

# Bird & Bird & Newsletter

## Droit social France

Mars 2015



### FOCUS

*Dispense de préavis : attention au délai de renonciation de la clause de non-concurrence*

*(Cass. soc. 21 janvier 2015, n°13-24471)*

S'il souhaite renoncer à l'application de la clause de non-concurrence, l'employeur doit en informer le salarié licencié et dispensé de l'exécution de son préavis avant son départ effectif de l'entreprise nonobstant des stipulations contractuelles ou conventionnelles contraires. A défaut, la levée de la clause est tardive et l'indemnité compensatrice est due.

Cette solution constitue la confirmation logique d'une position déjà adoptée par la Cour de cassation dans une décision de 2011 (Cass. soc., 22 juin 2011, n°09-68.762), dans laquelle la Cour avait énoncé qu' «*en cas de licenciement du salarié avec dispense d'exécution de son préavis, la date de départ de l'obligation de non-concurrence, la date d'exigibilité de l'obligation de verser une contrepartie financière et la date à compter de laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de cette contrepartie sont celles du départ effectif du salarié de l'entreprise*».

L'apport de l'arrêt du 21 janvier dernier consiste en l'ajout de l'incise «nonobstant stipulations et dispositions contraires». Ainsi, en cas de dispense de préavis, toute disposition conventionnelle ou contractuelle fixant la durée ou le point de départ du délai de renonciation de la clause de non-concurrence doit être ignorée par l'employeur. Ce dernier est tenu d'informer le salarié de sa décision de renoncer à la clause au plus tard le jour de son départ de l'entreprise.

En pratique, l'employeur aura tout intérêt à se positionner dans la lettre de licenciement sur l'application ou la levée de l'obligation de non-concurrence.

Consultation des SMS échangés via un portable professionnel (Cass. com., 10 février 2015, n°13-14779 ; Cass., soc., Avis 13 novembre 2014, n°1314779)

Les SMS envoyés ou reçus par le salarié au moyen du téléphone portable mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel.

L'employeur est donc en droit de les consulter en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme personnels.

Les SMS non identifiés comme personnels par le salarié peuvent donc être produits en justice sans que cela constitue un procédé déloyal au sens des articles 9 du Code civil et 6§ 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La solution n'est pas en soi nouvelle et est en ligne avec la jurisprudence de la chambre sociale en matière de messagerie professionnelle.

C'est toutefois le premier arrêt à se prononcer sur la question des SMS. A noter que la chambre commerciale avait saisi la chambre sociale pour avis sur ce dossier et a repris les termes de cet avis du 13 novembre 2014.

En pratique, la solution soulève quelques difficultés.

En effet, contrairement aux mails et aux fichiers informatiques, il est difficile de concevoir comment identifier un SMS comme personnel. C'était d'ailleurs l'une des interrogations de la société qui soulignait le fait que le SMS ne comporte pas de champ «objet».

La Cour de cassation ne donne pas de mode d'emploi mais il pourrait être envisagé d'accoler le terme « contact personnel » au nom même de la personne auquel il est adressé. Par ailleurs, certains smartphones prévoient désormais la possibilité d'insérer une case «objet» précédant le message.

A noter que dans l'avis du 13 novembre 2014, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que le contrôle par l'employeur des SMS envoyés ou reçus par le salarié au moyen de son téléphone portable professionnel est possible **même si le règlement intérieur de l'entreprise interdit au personnel d'utiliser les outils de communication à des fins personnelles.**

Réunion mensuelle des DP : l'assistance des élus se limite à un représentant par syndicat (Cass. soc., 28 janvier 2015, n°13-24242)

Les délégués du personnel peuvent demander dans le cadre de leurs réunions mensuelles l'assistance et le conseil non pas d'un seul représentant syndical pour tous, mais d'un représentant par syndicat.

L'article L. 2315-10 alinéa 2 du Code du travail dispose que : «*Les délégués du personnel peuvent, sur leur demande, se faire assister d'un représentant d'une organisation syndicale*» lors de leurs réunions avec l'employeur.

Cette rédaction implique-t-elle que les DP ne peuvent bénéficier que d'un seul représentant syndical pour tous ?

Non, répond la Cour de cassation : cette disposition ne doit pas être interprétée à la lettre comme limitant la faculté d'assistance de l'ensemble des élus à un seul et unique représentant syndical.

Selon la Cour de cassation, le nombre de représentants syndicaux pouvant être appelés à assister les DP est d'un représentant par syndicat.

Pour rappel, le représentant syndical qui peut assister un DP peut être soit un salarié de l'entreprise désigné par le syndicat auquel il adhère, soit un délégué syndical désigné par la section syndicale existant dans l'entreprise, soit encore un représentant syndical qui n'appartient pas à l'entreprise (Circ. DRT n°5, 28 juin 1984).

