

09/09/2021

Un salarié peut-il avoir une deuxième occupation ?

Présentation du cas

Mr. Tian a pris ses fonctions en 2011. Le règlement intérieur de son Employeur prévoyait clairement que : (i) les salariés ne sont pas autorisés à occuper des fonctions dans d'autres sociétés sans l'accord préalable écrit de l'Employeur ; (ii) dans le cas où un salarié serait employé directement ou indirectement par une autre société ou organisation ou rendrait des services à ces derniers sans l'accord préalable écrit de l'Employeur, celui-ci est alors en droit de résilier unilatéralement le contrat de travail sans versement d'aucune compensation.

En avril 2018, M. Tian a constitué une société (« Newco ») sans en informer préalablement son Employeur. M. Tian était le seul actionnaire de Newco et y occupait les positions d'administrateur exécutif et de représentant légal. En sus, il s'est avéré que M. Tian a, à plusieurs reprises, utilisé son adresse mail professionnelle fournie par son Employeur pour obtenir des opportunités commerciales, proposer des devis et communiquer sur des projets commerciaux pour le compte de Newco. Il a également conclu au nom de Newco des accords commerciaux avec l'Employeur, des fournisseurs et des compétiteurs de ce dernier.

L'Employeur a organisé un entretien avec M. Tian au sujet de Newco et à l'issue de ce dernier un compte rendu écrit a été établi et signé par M. Tian. L'Employeur a finalement décidé de résilier le contrat de travail de M. Tian sur le fondement d'une grave violation du règlement intérieur de l'Employeur du fait de l'exercice d'une deuxième occupation non approuvée préalablement par l'Employeur.

M. Tian a ensuite prétendu ne pas être informé du contenu du règlement intérieur et considérant son renvoi injustifié, il a saisi la commission d'arbitrage en droit du travail compétente.

Point du vue du juge

Le juge a noté que M. Tian avait bien signé le récépissé de confirmation de la réception du règlement intérieur, et qu'il a en sus confirmé lors de l'entretien qu'il était informé du contenu du règlement intérieur. Dans ces conditions, le juge a conclu que le règlement intérieur était bien applicable à M. Tian.

Par ailleurs, le compte rendu écrit de l'entretien présenté par l'Employeur démontre clairement que M. Tian a reconnu avoir établi Newco et avoir participé activement aux activités commerciales de Newco, alors même qu'il n'avait pas obtenu l'accord préalable de son Employeur.

En conclusion, le juge a confirmé que la résiliation du contrat de travail de M. Tian sur la base d'une grave violation des dispositions du règlement intérieur était fondée et a donc rejeté l'intégralité des demandes de M. Tian.

Notre analyse

Il n'est pas rare qu'un salarié à temps partiel travaille simultanément pour plusieurs employeurs ce qui est une situation autorisée par les lois. En revanche, la possibilité pour un salarié à temps plein d'avoir une deuxième occupation ou une activité secondaire, est un sujet qui mérite d'être approfondi.

Le terme "deuxième occupation" est très général et couvre à la fois le cas où (i) un salarié conclut un deuxième contrat de travail avec un autre employeur en sus de celui existant avec son premier employeur, mais aussi (ii) le cas où le salarié exerce des activités professionnelles, mais sans établissement d'une nouvelle relation de travail, telles que des activités pour son propre compte (cas de M. Tian) avec la constitution par exemple de sa propre société, ou alors des activités de vente de services ou de produits en ligne (WeChat, TMall, etc...).

D'une manière générale, les employeurs hésitent à autoriser leurs salariés à exercer une deuxième occupation, car ils craignent que cette nouvelle occupation ait des conséquences négatives sur la performance, l'engagement et/ou la productivité des salariés concernés au sein de l'entreprise, puisque ces derniers ne pourront plus consacrer l'intégralité de leur temps de travail à l'entreprise et seront moins concentrés sur leurs tâches habituelles.

Du point de vue juridique, la loi n'interdit pas directement aux salariés à temps plein d'avoir une deuxième occupation. Cependant, l'article 39.4 de la loi sur les contrats de travail de la République populaire de Chine (l'« Article 39.4 ») prévoit la possibilité pour un employeur de résilier unilatéralement sans préavis et sans indemnité le contrat de travail d'un salarié qui a signé un deuxième contrat de travail avec une autre entreprise, dans le cas où :

- (i) cette deuxième occupation a un impact important sur la réalisation des tâches confiées par le premier employeur ;
ou
- (ii) le salarié refuse de remédier à cette situation après que l'employeur lui en ait fait la demande expresse.

D'une manière générale, il est souvent difficile pour un employeur de démontrer que l'un de ses salariés est titulaire d'un deuxième contrat de travail. Quand bien même l'employeur serait en mesure d'apporter la preuve de cette relation contractuelle, il est en pratique extrêmement complexe de démontrer que le salarié se trouve dans le cas (i) visé ci-dessus, mais en revanche beaucoup plus aisé de démontrer le point (ii) puisqu'il suffit pour cela que l'employeur fasse une demande expresse en ce sens à son salarié.

