

Retrouvez Actance sur :

- Sa page LinkedIn  ;
- Son application mobile : Vous pouvez la télécharger sur l'[AppStore](#) (iOS) ou [PlayStore](#) (Android) ;
- Son site internet : www.actanceavocats.com
- Sur son compte Instagram : [actance_avocats](https://www.instagram.com/actance_avocats)



Information : Application Actance allégée



RELATIONS INDIVIDUELLES

Grève – Licenciement d'un salarié non gréviste – Motif – Soutien aux salariés grévistes – Nullité sur le fondement de L. 2511-1 CT

Rappel : En vertu de l'article L. 2511-1 du Code du travail, l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié.

Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit.

Les salariés grévistes bénéficient d'une protection contre le licenciement. Cette protection peut-elle s'étendre aux salariés qui n'ont pas participé à la grève mais qui ont apporté leur soutien aux salariés faisant la grève ?

Cass. Soc., 5 juillet 2018, n° 16-21.563 et 16-21.564

Plusieurs mois après un mouvement de grève, deux salariés ont été licenciés alors qu'ils n'avaient pas participé à ce mouvement.

L'employeur leur reprochait, dans la lettre de licenciement, le fait d'avoir déstabilisé leurs collègues en leur demandant de faire grève.

Contestant cette mesure, les salariés ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande de nullité sur le fondement de l'article L. 2511-1 du Code du travail. Les salariés estimaient pouvoir se prévaloir de la protection attachée aux salariés grévistes.

La Cour d'appel a rejeté leur demande. Les juges ont relevé que si les salariés n'ont pas caché à leur employeur qu'ils partageaient et soutenaient leurs collègues en grève, l'article L. 2511-1 du Code du travail n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce, dans la mesure où ils n'avaient pas participé à la grève.

Saisie du pourvoi, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel considérant que la nullité du licenciement prévue à l'article L. 2511-1 du Code du travail n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève mais s'étend à tout licenciement prononcé en raison d'un fait commis au cours de la grève et qui ne peut être qualifié de faute lourde.

En l'espèce, la lettre de licenciement évoquait des faits commis à l'occasion de l'exercice du droit de grève. Par conséquent, les licenciements devaient être annulés, sauf si les juges considéraient que les

griefs relevaient de la faute lourde, ce qui nous paraît peu probable.

Note : Un salarié dont le licenciement est annulé peut obtenir sa réintégration, sauf impossibilité (Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 08-44.842).

Clause de non-concurrence – Transfert intra-groupe – Suspension des effets – Reprise lors de la rupture du second contrat sauf si le délai fixé par la clause a pris fin

Rappel : Prévue par le contrat de travail, la clause de non concurrence a pour objet d'interdire au salarié, après la rupture de son contrat de travail, d'être recruté par une entreprise concurrente ou d'exercer, sous quelque forme que ce soit, une activité concurrente à celle de son ancien employeur.

Pour être valable, la clause non-concurrence est subordonnée à 3 conditions cumulatives (Cass. Soc., 10 juillet 2002, n° 99-43.334) :

- Etre justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise ;
- Etre limitée dans le temps et dans l'espace ;
- Comporter une contrepartie pécuniaire.

Que devient une clause de non-concurrence lors d'une mobilité intra-groupe ?

La Cour de cassation a déjà jugé que la clause de non-concurrence prévue dans le premier contrat de travail ne s'applique pas pendant la période de mobilité mais celle-ci reprend ses effets à partir du jour où le second contrat est rompu. Dès lors, le premier employeur doit renoncer à l'application de la clause au moment de la rupture du second contrat de travail, à défaut de quoi le salarié qui respecte son engagement de non-concurrence peut demander le versement de la contrepartie pécuniaire (Cass. Soc., 29 janvier 2014, n° 12-22.116).

Cass. Soc., 12 septembre 2018, n° 17-10.853

Un salarié, directeur commercial, a conclu en 2005 avec l'entreprise A un contrat de travail prévoyant une clause de non-concurrence.

