23428, Sté Performance Marketing).

Commentaire : Pour la première fois, la question de la sanction du non-respect par l'employeur du délai de prévenance en cas de rupture de la période d'essai est tranchée par la Cour de cassation.

La loi du 25 juin 2008, impose seulement à l'employeur qui envisage de rompre la période d'essai, de prévenir le salarié un mois à l'avance si celui-ci comptabilise trois mois de présence dans l'entreprise (article L. 1221-25 du Code du travail). Ce délai ne doit pas prolonger la période d'essai (renouvellement inclus) sinon, la rupture constitue un licenciement.

Dans notre affaire, l'employeur recrute le 15 octobre une salariée qui effectue une période d'essai de trois mois, renouvelée d'autant. Il rompt la période d'essai le 14 avril suivant soit le jour même de la fin de l'essai en précisant que la salariée percevra son salaire un mois de plus. Pour autant, selon les juges, la rupture reste celle de la période d'essai et ne peut constituer un licenciement lui permettant de se prévaloir des indemnités afférentes. Ainsi, peu importe que l'employeur n'ait pas respecté le délai de prévenance d'un mois. Résultat : aucune conséquence pour l'employeur si ce n'est qu'il doit indemniser le salarié pour un montant équivalent au délai de prévenance non respecté. Une sorte d'indemnité compensatrice de préavis du délai de prévenance en cas de rupture de l'essai est instaurée permettant au salarié de demander le paiement de 24 heures, 48 heures, deux semaines, ou un mois de salaire. Il est regrettable que le délai de prévenance ne soit pas une réelle obligation entraînant la mise en œuvre de la procédure de licenciement en cas de non-respect. De plus, à notre avis, il est manifeste que l'employeur a, de manière volontaire, contourné les règles du droit du licenciement en usant d'une main-d'œuvre pendant six mois et s'assurant de s'en débarrasser le dernier jour de la période d'essai. Cette attitude peut être qualifiée de fraude à la loi, ce qui est condamnable sur le terrain de l'abus de droit. E.S.

Durée du travail Temps de travail effectif

030 Droit au repos – Respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne – Charge de la preuve incombant à l'employeur

Les dispositions de l'article L. 3171-4 du Code du travail relatives à la répartition de la charge de la preuve des heures de travail effectuées entre l'employeur et le salarié ne sont pas applicables à la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne en matière de temps de repos. Dans ce cas, la charge de la preuve incombe à l'employeur uniquement (Cass. soc. 17 oct. 2012, n° 10-17370, Assoc. Vers la vie pour l'éducation des jeunes).

Commentaire : C'est un principe inédit qui est ici posé par la Cour de cassation : en cas de litige relatif au respect des dispositions du droit de l'Union européenne relatives au repos des salariés, la charge de la preuve pèse uniquement sur l'employeur.

Dans cette affaire, neuf éducateurs employés dans un foyer d'hébergement pour personnes en difficulté saisissent le conseil de prud'hommes. Ils estiment ne pas avoir été payés intégralement leurs permanences de nuit et demandent, entre autres, des dommages-intérêts pour non-respect des pauses et des repos quotidiens. L'employeur, de son côté, invoque l'article L. 3171-4 du Code du travail selon lequel la preuve du nombre d'heures de travail effectuées par le salarié est en principe partagée. Selon lui, le salarié ne peut se contenter de saisir le juge sans lui présenter un minimum d'éléments pour appuyer sa demande. La Cour de cassation rejette cet argument et fait droit aux demandes des salariés.

Quels sont ces « seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne » ? Le droit à une pause toutes les 6 heures de travail, le droit au repos quotidien (11 heures), le droit au repos hebdomadaire (24 heures), mais aussi les durées maximales de travail.

Pour mémoire, la Cour de cassation a posé un principe similaire en matière de congés payés. En cas de litige, c'est à l'employeur de prouver qu'il a mis le salarié en mesure de prendre ses congés (Cass. soc. 13 juin 2012, n° 11-10929).

Voir notre dossier « Jurisprudence : les nouvelles règles du Droit aux congés payés », par Aude Le Mire, sur www.nvo.fr, rubrique « droits », puis Chronique juridique. M.C.

031 Temps d'habillage et de déshabillage – Contreparties octroyées par l'employeur – Conditions – Prise en compte de la nature des travaux exécutés (insalubrité)

Selon l'article L. 3121-3 du Code du travail, les contreparties au temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage sont subordonnées à la réalisation cumula-

tive des deux conditions qu'il édicte : « lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions légales, par des stipulations conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ». Ayant relevé que le salarié était astreint au port d'un vêtement de travail et que les conditions d'insalubrité dans lesquelles il exerçait son activité lui imposaient, pour des raisons d'hygiène, de le revêtir et de l'enlever sur le lieu de travail, le conseil de prud'hommes a déduit à bon droit que l'employeur lui devait à ce titre une contrepartie (Cass. soc. 14 nov. 2012, n° 11-15696, Sté Eiffage).

Commentaire : Sur la question des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage, l'article L. 3121-3 du Code du travail n'apporte pas, à lui seul, de solution satisfaisante. Il prévoit en effet que « le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage fait l'objet de contreparties [...] accordées soit sous forme de repos, soit sous forme financière ». Mais cet article pose deux conditions cumulatives : le port d'une tenue de travail doit être imposé par des dispositions légales, conventionnelles, par le règlement intérieur ou par le contrat de travail et « l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ». Certains employeurs profitent de ce texte mal ficelé pour échapper à leurs obligations ; ils ne prennent aucune décision obligeant formellement les salariés à se changer sur place et invoquent la possibilité pour ces derniers d'arriver et de repartir en tenue de travail. Cet arrêt de la Cour de cassation vise à enrayer ces pratiques. Il est désormais admis par les juges que l'obligation de revêtir une tenue de travail spécifique (et de l'enlever) sur le lieu de travail peut être implicite et résulter de la nature même des travaux exécutés. En l'espèce, les conditions d'insalubrité dans lesquelles le salarié exerçait son activité lui imposaient, pour des raisons d'hygiène, de revêtir un équipement et de l'enlever sur son lieu de travail. L'employeur lui devait donc, à ce titre, une contrepartie. **M.C.**

CHSCT Réunion

032 Demande formulée par ses membres – Obligations de l'employeur – Recours judiciaire

En cas de défaillance de l'employeur, l'auteur d'une demande de réunion du CHSCT présentée conformément aux dispositions de l'article L. 4614-10 du Code du travail, est recevable à demander en justice la réunion de ce CHSCT (Cass. soc. 15 janv. 2013 n° 11-27651 P, société Pages jaunes).

Commentaire : L'employeur saisi d'une demande de réunion exceptionnelle du CHSCT, par au moins deux de ses membres, est tenu d'y satisfaire dès lors que celle-ci répond aux conditions légales. À défaut, les juges peuvent ordonner la tenue de cette réunion. Dans cette affaire, l'employeur met en place un projet de réorganisation de sa force de vente sans consulter le CHSCT. Trois des membres du CHSCT sollicitent une réunion extraordinaire, afin d'être informés et consultés sur le dit projet. L'employeur ne le convoquant toujours pas, l'un des membres demande au juge que soit ordonné de convo-

quer le comité. L'entreprise conteste la recevabilité de l'assignation en justice, en constatant que la personne n'avait pas été mandatée en bonnes et dues formes pour représenter le CHSCT. Ce qui revient à dire que l'employeur, en refusant de réunir le CHSCT pourrait bloquer son fonctionnement tout simplement... Cette argumentation, pourtant retenue par les juges du fond, est heureusement cassée par la Cour suprême, qui précise que n'importe quel membre auteur de la demande de réunion du CHSCT, selon les formes légales, est recevable à saisir le juge pour que cette réunion soit tenue en cas de défaillance de l'employeur. **P.M.**

Expert du CHSCT

033 Choix de l'expert – Contestation par l'employeur

Le choix de l'expert auquel le CHSCT a décidé de faire appel dans le cadre du pouvoir qui lui est donné par l'article L. 4614-12 du Code du travail n'appartient pas à l'employeur (Cass. soc. 18 déc. 2012, n° 11-17634, société France Télécom).

Commentaire : En aucun cas l'employeur ne peut décider de l'utilité ou pas, et du choix de l'expert chargé d'assister le CHSCT, en cas de risque grave ou de projet important modifiant les conditions de santé et sécurité ou les conditions de travail. Certes, il a le droit de ne pas être d'accord avec la décision du CHSCT de recourir à un expert. Mais il ne peut contester cette décision qu'en prouvant que le projet qu'il envisage de mettre en place ne constitue pas un projet important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail au sens de l'article L. 4614-12 du Code du travail. Ou, en cas d'expertise pour risque grave, qu'il n'y a pas de risque grave. S'il y parvient, et seulement dans ce cas, le CHSCT ne pourra pas recourir à un expert.

Dans cette affaire, l'employeur ne contestait pas que l'aménagement du site constituait un projet important. Mais il estimait que l'expertise souhaitée par le CHSCT était inutile car le bâtiment avait déjà fait l'objet d'un contrôle technique par un organisme indépendant. Il s'agissait en l'espèce de l'Apave, qui avait suivi et contrôlé dès l'origine les travaux d'aménagement. Cette contestation échoue devant la Cour de cassation qui confirme que, sauf avis manifeste, le juge n'a pas à contrôler le choix de l'expert auquel le CHSCT a décidé de faire appel dans le cadre du pouvoir qui lui est donné par l'article L. 4614-12 du Code du travail. De même, et dans un tout autre registre, c'est comme si l'employeur disait au CE qui souhaite se faire assister par un expert-comptable pour comprendre les comptes de la société « c'est inutile car les comptes ont déjà été certifiés par un commissaire aux comptes »... **P.M.**

PROTECTION SOCIALE Chômage Régime d'assurance

034 Délai de carence – Indemnités pour licenciement supra-légaux – Prise en compte

Le montant des dommages-intérêts alloués au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ne doit

être exclu de l'assiette de calcul du délai de carence spécifique que pour la part correspondant au minimum fixé par l'article L. 1235-3 du Code du travail, soit six mois de salaire (Cass. soc. 25 sept. 2012, n° 10-18800, Pôle emploi Languedoc-Roussillon).

Commentaire : La règle n'est pas nouvelle mais assez peu connue : lors de la rupture du contrat de travail, le versement de certaines sommes au salarié par l'employeur a pour effet de décaler dans le temps son indemnisation par Pôle emploi. Tel est le cas, selon cet arrêt de la Cour de cassation, des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse versées suite à une décision de justice condamnant l'employeur, pour la part excédant les minima légaux.

Les faits sont les suivants : un salarié, licencié pour motif économique en juillet 2004, perçoit des allocations de retour à l'emploi (ARE) à compter de novembre 2004. En 2005, le conseil de prud'hommes juge son licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur est condamné à lui payer une indemnité sur le fondement de l'article L. 1235-3 du Code du travail. Le salarié, quant à lui, se voit condamné à restituer à l'Assedic une somme correspondant à des allocations « indûment versées ». Les juges estiment en effet que les dommages-intérêts obtenus pour un licenciement sans cause réelle et sérieuse, lorsqu'ils sont d'un montant supérieur à celui prévu par la loi, reportent le début de la prise en charge du salarié par Pôle emploi. Le salarié saisit le juge de proximité pour contester cette décision.

Que disent les textes ? Le règlement annexé à la convention d'assurance chômage prévoit le report du versement des allocations de retour à l'emploi en fonction des diverses sommes perçues par le salarié lors de la rupture de son contrat de travail (article 21 §2 du règlement général Unedic). L'indemnité compensatrice de congés payés constitue un premier différé d'indemnisation. Il existe un second différé, appelé « différé d'indemnisation spécifique » et limité à

75 jours. Il est calculé à partir des indemnités de rupture dont le montant ne résulte pas « directement » d'une disposition légale. Ce qui signifie, selon Pôle emploi, que les dommages et intérêts obtenus par le salarié pour licenciement sans cause réelle doivent être pris en compte dans le calcul du délai de carence lorsqu'ils dépassent le minimum légal, donc lorsqu'ils sont d'une valeur supérieure à six mois de salaire. La Cour de cassation confirme cette analyse, fort préjudiciable aux salariés, puisqu'elle a pour effet de décaler dans le temps leur indemnisation par Pôle emploi. Certes, la durée des droits n'est pas modifiée, mais le chômeur, lorsqu'il retrouve un emploi sans épuiser ses droits à l'assurance chômage, doit tout de même rembourser les jours de carence manquants.

Que se passe-t-il lorsqu'une indemnité est accordée au salarié sur le fondement de l'article L. 1235-5 du Code du travail (licenciements abusifs des salariés de moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés) ? Cette indemnité est accordée en fonction du seul préjudice subi, sans que soit prévu un minimum légal. Dans un arrêt rendu en 2010, la Cour de cassation avait considéré que cette indemnité pouvait être prise en compte dans sa totalité par Pôle emploi pour le calcul du différé d'indemnisation (Cass. soc. 15 juin 2010, n° 08-20513, Assedic de Lorraine). On se trouve donc aujourd'hui face à l'absurdité suivante : à niveau de salaire identique, un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté ou licencié dans une entreprise de moins de 11 salariés ayant obtenu du juge une indemnité de six mois de salaire se voit appliquer, in fine, un délai de carence plus important qu'un salarié qu'un salarié travaillant dans une entreprise de plus de 11 salariés et totalisant plus de deux ans d'ancienneté. **M.C.**

Pour en savoir plus : « La cannibalisation par Pôle emploi du différé d'indemnisation correspondant aux indemnités de licenciement supra-légales », par L. Millet, *Dr. Ouv.* nov. 2011, p. 645.

Pratique prud'homale

L'ACTUALITÉ JURIDIQUE DE LA PRUD'HOMIE

Compétence

Compétence territoriale

035 Contrat de travail international – Clause attributive de compétence au profit des tribunaux chinois – Contrat signé avec une société de droit français n'ayant pas d'existence légale en Chine – Compétence du juge français.

L'article R. 1412-1 du Code du travail donne au salarié un droit d'option qui lui permet de saisir la juridiction du lieu où l'employeur est établi. En application des dispositions de l'article R. 1412-4 du Code du travail, toute cause d'un contrat qui dégrade directement ou indirectement aux dispositions de l'article R. 1412-1 relatives aux règles de

compétence territoriale des conseils de prud'hommes, est réputée non écrite.

Est contraire aux dispositions impératives de l'article R.1412-1 du Code du travail, une clause attributive de compétence figurant dans le contrat de travail signé en Chine par une salariée française ayant toujours travaillé en Chine, avec une société de droit français. Une telle clause ne saurait imposer à l'intéressée de saisir le Tribunal populaire chinois dès lors que la société, non enregistrée en Chine, n'avait pas d'existence légale dans ce pays. Le fait que la salariée ait également signé une autre convention passée avec une société chinoise est sans incidence dans la mesure où ce second contrat ne comportait aucune précision sur la juridiction compétente et n'avait été nécessaire que pour obtenir l'autorisation de travail en Chine de la salariée.

C'est en conséquence à tort que le conseil de prud'hommes a considéré qu'il n'était pas compétent pour statuer sur les demandes de la salariée qui était en

droit de se prévaloir des dispositions d'ordre public de la loi française et de solliciter que le litige existant avec son employeur français relatif à la rupture de son contrat de travail soit tranché par une juridiction française (Appel Versailles, 6^e ch., 19 mars 2013, n° 12/00038, Meng /SAS Sodexo Grande Chine).

Commentaire : Une salariée qui a signé un contrat de travail international qui comporte une clause attributive de compétence qui lui fait renoncer à la compétence des juridictions françaises, le contrat ayant été signé en Chine et la salariée ayant toujours travaillé en Chine, se voit-elle privée de s'adresser au conseil de prud'hommes en France en cas de litige avec son employeur ? Non répond la Cour d'appel de Versailles dans le présent arrêt.

Dans cette affaire, la salariée avait signé deux contrats pour occuper un poste de directrice des ressources humaines basé à Pékin. L'un avec une société de droit français Sodexo Asie Océanie et l'autre avec une société de droit chinois, Beijing Sodexo Service Company Ltd. Le premier contrat comportait une clause attributive de compétence, soumettant les éventuels litiges aux juridictions chinoises et à l'application du droit chinois. Mais il n'y avait aucune précision sur ce point dans le second contrat. Deux ans plus tard, la société avait informé la salariée que son contrat était transféré à la société Sodexo Grande Chine.

Ayant été licenciée en 2006, la salariée avait saisi le comité d'arbitrage de conflits du travail de Pékin. Mais celui-ci s'est déclaré incompétent au motif que la société Sodexo Grande Chine est une société étrangère non enregistrée sur le territoire chinois. C'est ce qui amène la salariée à saisir le conseil de prud'hommes de Prud'hommes de Versailles. Mais celui-ci se déclare incompétent suivant en cela les arguments de la société au motif que la salariée aurait dû s'adresser au tribunal populaire chinois comme le prévoyait la clause du premier contrat.

La cour d'appel donne raison à la salariée en relevant d'abord que la clause attributive de compétence aux juridictions chinoises est insérée dans le contrat conclu entre la salariée de nationalité française et une société de droit français, la société Sodexo Asie Océanie. S'appuyant sur la Convention de Rome du 19 juin 1980, applicable à tout ressortissant de l'Union pour les contrats conclus avant le 17 décembre 2009, elle pose en principe que si les parties bénéficient d'un principe d'autonomie, cette liberté de choix ne peut avoir pour effet de priver le salarié de la protection résultant de dispositions impératives. Or le contrat de travail international signé entre les parties, lequel devait s'exécuter en Chine, présentait des liens étroits avec la France, qui permettaient à la salariée de s'adresser aux juridictions françaises en vue de faire juger sa contestation sur la rupture du contrat. En effet, le contrat initial signé entre Français, a été ensuite transféré à la société Sodexo Grande Chine, également société de droit français. Ce nouveau contrat a été signé à Paris par le directeur général de cette société et la salariée a été licenciée par cette société. Selon les juges, tous ces éléments permettent de retenir que la relation de travail avait été organisée depuis la France. Le recrutement de la salariée en qualité de directrice des ressources humaines s'intégrait dans le cadre du développement des activités du groupe Sodexo en Asie et l'objet du recrutement visait à mettre en place le réseau de ressources humaines nécessaires au développement de ces activités sur un territoire nouveau. Des formations avaient d'ailleurs été organisées en France pour permettre à la salariée d'acquérir des connaissances sur

la politique interne des sociétés du groupe. Qui plus est la relation de travail ne s'intégrait pas exclusivement dans un cadre chinois, dès lors que les parties avaient décidé de ne pas signer un seul contrat de travail avec la société de droit chinois Beijing Sodexo Service Company Ltd, mais de doubler ce contrat par une autre convention passée avec la société Sodexo Asie Océanie. Il en résultait que la société française ne pouvait pas imposer à la salariée d'engager son action contre la société de droit chinois. En outre, les juges avaient constaté que l'ensemble des bulletins de paie avaient été établis par la société française, les salaires ayant été payés en euros, avec des cotisations patronales aux organismes de chômage français et aux caisses de retraite des cadres expatriés.

Enfin, l'arrêt rappelle très justement que la clause attributive de compétence figurant dans le contrat de travail devait être écartée comme étant contraire aux dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du Code du travail. L.M.

Compétence d'attribution

036 Clause du contrat instituant une conciliation préalable en cas de litige – Liberté du salarié de saisir le juge prud'homal

En raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend (Cass. soc. 5 déc. 2012, n° 11-20004, Sté Médica France).

Commentaire : C'est bien la liberté du salarié de saisir le juge prud'homal à tout moment qui est consacrée par la Cour de cassation dans cette affaire. Une salariée, médecin coordonnateur d'un établissement pour personnes âgées, prend acte de la rupture de son contrat de travail face aux méfaits de son employeur. Il saisit le conseil de prud'hommes (CPH) pour faire valoir ses droits. Mais voilà, son contrat prévoit qu'avant toute action contentieuse portant sur l'interprétation, l'exécution ou la résiliation du contrat, les parties doivent soumettre leur différend à deux conciliateurs. Passant outre cette clause, le salarié se voit opposer en appel une fin de non-recevoir. La position de la Cour d'appel prend appui sur une décision de la Cour de cassation rendue en matière de droit commercial (Cass. ch. mixte 14 fév. 2003, n° 00-19423).

Mais, pour la Cour de cassation, l'existence d'une clause de conciliation préalable ne doit pas être un obstacle à l'exercice par les parties, ici le salarié, de leur droit d'agir directement devant le juge prud'homal. Cette solution, rendue dans un contexte où il est de « bon » augure d'évincer le juge prud'homal d'une partie de ses missions notamment celle de concilier, est bienvenue. Car devant le CPH existe déjà une phase préalable et obligatoire de conciliation rappelle implicitement la Cour de cassation en visant l'article L. 1411-1 du Code du travail. Il s'agit d'une disposition d'ordre public ne laissant pas de place à la conciliation prévue.

La Cour de cassation valorise certes le rôle du juge en tant que conciliateur, mais ne considère pas illicite la clause contractuelle de conciliation. La question peut alors se poser de savoir si, elle trouve-rait à s'appliquer, dans l'hypothèse où l'affaire serait portée directement devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes. E.S.

