

MENSUEL  
DU  
DROIT DU TRAVAIL



**N°21**  
**Mai 2011**



## **SOMMAIRE**

<b>A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL</b>	<b>3</b>
<b>B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS</b>	<b>15</b>
<b>D - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL</b>	<b>16</b>
<b>E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES</b>	<b>20</b>
<b>F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL</b>	<b>39</b>

# **A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL**

## **1- Emploi et formation**

*\* Lutte contre le travail illégal*

### **Sommaire**

I - Il résulte des articles L. 6323-1 et L. 6323-17 du code du travail que le salarié dont la prise d'acte de la rupture du contrat de travail est justifiée, et qui n'est pas tenu d'exécuter un préavis, a droit d'être indemnisé de la perte de chance d'utiliser les droits qu'il a acquis au titre du droit individuel à la formation.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour rejeter la demande d'indemnisation du salarié à ce titre, retient qu'il n'a jamais formulé de demande, ni depuis 2005 comme le suppose l'article L. 6323-10 du code du travail, ni à l'occasion de la prise d'acte de la rupture pour une éventuelle demande pendant le préavis.

II - Selon l'article L. 8241-1 du code du travail, toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre est interdite. Et selon l'article L. 8231-1 du même code, le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail est interdit.

Doit en conséquence être censuré l'arrêt qui, pour rejeter la demande du salarié de paiement d'un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires effectuées et d'une indemnité au titre du travail dissimulé, retient que la rémunération du salarié était refacturée au centime près et qu'il n'est pas fondé à soutenir que sa mise à disposition l'a privé du bénéfice d'une convention collective qui lui aurait ouvert droit à une meilleure rémunération au travers du paiement d'heures supplémentaires, alors qu'il ressortait de ses constatations, d'une part que la société bénéficiaire du prêt de main-d'oeuvre ne supportait aucun frais de gestion du personnel hors la rémunération du salarié, ce qui représentait une économie de charges établissant le caractère lucratif de l'opération, et, d'autre part, que la convention collective des sociétés financières, qui était applicable au salarié conformément à l'article L. 8241-2 du code du travail, ne prévoyait pas le recours aux conventions de forfait jours, le salarié ayant ainsi subi un préjudice du fait du non-paiement des heures supplémentaires effectuées, ce qui établit le marchandage.

**Soc., 18 mai 2011**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1112 FS-P+B**

N° 09-69.175 - C.A. Toulouse, 19 juin 2009

Mme Collomp, Pt. - M. Gosselin, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

### **Note**

I - L'arrêt est relatif à la question des conséquences de la prise d'acte à l'initiative du salarié, sur le droit individuel à la formation (DIF), dont le principe est posé par l'article L. 6323-1 du code du travail.

Un salarié, qui a vu les modalités de sa rémunération modifiées par la société qui l'emploie, a refusé de signer l'avenant à son contrat de travail, et a pris acte de la rupture de ce dernier aux torts de l'employeur.

Par le présent arrêt, la Chambre sociale confirme le bien-fondé de la prise d'acte (examen du premier moyen), ce qui conformément à sa jurisprudence, signifie que ce mode de rupture entraîne la cessation immédiate du contrat (Soc., 30 janvier 2008, pourvoi n° 06-14.218, Bull. 2008, V, n° 28 (2)).

Cet effet a des conséquences sur le droit individuel à la formation, en ce qui concerne les droits acquis par le salarié. L'article L. 6323-17 du code du travail prévoit que ce dernier peut demander le bénéfice d'une somme qui sera affectée à sa formation, en cas de licenciement -sauf faute lourde, ou de démission, à condition qu'il en forme la demande avant la fin de son préavis. Or dans le cas d'une prise d'acte justifiée, la cessation immédiate du contrat de travail prive le salarié de tout préavis. Cependant, le bénéfice du DIF ne disparaît pas pour autant.

Par le présent arrêt, la Chambre sociale juge que le salarié qui n'a pas pu bénéficier d'un préavis, et n'a donc pas eu le délai utile pour former une demande au titre du DIF, ne perd pas ses droits, et peut prétendre à une indemnisation au titre de la perte de chance d'utiliser les droits qu'il a acquis à ce titre.

Dans un arrêt non publié (Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° 08-45.090), la Chambre sociale avait déjà requalifié la demande d'un salarié en paiement de l'allocation de formation liée au DIF, dans une procédure de résiliation judiciaire aux torts de l'employeur, en demande de dommages-intérêts, le salarié ayant été dans l'impossibilité d'exercer son droit individuel à la formation.

II - Un salarié est embauché par une société de fabrication de matériel agricole, et le même jour, mis à la disposition de la société de financement qui accorde les prêts aux acquéreurs de ce matériel. Le personnel de la société de financement est entièrement du personnel mis à disposition soit par l'entreprise de fabrication, soit par un établissement financier partenaire. Il s'agit donc d'une opération de prêt de main-d'oeuvre ou fourniture de main d'oeuvre.

La décision est rendue au visa des articles L. 8241-1 et L. 8231-1 du code du travail :

- le premier article interdit toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre (sauf essentiellement dans le cadre du travail temporaire, du portage salarial et des entreprises de travail à temps partagé).

- le second interdit le « marchandage », défini comme « toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail ».

De la combinaison de ces deux textes, on peut déduire que sont autorisées :

- les opérations de prêt uniquement de main-d'oeuvre et à but non lucratif

- les opérations non exclusives de prêt de main-d'oeuvre même à but lucratif, mais qui n'occasionnent aucun préjudice au salarié ou n'éludent pas l'application de la loi, d'un règlement, d'une convention ou d'un accord collectifs.

Il s'agissait en l'espèce de savoir d'abord si l'opération soumise à la Cour de cassation était un prêt de main d'oeuvre illicite et ensuite si elle constituait un marchandage comme le soutenait le salarié.

Pour répondre à la première question, il convenait de déterminer en quoi consiste un but lucratif, et au profit de quelle entreprise.

Selon la Chambre criminelle, « le but lucratif de l'opération conclue entre ces entreprises, liées par des intérêts communs, (...) peut consister, au profit de l'utilisateur ou du prêteur de main-d'oeuvre, en un bénéfice, un profit ou un gain pécuniaire » (Crim., 20 mars 2007, pourvoi n° 05-85.253, Bull. crim. 2007, n° 86).

Le but lucratif peut donc exister, non seulement pour l'entreprise « "prêteuse », mais aussi pour l'entreprise « utilisatrice ». Pour cette dernière, un précédent arrêt avait jugé que la simple économie réalisée par l'utilisateur ne constituait pas un but lucratif (Soc., 1<sup>er</sup> avril 2003, pourvoi n° 02-14.680, Bull. 2003, V, n° 128 (2), dans le cadre particulier du service public hospitalier).

Dans l'espèce de l'arrêt, la société « prêteuse » ne faisait apparemment pas de bénéfice, puisque les rémunérations des salariés étaient refacturées au centime près à la société « utilisatrice ». Cependant la Cour d'appel avait constaté que le bénéficiaire du prêt était dispensé de tout frais de gestion de personnel. La Cour de cassation a donc jugé que le prêt de main d 'oeuvre était bien lucratif.

Pour déterminer si l'opération n'était pas également un marchandage, la haute juridiction a recherché si l'opération de prêt de main-d'oeuvre n'avait pas causé un préjudice au salarié, ou ne permettait pas d'échapper à l'application d'une règle légale ou conventionnelle.

Dans un arrêt de 1998, la Chambre criminelle avait jugé que constituait un préjudice pour des salariés le fait pour eux d'être privés des avantages sociaux découlant de la législation sociale française alors qu'ils étaient mis à disposition de la société mère française par une société filiale située en Suisse (Crim., 12 mai 1998, pourvoi n° 96-86.479, Bull. crim. 1998, n° 160).

Dans l'espèce de l'arrêt du 18 mai, la lettre de mise à disposition du salarié soumettait ce dernier à la convention collective des ingénieurs et cadres de la métallurgie, et donc à la convention de forfait-jours en découlant.

Or l'entreprise « utilisatrice », de par son objet, ne relevait pas de cette convention collective, mais était plutôt susceptible d'être soumise à la convention collective des sociétés financières, qui ne prévoit pas la possibilité de recourir au forfait-jours. Il aurait alors fallu, selon l'article L. 3121-39 du code du travail, que la possibilité d'une convention individuelle de forfait dans le contrat de travail soit prévue par un accord collectif d'entreprise ou un accord de branche. A défaut, le salarié aurait dû bénéficier du paiement d'heures supplémentaires.

Le salarié, qui revendiquait précisément l'accomplissement de nombreuses heures supplémentaires, et demandait l'indemnisation de ce chef de préjudice, soutenait que par ce dispositif, la société « utilisatrice » évitait ainsi le paiement de telles heures, et éludait l'application de la convention collective qui lui était applicable.

C'est cette argumentation que valide la présente décision, qui casse l'arrêt de cour d'appel pour violation de la loi.

## **2- Droits et obligations des parties au contrat de travail**

### *\* Droit individuel de formation*

Voir commentaires de l'arrêt n° 1112 du 18 mai 2011 (pourvoi n° 09-69.175)

### *\* Modification du contrat de travail*

## Sommaire

I - La cour d'appel qui a constaté que le contrat signé par les parties avait été soumis à l'homologation de la fédération française de football sur la demande conjointe du salarié et du club sportif, a ainsi caractérisé l'intention de nover le précédent contrat qui les liait.

II - Le retrait des fonctions d'entraîneur-adjoint préparateur physique de l'équipe première d'un club de football évoluant en championnat national au profit de fonctions de préparateur physique des équipes 14, 16 et 18 ans et de superviseur des équipes seniors, ou d'entraîneur de l'équipe de CFA2, constitue une déclassification caractérisant une modification du contrat de travail.

**Soc., 25 mai 2011**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1211 F-P+B**

N° 10-18.994 - C.A. Nîmes, 13 avril 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Flores, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén.

## Note

I - Le présent arrêt soulevait, en premier lieu, une question relative à la novation.

L'article 1273 du code civil dispose que « la novation ne se présume point : il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte ».

Il est de jurisprudence constante que l'intention de nover doit être non équivoque et résulter clairement des faits et actes intervenus entre les parties (Com., 31 janvier 1983, pourvoi n° 81-16.027, Bull. 1983, IV, n° 44 ; pour un exemple en matière sportive : Soc., 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.321, Bull. 2010, V, n° 3 (1)).

La Cour de cassation admet cependant que la volonté de nover peut être tacite pourvu qu'elle soit certaine (Com., 25 Sept 1984, pourvoi n° 82-14.993, Bull. 1984, IV, n° 245 ; 3 e Civ., 15 janvier 1975, pourvoi n° 73-13.331, Bull. 1975, III, n° 16).

L'existence de l'intention de nover est appréciée souverainement par les juges du fond (1 re Civ., 25 mai 1976, pourvoi n° 73-11.392, Bull. 1976, I, n° 200 (1)).

Dans la présente affaire, la Cour d'appel avait constaté que sur demande conjointe du salarié et du club de football, le nouveau contrat signé entre ces deux parties avait été soumis à l'homologation de la Fédération française de football. La Cour de cassation considère que le fait que le salarié ait participé à cette demande est de nature à caractériser la volonté de nover. Elle approuve donc la cour d'appel d'avoir dit qu'il y avait bien eu novation du contrat de travail.

II - En second lieu, il s'agissait de déterminer si le retrait des fonctions d'entraîneur-adjoint préparateur physique de l'équipe première d'un club de football évoluant en championnat national au profit de fonctions de préparateur physique des équipes 14,16 et 18 ans et de superviseur des équipes seniors, ou d'entraîneur de l'équipe de CF A2, constituait une modification du contrat de travail ou bien un changement des conditions de travail.

Si le changement des conditions de travail est décidé par l'employeur, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de direction et est opposable au salarié, la modification du contrat de travail, en revanche, ne peut intervenir que d'un commun accord entre l'employeur et le salarié. Si cet accord intervient, la modification est licite et le contrat se poursuit conformément à ce qui est, désormais, l'intention des parties. Si l'accord du salarié n'est pas donné, l'employeur peut renoncer à son projet : le contrat continue aux conditions antérieures. Si, malgré le refus du salarié, l'employeur estime qu'il ne peut conserver le salarié aux conditions antérieures, il peut le licencier.

En l'espèce, la cour d'appel avait décidé que « le simple changement d'affectation, sans porter atteinte ni à la rémunération ni à la qualification du salarié ne constituait qu'une simple modification de ses conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur ».

Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, au contraire, ce changement de fonctions constituait une déclassification caractérisant une modification du contrat de travail.

Il existe, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, d'autres exemples de déclassement considérés comme une modification du contrat de travail.

Ainsi, pour rester dans le domaine sportif, par un arrêt diffusé du 17 octobre 2007, elle a jugé qu'un salarié qui s'était vu confier par l'employeur, aux termes d'un avenant contractuel, les fonctions d'entraîneur de l'équipe « A » bien qu'il ne fût pas titulaire du diplôme correspondant, était en droit de refuser la nouvelle définition de ses fonctions, caractérisant un retour à celles d'entraîneur adjoint, dans la mesure où elle opérerait une modification de son contrat de travail (Soc., 17 octobre 2007, pourvoi n° 05-42.525).

Dans un arrêt du 12 mai 1976, elle a approuvé les juges du fond qui, ayant constaté qu'un journaliste, après avoir exercé les fonctions de rédacteur du service politique avait été nommé « rédacteur sédentaire » dont les fonctions consistaient à participer au siège du journal à des travaux occasionnels, avaient pu en déduire que même si l'intéressé avait conservé ses avantages de classification, de salaire et d'ancienneté, les postes étaient différents aussi bien par la nature des fonctions exercées que par le niveau dans la hiérarchie indicielle et en avaient conclu qu'une modification du contrat de travail avait été opérée (Soc., 12 mai 1976, pourvoi n° 75-40.256, Bull. 1976, V, n° 478).

Dans un arrêt du 28 janvier 2005, elle a confirmé la décision d'une cour d'appel relative à un salarié « directeur compte-clé » chargé de développer la présence et l'implantation de produits auprès de la grande distribution. En effet, les juges du fond avaient relevé que l'avenant à son contrat de travail, s'il ne modifiait pas effectivement les conditions de rémunération du salarié, transformait néanmoins totalement ses attributions et le niveau de ses responsabilités puisqu'il n'était plus en charge de la grande distribution mais d'enseignes privées ramenant ses responsabilités à un niveau très inférieur; que l'employeur avait donc procédé à une modification du contrat de travail (Soc., 28 janvier 2005, pourvoi n° 03-40.639, Bull. 2005, V, n° 35).

*\* Novation du contrat de travail*

Voir commentaires de l'arrêt n° 1211 du 25 mai 2011 (pourvoi n° 10-18.994)

*\* Obligation pour l'employeur, souscripteur d'une assurance de groupe d'informer les salariés adhérents des réductions de garanties*

## **Sommaire**

La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

Le préjudice subi par le salarié du fait du non respect par l'employeur de son obligation d'information prévue par l'article 12 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, résulte de sa perte de chance d'obtenir, par une souscription individuelle à un contrat de prévoyance, une garantie comparable et ne peut être équivalent au montant de la garantie invalidité prévue par l'assurance de groupe.

**Soc, 18 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1115 FS-P+B**

N° 09-42.741 - C.A Rennes, 19 mai 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme Sommé, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

### **Note**

Un salarié dont l'employeur avait souscrit un régime de prévoyance de groupe a été licencié pour inaptitude physique alors qu'il avait été classé en invalidité de deuxième catégorie. Il n'a cependant bénéficié d'aucune garantie de salaires, car l'employeur qui avait succédé à son employeur initial, lui a opposé le nouveau contrat de prévoyance qu'il avait souscrit, lequel excluait tout complément de salaire pour les cas d'invalidité de deuxième catégorie contrairement au premier contrat souscrit.

Le salarié a sollicité de la juridiction prud'homale la condamnation de l'employeur à des dommages- intérêts équivalents à l'indemnité prévue par le contrat d'assurance de groupe dont il croyait bénéficier, au motif que l'employeur avait manqué à l'obligation d'information que lui impose l'article 12 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989. Celui-ci dispose en effet, en son dernier alinéa, que le souscripteur d'une assurance de groupe est « tenu d'informer préalablement par écrit les adhérents de toute réduction des garanties [couvrant les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité] ».

La Cour d'appel l'a débouté de sa demande et ne lui a alloué qu'une indemnité moindre, en réparation de la perte de chance de bénéficier d'un complément de rente d'invalidité.

Il n'était pas contesté en l'espèce que l'employeur avait manqué à cette obligation. La question était donc seulement celle de l'évaluation du préjudice causé par ce manquement.

La chambre sociale pour répondre à la question et rejeter le pourvoi, applique une solution dégagée par la deuxième chambre civile, dont elle reprend les termes à l'identique. Celle-ci a en effet décidé, par un arrêt du 9 avril 2009, (pourvoi n°08-15.977 , Bull. 2009, II, n°98) que « la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. »

*\* Obligations de l'employeur de mettre en place les institutions représentatives du personnel*

### **Sommaire**

Il résulte de l'application combinée de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, des articles L. 2323-1 et L. 2324-5 du code du travail, 1382 du code civil et de l'article 8 § 1 de la Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne que l'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts.

**Soc., 17 mai 2011**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1136 FS-P+B**

N° 10-12.852 - CA Angers, 15 décembre 2009

Mme Collomp, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.



## Note

Par cet arrêt, la chambre sociale a reconnu le principe de l'indemnisation du préjudice subi par un salarié du fait de l'absence illégale dans l'entreprise d'institutions représentatives du personnel.