Cette clause prévoyait le versement, chaque mois, d'une indemnité égale à 50% de la rémunération mensuelle moyenne du salarié pendant 2 ans.

Le 30 juin 2007, son contrat de travail a été rompu par un protocole d'accord. Le salarié a conclu un nouveau contrat, le 1^{er} juillet 2007, avec une autre entreprise du groupe, l'entreprise B.

En début 2010, le salarié et l'entreprise B ont conclu une rupture convention homologuée.

L'entreprise A n'ayant jamais dénoncé la clause de non-concurrence prévue au contrat, le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour demander le paiement de la contrepartie pécuniaire.

La Cour d'appel l'a débouté après avoir constaté notamment que sa demande était intervenue après l'expiration de la durée de 2 ans prévue par la clause, de sorte que celle-ci avait pris fin.

Contestant cette décision, le salarié s'est pourvu en cassation. Il soutenait, sur le fondement de la jurisprudence précitée de 2014, que la clause avait repris ses effets au moment de la rupture du second contrat puisque l'entreprise A ne l'avait pas libéré de ses obligations de non-concurrence.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et apporte une précision supplémentaire.

La Haute juridiction rappelle que :

- la clause de non-concurrence ne s'applique pas entre 2 entreprises d'un même groupe dès lors que le passage du salarié de l'une à l'autre est le résultat d'une entente entre lui et ses employeurs successifs ;
- la clause reprend ses effets normaux à partir du jour où le contrat de travail avec le second employeur a été rompu.

En revanche, la reprise des effets n'a pas pour effet de reporter ou d'allonger le délai fixé par la clause.

En l'espèce, plus de 2 ans s'étaient écoulés entre les 2 ruptures du contrat, de sorte que le salarié ne pouvait prétendre au paiement par l'entreprise A de la contrepartie pécuniaire à la clause de non-concurrence.

Licenciement – Convocation à un entretien préalable – Désignation en qualité de représentant syndical au CHSCT le même jour – Autorisation de licenciement – Annulation – Réintégration – Annulation de la réintégration – Absence de statut protecteur – Faute lourde

Rappel : Le licenciement d'un salarié protégé ne peut intervenir qu'après avoir obtenu l'autorisation de l'inspecteur du travail. A défaut d'autorisation, le licenciement est nul.

Le salarié, investi de l'un des mandats énumérés à l'article L. 2411-1 du Code du travail, bénéficie de la protection contre le licenciement.

Cass. Soc., 5 juillet 2018, n° 17-17.485

Le 2 janvier 2006, un salarié est convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement. Le même jour, il est désigné représentant syndical au CHSCT. Dans la précipitation, l'employeur sollicite l'autorisation de le licencier auprès de l'inspection du travail.

Dans un premier temps, cette demande a été refusée par l'inspecteur du travail puis autorisée, le 17 juillet 2006, par le ministre du travail.

Prenant appui sur cette autorisation, l'employeur a procédé au licenciement du salarié pour faute lourde le 21 juillet 2006.

Contestant la décision du ministre du travail, le salarié a saisi le tribunal administratif pour en demander l'annulation.

Le Tribunal administratif a fait droit à sa demande. Le salarié a alors été réintégré dans l'entreprise en 2009 et y a exercé divers mandats représentatifs.

La Cour administrative d'appel a, par une décision du 7 juillet 2014, censuré la décision du tribunal au motif que le salarié ne bénéficiait pas en réalité du statut protecteur en 2006, lors de l'ouverture de la procédure de licenciement.

Fort de cette décision, l'employeur a confirmé au salarié son licenciement pour faute lourde.

Le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande d'annulation de son licenciement pour violation du statut protecteur.

La Cour d'appel a débouté le salarié au motif que le juge administratif avait définitivement annulé le refus d'autorisation de licenciement initial accordé par l'inspecteur du travail, en l'absence de recours en cassation.

Par conséquent, l'employeur n'avait pas à solliciter à nouveau l'autorisation de le licencier.

