

MENSUEL
DU
DROIT DU TRAVAIL



N°24
Septembre 2011



SOMMAIRE

A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL	3
B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS	12
C - SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL	17
E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES	18
F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL	35
G - ACTIONS EN JUSTICE	40

A - CONTRAT DE TRAVAIL, ORGANISATION ET EXÉCUTION DU TRAVAIL

1. Emploi et formation

**Contrats à durée déterminée dits d'usage*

Sommaire

L'indemnité de précarité est due au salarié dont les contrats de travail conclus au titre du 3° de l'article L. 1242-2 du code du travail visant les secteurs d'activité de l'hôtellerie et de la restauration, ne peuvent, en l'absence d'écrit, être considérés comme des contrats à durée déterminée d'usage.

Soc., 28 septembre 2011

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1881 FS - P+B

N° 09-43.385 – CA Versailles 13 Octobre 2009

Mme Mazars, Pt. f. f. – M. Blatman, Rap. – M. Lacan, Av. Gen.

Note

Une personne a, en vertu de nombreux contrats à durée déterminée, été employée alternativement par une société et sa filiale en qualité d'extra pour exercer les fonctions de maître d'hôtel.

A la rupture de la relation de travail, le salarié a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la requalification de ses 310 contrats à durée déterminée conclus avec la société mère et de 126 contrats à durée déterminée conclus avec la filiale en contrat à durée indéterminée, et la condamnation *in solidum* des deux sociétés à lui payer diverses indemnités ainsi que des sommes à titre de salaires perdus pendant les périodes non travaillées.

Les juges du fond ont notamment débouté le salarié de sa demande d'indemnité de précarité. Ce dernier s'est pourvu en cassation.

La question soumise à la chambre sociale était la suivante : les contrats de travail conclus au titre du 3° de l'article L. 1242 du code du travail, en l'absence d'écrit, peuvent-ils être considérés comme des contrats à durée déterminée d'usage faisant obstacle au paiement de l'indemnité de précarité en application de l'article L. 1243-10-1° du code du travail?

L'article L. 1243-8, alinéa 1^{er}, du code du travail dispose que « *Lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation.* »

Aux termes de l'article L. 1243-10 1° du même code, « *L'indemnité de fin de contrat n'est pas due lorsque le contrat est conclu au titre du 3° de l'article L. 1242-2 ou de l'article L. 1242-3, sauf dispositions conventionnelles plus favorables.* »

L'article L. 1242-2 énonce que « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 1242-3, un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas suivants :*

...

3° Emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas

recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois. »

Pour débouter le salarié de sa demande au titre de l'indemnité de précarité, la cour d'appel avait retenu que cette indemnité n'était pas due lorsque le contrat était, comme en l'espèce, conclu au titre du 3° de l'article L. 1242-2 du code du travail visant les secteurs d'activités de l'hôtellerie et de la restauration.

Le salarié soutenait à l'appui de son pourvoi qu'en retenant que l'indemnité de précarité n'était pas due lorsque le contrat était conclu au titre du 3^{ème} alinéa de l'article L. 1242-2 du code du travail alors qu'elle constatait que les parties n'avaient pas conclu de contrat de travail écrit, la cour d'appel avait violé les articles L. 1243-8 et L. 1243-10 du code du travail.

Il a été entendu par la chambre sociale qui a décidé que « *L'indemnité de précarité est due au salarié dont les contrats de travail conclus au titre du 3° de l'article L. 1242-2 du code du travail visant les secteurs d'activité de l'hôtellerie et de la restauration, ne peuvent, en l'absence d'écrit, être considérés comme des contrats à durée déterminée d'usage* »

Selon l'article L. 1242-12, alinéa 1^{er}, du code du travail, « *Le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. A défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée.* »

2 - Droits et obligations des parties au contrat de travail

**Clause de non-concurrence*

Sommaire

La validité de la clause de non-concurrence doit être appréciée à la date de sa conclusion et la convention collective intervenue postérieurement ne peut avoir pour effet de couvrir la nullité qui l'affecte.

Soc., 28 septembre 2011

CASSATION

Arrêt n° 1767 FS – P+B

N° 09-68.537 – C.A. Lyon, 4 juin 2009

M. Collomp, Pt. – M. Florès, Rap. – M. Weismann, Av. Gén.

Note

Le contrat de travail d'un salarié soumettait ce dernier à une interdiction de concurrence et prévoyait, à ce titre, le versement d'une contrepartie financière. Mais il fixait le montant de cette dernière uniquement dans l'hypothèse d'une rupture imputable à l'employeur. Il était seulement précisé qu'en cas de rupture à l'initiative du salarié, ce montant ne pouvait être inférieur à celui prévu par la convention collective en vigueur. Le salarié a dès lors contesté la validité de cette clause de non-concurrence. Après avoir relevé que le contrat de travail renvoyait expressément à la convention collective en vigueur au moment de la rupture, la cour d'appel en a déduit que les dispositions conventionnelles relatives à la contrepartie financière avaient vocation à se substituer aux dispositions contractuelles illicites. Le salarié forme alors un pourvoi en cassation.

Portant atteinte au principe fondamental de la liberté du travail, la clause contractuelle de non-concurrence voit sa validité soumise au respect de plusieurs conditions cumulatives. En effet, selon une jurisprudence désormais constante, « *elle doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière* » (Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 99-43334, Bull. 2002, V, n° 239). Doit

donc être considérée comme illicite la clause qui ne prévoit aucune contrepartie (Soc., 10 juillet 2002, précité). De même, doit être annulée la clause de non-concurrence qui ne prévoit le versement d'une contrepartie pécuniaire qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié (Soc., 27 février 2007, pourvoi n° 05-44984, *Bull.* 2007, V, n° 32) ou de l'employeur (Soc., 31 mai 2006, pourvoi n° 04-44598, *Bull.* 2006, V, n° 198).