Le visa des textes retenus par la cour montre la convergence du droit de l'Union européenne et du droit français à cet égard. En effet, aux termes de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales. Par ailleurs, l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 dispose que tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. L'on se trouve donc en présence d'un droit fondamental reconnu tant par le droit de l'Union européenne, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et le caractère désormais contraignant de la Charte des droits fondamentaux, que par le droit constitutionnel français selon la jurisprudence du Conseil Constitutionnel quant au principe de participation (décision du 20 juillet 1977 n° 77-83 DC; décision du 25 juillet 1989 n° 89-257 DC).

Enfin, l'article 8 § 1 de la Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne dispose que les Etats membres prévoient des mesures appropriées en cas de non-respect de la directive par l'employeur ou les représentants des travailleurs et veillent à ce qu'il existe des procédures administratives ou judiciaires appropriées pour faire respecter les obligations découlant de la directive. L'action en dommages et intérêts ainsi ouverte par cet arrêt est de nature à faire respecter les obligations prévues par la directive, alors même que la voie de l'action pénale n'est pas ouverte au salarié à titre individuel (Crim., 18 décembre 1990, pourvoi n° 89-80.333).

C'est semble-t-il la première fois que la chambre sociale tire des conséquences juridiques de l'existence d'un droit social fondamental dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

*\* Pouvoir disciplinaire de l'employeur - Procédure*

## Sommaire

I - L'employeur qui n'est pas tenu en principe de convoquer un salarié avant de lui notifier un avertissement, est tenu de le faire dès lors qu'au regard d'un règlement intérieur l'avertissement peut avoir une influence sur le maintien du salarié dans l'entreprise.

Tel est le cas lorsque le règlement intérieur, instituant ainsi une garantie de fond, subordonne le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures pouvant être constituées notamment par un avertissement.

II - Viole l'article L. 1121-1 du code du travail, la cour d'appel, qui retient qu'un salarié n'avait pas observé son obligation de réserve et de loyauté à l'égard de l'employeur, alors que la signature d'une pétition portant sur une demande de personnel supplémentaire, qui ne contient aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne caractérise pas un abus d'expression.

**Soc., 3 mai 2011**

**Arrêt n° 1028 FS-P+B**

N° 10-14.104 - CA Montpellier, 13 janvier 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Chauvet, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén.

**CASSATION**

## Note

Une salariée a été licenciée suite à un rappel à l'ordre valant observation et à deux avertissements.

Elle a contesté la rupture de son contrat de travail ainsi que la régularité des sanctions disciplinaires tant sur la forme que sur le fond.

I - Sur la forme, la salariée faisait valoir notamment, pour les avertissements, qu'ils n'avaient pas été précédés d'une convocation à entretien préalable comme prévu par le règlement intérieur.

Sur ce point, on peut relever que le règlement intérieur en question prévoit une garantie de fond, laquelle subordonne le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures pouvant être constituées notamment par un avertissement.

Après avoir relevé que le règlement intérieur prévoyait l'obligation pour l'employeur de convoquer le salarié à un entretien préalable lorsqu'il envisage de prendre à son encontre une sanction pouvant avoir une conséquence sur son maintien en activité, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, et précisé que l'avertissement n'ayant pas, par lui-même, une telle incidence, la cour d'appel, par un arrêt confirmatif, décide que la salariée ne pouvait invoquer des irrégularités de procédure pour fonder ses demandes en annulation.

Critiquant, à titre principal, l'analyse de la cour d'appel en ce qu'elle a reconnu les avertissements réguliers, la salariée a formé un pourvoi en cassation.

L'article L. 1332-2, alinéa 1, du code du travail dispose que « Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié. »

La question posée était donc de savoir si le principe, énoncé à l'article L. 1332-2, alinéa 1, du code du travail, tendant à dispenser l'employeur de convoquer un salarié mis en cause à un entretien préalable quand la sanction envisagée est un avertissement, s'applique quand il résulte du règlement intérieur de l'entreprise qu'un avertissement peut avoir une influence sur le maintien du salarié dans l'entreprise.

La chambre sociale répond par la négative et casse l'arrêt de la cour d'appel. Au visa des articles 1134 du code civil, des articles L. 1321-1, L. 1331-1 et L. 1332-2 du code du travail, et des articles 21, 23 et 24 du règlement intérieur en question, la Cour de cassation énonce, dans un attendu de principe, que « si l'employeur n'est en principe pas tenu de convoquer le salarié à un entretien avant de lui notifier un avertissement, il en va autrement lorsque, au regard des dispositions d'un règlement intérieur, l'avertissement peut avoir une influence sur le maintien du salarié dans l'entreprise ; que tel est le cas lorsque le règlement intérieur, instituant ainsi une garantie de fond, subordonne le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures pouvant être constituées notamment par un avertissement. »

Il était de jurisprudence constante depuis une série d'arrêts de 1989 qu'un avertissement, n'ayant par lui-même aucune incidence immédiate ou non sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération d'un salarié, il n'avait pas à être précédé d'un entretien préalable (Soc., 19 janvier 1989, pourvois n° 86-45.505, n° 86-40.615 et n° 85-46.575, Bull. 1989, V, n° 49 (2) et n° 50 ; Soc., 20 avril 1989, pourvoi n° 86-43.661, Bull. 1989, V, n° 298 (1)).

Dans le présent arrêt, la chambre sociale admet qu'un avertissement puisse avoir, au regard de certaines dispositions d'un règlement intérieur -dans notre espèce, l'avertissement était le préalable nécessaire à l'engagement d'une procédure de licenciement-, une conséquence immédiate ou non

sur la présence dans l'entreprise du salarié. Dans cette hypothèse, l'employeur est alors tenu de convoquer le salarié à un entretien préalable avant de lui notifier l'avertissement.

II - Sur le fond, la salariée sollicitait l'annulation de l'avertissement, notifié suite à la signature d'une pétition, en ce qu'il avait restreint sa liberté d'opinion.

La cour d'appel a débouté la salariée sur ce point en relevant qu'elle n'avait pas observé son obligation de réserve et de loyauté à l'égard de l'employeur.

Estimant que la signature d'une pétition portant sur des réclamations relatives aux conditions de travail et d'emploi et ne contenant aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne caractérisait pas un abus dans l'usage de sa liberté d'expression dans l'entreprise, la salariée a soulevé devant la Cour de cassation la violation de l'article L. 1121-1 du code du travail, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La chambre sociale a ainsi été amenée à s'interroger sur la question de l'étendue de la liberté d'expression du salarié dans le cadre de l'entreprise.

L'article L. 1121-1 du code du travail dispose que « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

En la matière, la chambre sociale a construit une jurisprudence claire : la liberté d'expression qui est reconnue à tout salarié, ne trouve sa limite que dans la caractérisation d'un abus, constitué par des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs (Soc., 2 mai 2011, pourvoi n° 98-45.532, Bull. 2002, V, n° 142).

Au visa de l'article L. 1121-1 du code du travail, la chambre sociale rappelle, dans un attendu de principe, le mécanisme suivant : « Sauf abus, le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées. »

Elle décide ensuite que la signature d'une pétition portant sur une demande de personnel supplémentaire, qui ne contient aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne caractérise pas un abus de la liberté d'expression du salarié.

A titre d'exemple, la chambre sociale avait déjà décidé que, dès lors qu'il n'y figure aucun propos injurieux, diffamatoire ou excessif, ne sont pas des abus d'expression :

- L'envoi limité dans le temps de plusieurs lettres dont seul l'employeur était destinataire, en réplique à un avertissement que le salarié estimait injustifié (Soc., 2 mai 2011, pourvoi n° 98-45.532, Bull. 2002, V, n° 142)

- La lettre ouverte diffusée par un salarié répondant à celle adressée par son employeur qui était à la mesure de l'émotion suscitée par la mise en cause publique de ses compétences alors que son travail n'avait jusqu'alors donné lieu à aucun reproche (Soc., 22 juin 2004, pourvoi n° 02-42.446, Bull. 2004, V, n° 175)

- La remise par un salarié, chargé d'une mission administrative, comptable et financière de très haut niveau dans des circonstances difficiles, aux membres du comité de direction, auquel il appartenait, d'un document comprenant des critiques vives concernant la nouvelle organisation proposée par la direction (Soc., 14 décembre 1999, pourvoi n° 97-41.995, Bull. 1999, V, n° 488).

En revanche, la chambre sociale avait retenu des abus d'expression dans les cas suivants :

- Des lettres adressées à des organismes sociaux et professionnels dans lesquelles le salarié jetait le discrédit sur l'employeur en des termes excessifs et injurieux (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, Bull. 2009, V, n° 284)

- Des propos qui ne sont étayés par aucun élément tenus par un salarié à l'extérieur de l'entreprise dans le but de ruiner la réputation de l'employeur (Soc., 7 octobre 1997, pourvoi n° 93-41.747, Bull. 1997, V, n° 303 (1))

- La lettre de protestation d'une salariée adressée non seulement au président mais aussi aux membres du conseil d'administration de la société mettant en cause la direction et l'orientation de la société et tentant ainsi de déstabiliser l'entreprise (Soc., 15 octobre 1996, pourvoi n° 94-42.911, Bull. 199, V, n° 327)

- L'envoi d'une lettre par un salarié à son employeur contenant une appréciation injurieuse sur son supérieur hiérarchique (Soc., 28 avril 1994, pourvoi n° 92-43.917, Bull. 1994, V, n° 159).

*\* Respect des libertés individuelles et collectives du salarié*

Voir commentaires de l'arrêt n° 1028 du 3 mai 2011 (pourvoi n° 10-14.104)

### **3- Modification dans la situation juridique de l'employeur**

*\* Reprise de l'activité par une société constituée par les salariés à l'occasion de leur licenciement économique*

#### **Sommaire**

L'article L. 1224-1 n'est pas applicable aux salariés passés au service d'une société qu'ils ont constituée à l'occasion de leur licenciement pour motif économique, consécutif à la liquidation judiciaire de l'employeur.

**Soc., 3 mai 2011**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1030 FS-P+B**

N° 09-70.813 et 09-71.037 - C.A Grenoble, 9 septembre 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme Agostini, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén.

#### **Note**

La chambre juge depuis de nombreuses années que les salariés licenciés qui constituent, avec d'autres salariés également licenciés, une société qui reprend les activités de leur précédent employeur échappent à l'application de l'article L. 122-12 devenu L. 1224-1 du code du travail (Soc., 7 mars 1989, pourvoi n° 86-40.424, Bull. 1989, V, n° 180 ; Soc., 12 novembre 1997, pourvoi n° 92-45.533, Bull. 1997, V, n° 364 ; Soc. 20 janvier 1998, pourvoi n° 95-41.553 ; Soc., 20 décembre 2006, pourvoi n° 04-44.787, Bull. 2006, V, n° 388). Cette jurisprudence est guidée par le souci d'éviter que les salariés aient à restituer des indemnités qu'ils ont perçues et investies dans la nouvelle société, ce à quoi les exposerait l'application ordinaire de l'article L. 1224-1.

Mais la condition en était que les licenciements devenus définitifs aient produit tous leurs effets et que les contrats de travail conclus avec l'employeur initial ne soient plus en cours au jour où la société nouvellement constituée est devenue l'employeur des salariés licenciés.

Or ces exigences pouvaient poser difficultés dans la mesure, où, comme dans le cas d'espèce, le licenciement de l'un des salariés concernés est concomitant à la reprise de l'activité de son précédent employeur ce dont il pouvait être déduit que son contrat de travail était toujours en cours au jour où la société nouvellement constituée était devenue son employeur.

L'arrêt commenté offre à la chambre l'occasion de confirmer sa jurisprudence tout en précisant qu'elle ne concerne que les salariés passés au service d'une société qu'ils ont constituée à l'occasion de leur licenciement pour motif économique, consécutif à la liquidation judiciaire de l'employeur, et en la dégagant de toute considération relative à la date à laquelle les contrats de travail avec l'ancien employeur ont été rompus.

## 5- Statuts particuliers

\* *Voyageur représentant placier (VRP)*

### Sommaire

La mise à la retraite du salarié par l'employeur prévue par l'article L. 1237-5 du code du travail constitue un mode de rupture du contrat de travail par l'employeur permettant au salarié de prétendre, s'il en remplit les conditions, à l'indemnité de clientèle prévue par l'article L. 7313-13 du code du travail, qui ne se cumule pas avec l'indemnité de départ à la retraite, seule la plus élevée étant due.

L'indemnité de clientèle a pour objet de compenser la perte pour le représentant de la clientèle qu'il a créée, apportée ou développée au profit de son ancien employeur.

Doit être cassé l'arrêt qui, après avoir retenu que le salarié, mis à la retraite par son employeur, avait développé en nombre et en valeur la clientèle de celui-ci, déboute l'intéressé de sa demande par des motifs inopérants tirés de la comparaison des niveaux de revenus du représentant avant et après la rupture.

**Soc., 11 mai 2011**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1092 FS-P+B sur le second moyen**

N° 09-41.298 - C.A. Lyon, 23 janvier 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme Sommé, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

### Note

Le présent arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de préciser les conditions dans lesquelles un salarié voyageur représentant placier (VRP), mis à la retraite, peut prétendre à une indemnité de clientèle.

Cette indemnité, spécifique aux VRP, est prévue par l'article L. 7313-13 du code du travail qui dispose qu'« en cas de rupture du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, en l'absence de faute grave, le voyageur, représentant ou placier a droit à une indemnité pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui. »

Il est de jurisprudence constante que la mise à la retraite, dès lors qu'elle intervient dans les conditions prévues par l'article L. 1237-5 du code du travail, constitue un mode de rupture du contrat de travail par le fait de l'employeur permettant au salarié de prétendre à l'indemnité de clientèle (Soc., 21 juin 1995, pourvoi n° 91-43.639, Bull. 1995, V, n° 210 ; Soc., 4 juin 1996, pourvoi n° 93-42.220 ; Soc., 23 mars 1999, pourvoi n° 96-45.363).

Il est également de jurisprudence constante que « l'indemnité de clientèle a pour objet de réparer le préjudice causé au représentant par la perte de la clientèle qu'il avait créée, apportée ou développée au profit de son ancien employeur » (Soc., 6 juin 1990, pourvoi n° 87-44.104, Bull. 1990, V, n° 271 ; Soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, pourvoi n° 89-40.136, Bull. 1992, n° 238).

Il en résulte, tout d'abord, qu'il incombe au salarié de prouver qu'il a augmenté en nombre et en valeur la clientèle de son employeur, l'appréciation de cette augmentation relevant du pouvoir souverain des juges du fond.

En second lieu, le droit à indemnité de clientèle suppose l'existence d'un préjudice.

De ce fait, par exemple, Le VRP rémunéré uniquement au fixe n'a pas droit à cette indemnité puisqu'il ne tire aucun bénéfice direct de la clientèle qu'il visite (Soc., 16 février 1983, pourvoi n° 80-41.063, Bull. 1983, V, n° 96).

L'existence du préjudice peut également s'apprécier en fonction de circonstances postérieures à la rupture. Ainsi ne peut prétendre à une indemnité de clientèle, en l'absence de préjudice subi, le VRP qui, après avoir été licencié, continue à démarcher la même clientèle en représentant, pour le compte d'une nouvelle société, une gamme de produits concurrents de ceux de son ancien employeur (Soc., 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-42.979, Bull. 1999, V, n° 454 (1) ; Soc., 11 février 2004, pourvoi n° 02-40.601, Bull. 2004, V, n° 52).

Dans la présente affaire, la cour d'appel avait constaté l'accroissement en nombre et en valeur de la clientèle mais avait considéré qu'il n'était pas démontré l'existence d'un préjudice subi par le VRP dès lors que celui-ci avait été mis à la retraite à taux plein à l'âge de 65 ans, âge auquel il devait normalement cesser son activité professionnelle et qu'il avait perçu depuis sa mise à la retraite des pensions de retraite pour un montant global mensuel supérieur à celui des commissions versées par son employeur au cours des deux dernières années de son activité. La cour d'appel avait donc rejeté la demande en paiement d'une indemnité de clientèle pour défaut de préjudice subi.

La question de droit qui était posée à la chambre sociale était donc la suivante : les revenus du VRP perçus postérieurement à la rupture doivent-ils être pris en compte dans l'appréciation de son préjudice consécutif à la perte de la clientèle qu'il a apportée, créée ou développée au profit de son ancien employeur ?

Modifiant la formulation figurant dans ses précédents arrêts, la chambre sociale indique tout d'abord que l'indemnité de clientèle a pour objet de compenser la perte pour le représentant de la clientèle qu'il a créée, apportée ou développée au profit de son ancien employeur.

Elle en déduit que cette indemnité n'est pas fonction des revenus du salarié après sa mise à la retraite et qu'il n'y a donc pas lieu de comparer les niveaux de revenus du représentant avant et après la rupture pour déterminer l'existence ou non d'un préjudice.

## **B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS**

### **2- Rémunérations**

*\* Réserve spéciale de participation*

#### **Sommaire**

Dès lors qu'elles ont été déclarées à l'administration fiscale à titre de salaire, les rémunérations versées aux journalistes pigistes doivent être intégrées dans l'assiette de calcul de la réserve spéciale de participation.

Les rémunérations servant de base au calcul de la réserve spéciale de participation s'apprécient, en application des articles D. 3324-1 du code du travail et L. 242-1 du code de la sécurité sociale, par référence à l'assiette de calcul des cotisations de sécurité sociale. Il en résulte que les frais professionnels des journalistes peuvent être déduits de ces rémunérations dans les conditions et limites fixées par arrêté interministériel .

**Soc., 17 mai 2011**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1140 FS-P+B**

N° 10-10.957 - C.A. Versailles, 18 novembre 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme Darret-Courgeon, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

#### **Note**

Un accord de participation est conclu entre une unité économique et sociale (UES) existant entre des sociétés de presse, et des organisations syndicales.