Le salarié se pourvoit en cassation soutenant que son licenciement devait être soumis à autorisation de l'inspecteur du travail dans la mesure où :

- L'annulation par le juge du refus d'autorisation de licencier ne vaut pas autorisation de licencier ;
- Depuis sa réintégration, il avait exercé divers mandats représentatifs.

La Cour de cassation rejette le pourvoi considérant que l'annulation, par une décision définitive, de la décision de refus d'autorisation de l'inspecteur du travail, en raison de l'absence de statut protecteur du salarié lors de l'engagement de la procédure de licenciement, autorise l'employeur à considérer qu'il avait été mis fin aux fonctions du salarié, peu important que le salarié, réintégré entre-temps en raison de la décision de refus d'autorisation, ait acquis depuis lors un mandat protecteur.

Concernant les faits, la Haute juridiction approuve le raisonnement de la Cour d'appel qui a relevé une faute lourde du salarié pour avoir sciemment « organisé une conférence de presse destinée à ternir l'image » de son employeur au cours de laquelle il avait porté des accusations infondées de harcèlement moral et de faits de discrimination dénaturés et volontairement sortis de leur contexte ».

Note : La Cour de cassation a déjà jugé que pour apprécier l'existence ou non d'une protection, il faut se placer à la date d'envoi de la convocation à l'entretien préalable (Cass. soc., 26 mars 2013, n° 11-27.964). Si le salarié n'en bénéficie pas à cette date, le licenciement notifié à la suite de cet entretien n'a pas à être autorisé par l'inspection du

travail, quand bien même le salarié a été ultérieurement élu ou désigné (Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 08-41.633).

Par ailleurs, le mandat de représentant syndical au CHSCT n'est pas prévu par le Code du travail. Il s'agit d'un mandat fixé par accord collectif qui n'ouvre pas droit au bénéfice de la protection contre le licenciement (Cas. Soc., 29 janvier 2003, n° 00-45.961 ; CE., 18 juillet 2018, n° 397757 ; Cf. actu-tendance n° 397757).

Ceci étant précisé, cette affaire a pris une tournure surprenante dans la mesure où des faits commis fin 2005 ont finalement été sanctionnés par un licenciement en juillet 2006. Or, le délai d'un mois pour notifier la rupture à partir du jour de l'entretien préalable avait été largement dépassé, sans motif légitime car le salarié ne bénéficiait pas du statut protecteur.

Législation et réglementation

Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel – Volet chômage et emploi

La loi n°2018-771 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a été publiée au JO le 6 septembre 2018.

Dans l'actu-tendance n° 461, nous avons examiné les points relatifs à la formation professionnelle et à l'alternance. Cette semaine, nous détaillerons les mesures relatives au chômage et à l'emploi.

Sauf mentions expresses, les mesures s'appliquent à compter du **1^{er} janvier 2019**, sous réserve pour certaines de la parution des décrets.

- **Chômage**

- **Ouverture pour les démissionnaires**

Actuellement, la démission n'ouvre pas droit à l'allocation d'assurance chômage, sauf en cas de démissions légitimes.

La loi a élargi le droit à l'allocation chômage aux salariés ayant démissionné pour mettre en œuvre un **projet de reconversion professionnelle**.

Pour en bénéficier, le démissionnaire doit justifier :

- o D'une **activité antérieure spécifique** qui devra être fixée. L'exposé des motifs du projet de loi

évoquait une durée d'affiliation continue de 5 ans minimum ;

- o De la poursuite d'un projet de reconversion professionnelle nécessitant le suivi d'une **formation ou un projet de création ou de reprise d'une entreprise**.

Préalablement à sa démission, le salarié demande un **conseil en évaluation professionnelle** auprès d'un organisme mentionné à l'article L. 6111-6 du Code du travail, à l'exception de Pôle emploi. Cet organisme aide le salarié à établir son projet.

Le projet doit présenter un **caractère réel et sérieux attesté**, pour le compte de Pôle emploi, **par la commission paritaire interprofessionnelle**.