## Obligation de reclassement interne en cas de licenciement pour motif économique

Les offres de reclassement doivent être fermes et garantir le reclassement  
(Cass. soc., 28 janvier 2015, n° 13-23440)

Ne répondent pas aux exigences légales les offres de reclassement interne au sein du Groupe adressées aux salariés et subordonnant le recrutement à la validation par le responsable recrutement France du Groupe et le manager du département concerné. De telles offres ne sont pas fermes et ne garantissent pas le reclassement effectif du salarié.

Cette décision s'inscrit dans la ligne d'une précédente affaire (Cass. soc., 12 juillet 2010, n°09-15.982) dans laquelle la Cour de cassation avait censuré un PSE subordonnant le reclassement à l'accord de l'entité du groupe concernée.

Attention donc à la rédaction des PSE (risque de refus d'homologation/validation) et des offres de reclassement interne (risque de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse).

Les efforts d'adaptation de l'employeur dans le cadre du reclassement ont leurs limites  
(Cass. soc., 20 janvier 2015, n°13-25613)

La Société n'est pas tenue de proposer au salarié les postes qui impliquent une formation totalement différente.

Cet arrêt s'inscrit dans la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, en leur donnant au besoin une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé de délivrer une qualification nouvelle leur permettant d'accéder à un poste disponible de catégorie supérieure (Cass. soc. 17 mai 2006, n°04-43.022), ni d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut (Cass. soc. 2 juill. 2014, n°13-13.876).

**Intéressement : bénéfice de l'exonération de cotisations sous réserve du respect des formalités de dépôt de l'accord d'intéressement**  
(Cass. civ. 2, 22 janvier 2015, n°14-10701)

Il résulte des articles L. 242-1 du Code de la sécurité sociale et L. 3314-4, D. 3313-1, D. 3313-5 et D. 3313-6 du Code du travail que le bénéfice de l'exonération de cotisations est subordonné notamment au dépôt de l'accord d'intéressement auprès de la Direccte dans le délai de 15 jours prévu à l'article L. 3314-4 du Code du travail. L'arrêt du 22 janvier dernier précise que cette condition s'impose également aux avenants modificatifs.



## Nouvelles dispositions légales et réglementaires :

### Temps partiel : Ordonnance n°2015-82 du 29 janvier 2015

L'ordonnance du 29 janvier 2015 visant à simplifier et à sécuriser les nouvelles règles sur le temps partiel lève certaines incertitudes :

- Les contrats de travail d'une durée ne dépassant pas sept jours et les CDD et contrats de mission conclus pour un remplacement ne sont pas soumis à la durée minimale légale de 24 heures par semaine.
- Le salarié qui désirera travailler 24 heures après avoir demandé dans un premier temps une dérogation à la durée minimale légale bénéficiera d'une simple priorité.





## FLASH : la loi Macron

L'examen des mesures sociales du projet de loi Macron s'est achevé le 15 février à l'Assemblée. Que faut-il retenir de cette première lecture au Parlement ? Zoom sur les réformes importantes à l'exception du travail dominical qui fera l'objet d'un focus dans les newsletters à venir.

**Attention ! Il s'agit là des mesures adoptées par l'Assemblée nationale. Elles sont susceptibles d'évoluer lors de l'examen du texte par les sénateurs à compter du 7 avril prochain.**

## Licenciement économique

### ► Objectif : sécuriser certaines dispositions de la loi du 14 juin 2013

#### **Ordre des licenciements (article 98) :**

Il est prévu désormais que le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) puisse être fixé unilatéralement (dans le document unilatéral) et non plus seulement dans le cadre d'un accord collectif. Dans ce cas, le périmètre ne pourra être inférieur à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emploi.

#### **Clarification sur les petits licenciements économiques (article 99) :**

Les petits licenciements économiques ne sont pas soumis à notification préalable. Les entreprises doivent seulement informer l'administration des licenciements prononcés dans les huit jours qui suivent l'envoi des lettres de licenciement. Le projet corrige ainsi une «erreur de plume» de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.

#### **Reclassement à l'international (article 100) :**

Aujourd'hui, l'entreprise doit interroger le salarié sur son souhait de recevoir des offres de reclassement à l'étranger. Le projet de loi supprime cette obligation et prévoit que c'est au salarié de demander à recevoir des offres de reclassement à l'étranger dès lors que l'entreprise ou le groupe dont l'entreprise fait partie comporte des établissements en dehors du territoire national. Le salarié doit préciser ses restrictions éventuelles en termes de rémunération et de localisation. L'employeur doit alors transmettre les offres écrites et précises au salarié.