Soutenant que les salaires des journalistes pigistes auraient dû être inclus dans la masse salariale servant de base au calcul de la participation aux résultats de l'entreprise et que l'UES déduisait à tort de cette masse l'abattement forfaitaire de 30 % pour frais professionnels, le comité d'entreprise de l'UES et divers syndicats ont saisi le tribunal de grande instance de demandes en ce sens.

La loi organise une participation collective des salariés aux résultats bénéficiaires de l'entreprise, par le biais de la participation, système légal rendu obligatoire dès que l'entreprise compte au moins 50 salariés.

Cette participation s'effectue par la constitution d'une réserve spéciale de participation dont le montant est déterminé, sauf accord plus favorable comme prévu à l'article L. 3324-1 du code du travail qui prend en compte, le bénéfice net de l'entreprise, ses capitaux propres, sa valeur ajoutée et la masse salariale.

En l'espèce, à la suite des demandes en justice du C.E. et des syndicats, la cour d'appel avait condamné la société venant aux droits de l'UES à « opérer un nouveau calcul de la réserve spéciale de participation pour les années 2001 à 2008 en prenant en compte l'ensemble des rémunérations versées aux pigistes tel que déclaré à l'administration fiscale, et avant abattement, dans les limites de cette déclaration fiscale et sans qu'il puisse être porté atteinte à la base brute fiscale inscrite sur les Déclarations Annuelles Des Salaires (DADS) souscrites pour les années en cause ».

Le pourvoi dont était saisie la chambre sociale posait les deux questions suivantes :

- faut-il inclure dans la masse salariale les rémunérations de journalistes pigistes qualifiés d'occasionnels ?

- peut-on déduire de la base de calcul l'abattement forfaitaire de 30% pour frais professionnels des journalistes ?

Sur le premier point, la Chambre sociale décide par le présent arrêt que les rémunérations des journalistes pigistes ayant été incluses dans la masse salariale brute et déclarées à l'administration fiscale à titre de salaire -selon les constatations de la cour d'appel, ces rémunérations doivent être intégrées dans l'assiette de calcul de la réserve spéciale de participation. Il découle en effet de la déclaration faite par l'employeur à l'administration fiscale que ces sommes ont une nature salariale. Elle transpose ainsi la solution adoptée s'agissant de la détermination de la masse salariale servant d'assiette à la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise (Soc., 2 décembre 2008, pourvois n° 07-16.615 et 07-42.506, Bull. 2008, V, n° 241).

Sur le second point, l'article D. 3324-1 définit les salaires à retenir pour le calcul du montant de la réserve de participation comme « les rémunérations au sens de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ». Pour définir la masse salariale entrant dans le calcul de la réserve spéciale de participation., le code du travail lui-même fait donc référence au mode de détermination de l'assiette des cotisations de sécurité sociale.

Précisément, l'article L. 242-1 dispose que « pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail,... » et qu'« il ne peut être opéré sur la rémunération ou le gain des intéressés servant au calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales de déduction au titre de frais professionnels que dans les conditions et limites fixées par arrêté interministériel ». C'est donc à l'aune de cet arrêté interministériel que la Cour renvoie la possibilité de déduire les frais professionnels de la masse salariale entrant dans le calcul de la réserve de participation. Contrairement à ce qu'elle affirme, la cour d'appel n'était pas liée par le montant des salaires figurant sur les DADS.

## **D - ACCORDS COLLECTIFS ET CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL**

### **1- Accords et conventions collectives**

*\* Accords collectifs et conventions collectives divers*

#### **Sommaire**

Selon l'article 13.2 du protocole d'accord du 24 décembre 1993, relatif aux régimes de retraite complémentaire et de prévoyance des personnels des organismes du régime général de la sécurité sociale et de leurs établissements il est procédé, au 31 décembre 1993, au calcul de la préliquidation des droits à pension de retraite complémentaire constitués par les personnels au titre et dans les conditions de la convention collective nationale de prévoyance du 12 décembre 1947 applicable à cette date; sur le montant de la préliquidation est imputé un montant représentatif de la pension du régime général, qui est calculé en prenant en compte le dernier salaire annuel d'activité au 31 décembre 1993.

La retraite complémentaire des salariés travaillant à temps partiel à raison de leur invalidité étant calculée dans les conditions de la convention collective nationale de prévoyance du 12 décembre 1947, soit sur la base d'un temps plein, il en résulte que le dernier salaire annuel d'activité tel que visé à l'article 13.2 s'entend, pour ces salariés, d'un salaire reconstitué équivalent à un temps plein.



**Soc, 25 mai 2011**

**CASSATION SANS RENVOI**

**Arrêt n° 1213 FS-P+B**

N° 09-69.769 - C.A Paris, 18 juin 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme Sommé, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén.

### **Note**

Il était demandé à la Cour de cassation de préciser ce que recouvrait, pour les salariés à temps partiel à raison de leur invalidité, « le dernier salaire annuel d'activité » pris en compte dans le montant devant être imputé sur le montant de la préliquidation, pour le calcul de la retraite différentielle, en application de l'article 13-3 du protocole d'accord du 24 décembre 1993, relatif aux régimes de retraite complémentaire et de prévoyance des personnels des organismes du régime général de la sécurité sociale et de leurs établissements il est procédé, au 31 décembre 1993.

La Cour d'appel avait dit que ce salaire devait s'entendre comme le dernier salaire perçu réellement par le salarié concerné, elle prenait donc en compte pour le calcul de la retraite différentielle des salariés à temps partiel, le salaire correspondant à leur temps partiel. De cette façon la retraite différentielle versée à ces salariés se trouvait majorée puisque c'était une somme moindre qui était imputée sur le montant de la préliquidation.

C'est pourquoi, puisqu'il n'y avait pas de raison de privilégier sur ce point les salariés à temps partiel par rapport aux salariés à temps plein, la Cour de cassation casse l'arrêt et juge que le salaire à prendre en compte est le salaire reconstitué équivalent à un temps plein.

### **Sommaire**

Il résulte de l'article 1er de la convention collective nationale du personnel des voies ferrées d'intérêt local du 26 septembre 1974 qu'une entreprise qui, dans l'exploitation d'un service automobile de transports routiers de voyageurs, ne relève pas du régime propre aux voies ferrées d'intérêt local, est tenue de mettre en oeuvre, à l'égard des salariés affectés à un marché repris, la garantie « de maintien d'emploi » prévue en ce cas par l'article 28 de l'accord du 18 avril 2002, annexé à la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950.

Doit en conséquence être rejeté le pourvoi formé contre un arrêt condamnant une régie départementale chargée d'assurer un service de ramassage scolaire antérieurement confié à une autre entreprise à indemniser les salariés affectés à ce service, en raison de son refus de maintenir leurs emplois, dès lors que la cour d'appel constate qu'il n'est pas établi que le service de transport scolaire était assuré par la régie départementale dans des conditions différentes de celles auparavant imposées au transporteur privé auquel elle succède.

**Soc., 17 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1133 FS-P+B**

N° 09-67.525 et 09-67.641 - CA Limoges, 4 mai 2009

Mme Collomp, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

### **Note**

Cet arrêt tranche une question relative au champ d'application de la convention collective nationale du personnel des voies ferrées d'intérêt local du 26 septembre 1974, et à sa délimitation avec celui de la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950.

L'article 1er de cette convention prévoit en effet qu'elle est applicable « au personnel des deux sexes des réseaux de chemins de fer secondaires d'intérêt général et des réseaux de chemins de fer

d'intérêt local (y compris le personnel affecté aux lignes de la Société nationale des chemins de fer français affermées aux exploitants de ces réseaux), à celui affecté aux services automobiles annexés ou substitués à ces réseaux et à celui des autres services annexes ressortissant aux activités ci-dessus sans y être intégrés et ne pouvant d'autre part être rattachés à une autre convention collective.

Toutefois, le personnel des services automobiles susvisés est régi par la convention collective nationale des transports routiers, ses annexes et ses avenants successifs, lorsque les entreprises exploitent ces services dans les mêmes conditions que les services routiers ne relevant pas du régime propre au V.F.I.L. (...) ».

Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> de cette convention exclut de son champ d'application les services automobiles annexés ou substitués aux réseaux de chemins de fer d'intérêt local exploités dans les mêmes conditions que ceux qui ne relèvent pas du régime propre aux voies ferrées d'intérêt local. Dans cette hypothèse en effet, le personnel se voit appliquer la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950, et précisément l'accord du 18 avril 2002 annexé, imposant, en son article 28, une garantie "de maintien d'emploi" à l'égard des salariés affectés à un marché repris.

Il était ainsi question de déterminer la méthode d'appréciation des conditions d'exploitation par les entreprises concernées, visées au second alinéa de l'article 1<sup>er</sup>, pour décider de l'application de l'une ou l'autre des deux conventions collectives.

En l'espèce, une entreprise était chargée d'un service de transport scolaire dans le cadre d'un marché public conclu avec un conseil général, lequel a décidé d'attribuer ce marché à une autre entreprise à compter de la rentrée scolaire suivante. Néanmoins, l'entreprise nouvellement titulaire a renoncé au marché conclu. Dans ce contexte, un établissement public industriel et commercial (EPIC) a accepté d'assurer le service mais a refusé de reprendre à son service le personnel de l'entreprise initialement titulaire du marché affecté à cette activité, ce qui a conduit cette dernière à devoir licencier une partie de ses salariés.

Les salariés licenciés ont saisi la juridiction prud'homale pour faire juger que leurs contrats avaient été transférés de plein droit aux nouveaux prestataires.

Le conseil de prud'hommes a retenu que le transfert des contrats de travail s'opérait de plein droit, en application des articles L. 1224-1 du code du travail et de l'article 28 de l'accord du 18 avril 2002 annexé à la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950.

Après avoir constaté que l'EPIC s'était vu attribuer, par exception à ses statuts, un marché soumis en principe par appels d'offres à des entreprises privées de transports routiers, et qu'il assurait le service de transport scolaire dans les mêmes conditions que celles imposées au précédent prestataire privé, la cour d'appel a confirmé l'applicabilité de l'accord du 18 avril 2002, et ainsi l'obligation de mise en œuvre, à l'égard des salariés affectés à un marché repris, de la garantie « de maintien d'emploi ».

Considérant que son activité de transport public ne s'exerçait pas dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée du fait même de la spécificité de son statut, qu'ainsi les salariés du prestataire initial relevaient du champ d'application de la convention collective nationale du personnel des voies ferrées d'intérêt local du 26 septembre 1974 et non de celle des transports routiers prévoyant une garantie de maintien d'emploi, l'EPIC a formé un pourvoi.

La chambre sociale rejette le pourvoi. Elle décide que l'appréciation de l'effectivité des conditions d'exploitation du service routier est déterminante, qu'ainsi la réalité de l'exercice de l'activité

prime sur les caractéristiques et spécificités de l'entreprise -résultant de son statut (secteur privé/secteur public en l'occurrence) - exploitant des services routiers substitués au réseau ferré.

On peut préciser que la chambre sociale a rendu un arrêt, non publié, le 30 janvier 2007 (pourvoi n° 05-13.522) sur cette question de la délimitation des champs d'application respectifs de ces deux mêmes conventions collectives.

Elle avait alors approuvé une cour d'appel qui, après avoir relevé que « pour l'exécution du service de substitution qui lui était confiée par la SNCF, elle était contractuellement soumise à des contraintes spécifiques liées au service public dont elle était chargée et à la continuité du service public qu'elle devait assurer », avait jugé qu'une régie départementale relevait de la convention collective du personnel des VFIL du 26 septembre 1974, les stipulations de l'accord du 18 avril 2002 organisant une garantie d'emploi ne lui étant pas opposables.

*\* Domaine d'application*

## **Sommaire**

En cas de contestation par l'employeur de son adhésion à l'une des organisations signataires d'un accord départemental de fin de grève ayant valeur d'accord collectif et susceptible d'être applicable aux salariés de l'entreprise en raison de son champ professionnel et géographique, il appartient au juge du fond de vérifier si l'employeur était affilié à l'une de ces organisations.

En conséquence doit être cassé l'arrêt par lequel la cour déboute les salariés de leur demande au motif qu'ils ne rapporteraient pas la preuve de l'affiliation de leur employeur à l'une des organisations patronales signataires.

**Soc, 31 mai 2011**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1287 FS-P+B**

N° 08-44.856 - C.A Bordeaux, 4 septembre 2008

Mme Collomp, Pt. - M. Struillou, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

## **Note**

Des salariés ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande de rappel de salaire au titre d'une prime d'ancienneté due en application d'un protocole d'accord départementale de fin de grève.

L'employeur, se fondant sur l'article L. 2232-1 du code du travail, refusait de leur verser ce rappel de salaire, soutenant ne pas avoir signé ce protocole d'accord et, n'être pas membre d'une organisation signataire.

L'article. L. 2262-1 du code du travail dispose en effet : « sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement l'application des conventions et accord est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires. »

La Cour d'appel a débouté les salariés de leur demande au motif qu'ils ne rapportaient pas la preuve que l'employeur était signataire de cet accord ni qu'il était membre d'une organisation signataire.

Les salariés se sont pourvus en cassation, considérant que les juges du fond auraient dû avoir un rôle plus actif de recherche de la preuve pour savoir si l'employeur avait été membre d'une organisation signataire, notamment en ordonnant des mesures d'instruction.

La Cour de cassation partage leur analyse, dès lors que l'accord collectif en cause est susceptible d'être applicable aux salariés de l'entreprise en raison de son champ professionnel et géographique.

Elle reprend ainsi une solution qu'elle avait adoptée dans un arrêt non publié dans lequel elle avait jugé : « attendu que, pour décider que l'accord du 3 mai 1983 limitant la durée hebdomadaire du travail à 45 heures était inapplicable en l'espèce, la cour d'appel a énoncé que cet accord n'avait jamais fait l'objet d'extension ;

Qu'en statuant ainsi sans vérifier si, comme il était soutenu par les salariées, le syndicat départemental des hôteliers, restaurateurs et cafetiers du Morbihan dont était membre leur employeur n'était pas affilié à la Fédération Nationale de l'Industrie Hôtelière signataire de l'accord du 3 mai 1983, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. » (Soc., 16 janvier 1996, pourvoi n° 91-44.682).

On observera qu'en matière de conventions et accords collectifs la Cour de cassation exige un rôle actif du juge du fond. Elle lui impose ainsi, « lorsqu'une partie invoque l'application d'une convention collective (...) de se la procurer par tous moyens, au besoin en invitant les parties à lui en procurer un exemplaire » (voir par exemple Soc., 7 novembre 2006, pourvoi n° 05-42.323, Bull. 2006, V, n° 327). Cette jurisprudence s'explique par la nature normative des dispositions conventionnelles.

## **E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES**

### **1- Elections professionnelles**

*\* Candidats - Portée de l'affiliation syndicale du syndicat les présentant*

#### **Sommaire**

L'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats aux élections des membres du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs ; il s'ensuit que, pour apprécier les conditions d'ouverture du droit pour un syndicat de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise conformément à l'article L2324-2 du code du travail, ne peuvent être considérés comme ses élus les salariés qui n'ont pas été candidats sur les listes présentées par ce syndicat lors des dernières élections.

A statué en conséquence à bon droit le tribunal qui a décidé que le changement d'affiliation des élus FO au comité d'entreprise, décidé après l'élection, ne pouvait ouvrir au syndicat SUD auquel ces élus s'étaient ultérieurement affiliés, le droit de désigner des représentants syndicaux au comité d'établissement dès lors que le syndicat SUD n'avait pas eu d'élus lors du dernier scrutin.

**Soc, 18 mai 2011**

**Arrêt n° 1172 FS-P+B+R+I**

N° 10-60.273 - T.I Bourg-en-Bresse, 3 mai 2010

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

**REJET**

#### **Sommaire**

L'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires des comités d'entreprise constitue un élément essentiel du vote

des électeurs; il s'ensuit qu'en cas de désaffiliation après ces élections, le syndicat ne peut plus continuer à se prévaloir des suffrages ainsi obtenus pour se prétendre représentatif;

Doit par conséquent être censurée la décision qui valide la "confirmation" par le syndicat STAAAP-UNSA de la désignation d'un délégué syndical, alors que ce syndicat ne pouvait invoquer, pour établir sa représentativité, les suffrages obtenus alors qu'il était affilié à la confédération CFTC et qu'il n'y était plus au jour de la désignation.

**Soc, 18 mai 2011**

**CASSATION SANS RENVOI**

**Arrêt n° 1171 FS-P+B+R+I**

N° 10-21.705 - T.I Aulnay-sous-Bois, 21 juillet 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

### **Sommaire**

L'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires des comités d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs. Il s'ensuit qu'en cas de désaffiliation de ce syndicat, la confédération ou l'une de ses fédérations ou unions peut, si elle justifie de l'existence dans l'entreprise, au jour de la désignation, d'une section syndicale constituée sous son sigle, procéder à la désignation d'un délégué syndical afin de maintenir dans l'entreprise la présence du mouvement syndical auquel les électeurs ont accordé au moins 10 % de leurs suffrages ;

Doit dès lors être cassé le jugement qui, pour annuler la désignation d'un délégué syndical opérée par une fédération affiliée à la CFTC, retient que n'ayant pas participé aux élections des membres du comité d'entreprise, cette fédération ne peut, après désaffiliation du syndicat ayant présenté des candidats sous le sigle CFTC, se prévaloir du score obtenu par ce dernier, alors qu'il appartenait seulement au tribunal de vérifier l'existence d'une section syndicale CFTC au sein de l'entreprise.