Les clauses de non-concurrence

par Marie Alaman

► Sachez-le vite

Les clauses de non-concurrence, insérées dans les contrats de travail des salariés, ne découlent pas de l'application d'une loi. Leur origine est contractuelle ou conventionnelle. Pour être valables, elles doivent viser à protéger les intérêts légitimes de l'entreprise. Elle doit donc encourir un véritable danger si le salarié venait à être embauché par une entreprise concurrente.

Pour autant, les clauses de non-concurrence ne doivent pas aboutir à interdire le droit au travail des salariés. L'interdiction doit donc être limitée dans le temps et dans l'espace. De même, la clause doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié. Par exemple, cela signifie que le salarié ne doit pas être contraint de s'expatrier dans un autre pays pour retrouver du travail conforme à sa formation et à son expérience professionnelle.

L'employeur a l'obligation de verser au salarié une contrepartie financière pendant toute la durée de l'interdiction. Il en résulte que le chef d'entreprise ne peut pas renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence sans obtenir l'accord du salarié. Le montant de la contrepartie est généralement fonction de l'étendue de l'interdiction.

Le versement de la somme peut être interrompu par l'employeur si le salarié cesse de respecter son obligation. Dans ce cas, le salarié s'expose au paiement d'une indemnité forfaitaire si une clause pénale a été prévue au contrat par l'employeur. Par ailleurs, le nouvel employeur du salarié peut être condamné au paiement de dommages-intérêts si celui-ci connaissait l'existence de la clause de non-concurrence et qu'il n'a pas réagi en conséquence.

Bien que les litiges apparaissent, dans la plupart des cas, après la rupture du contrat de travail, c'est le conseil de prud'hommes qui reste compétent car ces litiges portent sur un élément du contrat de travail.

Insérées dans les contrats de travail, les clauses dites de « non-concurrence » visent à interdire à des salariés de s'établir à leur compte ou de trouver un emploi dans une entreprise concurrente. Parfois, ces clauses prennent des appellations surnoises telles que clause de non-réembauchage, pour l'interdiction de trouver un emploi, et clauses de non-rétablissement, pour l'impossibilité de se mettre à son compte.

Quelle que soit l'appellation donnée, ces clauses tendent à restreindre le droit à la liberté du travail. En effet, à l'expiration du contrat de travail, l'application d'une clause de non-concurrence empêche le salarié, dans de nombreux cas, de retrouver un emploi dans l'activité qu'il exerçait et dans la région où il travaillait. À ceux qui rétorquent que le salarié n'est pas tenu de signer une telle clause, il faut rappeler que ce dernier n'a pas le choix. Dans un contexte économique de plus en plus fragile, avec plus de trois millions officiels de chômeurs, il est difficile de discuter et de résister aux exigences patronales.

Dans un premier temps, les clauses de non-concurrence ont concerné des salariés occupant une place importante dans la hiérarchie. Peu à peu l'appétit patronal a abouti à l'imposition de ces clauses à des emplois subalternes. Pourtant, dès 1979, l'administration avait indiqué que les clauses de non-concurrence ne devraient concerner que « des emplois de grande qualification nécessitant une formation particulière et susceptible d'entraîner une véritable concurrence » (1).

Les tribunaux, pour leur part, n'acceptent plus de cautionner systématiquement des clauses qui, dans le climat de raréfaction de l'emploi, aboutiraient à exclure des salariés du monde du travail. Les contours de la clause de non-concurrence ont été redéfinis : une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte désormais l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière (2). En effet, l'employeur ne doit pas porter une atteinte excessive au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle par le salarié.

(1) Rep. Min., JO-AN-QR 24 mars 1979, p. 1951, n° 9.880.

(2) Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 00-45135, Sté La Mondiale SA, Dr. soc. 2002, n° 11, p. 949, note R. Vatinet; RPODS 2002, n° 691, p. 350, comm. M. Carles; Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 00-45387, SA Maine Agri; Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 99-43334, Sté MSAS cargo international.

PLAN

1. Existence de la clause de non-concurrence	
A. Formation de la clause (118) a) Contrat de travail b) Convention collective 1. Clause prévue obligatoirement par la convention collective 2. Clause prévue facultativement par la convention collective B. Champ d'application (119) a) Type de contrat b) Prise d'effet à la rupture du contrat	C. Renonciation à la clause (120) a) Exigence d'un accord des parties b) Renonciation claire et non équivoque c) Délai de renonciation 1. Prévu par la convention collective ou le contrat de travail 2. Absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles
2. Condition de licéité	
A. Protection des intérêts de l'entreprise (123) B. Limitation dans le temps (124) C. Limitation dans l'espace (124)	D. Respect des spécificités de l'emploi du salarié (125) E. Contrepartie financière (126) a) Montant de la contrepartie b) Versement de la contrepartie c) Validité des clauses dépourvues de contreparties
3. Pouvoir du juge	
A. Annulation de la clause de non-concurrence par le juge (129) B. Modification de la clause par le juge (129)	
4. Violation de l'obligation de non-concurrence par le salarié	
A. Utilisation d'un potentiel personnel (131) B. Création d'une entreprise par le salarié (131) C. Détournement de clientèle (131)	D. Respect de la clause pendant une certaine période (132) E. Validité d'une clause pénale (132)
Encadrés	
— Clause subordonnée à la seule volonté de l'employeur (« clause en sommeil ») (119) — Clause de confidentialité et clause de non-sollicitation (120) — L'obligation de loyauté (122)	— Régime social de la contrepartie financière (126) — Non-paiement de la contrepartie financière par l'employeur (127) — Le référé et la clause de non-concurrence (130) — Responsabilité du nouvel employeur (133)

1 Existence de la clause de non-concurrence

La clause de non-concurrence trouve son origine soit dans le contrat de travail, soit dans la convention collective. L'application de la clause subsiste quelle que soit la forme de rupture du contrat de travail. Mais une fois établie, l'employeur et le salarié peuvent toujours décider d'y renoncer.

A – Formation de la clause

L'existence d'une clause de non-concurrence n'est pas de source légale. Elle provient le plus souvent du contrat de travail. Toutefois, une convention ou un accord collectif peut aussi prévoir une clause de non-concurrence.

a) Contrat de travail

En principe, la clause de non-concurrence est insérée dans le contrat de travail dès l'embauche du salarié. Mais rien n'interdit aux parties de l'instituer ultérieurement, même après plusieurs années de travail⁽³⁾. Cette nouvelle clause entraîne la modification du contrat de travail par le biais d'un avenant au contrat de travail. Pour l'instituer, l'employeur est donc obligé d'obtenir l'accord du salarié.

En aucun cas le refus de l'insertion d'une telle clause au contrat de travail

ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement⁽⁴⁾. Le licenciement devra être fondé non pas sur le refus du salarié mais sur le motif qui a entraîné la modification du contrat de travail envisagé.

Par ailleurs, il est admis qu'une clause de non-concurrence puisse être instaurée à la rupture du contrat de travail en vertu, par exemple, d'un accord transactionnel régi par l'article 2044 du Code civil⁽⁵⁾ ou d'une rupture conventionnelle aux termes de l'article 1237-11 du Code du travail.

(4) Cass. soc. 7 juil. 1998, n° 96-45047

(5) Cass. soc. 20 juin 1995, n° 91-45261.

Sté Régie radio média.

(3) Cass. soc. 9 oct. 1985, n° 83-46113.

b) Convention collective

Les salariés peuvent aussi se voir imposer une clause de non-concurrence par un accord ou une convention collective. Toutefois, la clause de non-concurrence résultant d'un accord collectif conclu après l'embauche du salarié ne peut être imposée à ce dernier⁽⁶⁾. De même, la clause de non-concurrence doit être appréciée à la date de sa conclusion, la convention collective intervenue postérieurement ne peut avoir pour effet de couvrir la nullité qui affecterait la clause signée par les parties⁽⁷⁾.

Il convient alors de distinguer, selon que la convention impose une clause de non-concurrence ou en précise seulement les modalités :

1. Clause prévue obligatoirement par la convention collective

Dans de très rares cas, une clause de non-concurrence est instituée de manière obligatoire par la convention collective. Cette clause est valable dès lors que le contrat de travail qui comporte une telle clause se réfère à cette convention⁽⁸⁾. Il n'est pas obligatoire que le contrat de travail reprenne explicitement les stipulations de la convention collective. Toutefois l'employeur doit, d'une part, informer le salarié de l'existence de la convention collective et, d'autre part, le mettre en mesure d'en prendre connaissance⁽⁹⁾.

2. Clause prévue facultativement par la convention collective

Lorsque la convention collective prévoit seulement les modalités d'application de la clause de non-concurrence, l'employeur doit respecter les règles posées par la convention⁽¹⁰⁾. Le contrat de travail doit néanmoins comporter des clauses plus favorables que la loi ou la convention. Ainsi il a été jugé que :

— la simple référence faite dans le contrat de travail à une disposition de

la convention collective, non complétée par les précisions qu'elle exige, ne constitue pas une clause valable⁽¹¹⁾ ;

— lorsque la convention collective prévoit la faculté d'introduire une clause de non-concurrence pour une catégorie spécifique de salariés, les autres catégories ne peuvent se voir appliquer une telle clause⁽¹²⁾ ;

— la durée de l'obligation de non-concurrence insérée dans un contrat de travail ne peut pas être supérieure à la durée prévue par la convention collective⁽¹³⁾ ;

— le salarié ne peut pas se voir interdire de concurrence par son employeur sur une zone géographique plus large que celle prévue par la convention collective applicable dans l'entreprise⁽¹⁴⁾ ;

— lorsqu'un employeur impose dans le contrat de travail d'un salarié une clause de concurrence pendant deux ans, il ne peut se prévaloir de la convention collective, laquelle limitait l'interdiction à un an, pour échapper à l'obligation de verser la contrepartie financière pendant les deux ans de l'obligation de non-concurrence⁽¹⁵⁾.

(11) Cass. soc. 3 juil. 2001, n° 98-44139.

Sté Satt Interim.

(12) Cass. soc. 12 nov. 1997, n° 94-42665.

CRCAM des Ardennes.

(13) Cass. soc. 11 oct. 1990, n° 87-41613.

Sté Distembal.

(14) Cass. soc. 12 oct. 2011, n° 09-43155.

Sté Moreau.

(15) Cass. soc. 24 juin 1992, n° 89-43950.

SA Pierre Pont.

B – Champ d'application

Une clause de non-concurrence peut être conclue dans toutes les entreprises quelle que soit leur forme juridique (société, entrepreneur individuel, profession libérale...) et quelle que soit la nature de leur activité (industrielle, prestation de service, commerciale...). La clause prend effet à la cessation du contrat de travail et, ce, quel que soit le mode de la rupture.

a) Type de contrat

Une telle clause peut être insérée dans tous les types de contrat de travail :

— contrat à durée indéterminée ;

— contrat à durée déterminée⁽¹⁶⁾ ;

— contrat d'apprentissage ou formation en alternance⁽¹⁷⁾.

Toutefois, les fonctions concernées par la clause doivent justifier par leur nature sa mise en place et le contrat doit avoir donné au salarié l'occasion d'acquiescer un savoir-faire très particulier dont l'utilisation par la concurrence représente un véritable potentiel de nuisance.

Les contrats de travail temporaires doivent obligatoirement mentionner « que l'embauche du salarié par l'utilisateur à l'issue de la mission n'est pas interdite »⁽¹⁸⁾. De ce fait, un contrat de

(16) Cass. soc. 5 janv. 1995, n° 90-45732.

Sté A. Coiffure.

(17) Cass. soc. 5 juin 2001, n° 98-45798.

Sté Bibaa Plein Sud.

(18) Art. L. 1251-16 du Code du travail.

➔ Clause subordonnée à la seule volonté de l'employeur (« clause en sommeil »)

Certains contrats de travail prévoient que la clause de non-concurrence pourra être mise en œuvre par l'employeur à la rupture du contrat si l'intérêt de l'entreprise le justifie. Jusqu'à récemment, ces clauses dites « en sommeil » étaient considérées comme valables. Mais depuis un arrêt rendu en 2002, la Cour de cassation estime que « la clause d'un contrat de travail

au terme de laquelle l'employeur se réserve la faculté, après rupture du contrat de travail, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence est nulle »⁽¹⁾. Par la suite, la jurisprudence a précisé que le salarié est en droit de percevoir des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant du fait qu'il était resté dans l'incertitude quant à sa liberté de travail⁽²⁾.

(1) Cass. soc. 10 mars 2004, n° 01-47136, Sté d'Assurance mutuelle Groupama

Loire-Bourgogne ; Cass. soc. 12 fév. 2002, n° 00-41765, Sté Henri Maire ; Cass. soc.

14 fév. 2007, n° 05-43752, Sté Cosmétique active France.

(2) Cass. soc. 22 janv. 2003, n° 01-40031, Sté Tradivin.

(6) Cass. soc. 17 oct. 2000, n° 98-42018.

Centre de gestion et de comptabilité agricole de la Gironde.

(7) Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 09-68537.

Sté Pompes funèbres du Sud-Est.

(8) Cass. soc. 10 mars 2004, n° 02-40108.

Sté Girardeau.

(9) Cass. soc. 8 janv. 1997, n° 93-44009.

Sté Gras Savoye.

(10) Art. L. 2254-1 du Code du travail.

travail temporaire ne peut interdire l'embauche du salarié temporaire par l'entreprise utilisatrice.

b) Prise d'effet à la rupture du contrat

La clause de non-concurrence prend, par définition, effet après la rupture du contrat de travail. Elle s'applique quelle que soit la cause de départ du salarié. Ainsi, la clause doit aussi bien jouer en cas de licenciement que de démission⁽¹⁾. La cause du licenciement ne peut pas influencer sur la validité de la clause. De même, si le licenciement du salarié est ultérieurement jugé comme abusif par les prud'hommes, le salarié reste tenu par sa clause de non-concurrence⁽²⁾.

Cependant, l'employeur peut limiter l'application de la clause de non-concurrence à certains cas de rupture. Une clause de non-concurrence peut valablement stipuler qu'elle ne prendra effet qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié ou qu'elle ne s'appliquera pas en cas de licenciement quel qu'en soit le motif⁽³⁾. Ainsi, si le salarié démissionne, la clause s'applique et le salarié est donc interdit de toute activité concurrente et l'employeur tenu de verser une contrepartie financière. En revanche, si le salarié est licencié, la clause de non-concurrence ne s'applique pas, le salarié n'est lié par aucune obligation de non-concurrence et l'employeur.

La clause de non-concurrence prend effet même en cas de rupture de la période d'essai⁽⁴⁾.

Par ailleurs, en cas de cessation d'activité de l'entreprise, le salarié demeure tenu de respecter la clause de non-concurrence même lorsque son contrat de travail a été rompu⁽⁵⁾. En effet, l'entreprise peut toujours être re-

► Clause de confidentialité et clause de non-sollicitation

Ne peut être qualifiée de clause de non-concurrence, la clause de confidentialité qui interdit au salarié de divulguer certaines informations dont il aurait eu connaissance lors de l'exécution de son contrat de travail. Une telle clause ne comporte aucune interdiction de s'engager au service d'une entreprise concurrente après avoir quitté la société⁽¹⁾.

Une clause de non-sollicitation peut être insérée dans une convention entre deux entreprises (prestataire et client). Cette clause a pour objet d'interdire au client du prestataire de solliciter, autrement dit d'embaucher les salariés

de ce dernier. La clause de non-sollicitation n'est donc pas une clause de non-concurrence même si elle lui ressemble. Toutefois, elle porte atteinte de façon indirecte à la liberté du travail du salarié dans la mesure où ce dernier ne peut se faire embaucher par l'entreprise cliente. La jurisprudence reconnaît au salarié le droit de se prévaloir du trouble qu'est susceptible de lui causer une clause de non-sollicitation sans contrepartie financière⁽²⁾. La clause de non-sollicitation qui porte atteinte à la liberté de travailler du salarié justifie le paiement d'une indemnisation au regard du préjudice subi⁽³⁾.

(1) Cass. soc. 2 oct. 2001, n° 99-42942, Sté Nikon France.

(2) Cass. com. 10 mai 2006, n° 04-10149, Sté Metaware Technologies.

(3) Cass. soc. 2 mars 2001, n° 09-40547, Sté Reuters Financial Software.

prise et le fonds de commerce doit continuer d'être protégé.

Dans le cadre d'un CDI, la clause de non-concurrence prend effet le lendemain du dernier jour du préavis lorsqu'il est exécuté par le salarié ou le 1^{er} jour de la période de dispense de préavis si l'employeur a dispensé le salarié de préavis.

En cas de CDD, la clause s'applique le lendemain du dernier jour d'exécution du contrat de travail par le salarié.

C – Renonciation à la clause

La clause de non-concurrence prévue par le contrat de travail ou une convention collective peut toujours être remise en question par les parties. Toutefois, la dénonciation doit provenir d'un accord commun de l'employeur et du salarié dans un délai raisonnable. Cette renonciation doit être claire et non équivoque.

a) Exigence d'un accord des parties

La clause de non-concurrence comporte obligatoirement une contrepartie financière, la clause n'est donc pas seulement instituée dans l'intérêt de l'entreprise, mais aussi dans celui du salarié. Il en résulte que l'employeur et le salarié peuvent mettre fin à la clause par un accord commun. Pour pouvoir renoncer à la clause de non-concurrence

et échapper au paiement de la contrepartie pécuniaire, l'employeur a obligatoirement besoin de l'accord du salarié. L'employeur ne peut décider seul de supprimer la clause. Il doit payer la contrepartie jusqu'à ce que le salarié accepte de renoncer à la clause.

Toutefois, l'employeur peut renoncer unilatéralement à une clause de non-concurrence lorsque cette possibilité est expressément prévue par la convention collective ou le contrat de travail⁽¹⁾. Si une convention collective prévoit la possibilité pour l'employeur de renoncer unilatéralement de délier le salarié de son obligation de non-concurrence, le contrat de travail peut être muet à ce sujet, mais il doit obligatoirement se référer à la convention applicable⁽²⁾.

Par exemple, l'employeur peut délier de son obligation de non-concurrence le salarié qui avait pris acte de la rupture de son contrat de travail, dès lors que le contrat de travail stipulait que l'employeur pouvait libérer le salarié de la clause de non-concurrence à l'occasion de la cassation du contrat de travail sous réserve de notifier sa décision par lettre recommandée dans les 15 jours calendaires suivant la notification de la rupture du contrat de tra-

(24) Cass. soc. 28 nov. 2001, n° 99-46032.

(25) Cass. soc. 28 mars 2007, n° 06-40293, Sté Gorcey La Roche.

(19) Cass. soc. 25 juin 1981, n° 79-41963, SA Fabriques de Lampes réunies.

(20) Cass. soc. 25 oct. 1995, n° 93-45442, Sté des Établissements Cosset.

(21) Cass. soc. 6 janv. 2010, n° 08-41357, Sté Tiger.

(22) Cass. soc. 22 oct. 2008, n° 07-42581, Sté Harry Winston.

(23) Cass. soc. 7 mars 2007, n° 06-42262, SA Carpentier.

vaill⁽²⁶⁾. Cependant, si une convention collective prévoit que «la clause de non-concurrence peut à tout moment être résiliée à la suite d'un commun accord entre les parties», l'employeur ne peut y renoncer unilatéralement⁽²⁷⁾.

Les modalités de renonciation sont en règle générale prévues par la convention applicable ou le contrat de travail, l'employeur doit donc respecter ces modalités, sinon la renonciation sera sans effet⁽²⁸⁾. Le salarié pourra alors bénéficier de l'indemnité de non-concurrence à laquelle il a droit⁽²⁹⁾, celle-ci lui étant acquise, sans qu'il ait à établir un préjudice particulier⁽³⁰⁾.

b) Renonciation claire et non équivoque

La renonciation ne se présume pas. Elle doit résulter d'une volonté claire et non équivoque de l'employeur et du salarié de renoncer à se prévaloir de la clause de non-concurrence⁽³¹⁾.

La Cour de cassation estime qu'il ne résulte pas d'une transaction, par laquelle les parties se sont mises d'accord sur les solutions à apporter à tous les problèmes afférents à la rupture du contrat de travail, y compris l'application de la clause de non-concurrence, que l'employeur ait renoncé de façon claire et non équivoque à la clause de non-concurrence dans le délai prévu par la convention collective⁽³²⁾.

Pour se dégager de l'obligation de verser la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, certains employeurs n'ont pas non plus hésité à soutenir que la mention «libre de tout engagement» figurant sur le certificat de travail les délie de cette obligation.

Les juges ont eu l'occasion de donner leur opinion sur cette surcharge du certificat de travail, en précisant que l'employeur ne peut pas imposer au salarié des mentions sur le certificat de travail autres que celles prévues par le Code du travail (dates d'entrée et de sortie, nature de l'emploi ou des emplois occupés). Par conséquent, la mention de la clause de non-concurrence sur ce certificat est illicite⁽³³⁾.

De même, la mention dans le plan de sauvegarde de l'emploi de l'intention de l'employeur de lever systématiquement l'obligation de non-concurrence des salariés licenciés ne constitue pas, à l'égard de ces derniers, la manifestation claire et non équivoque d'une renonciation de l'employeur aux effets de cette clause, telle qu'elle était prévue dans le contrat de travail⁽³⁴⁾.

Il n'y a, par exemple, pas renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence lorsque la lettre de licenciement contient la mention «votre préavis fixé à trois mois débutant le 15 mai verra son terme le 15 août pour nous libérer réciproquement de tout engagement», car il ne résulte pas des termes de cette lettre une volonté claire et non équivoque de renonciation⁽³⁵⁾.