## Épargne salariale

### ► Objectif : Simplifier les dispositifs existants et inciter les petites entreprises à mettre en place un dispositif d'épargne salariale

#### **Harmonisation de la date de versement de l'intéressement et de la participation (article 36) :**

Les dates de versement de l'intéressement et de la participation sont harmonisées avant le premier jour du sixième mois suivant la clôture de l'exercice, **soit le 31 mai lorsque l'exercice correspond à l'année civile**. Cette harmonisation s'accompagne de la mise en place d'un taux d'intérêt de retard unique.

#### **Blocage par défaut des sommes issues de l'intéressement (article 35 decies) :**

À compter du 1er janvier 2016, l'intéressement sera placé par défaut, comme la participation, lorsqu'il existe un PEE ou un plan d'épargne interentreprises (PEI) dans l'entreprise. Les accords d'intéressement devront préciser les modalités d'information des salariés sur l'investissement par défaut de leur intéressement vers le PEE de l'entreprise. À défaut de précisions dans l'accord, ces modalités d'information, ainsi que les conditions d'investissement dans le PEE, seront précisées par décret.

#### **Un forfait social réduit pour les TPE mettant en place pour la première fois un dispositif d'épargne (article 40 ter) :**

À compter du 1er janvier 2016, le taux du forfait social est fixé à 8% pour les entreprises de moins de cinquante salariés qui mettent pour la première fois en place un dispositif d'intéressement ou de participation. Ce taux de 8% restera applicable pour la même durée en cas d'accroissement d'effectif, hors les cas de fusion, cession ou scission.

## Délit d'entrave

### ► **Objectif: Rationaliser les sanctions applicables au délit d'entrave, notamment pour ne pas dissuader les investisseurs étrangers**

L'amendement visant à inscrire la réforme du délit d'entrave directement dans le texte a été adopté. Le texte modifie les sanctions :

- lorsque l'entrave porte sur la constitution et la libre désignation d'une IRP : la peine de prison d'un an est maintenue. L'amende passe de 3 750 € à 7 500 € (maximum) ;
- lorsque l'entrave porte sur le fonctionnement d'une IRP : la peine de prison est écartée. Seule l'amende (au nouveau taux maximum de 7 500 €) peut être prononcée.

Une distinction que les parlementaires justifient par le caractère intentionnel ou non de l'infraction.

## Dialogue social

### ► **Objectif : rénover le dialogue social au sein de l'entreprise**

**Élections professionnelles (article 87) :**  
Pour davantage de simplicité, le juge judiciaire devient seul compétent pour toute question relative à l'organisation des élections CE/DP. Il revient ainsi au juge judiciaire de déterminer la répartition entre les collèges électoraux, de reconnaître le caractère d'établissement distinct, de fixer le nombre d'établissements et la répartition des sièges entre établissements pour les élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise.

Le pouvoir d'autoriser une dérogation aux conditions d'ancienneté nécessaires pour être électeur ou éligible au CE ou DP est aussi transféré de l'inspecteur du travail vers le juge judiciaire.



### *A suivre...*

La légalité de la loi Hamon (dispositif d'information préalable des salariés en cas de cession) et son décret sont contestés :

- La constitutionnalité de la loi du 31 juillet 2014 vient d'être remise en cause par le dépôt d'une QPC (question prioritaire de constitutionnalité) devant le Conseil d'Etat. Il est notamment reproché au législateur de porter une atteinte grave au droit de propriété en sanctionnant le défaut d'information par la nullité de la cession et de ne pas définir clairement le terme de cession. Nous saurons le 2 juin prochain si elle est admise auquel cas elle sera ensuite examinée par le Conseil Constitutionnel, qui devra rendre sa décision dans un délai de 3 mois en principe.
- Le décret du 28 octobre 2014 fait quant à lui l'objet d'une contestation par le biais d'un recours pour excès de pouvoir visant à annuler certains articles du Code du commerce.

# Contacts

Pour tout renseignement dont vous auriez besoin, nous vous invitons à contacter :

**Alexandra Stocki**

*Associée*

Tel: +33 1 42 68 67 09  
alexandra.stocki@twobirds.com



**Anne-Laure Rastoul**

*Collaboratrice*

Tel: + 33 1 42 68 60 94  
anne.laure.rastoul@twobirds.com



twobirds.com

Abu Dhabi & Beijing & Bratislava & Brussels & Budapest & Copenhagen & Dubai & Dusseldorf & Frankfurt & The Hague & Hamburg & Helsinki & Hong Kong & London & Lyon & Madrid & Milan & Munich & Paris & Prague & Rome & Shanghai & Singapore & Skanderborg & Stockholm & Sydney & Warsaw

Bird & Bird is an international legal practice comprising Bird & Bird LLP and its affiliated and associated businesses. Bird & Bird LLP is a limited liability partnership, registered in England and Wales with registered number OC340318 and is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority. Its registered office and principal place of business is at 15 Fetter Lane, London EC4A 1JP. A list of members of Bird & Bird LLP and of any non-members who are designated as partners, and of their respective professional qualifications, is open to inspection at that address.