**Soc, 18 mai 2011**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1170 FS-P+B+R+I**

N° 10-60.300 - T.I Aulnay-sous-Bois, 11 juin 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

### **Sommaire**

L'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs ; il s'ensuit qu'en cas de désaffiliation après ces élections le syndicat ne peut continuer à se prévaloir des suffrages ainsi recueillis pour se prétendre représentatif.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement qui, après avoir constaté qu'un syndicat affilié à la CFTC lors du premier tour de l'élection des membres titulaires du comité d'entreprise et qui avait recueilli au moins 10 % des suffrages, s'était ensuite désaffilié de cette confédération au profit de l'UNSA, juge que ce syndicat ne pouvait plus se prévaloir de sa représentativité pour désigner un délégué syndical.

**Soc, 18 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1168 FS-P+B+R+I**

N° 10-60.069 - T.I. Gonesse, 15 janvier 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

## Note

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 fait de l'audience électorale un critère essentiel de la représentativité syndicale. L'article L. 2122-1 du code du travail, qui en est issu, prévoit en effet que sont représentatives dans l'entreprise ou l'établissement les organisations syndicales qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. La périodicité de ces élections étant quadriennale, la représentativité d'une organisation syndicale dans une entreprise est donc fixée pour quatre ans et n'est susceptible d'être remise en cause que par un nouveau vote des électeurs à cette échéance. Le législateur n'a pas prévu le cas dans lequel un syndicat vient à se désaffilier, entre deux élections, de la confédération sous l'étiquette de laquelle il s'est présenté aux élections. Il n'a pas prévu non plus le cas dans lequel des candidats qu'il a présentés au suffrage des électeurs, et qui ont été élus, démissionnent du syndicat alors que, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, l'article L. 2324-2 du code du travail prévoit que seuls les syndicats qui ont des élus peuvent désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement.

Ces difficultés étaient soumises à la chambre sociale dans quatre espèces. Dans une première affaire, était contestée la validité de la désignation d'un délégué syndical UNSA par un syndicat ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés lors des dernières élections mais sous l'étiquette de la CFTC dont il s'était par la suite désaffilié au profit de l'UNSA. Dans la deuxième et la troisième, était contestée la désignation d'un délégué syndical CFTC par une fédération affiliée à cette confédération alors que le syndicat STAAAP CFTC, devenu STAAAP UNSA, qui avait obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés lors des dernières élections dans l'entreprise, n'était plus affilié à la confédération CFTC au jour de cette désignation. Dans la dernière, était contestée la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise par une organisation syndicale SUD qui se prévalait de l'existence d'élus mais qui avaient été présentés sur une liste déposée par un syndicat CGT-FO qu'ils avaient ensuite quitté pour adhérer au syndicat désignataire.

Par quatre arrêts du 18 mai 2011, la Chambre juge que l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats aux élections des membres du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs. Elle constate ainsi un fait dont la réalité est attestée par la sociologie électorale. De cet élément, elle tire trois conséquences juridiques. La première est que pour établir, ou maintenir, sa représentativité, un syndicat ne peut pas, ou ne peut plus, invoquer des suffrages recueillis lors des élections professionnelles dans l'entreprise dès lors qu'ils ont été obtenus sous l'étiquette d'une confédération dont le syndicat s'est par la suite désaffilié. La deuxième est que la confédération, ou l'une de ses fédérations ou unions, sous l'étiquette de laquelle le score électoral a été obtenu peut, elle, procéder à la désignation d'un délégué syndical afin de maintenir dans l'entreprise la présence du mouvement syndical auquel les électeurs ont accordé au moins 10 % de leurs suffrages, mais à la condition qu'au jour de cette désignation, elle justifie de l'existence dans l'entreprise d'une section syndicale constituée sous son sigle. La troisième est que pour désigner un représentant syndical au comité d'entreprise dans une entreprise d'au moins trois cents salariés, un syndicat ne peut pas se prévaloir de l'existence d'élus qui ont été présentés sous une affiliation différente de la sienne.

Depuis la loi du 20 août 2008, le vote est le support essentiel de la représentativité des organisations syndicales. Ces trois arrêts s'attachent à respecter le choix des électeurs en attendant le moment où ils seront appelés à se prononcer de nouveau. Ils respectent aussi la volonté du législateur en inscrivant la représentativité des organisations syndicales dans la stabilité quadriennale voulue par la loi. Ils respectent enfin le choix des organisations syndicales elles-mêmes en préservant l'un des traits marquants du syndicalisme français qui est d'être un syndicalisme de tendance.

## 2- Représentation du personnel

### 2-2 Institutions représentatives du personnel

*\* Délégué syndical - Désignation*

#### Sommaire

Il résulte d'abord de l'article L. 2121-1-5° du code du travail, que la représentativité des organisations syndicales est subordonnée à une audience électorale établie selon les niveaux de négociation à laquelle le délégué syndical est appelé à participer en application de l'article L. 2232-17; ensuite, de l'article L. 2122-1, que l'audience prise en compte au titre de la représentativité est celle obtenue au premier tour des élections «au comité d'entreprise ou au comité d'établissement»; enfin des articles L. 2143-3 et L. 2343-12 que chaque organisation syndicale représentative dans «l'entreprise ou l'établissement» désigne, en fonction des effectifs de «l'entreprise ou de l'établissement», un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur. Il se déduit de l'application combinée de ces textes que, sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement.

Doit en conséquence être cassée la décision du tribunal d'instance qui valide la désignation d'un délégué syndical sur un périmètre différent de celui déterminé pour les élections des membres du comité d'établissement, sans constater l'existence d'un accord prévoyant un périmètre plus restreint pour la désignation de délégués syndicaux.

**Soc, 18 mai 2011**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1176 FS-P+B+R**

N° 10-60.383 - T.I Ivry-sur-Seine, 24 septembre 2010

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

#### Note

Cet arrêt tire les conséquences des nouvelles dispositions de la loi du 20 août 2008 relatives aux conditions de désignation d'un délégué syndical, en unifiant le périmètre déterminant la mise en place d'un comité d'établissement avec celui permettant la désignation d'un délégué syndical.

Jusqu'à la loi du 20 août 2008, la jurisprudence, tant de la Cour de cassation que du Conseil d'Etat, était fondée sur le caractère fonctionnel et relatif de la détermination du périmètre des établissements distincts. Les conditions de la détermination d'un périmètre d'établissement distinct dépendaient donc de l'institution représentative à mettre en place : comité d'établissement, délégué syndical, ou délégation du personnel. Il était par conséquent admis qu'un établissement distinct puisse être reconnu pour la mise en place d'une institution, et refusé pour une autre institution représentative (Soc., 19 novembre 1986, pourvoi n° 86-60.145, Bull. 1986, V, n° 546 : l'existence d'un établissement distinct en matière d'élection des délégués du personnel ne peut se déduire de l'organisation des élections des membres du comité d'entreprise, les critères n'étant pas nécessairement les mêmes).

S'agissant plus particulièrement de l'établissement distinct permettant la désignation d'un délégué syndical, la chambre sociale donnait les critères suivants :

caractérise un établissement distinct permettant la désignation de délégués syndicaux, le regroupement sous la direction d'un représentant de l'employeur d'au moins 50 salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le

pouvoir de se prononcer sur ces revendications ( Soc., 24 avril 2003, pourvoi n° 01-60.876, Bull. 2003, V, n° 141).

Les conditions permettant la détermination d'un établissement distinct pour la mise en place du comité d'établissement ont, elles, été fixées par le Conseil d'Etat puisque l'article L. 2327-7 du code du travail lui donne compétence exclusive à cet égard : « Ne constituent pas des établissements distincts pour l'application de l'article 21 de l'ordonnance du 22 février 1945 des services qui ont une implantation géographique distincte mais qui ne possèdent aucune comptabilité propre et ne présentent qu'un degré d'autonomie très réduit tant en ce qui concerne la gestion du personnel qui y est affecté qu'en ce qui a trait à l'exécution du service » (CE, 29 juin 1973, n° 77982).

La principale distinction entre les deux définitions des établissements distincts tenait à l'importance, s'agissant de l'établissement distinct périmètre du comité d'établissement, du critère d'autonomie, notamment au regard de l'étendue des délégations du directeur, afin que « les principales missions et le fonctionnement des comités d'établissement puissent être assurés à leur niveau » (CE, 27 mars 1996, n°155971).

La loi du 20 août 2008 a cependant obligé à repenser la conception fonctionnelle de l'établissement distinct.

D'une part en mettant l'accent, s'agissant des délégués syndicaux, avant tout sur leur mission de négociateurs des accords collectifs. Dans ces conditions, la présence d'un représentant de l'employeur habilité à de telles négociations devient une condition prééminente, et la définition de l'établissement distinct se rapproche de celle retenue pour le périmètre du comité d'établissement.

D'autre part et surtout, en conditionnant la validité de la désignation d'un délégué syndical à l'obtention par le syndicat qui le désigne d'une audience électorale recueillie au premier tour des élections « au comité d'entreprise ou au comité d'établissement ».

L'article L. 2121-1-5° du code du travail établissant un principe de concordance entre la prise en compte de l'audience électorale et le niveau de négociation, il en résulte :

- que le score électoral participant à la détermination de la représentativité d'un syndicat est celui obtenu aux élections au comité d'entreprise ou au comité d'établissement quand bien même, en application d'un accord collectif, le périmètre au sein duquel le syndicat désigne un délégué syndical serait plus restreint que celui du comité et correspondrait à un établissement distinct dans le cadre duquel doit être organisée l'élection des délégués du personnel (Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-72.856, Bull. 2010, V, n° 257. Rapprocher l'arrêt du Conseil d'Etat : 11 octobre 2010, n° 327660) ;

- qu'en l'absence d'accord collectif prévoyant un périmètre plus restreint pour la désignation des délégués syndicaux, c'est nécessairement sur le périmètre retenu pour les élections des membres du comité d'établissement ou d'entreprise que s'effectue cette désignation.

C'est cette dernière affirmation, contenue en filigrane dans plusieurs décisions portant application de la loi du 20 août 2008 (voir notamment Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-60.451, Bull. 2010, V, n° 256), que réitère l'arrêt du 18 mai 2011 ici commenté. Cette décision ne fait que tirer les conséquences du principe de concordance revu par la loi du 20 août 2008, et n'est évidemment en rien annonciatrice, comme en ont exprimé la crainte certains commentateurs, d'une volonté jurisprudentielle de fusion des différentes institutions représentatives du personnel.

Deux arrêts postérieurs du 29 juin 2011 (pourvois n° 10-27.582 et 10-28.628) viennent en toute logique préciser que, lorsque l'autorité administrative a été saisie pour déterminer l'existence d'établissements distincts pour les élections des membres du comité d'établissement, le tribunal



d'instance, devant lequel est contesté la désignation d'un délégué syndical au regard de son périmètre de désignation, doit surseoir à statuer jusqu'à la décision administrative afin d'en tirer les conséquences sur l'existence ou non d'un établissement distinct permettant la désignation d'un délégué syndical.

## **Sommaire**

Par application de l'alinéa 2 de l'article 13 de la loi 2008/789 du 20 août 2008, dès lors que les résultats des élections dans l'entreprise ont donné lieu à la proclamation d'élus, la période transitoire prend fin ;

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement de tribunal d'instance qui, après avoir constaté que les organisations syndicales intéressées avaient été invitées à la négociation du protocole préélectoral en octobre 2009 et qu'à l'issue du second tour de l'élection de la délégation unique du personnel deux candidats avaient été élus, a exactement décidé que la période transitoire avait pris fin et a, à bon droit, annulé la désignation d'un délégué syndical opérée par une union syndicale, aucun syndicat n'ayant présenté de candidat au premier tour de l'élection.

**Soc, 18 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1173 FS-P+B**

N° 10-60.258 et 10-60.259 - T.I Annecy, 13 avril 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

## **Note**

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale a posé une nouvelle exigence de représentativité des syndicats mais aussi des délégués syndicaux désignés par eux puisque l'article L. 2143-3 dans sa rédaction issue de cette loi dispose : « Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salarié ou plus qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles, qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votant, dans les limites fixées à l'article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur. »

Cependant, pour des raisons pratiques aisément compréhensibles la loi du 20 août 2008 a prévu que les règles anciennes devaient continuer à s'appliquer pendant une période transitoire dont elle a fixé le terme. Elle dispose ainsi, à l'alinéa 2 de son article 13 que « jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles organisées dans les entreprises ou les établissements pour lesquels la date fixée pour la négociation du protocole préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, chaque syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement à la date de cette publication peut désigner un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès de l'employeur, conformément aux articles L. 2143-3 et L. 2143-6 du code du travail dans leur rédaction antérieure à ladite publication. »

En l'espèce, des élections avaient bien eu lieu sur la base d'un protocole préélectoral publié postérieurement à la publication de la loi, et deux candidats avaient été élus mais les syndicats, demandeurs au pourvoi, soutenaient que les dispositions transitoires de la loi du 20 août 2008 devaient malgré tout, être appliquées. Ainsi, ils avaient désigné des délégués syndicaux qui n'avaient pas été candidat aux élections et donc a fortiori n'avaient pas recueilli au moins 10% des suffrages exprimés. Ils fondaient leur analyse sur le fait qu'aucun syndicat n'ayant présenté de candidat aux élections et celles-ci n'avaient pas pu mettre fin à la période transitoire.

Une nouvelle fois se posait donc à la Cour de cassation la question du terme de la période transitoire instituée par la loi du 20 août 2008.

A ce sujet, elle a déjà précisé ce qu'il fallait entendre par « élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la présente ». Elle a ainsi jugé que des élections postérieures à la publication de la loi mais organisées sur la base d'un protocole préélectoral négocié et signé antérieurement à cette publication ne répondaient pas à cette définition (Soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 09-60.090, Bull. 2009, V, n° 229) non plus que des « élections partielles » (Soc., 6 janvier 2011, pourvoi n° 10-60.169, Bull. 2011, V).

En l'espèce, nul ne contestait que les élections étaient bien générales et organisées sur la base de d'un protocole préélectoral négocié et signé après la publication de la loi de 2008. C'était le défaut de présentation de candidat par les syndicats qui justifiaient selon les demandeurs au pourvoi la poursuite de la période transitoire.

Il est vrai que la Chambre sociale a décidé que des élections répondant à la définition de la loi de 2008, mais ayant donné lieu à un procès verbal de carence, ne mettait pas fin à la période transitoire (Soc., 10 février 2010, pourvoi n° 09-60.244, Bull. 2010, V, n° 39).

Mais ici, il n'y avait pas eu procès-verbal de carence puisque des candidats ont été élus, et la chambre sociale ne pouvait pas appliquer la solution de l'arrêt du 10 février 2010, sans ajouter une condition absente de la loi. Elle juge en conséquence que ces élections ont mis fin à la période transitoire instituée par la loi de 20 août 2008.

*\* Représentant de la section syndicale*

## **Sommaire**

Un syndicat non représentatif peut créer une section syndicale et désigner un représentant de cette section soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de chacun des établissements distincts de cette entreprise.

Doit dès lors être approuvé le jugement qui, après avoir constaté qu'un syndicat avait créé une section syndicale au sein d'un établissement dont il n'était pas allégué qu'il ne constituait pas un établissement distinct pour la mise en place du comité d'établissement, valide la désignation d'un représentant de section syndicale au sein de cet établissement, peu important les désignations déjà intervenues dans d'autres établissements.

**Soc., 31 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1268 F-P+B**

N° 10-25.688- T.I. Castres, 5 octobre 2010

M. Béraud. Pt. (f. f.) - Mme Darret-Courgeon, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

## **Note**

Dans la présente affaire, un syndicat doté de sections syndicales dans deux établissements d'une entreprise avait successivement désigné un représentant de section dans chacun de ces deux établissements.

L'entreprise a alors saisi le tribunal d'instance compétent aux fins d'annulation de la seconde désignation, au motif que le syndicat ne pouvait prétendre à la désignation que d'un seul représentant de section syndicale.

Les juges du fond ont cependant validé cette désignation. L'entreprise s'est alors pourvue en cassation.

Ce pourvoi est une nouvelle occasion pour la chambre sociale de la Cour de cassation de définir les conditions de désignation d'un représentant de section syndicale.

Dans deux arrêts du 26 octobre 2010 et du 14 décembre 2010, la Haute juridiction avait déjà précisé les contours de ce droit offert aux syndicats non représentatifs par l'article L. 2142-1-1 du code du travail.

S'agissant du cadre de la désignation, elle avait précisé que le cadre fixé par le texte susvisé est un cadre alternatif et qu'ainsi, un syndicat non représentatif peut désigner un représentant de section syndicale, soit au niveau des établissements distincts, soit au niveau de l'entreprise (Soc., 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-60.484, (publication à venir)).

S'agissant du nombre de représentants auquel un syndicat peut prétendre, la Haute juridiction a jugé qu'il ressort du texte de l'article L. 2142-1-1 du code du travail que chaque organisation syndicale ne peut désigner qu'un seul représentant de section, quel que soit l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement (Soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.263, (publication à venir)).

En l'espèce, l'organisation syndicale avait choisi de créer ses sections syndicales au niveau des établissements de l'entreprise.

La chambre sociale a donc jugé que, dès lors que le caractère distinct de ces établissements n'était pas mis en cause, le syndicat pouvait désigner un représentant pour chacune de ses sections syndicales ou au sein de chaque établissement.

*\* Syndicat - Activité syndicale*

## **Sommaire**

Un syndicat représentatif catégoriel peut, avec des syndicats représentatifs intercatégoriels, et sans avoir à établir sa représentativité au sein de toutes les catégories de personnel, négocier et signer un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel, son audience électorale, rapportée à l'ensemble des collègues électoraux, devant alors être prise en compte pour apprécier les conditions de validité de cet accord.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de cour d'appel qui juge qu'un syndicat affilié à la CFE-CGC, représentatif de la catégorie des cadres au vu des résultats électoraux obtenus dans ce collège, peut, avec des syndicats représentatifs intercatégoriels, négocier et signer un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel et que son audience électorale, rapportée à l'ensemble des collègues, doit être prise en compte pour déterminer le pourcentage d'électeurs représenté par les syndicats signataires.