À l'occasion d'un changement d'activité du salarié, les employeurs ont également soutenu que la clause et sa contrepartie financière étaient devenues sans objet. Cependant, la clause de non-concurrence doit s'appliquer y compris en cas de modification du contrat de travail dès lors que les parties n'ont pas entendu modifier ou supprimer la clause⁽³⁶⁾. Il en est de même en cas de détachement du salarié. La clause reste en vigueur tant que le contrat n'est pas modifié par les lettres de détachement⁽³⁷⁾.

Par ailleurs, le seul fait qu'un contrat de travail à durée déterminée se soit transformé en contrat de travail à durée indéterminée ne peut, à lui seul, avoir eu pour effet de supprimer la clause de non-concurrence qui figurait dans le contrat de travail à durée déterminée⁽³⁸⁾.

En cas de rupture du contrat de travail suivie d'un réembauchage dans la même entreprise, l'employeur peut-il se prévaloir de la clause de non-concurrence insérée dans le premier contrat? Il a été répondu négativement à cette question à partir du moment où la clause n'était pas reprise dans le deuxième contrat de travail⁽³⁹⁾.

Cependant, quand un licenciement a été jugé nul, l'employeur ne peut se prévaloir des termes de la lettre de licenciement informant le salarié qu'il était libéré de la clause de non-concurrence, pour se libérer de l'application de cette dernière⁽⁴⁰⁾.

Dans le cadre de diverses décisions de l'entreprise, la clause de non-concurrence, insérée dans les contrats de travail, peut également être sujette à contestation. Puisque le transfert d'entreprise entraîne le transfert du contrat de travail⁽⁴¹⁾, la clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail initial demeure normalement applicable⁽⁴²⁾. Celle-ci doit être respectée, sauf si un avenant remet en cause la clause.

c) Délai de renonciation

1. Prévu par la convention collective ou le contrat de travail

L'employeur est tenu de respecter les délais prévus par le contrat de travail ou la convention collective applicable, à défaut, la renonciation est nulle et le salarié pourra réclamer le paiement de la contrepartie pécuniaire⁽⁴³⁾.

(26) Cass. soc. 15 fév. 2012, n° 10-16025, Sté SFR.

(27) Cass. soc. 11 déc. 1990, n° 87-4429, SCRL.

(28) Cass. soc. 27 mars 2008, n° 07-40195, Sté Manitou.

(29) Cass. soc. 27 mars 2001, n° 99-40742, Sté GMC.

(30) Cass. soc. 24 janv. 2007, n° 04-47864, Sté SEM.

(31) Cass. soc. 12 juil. 1989, n° 86-41668, Sté Usine Merger.

(32) Cass. soc. 25 nov. 1992, n° 89-43920, Mars Actel.

(33) Cass. soc. 4 mars 1992, n° 88-41041, Institut de formation aux techniques d'implantation.

(34) Cass. soc. 23 sept. 2008, n° 07-41649, Coopérative agricole Eurallis Union.

(35) Cass. soc. 30 mai 1990, n° 87-40485, Sté Manu Meca.

(36) Cass. soc. 19 juil. 1995, n° 91-45691, SA Puma.

(37) Cass. soc. 10 juil. 1997, n° 94-43302, Sté Airgaz¹/Lemaux.

(38) Cass. soc. 5 janv. 1995, Sté A Coff-fore.

(39) Cass. soc. 10 nov. 1998, n° 96-40910.

(40) Cass. soc. 3 fév. 2010, Sté Sofigram, n° 08-45105.

(41) Art. L. 1224-1 du Code du travail.

(42) Cass. soc. 16 oct. 1997, n° 94-43015, GIE Créno.

(43) Cass. soc. 10 mai 2006, n° 04-44860, Sté PNC.

Ainsi, la renonciation de l'employeur au cours de l'entretien préalable est inopérante lorsque la convention collective prévoit que celle-ci ne peut intervenir qu'à partir de la notification de la rupture (44). De même, l'employeur ne peut renoncer à la clause postérieurement à la rupture du contrat de travail lorsque ce dernier, ou la convention collective, prévoit que c'est au moment de la rupture que l'employeur aurait dû le notifier (45).

Si le contrat de travail, ou la convention collective, prévoit que le point de départ du délai applicable est la date de la rupture, il a été jugé que :

— en cas de démission, la date de sa notification constitue le point de départ du délai (46) ;

— en cas de rupture de la période d'essai, c'est la date de notification de la lettre de rupture, remise en main propre, qui constitue le point de départ (47) ;

— en cas de licenciement, le point de départ est la date à laquelle l'employeur a manifesté sa volonté de mettre fin au contrat de travail, c'est-à-dire le jour de

l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture (48) ;

— en cas de prise d'acte de rupture de son contrat par le salarié, la date de réception de la lettre de prise d'acte de la rupture par l'employeur est le point de départ du délai (49) ;

— en cas de résiliation judiciaire, le délai commence à partir du prononcé du jugement (50).

Toutefois 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 stipulations ou dispositions contraires (51).

Une clause par laquelle l'employeur se réserverait la faculté après la rupture de renoncer à tout moment à la clause de non-concurrence au cours de l'exécution de celle-ci est réputée non écrite. Le salarié ne peut pas être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler.

2. Absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles

En l'absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence, celui-ci ne peut être dispensé de verser la contrepartie financière de cette clause que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement (52). Ainsi si l'employeur renonce au bénéfice de la clause de non-concurrence après le licenciement, il restera tenu au paiement de la contrepartie financière.

Il appartient à l'employeur d'insérer au sein du contrat de travail une clause précisant expressément le délai de renonciation à l'obligation de non-concurrence (un délai d'un mois est jugé raisonnable). À défaut, l'employeur devra indiquer dans la lettre de licenciement s'il souhaite ou non libérer le salarié de l'application de la clause.

Si le délai de notification n'est pas respecté par l'employeur, celui-ci devra verser au salarié la totalité de l'indemnité prévue par la clause de non-concurrence.

(52) Cass. soc. 13 juil. 2010, n° 09-41626, Sté Dyneff.

(44) Cass. soc. 10 fév. 1998, n° 94-45279.

Sté Naborni Imprimerie.

(45) Cass. soc. 19 juil. 2000, n° 98-42290.

Sté Bresson et Rande.

(46) Cass. soc. 27 fév. 2001, n° 99-40436.

Sté CFR.

(47) Cass. soc. 14 oct. 2009, n° 08-44052.

Sté Studio press.

(48) Cass. soc. 18 janv. 2012, n° 10-16442.

Sté SRL.

(49) Cass. soc. 13 juin 2007, n° 04-42740.

Sté Argo Hytos.

(50) Cass. soc. 6 mai 2009, n° 07-44692.

Sté AIS.

(51) Cass. soc. 13 mars 2013, n° 11-21150.

Sté Secomat.

► L'obligation de loyauté

Sans même qu'il y ait de clause spécifique dans le contrat de travail, les tribunaux estiment que le salarié est tenu à une obligation de loyauté au cours de l'exécution de son contrat de travail (1).

Issue de l'article 1134 du Code civil, l'obligation de loyauté « interdit au salarié de développer directement ou indirectement, pour son compte ou pour celui d'un tiers, tout acte de concurrence à l'encontre de l'entreprise qui l'emploie pendant la durée du contrat de travail comme pendant la suspension de celui-ci » (2).

L'obligation de loyauté a donc vocation à s'appliquer pendant l'exécution du contrat de travail. À l'inverse, le salarié n'est soumis à la clause de non-concurrence qu'à compter de la rupture de son contrat de travail.

Par exemple, il a été jugé qu'un salarié, chef de fabrication, qui était encore employé dans la société et qui a préparé son départ de façon déloyale en commençant à détourner la clientèle de son employeur, soit par démarchage, soit par détournement de matériel, a commis des manquements qui empêchent le maintien de

l'intéressé dans l'entreprise pendant la durée du préavis de licenciement car ces faits constituent une faute grave (3).

Le caractère déloyal de la concurrence n'est pas retenu dans tous les cas. Ainsi a-t-il été jugé qu'un salarié qui a averti son employeur qu'il envisageait de créer une société indépendante a agi en toute clarté vis-à-vis de son employeur et n'a pas manqué à ses obligations contractuelles, ni commis d'actes de concurrence. Son comportement n'était donc pas constitutif d'une faute grave (4).

(1) Cass. soc. 5 mai 1971, Sté Bachkine, bull. p. 276, n° 327.

(2) Rép. Min. d° 12211, JO Ass. Nat. du 24 août 1998.

(3) Cass. soc. 16 nov. 1993, n° 90-44350, SA graphitec.

(4) Cass. soc. 3 mai 1994, n° 92-42660, SA Sauriez-Duval.

2 Condition de licéité

Des points fondamentaux doivent transparaître dans la rédaction d'une clause de non-concurrence, le salarié ne doit pas être soumis à une impossibilité absolue d'exercer une activité professionnelle conforme à ses aptitudes, connaissances et formation professionnelle. De ce fait, des conditions cumulatives⁽⁵¹⁾ doivent être respectées, ainsi les clauses de non-concurrence ne sont licites que si elles :

- sont indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise;
- sont limitées dans le temps;
- sont limitées dans l'espace;
- tiennent compte des spécificités de l'emploi du salarié concerné;
- comportent l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière.

A - Protection des intérêts de l'entreprise

Pour être valable, la Cour de cassation considère que la clause de non-concurrence doit être «indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise»⁽⁵²⁾. Elle ne doit pas seulement être nécessaire à la protection de l'entreprise, comme certains juges l'estimaient parfois⁽⁵³⁾. À défaut, la clause de non-concurrence est nulle.

Cette condition s'apprécie, d'une part, par rapport à la nature et à l'activité de l'entreprise en cause et, d'autre part, par rapport à la nature de l'emploi, de la qualification et des fonctions exercées par le salarié. En effet, l'entreprise doit craindre un véritable danger si le salarié venait à être embauché par une entreprise concurrente.

Ainsi, s'est posée la question de la licéité des clauses de non-concurrence liant les sociétaires d'une association.

En principe, les associations ne sont pas censées faire de bénéfices. Pourtant aucune disposition légale n'interdit aux associations d'avoir une activité économique et de faire des bénéfices dès lors que ces bénéfices ne sont pas répartis entre les sociétaires. Une telle activité d'une entreprise exerçant sous la forme associative peut donc être l'objet d'une concurrence⁽⁵⁴⁾.

De plus, l'administration avait indiqué que les clauses de non-concurrence ne devaient concerner que «des emplois de grande qualification, nécessitant une formation particulière et susceptibles d'entraîner une véritable concurrence»⁽⁵⁵⁾.

Il s'agit, par exemple, d'un électroicien itinérant, embauché par une société de manutention et de stockage de matériel industriel. Pendant quatorze ans, le salarié avait eu le temps d'acquiescer un savoir-faire spécifique que la société entendait protéger⁽⁵⁶⁾. Dans ce cas, la clause de non-concurrence a été jugée légale.

Il a également été admis qu'une clause de non-concurrence puisse figurer dans des contrats de formation tels que les contrats d'apprentissage⁽⁵⁷⁾. En effet, les juges ont considéré dans une affaire qu'une salariée en formation pouvait représenter un risque sérieux de concurrence pour son ancienne entreprise puisqu'elle avait bénéficié, durant sa période de formation, de conditions propres à l'aider à développer une activité concurrentielle après la cessation de son contrat⁽⁵⁸⁾.

Par ailleurs, une clause de non-concurrence se justifie généralement pour des postes en contact direct et suivi avec la clientèle que le salarié pourrait ultérieurement détourner.

Par conséquent, sont considérées comme justifiant les protections des intérêts de l'entreprise et donc licites les clauses insérées dans le contrat :

- d'un garçon de café, pendant un an, lui interdisant d'entrer au service d'une entreprise concurrente exerçant la même activité café brasserie dans la même ville⁽⁵⁹⁾;
- d'une coiffeuse, applicable dans un rayon de 30 km autour de la ville où elle exerçait, pendant deux ans⁽⁶⁰⁾;
- d'un directeur des ventes spécialisé dans l'industrie du laser dentaire pour l'Europe lui interdisant toute activité concurrentielle pendant un an⁽⁶¹⁾;
- d'un VRP exerçant dans le commerce de gros de pièces détachées lui interdisant d'entrer dans une société concurrente pendant deux ans dans les départements des Bouches-du-Rhône et du Vaucluse⁽⁶²⁾.

Encore faut-il que la clientèle soit bien réelle. Par exemple, la clause de non-concurrence imposée à un représentant négociateur de l'immobilier apparaît excessive dans la mesure où il n'existe pas, à proprement parler, de clientèle attachée au cabinet dans lequel le salarié exerçait. De même, n'a pas été jugée valable la clause interdisant à une salariée d'une entreprise de travail temporaire de se faire embaucher par d'autres sociétés d'intérim alors que la salariée avait des fonctions limitées et n'était jamais en contact avec les clients employeurs⁽⁶³⁾.

Ainsi, les salariés occupant un emploi subalterne et n'ayant pas accès à des informations spécifiques ou à caractère confidentiel ne peuvent, en principe, pas être liés par des clauses de non-concurrence⁽⁶⁴⁾.

(53) Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 99-43334 à n° 99-43336.

(54) Cass. soc. 10 juil. 2002 (3 arrêts), n° 00-45135, Sté La Mondiale SA; n° 00-4538, SA Maine Agri; n° 99-43334, Sté MSA's cargo international.

(55) Cass. soc. 24 avril 2001, n° 99-40796, Sté Informatix.

(56) Cass. soc. 4 mars 1992, n° 88-41014, Institut de formation aux techniques d'implantation.

(57) Rép. Min. n° 9880; JOAN Q, 24 mars 1979, p. 1951.

(58) Cass. soc. 14 fév. 1995, n° 93-43898, Sté Puma.

(59) Rép. Min., JO-AN-QR 24 mars 1979, p. 1951, n° 9880.

(60) Cass. soc. 25 mars 1998, n° 94-20780.

(61) Cass. soc. 1^{er} mars 1995, n° 3-42754, SARL d'Exploitation du Marbuse.

(62) Cass. soc. 2 déc. 1997, n° 95-43672.

(63) Cass. soc. 13 janv. 1998, n° 95-40732, Sté American Dental Laser.

(64) Cass. soc. 18 déc. 1997, n° 95-43409, Sté Doutaves N. Bernard.

(65) Cass. soc. 9 avril 2008, n° 07-41289, Sté Synergie.

(66) Cass. soc. 13 janv. 1999, n° 97-40023, SA Locadour.

À l'évidence, un laveur de vitres ne représente pas une grande menace pour l'entreprise qui l'emploie. Pourtant, pendant plusieurs années, des clauses de non-concurrence étaient systématiquement insérées dans le contrat de travail des laveurs de vitres. Les juges ont mis un terme à cette pratique en interdisant aux employeurs de se prévaloir d'une clause de non-concurrence si, en raison des fonctions du salarié (laveur de vitres), la clause insérée dans son contrat de travail n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise qui l'emploie⁽⁶⁷⁾.

Suivant le même raisonnement, les juges ont estimé excessive la clause interdisant à un salarié, magasinier employé par une société concessionnaire d'une marque automobile, de s'intéresser directement ou indirectement à tout commerce pouvant concurrencer les produits qu'elle vend. Dans cette affaire, le salarié était devenu magasinier suite à la rupture de son contrat. Or, la fonction de magasinier ne correspond pas à une fonction spécialisée de l'entreprise et n'exige pas que le salarié soit en contact avec la clientèle. L'activité de l'ancien employeur étant la vente, la réparation et l'entretien de véhicules. Ce n'est donc que de façon indirecte et accessoire que le salarié concurrençait son employeur en vendant des pièces détachées⁽⁶⁸⁾.

Récemment, il a été jugé que l'interdiction dans un même réseau de distribution ne suffit pas en elle-même à exclure l'existence d'un état de concurrence entre les entreprises qui en font partie.

Ainsi, il appartient au juge de vérifier concrètement l'existence d'une situation de concurrence entre les deux magasins concernés pour déterminer si le salarié a violé la clause⁽⁶⁹⁾.

Par conséquent, les juges évaluent, dans chaque affaire, le risque que représente concrètement le salarié pour

l'entreprise. Si le salarié ne constitue pas une réelle menace, la clause de non-concurrence doit être annulée car elle n'est pas indispensable pour l'entreprise.

B – Limitation dans le temps

Il n'existe pas de minimum ou de maximum en matière de limitation dans le temps. Toutefois, une clause de non-concurrence ne peut pas lier éternellement le salarié. De plus, si une disposition conventionnelle prévoit une durée maximum, la clause de non-concurrence doit respecter cette durée.

Les juges possèdent une grande latitude pour apprécier la régularité des clauses. Pour se faire, ils apprécient globalement la validité d'une clause de non-concurrence au regard de son étendue dans le temps et dans l'espace. Ils peuvent ainsi estimer qu'en raison de son étendue géographique, une clause est excessive dans le temps et ramener la durée de cinq ans à deux ans⁽⁷⁰⁾.

De même, les juges ont considéré comme valable une clause limitée à un an, sur la France et dans les autres pays de la communauté européenne, pour le directeur d'une société commercialisant des produits de beauté⁽⁷¹⁾.

Par le passé (1964), et dans un contexte économique différent, les juges ont approuvé une clause de non-concurrence s'étendant sur dix années à tout le territoire français. Cette durée n'avait pas été jugée excessive car il n'existait en France aucune entreprise similaire susceptible d'embaucher le salarié qui avait par ailleurs retrouvé une activité dans une entreprise différente⁽⁷²⁾.

Plus récemment, les juges ont admis qu'une clause de non-concurrence interdisant, en cas de rupture du contrat de travail, pendant trois ans et sur tout le territoire français, d'entrer au service d'une entreprise concurrente, est valide

dès lors qu'elle a été librement acceptée par le salarié qui, eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle, n'était pas dans l'impossibilité d'exercer sa profession⁽⁷³⁾.

Cependant a été jugée illicite une clause interdisant toute activité de vente directe ou indirecte de produits financiers sur le territoire national pendant 2 ans, obligeant le salarié à s'expatrier et lui faisant ainsi perdre le bénéfice d'une expérience professionnelle de plusieurs années⁽⁷⁴⁾.

De même, la clause de non-concurrence figurant dans le contrat de travail d'un directeur des études et du développement lui interdisant d'exercer, sous quelque forme que ce soit, une activité concurrente à celle de l'entreprise pendant une durée de 36 mois, à compter de la cessation d'activité est excessive dans sa durée et a été réduite à 12 mois⁽⁷⁵⁾.

En pratique, la durée de 2 ans est souvent retenue en référence à de nombreuses conventions collectives.

Les juges peuvent également apprécier la durée de l'interdiction en fonction de la qualification et des connaissances professionnelles. La clause de non-concurrence peut être plus courte pour des salariés moins qualifiés, ou plus longue si les connaissances professionnelles du salarié lui permettent de retrouver sans difficulté un emploi dans une autre branche.

C – Limitation dans l'espace

Pour être valable, une clause de non-concurrence doit, en principe, être limitée de façon précise dans l'espace. Par exemple, la clause de non-concurrence d'une directrice de magasin lui interdisant d'exercer pendant trois ans une activité concurrente dans les départements où était implantée la société est nulle en raison notamment de sa délimitation imprécise qui ne permettait pas au moment de la conclusion du contrat de travail de connaître

(67) Cass. soc. 14 mai 1992, n° 89-45300, Ets Marietta.

(68) Cass. soc. 19 nov. 1996, n° 94-19404, Sté Auto Service 34.

(69) Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10712, Sté Flandredis.

(70) Cass. soc. 30 oct. 1991, n° 87-44600, Sté Jupiter GSF.

(71) Cass. soc. 16 déc. 1998, n° 96-42849, Sté Hélène Rubinstein.

(72) Cass. soc. 3 janv. 1964, Ets Laplaud, bull p 3, n° 5.

(73) Cass. soc. 16 avril 1992, n° 91-40638, SA Le Silenceux.

(74) Cass. soc. 30 oct. 1997, n° 95-43721, Sté Uffrance Patrimoine.

(75) Cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-45280, Sté La Pac.

réellement le secteur protégé⁽⁷⁶⁾.

La zone d'interdiction ne doit donc pas être précisée au moment où l'employeur découvre que son ancien salarié est parti travailler dans une entreprise concurrente⁽⁷⁷⁾. En effet, le salarié doit connaître à l'avance le périmètre de l'interdiction.

Il n'existe pas de critères précis permettant de définir le périmètre d'interdiction. La clause doit simplement être restreinte en fonction du rayon d'action de l'entreprise ou du salarié lorsqu'il travaillait chez son employeur.