Cependant, dans la plupart des cas, le salarié engagé dans une deuxième activité, n'est pas titulaire d'un deuxième contrat de travail. Généralement, le salarié va créer sa propre entreprise (comme dans le cas de M. Tian), ou participer à une entreprise créée par des amis, sa famille, ou encore ouvrir des magasins en ligne pour la vente de produits ou la fourniture de prestations de services. Or, dans ces différents cas de figure, l'Article 39.4. ne peut pas être utilisé. C'est pourquoi, afin de pouvoir lutter efficacement contre ces situations relativement fréquentes, la seule approche possible pour les employeurs est d'insérer des dispositions spécifiques dans leur règlement intérieur, permettant la résiliation du contrat de travail pour faute en cas de deuxième occupation (voir ci-dessous nos recommandations).

Il convient toutefois d'apporter une attention toute particulière à l'application effective de cette clause, dans la mesure où toute occupation secondaire n'entraîne pas forcément des conséquences négatives pour l'employeur, et pourrait ne pas être supportée par le juge compétent en cas de litige avec le salarié. Ainsi, par exemple, nous déconseillons de licencier un salarié à temps plein qui se trouverait dans un des cas suivants :

- Le salarié utilise son temps libre pour son activité secondaire ;
- Le salarié exerce de manière très occasionnelle une activité secondaire ;
- Le salarié est uniquement actionnaire d'une autre société, ou occupe simplement des fonctions d'administrateur ou de superviseur, et il n'est pas possible de démontrer qu'il est effectivement engagé dans les activités commerciales/industrielles de cette autre société. En revanche, s'il occupe les fonctions de directeur général, il est alors considéré de fait comme en charge des activités commerciales/industrielles de cette autre société et le licenciement est alors possible.

Enfin, il convient de rappeler que conformément aux dispositions de l'article 91 de la Loi de la République populaire de Chine sur les contrats de travail, le nouvel employeur est solidairement responsable des pertes causées à une autre entreprise du fait du recrutement d'un employé dont le contrat de travail avec cette entreprise n'aurait pas été terminé ou ne serait pas arrivé à expiration.

Nos recommandations

- **Eviter autant que possible de recruter un employé qui serait toujours lié par un autre contrat de travail.** Dans ce but, nous préconisons (i) d'exiger systématiquement lors de tout recrutement la présentation d'un certificat de fin de relation contractuelle avec l'employeur précédent ; (ii) d'inclure la clause suivante dans le contrat de travail « *l'employé déclare et reconnaît qu'il est libre de tout engagement qui pourrait l'empêcher ou le restreindre dans ses droits d'être engagé par la Société aux termes du présent Contrat de travail, et qu'avant l'entrée en vigueur du présent Contrat de travail, il a réglé toutes ses obligations avec son ancien employeur* ».
- **Prévoir une clause spécifique dans le règlement intérieur** : à savoir une clause interdisant aux salariés d'exercer une deuxième activité professionnelle pendant la durée de leur contrat de travail sans avoir obtenu l'accord préalable écrit de l'employeur.

Cette clause doit aussi prévoir la possibilité pour l'employeur de résilier le contrat de travail sans préavis et sans indemnité dans un certains nombres de cas, tels que :

- Le salarié exerce sa seconde activité pendant ses heures de travail au sein de l'employeur ; ou
- La seconde activité exercée par le salarié est un conflit d'intérêt avec son activité au sein de l'employeur, ou est susceptible de causer la divulgation d'informations confidentielles de l'employeur, ou est concurrente des activités de l'employeur ; ou
- Le salarié exerce sa seconde activité pendant ses congés maladie, congés maternité, ou pendant la période de traitement médical suite à un accident du travail, etc.

Enfin, il convient de bien s'assurer de la validité du règlement intérieur (qui nécessite pour rappel une procédure démocratique, suivie d'une publication à tous les employés, et une preuve de réception par chaque employé).

- **Collecter et conserver des preuves** : toute preuve démontrant que l'employé exerce une seconde occupation est cruciale pour pouvoir justifier d'un licenciement. Le recours à un entretien surprise (comme dans le cas de M. Tian) peut être une bonne option, avec la rédaction d'un compte rendu signé, ou encore l'enregistrement de l'entretien.

Contact :

GAO Jing

Associate-Beijing Office

Gaojing@dsavocats.com

LES BRÈVES

www.ds-savoirfaire.com

DS | **SAVOIR FAIRE**

Les Brèves ont pour but de donner un aperçu des développements juridiques récents. Leur contenu n'exprime pas un avis juridique et ne saurait se substituer à une consultation juridique.