**Soc., 31 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1281 FS-P+B**

N° 10-14.391 - C.A. Paris, 14 janvier 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

## **Note**

Depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, la validité des accords collectifs d'entreprise est soumise à une double condition tenant à l'audience électorale des organisations syndicales signataires.

D'une part, selon les articles L. 2122-1 et L. 2122-2 du code du travail, la représentativité des organisations qui détermine leur droit de négocier suppose, notamment, que celles-ci aient obtenu

au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise. Pour les organisations qui ont vocation à représenter l'ensemble des catégories de salariés et donc à négocier pour toutes ces catégories, ce score est calculé sur l'ensemble des collègues électoraux. Pour certaines organisations qui n'ont vocation à représenter qu'une catégorie particulière de salarié, et donc à négocier pour cette catégorie, ce score peut être calculé sur un seul collègue. Outre les syndicats de journalistes et les syndicats de pilotes de ligne (article L. 7111-7 du code du travail et L. 6524-3 du code des transports), cette mesure limitée de l'audience intéresse en pratique les syndicats de cadres affiliés à la CFE-CGC, l'article L. 2122-2 visant en effet les syndicats affiliés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelles nationale.

D'autre part, l'article L. 2232-12 du code du travail subordonne la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections.

La négociation des accords d'entreprise soulève donc désormais une double question : un syndicat de cadre affilié à la CFE-CGC et représentatif de la seule catégorie des cadres peut-il participer à la négociation et à la conclusion d'un accord intéressant toutes les catégories de personnel ; si oui, selon quelles modalités faut-il prendre en compte son audience électorale pour apprécier la validité de l'accord ?

Quoique statuant sur des faits antérieurs à la loi du 20 août 2008, l'arrêt du 31 mai 2011 apporte des réponses intéressantes le nouveau dispositif légal. Le dispositif conventionnel applicable à l'entreprise, et dont la validité n'était pas discutée, prévoyait en effet un système tout à fait comparable à celui instauré par cette loi, la seule différence étant l'exigence d'un score minimum de 35% des voix au lieu de 30%. La Chambre Sociale juge, d'une part, qu'un syndicat représentatif catégoriel peut, avec des syndicats intercatégoriels, et sans avoir à établir sa représentativité au sein de toutes les catégories de personnel, négocier et signer un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel et, d'autre part, que son audience électorale, rapportée à l'ensemble des collègues électoraux, doit être prise en compte pour apprécier les conditions de validité de cet accord.

Sur le droit du syndicat catégoriel à négocier et à signer un tel accord, la solution pourrait paraître en rupture avec la jurisprudence antérieure qui avait jugé qu'une organisation syndicale catégorielle ne pouvait conclure une convention ou un accord d'entreprise engageant ensemble du personnel que si elle était représentative, dans l'entreprise, de toutes les catégories de salariés (Soc., 7 novembre 1990, pourvoi n° 89-10.483, Bull. 1990, V, n° 525 et 24 juin 1998, pourvoi n° 97-11.281, Bull. 1998, V, n° 346). Mais dans ces deux affaires, l'accord litigieux n'avait été conclu que par le seul syndicat de cadres et cette donnée était déterminante des litiges car la signature d'un seul autre syndicat intercatégoriel aurait suffi à assurer la validité de l'accord selon le droit applicable.

Sur la prise en compte de l'audience électorale du syndicat catégoriel pour apprécier la validité de l'accord, l'arrêt précise que celle-ci doit être rapportée à l'ensemble des collègues électoraux. C'est en effet, la légitimité de l'accord lui-même qui est alors en cause et, dès lors qu'il s'applique à l'ensemble du personnel, c'est sur cet ensemble qu'il convient d'apprécier les conditions posées par l'article L. 2232-12 du code du travail. A défaut, on pourrait aboutir à ce résultat paradoxal qu'un accord pourrait être signé par des syndicats représentant plus de 100% du personnel ou qu'un syndicat affilié à la CFE-CGC et ayant obtenu la majorité des suffrages dans le troisième collège, pourrait s'opposer à l'application d'un accord signé par toutes les autres organisations représentatives ayant obtenu la majorité des suffrages de l'ensemble des électeurs de l'entreprise.

## Sommaire

Le changement d'affiliation d'une union syndicale doit être décidé dans les conditions prévues par les statuts ; à défaut de disposition statutaire spécifique, la décision est prise aux conditions statutaires prévues pour la dissolution de l'organisation syndicale et à défaut, dans le silence des statuts, à l'unanimité des syndicats adhérents.

Il en résulte que dans le silence des statuts d'une fédération de syndicats sur les conditions d'une désaffiliation, cette décision devait être prise à la majorité des trois quarts des mandats conformément à ce qui était prévu statutairement pour la dissolution de la fédération et que dès lors, la résolution, adoptée à 50,16% des voix, était nulle.

**Soc., 31 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1285 FS-P+B**

N° 10-17.159 - CA Paris, 28 janvier 2010

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

## Note

Une union syndicale a adopté, lors d'une assemblée générale extraordinaire, à une majorité de 50.16 % des suffrages, une résolution en faveur de sa désaffiliation de la confédération à laquelle elle était rattachée.

Certains syndicats adhérents à cette fédération ont contesté cette décision.

Le tribunal de grande instance a annulé le vote aux termes duquel la résolution avait été adoptée.

Considérant que l'affiliation à une confédération est un « élément constitutif substantiel » de l'union fédérale de sorte que la suppression de cette affiliation ne pouvait être décidée « que par la volonté de tous les syndicats », la cour d'appel a dit la résolution nulle faute d'avoir été votée à l'unanimité.

L'union syndicale a formé un pourvoi en cassation.

Elle estimait, d'une part, qu'aucune exigence d'unanimité ne figurait dans les statuts, et d'autre part, que les décisions d'affiliation et de désaffiliation faisaient partie de la liberté syndicale.

Il était ainsi question, pour la chambre sociale, de déterminer les conditions de majorité nécessaires à une décision, prise par une fédération de syndicats, de se désaffilier de sa confédération, dans le silence des statuts de la fédération.

La chambre sociale rejette le pourvoi. Elle énonce le principe selon lequel un changement d'affiliation d'une union syndicale doit être décidé dans les conditions prévues par les statuts. Elle prévoit également l'hypothèse de l'absence de disposition statutaire spécifique : la décision doit être prise aux conditions statutaires prévues pour la dissolution de l'organisation syndicale. Enfin, elle décide que, dans le silence des statuts, la décision de désaffiliation doit être prise à l'unanimité des syndicats adhérents.

Dans un arrêt récent la chambre sociale avait réaffirmé, au visa de la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail (OIT) relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical, le principe de la liberté de s'affilier (Soc., 3 mars 2010, pourvoi n° 09-60.283, Bull. 2010, V, n° 54).

Par le présent arrêt, elle fixe, pour la première fois, les modalités de la prise de décision d'un changement d'affiliation d'une union syndicale et consacre précisément la règle de l'unanimité en cas du silence des statuts.

On peut rappeler que la Cour de cassation avait été amenée à construire une jurisprudence sur la question de la désaffiliation d'un syndicat de sa confédération (dans notre espèce, il s'agissait d'une fédération de syndicats) au temps des grandes scissions syndicales ayant affecté la CGT et la CFDT.

Il en était résulté que le changement d'affiliation était subordonné, dans le silence des statuts, à la condition de majorité ou d'unanimité en fonction de la reconnaissance du caractère « substantiel » ou non de la désaffiliation envisagée.

Un arrêt du 3 octobre 1962 (pourvoi n° 60-13.879, Bull. 1962, V, n° 681), statuant sur la désaffiliation d'un syndicat de la CGT pour s'affilier à la CGT-FO, avait décidé, que ne s'agissant pas d'« une stipulation primordiale », une simple « forte majorité des membres de ce syndicat avait pu décider de son affiliation à la CGT-FO ».

Dans le même sens, un arrêt du 9 mai 1968 (pourvoi n° 66-13.340, Bull. 1968, V, n°234), statuant sur la demande d'annulation de la résolution adoptée en 1964 par le congrès extraordinaire de la CFTC supprimant la référence à la morale chrétienne, avait dit que cette décision nécessitait « l'unanimité des votants parce qu'elle méconnaissait la raison d'être de ce syndicat, altérait profondément sa substance et touchait aux raisons déterminantes des adhésions de ses membres ».

*\* Syndicat - Représentativité*

## **Sommaire**

I - Dès lors que des élections des membres titulaires du comité d'entreprise ont été organisées dans une société sur la base d'un protocole préélectoral dont la première réunion de négociation est postérieure à la date de publication de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, la période transitoire prend fin peu important que cette société absorbe par la suite une autre société au sein de laquelle de telles élections n'ont pas eu lieu.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement de tribunal d'instance qui, constatant une telle situation, annule la désignation d'un délégué syndical opérée par un syndicat qui, après absorption, fonde sa représentativité sur les dispositions transitoires de cette loi.

II - En ce qu'elle soumet désormais la représentativité des organisations syndicales à la condition d'avoir obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés lors du premier tour de l'élection des membres titulaires du comité d'entreprise, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, est d'ordre public absolu, ce qui interdit, par suite, à un accord collectif comme à un employeur de reconnaître la qualité d'organisation syndicale représentative à une organisation qui n'a pas satisfait à cette condition.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement de tribunal d'instance qui, ayant constaté qu'une organisation syndicale n'avait pas obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés lors de telles élections, annule la désignation par elle d'un délégué syndical peu important que le syndicat soutienne avoir été invité par l'employeur à la négociation d'un accord collectif ou avoir été invité par lui à désigner un délégué syndical.

**Soc., 18 mai 2011**

**Arrêt n° 1174 FS-P+B+R**

N° 10-60.406 - TI Paris 14è, 6 octobre 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Lalonde, Av. Gén.

**REJET**

## Note

Une société au sein de laquelle ont eu lieu des élections au comité d'entreprise sur la base d'un protocole préélectoral dont la première réunion de négociation est postérieure à la publication de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 en absorbe deux autres au sein desquelles de telles élections n'ont pas encore eu lieu. Un syndicat désigne alors un délégué syndical en se prévalant d'une représentativité fondée, d'une part, sur les dispositions transitoires de cette loi qui prévoient que les syndicats affiliés à une organisation représentative au plan national interprofessionnel le demeurent jusqu'aux résultats des prochaines élections et, d'autre part, sur le fait qu'après l'opération de fusion il a participé à la négociation et à la signature d'un accord collectif dans l'entreprise et que l'employeur l'a invité à désigner un délégué syndical. Sur requête de l'employeur, un tribunal d'instance annule cette désignation. L'arrêt du 18 mai 2011 rejette le pourvoi formé contre ce jugement.

Cet arrêt juge, d'une part, que la période transitoire ayant pris fin dans la société absorbante, les organisations syndicales ne peuvent se prévaloir de son maintien au motif que la société a ensuite absorbé des sociétés dans lesquelles cette période était encore en cours. La solution s'inscrit dans une approche objective et institutionnelle, construite sur la considération de l'entreprise, adoptée depuis longtemps en matière de fusion-absorption et qui fait, par exemple, que l'accroissement des effectifs par suite de l'absorption d'une société n'affecte pas les institutions existantes dans l'entreprise absorbante et n'oblige pas à organiser de nouvelles élections (Soc., 5 juin 1975, pourvoi n° 74-40.638, Bull. 1975, V, n° 310, ou, plus récemment, Soc., 13 octobre 2010, pourvoi n° 09-60.206, Bull. 2010, V, n° 225). Seul le maintien des mandats représentatifs existant dans les sociétés absorbées, dans le cas où elles conserveraient une autonomie au sein de la nouvelle organisation, pourrait conduire à asseoir une représentation des syndicats fondée sur les règles anciennes. Mais ce n'était pas le cas de l'espèce.

Mais cet arrêt juge, d'autre part et surtout, qu'en ce qu'elle soumet désormais la représentativité des organisations syndicales à la condition d'avoir obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés lors du premier tour de l'élection des membres titulaires du comité d'entreprise, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, est d'ordre public absolu. Ce mode d'établissement de la représentativité est donc exclusif de tout autre, et interdit à un accord collectif comme à un employeur de reconnaître la qualité d'organisation syndicale représentative à un syndicat qui n'a pas satisfait à cette condition d'audience électorale.

Il y a là un changement important par rapport au droit antérieur qui conduisait à admettre qu'à côté des modes légaux d'établissement de la représentativité, il y avait place pour un système de reconnaissance volontaire et mutuelle (voir par exemple, Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-60.282, Bull. 2010, V, n° 63, admettant que la représentativité d'un syndicat pouvait être volontairement reconnue par l'employeur accordant à l'organisation les moyens réservés aux syndicats représentatifs). Mais en subordonnant la représentativité des organisations syndicales à une condition d'audience électorale, le législateur fait désormais des salariés les acteurs majeurs et incontournables de cette représentativité : les modalités du vote sont d'ordre public absolu (Soc., 6 janvier 2011, pourvoi n° 10-18.205, Bull. 2011, V, à paraître, à propos du périmètre d'appréciation de la représentativité), le verdict des électeurs l'est aussi et ne peut être méconnu par un arrangement entre employeur et syndicats.

## Sommaire

Si les dispositions transitoires des articles 11-IV et 13 de la loi n° 789 du 20 août 2008 ont maintenu jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles postérieures à la date de la publication de la loi, à titre de présomption qui n'est pas susceptible de preuve contraire, la représentativité des syndicats à qui cette qualité était reconnue avant cette date, soit par affiliation à l'une des organisations syndicales représentatives au niveau national interprofessionnel, soit parce qu'ils remplissaient les critères énoncés à l'article L. 2121-1 du code du travail alors en

vigueur, les nouvelles dispositions légales, interprétées à la lumière des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 excluent qu'un syndicat qui bénéficiait de cette présomption en raison de son affiliation à une confédération représentative au plan national interprofessionnel la conserve à ce titre après qu'il se soit désaffilié de ladite confédération.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement qui, avoir constaté qu'un syndicat affilié à la CFTC au jour de la publication de la loi s'était désaffilié de cette dernière au profit de l'UNSA qui n'était pas représentative au plan national interprofessionnel et estimé qu'il ne rapportait pas la preuve de sa représentativité propre, a annulé la désignation d'un délégué syndical par ce syndicat.

**Soc, 18 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1169 FS-P+B+R+I**

N° 10-60.264 - T.I Gonesse, 29 avril 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

### **Note**

Cet arrêt intéresse le régime de la représentativité des organisations syndicales pendant la période transitoire instaurée par la loi du 20 août 2008 et s'étendant de la date de la publication de la loi jusqu'aux premières élections des membres titulaires des comités d'entreprise ou d'établissement. La Chambre sociale avait déjà jugé que les nouvelles dispositions de la loi, interprétées à la lumière des articles 6 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 n'excluent pas qu'un syndicat qui ne bénéficie pas de la présomption irréfragable de représentativité découlant de son affiliation à une organisation représentative au plan national interprofessionnel puisse établir cette représentativité, soit par affiliation postérieure à l'une de ces organisations, soit en apportant la preuve qu'il remplit les critères énoncés à l'article L. 2121-1 du code du travail dans sa rédaction issue de cette loi, à la seule exception de l'obtention d'un score électoral de 10 % auquel il devra satisfaire dès les premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise (Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-60.065, Bull. 2010, V, n° 61 ; pourvoi n° 09-60.246, Bull. 2010, V, n° 62 ; pourvoi n° 09-60.282, Bull. 2010, V, n° 63). La représentativité peut donc être acquise pendant la période transitoire.

Il avait aussi été jugé que cette représentativité peut être perdue pendant la période transitoire par un syndicat qui ne bénéficie pas de la présomption attachée à l'affiliation (Soc., 31 mars 2010, pourvoi n° 09-60.115, Bull. 2010, V, n° 84). L'arrêt du 18 mai 2011 juge que, par application des dispositions légales interprétées à la lumière des articles 6 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la représentativité fondée sur l'adhésion à une confédération représentative au plan national interprofessionnel peut elle aussi être perdue pendant la période transitoire. En l'espèce, un syndicat affilié à la CFTC au jour de la publication de la loi et bénéficiant donc de la présomption irréfragable de représentativité qui caractérisait le droit antérieurement applicable, temporairement maintenu, s'était désaffilié de cette confédération pour s'affilier à l'UNSA qui, elle, n'est pas représentative au plan national interprofessionnel. L'arrêt juge qu'en perdant le support juridique qui fondait sa représentativité, le syndicat perd cette dernière. Il réserve cependant la possibilité pour le syndicat de faire la preuve de sa représentativité par application des nouveaux critères légaux à l'exception, bien entendu, du score électoral puisque les élections postérieures à la publication de la loi, lesquelles doivent marquer la fin de la période transitoire, ne sont pas encore intervenues.



## 2-3 Exercice du mandat de représentation

*\* Heures de délégation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'Etat*

### Sommaire

Le paiement des heures de délégation des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat prises en dehors de leur temps de travail, qui ne se confondent pas avec les décharges d'activités de service accordées au représentant syndical en application de l'article 16 du décret n° 82-447 du 28 mai 1982, incombe à l'établissement au sein duquel ils exercent les mandats prévus par le code du travail dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement. Ces heures, effectuées en sus du temps de service, constituent du temps de travail effectif et ouvrent droit au paiement du salaire correspondant.