La chambre sociale admet cependant que cette contrepartie financière puisse être prévue par la convention collective applicable à la relation de travail, dès lors que le contrat qui comporte une clause de non concurrence s'y réfère expressément (Cass. Soc., 10 mars 2004, pourvoi n° 02-40.108, *Bull.* 2004, V, n° 83). Cette solution résulte de l'application conjuguée de l'effet impératif de la convention collective et du principe de faveur (article L. 2254-1 du Code du travail). En effet, les dispositions conventionnelles relatives à la contrepartie financière ont alors vocation à se substituer à la clause contractuelle moins favorable qui n'en prévoit pas (Soc. 5 mai 2010, pourvoi n° 09-40.710, non publié) ou qui en limite l'octroi à certaines hypothèses de rupture du contrat.

Toutefois, en l'espèce, l'avenant à la convention collective prévoyant la contrepartie a été conclu postérieurement au contrat de travail. La question se posait donc de savoir si cette disposition conventionnelle permettait de régulariser *a posteriori* la stipulation contractuelle de non-concurrence illicite.

Sur ce point précis, la chambre sociale fait évoluer sa jurisprudence dans cet arrêt. En effet, elle avait auparavant admis que « *la disposition de l'accord collectif relative à la contrepartie financière de la clause de non-concurrence résultant d'un avenant postérieur à la conclusion du contrat de travail qui n'en prévoyait pas, s'appliquait de plein droit, dès lors que le contrat de travail, qui comportait une [telle] clause, se référait à l'accord* » (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-44.560, non publié). En se basant sur le principe de la liberté au travail ainsi que sur les dispositions légales relatives à la force obligatoire du contrat de travail (articles 1134 du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail), elle affirme dans cet arrêt que « *la convention collective intervenue postérieurement ne saurait avoir pour effet de couvrir la nullité* » affectant la clause de non-concurrence. En effet, la validité de cette dernière étant appréciée au moment de sa conclusion, il ne saurait être tenu compte de l'intervention ultérieure d'une disposition conventionnelle pour valider rétroactivement la stipulation contractuelle illicite, quand bien même le contrat y ferait expressément référence.

La chambre sociale invite donc les juges du fond à rechercher si les conditions nécessaires à la validité de la clause de non-concurrence sont réunies dès la conclusion du contrat de travail, ce aussi bien dans le corps même de ce dernier que dans les dispositions conventionnelles auxquelles il renvoie. En effet, il ne s'agit pas de remettre en cause la possibilité pour les cocontractants de se référer à la convention collective applicable pour déterminer la contrepartie financière (Soc., 10 juin 2004, précité), mais seulement d'y poser une limite circonstanciée. S'appuyant sur un visa à forte portée juridique, la Cour de cassation entend indiquer sa volonté d'ancrer cette solution dans le droit positif. Ainsi, la disposition conventionnelle prévoyant une contrepartie financière ne pourra se substituer à la clause contractuelle de non-concurrence qu'à condition de lui préexister.

**Harcèlement moral*

Sommaire

Viola l'article L. 1154-1 du code du travail et le principe de l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les documents de la cause, la cour d'appel qui retient qu'un salarié faisant valoir qu'il était victime de harcèlement moral de la part de son supérieur hiérarchique n'établit par aucune pièce des faits laissant présumer l'existence d'un harcèlement, alors que la lettre de licenciement par l'employeur du supérieur hiérarchique invoquée par le salarié lui reprochait de ne pas avoir été en mesure de gérer une relation professionnelle et personnelle avec le salarié et mentionnait un comportement agressif et dévalorisant se traduisant par des propos vulgaires et grossiers et

l'instauration d'une mauvaise ambiance de travail, les termes de cette lettre permettant de présumer l'existence d'un harcèlement.

Soc., 29 septembre 2011

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1905 FS-P+B

N° 10-12.722 - C.A. Montpellier, 16 décembre 2009

Mme Mazars, conseiller doyen faisant fonction de président. - M. Frouin, Rap. - M. Legoux, premier avocat général.

Note

Une salariée, licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement a saisi la juridiction prud'homale pour contester le bien-fondé de son licenciement et demander le paiement de diverses sommes.

En effet, elle estimait que son inaptitude procédait du harcèlement dont elle était victime du fait de sa supérieure hiérarchique. Au soutien de sa demande, elle a produit, à l'appui de sa demande, la lettre de licenciement de sa supérieure hiérarchique, considérant qu'il devait en être déduit une reconnaissance par l'employeur des faits de harcèlement.

Après avoir retenu que la salariée n'établissait par aucune pièce des faits laissant présumer l'existence d'un harcèlement et qu'il ne saurait être déduit de la lettre de licenciement en question une reconnaissance par l'employeur de faits de harcèlement, les termes de celle-ci se rapportant à une absence de compétence de la supérieure hiérarchique et non à un comportement déviant révélateur de faits de harcèlement, la cour d'appel a dit le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et a débouté la salariée de ses demandes au titre de la rupture du contrat de travail.

La salariée a formé un pourvoi en cassation.

La question posée par ce pourvoi était de savoir si on peut déduire des termes d'une lettre de licenciement de la supérieure hiérarchique de la demanderesse une reconnaissance par l'employeur de faits de harcèlement. Plus généralement, peut-on considérer que les termes d'une lettre de licenciement ne concernant pas le salarié en demande sont susceptibles de constituer des faits établis par le salarié permettant de présumer l'existence d'un harcèlement ?