Ainsi, la zone d'interdiction peut être de dimension très variable :

— limitation au Maine-et-Loire et aux départements limitrophes pendant trois ans⁽⁷⁸⁾ ;

— limitation à l'ensemble du territoire métropolitain dès lors que le salarié conserve la possibilité d'exercer des activités correspondant à sa formation et à son expérience professionnelle, l'activité de la société étant limitée tant dans son objet que dans son secteur géographique⁽⁷⁹⁾ ;

— limitation à la France entière pour une durée de deux ans, dès lors que, compte tenu de « ses capacités, de la diversité et de la générosité de ses diplômes », la clause de non-concurrence n'interdisait pas à un directeur commercial d'exercer une activité professionnelle. En s'engageant malgré tout en tant que directeur commercial au service d'une société visant la même clientèle et susceptible de concurrencer son ancien employeur, le salarié a violé la clause de non-concurrence⁽⁸⁰⁾ ;

— limitation à une zone de dix kilomètres entourant le lieu de travail pendant cinq ans pour des salariées infirmières⁽⁸¹⁾ ;

— limitation à la France entière et aux six pays du marché commun à condition que les limitations quant à la durée et à la nature de l'activité laissent au salarié la possibilité de retrouver un emploi. Un directeur technique peut ainsi être valablement tenu à une interdiction d'une durée de deux ans puisqu'elle ne l'empêchait pas de retrouver du travail, par exemple dans un magasin à grande surface⁽⁸²⁾.

En revanche, une clause qui, par sa généralité et l'étendue du secteur géographique interdit au salarié d'exercer son activité professionnelle, n'est pas valable. Par exemple, il en est ainsi de la clause figurant dans le contrat de travail d'un ingénieur commercial lorsqu'elle est applicable sur l'ensemble du territoire national⁽⁸³⁾.

De même, un employeur ne peut interdire à un salarié de travailler pendant un an sur tout le territoire français dans la vente d'articles concurrents à ceux qu'il commercialise⁽⁸⁴⁾.

Est également illicite une clause visant l'intégralité du territoire de la ville de Paris et qui était imposée à un médecin employé par un centre médical à Paris. En effet, compte tenu de l'étendue de cette ville, le champ d'application de la clause dépassait les limites des arrondissements limitrophes de celui où était situé le centre médical⁽⁸⁵⁾.

Par ailleurs, si le secteur géographique visé par une clause de non-concurrence a un champ d'application plus étendu que celui prescrit par la convention collective applicable, cette clause n'est pas nulle, mais elle est valable seulement pour le secteur géographique tel qu'il est délimité par la convention collective⁽⁸⁶⁾.

D – Respect des spécificités de l'emploi du salarié

Toutes les clauses limitées dans le temps et dans l'espace ne sont pas pour autant justifiées. Elles doivent aussi tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié⁽⁸⁷⁾. En effet, la clause doit être restreinte à un secteur d'activité déterminé afin que le salarié conserve la possibilité d'exercer des activités correspondant à sa formation, ses connaissances et à son expérience professionnelle⁽⁸⁸⁾. Cette condition s'apprécie par rapport à l'activité réelle de l'entreprise et non en fonction de l'objet social défini dans les statuts ou par les indications fournies par l'extrait K bis⁽⁸⁹⁾. À défaut, la clause est considérée comme nulle.

Toutefois, la simple entrave au travail du salarié n'entraîne pas la nullité de la clause. Le salarié doit véritablement être placé dans l'impossibilité de retrouver du travail⁽⁹⁰⁾.

Dans ce but, les juges veillent à ce que l'étendue dans le temps et l'espace n'aboutisse pas à interdire tout travail au salarié. Par exemple, une clause n'est pas valable lorsqu'elle interdit à un vendeur de s'intéresser, pendant deux ans, en France, à toute entreprise ayant une activité similaire. En effet, le vendeur avait été engagé en raison de ses connaissances en électronique qu'il avait progressivement perdues à force de ne faire que de la vente. Il ne pouvait donc se reconverter au moyen de sa formation initiale⁽⁹¹⁾.

Il en est de même :

— d'une clause d'une durée de deux ans et englobant l'ensemble du territoire français, dès lors que le salarié s'étant spécialisé depuis dix ans dans les mé-

(76) Cass. soc. 22 fév. 2000, n° 97-45868, SA Douglas Parfumerie France.

(77) Appel Paris, 18^e ch., 9 déc. 1994, Sté Coma Informatique / M^{me} Foisier.

(78) Cass. soc. 3 juil. 1985, n° 2967 SARL Surveillance de l'Ouest.

(79) Cass. soc. 2 avr. 1992, n° 88-42096, SA Insmat.

(80) Cass. soc. 22 mai 1991, n° 89-45462, Revillard / Camexim Cominsec.

(81) Cass. soc. 8 juil. 1992, n° 91-41808, Association d'aide à domicile en milieu rural.

(82) Cass. soc. 28 avr. 1976, n° 74-13809, SA Quelle.

(83) Cass. soc. 27 fév. 1996, n° 92-43469, Sté Siemens.

(84) Cass. soc. 7 juil. 2004, n° 02-43606, Sté Touffembal ; Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 99-46136, Sté Go sport.

(85) Appel Paris 18^e ch E, 21 novembre 1991.

(86) Cass. soc. 22 oct. 2008, n° 07-42033, Sté Abrial.

(87) Cass. soc. 10 juil. 2002 (3 arrêts).

Salembier / Sté La Mondiale SA, n° 00-45135, Barbier / SA Maine Agri, n° 00-45387 ; Moline et autres / Sté MSAS

cargo international, n° 99-43334.

(88) Cass. soc. 4 déc. 1990, n° 89-12834, Sté Kristal et autres ; Cass. soc. 7 juin 1995, n° 93-46776, SARL des chaussures

Teddy.

(89) Cass. soc. 5 déc. 2001, n° 99-44407, société Créal aluminium.

(90) Cass. soc. 2 déc. 1997, n° 95-43672.

(91) Cass. soc. 27 nov. 2002, n° 00-45369, Sté Darty Rhône-Alpes.

► Régime social de la contrepartie financière

L'indemnité est considérée comme un élément du salaire. À ce titre :

— elle est soumise aux cotisations de sécurité sociale patronales et salariales, à la CSG, la CRDS et l'impôt sur le revenu ;

— elle ouvre droit à congés payés et entre donc dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés⁽¹⁾.

L'AGS garantit le paiement de la créance due au titre de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence dès lors qu'elle résulte de la rupture du contrat de travail intervenue pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire de l'employeur, peu important que toutes les échéances ne soient pas exigibles⁽²⁾.

(1) Cass. soc. 17 mai 2006, n° 04-47597, Sté L'Oréal.

(2) Cass. soc. 20 juin 2006, n° 04-48523, Sté Piretech.

thodes de contrôle de fabrication des enduits de peinture, la clause de non-concurrence avait pour résultat de lui interdire, en fait, l'exercice de l'activité professionnelle qui était devenue la sienne en l'empêchant de travailler en France à quelque poste que ce soit dans toute société dont l'activité pourrait concurrencer son employeur, même, indirectement, c'est-à-dire même en dehors de la spécialité qu'il avait acquise⁽³⁾ ;

— d'une clause ayant pour effet d'entraver immédiatement la liberté du travail d'un salarié, celle-ci lui interdisant d'apporter sa collaboration à toute entreprise française ou étrangère de rechapage, d'entreprendre pour son compte personnel ou par représentation ou association ou franchisage des activités susceptibles de concurrencer ses employeurs, alors que la spécialisation du salarié résidait essentiellement dans le rechapage de pneus, qu'il n'avait aucune autre qualification et que l'empêcher de travailler dans cette spécialité revenait, de fait, à le priver de travailler pendant deux ans consécutifs sur tout le territoire français dans la branche pour laquelle il avait été formé et qui lui avait permis d'acquiescer la qualité de cadre ; la légitime protection des intérêts d'une entreprise ne pouvait avoir pour corollaire de contraindre un salarié à accepter un poste déqualifié, l'obligeant de surcroît à un autre emploi qui s'avérerait au demeurant des plus aléatoires⁽⁴⁾ ;

(92) Cass. com. 15 nov. 1988, n° 87-11032, SA Fabennec.

(93) Appel Paris, 18^e ch C, 8 juil. 1992, SNC Pneu Laurent /Marrouche.

— d'une clause d'une durée de deux ans sans limitation dans l'espace, concernant un directeur commercial spécialisé dans l'exploitation de véhicules aménagés dits « antennes mobiles », qui lui interdisait d'exercer sur le territoire français cette activité et même d'exercer toute activité d'achat, vente, location de véhicules ou structures mobiles ; cette interdiction revenait à contraindre l'intéressé à une reconversion dans un autre secteur ou à un chômage forcé pendant une longue période et était, à ce titre, contraire à la liberté du commerce et de l'industrie⁽⁵⁾ ;

— d'une clause visant le territoire national pour une durée de deux ans qui, s'agissant d'un secteur professionnel très particulier, à savoir le commerce des vieux papiers pour la papeterie, aboutit à obliger le salarié à s'expatrier pour tirer de sa spécialité des moyens d'existence⁽⁶⁾ ;

— d'une clause interdisant au salarié, engagé à la sortie d'une grande école, d'exercer toute activité similaire à celle exercée dans la société pendant trois ans en France et dans les pays limitrophes⁽⁷⁾ ;

— d'une clause interdisant à un salarié, pour une durée de cinq ans, de s'intéresser à une maison de vins fins et spiritueux ou à une maison productrice de vins en France ou à l'étranger, cette clause ne comportant aucune limitation

(94) Appel Paris, 15^e ch B, 6 mars 1992, SARL Transtar /Relave.

(95) Cass. soc. 28 mai 1976, n° 75-40472,

SA Cellulose de récupération.

(96) Cass. soc. 31 mars 1981, Sté Sovs, bull. p 210, n° 283.

dans l'espace et le salarié ayant acquis toute son expérience professionnelle dans ce domaine⁽⁸⁾ ;

— d'une clause interdisant pendant quatre ans à une ancienne salariée d'exercer tout travail dans sa branche du commerce de fleurs artificielles sur tout le territoire national, ce qui avait obligé l'intéressée à s'expatrier en Suisse⁽⁹⁾.

La clause de non-concurrence ne doit pas mettre le salarié dans l'impossibilité absolue d'exercer normalement une activité professionnelle conforme à sa formation et à son expérience professionnelle.

E – Contrepartie financière

Depuis juillet 2002, les clauses de non-concurrence ont pour corollaire le versement d'une contrepartie pécuniaire⁽¹⁰⁾. Cette indemnité est due à l'ancien salarié dès lors qu'il respecte son obligation de ne pas concurrencer son ex-employeur.

a) Montant de la contrepartie

Aucune disposition légale ne fixe le montant de la contrepartie financière versée au salarié. La base de calcul de l'indemnité est librement fixée par les parties. Mais à défaut de précision dans la clause de non-concurrence, c'est le salaire brut qui sert de base de calcul⁽¹¹⁾. Le mode de calcul de la contrepartie financière inscrit dans la convention collective s'applique à l'employeur. Il peut être par exemple prévu que la contrepartie soit calculée sur la base de la moyenne des salaires, des avantages et gratifications contractuelles dont le salarié a bénéficié au cours de ses douze

(97) Cass. soc. 27 juin 1984, n° 81-42932, Sté Henri Maire.

(98) Cass. soc. 2 avril 1984, n° 1009, SA Pettjean.

(99) Cass. soc. 10 juil. 2002, Salembier /Sté La Mondiale SA, n° 00-45135, Dr. soc. 2002, n° 11, p. 949, note R. Vatinet, RPDS 2002, n° 691, p. 350, comm. M. Carles, Cass. soc. 10 juil. 2002, Barbier /SA Maine Agri, n° 00-45387, Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 99-43334, Moline et autres /Sté MSAS cargo international.

(100) Cass. soc. 13 jan. 1998, n° 95-41467, Sté Combettes cuisines.

derniers mois de présence, non compris les congés payés qu'il a reçus sur la même période⁽¹⁰¹⁾.

L'employeur doit fixer le montant de la contrepartie à un niveau au moins égal à celui prévu par la convention collective applicable. Cependant, une clause de non-concurrence dont le montant de l'indemnité serait inférieur à celui établi dans l'accord collectif, ne serait pas nulle car les dispositions conventionnelles plus favorables s'appliquent automatiquement⁽¹⁰²⁾. Dans un tel cas, le salarié reste tenu de son obligation de non-concurrence et sera en droit d'obtenir le paiement de la contrepartie conventionnelle.

L'indemnité ne doit être ni excessive ni dérisoire. Elle doit être réelle⁽¹⁰³⁾. En pratique, le montant dépend de la durée d'interdiction, de la période de versement de l'indemnité et du motif de la rupture du contrat de travail. Par exemple, les juges ont considéré comme dérisoire le cas d'une indemnité équivalente à 10% de la rémunération⁽¹⁰⁴⁾.

Contrairement à la clause de dédit formation, le montant de la contrepartie financière ne peut pas être réduit par les juges s'ils l'estiment excessif⁽¹⁰⁵⁾. Les juges peuvent uniquement déclarer la clause nulle. Ainsi, si une clause de non-concurrence assortie d'une contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie financière rendant la clause nulle, le juge ne peut substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties. Ainsi, après avoir décliné de l'annulation de la clause, il ne peut accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée⁽¹⁰⁶⁾.

Par ailleurs, bien que l'indemnité compensatrice de non-concurrence pos-

sède la nature de salaire, elle ne représente pas la contrepartie d'un travail. L'indemnité correspond à la contrainte acceptée par le salarié de ne pas concurrencer son ancien employeur. Le salarié est donc fondé à recevoir la contrepartie pécuniaire même s'il perçoit une indemnité de clientèle des VRP, des prestations de retraite ou une indemnité de préavis⁽¹⁰⁷⁾.

Le montant de l'indemnité de non-concurrence ne peut pas varier selon la nature de la rupture de contrat. Dans un tel cas, la clause n'est pas entachée de nullité mais la mention de minoration de l'indemnité est réputée non écrite. Le salarié peut ainsi prétendre au versement de l'indemnité de non-concurrence dans sa totalité⁽¹⁰⁸⁾. Il est donc interdit de minorer l'indemnité de non-concurrence pour faute ou en cas de démission. Dans une récente affaire, une clause de non-concurrence prévoyait une contrepartie financière mensuelle égale à un tiers de son salaire brut mensuel pendant la durée de l'interdiction en cas de licenciement, sauf faute grave ou lourde, ou en cas de force majeure, et à un sixième de ladite rémunération en cas de démission. Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, une telle clause de non-concurrence n'est pas nulle. Elle doit

être réputée non écrite, en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de démission. Elle s'applique donc, de sorte que l'employeur doit verser un tiers du salaire brut mensuel pendant la durée de l'interdiction⁽¹⁰⁹⁾.

La Cour de cassation a également considéré que, dès lors que la clause de non-concurrence minore la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié, elle est réputée non écrite, de sorte que le salarié n'est pas tenu par une obligation de non-concurrence et peut dès lors conclure un contrat de travail avec une société concurrente⁽¹¹⁰⁾.

b) Versement de la contrepartie

Les modalités de versement de la contrepartie financière sont librement déterminées par les parties. La contrepartie pécuniaire peut être entièrement versée à la rupture du contrat ou mensuellement pendant toute la durée de la clause. Le versement de la contrepartie financière ne peut intervenir avant la rupture du contrat. Si l'indemnité de non-concurrence est incluse dans la rémunération du salarié, même individualisée clairement dans le contrat de travail ou le bulletin de paie, la clause est nulle⁽¹¹¹⁾.

(109) Cass. soc. 20 fév. 2013, n° 11-17941.

(110) Cass. soc. 3 mai 2012, n° 10-26701, Sté Imprimerie du Moulin à vent.

(111) Cass. soc. 17 nov. 2010, n° 09-42389, Sté Avanceance Elcor.

(107) Cass. soc. 15 juil. 1998, n° 96-40866, n° 96-41006, Sté Lee Cooper.

(108) Cass. soc. 8 avril 2010, n° 08-43056, Sté Sarnse.

➔ Non-paiement de la contrepartie financière par l'employeur

Si l'employeur ne paie pas la contrepartie financière prévue, ce manquement a pour conséquence de libérer l'ancien salarié de son obligation de non-concurrence. En effet, l'employeur, qui n'a rien versé au titre de la clause de non-concurrence ne peut pas, à la fois, ne pas payer le montant de l'indemnité de non-concurrence et prétendre exiger le respect de la clause par le salarié⁽¹⁾. La jurisprudence a admis la compétence du juge des référés pour délier le salarié de son engagement. Le refus de l'employeur de payer la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, alors qu'il ne pouvait reprocher au salarié aucun acte de concurrence postérieure à la fin du contrat de travail, constitue une inexécution flagrante de la clause contractuelle et caractérise un trouble manifestement illicite auquel il appartient au juge des référés de mettre fin⁽²⁾.

(1) Cass. soc. 26 nov. 1991, n° 88-41499, Sté Granitère de l'Ouest; Cass. soc. 12 mars 1997, n° 94-43326, Sté Merand.

(2) Cass. soc. 22 fév. 2000, n° 98-43005, Serl ORA.

(101) Cass. soc. 5 mai 2009, n° 07-44492, Sté Koni.

(102) Cass. soc. 15 déc. 2009, n° 08-44847, Sté Alma Consulting Group.

(103) Cass. soc. 13 janv. 1998, n° 95-41480, Sté SES.

(104) Cass. soc. 15 nov. 2006, n° 04-46721, Sté Comasud.

(105) Cass. soc. 4 juil. 1983, n° 80-41906, Sté Rex-Rotary.

(106) Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10760, Sté TSAF.

Toutefois, si l'indemnité est versée pour partie avant la rupture du contrat de travail et pour partie après, la Cour de Cassation estime que seule l'indemnité de non-concurrence versée après la rupture du contrat de travail doit être retenue pour apprécier si le montant de l'indemnité n'est pas dérisoire. Les sommes versées pendant l'exécution du contrat de travail sont neutralisées⁽¹¹²⁾.

La clause de non-concurrence peut prévoir que le versement de la contrepartie financière interviendra progressivement. Récemment, la Cour de cassation a jugé valable la clause qui prévoyait un versement mensuel et progressif de la manière suivante: 10% de la moyenne du salaire mensuel perçu par le salarié sur les douze derniers mois de son activité pendant les six premiers mois d'exécution de la clause, puis 20% pendant la première année, 30% jusqu'à un an et demi et, enfin, 40% jusqu'à deux ans. Avec ce mode de calcul, l'essentiel de la contrepartie financière était versé au salarié au terme de l'obligation de non-concurrence, et équivalait à un quart de la rémunération précédemment perçue⁽¹¹³⁾.

Sauf clause contractuelle contraire, la contrepartie financière à la clause de non-concurrence est due en cas de rupture du contrat de travail pendant la période d'essai⁽¹¹⁴⁾.

La possibilité pour le salarié de reprendre ou non une activité concurrentielle ne peut influencer sur le mécanisme de la clause⁽¹¹⁵⁾. En effet, la question de la validité d'une clause de non-concurrence s'est posée en cas d'inaptitude, de chômage, de préretraite ou de retraite. Certains employeurs ont soutenu qu'une clause de non-concurrence ne pouvait pas se justifier lorsque le salarié exerçait plus son activité professionnelle. Ainsi, des employeurs ont estimé que

le versement d'une indemnité destinée à protéger l'entreprise contre des agissements concurrentiels n'a pas de sens ni de cause lorsqu'il est effectué au profit d'un salarié devenu inapte à son travail ou mis à la retraite. Toutefois, la Cour de cassation considère qu'à partir du moment où le salarié a bien respecté sa clause de non-concurrence dont la société ne l'a pas délié, il a bien droit à l'indemnité compensatrice⁽¹¹⁶⁾. De même, l'ancien salarié a droit à l'indemnité compensatrice de non-concurrence même s'il perçoit des allocations de chômage qui n'ont ni le même fondement, ni le même objet que l'indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence⁽¹¹⁷⁾.

Enfin, les salariés mis en préretraite du Fonds national de l'emploi (FNE), sont fondés à prétendre au cumul de l'allocation spéciale de préretraite FNE et de l'indemnité compensatrice de clause de non-concurrence. En effet, le versement des allocations de préretraite peut être interrompu à tout moment par une reprise d'activité du salarié⁽¹¹⁸⁾.

De même, pour se dégager de leur obligation de verser une indemnité compensatrice de non-concurrence à un retraité, des employeurs ont soutenu que l'intéressé ayant mis fin à son activité professionnelle ne représente plus un risque de concurrence. Les juges ont répondu que le départ à la retraite du salarié ne prive pas d'objet la clause de non-concurrence. En conséquence, l'acceptation par le salarié du plan social élaboré par la société ne pouvait valoir renonciation à la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence⁽¹¹⁹⁾.

Par ailleurs, l'employeur ne peut pas subordonner le versement de l'indemnité de non-concurrence à la production, par le salarié, d'un document établissant qu'il respecte la clause de non-concurrence.

c) Validité des clauses dépourvues de contreparties

Depuis les arrêts de juillet 2002⁽¹²⁰⁾, les clauses de non-concurrence qui ne prévoient pas de contrepartie financière sont nulles et de nul effet. Il importe peu que la clause ait été conclue avant ou après le revirement de jurisprudence du 10 juillet 2002, les employeurs ne pouvant se prévaloir d'une jurisprudence antérieure⁽¹²¹⁾. Les salariés concernés sont donc libérés de leur obligation de non-concurrence. Toutefois, l'entreprise peut souhaiter maintenir l'obligation de non-concurrence du salarié.