**Soc, 18 mai 2011**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1180 FS-P+B**

N° 10-14.121 - C.A Toulouse, 20 janvier 2010

Mme Collomp, Pt. - Mme Darret-Courgeon, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

### Note

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005, relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat, dite Loi Censi, laquelle est venue dire, en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation de l'époque, que les maîtres de l'enseignement privé n'étaient pas liés par un contrat de travail à l'établissement dans lequel ils exerçaient, la Cour de cassation a été saisie à plusieurs reprises de la question de la charge des heures de délégation prises en dehors des heures du service par ces maîtres de l'enseignement privé, sous contrat, lorsqu'ils sont représentants du personnel. Certains établissements refusaient en effet de payer ces heures de délégation aux motifs qu'ils n'étaient pas liés aux maîtres par un contrat de travail et considéraient donc que le paiement de ces heures était à la charge de l'Etat.

Mais, la cour de cassation n'a pas partagé cette analyse. Elle a ainsi décidé que le paiement de ces heures incombait à l'établissement, fondant cette solution sur le fait que les maîtres élus ou désignés représentants du personnel exerçaient leur mandat « dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement » (Soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-40.408, Bull. 2009, V, n° 101), puis elle a précisé que dès lors « doit (...) être cassé l'arrêt qui a débouté l'enseignant de sa demande de paiement des heures de délégation prises en dehors de son temps de travail, alors que les heures de délégation dont chaque délégué syndical dispose pour l'exercice de ses fonctions ne se confondent pas avec les décharges d'activité de service accordées au représentant syndical en application de l'article 16 du décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans l'association ».

La question de la charge du paiement des heures de délégations prises en dehors du service étant désormais tranchée, les établissements ont alors tenté d'échapper à ce paiement en soutenant qu'ils ne pouvaient pas l'effectuer. Ils affirmaient qu'un tel paiement était en effet impossible puisque devant être fait par un établissement privé habilité à ne verser que des salaires à des agents publics susceptibles de ne recevoir que des traitements et pour des heures qui, ne correspondant pas à un travail effectif, ne pouvaient non plus faire l'objet d'un salaire.

En l'espèce, la Cour d'appel avait été sensible à l'argument. Elle avait ainsi débouté un salarié de sa demande de paiement des heures de délégation prises en dehors de son service aux motifs que lors de l'adoption de la loi du 5 janvier 2005, la volonté du législateur avait été de réduire l'application du droit du travail à l'exercice du droit syndical et à la participation aux institutions représentatives sans étendre le régime dérogatoire aux heures de délégation du droit du travail qui suppose un travail effectif et un contrat de travail, et qu'il avait également voulu, sur la question de la

rémunération des heures de délégation, voir s'appliquer le statut d'agent public dès lors qu'il existait un système de décharge accordée par l'Etat et gérée globalement par les syndicats. La cour d'appel avait encore motivé sa décision par le fait que, pour un agent public, recevoir un paiement d'un établissement privé au titre d'heures supplémentaires n'apparaissait pas compatible avec sa qualité d'agent public, avec l'absence de contrat de travail avec l'établissement privé et avec le statut d'employeur de l'Etat.

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation condamne fermement cette position et, après avoir rappelé sa jurisprudence sur la charge du paiement des heures de délégation par une formule très claire, elle juge que les heures de délégation « effectuées en sus du temps de service, constituent du temps de travail effectif et ouvrent droit au paiement du salaire correspondant. »

Les établissements d'enseignements privés doivent l'accepter, ils ont la charge du paiement de ces heures et doivent les rémunérer par des salaires.

Cette jurisprudence est d'autant plus ferme qu'elle s'inscrit dans celle plus générale sur la rémunération des heures de délégation des représentants du personnel salariés de droit commun, qui sont « rémunérées comme du temps de travail effectif ». La Cour de cassation a en effet décidé que « les heures de délégation d'un salarié à temps partiel prises en dehors du temps de travail normal en raison des nécessités du mandat doivent être rémunérées comme du temps de travail effectif ; en conséquence le salarié rémunéré par un salaire fixe et des commissions a droit, outre ces commissions, à la part fixe de son salaire calculée au prorata des heures de délégation accomplies » (Soc., 21 janvier 2004, pourvoi n° 01-43.229 , Bull. 2004, V, n° 2).

### **3- Protection des représentants du personnel**

#### **3-1 Protection contre le licenciement**

*\* Annulation de l'autorisation administrative de licencier - Portée*

#### **Sommaire**

I - Lorsque le juge administratif a apprécié des faits reprochés à un salarié protégé en retenant qu'ils étaient d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement, les mêmes faits ne peuvent être appréciés différemment par le juge judiciaire.

Une cour d'appel, qui a constaté que la décision de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement avait été annulée par le tribunal administratif pour un motif de légalité externe et que cette juridiction, statuant de nouveau sur le recours formé par l'employeur à l'encontre de la décision du ministre refusant d'accorder l'autorisation de licenciement, l'a annulée, a exactement retenu que la décision du juge administratif, qui se prononçant sur les faits fautifs invoqués par l'employeur a retenu qu'ils étaient d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement, s'oppose à ce que le juge judiciaire décide que le licenciement était privé de cause réelle et sérieuse.

Si le juge judiciaire ne peut, en l'état de la décision de la juridiction administrative, apprécier le caractère réel et sérieux des motifs retenus pour justifier le licenciement, il reste compétent pour apprécier le degré de gravité de la faute privative des indemnités de rupture et justifiant la mise à pied conservatoire.

II - Une cour d'appel, qui a constaté que l'autorisation de l'inspecteur du travail avait été annulée par la juridiction administrative, a exactement décidé que cette annulation étant définitive, en sorte qu'il n'en subsistait rien, l'employeur devait être condamné à payer au salarié l'indemnisation du préjudice subi du fait de son exclusion de l'entreprise à compter de son licenciement jusqu'à l'expiration du délai de deux mois prévu par l'article L. 2422-4 du code du travail.

**Note**

I - Le licenciement des salariés protégés est un domaine dans lequel le juge administratif et le juge judiciaire sont susceptibles d'intervenir concurremment. La Cour de cassation veille alors au respect du principe de la séparation des pouvoirs qu'elle fonde sur la Loi des 16-24 août 1790.

Elle a ainsi bâti une jurisprudence délimitant l'intervention du juge judiciaire. Elle décide depuis longtemps que « l'autorisation de licenciement d'un salarié protégé accordée par l'Administration interdit au juge judiciaire d'apprécier la cause réelle et sérieuse du licenciement fondé sur cette autorisation » (Soc., 26 novembre 1996, pourvoi n° 93-44.811, Bull. 1996, V, n° 406 ; Soc., 30 avril 1997, pourvoi n° 94-45.418, Bull. 1997, V, n° 149). Elle a précisé, ensuite, que le juge judiciaire, « en l'état d'une autorisation administrative » ne pouvait pas non plus apprécier « la régularité de la consultation du comité d'entreprise. » (Soc., 2 juin 2004, pourvoi n° 03-40.071, Bull. 2004, V, n° 159) ou que « dès lors que son licenciement pour motif économique, prononcé à la suite de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard de l'employeur, a été autorisé par l'inspecteur du travail, au vu de la décision du juge commissaire rendue en application de l'article L. 621-37 du code de commerce, le salarié investi d'un mandat ne peut contester, devant le juge judiciaire, la validité et la cause du licenciement, en raison de vices dont serait affectée l'ordonnance du juge-commissaire. » (Soc., 14 février 2007, pourvoi n° 05-40.213, Bull. 2007, V, n° 23).

Ainsi, la Chambre sociale en jugeant dans l'arrêt commenté que « le juge judiciaire ne peut, en l'état de la décision de la juridiction administrative, apprécier le caractère réel et sérieux des motifs retenus pour justifier le licenciement » ne fait que rappeler sa jurisprudence classique.

Cette jurisprudence s'explique par le fait que le juge judiciaire ne peut statuer sur des éléments nécessairement pris en compte par le juge administratif pour apprécier la légalité de la décision de l'Administration.

C'est pourquoi la chambre sociale décide que malgré une autorisation administrative de licenciement le juge judiciaire reste compétent, en matière de licenciement économique, pour statuer sur l'ordre des licenciements. En effet, comme elle l'a explicitement jugé « la décision de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement d'un salarié protégé ne se prononce pas sur l'ordre des licenciements dont la violation relève de la compétence du seul juge judiciaire » (Soc., 27 octobre 2004, pourvoi n° 02-46.935, Bull. 2004, V, n° 270)

De la même façon, tirant les conséquences de ce que la notion de « faute d'une gravité suffisante » justifiant, pour le juge administratif, un licenciement, ne se confond pas avec la notion de faute grave utilisée par le juge judiciaire, la Cour de cassation juge ici que le juge judiciaire « reste compétent pour apprécier le degré de gravité de la faute privative des indemnités de rupture et justifiant la mise à pied conservatoire. » Elle reprend ainsi une solution qu'elle avait adoptée dans un arrêt ancien non publié (Soc., 1<sup>er</sup> juin 1994, pourvoi n° 92-40.315).

Il restait à la chambre sociale à trancher une question inédite : le juge judiciaire est-il lié par la décision du juge administratif qui a annulé le refus d'autorisation du licenciement de l'Administration, pour des raisons de légalité externe mais en se prononçant sur l'existence et la qualification des faits reprochés par l'employeur ? Cette décision lie-t-elle le juge judiciaire dans sa propre appréciation des faits, ou est-il libre d'apprécier les faits, sachant que l'annulation d'un refus d'autorisation ne vaut pas autorisation de licencier ?

La Chambre sociale avait déjà décidé que « si l'absence de cause réelle et sérieuse ne résulte pas, en soi, de l'annulation de l'autorisation de licenciement, la décision du juge administratif se prononçant sur les faits fautifs invoqués par l'employeur, qui a retenu que ces faits, soit n'étaient pas établis, soit ne justifiaient pas la mesure de licenciement, s'oppose à ce que le juge judiciaire, appréciant les mêmes faits, décide qu'ils constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement » (Soc., 26 septembre 2007, pourvoi n° 05-42.599, Bull. 2007, V, n° 140).

Mais il ne s'agissait que d'une hypothèse voisine de celle de l'espèce.

La Cour de cassation étend ici, cette solution à la décision d'annulation du refus d'autorisation de licencier quand le juge administratif s'est prononcé sur les faits fautifs invoqués par l'employeur et a retenu qu'ils étaient d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement, et ce même si l'annulation a été décidée pour un motif de légalité externe.

Comme toute la jurisprudence sur la question du licenciement des salariés protégés, cette solution s'explique par le fait que le juge judiciaire, en raison du principe de la séparation des pouvoirs ne peut apprécier des faits que le juge administratif a déjà appréciés pour prendre sa décision.

II - L'article L. 2422-4 du code du travail dispose : « lorsque l'annulation d'une décision d'autorisation est devenue définitive, le salarié investi d'un des mandats mentionnés à l'article L. 2422- 1 a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration, s'il en a formulé la demande dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision.

L'indemnité correspond à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois s'il n'a pas demandé sa réintégration.

Ce paiement s'accompagne du versement des cotisations afférentes à cette indemnité qui constitue un complément de salaire . »

L'employeur soutenait qu'en l'espèce, l'annulation de la décision de l'autorisation de licenciement n'avait pas un caractère définitif, puisque la décision de licencier avait fait l'objet d'une nouvelle saisine de l'inspection du travail, elle même soumise à nouveau au juge administratif ce qui, selon le pourvoi, avait eu pour effet de ressaisir l'autorité administrative de la demande pour laquelle elle avait été initialement saisie.

Cette analyse ne pouvait être suivie par la Cour de cassation, puisque les deux décisions intervenues ne concernaient pas le même acte administratif et donc pas la même demande. En effet, la première décision appréciait la légalité de l'autorisation de licencier délivrée par l'inspecteur du travail et annulait cette décision alors que la seconde concernait la décision du Ministre confirmant une nouvelle décision de l'inspecteur du travail refusant l'autorisation de licencier. La première décision de la juridiction administrative, à défaut d'appel est bien devenue définitive et c'est en toute logique que la Cour de cassation décide que le terme de la période ouvrant droit à l'indemnité de l'article L. 2422-4 du code du travail est l'expiration du délai de deux mois à compter de la notification de cette première décision.

Elle applique ainsi une solution qu'elle avait dégagée dans des arrêts non publiés (Soc., 27 janvier 1999, pourvoi n° 96-45.426, Soc., 25 avril 2007, pourvoi n° 05-44.689).

*\* Autorisation administrative de licencier - Portée*

Voir commentaires de l'arrêt n° 1029 du 3 mai 2011 (pourvoi n° 09-71.950)

### **3-2 Protection contre d'autres formes de rupture**

*\* Domaine d'application*

#### **Sommaire**

Lorsqu'un fonctionnaire, placé sous l'autorité de France Télécom, se trouve investi d'un mandat représentatif qu'il exerce, en vertu de la loi, dans l'intérêt, tant d'agents de droit public que de salariés de droit privé, les décisions prises à son égard ne doivent pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé.

Le juge administratif est seul compétent, le cas échéant en référé, pour veiller à ce que, sous réserve de ne pas porter une atteinte excessive à l'un ou l'autre des intérêts en présence, une mutation ne compromette pas le respect du principe de participation qui découle du préambule de la Constitution.

**Soc., 17 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1137 FS-P+B**

N° 10-15.577 - C.A. Paris, 11 février 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

#### **Note**

Par cet arrêt, la chambre a décidé un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt qu'elle avait rendu le 5 mars 2008 (Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 07-11.123, Bull. 2008, V, n° 53), compte tenu de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat (CE, 24 février 2011, n° 335453, publié au Recueil Lebon).

En effet, s'agissant de la situation particulière d'un fonctionnaire placé sous l'autorité de France Télécom, société de droit privé, et titulaire d'un mandat de délégué du personnel ou de membre du comité d'entreprise, la chambre avait reconnu en 2008 la compétence en référé de la juridiction prud'homale envers une décision de mutation de ce fonctionnaire qui avait pour conséquence de lui faire perdre son mandat électif, dès lors qu'à l'époque aucun contrôle n'était exercé par la juridiction administrative quant à cette mutation. L'on rappellera que la société France Télécom, qui depuis la loi n° 90-568 du 12 juillet 1990, occupe deux catégories de personnel - des fonctionnaires et des salariés de droit privé- a été transformée en société anonyme par la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications dont l'article 4 II 3° modifiant et complétant l'article 29-1 de la loi de 1990 prévoyait des mesures d'adaptation par décret en ce qui concerne les institutions représentatives du personnel, adaptation qui n'a pas été faite. Ainsi, à la différence des salariés de droit privé, aucune intervention préalable de l'inspecteur du travail n'est prévue.

Toutefois, par l'arrêt du 24 février 2011, le Conseil d'Etat a décidé que, lorsqu'un fonctionnaire, placé sous l'autorité de France Télécom, se trouve investi d'un mandat représentatif qu'il exerce, en vertu de la loi, dans l'intérêt tant d'agents de droit public que de salariés de droit privé, les décisions prises à son égard par la société France Télécom ne doivent pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé et que le juge administratif est compétent, le cas échéant en référé, pour veiller à ce que, sous réserve de ne pas porter une atteinte excessive à l'un ou l'autre des intérêts en présence, une mutation ne compromette pas le respect du principe de participation qui découle du préambule de la Constitution.

Dès lors que le juge administratif exerce désormais son contrôle, le cas échéant en référé, sur les décisions de mutation prises par la société France Télécom à l'égard des fonctionnaires titulaires

d'un mandat électif, la chambre sociale a décidé que le juge judiciaire était incompétent en la matière.

### **3-3 Protection contre les modifications des conditions de travail**

*\* Autorisation administrative de transférer le contrat de travail*

#### **Sommaire**

Le transfert du contrat de travail d'un salarié protégé compris dans un transfert partiel d'entreprise ne peut intervenir qu'après une autorisation de l'inspecteur du travail.

Statue en conséquence à bon droit, la cour d'appel qui, ayant constaté que le salarié protégé avait été affecté, sans autorisation, par son employeur à une autre société, en déduit, d'abord, que le transfert du contrat était nul, ensuite, qu'en imposant, sans autorisation préalable, ce transfert au salarié, l'employeur avait irrégulièrement mis fin au contrat de travail de sorte que la rupture de celui-ci lui était imputable.

**Soc., 31 mai 2011**

**Arrêt n° 1282 FS-P+B**

N° 10-17.460 - C.A. Nancy, 12 mars 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Chauvet, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

**REJET**

#### **Note**

Il résulte de l'article L. 2414-1 du code du travail que le transfert du contrat de travail d'un salarié protégé compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement par application de l'article L. 1224-1 du code du travail ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail.

L'article L. 2421-9 du code du travail précise que lorsque l'inspecteur du travail est saisi de cette demande d'autorisation de transfert, il s'assure que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire. Si l'autorisation de transfert est refusée, l'employeur doit alors proposer au salarié un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente dans un autre établissement ou une autre partie de l'entreprise.

Le salarié transféré ne peut renoncer à l'application de la procédure d'autorisation de transfert prévue par les articles précités, cette procédure étant d'ordre public (Soc., 6 avril 2004, pourvoi n° 02-41.953).

Dans la présente espèce, un employeur, bien que n'ayant pas obtenu l'autorisation de l'inspecteur du travail qu'il avait sollicité, avait affecté, à compter du 1<sup>er</sup> mai 2005, un salarié, alors salarié protégé, à une société cessionnaire, par application de l'article L. 1224-1 du code du travail. Le 30 juin 2005, l'inspecteur du travail avait refusé le transfert du contrat de travail du salarié, décision confirmée par le ministère 4 mois plus tard. Le 1<sup>er</sup> décembre 2005, après la fin de la période de protection dont bénéficiait le salarié, l'employeur avait transféré « définitivement » son contrat de travail à la société cessionnaire, dans laquelle il était demeuré.

