



ADVANT Altana NEWSLETTER DROIT SOCIAL

JANVIER 2022

EDITO

Depuis bientôt deux ans les entreprises doivent s'adapter aux différentes mesures sanitaires édictées par le gouvernement pour lutter contre l'épidémie de covid. Lors de sa conférence de presse du 20 janvier 2022, le Premier ministre, a présenté le calendrier de levée des mesures sanitaires instituées le 27 décembre 2021. Il prévoit notamment l'entrée en vigueur du passe vaccinal le 24 janvier 2022. Les mesures sanitaires annoncées le 27 décembre 2021 étaient prévues pour trois ou quatre semaines pour ce qui concerne notamment les activités impliquant des interactions collectives (travail, spectacles, loisirs...). Elles sont prolongées de deux semaines à un mois et seront ensuite supprimées en deux étapes. A partir du 2 février Le télétravail (3 jours minimum) n'est plus obligatoire mais reste recommandé. Il appartient aux entreprises de décider du niveau adéquat, dans le cadre de leur dialogue social interne. À partir du mercredi 16 février, les allègements concerneront plus particulièrement la consommation et la vente de nourriture et de boissons dans les lieux publics.

Notre « Une » est consacrée à l'entrée en vigueur du passe vaccinal. Dans la rubrique le « coin du praticien », nous vous proposons un éclairage sur la clause de non-concurrence. Vous retrouverez également les dernières jurisprudences et actualités législatives.

Bonne lecture,

L'équipe Droit social
d'Advant Altana

À LA UNE

L'ENTREE EN VIGUEUR DU PASSE VACCINAL



La loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique est entrée en vigueur le 24 janvier 2022. Désormais, pour accéder aux lieux recevant du public, anciennement soumis au passe sanitaire, les salariés, intervenants et visiteurs d'au moins 16 ans devront justifier d'un schéma vaccinal complet. Le texte renforce les sanctions encourues et institue également une amende administrative spécifique à l'encontre des employeurs, en cas de « *situation dangereuse* » liée à l'exposition à la Covid-19.

Le passe vaccinal obligatoire dans les établissements recevant du public

Depuis le 24 janvier 2022, l'accès des personnes âgées d'au moins 16 ans aux lieux ouverts au public et soumis jusqu'à présent au passe sanitaire est subordonné à la présentation d'un

justificatif de statut vaccinal concernant la Covid-19. Ces dispositions sont applicables tant au public qu'aux personnes qui travaillent ou interviennent dans ces lieux.

Pour rappel, ces lieux concernés par le passe vaccinal, sont notamment les lieux où s'exercent des activités de loisirs, les restaurants et débits de boissons, les foires, les séminaires et salons professionnels, les transports interrégionaux, etc.

La présentation du résultat d'un test négatif à la Covid-19 ne suffit pour accéder à ces lieux.

Par dérogation, un décret (à paraître) devrait fixer les cas dans lesquels :

- un justificatif d'engagement dans un schéma vaccinal vaudra passe vaccinal pour le temps nécessaire à l'achèvement du schéma vaccinal et sous réserve de la présentation du résultat



négatif d'un examen de dépistage virologique ;

- un certificat de rétablissement de la Covid-19 pourra se substituer au passe vaccinal ;
- devront être présentés de manière cumulative un justificatif de statut vaccinal et le résultat négatif d'un examen de dépistage.

Renforcement du contrôle et des sanctions encourues

Tous les exploitants d'établissements recevant du public, habilités à contrôler le passe vaccinal ou sanitaire, pourront exiger, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que le document ne se rattache pas à la personne qui le présente, la présentation d'un document officiel comportant sa photographie afin de vérifier la concordance entre les éléments d'identité mentionnés sur ces documents.

Les personnes présentant un passe appartenant à autrui ou transmettant un passe authentique en vue d'une utilisation frauduleuse, de même que les exploitants d'établissements ne contrôlant pas le passe sanitaire ou vaccinal, seront passibles d'une contravention de la cinquième classe dès la première infraction (amende de 1 500 €, 3 000 € en cas de récidive).

Des sanctions pour l'employeur manquant à son obligation de sécurité

En présence d'une « *situation dangereuse* », résultant d'un risque d'exposition à la Covid-19 du fait du non-respect par l'employeur des principes généraux de prévention prévus par le code du travail, l'autorité administrative compétente peut, sur le rapport de l'agent de contrôle de l'inspection du travail et sous réserve de l'absence de poursuites pénales, prononcer une amende à l'encontre de l'employeur après mise en demeure préalable.