Si la convention collective prévoyait une contrepartie pécuniaire et si le contrat de travail du salarié y fait référence, l'employeur peut maintenir l'interdiction. En effet, face à un VRP qui considérait que la clause de non-concurrence ne s'appliquait pas à son contrat de travail, la Cour de cassation a répondu que cette contrepartie était néanmoins prévue par l'article 17 de la convention collective nationale des VRP du 3 octobre 1975 et que le contrat de travail du salarié renvoyait à ladite convention. Dès lors, la contrepartie financière d'origine conventionnelle s'appliquait de plein droit⁽¹²²⁾.

Si aucune contrepartie n'est prévue par la convention collective ou si le contrat de travail du salarié n'y fait pas référence, l'employeur devra négocier individuellement avec chaque salarié. En effet, l'employeur ne peut pas fixer de manière unilatérale le montant de la contrepartie en ajoutant de sa seule initiative un avenant au contrat de travail. Cet ajout constitue une modification du contrat de travail du salarié qui nécessite son accord⁽¹²³⁾.

(120) Cass. soc. 10 juillet 2002 (3 arrêtés), Salmabier /Sté La Mondiale SA, n° 00-45135, Barbier /SA Maine Agri, n° 00-45387; Moline et autres /Sté MSAS cargo international, n° 99-43334.

(121) Cass. soc. 25 fév. 2004, n° 02-41306, Sté Samsa et a.

(122) Cass. soc. 10 mars 2004, n° 02-40108, Sté JP Girardeau.

(123) Rép. Min. n° 16610, JOANQ, 16 mars 2004, p. 2016.

(112) Cass. soc. 22 juin 2011, n° 09-71567, Sté Isoc.

(113) Cass. soc. 13 fév. 2013, n° 11-22603, Sté Reso Lpi.

(114) Cass. soc. 24 mars 2010, n° 9-40748, Sté MTB.

(115) Cass. soc. 10 oct. 2001, n° 99-42404, Sté Perron Tortay.

(116) Cass. soc. 13 nov. 1990, n° 87-42893, Sté Ferwick-Linde.

(117) Cass. soc. 27 fév. 1991, n° 89-40499, Sté Ricard.

(118) Cass. soc. 23 fév. 1994, n° 90-45243, Sté Rhône-Poulenc.

(119) Cass. soc. 7 juil. 1993, n° 89-45493, Sté Michelin.

3 Pouvoir du juge

Parfois, l'employeur ou le salarié ne respectent pas leurs obligations. Il arrive, par exemple, que l'employeur refuse de payer la contrepartie pécuniaire ou que le salarié viole la clause de non-concurrence. C'est le conseil des prud'hommes qui doit être saisi, soit par le salarié, qui veut faire annuler la clause de non-concurrence, soit par l'employeur, qui souhaite faire sanctionner la violation de non-concurrence par le salarié. Le juge peut restreindre l'application d'une clause de non-concurrence qu'il estime trop excessive dans le temps ou dans l'espace au regard de l'activité du salarié. Cependant, en l'absence de contrepartie financière ou si celle-ci est dérisoire, seul la nullité peut être invoquée. Toutefois, le juge des référés du conseil des prud'hommes est compétent pour déclarer inopposable au salarié une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière.

A – Annulation de la clause de non-concurrence par le juge

Une clause de non-concurrence est nulle lorsqu'elle n'est pas indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise ou lorsqu'elle empêche le salarié d'exercer son activité professionnelle conformément à sa formation et son activité professionnelle. Seul le salarié est habilité à demander l'annulation de la clause en justice. L'employeur ne peut pas invoquer la nullité d'une clause de non-concurrence, notamment pour éviter les conséquences pécuniaires de celle-ci, soit le paiement de l'indemnité compensatrice prévue par le contrat ou la convention collective⁽¹²⁴⁾. De même, l'employeur n'est pas recevable à demander la nullité d'une clause qui ne comporte pas de contrepartie financière, seul le salarié est habilité à se prévaloir de celle-ci⁽¹²⁵⁾.

(124) Cass. soc. 24 février 1982, n° 80-40283, SA Poclain.

(125) Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 04-43646, Sté Hygeco.

Si les juges constatent qu'une clause ne répond pas aux conditions cumulatives précédemment citées, ils peuvent la déclarer illicite et donc l'annuler. Lorsqu'un contentieux est ouvert, les juges effectuent un contrôle de proportionnalité au regard des droits du salarié. Lorsqu'une clause est annulée, celle-ci est déclarée comme n'ayant jamais existé. Le salarié est alors délié de son obligation de non-concurrence. Il perd également son droit à la contrepartie financière, mais l'employeur ne peut pas réclamer au salarié le remboursement de la contrepartie déjà versée jusqu'au moment de l'annulation. Toutefois, il est nécessaire que le salarié ait respecté la clause de non-concurrence durant toute la période précédant la décision d'annulation pour prétendre au versement de la contrepartie financière⁽¹²⁶⁾.

En plus de l'action en nullité, le salarié peut effectuer une demande de dommages-intérêts. Il n'a pas à en prouver l'existence pour obtenir réparation⁽¹²⁷⁾. Le montant des dommages-intérêts est souverainement évalué par les juges de fond. Le salarié qui a respecté une clause de non-concurrence illicite a droit à des dommages-intérêts pour la période pendant laquelle il a respecté la clause⁽¹²⁸⁾. La stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié et, peut importe que le salarié ait ou non respecté la clause de non-concurrence, la seule présence de cette clause dans son contrat de travail implique son dédommagement par son employeur⁽¹²⁹⁾.

(126) Cass. soc. 28 octobre 1997, n° 94-43792, Sté General Electric.

(127) Cass. soc. 11 janvier 2006, n° 03-46933, Sté Prisme.

(128) Cass. soc. 15 mars 2006, n° 03-45031, Sté Ahi Europe.

(129) Cass. soc. 12 janvier 2011, n° 08-45280, Sté Group 4 Sécurité.

B – Modification de la clause par le juge

Le juge possède le pouvoir de restreindre l'application d'une clause de non-concurrence en en limitant l'effet dans le temps ou dans l'espace lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle. Le juge peut en effet la déclarer valable tout en modifiant les conditions d'application afin d'en limiter les effets.

Dans une affaire jugée le 18 septembre 2002, un salarié chargé de mission avait été engagé par une société d'assurance-vie et il était lié par une clause lui interdisant, pendant deux années à compter de la cessation de ses fonctions, dans le département de la Vendée et dans les départements limitrophes, de représenter les sociétés d'assurance-vie de capitalisation ou d'épargne, de présenter au public, directement ou indirectement, des opérations d'assurance, de capitalisation ou d'épargne et de collaborer avec des courtiers ou agents généraux d'assurance. Cependant, cette clause constituait, en raison de la spécificité de l'activité professionnelle du salarié, une entrave à sa liberté de travailler. Son champ d'application pouvait donc être réduit par les juges à l'interdiction faite au salarié de démarcher les clients de son ancienne société⁽¹³⁰⁾.

De même, la Cour de cassation a admis la possibilité de réduire l'étendue géographique d'une clause de non-concurrence qui s'appliquait initialement à la France entière, à 26 départements⁽¹³¹⁾.

Toutefois, la clause qui semble excessive et qui devrait être réduite par les juges demeure valable. Il en résulte que le salarié reste au moins tenu d'observer l'interdiction dans un plus petit périmètre.

Par exemple, des juges avaient ap-

(130) Cass. soc. 18 sept. 2002, n° 00-42904, Sté Gan-Vie.

(131) Cass. soc. 25 mars 1998, n° 95-41543, Nordson France.

prouvé la validité d'une clause d'une durée de deux ans sur la France entière, tout en admettant que l'étendue dans l'espace de la clause était excessive et devait par la suite être réduite. Toutefois, le salarié s'était fait réengager aussitôt dans une entreprise concurrente, dans la même ville où il avait exercé ses précédentes activités⁽¹³²⁾. Dans la mesure où la clause était valable, le salarié

(132) Cass. soc. 1^{er} déc. 1982, n° 80-41357, SA Transports de l'Ouest européen.

n'aurait pas dû, au moins dans ce secteur, reprendre un emploi concurrent. La Cour de cassation a donc considéré que le salarié avait violé l'obligation de non-concurrence.

Ce pouvoir modérateur ne joue pas à l'égard de la contrepartie financière. L'indemnité compensatrice de non-concurrence est la contrepartie d'une obligation. Elle n'a donc pas le caractère d'une peine au sens de l'article 1152 du Code civil et ne peut donc ni être réduite ni être augmentée par les juges. Récem-

ment, la Cour de cassation est venue rappeler qu'une contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie rendant la clause nulle que le juge ne peut pas changer pour sauver la clause⁽¹³³⁾.

Dans un arrêt du 12 octobre 2011⁽¹³⁴⁾, la formule «la cour d'appel [...] ne pouvait réduire le champ d'application de la clause de non-concurrence dès lors que seule sa nullité était invoquée par le salarié» peut laisser penser à la fin du pouvoir de réfection du juge en la matière. En effet, dès lors que le salarié demande la nullité d'une clause de non-concurrence jugée abusive dans le temps et/ou l'espace, les juges ne peuvent en réduire le champ d'application et seule la nullité, ou non, de la clause peut être prononcée. Ainsi, si cette doctrine est reprise par la jurisprudence ultérieurement, elle pourrait marquer la fin des «validations-sanctions» des clauses de non-concurrence.

Lorsque la clause de non-concurrence ne respecte pas les termes de la convention collective, le juge peut imposer le respect de ces règles aux parties. La clause n'est pas annulée mais elle est mise en conformité avec la convention collective, elle ne sera valable que dans les limites fixées par la convention collective⁽¹³⁵⁾.

(133) Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10760, Sté TSAF.

(134) Cass. soc. 12 oct. 2011, n° 09-43155, Dr. ouvrier janvier 2012, n° 762.

(135) Cass. soc. 22 octobre 2008, n° 07-42035, Sté Abrival.

► Le référé et la clause de non-concurrence

Le référé prud'homal est une procédure d'urgence permettant de réduire de manière significative le délai de la procédure. Cette dernière étant dispensée de la phase de conciliation. Le juge a un mois pour statuer au lieu des six à huit mois environ lors de la procédure ordinaire. Cette procédure rapide est possible⁽¹⁾ :

— dans tous les cas d'urgence : elle ordonne toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

— même en présence d'une contestation sérieuse, elle peut prescrire les mesures conservatoires (conservation de preuves, d'objets litigieux, maintien en l'état, désignation de conseillers rapporteurs...) ou de remise en l'état qui s'imposent (réintégration d'un salarié dans l'entreprise ou à son poste initial) pour

prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite ?

— lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, elle peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation.

Il s'avère qu'en matière de clause de non-concurrence, le salarié a tout intérêt à solliciter cette procédure rapide si la clause de non-concurrence n'est assortie d'aucune contrepartie pécuniaire. En effet, une telle clause est inopposable au salarié, c'est pourquoi la volonté de l'employeur de la faire exécuter constitue un trouble manifestement illicite⁽²⁾.

De même, dès lors que l'employeur refuse de verser la contrepartie financière pourtant prévue au contrat de travail, il est opportun pour le salarié de saisir le juge des référés⁽³⁾.

(1) Art. R. 1455-5 et R. 1455-6 du Code du travail.

(2) Cass. soc. 25 mai 2005, n° 04-45794, Sté Prejac-Maingret.

(3) Cass. soc. 11 oct. 2006, n° 05-43909, Sté SPTD.

4 Violation de l'obligation de non-concurrence par le salarié

En vertu de la clause, le salarié ne doit pas se livrer à des actes de concurrence à l'égard de son employeur. Le salarié ne peut donc pas accepter un emploi similaire dans une entreprise concurrente, ni exercer le même emploi dans une entreprise créée par lui, le mot «emploi» ayant ici le sens général de fonction et n'impliquant pas nécessairement l'embauchage par

une tierce personne. Il incombe à l'ancien employeur de rapporter la preuve de la violation de cette clause par le salarié⁽¹³⁶⁾. Lorsqu'un salarié quitte son entreprise pour aller immédiatement travailler chez un concurrent, l'employeur est fondé à invoquer la

(136) Cass. soc. 13 mai 2003, n° 01-41644, Sté Gel-Pêche.

violation de la clause de non-concurrence même s'il n'a pas eu le temps de verser la contrepartie financière. Par exemple, un salarié était entré au service d'une entreprise concurrente dès la prise d'effet de sa démission, de sorte qu'il n'avait jamais pu prétendre au paiement de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence. Il estimait que la clause n'était pas va-

lable dans ces conditions. La Cour de cassation considère que si l'employeur ne lève pas la clause, celle-ci prend effet immédiatement au jour de la rupture et non au jour où l'employeur verse la contrepartie financière⁽¹³⁷⁾. Il peut prouver la violation de la clause par tout moyen. Le salarié qui organise une future activité concurrentielle ne viole pas forcément sa clause de non-concurrence⁽¹³⁸⁾, de même le fait pour un salarié de solliciter un emploi similaire dans une société concurrente ne caractérise pas, à lui seul, une violation de la clause de non-concurrence⁽¹³⁹⁾.

A – Utilisation d'un potentiel personnel

En principe, les connaissances acquises chez le précédent employeur ne peuvent pas être opposées au salarié.

Par exemple, il ne peut être reproché à des salariés d'utiliser les connaissances acquises auprès de leur ancien employeur, en l'espèce un laboratoire de produits pharmaceutiques et parapharmaceutiques, et de les appliquer à mettre en œuvre un produit nouveau par rapport à ceux à l'étude chez cet ancien employeur; il n'y a pas, dans ce cas, d'acte fautif de détournement de savoir-faire⁽¹⁴⁰⁾.

L'acte de concurrence n'est pas non plus retenu lorsqu'une personne, propriétaire d'un local, loue ce local à une entreprise concurrente de son ancien employeur, même si elle est liée par une clause lui interdisant pendant deux ans de s'intéresser, sous quelque forme que ce soit, à un concurrent. En effet, en consentant cette location, cette personne n'avait pas eu d'autres rapports que ceux entretenus entre un locataire et un propriétaire. Cet acte n'était pas visé par la clause de non-concurrence⁽¹⁴¹⁾.

(137) Cass. soc. 13 fév. 2013, n° 11-24356, Sté AED.

(138) Cass. soc. 17 janv. 2006, n° 04-41038, Sté Groupe Aline.

(139) Cass. soc. 12 mai 2004, n° 02-40490.

(140) Appel Paris, 4^e ch. B, 21 oct. 1993, SA Laboratoire 7B / SA Distrifar et autre.

(141) Cass. soc. 8 nov. 1989, n° 86-45299, n° 87-43919, Sté Nordec.

B – Création d'une entreprise par le salarié

Le mot d'ordre réitéré par les gouvernements qui se sont succédé a été d'inciter un certain nombre de salariés, notamment les chômeurs, à créer leur entreprise. Mais en présence d'une clause de non-concurrence, un tel projet n'est pas sans risque.

La création d'une société par d'anciens salariés d'une autre société ou leur appartenance concomitante à cette dernière peut constituer un acte de concurrence déloyale à partir du moment où sont mis en commun les moyens acquis auprès de l'ancien employeur ou actuel, afin de détourner la clientèle, s'approprier des secrets de fabrication, pratiquer un pillage systématique d'informations, projets, documents⁽¹⁴²⁾.

Par exemple, il a été jugé qu'il y a concurrence déloyale de la part d'une société lorsque l'animateur de celle-ci a utilisé sa parfaite connaissance de l'organisation technique et commerciale de son ancien employeur devenu son concurrent et les relations nouées avec un client dans le cadre de son activité salariée antérieure pour proposer à ce dernier des conditions plus avantageuses pour la fourniture de matériaux identiques avec une prestation de services équivalente, alors que de tels agissements excèdent la pratique normale du jeu de la libre concurrence entre entreprises et engagent tant la responsabilité de la société que celle de son animateur⁽¹⁴³⁾.

De même, un salarié a été condamné pour avoir créé une société ayant une activité similaire à celle de son ancien employeur et dont le siège social est situé à son ancienne adresse professionnelle afin de provoquer une confusion auprès des tiers⁽¹⁴⁴⁾.

Récemment, la Cour de cassation a affirmé que sans clause de non-

(142) Appel Versailles, 12^e ch., 24 nov. 1994, Sté Libre Service consigne / Sté delta concept.

(143) Appel Versailles, 13^e ch., 19 janv. 1995, Sté Cipec / Sté Acousystem et autre.

(144) Cass. soc. 5 mai 2004, n° 01-46261, Sté Fouasse.

concurrence, seule susceptible de priver le salarié de la faculté de créer, postérieurement à la rupture de son contrat de travail, une entreprise concurrente, le salarié démissionnaire est libre d'exercer l'activité professionnelle de son choix après avoir quitté l'entreprise⁽¹⁴⁵⁾.

C – Détournement de clientèle

Par la force des choses, de nombreux salariés occupant des postes «commerciaux» ont des relations suivies depuis des années avec la clientèle de leur employeur. La jurisprudence dominante impose à ces «commerciaux» de rompre tous contacts avec cette clientèle.

Il en est ainsi:

— d'un conseil juridique salarié, qui était passé au service d'une entreprise concurrente en conservant une partie de la clientèle qu'il suivait antérieurement⁽¹⁴⁶⁾;

— d'un salarié démissionnaire qui s'appropriait à mettre en exploitation une société concurrente, avait fait sortir de l'agence le fichier contenant des renseignements commerciaux, avait refusé de présenter son successeur à la clientèle et était à l'origine de la démission de la secrétaire de l'agence qu'il avait embauchée ultérieurement⁽¹⁴⁷⁾.

La question s'est posée de savoir si des salariés peuvent, lorsqu'ils sont embauchés par une société installée à l'extérieur de la zone géographique visée par la clause de non-concurrence, effectuer des travaux commandés par des clients de leur ancien employeur résidant dans le secteur géographique de l'interdiction. Selon la chambre commerciale, il importe peu que les salariés soient embauchés par une société située en dehors de la zone d'interdiction. Ces derniers doivent s'abstenir de tout acte de nature à détourner, directement ou indirectement, la clientèle de leur an-

(145) Cass. soc. 20 fév. 2013, n° 11-25694, Sté CTR.

(146) Cass. soc. 25 octobre 1990, n° 89-43163, Cabinet fiduciaire de Basse-Normandie.

(147) Cass. soc. 26 janv. 1994, n° 92-42852, SA ACBI Intérim.

rien employeur⁽¹⁴⁸⁾. Si cette solution se comprend aisément lorsque les salariés cherchent effectivement à détourner la clientèle de leur ancien employeur, elle semble toutefois moins se justifier lorsque les salariés se contentent seulement de répondre aux sollicitations des clients. En effet, en dehors de tout acte de concurrence déloyale, les salariés devraient pouvoir retrouver leur liberté de travailler et les consommateurs, celle de choisir le produit ou le service qu'ils souhaitent.

D – Respect de la clause pendant une certaine période

Il importe peu que l'activité concurrente exercée par le salarié ait été limitée dans le temps. En effet, un salarié, lié par une clause de non-concurrence d'une durée de deux ans, qui a repris un emploi concurrent pendant quatre mois seulement, puis a été licencié par son nouvel employeur, ne peut plus prétendre, même pour l'avenir, au bénéfice de l'indemnité convenue, contrepartie d'une obligation à laquelle il s'était soustrait⁽¹⁴⁹⁾.

Toutefois, si le salarié a respecté pendant une certaine durée son obligation de non-concurrence, il peut prétendre au paiement de l'indemnité de non-concurrence pour la période pendant laquelle il a respecté la clause.

En effet, dans une affaire où un VRP avait été licencié le 4 octobre 1996, la Cour de cassation a estimé que son employeur devait lui verser le montant de l'indemnité pour la période du 4 octobre 1996 au 15 janvier 1997, date à laquelle le salarié avait cessé de respecter son obligation⁽¹⁵⁰⁾. En outre, l'employeur s'expose au paiement de dommages-intérêts car le salarié a subi un préjudice du fait du non-paiement de la contrepartie pécuniaire.

Par ailleurs, il revient à l'employeur de prouver que le salarié a commis des

actes de concurrence concrets. Le seul fait pour un salarié d'avoir sollicité un emploi similaire auprès d'une société ne caractérise pas, à lui seul, la violation de la clause de non-concurrence figurant dans son contrat de travail⁽¹⁵¹⁾. L'exécution par le salarié de courte période de formation ne constitue pas non plus un acte de concurrence⁽¹⁵²⁾. De même, le fait pour un salarié d'être devenu actionnaire minoritaire d'une société concurrente ne constitue pas une infraction à la clause de non-concurrence susceptible de le priver du bénéfice de l'indemnité compensatrice⁽¹⁵³⁾.

Il arrive que l'acte de concurrence soit flagrant. Il en est ainsi lorsque le salarié, après avoir quitté son précédent employeur est entré, malgré la clause, dans le mois qui a suivi, avec une qualification pratiquement identique, au service d'une entreprise située dans le même département et déployant des activités similaires⁽¹⁵⁴⁾. Mais parfois, la frontière est plus floue.

E – Validité d'une clause pénale

On appelle clause pénale, la clause d'un contrat qui, conformément à l'article 1152 du Code civil fixe à l'avance le montant des dommages-intérêts qui seront dus par celui qui n'exécutera pas son obligation. La clause pénale, opposable au salarié et qui correspond parfois à des sommes importantes, est applicable dès lors qu'elle ne prive pas le salarié de son droit de mettre fin à son contrat de travail par sa seule volonté⁽¹⁵⁵⁾ et qu'elle ne constitue pas une amende ou une sanction pécuniaire⁽¹⁵⁶⁾.