La cour d'appel avait jugé que la société cédante avait fait une application déloyale et détournée des dispositions combinées de l'article L. 1244-1 du code du travail et du statut des travailleurs protégés. Elle aurait dû garder le salarié en son sein, compte tenu du refus de l'autorisation de transfert. En procédant comme elle l'avait fait et en attendant la fin de la période de protection pour procéder à ce transfert, elle avait exécuté de manière déloyale ses obligations contractuelles.

Elle en avait conclu que le transfert du contrat de travail le 1<sup>er</sup> décembre 2005 était nul et que la société cédante était responsable de la rupture de fait du contrat de travail.

Si, par le présent arrêt, la Cour de cassation confirme la décision des juges du fond, elle fixe la date du transfert du contrat de travail au 1<sup>er</sup> mai 2005 et non au 1<sup>er</sup> décembre 2005. En effet elle considère que la date à prendre en considération est celle à laquelle le salarié a été affecté physiquement à la société cédante.

Elle s'inscrit ainsi dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) qui considère que la date du transfert des contrats de travail a nécessairement lieu à la date du transfert de l'entreprise et ne peut être reporté au gré du cédant ou du cessionnaire, à une autre date (CJCE, 14 novembre 1996, affaire n° C-305/94, Rec., I, n° 5927) et cette date s'impose aux parties quelles que soient les modalités qui ont été convenues à cet égard entre elles (CJCE, 26 mai 2005, affaire n° C-478/03, Rec., I, n° 4389).

Dans la présente affaire, à la date du 1<sup>er</sup> mai 2005, le salarié bénéficiait encore du statut des travailleurs protégés. L'autorisation de l'inspecteur du travail était donc un préalable nécessaire au transfert de son contrat de travail.

En l'absence de cette autorisation préalable, il est de jurisprudence constante que le transfert du contrat de travail est nul (Soc., 24 novembre 1992, pourvoi n° 89-44.977, Bull. 1992, V, n° 571 ; Soc., 5 mai 1998, pourvoi n° 95-45.326, Bull. 1998, V, n° 222).

La sanction du transfert imposé au salarié de son contrat de travail, sans autorisation préalable, est l'imputabilité de la rupture à l'employeur, celui-ci ayant irrégulièrement mis fin au contrat de travail.

Il convient de rappeler que sur le plan pénal, le fait de transférer le contrat de travail d'un salarié protégé compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement en méconnaissance de la procédure d'autorisation administrative constitue un délit d'entrave (articles L. 2431- 1, L. 2432- 1, L. 2433- 1, L.2434-1 à L. 2434-4 du code du travail et Crim., 10 mai 1988, pourvoi n° 87-81.660, Bull. crim. 1988, n° 202 ; Crim., 22 novembre 2005, pourvoi n° 04-87.021, Bull. crim. 2005, n° 306).

## **F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL**

### **2- Licenciements**

#### **2-1 Mise en œuvre**

*\* Formalités conventionnelles préalables*

#### **Sommaire**

Selon l'article 54 de la convention collective nationale des réseaux de transports publics urbains de voyageurs du 11 avril 1986, le salarié, dans le cas où il n'est pas suspendu, doit être avisé de sa comparution devant le conseil de discipline huit jours au moins avant la réunion de ce conseil.

La cour d'appel qui a constaté que le salarié avait été convoqué devant le conseil de discipline par une lettre recommandée dont l'avis de réception ne comportait pas de date certaine de remise effective et que celle-ci ne pouvait être datée que du 11 décembre 2006, jour de réexpédition par la Poste de l'avis de réception, soit la veille de la réunion du conseil de discipline, en a exactement déduit qu'il n'était pas établi que le salarié ait été avisé dans le délai conventionnel de huit jours.

**Soc., 18 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1116 FS-P+B**

N° 09-72.787 - C.A. Grenoble, 28 octobre 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme Sommé, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

### **Note**

Un salarié, soumis à la convention collective nationale des réseaux de transports publics urbains de voyageurs du 11 avril 1986, est convoqué devant le conseil de discipline institué par l'article 51 de ladite convention.

L'article 54 de cette même convention dispose que « dans le cas où l'agent n'est pas suspendu, il doit être avisé de sa comparution devant le conseil huit jours au moins avant la réunion de ce conseil. (...) »

L'agent et son assistant sont convoqués pour être entendus par le conseil de discipline. Après délibération, le conseil émet son avis sur la sanction disciplinaire à appliquer à l'agent qui lui est déféré (...) ».

En l'espèce, le salarié avait été convoqué par une lettre recommandée avec accusé de réception postée le 1<sup>er</sup> décembre 2006. Cette lettre portait convocation devant le chef de service chargé d'instruire le dossier pour le 8 décembre suivant, devant le conseil de discipline pour le 12 décembre, et devant le directeur général de la société employeur pour un entretien préalable au licenciement pour le 20 décembre. Or l'accusé de réception ne comportait pas de date de réception lisible. Seules étaient lisibles la date de présentation (2 décembre) et la date de retour de l'accusé par la Poste (11 décembre), soit la veille du 12 décembre, jour de comparution devant le conseil de discipline, comparution soumise à l'article 54 précité.

La cour d'appel, interprétant les dispositions de cet article, avait estimé « qu'en employant le terme "avisé", les rédacteurs de ces dispositions avaient entendu fixer ce point de départ du délai, qui est relativement bref, au moment où le salarié concerné a eu connaissance de la convocation ». La société employeur, au contraire, soutenait dans une branche du moyen unique de son pourvoi que « le point de départ de ce délai se situe le jour de la présentation au salarié de la lettre recommandée l'informant de la date du conseil de discipline puisqu'il ne peut dépendre du destinataire d'une lettre d'empêcher, par son refus, de la recevoir, ou par sa négligence, le déroulement normal de la procédure ».

Par la présente décision, la Chambre sociale répond à cette argumentation et prend soin de déterminer le point de départ du délai conventionnel de huit jours : la seule date certaine de remise effective ne pouvant être que celle du 11 décembre 2006, veille de la réunion du conseil de discipline, il n'est pas établi que le salarié ait été avisé dans le délai conventionnel de huit jours. Ce dernier a ainsi été privé de la possibilité d'être entendu par le directeur de réseau, et n'a disposé que d'une journée pour préparer sa défense devant le conseil de discipline. Il en résulte qu'il n'a pu assurer utilement cette dernière.

L'arrêt du 18 mai 2011 est l'illustration de l'exception posée par l'arrêt du 3 juin 2009 à la détermination de la garantie de fond en matière disciplinaire : suivant cet arrêt, « le non-respect par l'employeur du délai minimal de convocation devant un conseil de discipline, prévu par une convention collective, ne constitue pas la violation d'une garantie de fond, sauf si cette irrégularité a eu pour effet de priver le salarié d'assurer utilement sa défense devant cet organisme » (Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 07-42.432, Bull. 2009, V, n° 142 (1)). En 2010, la Chambre sociale avait réitéré cette règle dans un arrêt non publié (Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-41.437), et concernant déjà l'application de la convention collective nationale du 11 avril 1986.



## Sommaire

L'article 57 de la convention collective nationale de l'inspection d'assurance du 27 juillet 1992 qui prévoit un entretien spécifique avec l'inspecteur concerné en cas d'insuffisance dans les résultats obtenus au plan quantitatif et/ou qualitatif, constitue une garantie de fond dont la méconnaissance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.

**Soc., 17 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1135 FS-P+B**

N° 09-72.843 - C.A. Montpellier, 4 novembre 2009

Mme Collomp, Pt. - M. Taillefer, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

## Note

Par un arrêt du 28 mars 2000 (pourvoi n° 97-43.411, Bull. 2000, V, n° 136), la Cour de cassation a énoncé que la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou du règlement intérieur d'une entreprise, de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur constitue pour le salarié une garantie de fond, ce dont elle déduit que le licenciement prononcé sans que l'organisme ait été préalablement consulté ne peut avoir de cause réelle et sérieuse.

La solution a été régulièrement confirmée et étendue à toute irrégularité dans la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire de nature conventionnelle ou prévue par le règlement intérieur quand la procédure méconnue a le caractère d'une garantie de fond (ex. Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44.376, Bull. 2005, V, n° 221).

C'est la même solution qui est adoptée dans l'arrêt du 17 mai 2011, s'agissant d'un inspecteur d'assurance qui avait été licencié pour insuffisance d'activité et de résultat sans qu'ait été respectée la procédure prévue par l'article 57 de la convention collective de l'inspection d'assurance, lequel dispose : « le constat par l'entreprise d'une insuffisance dans les résultats obtenus au plan quantitatif et/ou qualitatif donne lieu à un entretien avec l'inspecteur concerné. Cet entretien permet à l'intéressé de s'expliquer sur cette insuffisance et ses motifs. L'appréciation de l'entreprise s'effectue à la lumière de cet entretien par référence aux objectifs, tant quantitatifs que qualitatifs, et aux critères visés à l'article 55 b de la présente convention. Si ces difficultés trouvent leur origine dans une mauvaise adaptation de l'inspecteur à ses missions, ou dans un mauvais état de santé invoqué par l'intéressé, l'employeur recherche les moyens d'y remédier tels que l'ajustement des missions, une formation complémentaire ou l'affectation à de nouvelles fonctions. L'entretien est confirmé par un écrit de l'employeur exprimant ses mises en garde en cas de persistance de cette situation et précisant s'il y a lieu les mesures prises pour y porter remède. La poursuite de cette situation peut conduire l'employeur à prendre une décision de licenciement dans les conditions prévues à l'article 66 ».

Pour approuver l'arrêt qui avait constaté que l'employeur n'avait pas procédé à cet entretien spécifique et en avait déduit que le licenciement du salarié était dépourvu de cause réelle et sérieuse, la Cour de cassation retient qu'il résulte du texte de l'article 57 de la convention collective qu'avant toute procédure de licenciement, l'employeur doit procéder à un entretien selon les modalités définies par la convention collective, cette formalité étant une garantie de fond de nature à éviter la mesure de licenciement.

La solution se comprend bien : il est clair que la procédure conventionnelle résultant de l'article 57 organise une alternative au licenciement du salarié, notamment si les difficultés constatées ont pour cause une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses missions ou un mauvais état de santé. Elle constitue donc à l'évidence une garantie de fond pour le salarié.

*\* Nécessité d'une cause réelle et sérieuse - Domaine d'application*

## **Sommaire**

L'article 93 de la loi organique n° 2004-92 du 27 février 2004 qui prévoit que les chefs de service sont nommés en Conseil des ministres, qu'il est mis fin à leurs fonctions dans les mêmes conditions et que ces emplois sont laissés à la décision du gouvernement de la Polynésie française n'autorise pas la rupture sans motifs du contrat de travail des agents contractuels engagés pour occuper ces emplois par des contrats soumis aux dispositions de la loi n° 86-845 du 17 juillet 1986 relative aux principes généraux du droit du travail, notamment aux articles 7-1 et 8 qui prévoient que le licenciement ne peut intervenir sans cause réelle et sérieuse, le juge appréciant les motifs invoqués par l'employeur.

**Soc, 31 mai 2011**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1288 FS-P+B**

N° 09-67.501 - C.A. Papeete, 19 février 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme. Terrier-Mareuil, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

## **Note**

Le présent arrêt précise la portée de l'article 93 de la loi organique n° 2004-92 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française lequel dispose en son alinéa premier : « le secrétaire général du gouvernement, les secrétaires généraux adjoints, chefs de services, directeurs d'offices ou d'établissements publics de la Polynésie française, les commissaires du gouvernement de la Polynésie française auprès desdits offices et établissements publics et auprès des groupements d'intérêt public sont nommés en conseil des ministres. Il est mis fin à leur fonction dans les mêmes conditions. Ces emplois sont laissés à la décision du gouvernement de la Polynésie française. »

En l'espèce, le gouvernement de la Polynésie française avait licencié un salarié employé comme chef de service, considérant que la cessation des fonctions de chef de service justifiait la rupture du contrat de travail de l'intéressé.

La Cour d'appel a considéré qu'un tel licenciement avait une cause réelle et sérieuse, les dispositions précitées de la loi organique permettant au gouvernement de la Polynésie française de rompre le contrat de travail des chefs de service cessant leurs fonctions de façon discrétionnaire et non motivée.

La Cour de cassation censure la décision de la Cour d'appel, en limitant l'application de l'article 93 de la loi organique n° 2004-92 du 27 février 2004 au seul exercice des fonctions de chef de service. Le contrat de travail du salarié recruté pour occuper de telles fonctions reste soumis aux dispositions de la loi n° 86-845 du 17 juillet 1986 relative aux principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française, laquelle exige que le licenciement ait une cause réelle et sérieuse (article 7-1) et impose aux juges d'en apprécier les motifs (article 8). L'article 93 de la loi organique ne permet ainsi que la cessation discrétionnaire des fonctions de chef de service et n'autorise pas la rupture sans motifs du contrat de travail des agents contractuels engagés pour occuper ces emplois par des contrats soumis aux dispositions de la loi précitée du 17 juillet 1986.

Cette décision peut être rapprochée de la décision du Conseil d'Etat du 8 juin 2009 (n° de requête 307025) qui a jugé illégale la disposition de délibération n° 95-130 AT du 24 août 1995 prévoyant que les contrats de travail des collaborateurs des autorités élues de l'assemblée territoriale prennent fin automatiquement à l'expiration du mandat dont sont investies ces autorités, au motif que cette

disposition est contraire aux dispositions de loi n° 86-845 du 17 juillet 1986 en vertu desquelles un licenciement ne peut être prononcé sans cause réelle et sérieuse.

*\* Transaction*

## **Sommaire**

La transaction, ayant pour objet de mettre fin à toute contestation résultant de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, elle est valablement conclue par le salarié licencié lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs de cette rupture par la réception de la lettre de licenciement, même lorsque l'effet de la rupture est différé du fait de la signature d'une convention de reclassement personnalisé.

Viola en conséquence les articles L. 1233-16 et L. 1233-67 du code du travail et 2044 du code civil, ensemble l'article 5 de la convention du 27 avril 2005 relative à la convention de reclassement personnalisé, la cour d'appel qui annule la transaction signée par le salarié cinq jours après la notification de son licenciement pour motif économique, au motif qu'à cette date, le délai de 14 jours au terme duquel le contrat de travail se trouvait définitivement rompu à la suite de son adhésion à une convention de reclassement personnalisé n'était pas expiré.

**Soc., 31 mai 2011**

**CASSATION**

**Arrêt n° 1284 FS-P+B**

N° 10-14.313 - C.A. Aix-en-Provence, 14 janvier 2010

Mme Collomp, Pt. - Mme Grivel, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

## **Note**

Le présent arrêt illustre les rapports délicats de la transaction avec les modes de rupture du contrat de travail.

En matière de licenciement pour motif économique, l'employeur peut être tenu de proposer au salarié la possibilité de conclure une convention de reclassement personnalisé. Lorsque le salarié manifeste sa volonté de bénéficier de cette possibilité, il signe un bulletin d'acceptation, ce qui a pour conséquence de réputer le contrat de travail rompu d'un commun accord, après expiration d'un délai de quatorze jours.

La rupture du contrat de travail résultant d'une telle adhésion doit avoir une cause réelle et sérieuse. C'est pourquoi la Chambre sociale exige que le motif économique du licenciement soit énoncé par l'employeur dans un document écrit (Soc., 27 mai 2009, pourvoi n° 08-43.137, Bull. 2009, V, n° 139 ; Soc., 14 avril 2010, pourvois n° 08-45.399 et 09-40.987, Bull. 2010, V, n° 98).

Que se passe-t-il si l'employeur et le salarié concluent une transaction dans ce délai de quatorze jours, alors que ce délai a pour effet de reporter jusqu'à son écoulement la rupture du contrat de travail, donc d'en différer la date ?

La transaction étant destinée à clore une contestation née ou à naître, et comportant des concessions réciproques, la jurisprudence exige que les parties aient une connaissance exacte de leurs droits. Ainsi, la Chambre sociale pose comme condition de validité de la transaction la connaissance effective par le salarié des motifs du licenciement (Soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, pourvoi n° 08-43.179, Bull. 2009, V, n° 171). Si la date de la transaction est contestée, il appartient au juge de vérifier qu'elle a bien été conclue postérieurement au licenciement, donc en toute connaissance de cause.

Dans l'espèce de la présente décision, la Chambre sociale fait à nouveau prévaloir la connaissance effective des motifs du licenciement par le salarié sur la date de rupture du contrat de travail. Le salarié a été licencié pour motif économique le 21 septembre 2005, a adhéré à une convention de reclassement personnalisé le 22 septembre, et a signé une transaction le 26 septembre, soit avant la fin du délai de quatorze jours courant à compter du 22 septembre. Il soutenait que la transaction conclue avant le terme du contrat de travail était nulle. Rappelant l'exigence d'une connaissance effective du motif de licenciement, qui était remplie en l'espèce par la réception de la lettre de licenciement antérieurement à la signature de la transaction, la Cour censure la décision de la cour d'appel qui avait annulé la transaction comme antérieure à la rupture du contrat.

## **2-3 Licenciements disciplinaires**

*\* Faute grave - Défaut*

### **Sommaire**

Un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail.

**Soc., 3 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1027 FS-P+B**

N° 09-67.464 - C.A. Paris, 30 avril 2009

Mme Collomp, Pt. - M. Taillefer, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén.

### **Note**

Par plusieurs arrêts de l'année 1997, la Cour de cassation a dégagé le concept de vie personnelle du salarié pour désigner notamment la vie extra-professionnelle du salarié (Soc., 14 mai 1997, pourvoi n° 94-45.473, Bull. 1997, V, n° 175) et pour poser en règle qu'un fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute (Soc., 16 décembre 1997, pourvoi n° 95-41.326, Bull. 1997, V, n° 441).