Au visa de l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les documents de la cause et de l'article L. 1154-1 du code du travail, la chambre sociale a cassé l'arrêt de la cour d'appel sur ce point. Elle a décidé qu'en statuant ainsi, alors que la lettre notifiant à la supérieure hiérarchique son licenciement, intervenu peu après le licenciement de la salariée, mentionnait un comportement agressif et dévalorisant se traduisant par des propos vulgaires et grossiers et l'instauration d'une mauvaise ambiance de travail, la cour d'appel a dénaturé cette lettre dont les termes permettaient de présumer l'existence d'un harcèlement.

Aux termes de l'article L. 1154-1 du code du travail, "(...) *le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.*" Il ajoute qu' "*Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.*"

Par cet arrêt, la Cour de cassation s'est livrée à un contrôle de la décision des juridictions du fond en matière de reconnaissance des faits établis par le salarié permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral.

Elle l'avait déjà fait par quatre arrêts du 24 septembre 2008 (Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 06-43.504, 06-45.579, 06-45.794 et 06-45.747, 06-46.517, *Bull.* 2008, V, n° 175 et 177).

3 - Modification dans la situation juridique de l'employeur

**Reprise d'activité (association)*

Sommaire

Les régies de quartier, dont l'un des objectifs prioritaires est l'insertion des personnes en grande difficulté et qui assurent diverses activités au gré des besoins des habitants du quartier dans lequel elles interviennent, ne relèvent pas du champ d'application de l'accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire dans le secteur de la propreté.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt qui rejette la demande de reprise de leurs contrats de travail par les régies de quartier, émanant des salariés des sociétés précédemment attributaires des marchés de nettoyage.

Soc., 28 septembre 2011

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1764 FS - P+B

N° 09-71.512 - C.A. Aix-en-Provence, 28 mai 2009

Mme Mazars, f.f. Pt. - M. Gosselin, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

Note

Plusieurs sociétés étaient attributaires des travaux de nettoyage dans divers foyers dépendant de la société Adoma (anciennement Sonacotra). Cette dernière a ensuite confié ces travaux à deux régies de quartier, lesquelles se sont opposées à l'application de l'accord du 29 mars 1990 « *fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire* » à l'égard des salariés des sociétés de nettoyage sortantes.

Les salariés ont saisi la juridiction prud'homale, sur le fondement de l'accord précité, aux fins de leur réintégration au sein des régies de quartier attributaires des marchés de nettoyage litigieux, ou à défaut, de la résiliation de leur contrat aux torts exclusifs de l'employeur et de la condamnation des associations à leur verser un rappel de salaire, des indemnités de rupture et des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Les régies de quartier, constituées sous la forme d'associations de la loi de 1901, poursuivent l'objectif prioritaire d'insérer des personnes en grande difficulté. Elles œuvrent pour la politique de la ville, fondent leur légitimité sur une forte demande sociale et, de taille modeste, dépendent des crédits publics pour leur survie.

Par un arrêt du 28 mai 2009, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que les régies de quartier ont pour « *activité principale (...) l'insertion sociale et non le nettoyage qui n'est qu'un des moyens utilisé par les régies pour la réalisation de leur objet* ». En conséquence, les juges du fond ont considéré que l'accord du 29 mars 1990 des entreprises de nettoyage et de propreté ne leur était pas applicable et que les contrats de travail ne leur avaient pas été transférés.

Les salariés ont formé un pourvoi en cassation en faisant valoir, d'une part, que l'application d'une convention collective s'apprécie par rapport à l'activité réelle principale de l'entreprise et non par rapport à l'objet social défini dans les statuts de l'association. En conséquence, la convention collective du nettoyage et de la propreté devait s'appliquer aux régies de quartier qui assuraient en l'espèce une prestation de nettoyage. D'autre part, la cour d'appel aurait dû rechercher si les salariés exerçant une prestation de nettoyage nettement différenciée de l'activité principale (c'est-à-dire de celle de l'insertion des personnes en difficulté) ne constituaient pas un centre d'activité autonome soumis à l'accord du 29 mars 1990 des entreprises de nettoyage et de propreté.

Dans des arrêts antérieurs, la chambre sociale de la Cour de cassation a exclu l'application de l'accord du 29 mars 1990 (ancienne annexe VII de la convention collective nationale des entreprises de propreté) à un marché de nettoyage repris par une société gérant un atelier protégé (Soc., 11 mars 2009, pourvoi n° 07-41.636, *Bull.* 2009, V, n° 78 ; Soc., 8 janvier 2002, pourvoi n° 00-41.003, arrêt diffusé).

Par le présent arrêt, elle confirme que l'objectif des régies de quartier étant l'insertion des personnes en grande difficulté, ces régies ne relèvent pas du champ d'application de l'accord du 29 mars 1990. Elle approuve la cour d'appel d'avoir refusé d'étendre les garanties d'emploi et la continuité des contrats de travail aux salariés des sociétés de nettoyage évincées du marché. La chambre fait primer l'objet social des régies de quartier, défini dans leurs statuts et selon lequel celles-ci sont soumises à un accord collectif propre (l'accord collectif national professionnel dit « Régies de quartier » du 1^{er} mai 1999, qui fait des régies un moyen d'insertion sociale), sur l'activité marchande (et les règles conventionnelles afférentes) que ces régies peuvent mettre en œuvre afin d'atteindre leur objectif d'insertion sociale.

4 - Contrats particuliers

**Travail temporaire*

Sommaire

Le Parlement européen, institution de l'Union européenne, pouvait, antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article D.1251-1 du code de travail, avoir recours au travail temporaire en application des articles L.1251-1 et suivants du code de travail.

Les contrats de mission des salariés employés d'une entreprise de travail temporaire, mis à la disposition du Parlement européen chaque mois, pour les mêmes tâches, pour la durée d'une session parlementaire ont pour objet de pourvoir, même si elle est intermittente, à l'activité normale et permanente de cette institution communautaire.