Les juges du fond ont la faculté de modérer ou d'augmenter le montant prévu par la clause pénale, notamment si celle-ci est dérisoire. Par exemple, une indemnité forfaitaire égale à un

mois du dernier salaire d'un assistant comptable est un montant manifestement dérisoire par rapport au préjudice causé à l'employeur⁽¹⁵⁷⁾.

Sont considérées comme des clauses valables:

— la clause de «respect de la clientèle» figurant dans le contrat de travail d'un expert-comptable qui prévoit que sa violation entraînera, à titre de clause pénale, le paiement d'une somme qui ne peut être inférieure à deux fois le montant des derniers honoraires annuels facturés par la société aux clients qui l'ont quitté. Usant de leur pouvoir souverain d'appréciation, les juges du fond qui relèvent que l'expert a, après avoir démissionné, détourné une partie du personnel et de la clientèle de la société, ont jugé que cette somme minimale (en l'espèce 678678 francs) n'était pas manifestement excessive⁽¹⁵⁸⁾;

— la clause prévoyant qu'en cas de violation de celle-ci, le salarié devra verser des dommages-intérêts équivalents au préjudice subi et au moins égaux à la rémunération brute totale acquise par le salarié au cours de ses deux dernières années d'activité⁽¹⁵⁹⁾;

— la clause prévoyant une pénalité égale à la rémunération des douze derniers mois⁽¹⁶⁰⁾;

— la clause prévoyant un dédommagement forfaitaire et définitif de «250000 francs»⁽¹⁶¹⁾;

— la clause égale à la totalité de la rémunération acquise par le salarié pendant ses vingt-quatre mois d'activité, bien que le préjudice de l'employeur soit nettement inférieur⁽¹⁶²⁾.

Lorsque l'employeur demande l'exécution de la clause pénale, il ne peut pas demander l'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence en raison de la règle de non-cumul prévue par l'article 1229 du Code civil.

(157) Cass. soc. 5 juin 1996, n° 92-42298.

(158) Cass. soc. 18 juil. 1995, n° 92-41066, SA Sofinarex.

(159) Cass. soc. 19 juin 1991, n° 87-42262, Sofinarex.

(160) Cass. soc. 24 mai 1978, n° 77-40126, Sté Fidex.

(161) Cass. soc. 22 juin 1994, Sté Gallacolor.

(162) Cass. soc. 13 déc. 2000, Sté fiduciaire de France.

(148) Cass. com. 9 fév. 1999, n° 96-15834.

Sté Fiducia, confirmé par Cass. soc.

9 oct. 2002, n° 00-45540, SA Cie Chambérienne de comptabilité.

(149) Cass. soc. 22 mai 1984, n° 81-42915, SA Hilti-France.

(150) Cass. soc. 25 fév. 2003, n° 00-46263.

Sté MolySlip SA.

(151) Cass. soc. 12 mai 2004, n° 02-40490.

(152) Cass. soc. 18 déc. 2001, n° 99-46065.

Sté Roadis.

(153) Cass. soc. 6 déc. 1994, n° 91-42687.

Sté Johnson française.

(154) Cass. soc. 4 déc. 1990, n° 89-12834.

Sté Kristal et autres.

(155) Cass. soc. 19 oct. 1960, Cie Générale du froid, bull. p 680, n° 886.

(156) Art. L. 1131-2 du Code du travail.

► Responsabilité du nouvel employeur

Si le salarié ne prévient pas son nouvel employeur qu'il est lié par une clause de non-concurrence, le nouvel employeur est fondé à le licencier immédiatement sans préavis ni indemnité⁽¹⁾. Mais si le nouvel employeur emploie sciemment un salarié en violation d'une clause de non-concurrence, il commet une faute⁽²⁾, sans qu'il soit besoin d'établir à son encontre l'existence de manœuvres dilatoires et la similitude des clientèles⁽³⁾. Tel est le cas d'un employeur qui avait conservé à son service un salarié lié par une clause de non-concurrence, en ne tenant aucun compte de la mise en demeure effectuée par le précédent employeur ni des lettres de rappel qui lui avaient été ensuite adressées⁽⁴⁾. Cet acte de concurrence déloyale cause nécessairement un préjudice à l'ancien employeur⁽⁵⁾ et le nouvel employeur peut être condamné solidairement au paiement de dommages-intérêts⁽⁶⁾. Toutefois, il n'est pas indispensable de prouver que l'employeur connaissait l'interdiction contractuelle qui pesait sur le salarié. Dans certaines circonstances, les juges considèrent que l'employeur aurait dû vérifier que le salarié n'était pas lié par une clause de non-concurrence. Ainsi, le fait que le salarié, tenu par une clause de non-concurrence, venait d'une entreprise « exerçant une activité exactement concurrentielle » de celle de l'employeur et qu'il avait une expérience professionnelle confirmée aurait dû inciter le nouvel employeur à davantage de précaution⁽⁷⁾. Le juge des référés peut ordonner, sous astreinte, au nouvel employeur de licencier le salarié⁽⁸⁾. Cependant, le juge des référés n'a pas le pouvoir d'ordonner la résiliation judiciaire du contrat de travail⁽⁹⁾.

(1) Cass. soc. 23 mars 1997, Sté Jacques Bohier.

(2) Cass. com. 5 fév. 1991, n° 88-18400, Sté Socam.

(3) Cass. com. 22 fév. 2000, n° 97-18728.

(4) Cass. com. 19 oct. 1983, n° 82-12619.

(5) Cass. com. 9 oct. 2001, n° 99-16512, Sté Somatec.

(6) Cass. soc. 14 mars 1995, n° 91-45281, Sté Onet.

(7) Cass. com. 11 juil. 2000, n° 95-21888, Sté Expansion française papeterie.

(8) Cass. com. 26 oct. 1993, n° 91-21044, Sté TML.

(9) Cass. soc. 13 mai 2003, n° 01-17-42, SARL Valotte pneus.

ISSN 0222-4194

Le DROIT OUVRIER

AVRIL 2013
Nouvelle série n° 777 - 9€

DROIT DU TRAVAIL - PRUD'HOMIE - SÉCURITÉ SOCIALE

DOCTRINE

Hervé Guichaoua : La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat.

Mireille Poirier : À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : «sécurisation de l'emploi» ou «sécurisation des décisions patronales»?

Mireille Poirier : Négociation collective : arrêter le massacre.

Deuxième partie : La négociation collective, vecteur d'altérations en droit du travail.

JURISPRUDENCE

Voir notamment

— Coemploi : la triple confusion caractérisée entre sociétés «sœurs».

Conseil de prud'hommes de Paris (Incl. – Dép.) 25 octobre 2012. Note Pierre-François Legrand (p. 270).

— La lettre d'observation de l'inspection du travail à une entreprise constitue un document communicable aux salariés.

Commission d'accès aux documents administratifs, Avis du 10 janvier 2013. Note Jacques Dechoz et Lydia Saouli (p. 276).

— Le périmètre de désignation des délégués syndicaux, influence des accords collectifs et contrôle du juge sur les conditions d'existence d'un établissement adéquat. Cour de cassation (ch. soc.) 14 novembre 2012 (deux esp.). Note Pascal Rennes (p. 282).

— Droit à la preuve et mesures d'instruction.

Cour de cassation (ch. soc.) 19 décembre 2012; Cour d'appel de Paris (P. 1 – ch. 3) 4 septembre 2012. Note Sylvie Mazardo et Paul Riandey (p. 287).

CHRONIQUES JURISPRUDENTIELLES

Procédure prud'homale, par Daniel Boulmier.



REVUE JURIDIQUE DE LA CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL

263, RUE DE PARIS, 93516 MONTEUIL CEDEX - www.cgt.fr

Commande accompagnée du règlement à «Droit Ouvrier» à l'adresse ci-dessus. CCP: 11779.49 D PARIS.

<http://sites.google.com/site/droitouvrier>

Abonnement : 102 euros (82 euros pour les adhérents CGT)

Une documentation juridique mensuelle
pour mieux connaître vos droits

abonnez-vous

RPDS

Revue Pratique de Droit Social

Abonnez-vous
et commandez
nos anciens numéros
sur notre site internet
www.nvo.fr

www.nvo.fr

le site Internet de la Vie Ouvrière

CE – Abonnez tous les élus dans le cadre de la subvention de fonctionnement de 0,2%

(Art. L. 2325-43 du Code du travail et circ. min. du 6 mai 1983 et du 9 avril 1987).

Je m'abonne à la RPDS 79 € pour un an*

Offre valable jusqu'au 31 décembre 2013

(Écrire en lettres capitales, merci) M. __ Mme __ Mlle __

NOM et prénom ou raison sociale

N° appartement – Étage – Escalier

N° Rue – Avenue – Voie

Code postal Ville

Téléphone

Courriel

* Payable par chèque à l'ordre de la Vie Ouvrière : par prélèvement automatique annuel : 79 €

Service abonnements Nouvelle SA LA VIE OUVRIÈRE, 263, rue de Paris, case 600, 93516 Montreuil Cedex

Important : dater et signer simplement l'autorisation de prélèvement et joignez votre RB obligatoirement.

Autorisation de prélèvement

J'autorise l'établissement teneur de mon compte à prélever sur ce dernier, si la situation le permet, tous les prélèvements ordonnés par le créancier désigné ci-contre. En cas de litige sur un prélèvement, je pourrai en faire suspendre l'exécution par simple demande à l'établissement teneur de mon compte. Je réglerai le différend directement avec le créancier.

TITULAIRE DU COMPTE

NOM Prénom

Adresse

Code postal Ville

Désignation du compte à débiter

ÉTABL.	CODE GUICHET	N° DE COMPTE	CLÉ RIB
--------	--------------	--------------	---------

Date Signature

CRÉANCIER La Vie Ouvrière 263, rue de Paris, case 600, 93516 Montreuil Cedex

Numéro d'émetteur : 107859

ÉTABLISSEMENT TENEUR DU COMPTE

NOM

Adresse

Code postal Ville

NOS NUMÉROS

ET DOSSIERS SPÉCIAUX

- Jurisprudence de droit social 2011-2012 n° 813
- Le CHSCT n° 809-810
- Faire face au licenciement pour motif personnel n° 806
- Jurisprudence de droit social 2010-2011 n° 801
- Aspects de droit du travail en schémas et tableaux n° 800
- La lutte contre les discriminations n° 797-798
- La pension vieillesse des salariés après la loi du 9 novembre 2010 n° 796
- La transaction n° 793
- La question prioritaire de constitutionnalité n° 792
- Nouvelles technologies dans l'entreprise n° 791
- Le repos dominical n° 790
- Jurisprudence de droit social 2009-2010 n° 789
- La formation professionnelle des salariés n° 785-786
- Harcèlement et droit social n° 782
- La modification du contrat de travail n° 781 et n° 783
- L'épargne salariale n° 780



Les risques psychosociaux devant les tribunaux

Par Pierre Ménétrier, Laurent Milet et Estelle Suire

Stress, harcèlement moral, etc., les risques psychosociaux sont devenus un nouveau fléau dans certaines entreprises bien souvent en raison de pratiques managériales dégradant la santé des salariés au travail. Les tribunaux amenés à se prononcer condamnent de plus en plus les employeurs fautifs.

L'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour la protection de la sécurité et de la santé physique et mentale de ses salariés. Selon une jurisprudence désormais bien établie, cette obligation générale de sécurité s'analyse en une obligation de résultat⁽¹⁾. Elle implique notamment la nécessité pour l'employeur de prendre la conscience des risques psychosociaux dans l'entreprise. Et en la matière, les contentieux sont de plus en plus nombreux aussi bien en droit du travail qu'en droit de la sécurité sociale. En voici quelques exemples où les salariés ont agi et gagné en justice pour obtenir réparation de l'atteinte portée à leur état de santé.

Stress et faute inexcusable de l'employeur

La faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle permet à la victime (ou à ses ayants droit) d'obtenir une majoration de la rente qu'elle ou ils percevoient⁽²⁾. Cette majoration doit atteindre la totalité du salaire ou de la fraction du salaire correspondant à son incapacité. Elle ne peut être minorée que dans l'hypothèse où la victime a elle-même commis une faute inexcusable, laquelle est rarissime.

La victime peut en outre obtenir, en application de l'article L. 452-3 du Code de Sécurité sociale, la réparation de préjudices supplé-

mentaires causés par la douleur physique et morale, préjudice esthétique et d'agrément et préjudice résultant de la perte ou de la diminution des possibilités de promotion professionnelle⁽³⁾. Et depuis la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010⁽⁴⁾, elle peut demander à l'employeur la réparation d'autres chefs de préjudice que ceux énumérés par l'article L. 452-3 tels que les frais d'aménagement d'un logement et d'adaptation d'un véhicule au handicap⁽⁵⁾. Toutefois, ces préjudices ne doivent pas être déjà préparés par la législation des accidents du travail comme notamment le déficit fonctionnel permanent qui serait déjà indemnisé par la rente d'incapacité permanente partielle attribuée à la victime et sa majoration pour faute inexcusable⁽⁶⁾.

Dès lors que l'employeur a manqué à son obligation de sécurité de résultat, sa faute inexcusable est aujourd'hui caractérisée dès lors qu'il avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver⁽⁷⁾.

S'il veut éviter une condamnation pour faute inexcusable, l'employeur doit donc prendre les mesures nécessaires pour la protection

de la sécurité et de la santé physique et mentale de ses salariés, y compris les risques psychosociaux.

Dans une affaire récente, un rédacteur en chef avait été victime d'un infarctus du myocarde, dont le caractère professionnel avait été reconnu par la Sécurité sociale. Afin d'obtenir une indemnisation complémentaire, il intente une action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur.

Conformément à la jurisprudence qui exige que le salarié apporte la preuve que l'employeur, qui avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver⁽⁸⁾, le salarié invoque une surcharge de travail provoquée par une politique de réduction des coûts menée depuis plusieurs années par la direction.

La Cour de cassation approuve cet argument⁽⁹⁾. Elle relève en effet que l'accroissement du travail du salarié est patent sur les années précédant son accident, cette politique de surcharge, de pressions, et d'objectifs inatteignables a généré un stress. Or, selon les juges, l'employeur ne peut ignorer ou s'affranchir des données médicales afférentes au stress au travail et ses conséquences pour les salariés qui en sont victimes. En conséquence, l'employeur n'a pas utilement pris la mesure des conséquences de son objectif de réduction des coûts en terme de facteurs de risque pour la

(1) Cass. soc. 28 février 2002, n° 00-10051, RPDs 2002, n° 683, p. 91, comm. L. Milet; Cass. ass. plén. 24 juin 2005, n° 03-30038.

(2) Art. L. 452-1 et suiv. du Code de Séc. soc.

(3) Art. L. 452-3 du Code de Séc. soc.

(4) Décembre n° 2010-8, voir RPDs 2010, n° 784, p. 255

(5) Cass. civ. 2^e ch., 30 juin 2011, n° 10-19475, RPDs 2011, n° 796, somm. n° 113.

(6) Cass. civ. 2^e ch., 4 avril 2012, n° 11-14311, 11-18014 et 11-15393, RPDs 2012, n° 807, somm. n° 087.

(7) Cass. soc. 28 février 2002, n° 00-10051, précité note 1.

(8) Cass. civ. 2^e ch., 8 juillet 2004, n° 02-30984.

(9) Cass. civ. 2^e ch., 8 novembre 2012, n° 11-23855, Sté Sédih.

santé de ses employés. Dès lors, les conditions de mise en œuvre de la faute inexcusable étaient remplies.

Pour établir qu'il ne pouvait avoir conscience du danger, l'employeur invoquait notamment l'absence de réaction de la victime, qui ne s'était jamais plainte, et les nombreux avis d'aptitude à son activité professionnelle délivrés par le médecin du travail dans le cadre des visites médicales obligatoires. La Cour de cassation rejette cette argumentation: la position hiérarchique de l'intéressé le mettait dans une position délicate pour s'opposer à la politique de la direction et l'absence de réaction ne peut, selon elle, valoir quitus de l'attitude des dirigeants de l'entreprise.

Harcèlement moral et rupture du contrat

Le harcèlement moral fait son apparition dans le contentieux de la rupture par le salarié de son contrat de travail. Une tendance se dessine: la rupture produit les effets d'un licenciement nul, hormis en cas de rupture conventionnelle.

* Rupture conventionnelle

Une grande partie du contentieux actuel en matière de rupture conventionnelle repose sur l'absence de consentement du salarié. Invoquant le Code civil, les ruptures conventionnelles peuvent ainsi être annulées pour dol, erreur ou violence. Une première, la Cour de cassation a récemment décidé (*) d'annuler une rupture conventionnelle car au moment de sa signature, le salarié était dans une situation de violence morale du fait du harcèlement moral constaté. Il est toutefois regrettable que les effets de l'annulation soient ceux du licenciement sans cause réelle et sérieuse, et non ceux de la nullité du licenciement lui-même tel que le prévoient les articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du Code du travail relatifs à la discrimination et au harcèlement moral.

(10) Cass. soc. 30 janvier 2013, n° 11-22332, Sté Copie Pro.

* Résiliation judiciaire

Elle permet au salarié de demander en justice la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur. Le salarié reste dans l'entreprise alors que l'instance est en cours. Cette démarche, à approuver, présente le risque que le salarié ait à subir des pressions de la part de son employeur. Ce risque augmente lorsque la demande de résiliation est motivée par le harcèlement moral subi par le salarié. Si les manquements de l'employeur sont avérés, la résiliation judiciaire produit en principe les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais, lorsque la résiliation résulte de faits de harcèlement, la Cour de cassation sanctionne plus fortement l'employeur: la résiliation produit alors les effets d'un licenciement nul (**).

* Prise d'acte et harcèlement moral

Elle permet au salarié de quitter son emploi en raison de méfaits commis par son employeur. Le salarié ne se trouve plus dans l'entreprise au jour de l'instance. À notre connaissance, la prise d'acte de la rupture du contrat en raison d'un harcèlement, n'a fait l'objet d'aucun litige soumis à la Cour de cassation. Mais cela ne saurait tarder. En effet, reprenant la

(11) Cass. soc. 20 fév. 2013, n° 11-26560, Sté AEP Sainte-Marie de Saint-Sernin.

position de la Cour de cassation en matière de rupture conventionnelle et de résiliation judiciaire, le juge départiteur du conseil des prud'hommes de Grasse (12) a rendu un jugement retentissant. Outre sa médiatisation, il est rendu à l'encontre d'IBM, entreprise au sein de laquelle cinq salariés se sont donné la mort récemment (13). Décidant de délocaliser une partie de son secteur, IBM notifie à ses salariés des mutations à 1000 km de leur domicile. Une salariée, soutenue par la CGT, prend acte de la rupture de son contrat aux torts de l'employeur. Elle saisit les prud'hommes, avec en mains une expertise de la médecine du travail et un compte rendu du CHSCT. Selon ces analyses, il existe un lien direct entre la réorganisation et les conditions de santé dégradées des salariés, et doit être dénoncé un mode de gestion brutal du personnel provoquant un choc psychologique chez les salariés. Pour le juge départiteur, l'employeur a commis un acte de harcèlement moral en laissant perdurer une situation de pression anormale dégradant les conditions de travail de la salariée. Ainsi, la prise d'acte de la rupture du contrat doit avoir les effets d'un licenciement nul et non pas seulement sans cause réelle et sérieuse.

(12) CPH Grasse, 9 novembre 2012, Sté IBM.

(13) Voir P. Jérôme, L'Humanité du 4 mars 2013, p. 8.

➔ Dénoncer des faits de harcèlements: nullité du licenciement

Certaines méthodes de gestion patronale sont constitutives de faits de harcèlement moral, et l'initiative d'un salarié visant à dénoncer de tels faits, même non établis, ne peut justifier un licenciement sous peine de nullité. Ainsi, la cour d'appel de Grenoble a confirmé un jugement du conseil des prud'hommes (CPH) qui a déclaré nul le licenciement pour faute grave d'une salariée en prononçant sa réintégration dans un délai d'un mois sous astreinte de 100 euros par jour de retard (1). Les juges ont condamné

(1) Appel Grenoble, ch. soc., 21 fév. 2013, n° 12/02841, société Alpeexo.

l'employeur à verser 150 000 euros d'indemnités à la salariée pour indemniser son licenciement nul, à partir des dispositions des articles L. 1152-1 et suivants du Code du travail, des arguments développés par l'intéressée, la Médecine du travail, les témoignages de collègues ainsi que des PV de l'inspection du travail. Tous relèvent ainsi de nombreux problèmes liés à «un mode de gestion du personnel brutal» alors que la direction de l'entreprise préférerait nier tout en bloc. Neuf anciens salariés poursuivent actuellement une procédure pénale engagée par le parquet contre l'ancien directeur (qui a, depuis, démissionné) et la société Alpeexo. ...

Le droit à formation des représentants du personnel

Par Pierre Ménétrier

→ Sachez-le vite

Plusieurs types de congé formation existent sur le plan social ou économique, qui peuvent encourager ou renforcer l'activité syndicale dans l'entreprise. Mais la plupart sont strictement limités ou réservés à des personnes titulaires d'un mandat ou de responsabilités particulières. Les représentants du personnel peuvent ainsi bénéficier d'un congé de formation, qui s'exerce dans le respect des conditions prévues par la loi et doit leur permettre d'assumer au mieux leur mandat. Les membres du comité d'entreprise (CE), ainsi que ceux du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), bénéficient d'un droit spécifique.