La règle a été plusieurs fois réaffirmée, notamment par plusieurs arrêts récents qui énoncent qu'un fait de la vie personnelle du salarié ne peut justifier un licenciement disciplinaire (Soc., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-45.256, Bull. 2009, V, n° 160 ; Soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150, en cours de publication).

Il en résulte que si l'employeur se place sur le terrain disciplinaire pour licencier un salarié à raison d'un fait de la vie personnelle, le licenciement est nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse dès lors qu'il trouve sa cause dans un fait qui ne peut en lui-même constituer une faute, quand bien même le même fait pourrait constituer une cause objective (non fautive) de licenciement.

La même règle est reprise dans l'arrêt du 3 mai 2011 (pourvoi n° 09-67464) mais avec cette précision qu'elle n'énonce qu'un principe qui supporte des exceptions : un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut certes justifier un licenciement disciplinaire, mais il en va différemment s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail.

La réserve exprimée dans l'arrêt n'est pas nouvelle mais c'est la première fois qu'elle est formulée expressément par la Cour de cassation. Il a, en effet, toujours été admis que le salarié reste tenu envers l'employeur, même dans sa vie extra-professionnelle, de certaines obligations nées du contrat de travail qui sont en quelque sorte des obligations permanentes du contrat de travail et ne

cessent pas du seul fait que le salarié n'est plus au travail : obligation générale de loyauté, de probité, obligation de secret et de confidentialité (quand le salarié, eu égard à la nature de ses fonctions, est tenu à une obligation de secret ou de confidentialité).

La question posée dans cette affaire était celle de savoir si le fait pour un salarié qui est amené à conduire un véhicule dans l'exécution de sa prestation de travail de se voir retirer son permis de conduire pour avoir commis des infractions dans le cadre de sa vie personnelle caractérise ou non une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail.

Par plusieurs arrêts antérieurs (Soc., 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-43.227, Bull. 2003, V, n° 304 ; Soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-45.212), la Cour de cassation avait répondu par l'affirmative ou plus exactement, ce qui revient au même, avait considéré que le fait pour un salarié affecté en exécution de son contrat de travail à la conduite d'un véhicule automobile de se voir retirer son permis de conduire pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique, même commis en dehors de son temps de travail, se rattache à sa vie professionnelle.

Dans l'arrêt du 3 mai 2011, la Cour de cassation revient sur cette position et reprend la solution adoptée peu de temps auparavant par le Conseil d'Etat (CE., 15 décembre 2010, n° 316856, 4ème et 5ème s-s., Renault) en énonçant que le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé des obligations découlant de son contrat de travail.

Elle en déduit logiquement dans le cas de l'espèce que le licenciement du salarié, qui avait été prononcé pour faute grave au motif qu'il n'était plus en mesure de conduire le véhicule mis à sa disposition dans le cadre de son activité professionnelle, était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Il est cependant utile de rappeler que si un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut justifier (en principe) un licenciement disciplinaire, il peut constituer une cause réelle et sérieuse objective (=non fautive) de licenciement lorsqu'il en est résulté un trouble objectif caractérisé dans le fonctionnement de l'entreprise. En conséquence, à condition qu'il ne se place pas sur le terrain disciplinaire, l'employeur peut se prévaloir d'un fait de la vie personnelle du salarié au soutien de son licenciement, lequel sera fondé s'il est établi par l'employeur que ce fait a occasionné un trouble objectif caractérisé dans l'entreprise.

*\* Indemnité conventionnelle de licenciement*

## **Sommaire**

I - Dans le cadre d'une procédure collective, la clause figurant dans le jugement arrêtant le plan de cession, obligeant le cessionnaire à exploiter l'activité durant au moins deux ans avec les salariés attachés à l'entité cédée, à peine de dommages-intérêts, n'a pas pour effet de priver l'employeur du pouvoir de prononcer des licenciements pour motif disciplinaire.

II - Viole les articles 4 et 12 du code de procédure civile, la cour d'appel qui, pour débouter un salarié d'une demande d'indemnité conventionnelle de licenciement et lui allouer une indemnité légale de licenciement, se borne à énoncer que le salarié ne justifie pas du mode de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement qu'il a chiffrée, alors qu'elle ne pouvait, sans méconnaître son office, s'abstenir de statuer sur la demande dont elle était saisie.

**Soc, 17 mai 2011**

**Arrêt n° 1138 FS-P+B**

N° 09-43.003 - C.A. Colmar, 25 juin 2009

M. Collomp, Pt. - M. Chauvet, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

**CASSATION PARTIELLE**

## Note

I - Le jugement arrêtant un plan de cession d'une entreprise en redressement judiciaire, contenait une clause selon laquelle « le cessionnaire devra exploiter l'activité durant au moins 2 ans à compter de la cession, avec les salariés y attachés à peine de dommages-intérêts ».

Le salarié licencié pour faute se fondant sur la jurisprudence habituelle de la Cour de cassation qui juge que « le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous » considère que son licenciement prononcé dans le délai de deux ans est irrégulier.

La cour d'appel, pour le débouter, a considéré que la clause ne visait qu'à garantir la pérennité de l'activité et le niveau des effectifs au profit du cédant et qu'en conséquence le salarié licencié ne disposait pas d'un droit individuel à réparation de son préjudice.

Il s'agissait donc pour la Cour de cassation de déterminer la portée d'une telle clause de garantie d'emploi.

Elle décide qu'une telle clause ne concerne pas tous les types de licenciement.

La solution qu'elle adopte s'explique d'une part, par le contexte de la clause, celle-ci est intégrée dans un plan de cession, elle ne peut donc qu'avoir une visée économique et d'autre part par la nécessité de laisser l'employeur exercer son pouvoir de direction et donc son pouvoir disciplinaire. Par ailleurs, la solution inverse aboutirait à conférer aux salariés pendant une durée de deux ans, une immunité injustifiée. Ainsi, en présence d'une clause de garantie d'emploi figurant dans un plan de cession l'employeur n'est pas dépossédé de son pouvoir de licencier un salarié pour faute.

Cette décision s'inscrit dans la continuité de l'arrêt que la chambre sociale a rendu le 16 mai 2007 (pourvoi n° 06-40.496, Bull. 2007, V, n° 79) par lequel elle a jugé : « la clause d'un plan de cession d'entreprise arrêté par un tribunal de commerce par laquelle le repreneur s'engage, pour la durée du plan, à ne pas licencier sans l'autorisation préalable du tribunal saisi par le juge commissaire à l'exécution du plan, ne peut concerner que les licenciements prononcés pour motif économique et ne prive pas l'employeur de son pouvoir disciplinaire exercé sous le contrôle du juge prud'homal. Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour juger sans cause réelle et sérieuse un licenciement prononcé pour motif disciplinaire, retient qu'il est intervenu pendant la durée d'application du plan sans qu'ait été sollicitée l'autorisation préalable du tribunal de commerce. »

II - La Cour d'appel a refusé d'allouer l'indemnité conventionnelle de licenciement que le salarié réclamait et dont l'employeur contestait le quantum, au motif que le salarié ne justifiait pas du mode de calcul de ladite indemnité.

Le salarié soutient dans son pourvoi, que la cour d'appel a ainsi manqué à son office, car elle aurait dû se faire communiquer la convention collective applicable à la cause et l'interpréter elle-même.

La Cour de cassation décide en effet habituellement, d'une part que « lorsqu'une partie invoque l'application d'une convention collective, il incombe au juge de se la procurer par tous moyens, au besoin en invitant les parties à lui en procurer un exemplaire » (Soc., 7 novembre 2006, pourvoi n° 05-42.323, Bull. 2006, V, n° 327) et d'autre part qu'« il appartient au juge de trancher un litige en interprétant lui-même la convention collective » (voir par exemple Soc., 15 juillet 1998, pourvoi n° 96-42.005, Bull. 1998, V, n° 389).

En l'espèce, si la Cour d'appel s'était procurée la convention collective, elle aurait pu elle-même constater quel était le mode de calcul prévu par ce texte et l'appliquer au cas du demandeur. En déboutant le salarié, elle a donc manqué à son office en violation des articles 4 et 12 du code de procédure civile.

## 2-4 Licenciement économique

*\* Clause du plan de cession obligeant l'employeur à poursuivre l'activité avec les salariés*

Voir commentaires de l'arrêt n° 1138 du 17 mai 2011 (pourvoi n° 09-43.003)

## 5- Retraite et préretraite

### 5-2 Retraite

*\* Avantage de retraite*

### Sommaire

La perte d'une chance de pouvoir bénéficier un jour de l'avantage de retraite applicable dans l'entreprise constitue un préjudice qui doit être réparé.

Viole les articles 1134 et 1147 du code civil, la cour d'appel qui pour débouter le salarié de sa demande de dommages et intérêts pour perte de chance de bénéficier d'une "retraite chapeau" du fait de son licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse, retient que le salarié ayant une ancienneté de moins de deux ans dans l'entreprise ne saurait prétendre avoir perdu, du fait de son licenciement, la chance de bénéficier de cet avantage.

**Soc., 31 mai 2011**

**CASSATION PARTIELLE**

**Arrêt n° 1286 FS-P+B**

N° 09-71.350 et 09-71.504- C.A. Paris, 24 septembre 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme Wurtz, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

### Note

La retraite chapeau, ou régime de prestations définies, permet à une entreprise de garantir à ses salariés, lors de leur prise de retraite, le maintien d'un niveau de revenu prédéterminé, via le versement d'une rente venant compléter le montant des retraites versées par le régime général et le régime complémentaire de retraite.

Le bénéfice de ce régime, exclusivement financé par l'entreprise, est subordonné à une durée minimale d'ancienneté et à la présence du salarié dans l'entreprise au moment où il fait valoir ses droits à retraite dans le régime général.

La question inédite posée à la chambre sociale de la Cour de cassation par la présente affaire était la suivante : un salarié, licencié sans cause réelle et sérieuse, peut-il prétendre à être indemnisé pour perte d'une chance de bénéficier de la retraite chapeau applicable à l'entreprise.

La jurisprudence de la Cour de cassation définit la perte de chance comme étant « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »(1 re Civ., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-15.674, Bull. 2006, I, n° 498 et 1 re Civ., 4 juin 2007, pourvoi n° 05-20.213, Bull. 2007, I, n° 217).

En l'espèce, la cour d'appel avait débouté le salarié de sa demande de dommages-intérêts pour perte d'une rémunération différée, au motif que la retraite complémentaire servie aux cadres dirigeants de l'entreprise lors de leur départ en retraite après 15 années de service, résultait de l'engagement unilatéral de l'employeur qui versait les cotisations; que le salarié, ayant une ancienneté de moins de deux ans dans l'entreprise, ne pouvait prétendre avoir perdu, du fait de son licenciement, la chance de bénéficier de cet avantage différé.

Si la chambre sociale n'avait jamais statué sur la perte de chance de bénéficier d'une retraite chapeau, elle avait déjà eu à le faire au sujet de la perte de chance de lever des options sur titres.

Ainsi dans un arrêt du 29 septembre 2004 (Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 02-40.027, Bull. 2004, V, n° 234 (1)), publié au rapport annuel de la Cour de cassation, elle décide que « dès lors qu'un salarié n'a pu, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, lever les options sur titres ("stocks options") dont la levée était réservée aux salariés présents dans l'entreprise à la date où cette opération était possible, il subit nécessairement un préjudice qui doit être réparé ». Le rapport précise que « la date d'un tel licenciement ne peut être opposée par l'employeur au salarié lorsqu'elle aboutit à lui faire perdre un droit qu'il tient de son contrat de travail irrégulièrement rompu ». Le rapport ajoute que « cette solution a vocation à s'appliquer à d'autres situations : ainsi un arrêt du 26 janvier 2005 (Soc., 26 janvier 2005, pourvoi n° 02-45.655, Bull. 2005, V, n° 26) décide que la rupture d'un contrat de travail procédant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ne peut être opposée à un salarié pour le priver de la réparation du préjudice résultant des fautes commises par l'employeur dans l'exercice de ses obligations contractuelles; il s'ensuit que lorsqu'un employeur a commis la faute de ne pas affilier un salarié à un régime de prévoyance complémentaire, il doit réparer le préjudice en résultant pour le salarié, et ne peut être exonéré de cette responsabilité par le fait que les prestations du régime de prévoyance étaient subordonnées à la présence du salarié dans l'entreprise au moment où il avait été atteint de l'invalidité qui lui aurait ouvert le droit à ces prestations; or sans le licenciement irrégulier, le salarié aurait toujours compté dans les effectifs de l'entreprise à la date de sa mise en invalidité et aurait donc pu bénéficier de la rente du régime de prévoyance. »

Par le présent arrêt, la chambre sociale applique le même raisonnement et décide que « la perte d'une chance de pouvoir bénéficier un jour de l'avantage de retraite applicable dans l'entreprise constitue un préjudice qui doit être réparé. »

Ainsi, le salarié doit être indemnisé lorsque son licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse lui fait perdre une chance de bénéficier de la retraite chapeau applicable à l'entreprise.

## **Sommaire**

Une cour d'appel retient à bon droit que le maintien à d'anciens salariés devenus retraités de conditions tarifaires préférentielles attachées à leur qualité de clients éventuels de leur ancien employeur ne constitue pas un avantage de retraite.

**Soc., 17 mai 2011**

**REJET**

**Arrêt n° 1134 FS-P+B**

N° 10-17.228 - C.A. Toulouse, 27 janvier 2010

Mme Collomp, Pt. - M. Frouin, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén.

## **Note**

La direction d'un établissement bancaire avait mis en place, par note de service, au profit de ses salariés et anciens salariés, des tarifs préférentiels sur ses différents produits et services bancaires conduisant notamment à la gratuité pour certains d'entre eux.

Six ans plus tard, un accord collectif d'entreprise avait prévu l'application au personnel d'une tarification correspondant à 70% du tarif clientèle liée à la gestion des comptes et cartes bancaires. Les retraités du réseau ont été informés par lettre qu'ils allaient se voir appliquer cette nouvelle tarification.



L'établissement bancaire a été assigné en justice par un syndicat pour voir juger que cette décision de révocation des avantages financiers était nulle concernant les retraités au motif que les retraités perdaient un avantage dont ils bénéficiaient depuis de nombreuses années avant la liquidation de leur retraite.

Le syndicat faisait valoir que l'avantage en cause était un avantage de retraite.

La notion d'avantage de retraite, qui existait déjà en droit de la sécurité sociale et en droit fiscal, a été utilisée pour la première fois par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 novembre 2004 dans lequel elle indiquait que « le versement volontaire par l'employeur d'une prime postérieurement à la mise en retraite du salarié entraîne la transformation de la prime d'activité en un avantage de retraite. Dès lors, la dénonciation de l'usage instituant la prime ne remet pas en cause cet avantage après la liquidation de la retraite » (Soc., 30 novembre 2004, pourvoi n° 02-45.367, Bull. 2004, V, n° 307).

Dans un second arrêt du 12 mai 2009, non publié, elle décidait que « dès lors que la prime exceptionnelle, qui était versée postérieurement au départ à la retraite du salarié, constituait un avantage de retraite, la dénonciation de l'engagement unilatéral instituant la prime ne remettait pas en cause cet avantage après la liquidation de la retraite » (Soc., 12 mai 2009, pourvoi n° 07-44.625).

Dès lors qu'un avantage est qualifié d'« avantage de retraite », il ne peut donc plus être remis en cause, après la liquidation de la retraite, par dénonciation de l'engagement unilatéral ou de l'usage qui l'a institué.

Par opposition, un usage d'entreprise ou un engagement unilatéral de l'employeur peut être remis en cause par voie de dénonciation ou par un accord collectif de travail postérieur y mettant fin. Dans ce cas, les salariés de l'entreprise perdent le bénéfice de l'avantage qui trouvait sa source dans l'usage ou l'engagement unilatéral.

La question posée dans la présente affaire était donc de déterminer si le maintien à d'anciens salariés devenus retraités de conditions tarifaires préférentielles attachées à leur qualité de clients éventuels de leur ancien employeur pouvait être qualifié ou non d'« avantage de retraite » ?

De cette qualification dépendait la possibilité ou non de remettre en cause cet avantage.

Pour la cour d'appel cet avantage ne pouvait s'analyser en un avantage de retraite au motif que :

- « si les avantages tarifaires sont des avantages en nature qui doivent être intégrés dans l'assiette des cotisations, ils ne sont susceptibles de constituer des avantages de retraite [...], que si l'avantage est lié à la cessation d'activité professionnelle ».

- cet avantage est un « avantage tarifaire qui ne peut qu'avoir un caractère provisoire ».

- « la note de service [...] est un inventaire des tarifs avantageux proposés aux salariés et aux retraités qui tient compte des caractéristiques des services existants à un instant "t" et non un avantage général pouvant être quantifié ou liquidé ou ayant comme point de comparaison un élément tarifaire pouvant demeurer une référence intemporelle qui deviendrait intangible dans son montant et son étendue dès la liquidation de la retraite, quelle que soit l'évolution postérieure du contexte financier et économique, la disparition ou l'apparition de produits et services nouveaux; son caractère conjoncturel ressort nécessairement de son examen ».

- « l'importance des avantages consentis varie en fonction de l'usage que fait tout salarié des services et produits financiers listés et tarifés et met à la charge du salarié un certain nombre

d'obligations [...] incompatibles avec le principe même de la liquidation et l'intangibilité, donc, de la notion d'avantage de retraite”

Par le présent arrêt, la Cour de cassation approuve la décision des juges du fond et confirme donc que le maintien à d'anciens salariés devenus retraités de conditions tarifaires préférentielles attachées à leur qualité de clients éventuels de leur ancien employeur ne constitue pas un avantage de retraite.



5 quai de l'Horloge TSA 79201 – 75055 Paris cedex 01

**Site internet :** [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

**Twitter :** @courdecassation