Durant la période de mise en œuvre du projet, la condition de recherche d'emploi requise pour bénéficier de l'allocation chômage **est satisfaite** dès lors que le démissionnaire est inscrit comme demandeur d'emploi et accomplit les démarches nécessaires à la mise en œuvre du projet.

Pôle emploi contrôle la réalité des démarches nécessaires à la mise en œuvre du projet **au plus tard 6 mois** après l'ouverture du droit à l'allocation.

Le démissionnaire qui ne peut justifier, sans motif légitime, de la réalité de ses démarches est radié de la liste des demandeurs d'emploi. L'allocation cesse alors d'être versée.

La reprise du versement du reliquat interviendra dans les conditions fixées par la convention relative à l'assurance chômage.

– Nouveaux critères de majoration ou minoration de la contribution chômage

Afin de lutter plus efficacement contre la précarité, la loi ajoute 2 critères permettant, aux partenaires sociaux, dans le cadre de la négociation de la convention d'assurance chômage, de minorer ou majorer le taux de la contribution patronale, à savoir :

- **Le nombre de fins de contrat** de travail et de contrats de mise à disposition, à l'exception des démissions et contrats de mission d'intérim ;
- **Le secteur d'activité de l'entreprise.**

Ces critères s'ajoutent à ceux déjà existants à savoir : nature et durée du contrat de travail, motif de recours à un contrat d'une telle nature, âge du salarié et taille de l'entreprise.

• L'emploi

– L'entretien professionnel

❖ Abondement sanction du CPF

Chaque salarié a droit à un entretien professionnel tous les 2 ans et à un état des lieux récapitulatif de son parcours professionnel tous les 6 ans.

Actuellement, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le compte personnel de formation (CPF) est abondé lorsque, durant les 6 ans précédant son entretien d'état des lieux, le salarié n'a pas bénéficié :

- Des entretiens professionnels biennaux ;
- Et d'au moins 2 des 3 mesures suivantes :
 - Suivre une action de formation,
 - Acquérir des éléments de certification par la formation ou par la VAE,
 - Bénéficier d'une progression salariale ou professionnelle.

La loi a modifié les conditions de cet abondement. L'employeur abonde le CPF du salarié si celui-ci n'a pas bénéficié des entretiens professionnels et **d'au moins une formation** autre que celle destinée

à assurer l'obligation d'adaptation au poste de travail ou liée à l'évolution ou au maintien dans l'emploi.

❖ Nouvelles obligations d'information

Lors de l'entretien, l'employeur doit transmettre au salarié des informations relatives à **l'activation de son CPF, aux abondements** qu'il est susceptible de financer et **au conseil en évolution professionnelle.**

❖ Anticipation

L'entretien professionnel peut être **anticipé lorsqu'il est organisé dans le cadre d'une reprise de poste** après une suspension de contrat de travail (congé de maternité, arrêt longue maladie etc.).

❖ Aménagement par accord collectif

La loi autorise par accord collectif d'entreprise ou, à défaut, branche de :

- Définir un cadre, des objectifs et des critères collectifs d'abondement par l'employeur du CPF ;
- Prévoir d'autres modalités d'appréciation du parcours professionnel du salarié ;
- Définir une périodicité des entretiens différente.

– L'égalité homme-femme

Les dispositions relatives à l'égalité professionnelle entrent en vigueur de manière différée et au plus tard le :

- 1 janvier 2019 pour les entreprises de plus de 250 salariés ;
- 1 janvier 2020 pour celles entre 50 et 250 salariés.

❖ Publication des indicateurs sur les écarts de rémunération

Les employeurs sont tenus, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, de **publier chaque année des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération** entre les femmes et les hommes et **aux actions de mises en œuvre pour les supprimer**, selon des modalités et une méthodologie déterminées par décret.

Cette méthodologie et le contenu des indicateurs doivent figurer dans la BDES.

❖ Négociation d'un plan de rattrapage

Lorsque les résultats obtenus en termes d'écart de rémunération, au regard des indicateurs précités, sont en deçà d'un niveau qui sera fixé par décret, l'employeur sera tenu de négocier un **plan de rattrapage salarial** dans le cadre de la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle.