Si l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 octobre 1985 (affaire n° 232/84) ne permet pas de requalifier le contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée à l'égard du Parlement européen, il ne fait pas obstacle à l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé aux salariés employés en méconnaissance des dispositions impératives de la loi nationale.

Soc., 28 septembre 2011

Arrêt n° 1885 FS-P+B

N° 09-40.543 - C.A. Colmar, 04 décembre 2008

Mme Mazars, f.f. Pt. - M. Becuwe, Rap. - M. Lacan, Av. Gén.

CASSATION PARTIELLE

Note

Le Parlement européen a engagé en qualité "*d'auxiliaires de session*" des salariés pour des missions diverses d'intendance, à l'occasion de ses sessions mensuelles.

Suite à l'abrogation, le 31 décembre 2006, de l'article 78 du RAA (Règlement Applicable aux autres Agents), sur le fondement duquel les auxiliaires de sessions parlementaires avaient été engagés, il a procédé à un appel d'offres et confié à la société Manpower la mise à disposition de personnel intérimaire d'appoint pour ses sessions à Strasbourg.

Les salariés antérieurement affectés aux missions diverses d'intendance ont été engagés en intérim.

Une partie de ces salariés a saisi le conseil de prud'hommes aux fins :

- d'annulation des contrats de mise à disposition et des contrats de mission;
- de requalification en contrat à durée indéterminée et en paiement de l'indemnité de requalification;
- de paiement de dommages-intérêts.

Le conseil de prud'hommes a fait droit à ces demandes.

La cour d'appel, devant qui les demandes de requalification des contrats n'ont pas été reprises, a infirmé les jugements.

Les salariés ont formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

L'arrêt de la chambre sociale en cause répond à deux questions soulevées par la présente espèce et formulées par le conseiller rapporteur en ces termes :

1. le Parlement européen pouvait-il recourir, en sa qualité d'institution internationale, au travail temporaire entre le 1^{er} janvier 2007 et le 19 octobre 2008, date d'entrée en vigueur du décret n° 2008-1069 ayant modifié l'article D.1251-1 du code de travail?
2. dans l'affirmative, est-ce que les sessions mensuelles régulières d'une durée de quatre jours devaient nécessairement correspondre à un surcroît temporaire d'activité pour éviter l'annulation des contrats de mission et de mise à disposition?

L'article L.1251-1, alinéa 1^{er}, du code de travail dispose que : *“Le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d'un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission.”*

En raison de la période considérée, l'article D.1252-1 modifié par le décret n° 2008-1069 du 17 octobre 2008 (entré en vigueur le 19 octobre 2008) ne s'applique pas en l'espèce. Cet article énonce qu' *“en application du 3° de l'article L. 1251-6, les secteurs d'activité dans lesquels des contrats de mission peuvent être conclus pour les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, sont les suivants : (...)*

14° Les activités d'assistance technique ou logistique au sein d'institutions internationales ou de l'Union européenne pour la tenue de sessions, d'une durée limitée, prévues par les règlements de ces institutions ou par des traités.”

Il n'existe aucune définition légale de la notion de *“client utilisateur”* employée par l'article L. 1251-1, alinéa 1^{er}, précité. Dans ces conditions, il ne revient pas au juge d'établir des distinctions là où la loi ne le fait pas. C'est donc en toute logique que la chambre sociale a considéré le Parlement européen comme client utilisateur au sens de l'article L. 1251-1, alinéa 1^{er}, du code du travail.

Elle a ainsi rejeté l'argument des demandeurs au pourvoi selon lequel, le recours aux travailleurs intérimaires est réservé aux seules entreprises conformément à l'article L.1251-5 du code du travail ; le Parlement européen, institution internationale, n'est pas une entreprise.

Aux termes de l'article L. 1251-5 du code du travail, *“Le contrat de mission, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice.”*

Les demandeurs au pourvoi ont soutenu que *“il ressort des constatations de fait que les sessions parlementaires avaient lieu chaque mois, pour la même durée, sur le même site, que les exposants étaient occupés chaque fois aux mêmes tâches; que si les missions ne duraient chaque mois que quatre jours, elles correspondaient à l'activité permanente, et non contractuelle, même si elle était intermittente du Parlement européen”*.

Ils ont été entendus par la chambre sociale qui a reconnu que les sessions mensuelles relevaient, même si elles étaient intermittentes, de l'activité normale et permanente du parlement européen et a conclu à la violation des articles L. 1251-5 et L. 1251-6 du code du travail. A titre de sanction, elle a fait droit à leur demande de dommages-intérêts.

La sanction normalement applicable dans ce cas de figure est prévue à l'article L. 1251-40 du code du travail : le salarié peut faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits correspondants à un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet au premier jour de la mission.

Cette sanction n'est pas applicable au parlement européen car l'arrêt Tordeur du 3 octobre 1985 de la CJCE (affaire 232/84) interdit la requalification du contrat de travail.

5. Statuts particuliers

**Employés de maison*

Sommaire

Il résulte des articles L. 7221-2 et L. 3123-11 du code du travail que les salariés employés de maison à temps partiel doivent bénéficier, comme les salariés employés de maison à temps complet, de la surveillance médicale prévue par l'article L.7214-1 du code du travail.

Violent ces dispositions la cour d'appel qui retient que l'employeur d'un salarié employé de maison à temps partiel n'avait aucune obligation en matière de visite médicale, au motif que l'article L. 7221-2 du code du travail prévoit que les dispositions régissant l'inaptitude ne sont pas applicables aux salariés employés par des particuliers à des travaux domestiques, qui relèvent exclusivement des dispositions de la convention collective nationale du particulier employeur, dont l'article 22 dispose que les articles du code du travail concernant la surveillance médicale sont applicables aux salariés à temps complet seulement.