Sont notamment visées les situations dans lesquelles l'employeur ne recourt pas au télétravail alors qu'il est dans la possibilité de le faire ou encore des manquements en matière de port du masque ou d'agencement des espaces de travail.

Le montant maximal de l'amende est de 500€ par sa-

larié concerné dans la limite d'un plafond de 50 000€.

Un recours suspensif contre la décision prononçant une amende pourrait être formé devant le ministre chargé du travail, dans un délai de 15 jours à compter de la notification de la décision.

Ces dispositions sont applicables aux situations constatées par les agents de contrôle de l'inspection du travail jusqu'à une date déterminée par décret, et au plus tard jusqu'au 31 juillet 2022.

Le Conseil constitutionnel a validé l'essentiel des mesures prévues la loi

Dans une décision rendue le 21 janvier 2022, le Conseil constitutionnel a validé l'essentiel des mesures prévues par la loi, en imposant qu'il y soit mis fin dès lors qu'elles ne seront plus nécessaires. Il a toutefois censuré la disposition permettant de subordonner à la présentation d'un « passe sanitaire » l'accès à une réunion politique.

Deux réserves d'interprétation sont cependant formulées par le Conseil :

- si, dans certains cas, le texte prévoit que pourra être exigée la présentation cumulée d'un justificatif de statut vaccinal et du résultat d'un examen de dépistage virologique, ces dispositions ne sauraient toutefois, sans méconnaître la liberté d'aller et de venir, s'appliquer aux déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux,

- s'agissant de la faculté offerte aux personnes en charge du contrôle du passe sanitaire ou vaccinal de demander la présentation d'un document officiel avec une photo d'identité, le Conseil constitutionnel juge que cette demande doit être fondée sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes.

(Loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique)

(Décision du Conseil Constitutionnel n° 2022-835 du 21 janvier 2022)

LE COIN DU PRATICIEN

LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

La clause de non-concurrence est une clause du contrat de travail par laquelle le salarié s'engage à ne pas exercer, pendant une période déterminée à partir de la cessation de la relation de travail, une activité concurrente à celle de son employeur, pour son propre compte ou celui d'un autre employeur.

Conditions de validité

Pour être opposable à un salarié, la clause de non-concurrence doit être écrite et prévue par le contrat de travail : elle ne sera opposable au salarié que si celui-ci a été informé de son existence au moment de l'embauche.

Une clause de non-concurrence est valide si elle respecte les quatre conditions cumulatives suivantes :

i) elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise

La clause vise à protéger l'entreprise face à la concurrence et lui permet de préserver : une information, un savoir-faire, un fichier client, une relation avec la clientèle... Elle doit indiquer précisément quels sont ces intérêts.

ii) elle est limitée dans le temps et dans l'espace géographique

Une clause de non-concurrence doit indiquer une **durée limitée** pendant laquelle le salarié est tenu à une interdiction de concurrence.

Par ailleurs, le secteur géographique où s'applique l'interdiction de concurrence doit être **précisément défini**.

Tant la durée de la clause que

son secteur géographique ne peuvent être modifiés de manière unilatérale par l'employeur.

iii) elle tient compte de la nature de l'activité de l'entreprise et les spécificités de l'emploi du salarié

Pour être valable, la clause **doit être en relation avec l'activité de l'entreprise** mais aussi **avec celle du salarié** sans toutefois empêcher le salarié de retrouver un emploi conforme à sa formation et son expérience professionnelle sous peine de nullité.

iv) elle prévoit le versement d'une contrepartie financière

Le montant de la contrepartie pécuniaire est fixé librement par les parties au contrat de travail dans le respect des dispositions de la convention collective. Le plus souvent, il est déterminé en fonction d'un pourcentage de la rémunération mensuelle du salarié, cette rémunération devant s'entendre de la rémunération brute.

En tout état de cause, son montant ne doit pas être dérisoire. A défaut la clause serait jugée illicite.