Cette formation se distingue du congé formation économique, sociale et syndicale auquel peut prétendre tout salarié de l'entreprise.

La loi prévoit des congés particuliers afin que les personnes qui souhaitent exercer des responsabilités militantes puissent mieux intervenir dans la vie de l'entreprise (se former à l'exercice de leur mission).

C'est le cas du congé de formation économique, sociale et syndicale qui est théoriquement largement ouvert à tous, mais qui reste très peu utilisé car des freins objectifs limitent sa mise en pratique. Des congés spécifiques, pour l'exercice de mandats particuliers, concourent également à la mise en œuvre d'un véritable droit à la formation pour les militants concernés. Chacun de ces congés prévoit des règles spécifiques quant à ses bénéficiaires, les demandes à formuler (et la réponse de l'employeur), ainsi que celles relatives à la durée ou au financement de la formation considérée, et les conditions de rémunération des salariés concernés. Des améliorations restent nécessaires et peuvent être négociées localement.

La liste des centres ou instituts habilités à dispenser ces formations reste fixée tous les ans par arrêté du ministre du Travail (1). Pour l'ensemble de ces formations, la demande d'autorisation d'absence doit être formulée par le représentant du personnel, en général, 30 jours avant le début de la formation, et l'employeur n'aura pas ou peu de possibilité de refuser cette demande, sauf circonstances exceptionnelles.

(1) Arrêté du 20 décembre 2012 reproduit en annexe 1 page 139.

PLAN

1. Le congé de formation économique, sociale et syndicale

- A - Bénéficiaires (138)
- B - Durée (138)
- C - Demande (139)
- D - Financement (139)

2. Le droit à formation des élus et mandatés

- A - Élus du comité d'entreprise (140)
- B - Délégués du personnel (141)
- C - Membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (141)
- D - Autres mandats extérieurs à l'entreprise (141)

Modèle de lettre

- Demande de congé de formation économique, sociale et syndicale (141)

Tableau

- Congé de formation économique, sociale et syndicale : nombre de jours de congé disponibles dans l'entreprise ou l'établissement chaque année (140)

Annexes

- Arrêté du 7 mars 1986 (Droit à jours de congés de formation économique sociale et syndicale : nombre et conditions) (138)
 - Arrêté du 20 décembre 2012 fixant la liste des organismes dont les stages ou sessions sont consacrés à la formation économique, sociale et syndicale (139)

► Annexe 1

Droit à jours de congés de formation économique sociale et syndicale : nombre et conditions

Arrêté du 7 mars 1996 pris pour l'application des articles du code du travail accordant un congé de formation aux représentants du personnel désignés dans les CHSCT, aux membres titulaires du CE, et ceux accordant des congés de formation économique, sociale et syndicale (FESS) aux salariés :

Art. 1^{er}. Le nombre maximum de jours de congés susceptibles d'être pris par établissement au cours d'une année civile au titre des formations prévues par les articles L. 236-10 (devenu L. 4614-14), L. 434-10 (devenu L. 2325-44) et L. 451-1 (devenu L. 3142-7) du Code du travail est fixé comme suit :

- établissements de 1 à 24 salariés : 12 jours ;
- de 25 à 499 salariés : 12 jours par tranche ou fraction de tranche supplémentaire de 25 salariés ;
- de 500 à 999 salariés : 12 jours par tranche ou fraction de tranche supplémentaire de 50 salariés ;
- de 1000 à 4999 salariés : 12 jours par tranche ou fraction de tranche supplémentaire de 100 salariés ;
- de plus de 4999 salariés : 12 jours de plus par tranche ou fraction de tranche supplémentaire de 200 salariés.

Dans les établissements de 1 à 24 salariés, le nombre maximum de jours de congés est porté à dix-huit jours pour les animateurs et les salariés appelés à exercer des responsabilités syndicales.

Art. 2. Dans les établissements comprenant plus de 49 salariés, le total des jours de congés pris au titre de l'article L. 451-1 (devenu L. 2145-1 et L. 3142-9) du Code du travail par les animateurs et par les salariés appelés à exercer des responsabilités syndicales ne peut excéder 50% de l'ensemble des jours de congés de formation économique, sociale et syndicale.

Art. 3. Dans le cas où plusieurs salariés demandent un congé de formation économique, sociale et syndicale, la satisfaction accordée à certaines demandes peut être différée :

- dans les établissements de plus de 99 salariés lorsque le pourcentage de salariés simultanément absents au titre de ce congé atteint 2% ;
- dans les établissements de 25 à 99 salariés lorsque le nombre de salariés simultanément absents au titre de ce congé atteint 2% (il faudrait lire « deux ») ;
- dans les établissements de moins de 25 sa-

1 Le congé de formation économique, sociale et syndicale

Ce congé prévu aux articles L. 3142-7 et suivants du Code du travail permet à tout salarié (ou à un chômeur) qui le désire de participer à des stages ou sessions de formation économique et sociale ou de formation syndicale (CFESS). À l'origine, il s'agissait du congé d'éducation ouvrière institué par la loi du 23 juillet 1957, lequel a été remanié par une loi datant de 1985 (1), puis complété en 1998 afin de pouvoir concerner également les chômeurs (2).

Les formations dispensées peuvent être constituées aussi bien d'interventions à caractère économique, juridique, historique, par exemple, que d'actions de formation syndicale. Elles peuvent se traduire par le suivi d'enseignements mais également par des activités de recherche, en lien avec l'université notamment.

A - Bénéficiaires

Ce congé de formation syndicale est ouvert à tous les salariés (adhérents ou non à un syndicat), y compris les apprentis. Aucune condition d'ancienneté n'est nécessaire pour en bénéficier. Les demandeurs d'emploi peuvent également participer aux stages de formation.

B - Durée

Chacun peut prétendre à un ou plusieurs congés, dont la durée totale ne peut excéder 12 jours par an et par salarié. Pour les animateurs des stages et sessions, cette durée totale maximale est portée à 18 jours. La durée de chaque congé ne peut être inférieure à 2 jours.

C - Demande

Pour faire sa demande, le salarié s'adresse à l'employeur en l'informant

de sa volonté de bénéficier de ce congé au moins 30 jours avant le début du congé de formation économique et sociale et de formation syndicale (voir modèle de lettre p. 141). Il doit préciser la date et la durée de l'absence sollicitée ainsi que le nom de l'organisme responsable du stage ou de la session. Le bénéfice de ce congé est de droit. Il doit s'assurer que sa demande a bien été reçue, soit par un récépissé de son dépôt, soit en l'envoyant par lettre recommandée avec accusé de réception.

L'employeur ne peut s'opposer au départ du salarié que s'il estime que cette absence pourrait avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise (après avis conforme du comité d'entreprise ou, s'il n'en existe pas, des délégués du personnel). Le refus de l'employeur doit être motivé et notifié au salarié dans un délai de 8 jours à compter de la réception de sa demande. Passé ce délai, le refus n'est plus possible. En cas de litiges, le salarié peut saisir le conseil des prud'hommes statuant en référé.

D - Financement

Dans les faits, ce congé n'est pas rémunéré ou presque. Son financement est pourtant prévu par la loi, dans les entreprises d'au moins 10 salariés, où une somme équivalant à 0,008% du montant des salaires payés pendant l'année en cours doit être prélevée. Les conditions de répartition de cette somme entre chaque bénéficiaire du congé sont fixées par accord collectif. Mais la valeur légale fixe globalement à ce montant reste ridicule.

Exemple : Prenons une entreprise de 100 salariés avec une masse salariale annuelle de 2 millions euros. La contribution prévue (0,008%) représente à peine 160 euros, ce qui correspond à environ 2 jours de salaire pour un seul ouvrier ou employé percevant 1600 euros par mois... Alors que, en théorie, chaque salarié a droit à 12 jours de congé-formation par an...

(1) Loi n° 85-1409 du 30 décembre 1985 relative au congé de formation économique, sociale et syndicale.

(2) Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions.

En pratique, ce congé peut seulement permettre à certains militants de participer à des stages ou sessions de formation économique, sociale ou syndicale, en aidant (par exemple) à la formation des responsables syndicaux pour améliorer les conditions pratiques de la négociation dans l'entreprise. Mais à la condition que ce droit (ouvert à tous) reste très peu utilisé (par exemple un seul stage par an et pour un seul salarié dans une entreprise qui en compte au moins 500).

Il faut toutefois noter que les congés pris à ce titre par les membres du comité d'entreprise (CE) (*) ou du CHSCT (†) doivent être intégralement pris en charge par l'employeur, et donc ne pas être décomptés au travers du 0,08 pour mille.

Rien n'empêche un accord négocié ou des dispositions conventionnelles permettant une meilleure indemnisation des salariés en formation, y compris pour la prise en charge des frais pédagogiques qui en découlent.

À défaut, le maintien des rémunérations par l'employeur n'étant que très partiel, un revenu complémentaire peut aussi être prévu par les organisations syndicales auprès des stagiaires concernés.

Quant aux comités d'entreprise, s'ils ne peuvent pas mobiliser la subvention de fonctionnement de 0,2% pour payer les compléments de salaire et les frais de stage de formation dès lors qu'il s'agit de formations de nature exclusivement syndicale (‡), celles-ci peuvent néanmoins donner lieu à une bourse de congé-éducation au titre des activités sociales et culturelles (¶). Le comité d'entreprise doit seulement veiller à ne pas créer de discrimination. En effet, le bénéfice, au titre des activités sociales et culturelles, d'un complément de rémunération du congé de formation éco-

nomique sociale et syndicale ne peut dépendre de l'appartenance syndicale des salariés (*).

Il appartient dès lors à l'employeur de fournir aux salariés concernés les attestations nécessaires pour leur permettre de recevoir un revenu complémentaire. Par contre, le fait d'accorder le stage n'impose pas à l'employeur de maintenir le salaire intégral des salariés concernés, et rien n'oblige l'entreprise à s'apercevoir du dépassement du budget de 0,008% avant l'acceptation officielle du congé (*).

L'employeur qui a versé au salarié pendant les stages de formation syndicale la rémunération due dans les limites prévues par la loi n'est pas tenu de compenser, pour le surplus, la perte de rémunération qu'il subit.

Il n'a pas dès lors à prendre en compte, dans l'assiette de calcul du 13^e mois et de l'indemnité de congés payés, les compléments de rémunération versés par le comité d'entreprise et l'organisation syndicale (†).

Avec la question de la garantie réelle du salaire, celle du nombre de droits ouverts par établissement et des conditions actuelles d'utilisation est un vaste champ revendicatif dans une société marquée par le développement constant des PME (voir tableau ci-après).

L'organisme chargé des stages ou sessions délivre au salarié une attestation constatant la fréquentation effective de celui-ci. Cette attestation est remise à l'employeur au moment de la reprise du travail (**).

D'autre part, pour les demandeurs d'emploi, l'allocation dont ils béné-

ficièrent, lorsqu'un salarié est absent au titre de ce congé.

Les demandes à satisfaire en priorité sont celles ayant déjà fait l'objet d'un report.

Exemple : pour une entreprise de 540 salariés le nombre total de jours FEES est :

- 12 jours pour la tranche de 1 à 24 ;
 - 19 × 12 soit 228 jours pour la tranche de 25 à 499 ;
 - 1 × 12 soit 12 jours pour la fraction de tranche de 500 à 540.
- Total = 252 jours de FEES disponibles pour l'année considérée.

Et le seul d'agents simultanément absents ne doit pas dépasser 10 salariés (soit 2%)

➔ Annexe 2

Arrêté du 20 décembre 2012 fixant la liste des organismes dont les stages ou sessions sont consacrés à la formation économique, sociale et syndicale

Le ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du dialogue social, Vu le Code du travail, notamment ses articles L. 3142-7 et suivants, accordant aux salariés des congés de formation économique, sociale et syndicale, L. 2325-44, prévoyant une formation économique des membres titulaires du comité d'entreprise, et L. 4614-14 et suivants, prévoyant une formation des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ;

Vu l'avis de la commission prévue à l'article R. 3142-2 du Code du travail, recueilli lors de sa réunion du 11 décembre 2012,

Arrête :

Article 1 : La liste des organismes dont les stages ou sessions de formation consacrés à la formation économique, sociale et syndicale ouvrent droit aux congés institués, d'une part, par les articles L. 3142-7 et suivants du Code du travail, d'autre part, par les articles L. 2325-44 et L. 4614-14 et suivants du Code du travail est fixée comme suit :

I. Centres de formation des organisations syndicales de travailleurs reconnues représentatives sur le plan national

- **CGT :** centre de formation dénommé La formation syndicale CGT, 263, rue de Paris, 93516 Montreuil Cedex.
- **CFDT :** institut confédéral d'études et de formation syndicale de la Confédération française démocratique du travail, 4, boulevard de la Vilette, 75065 Paris Cedex 19.
- **CGT-FO :** centre de formation de militants syndicalistes de la Confédération générale du travail-Force ouvrière, 141, avenue du Maine, 75680 Paris Cedex 14.

(3) Art. L. 2325-44 du Code du travail.

(4) Art. L. 4614-14 du Code du travail.

(5) Cass. soc. 27 mars 2012, n° 11-10825, CE de La Fontaine Ardennaise / Sté La Fontaine ardennaise, Dr. ouv. 2012, p. 785, et l'article de L. Millet, « L'indépendance de gestion des comités d'entreprises : entre liberté réaffirmée et nécessité de transparence financière », p. 774.

(6) Cass. soc. 20 mai 1965, n° 63-13144.

(7) Cass. soc. 16 avril 2008, n° 06-44839,

ROF 2008.467, obs. F. Signorello : dans

cette affaire, le CE avait institué un

dispositif d'indemnisation des congés

de formation syndicale en attribuant

à chaque organisation syndicale une

ligne budgétaire calculée au prorata de

sa représentativité dans le groupe. L'in-

demnisation variait donc en fonction de

l'appartenance syndicale des salariés.

Cette mesure est discriminatoire.

(8) Cass. soc. 4 décembre 1991,

n° 88-44889.

(9) Cass. soc. 8 juillet 1992, n° 89-42563.

(10) Art. R. 3142-5 du Code du travail.

• CFTC: institut syndical de formation de la Confédération française des travailleurs chrétiens (ISF-CFTC), 128, avenue Jean-Jaurès, 93697 Pantin Cedex.

• CFE-CGC: centre de formation syndicale de la Confédération française de l'encadrement-CGC, 59-63, rue du Rocher, 75008 Paris.

II. Instituts spécialisés

• Institut du travail de l'université de Strasbourg, 39, avenue de la Forêt-Noire, 67000 Strasbourg.

• Institut des sciences sociales du travail de l'université Paris-I-Panthéon-Sorbonne, 16 bd Carnot, 92340 Bourg-la-Reine.

• Institut d'études sociales de l'UFRR-ESE de l'université Pierre-Mendès-France Grenoble-II, BP 47, 38040 Grenoble Cedex 9.

• Institut régional du travail de l'université d'Aix-Marseille, 12, traverse Saint-Pierre, 13100 Aix-en-Provence.

• Institut de formation syndicale de l'université Lumière-Lyon-II (IFS), 86, rue Pasteur, 69365 Lyon Cedex 07.

• Institut régional du travail de l'université de Lorraine, 138, avenue de la Libération, BP 43409, 54015 Nancy Cedex.

• Institut du travail de l'université Montesquieu-Bordeaux-IV, avenue Léon-Duguit, 33608 Pessac Cedex.

• Institut du travail de l'université Jean Monnet de Saint-Étienne, 6, rue Basse-des-Rives, 42023 Saint-Étienne Cedex 2.

• Institut des sciences sociales du travail de l'Ouest-université de Haute-Bretagne-Rennes-II (ISSTO), avenue Charles-Tillon, 35044 Rennes Cedex.

• Institut régional du travail de l'université du Mirail-Toulouse-II, 5, allée Antonio-Machado, 31058 Toulouse Cedex.

• Institut régional d'éducation ouvrière du Nord-Pas-de-Calais (IREO), 1, place Défont, BP 629, 59024 Lille Cedex.

• Association culture et liberté, 5, rue Saint-Vincent-de-Paul, 75010 Paris.

III. Organismes spécialisés

• Institut syndical européen pour la recherche, l'éducation et la santé et sécurité (ETUI-REHS), boulevard du Roi-Albert-II, 5 Box 7, B-1210 Bruxelles, Belgique.

Article 2 : La présente liste est arrêtée pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2013 qui sert de référence pour la détermination des droits aux congés institués par les articles L. 3142-7 et suivants du Code du travail.

Article 3 : Le directeur général du travail est chargé de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait le 20 décembre 2012

CONGÉ DE FORMATION ÉCONOMIQUE, SOCIALE ET SYNDICALE

Nombre de jours de congé disponibles dans l'entreprise ou l'établissement chaque année

NOMBRE DE SALARIÉS DANS L'ÉTABLISSEMENT	NOMBRE DE JOURS MAXIMUM
1 à 24	12 (a)
25 à 49	24
50 à 74	36
75 à 99	48
de 100 à 499 salariés : (par tranche de 25 en plus ou fraction de 25)	(+ 12) ...
500 à 549	252
550 à 599	264
de 600 à 999 salariés : (par tranche de 50 en plus ou fraction de 50) ...	(+ 12) ...
1000 à 1099	372
1100 à 1199	384
1200 à 1299	396
de 1300 à 4999 salariés : (par tranche de 100 en plus ou fraction de 100) ...	(+ 12) ...
5000 à 5199	852
5200 et plus ... (par tranche de 200 en plus ou fraction de 200) ...	(+ 12) ...

(a) Dans les établissements de 1 à 24 salariés, le nombre maximum de jours de congés est porté à 18 jours pour les animateurs et salariés appelés à exercer des responsabilités syndicales.

cient continue d'être versée pendant la durée des stages de formation. Cela mérite d'être souligné, car les chômeurs peuvent ainsi participer à ces formations, tout en continuant à per-

cevoir le revenu de remplacement auquel ils ont droit pendant la durée des stages considérés (1).

(1) Art. L. 3142-11 du Code du travail.

2 Le droit à formation des élus et mandatés

A – Élus du comité d'entreprise

Le droit à la formation des élus des comités d'entreprise est inscrit dans l'article L. 2325-44 du Code du travail: «Les membres titulaires du comité d'entreprise [...] bénéficient [...] d'un stage de formation économique d'une durée maximale de cinq jours [...]. Cette formation est renouvelée lorsqu'ils ont exercé leur mandat pendant quatre ans, consécutifs ou non.»

Le financement de cette formation est assuré par l'entreprise pour les salariés. Ainsi, le temps passé à la forma-

tion est payé comme temps de travail et n'est pas imputé sur le crédit d'heures. La Cour de cassation déduit de cette règle que le salarié qui participe, sur sa demande, à de telles formations ne peut prétendre à une rémunération supérieure à celle qu'il aurait perçue s'il ne les avait pas suivies (2). Dans cette affaire, un salarié à temps partiel avait suivi une formation à temps complet durant la semaine, et il demandait en conséquence à ce que ces heures excé-

(2) Cass. soc. 15 juin 2010, n° 09-65180 (solution également applicable à la formation des membres du CHSCT).

dentaires lui soient rémunérées comme des heures complémentaires.

Article L. 2325-44 du Code du travail envisage pour sa part la prise en charge par le CE du coût de la formation: frais pédagogiques, déplacement, hébergement, à l'exclusion du temps passé en formation qui sont imputables sur le budget de fonctionnement (*).

Quant au coût de la formation, il est imputable sur le budget de fonctionnement du CE, de même que les frais de déplacement et de séjour.

Toutefois, un certain nombre d'entreprises acceptent de prendre en charge tout ou partie de ces frais. Une négociation sur cette question peut être ouverte. Les élus peuvent également prendre leurs heures de délégation pour se former ou encore utiliser leur droit individuel à la formation (DIF).

La législation ne prévoit pas de droit à la formation pour les suppléants. Mais certaines entreprises acceptent que les suppléants prennent part à la formation en assimilant celle-ci à des heures de travail. Cette formation pourrait aussi être financée par le DIF ou par le budget de fonctionnement du CE.

B – Délégués du personnel

Aucun texte ne prévoit de droit spécifique à la formation des élus délégués du personnel (DP). Toutefois, certaines entreprises prennent en charge le coût de cette formation, soit totalement (salaires et coût du stage), soit partiellement (seulement le coût du stage, la participation des élus se faisant sur leur crédit d'heures).

En tout état de cause, une négociation sur cette question doit être ouverte avec l'employeur. Cette formation peut également être effectuée dans le cadre du DIF.

De plus, il faut préciser que dans les entreprises de 50 salariés et plus, les délégués exerçant les missions du CHSCT ou du CE disposent des moyens du CE ou du CHSCT et notamment les droits à formation dans les mêmes conditions que les membres du CE ou du CHSCT (se reporter aux chapitres concernés).

C – Membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

Le droit à la formation pour les élus des CHSCT est prévu par l'article L. 4614-14 du Code du travail: «Les représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail bénéficient de la formation nécessaire à l'exercice de leurs missions. Cette formation est renouvelée lorsqu'ils ont exercé leur mandat pendant quatre ans, consécutifs ou non.»