Soc., 28 septembre 2011

Arrêt n° 1765 FP - P+B+R

N° 10-14.284 – CA Paris 7 mai 2009

Mme Mazars, Pt. – Mme Vallée, Rap. – M. Weissmann, Av. Gen.

CASSATION PARTIELLE

Note

L'article L. 7221-2 du code du travail prévoit que sont applicables aux employés de maison les dispositions concernant la surveillance médicale des gardiens d'immeuble prévues à l'article L. 7214-1, c'est-à-dire l'examen médical d'embauche, les visites médicales périodiques renouvelées à intervalles n'excédant pas un an, les visites de reprise à la suite d'interruptions de travail intervenues pour des raisons médicales.

Le décret n° 75-882 du 22 septembre 1995, portant notamment règlement d'administration publique pour l'application de l'article L. 771-9 devenu L. 7211-4 du code du travail, renvoie en son article 3 à un règlement d'administration publique pour la fixation des règles applicables à la surveillance médicale des salariés exerçant à temps partiel l'activité de gardien d'immeuble à usage d'habitation ou d'employé de maison.

À ce jour ce règlement n'est pas intervenu.

La surveillance médicale des salariés du particulier employeur exerçant à temps complet, est, elle, prévue par l'article 22 de la convention collective du particulier employeur étendue par arrêté du 2 mars 2000 selon laquelle « *les dispositions du code du travail concernant la surveillance*

médicale sont obligatoirement applicables aux salariés du particulier employeur employés à temps complet :

- un examen médical d'embauche ;*
- une visite médicale périodique obligatoire ;*
- une visite médicale de reprise après absence de plus de 3 semaines pour cause de maladie, au retour de congé maternité, et après absence d'au moins 8 jours pour cause d'accident du travail ».*

La chambre sociale a d'abord pris acte de cet état des textes pour refuser au salarié employé de maison à temps partiel le bénéfice de la surveillance médicale dont relève le salarié employé de maison à temps complet (Soc., 4 novembre 1988, pourvoi n° 86-43.246, *Bull.* 1988, V, n° 569 ; Soc., 30 mai 2007, pourvoi n° 06-41.749).

Interrogée par le ministère public à l'occasion de la présente affaire, la direction générale du travail a indiqué qu'aucun décret en Conseil d'État (ancien règlement d'administration publique) n'était à l'ordre du jour, soulignant la difficulté d'organiser le régime de suivi médical des salariés concernés et le partage des coûts entre les employeurs.

Dans ces conditions, la chambre sociale a estimé que, quelles que soient les difficultés pratiques d'organisation dont elle a bien conscience, cette situation discriminatoire ne pouvait perdurer et, au visa de l'article L. 3123-11 du code du travail qui dispose que « le salarié à temps partiel bénéficie des droits reconnus au salarié à temps complet par la loi, et les conventions ou accords collectifs d'entreprise ou d'établissement », affirme désormais que les salariés employés de maison à temps partiel doivent bénéficier, comme les salariés employés de maison à temps complet, de la surveillance médicale prévue par l'article L. 7214-1 du code du travail.

Le législateur est récemment intervenu notamment pour organiser la surveillance médicale de catégories particulières de travailleurs, dont les salariés du particulier employeur, laissant aux partenaires sociaux le soin d'en déterminer les modalités pratiques. Ainsi, l'article 10 de la loi n° 2011-867 du 20 juillet 2011 a créé un article L. 4625-2 du code du travail, ainsi rédigé : « *Un accord collectif de branche étendu peut prévoir des dérogations aux règles relatives à l'organisation et au choix du service de santé au travail ainsi qu'aux modalités de surveillance de l'état de santé des travailleurs dès lors que ces dérogations n'ont pas pour effet de modifier la périodicité des examens médicaux définie par le présent code.*

Ces dérogations concernent les catégories de travailleurs suivantes :

- 1° Artistes et techniciens intermittents du spectacle ;*
- 2° Mannequins ;*
- 3° Salariés du particulier employeur ;*
- 4° Voyageurs, représentants et placiers.*

L'accord collectif de branche étendu après avis du Conseil national de l'ordre des médecins peut prévoir que le suivi médical des salariés du particulier employeur et des mannequins soit effectué par des médecins non spécialisés en médecine du travail qui signent un protocole avec un service de santé au travail interentreprises. Ces protocoles prévoient les garanties en termes de formation des médecins non spécialistes, les modalités de leur exercice au sein du service de santé au travail ainsi que l'incompatibilité entre la fonction de médecin de soin du travailleur ou de l'employeur et le suivi médical du travailleur prévu par le protocole. Ces dispositions ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 1133-3.

En cas de difficulté ou de désaccord avec les avis délivrés par les médecins mentionnés au septième alinéa du présent article, l'employeur ou le travailleur peut solliciter un examen médical auprès d'un médecin du travail appartenant au service de santé au travail interentreprises ayant signé le protocole. »

B - DURÉE DU TRAVAIL ET RÉMUNÉRATIONS

1- Durée du travail, repos et congés

**Temps partiel - temps complet*

Sommaire

Il résulte de l'article L. 3123-24, alinéa 2, du code du travail qu'en cas de travail à temps partiel, lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail, le refus du salarié d'accepter ce changement ne saurait constituer une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec une période d'activité fixée chez un autre employeur.

Soc., 28 septembre 2011

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1875 F - P+B

N° 09-70.329 - CA Saint-Denis de la Réunion, 30 juin 2009

Mme Mazars, conseiller doyen faisant fonction de président - Mme Mariette, Rap. - M. Lacan, Av. Gén.

Note

L'article L. 3123-4, alinéa 2, du code du travail dispose que *“Lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail dans un des cas et selon les modalités préalablement définis dans le contrat de travail, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée (...)”*.