La disposition minorant le montant de la contrepartie selon le mode de rupture ou son motif est quant à elle réputée non écrite, qu'elle soit d'origine contractuelle (Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-25.847) ou conventionnelle (Cass. soc., 14 avril 2016 n°14-29.679). En pratique, cela signifie que le montant le plus favorable au salarié doit être versé quel que soit le mode de rupture.

Non-respect des conditions de validité de la clause

Si la clause n'est pas conforme aux conditions de validité, le salarié, seul, peut en demander la nullité. **Dans ce cas, le salarié est libéré de son obligation de non-concurrence et l'employeur du paiement de la contrepartie financière.**

Dans l'hypothèse où, le salarié respecterait une clause de non-concurrence jugée nulle, cela ouvre droit, pour le salarié, à la réparation du préjudice subi.

En revanche, si une clause respecte bien les conditions de validité mais est manifestement excessive (dans son périmètre géographique, sa durée, etc...), le juge, chargé de son contrôle, peut en limiter la portée.

Le juge dispose donc d'un pouvoir d'appréciation large puisqu'il peut limiter la clause de non-concurrence dans le temps et dans l'espace, mais aussi agir sur ses autres modalités d'application **sauf à l'égard de la contrepartie financière.**

Mise en œuvre de la clause

À la suite de la rupture du contrat de travail, l'employeur doit verser la contrepartie financière et le salarié doit s'abstenir de faire concurrence à son ancien employeur dans les conditions fixées par la clause.

Si l'employeur ne verse pas l'indemnité à laquelle il est pourtant tenu en application de la clause de non-concurrence, le salarié est libéré de son obligation et peut donc entrer au service d'une société concurrente.

En cas de mobilité intragroupe, si le premier employeur a omis de dénoncer la clause de non-concurrence au moment de la rupture du premier contrat de travail, celle-ci reprend ses effets normaux à partir du jour où le second contrat de travail est rompu, à condition toutefois que le délai contractuel d'application de la clause soit toujours en cours au moment de cette rupture (Cass. soc., 12 sept. 2018, n°17-10.853).

Renonciation à la clause

La renonciation a pour effet de libérer l'employeur de l'obligation de verser au salarié l'indemnité compensatrice prévue par la clause. En contrepartie, le salarié peut s'engager auprès d'une entreprise concurrente.

La renonciation unilatérale par l'employeur à la clause de non-concurrence est possible uniquement si cette faculté est prévue par le contrat de travail ou, à défaut, par la convention collective à laquelle ce dernier se réfère.

À défaut de dispositions spécifiques, l'employeur ne peut renoncer unilatéralement à l'exécution de la clause. L'accord du salarié est nécessaire.

La convention collective ou le contrat de travail peuvent prévoir la faculté de renoncer à la clause de non-concurrence dans un certain délai suivant la notification de la rupture du contrat de travail. Dans ce cas, **la renonciation doit intervenir au plus tard à la date du départ effectif du salarié de l'entreprise en cas de dispense de préavis** ou de rupture conventionnelle.

En l'absence de délai prévu, l'employeur doit renoncer à la clause au moment de la rupture du contrat de travail (Cass. soc., 13 juill. 2010, n°09-41.626).

Violation de la clause de non-concurrence – comment réagir ?

Pour faire cesser l'activité professionnelle du salarié qui se ferait en contravention d'une clause de

non-concurrence – plusieurs options sont envisageables :

- demander au nouvel employeur de faire cesser l'activité concurrente ;
- demander au juge d'ordonner des mesures d'instruction ;

- demander au Conseil de prud'hommes d'ordonner au salarié de faire cesser l'activité concurrente.

Enfin, il est possible d'obtenir réparation :

- vis-à-vis du salarié devant le Conseil de prud'hommes ;

- vis-à-vis du concurrent, étant précisé que le degré de responsabilité dépend de sa connaissance ou non de l'existence de la clause.

Le salarié qui viole même temporairement l'obligation contractuelle de non-concurrence perd le droit à l'indemnité compensatrice (Cass. soc., 31 mars 1993 n°88-43.820). Il peut être condamné à rembourser les sommes versées à ce titre, sauf celles correspondant au temps où il a respecté la clause (Cass. soc., 9 avril 2008 n°06-46.523).