La durée de cette formation est de 5 jours pour les établissements de plus de 300 salariés et de 3 jours pour les autres. Avec l'accord de l'employeur, ce congé est fractionnable en deux fois.

C'est l'entreprise qui doit prendre en charge la totalité des frais de formation (**), soit:

- les salaires (le temps passé à la formation est payé comme temps de travail et n'est pas imputé sur le crédit d'heures);
- le coût de la formation (à concurrence d'un montant qui ne peut dépasser, par jour et par stagiaire, 36 fois le montant horaire du SMIC, soit 339,48 euros au 1^{er} janvier 2013);
- les frais de déplacement (à hauteur du tarif de seconde classe des chemins de fer applicable au trajet le plus direct depuis le siège de l'établissement jusqu'au lieu de dispense de la formation);
- et éventuellement les frais de séjour (sur la base du montant de l'indemnité de mission fixée en application de la réglementation applicable aux déplacements temporaires des fonctionnaires).

D – Autres mandats extérieurs à l'entreprise

Le conseiller du salarié peut bénéficier, sur sa demande et dans la limite de douze jours par période de trois ans, d'autorisations d'absence pour les besoins de formation dans le cadre de sa mission (**).

De même, l'État organise, dans des conditions fixées par décret, la formation des conseillers prud'hommes

et en assure le financement (**). Les employeurs sont tenus d'accorder aux salariés de leur entreprise, membres du Conseil des Prud'hommes, sur leur demande, dès leur élection et pour les besoins de la formation, des autorisations d'absence, dans la limite de six semaines par mandat pouvant être fractionnées. Ces absences sont rémunérées par l'employeur. Elles sont admises au titre de la formation professionnelle. La durée d'un mandat de prud'hommes est théoriquement de cinq ans.

(16) Art. L. 1442-1, D. 1442-1 et s. du Code du travail.

➔ Modèle de demande de congé de formation économique, sociale et syndicale (**)

Nom, prénom
Adresse
Responsabilité
Monsieur le Directeur,

Société (nom)
Adresse

À ..., le20..

Objet: demande de congé de formation économique, sociale et syndicale

Monsieur le Directeur,
Conformément aux articles L. 3142-7 et suivants du Code du travail, j'ai l'honneur de vous demander l'autorisation de m'absenter de l'entreprise du (préciser les dates de début et de fin de stage), en vue de participer à un stage de formation économique, sociale et syndicale, organisé par «La formation syndicale CGT» (ou l'Institut de...) qui est un organisme agréé.

Je vous rappelle que le temps consacré à cette formation est pris sur le temps de travail et doit être considéré comme tel.

Dans l'attente d'une réponse favorable, je vous prie d'agréer, Monsieur le Directeur, l'expression de mes sentiments distingués.

Signature

(**) Demande à déposer auprès de l'employeur 30 jours avant le stage en précisant la raison sociale et l'adresse de l'Organisation de Formation

(13) En ce sens Circ. min. rectificative du 22 sept. 1983, Dr. ouv. 1983.411.

(14) Art. R. 4614-33 et suivants du Code du travail.

(15) Art. L. 1232-12 du Code du travail.

AIDE JURIDICTIONNELLE

Plafonds de ressources mensuelles basées sur les revenus de l'année civile précédente :
 - Aide totale : 929 € ;
 - Aide partielle : de 930 à 1 393 €.

AIDE SOCIALE

Couverture maladie universelle :
 - CMU de base : cotisation de 8 % si revenus fiscaux de l'année précédente supérieurs à 9 356 €
 - CMU complémentaire, plafond de ressources annuelles :
 • personne seule : 7 934 € ;
 • deux personnes : 11 902 € ;
 • trois personnes : 14 282 € ;
 • quatre personnes : 16 662 € ;
 • personne en plus : 3 173 €.

Revenu de solidarité active (RSA) :
 - Personne seule : 483,24 € ;
 1 enfant : 724,86 € ;
 2 enfants : 869,83 € ;
 par enfant en plus : + 193 €.
 - Couple : 724,86 € ;
 1 enfant : 869,83 € ;
 2 enfants : 1 014,84 € ;
 par enfant en plus : + 193 €.
 - Parent isolé :
 1 enfant : 827,38 € ;
 2 enfants : 1 014,84 € ;
 par enfant en plus : + 206,85 € ;
 femme enceinte : 620,54 €.

CHÔMAGE PARTIEL

Allocation spécifique :
 - 4,84 € de l'heure pour les entreprises de 1 à 250 salariés et 4,33 € de l'heure pour celles de plus de 250 salariés. Limite annuelle : 800 heures (1 000 heures pour certaines industries).
Allocation conventionnelle :
 - 60 % du salaire brut dont alloc. spéc. minimum horaire : 6,84 €.
 Garantie mensuelle minimale : 1 398,40 € (base 151,67 heures).

CHÔMAGE TOTAL

RÉGIME D'ASSURANCE CHÔMAGE
Durée d'indemnisation :
 - Égale à la durée d'affiliation dans la limite de 24 mois pour les salariés de moins de 50 ans et 36 mois pour les salariés de 50 ans et plus. La durée d'indemnisation ne peut dépasser la durée d'affiliation au régime d'assurance chômage.
 - Maintien des allocations jusqu'à la

liquidation de la retraite à taux plein : à partir de 60 ans et 6 mois et au plus tard jusqu'à 65 ans.
Durée minimale d'affiliation : 4 mois ; si l'allocataire reprend un emploi dans les 12 mois suivant la 1^{re} ouverture de droit, la durée d'affiliation minimale requise pour avoir droit à une nouvelle indemnisation est de 6 mois.

Période de référence :
 28 mois pour les salariés de moins de 50 ans ; 36 mois pour les salariés de 50 ans et plus.

Allocations :
 40,4 % du salaire journalier de référence (SJR) + 11,57 € par jour ou, si plus avantageux, 57,4 % du SJR ; minimum journalier : 29,21 € dans la limite de 75 % du SJR. Bénéficiaires de l'ARE accablant sans une action de formation : allocation plancher de 20,22 €.

RÉGIME DE SOLIDARITÉ

Allocation de solidarité
 Si vous avez travaillé 5 ans dans les 10 ans précédant la fin du contrat de travail :
 • Moins de 55 ans : 15,90 € maximum par jour pendant six mois (renouvelables).
 • 55 ans et plus : 15,90 € maximum par jour pendant 12 mois (renouvelables) pour ceux dispensés de recherche d'emploi ; sans limitation de durée pour ceux atteignant 55 ans au 54^e jour d'indemnisation (18 mois).
 22,82 € maximum par jour, pour ceux qui bénéficient de la majoration au 31 décembre 2003 (55 ans et 20 ans d'activité salariée ou 57 ans et 6 mois et 10 ans d'activité salariée) ; majoration supprimée depuis le 1^{er} janvier 2004.

• Plafond des ressources mensuelles (y compris l'allocation de solidarité) :
 - personne seule : 1 113 € ;
 - couple : 1 749 €.

Allocation temporaire d'attente
 • 11,20 € par jour ;
 - détenus libérés ;
 - catégories de personnes en attente de réinsertion ou en instance de reclassement.

Allocation équivalente retraite et allocation transitoire de solidarité
 - 34,33 € maximum par jour, soit 1 029,90 € par mois, pendant

six mois (renouvelables) pour les demandeurs d'emploi ou RMistes justifiant 160 trim. d'assurance vieillesse avant 60 ans.
 • Plafond des ressources mensuelles (y compris le montant de l'allocation) :
 - Personne seule : 1 647,84 € ;
 - Couple : 2 368,77 €.

COTISATIONS SOCIALES ET FISCALES

Salaires :
 - Assurance-maladie : 0,75 % sur la totalité du salaire.
 - Assurance vieillesse : 6,65 % dans la limite du plafond (3 086 € par mois) + 0,10 % sur la totalité du salaire.
 - Assurance chômage : 2,40 % dans la limite de 4 fois le plafond (12 364 € par mois).

Revenus de remplacement :
 - Retraites complémentaires : 1 % sur la totalité.
 - Prêtraitements : 1,7 % sur la totalité sans abaisser l'allocation en dessous du SMMC journalier.
 - Chômage : 3 % du salaire journalier de référence sans abaisser l'allocation en dessous de 27,66 €.

Remboursement de la dette sociale (RDS) :
 0,5 % sur 98,25 % du salaire brut ou du montant des allocations de chômage et sur la totalité des allocations de préretraite et de retraite.
 Exonération si revenu de l'allocataire inférieur au revenu fiscal de référence ou si l'intéressé perçoit un avantage de vieillesse non contributif.

Contribution sociale généralisée (CSG) :
 7,5 % sur 98,25 % du salaire brut et 6,2 % sur 98,25 % du montant des allocations de chômage ; 6,8 % sur la totalité des allocations de préretraite et de retraite. Exonération de cette contribution pour les chômeurs, préretraités, retraités ayant un revenu fiscal de référence inférieur au seuil d'allègement de la taxe d'habitation. Taux réduit de 3,8 % pour les titulaires de pensions, préretraités et allocations de chômage si revenu fiscal de référence atteint ou dépassé mais impôt sur le revenu inférieur à 61 €.

DELAIS DE RÉCLAMATION

- Salaire : 5 ans.
 - Traitements des fonctionnaires : 4 ans.
 - Sommes dues par la Sécurité sociale : 2 ans.
 - Dommages-intérêts : 5 ans.
 - Rappel de pension alimentaire : 5 ans.
 - Impôts sur le revenu : 3 ans.
 - Impôts locaux : 2 ans.

FONCTIONNAIRES

Minimum mensuel :
 1 430,76 € brut (indice majoré 309). Indemnité de résidence (indice majoré 313) : zone 1 : 43,47 € ; zone 2 : 14,49 €. Seuil d'assujettissement à la contribution de solidarité : 1 430,76 € (indice majoré 309). Supplément familial de traitement : Un enfant : 2,29 € ; deux enfants : 73,04 € ; trois enfants : 181,56 € ; par enfant en plus : 129,31 €.

HANDICAPÉS

Allocations enfants handicapés (voir prestations familiales).
Allocations mensuelles :
 - adulte handicapé : 776,59 € ;
 - plafond de ressources :
 • personne seule : 9 319,08 € ;
 • couple : 18 638,16 € ;
 • par enfant à charge : 4 659,54 €.
 - minimum laissé à la personne en cas d'hospitalisation, d'hébergement ou de détention : 223,09 €.
 - majoration pour vie autonome : 104,77 €.
 - Garantie de ressources (GRPF) : 955,90 €.

JEUNES

Apprentis :
 Salaire minimum applicable :
 - 16 à 17 ans : 1^{re} année : 25 % du SMC, 2^e année : 37 %, 3^e année : 53 % ;
 - 18 à 20 ans : 1^{re} année : 41 % du SMC ; 2^e année : 49 % ; 3^e année : 65 % ;
 - 21 ans et plus : 1^{re} année : 53 % du SMC ou du salaire minimum conventionnel de l'emploi s'il est plus favorable, 2^e année : 78 % du SMC ou du salaire minimum conventionnel de l'emploi s'il est plus favorable.

Contrat unique d'insertion:

Salaire minimum mensuel
 Entre 20 et 35 heures:
 SMC horaire.

Contrat d'accompagnement dans l'emploi:

Salaire minimum mensuel
 – 86,67 heures. SMC horaire.

Contrat d'insertion à la vie sociale (Civis):

Allocation Civis
 – de 5 à 10 € par jour n'excédant
 pas 300 € par mois et 900 € par an.
 Contrat de professionnalisation:
 Salaire minimum mensuel:
 – 16 à 20 ans: si formation
 initiale inférieure au bac pro:
 55% du SMC; si formation égale
 ou supérieure au bac pro ou titre
 ou diplôme professionnel de même
 niveau: 65% du SMC;
 – 21 à 25 ans: si formation initiale
 inférieure au bac pro: 70% du
 SMC; si formation supérieure
 ou égale au bac pro ou titre
 ou diplôme professionnel de même
 niveau: 80% du SMC.

MINIMUM GARANTI

Le MG, à ne pas confondre avec
 le SMC, sert de référence
 à certaines dispositions législatives
 ou réglementaires: 3,49 €.

PRÉAVIS

Licencement:
 – moins de six mois d'ancienneté:
 voir conventions collectives
 et usages;
 – entre six mois et deux ans
 d'ancienneté: un mois;
 – à partir de deux ans
 d'ancienneté: deux mois
 (sauf dispositions conventionnelles
 plus favorables).

PRÉRETRAITES

Garantie minimale journalière
 de préretraite ASFNE: 30,65 €.

PRESTATIONS FAMILIALES

Allocations mensuelles
 après CRDS:

– familiales: 2 enfants: 128,57 €;
 3 enfants: 293,30 €;
 4 enfants: 468,03 €; plus 164,03 €
 par enfant supplémentaire
 (majoré de 36,16 € pour
 les enfants de 11 à 16 ans
 et de 64,29 € par enfant de plus
 de 16 ans à l'exception de l'aîné
 des familles ayant deux enfants);

– de soutien familial: 120,54 €
 ou 90,40 €;
 – complément familial (par famille):
 167,34 €;

– d'éducation de l'enfant
 handicapé: 129,40 €;
 • complément 1^{re} catégorie:
 96,91 €;
 • complément 2^e catégorie:
 262,46 €;
 • complément 3^e catégorie:
 371,49 €;

– de présence parentale:
 • allocation de base journalière:
 50,75 € (personne seule)
 et 42,71 € (couple).
 • complément mensuel pour frais:
 109,25 €.

– Prestation d'accueil au jeune
 enfant:
 • prime à la naissance: 923,08 €.
 • allocation de base: 184,62 €.
 Plafonds de ressources
 (en fonction des revenus de 2010)
 pour percevoir:
 – le complément familial (au moins
 trois enfants, tous âgés de plus
 de trois ans);

• parent isolé ou ménage avec
 deux revenus et trois enfants:
 44 772 €;
 quatre enfants: 50 872 €.
 et + 6 100 € par enfant en plus.
 • ménage avec un seul revenu
 et trois enfants: 36 599 €;
 quatre enfants: 42 699 €;
 et + 6 100 € par enfant en plus;
 – la prestation d'accueil au jeune
 enfant (allocation de base
 et prime):

• parent isolé ou ménage avec
 deux revenus avec un enfant:
 46 014 €;
 deux enfants: 52 978 €;
 trois enfants: 61 335 €;
 et + 8 357 € par enfant en plus.
 • ménage avec un seul revenu
 et un enfant: 34 819 €;
 deux enfants: 41 783 €;
 trois enfants: 50 140 €;
 et par enfant en plus: + 8 357 €.

RETRAITES COMPLÉMENTAIRES

Valeur du point
 AGIRC: 0,4352 €;
 ARRCO: 1,2513 €;
 IRCANTEC: 0,46851 €.

SALAIRES

Plafonds garantis par l'AGS:
 – salariés de plus de 2 ans
 d'ancienneté: 70 704 €;

– salariés ayant entre 6 mois
 et 2 ans d'ancienneté: 58 920 €;
 – salariés ayant moins de 6 mois
 d'ancienneté: 47 136 €.
 Titre-restaurant: 50 à 60% payés
 par l'employeur;
 contribution patronale exonérée
 (impôts, cotisations) jusqu'à 5,29 €.
 Chèques-vacances: condition
 de ressources supprimée par la loi
 du 22 juillet 2009 en faveur des
 services touristiques.

SECURITE SOCIALE

Plafond mensuel: 3 086 €.

Avantage en nature:

– nourriture: 4,55 € par repas;
 – logement: montant forfaitaire
 établi selon un barème comprenant
 8 tranches (rémunération allant
 de 0,5% à 1,5% ou plus
 du plafond de la Sécurité sociale),
 sauf référence à la valeur locative
 fiscale servant de base à la taxe
 d'habitation.

Capital décès: maxi: 9 258 €;
 mini: 370,32 €.

Indemnité journalière

maladie maximale:
 – normale: 42,32 €;
 – majorée: 56,43 €.
 Indemnité journalière AT:
 – maxi: 185,30 €, à partir
 du 29^e jour: 247,07 €.
 Indemnité journalière maternité:
 – maxi: 81,49 €;
 – Alsace-Moselle: 78,39 €.

Invalité:

– maxi-pension par mois:
 30% = 925,80 €;
 50% = 1 543,60 €;
 – allocation supplémentaire par an:
 personne seule: 4 816,28 €;
 ménage: 7 947,80 €.
 – tierce personne:
 1 096,50 € par mois;
 – minimum annuel: 3 359,79 €.

Allocation veuvage:

– 602,12 € par mois
 pendant 24 mois.
 Si conjoint décédé:
 versement pendant trois années
 supplémentaires, à condition
 d'être âgée(e) de 50 ans ou plus.
 Maximum trimestriel
 de ressources: 2 257,95 €.

SMIC

Métropole et départements
 d'outre-mer: 9,43 €.
 Mensuel brut: (151,67 heures):
 1 430,22 €.
 Jeunes salariés:

16 ans: 7,54 €; 17 ans: 8,49 €;
 après 6 mois de travail dans une
 profession ou à 18 ans: 9,43 €.
 Horaire collectif de 39 heures:
 Mensuel brut avec majoration
 de salaire légale de 25%:
 1 634,57 €.

TRIBUNAUX

Compétence en premier ressort:

TI: 10 000 €; au-delà: TGI.
 Compétence en dernier ressort:
 Cons. prud. = 4 000 €;
 TASS: 4 000 €;
 TI (litiges locataires-propriétaires,
 crédit à la consommation,
 déclaration au greffe): 4 000 €;
 Juge de proximité: 4 000 €.

Taux d'intérêt légal:
 0,04% pour l'année 2013 (intérêts
 de retard).

Délais d'appel:

– prud'hommes TI et TGI: un mois;
 – référés, saisie-arrest, etc.:
 quinze jours;
 – pénal: dix jours.
 Ordonnance de non-lieu: dix jours.

Délais cassation:

– affaires civiles (sociales,
 commerciales, prud'homales):
 deux mois;
 – élections: dix jours;
 – pénal: cinq jours.

VIEILLESSE

Allocations:

– allocation de solidarité personnes
 âgées (ASPA):
 personne seule: 9 447,21 €
 couple: 14 667,32 €;
 – allocation AVTS: 3 359,80 €;
 – allocation supplémentaire (ex-PNS):
 personne seule: 6 087,41 €;
 couple marié: 7 947,72 €;
 – ressources annuelles:
 personne seule: 9 447,21 €;
 couple: 14 667,32 €.

Pensions:
 – Maximum annuel théorique:
 18 186 €;

– Minimum mensuel des pensions
 obtenues au taux de 50%: 628,99 €
 – Minimum mensuel majoré des
 pensions depuis le 1^{er} avril 2013:
 687,32 €;
 – Réversion: ressources
 annuelles autorisées
 à la date de la demande:
 personne seule: 19 614,40 €,
 couple: 31 383,04 €.

Montant maximum annuel:
 9 998,64 €;
 Minimum annuel: 3 403,07 €.

Consultez les conseils en ligne de nos journalistes juristes spécialisés dans le droit social

- **Indépendance éditoriale et liberté d'expression**
- **Libre accès à l'information et transparence**
- **Des conseils de loi et de jurisprudence**
- **Contentieux du travail**
- **SPSC (sans préjudice de droit social) et contentieux du travail**

Abonnez-vous
www.ivo.fr
Suivez-nous sur  

UN
PROBLÈME
DE DROIT ?



BULLETIN D'ABONNEMENT www.ivo.fr

☐ **Recevoir le bulletin hebdomadaire** (hors jours de congés) de l'association IVO (100 rue de la République, 93000 La Courneuve, France) par courrier électronique.

Recevoir ce bulletin d'abonnement ainsi que nos vidéos à :

Service abonnements, IVO Case SARL, 300 route de Paris, 93000 La Courneuve

Vous n'avez qu'une seule case à cocher. Merci !

1 FORMULAIRE DE SIGNATURE
☐ **SPSC - abonnement papier + service web** (100) / 20 €/an
Je souhaite 12 numéros du SPSC (hors jours de congés) et le service web hebdomadaire.
100 rue de la République, 93000 La Courneuve, France

☐ **SPSC + IVO - abonnement au 2° niveau + service web** (100) / 40 €/an
Je souhaite 12 numéros du SPSC + 20 numéros de IVO (hors jours de congés) et le service web hebdomadaire.
100 rue de la République, 93000 La Courneuve, France

2 FORMULAIRE PÉRIODIQUÉ (hors jours de congés) (100)
☐ **SPSC service web** / 20 €/an
Je souhaite le service web hebdomadaire du SPSC. 100 rue de la République, 93000 La Courneuve, France

☐ **SPSC + IVO service web** / 40 €/an
Je souhaite le service web hebdomadaire de IVO et du SPSC. 100 rue de la République, 93000 La Courneuve, France

Mon numéro d'identité (L.L.L.L.L.L.)
(Je souhaite 12 numéros de bulletin hebdomadaire de l'association IVO)

Mon adresse e-mail (obligatoire) : ivo@ivo.fr

Nom / _____

Prénom / _____

Adresse / _____

Code postal (P.N., Apt, Rd de s) / _____

Département / _____ Ville / _____

Tel. / _____

E-mail / _____

Fonction / _____

Entreprise / _____

Département / _____ Ville / _____

N° de chèque (L.L.L.L.L.L.) Banque / _____

Si vous souhaitez être prévenu(e) par courrier, envoyez nous demande par mail.

*compte personnel