En l'espèce, une salariée d'une société civile a été engagée après la dissolution de cette société par deux anciens associés. Il était convenu qu'elle partage son temps de travail entre les cabinets des deux associés. Ayant refusé un avenant proposé par un des associés modifiant la durée du travail et sa répartition entre les jours de la semaine, elle a été licenciée.

La salariée a saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir le paiement de diverses sommes au titre de la rupture du contrat de travail.

Après avoir relevé que la salariée partageait son temps de travail entre deux cabinets distants géographiquement et que l'avenant, qui entraînait une réduction de la durée hebdomadaire de travail, était incompatible avec les horaires de travail effectués chez l'autre associé, la cour d'appel a débouté la salariée de ses demandes au motif que la possibilité de modifier les horaires de travail était prévue par le contrat de travail et que cette modification était justifiée par l'intérêt de l'entreprise.

Dans ce contexte, la salariée a formé un pourvoi en cassation.

La question posée à la chambre sociale était de savoir si le refus d'un salarié travaillant à temps partiel de la modification de la répartition de sa durée du travail peut constituer une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec une période d'activité fixée chez un autre employeur.

La chambre sociale, au visa de l'article L. 3123-24, alinéa 2, du code du travail, a cassé l'arrêt de la cour d'appel. Dans un attendu de principe, elle a énoncé *“(...) qu'il résulte de ce texte qu'en cas de travail à temps partiel, lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa*

durée du travail, le refus du salarié d'accepter ce changement ne saurait constituer une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec une période d'activité fixée chez un autre employeur.”

La chambre sociale a fait application de l'article L. 3123-4, alinéa 2, du code du travail et a censuré la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences de ses constatations.

Il convient de rappeler qu'en la matière, la chambre sociale s'est déjà prononcée sur une incompatibilité permettant à un salarié à temps partiel de refuser un changement de ses horaires. Dans un arrêt rendu le 9 mai 2001 (pourvoi n° 99-40.11, *Bull.* 2001, V, n°157), elle a tranché un litige relatif à un changement d'horaires, pour un salarié travaillant à temps partiel, incompatible avec des obligations familiales impérieuses, incompatibilité également prévue à l'article L. 3123-24, alinéa 2, du code du travail. La Cour, après avoir dit que *“Dans le contrat de travail à temps partiel, le refus d'un salarié d'accepter un changement de ses horaires ordonné par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, peut être légitimé, même si ce changement est prévu au contrat, lorsque ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses(...), a censuré l'arrêt de la cour d'appel qui avait refusé “(...)d'examiner l'excuse invoquée par le salarié et tirée de ses obligations familiales.”*

Plus récemment (Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 06-45.562, pourvoi n° 06-45.562, *Bull.* 2009, V, n°4), la chambre sociale a confirmé cette jurisprudence: elle a en effet considéré qu'une cour d'appel avait privé sa décision de base légale en ne recherchant pas *“si la modification des horaires journaliers de travail [d'une salariée engagée à temps partiel] est compatible avec des obligations familiales impérieuses.”*

2- Rémunérations

**Salaire*

Sommaire

Le principe d'assimilation et d'équivalence de la rémunération des maîtres agréés des établissements d'enseignement privés sous contrat simple, avec celle des instituteurs de l'enseignement public, concerne uniquement les traitements, avantages et indemnités attribués par l'Etat, et non les indemnités à la charge de leurs employeurs privés, telle l'indemnité de précarité prévue par l'article L. 1243-8 du code du travail.

Doit en conséquence être cassé l'arrêt rejetant la demande d'indemnité de précarité d'une enseignante employée par un établissement sous contrat simple, qui n'a pas la qualité d'agent public.

Soc., 28 septembre 2011

Arrêt n° 1883 FS-P+B

N° 10-21.931 - C.A. Grenoble, 7 juin 2010

Mme Mazars, f.f. Pt. – M. Linden, Rap. – M. Lacan, Av. Gén.

CASSATION PARTIELLE

Note

Un salarié a été embauché par un contrat à durée déterminée, comme instituteur suppléant par une école privée spécialisée, liée à l'Etat par un contrat simple. Le contrat a pris fin en juillet 2006. Le salarié a saisi le conseil de prud'hommes, notamment aux fins de paiement d'une indemnité de précarité.

La cour d'appel l'a débouté de cette demande, en considérant qu'il était un agent public, et que le principe d'assimilation et d'équivalence de la rémunération des maîtres agréés des établissements d'enseignement privés sous contrat simple, avec celle des instituteurs de l'enseignement public, concernait uniquement les traitements, avantages et indemnités attribués par l'Etat, et qu'aucune disposition législative ne rendait la prime de précarité, fondée sur l'article L. 1243-8 du code du travail, applicable aux agents publics.

La chambre sociale de la Cour de cassation a cassé cette décision au motif que les maîtres agréés des établissements d'enseignement privés n'étaient pas des agents publics. La Chambre avait déjà statué sur ce point dans un arrêt non publié (Soc., 24 juin 2009, pourvoi n° 07-44.865), où elle énonçait que « *les maîtres agréés des établissements privés sous contrat simple, bien que rémunérés par l'Etat, sont liés à l'établissement qui les emploie par un contrat de travail de droit privé* ».