JURISPRUDENCES

Un syndicat n'est pas recevable à agir, au nom de l'intérêt collectif de la profession, pour obtenir la nullité ou l'inopposabilité des conventions individuelles des salariés concernés. (Cass. soc., 15 décembre 2021 n°19-18.226)

La seule fixation d'une rémunération forfaitaire, sans que ne soit déterminé le nombre d'heures supplémentaires inclus dans cette rémunération, ne permet pas de caractériser une convention de forfait. (Cass. soc., 15 déc. 2021, n°15-24.990)

L'indemnité en réparation du préjudice subi du fait de l'absence de

notification écrite des motifs qui s'opposent au reclassement en cas de licenciement pour inaptitude et l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ne se cumulent pas. (Cass. soc., 15 déc. 2021, n°20-18.782)

Commets une discrimination l'employeur qui empêche un syndicat de distribuer des tracts dans l'entreprise, pendant la plage d'horaires variables, et lui demande de retirer ceux mis à disposition des salariés, en alléguant, à tort, un contenu confidentiel. (Cass. soc., 5 janvier 2022 n°20-15.005)

Tous les électeurs de l'entreprise

doivent être consultés en cas de référendum sur un accord collectif minoritaire, peu important que les accords collectifs en cause ne visent qu'une partie d'entre eux. (Cass. soc., 5 janv. 2022, n°20-60.270)

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, le CSE n'a pas à être consulté sur le projet de licenciement d'un membre élu au CSE (titulaire ou suppléant), d'un représentant syndical au CSE ou d'un représentant de proximité du CSE, sauf si une telle consultation a été prévue par un accord collectif conclu en application de l'article L. 2312-4 du Code du travail. (CE, 29 déc. 2021, avis n°453069)

EN BREF

- Décret n°2021-1741 du 22 décembre 2021 relève le SMIC à 10,57 € brut par heure et le minimum garanti à 3,76 € à compter du 1^{er} janvier 2022 ;
- Loi n°2021-1754 du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022 prévoit notamment le prolongement du dispositif des arrêts de travail dérogatoires en 2022, le maintien le régime social des indemnités complémentaires d'activité partielle en 2022 et l'adaptation des dispositions relatives à la complémentaire santé solidaire et étend le champ des bénéficiaires de la retraite progressive ;
- Loi n°2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle impose, concernant les entreprises d'au moins 1000 salariés, la publication annuelle des écarts de représentation entre les sexes aux postes à hautes responsabilités et au sein des instances dirigeantes de l'entreprise et prévoit qu'à compter du 1^{er} mars 2026, elles devront atteindre une proportion minimale de 30 % de personnes de chaque sexe parmi les cadres dirigeants et les cadres membres des instances dirigeantes, puis de 40 % au 1^{er} mars 2029 ;
- Loi n°2021-1900 du 30 décembre 2021 de finances pour 2022 comporte des dispositions visant à pérenniser ou à prolonger certaines mesures temporaires relatives à l'activité partielle, fixant également le cadre légal du contrat d'engagement jeune et sécurisant le mode de calcul de l'effectif dans le cadre de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés ;
- Foire aux questions de l'URSSAF relative à l'indemnité inflation mise à jour le 4 janvier apportant de nouvelles précisions notamment qu'il est possible de verser une somme supérieure à 100 € par salarié ;
- Note de la CNIL publiée sur son site internet le 5 janvier 2022 détaillant la marche à suivre pour répondre à un salarié sollicitant un accès à ses données personnelles et à ses courriels professionnels ;
- FAQ sur l'activité partielle mise à jour le 11, 18 et 20 janvier 2022 apportant des précisions sur la situation des établissements recevant du public pouvant bénéficier des majorations d'indemnité d'activité partielle de 70% ;
- Protocole sanitaire en entreprise mis à jour le 21 janvier prévoit que le minimum de télétravail de 3 jours par semaine est applicable jusqu'au 1^{er} février inclus et à compter du 2 février 2022, le recours au télétravail est « recommandé » ;
- Décision du Conseil constitutionnel n°2022-835 DC du 21 janvier 2022 validant l'essentiel du dispositif de passe vaccinal ;
- Loi n°2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique.

AGENDA

- Mickaël d'Allende est intervenu auprès des étudiants du Master 2 de droit social de l'Université de Nancy le 13 janvier 2022 sur le thème « Droit du travail & Stratégie d'entreprise » ;
- Mickaël d'Allende a été interviewé par Florence Duprat sur le plateau de BSMART le 22 janvier 2022 sur les dernières tendances en matière de télétravail.