Ce plan de rattrapage salarial devra porter sur des **mesures adéquates et pertinentes de correction** et, le cas échéant, la programmation, annuelle ou pluriannuelle, **de mesures financières en vue de combler les écarts**.

Lorsque la négociation n'aboutit pas à un accord, ces mesures seront fixées par décision **unilatérale de l'employeur après consultation du CSE**. Cette décision sera déposée à la Direccte.

❖ Pénalités financières

La loi distingue 2 pénalités financières.

Pénalité due en cas de non-conformité aux seuils prévus par décret : La loi a créé une nouvelle pénalité financière applicable lorsque les écarts de rémunération ne sont pas conformes aux seuils prévus par décret.

L'employeur dispose de 3 ans pour se mettre en conformité avec ces seuils.

Un délai supplémentaire d'1 an peut être accordé à l'employeur en fonction des efforts constatés dans l'entreprise en matière d'égalité salariale ainsi que des motifs de sa défaillance.

Passé ce délai, si les écarts de rémunération sont toujours en deçà des seuils, l'employeur peut se voir appliquer une pénalité financière par la Direccte, dans des conditions fixées par décret. Cette pénalité ne peut dépasser 1% de la masse salariale versée aux salariés au cours de l'année civile précédant l'expiration du délai de 3 ans.

Pénalité due en cas d'absence de publication des indicateurs ou absence de mesures de rattrapage salarial :

l'employeur encourt une pénalité de 1% de la masse salariale versée aux salariés au cours des périodes où l'entreprise ne respecte pas ces obligations.

Ces 2 pénalités ne se cumulent pas.

– **Le harcèlement sexuel**

La loi a créé de nouvelles obligations en faveur de la lutte contre le harcèlement sexuel.

❖ Obligation de désigner des référents

Dans les entreprises d'au moins 250 salariés, l'employeur doit désigner **un référent en matière de harcèlement sexuel**. Celui-ci est chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés de l'entreprise en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes.

Le CSE doit aussi désigner un référent en la matière.

Celui-ci est désigné parmi les membres de ce comité, sous la forme d'une résolution adoptée à la majorité des membres présents.

❖ Affichage dans l'entreprise

En sus des sanctions pénales, les employeurs sont tenus d'afficher dans l'entreprise les voies de recours civiles et pénales ouvertes aux salariés en matière de harcèlement sexuel. Les autorités et services compétents seront précisés par décret.

– **Les travailleurs handicapés**

Les dispositions relatives aux salariés handicapés s'appliquent à compter du 1^{er} janvier 2020, sous réserve de la parution des décrets.

❖ Déclaration des travailleurs handicapés

A compter du 1^{er} janvier 2020, tout employeur doit déclarer l'effectif des bénéficiaires de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (OETH) qu'il emploie, selon des modalités qui seront fixées par décret.

Cette déclaration sera effectuée au moyen de la déclaration sociale nominative (DSN).

❖ Taux de l'OETH

Actuellement, l'OETH doit représenter au minimum 6% de l'effectif total de l'entreprise.

La loi prévoit que ce taux peut varier tous les 5 ans en fonction du nombre de bénéficiaires de l'obligation d'emploi dans la population active et de leur situation au regard du marché du travail.

❖ Périmètre de l'OETH

Dans une entreprise à établissements multiples, l'OETH s'applique au niveau de l'entreprise et non plus établissement par établissement.

❖ Acquittement de l'OETH

La loi a facilité les modalités d'acquittement de l'OETH.

A compter du 1^{er} janvier 2020, l'employeur pourra s'acquitter de son obligation en employant directement des personnes handicapées, **quelles que soient la durée ou la nature du contrat.**

Les stagiaires, les personnes handicapées en période de mise en situation en milieu professionnel et celles mises à disposition par les entreprises de travail temporaire sont **pris en compte à part entière**, selon des modalités fixées par décret.