Il en résulte que les dispositions de l'article L. 442-12 du code de l'éducation ne font pas obstacle à celles de l'article L. 1211-1 du code du travail. L'article L. 442-12, alinéa 1^{er}, pose le principe d'assimilation et d'équivalence de la rémunération des maîtres agréés des établissements privés sous contrat simple avec celle des instituteurs de l'enseignement public. Il dispose en effet que « *les établissements d'enseignement privés du premier degré peuvent passer avec l'Etat un contrat simple suivant lequel les maîtres agréés reçoivent de l'Etat leur rémunération qui est déterminée compte tenu notamment de leurs diplômes et des rémunérations en vigueur dans l'enseignement public* ». Ce principe concerne uniquement les traitements, avantages et indemnités attribués par l'Etat. Les maîtres agréés d'un établissement privé peuvent ne pas recevoir une indemnité attribuée aux maîtres de l'enseignement public mis à disposition de cet établissement quand l'indemnité (de logement, en l'espèce) n'est due spécifiquement qu'aux agents publics (Soc., 13 février 1991, pourvoi n° 88-41.755, *Bull.* 1991, V, n° 72).

Mais également, l'article L. 1211-1 du code du travail soumet aux dispositions du droit du travail le contrat des salariés de droit privé, puisqu'il édicte que « *les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés* ». Le principe d'assimilation et d'équivalence susvisé ne peut donc priver les maîtres agréés, salariés d'un employeur privé, des indemnités dues légalement par ce dernier. Ainsi en est-il de l'indemnité due selon une convention collective dont relève l'employeur (Soc., 30 septembre 2009, pourvoi n° 07-42.694, *Bull.* 2009, V, n° 215) ou de l'indemnité due au titre de l'article L. 1243-8 du code du travail, indemnité dite de précarité versée à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée : c'est le cas illustré par la présente décision.

*Garantie AGS

Sommaire

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, d'une part, que l'article 3 de la Directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, dans la version de celle-ci antérieure à celle découlant de sa modification par la Directive 2002/74/CE, doit être interprété en ce sens que, pour le paiement des créances impayées d'un travailleur qui a habituellement son activité salariée dans un Etat membre autre que celui où se trouve le siège de son employeur déclaré insolvable avant le 8 octobre 2005, lorsque cet employeur n'est pas établi dans cet autre Etat membre et remplit son obligation de contribution au financement de l'institution de garantie dans l'Etat membre de son siège, c'est cette institution qui est responsable des obligations définies par cet article, et, d'autre part, que cette directive ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale prévoit qu'un travailleur puisse se prévaloir de la garantie salariale de l'institution nationale, conformément au droit de cet Etat membre, à titre complémentaire ou substitutif par rapport à celle offerte par l'institution désignée

comme étant compétente en application de cette directive, pour autant, toutefois, que ladite garantie donne lieu à un niveau supérieur de protection supérieur du travailleur.

Doit dès lors être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui déboute un salarié de sa demande de garantie de créances salariales formée contre l'AGS et retient celle du Fonds de fermeture des entreprises de l'Office national de l'emploi en Belgique après avoir constaté que si le salarié avait exercé habituellement son activité en Belgique, son employeur n'y était pas établie et cotisait auprès de l'AGS.

Soc., 21 septembre 2011

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

Arrêt n° 1821 F - P+B

N° 08-41.512 - CA Douai, 31 janvier 2008

Mme Collomp, Pt. – M. Béraud, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

Note

Un salarié engagé par une société française dont le siège social était situé en France et travaillant en Belgique a saisi le conseil de prud'hommes de diverses demandes à la suite de son licenciement. En outre, sa société-employeur ayant été placée en liquidation judiciaire, il a demandé, à titre principal, la garantie de l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS), et, à titre subsidiaire, celle du Fonds de fermeture des entreprises de l'Office national de l'emploi en Belgique.

La juridiction prud'homale a décidé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse et a fixé les créances du salarié en déclarant le jugement opposable au centre de gestion et d'étude AGS (CGEA).

La cour d'appel a infirmé le jugement, sauf sur l'absence de cause réelle et sérieuse, et a fixé les créances du salarié à inscrire au passif de la liquidation judiciaire de la société-employeur en déclarant l'arrêt opposable au Fonds de fermeture des entreprises belge, tenu en garantie, et a prononcé la mise hors de cause du CGEA en France.

Le salarié a formé un pourvoi en cassation. La chambre sociale a, par un arrêt du 18 novembre 2009 (pourvoi n°08-41.512, *Bull.* 2009, V, n° 255) sursis à statuer sur le pourvoi en posant à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante :

L'article 8 bis de la Directive n° 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, telle que modifiée par la Directive n° 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, qui prévoit dans son premier alinéa que lorsqu'une entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux États membres se trouve en état d'insolvabilité, l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs est celle de l'État membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail et, dans son deuxième alinéa, que l'étendue des droits des salariés est déterminée par le droit régissant l'institution de garantie compétente, doit être interprété comme désignant l'institution compétente à l'exclusion de toute autre, ou si, compte tenu de la finalité de la Directive qui est de consolider les droits des travailleurs faisant usage de leur liberté de circulation et du premier alinéa de l'article 9 de cette même Directive aux termes duquel elle ne porte pas atteinte à la faculté des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables aux travailleurs salariés, il doit être interprété comme ne privant pas le salarié du droit de se prévaloir, au lieu et place de la garantie de cette institution, de celle plus favorable de l'institution auprès de laquelle son employeur s'assure et cotise en application du droit national ?

Il était ainsi question de déterminer quel est l'organisme de garantie des salaires compétent lorsque l'employeur, qui se trouve en état d'insolvabilité, est établi dans un autre état membre que celui sur le territoire duquel le salarié réside et exerçait son activité salariée. Aussi, en cas de compétence d'un organisme étranger, sa compétence doit-elle être comprise comme exclusive de celle de toute autre institution de garantie ?