La loi a supprimé la possibilité offerte jusqu'alors à l'employeur de s'acquitter de son OETH en passant des contrats de fourniture, de sous-traitance ou de prestations de services avec des entreprises adaptées, des centres de distribution de travail à domicile, des établissements ou services d'aide par le travail ou des travailleurs handicapés indépendants. Mais, les dépenses supportées directement par l'entreprise afférente aux contrats passés avec ces organismes sont déductibles de la contribution annuelle due par l'employeur. Les modalités seront fixées par décret.

L'employeur peut toujours s'acquitter de son OETH en appliquant un accord agréé dont la durée sera désormais limitée à 3 ans renouvelable 1 fois.

Enfin, l'employeur peut s'acquitter de son OETH en versant une contribution à l'Urssaf et non plus à l'Agefiph.

- **La succession de contrats à durée déterminée ou de contrats d'intérim**

A titre expérimental, la loi autorise les employeurs à conclure **un seul CDD** ou un seul contrat de travail temporaire **pour remplacer plusieurs salariés, dans des secteurs définis par décret.**

Cette expérimentation aura lieu du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2020.

Aujourd'hui, la jurisprudence autorise la conclusion d'un CDD pour le remplacement d'un seul salarié. Ainsi, lorsqu'un salarié est recruté en CDD pour remplacer successivement plusieurs salariés, il est conclu autant de contrats qu'il y a de salariés à remplacer (Cass. Soc., 28 juin 2006, n° 04-40.455).

- **Calcul de l'effectif pour la mise en place des IRP : prise en compte des contrats aidés**

A compter du 1^{er} janvier 2019, les salariés titulaires d'un contrat unique d'insertion (contrat initiative emploi ou contrat d'accompagnement dans l'emploi) seront pris en compte pour apprécier le seuil de mise en place des IRP.

- **Détachement**

❖ Obligations administratives simplifiées

Préalablement au détachement d'un salarié, une entreprise étrangère doit :

- Effectuer une déclaration de détachement ;
- Désigner un représentant de l'entreprise sur le territoire national.

Ces obligations peuvent être aménagées pour les employeurs détachant des salariés **de manière récurrente** à condition **qu'ils garantissent le respect du noyau dur des droits des salariés détachés**. La nature des aménagements sera déterminée par décret.

En outre, la loi prévoit de supprimer ces obligations pour les prestations de travail **de courte durée ou**

dans le cadre d'évènements ponctuels et dont les salariés détachés exercent **l'une des activités** dont la liste sera fixée par arrêté.

❖ Montant des amendes

Depuis le 7 septembre 2018, les amendes pouvant être infligées à l'employeur ou au donneur d'ordre ne respectant pas les règles de détachement voient leur plafond passé de 2000€ à 3000€ par salarié détaché concerné et de 4000€ à 6000€ en cas de récidive dans un délai de 2 ans, et non plus 1 an.

❖ Nouvelle obligation de vigilance

La loi a créé une nouvelle obligation à la charge du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage. Ce dernier est tenu de vérifier que son cocontractant s'est acquitté du paiement des amendes, le cas

échéant, dues pour non-respect des obligations liées au détachement.

Si l'inspecteur du travail constate que l'employeur étranger ne s'est pas acquitté de ses amendes, il saisit la Direccte qui en informe immédiatement l'entreprise concernée et lui enjoint de faire cesser ce manquement en procédant au paiement des sommes. En l'absence de régularisation avant le début de la prestation, la Direccte peut ordonner l'interdiction de la prestation pour une durée de 2 ans. Le non-respect de cette interdiction d'activité est passible d'une amende de 10 000€ maximum par salarié détaché concerné.

❖ Suppression du caractère suspensif du recours formé contre une amende

La loi a supprimé l'effet suspensif des recours formés contre les amendes administratives.

PARIS

152 bis, rue de Longchamp – 75116 Paris
Tél. : 33 (0)1 44 94 96 00
www.actanceavocats.com

NICE

1, rue Louis Gassin – 06300 Nice
Tél. : +33 (0)4 93 80 79 50
www.actanceavocats.com



Restez connectés avec Actance :