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 17 novembre 2010, affaire C-477/09) répond que la Directive n° 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, dans sa version antérieure à celle découlant de sa modification par la Directive n° 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, doit être interprétée de la façon suivante :

- « (...) le paiement des créances impayées d'un travailleur qui a habituellement exercé son activité salariée dans un Etat membre autre que celui où se trouve le siège de son employeur déclaré insolvable avant le 8 octobre 2005, lorsque cet employeur n'est pas établi dans cet autre Etat membre et remplit son obligation de contribution au financement de l'institution de garantie dans l'Etat membre de son siège, c'est cette institution qui est responsable des obligations définies par cet article (...). »
- « (...) la Directive (...) ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale prévoie qu'un travailleur puisse se prévaloir de la garantie salariale de l'institution nationale, conformément au droit de cet Etat membre, à titre complémentaire ou substitutif par rapport à celle offerte par l'institution désignée comme étant compétente en application de cette directive, pour autant, toutefois, que ladite garantie donne lieu à un niveau supérieur de protection au travailleur. »

Il en résulte, qu'en cas d'éléments d'extranéité (un salarié travaillant dans un Etat membre autre que celui où l'employeur a son siège social), l'organisme de garantie des salaires compétent est celui de l'Etat membre où l'employeur a son siège et où ce dernier remplit son obligation de contribution au financement de l'institution de garantie. Néanmoins, cette compétence n'étant pas exclusive, une législation nationale peut prévoir qu'un salarié se prévale de la garantie nationale, à titre complémentaire ou exclusif, si elle est plus protectrice pour le salarié.

La chambre sociale a cassé dès lors l'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu la compétence de l'organisme belge tout en constatant que la société-employeur n'était pas établie en Belgique et cotisait auprès de l'AGS, organisme français. Elle a décidé en outre de ne pas renvoyer l'affaire et a déclaré le présent arrêt opposable à l'AGS qui sera tenue à garantie des créances du salarié.

La Cour de cassation s'en est tenue ainsi à une interprétation stricte de la Directive européenne en cause.

Dans un arrêt du 2 juillet 2002 (Soc., 2 juillet 2002, pourvoi n°99-461.40, *Bull.* 2002, V, n°228), la chambre sociale avait reconnu la compétence de l'AGS pour garantir les créances de salariés accomplissant un travail au profit d'une société étrangère à l'encontre de laquelle avait été ouverte une procédure collective à l'étranger aux motifs que les salariés travaillaient dans l'établissement français (succursale immatriculée en France) de cette société étrangère.

Cette question relative au règlement des conflits de compétence entre organismes nationaux de garantie des salaires dans des situations où le salarié travaille sur un Etat membre différent de celui où l'employeur a son siège a fait l'objet de plusieurs litiges devant la chambre sociale (Cf. série de trois arrêts du 3 juin 2003 (pourvoi n° 01-41.697, *Bull.* 2003, V, n°183 ; pourvoi n° 00-45.948, *Bull.* 2003, V, n°184 et pourvoi n°01-43.596, diffusé)).

C - SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL

2- Protection du salarié malade ou victime d'un accident du travail

2-3 Indemnisation spéciale

Sommaire

Les indemnités accordées en application des articles L. 1226-14 et L. 1226-15 du code du travail, au salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, sont calculées sur la base du salaire moyen qui aurait été perçu par l'intéressé au cours des trois derniers mois s'il avait continué à travailler au poste qu'il occupait avant la suspension du contrat de travail provoquée par l'accident du travail ou la maladie professionnelle. En cas de rechute donnant lieu à une nouvelle suspension liée à cet accident ou cette maladie, le salaire de référence doit être calculé, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, sur la base du salaire moyen des trois derniers mois avant la nouvelle période de suspension du contrat de travail due à cette rechute.

Doit être approuvé l'arrêt qui décide que le salaire de référence pour les indemnités de rupture doit être calculé sur la base du salaire moyen des trois derniers mois avant la rechute dont a été victime le salarié.

Soc, 28 septembre 2011

REJET

Arrêt n° 1762 FS-P+B

N° 10-17.845 - C.A. Nancy, 26 mars 2010

Mme Mazars, Pt. - M. Tredez, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén.

Note

Lorsqu'un salarié est médicalement inapte à son poste de travail, suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, l'employeur se trouve dans l'obligation de le licencier dès lors qu'il ne peut procéder à son reclassement.

En vertu de l'article L. 1226-14 du code du travail, la rupture du contrat de travail ouvre droit pour ce salarié à une indemnité compensatrice spécifique dont le montant est égal à celui de l'indemnité compensatrice de préavis. En outre, il percevra, sous réserve d'une indemnité conventionnelle plus favorable, une indemnité spéciale de licenciement égale au double de l'indemnité légale de licenciement.

L'article L. 1226-15 du code du travail sanctionne, par l'octroi au salarié d'une indemnité qui ne peut être inférieure à 12 mois de salaires, le licenciement prononcé en méconnaissance des dispositions relatives à la réintégration du salarié déclaré apte (article L. 1226-8 du code du travail) et des dispositions relatives au reclassement du salarié déclaré inapte (articles L. 1226-10 à L. 1226-12 du code du travail) en cas de refus de réintégration par l'une ou l'autre des parties.

L'article L. 1226-16 du code du travail précise le mode de calcul des indemnités dues en application des deux textes précités: "*Les indemnités prévues aux articles L. 1226-14 et L. 1226-15 sont calculées sur la base du salaire moyen qui aurait été perçu par l'intéressé au cours des trois derniers mois s'il avait continué à travailler au poste qu'il occupait avant la suspension du contrat de travail provoquée par l'accident du travail ou la maladie professionnelle*".

Dans la présente affaire, la chambre sociale devait répondre pour la première fois à la question suivante : comment se détermine le salaire de référence devant servir au calcul des indemnités prévues aux articles L. 1226-14 et L. 1226-15 du code du travail en cas de rechute donnant lieu à une nouvelle suspension liée à un accident du travail ou à une maladie professionnelle? Faut-il

prendre en considération la période de référence antérieure à la rechute ou bien celle antérieure à l'accident du travail ?

La rechute se définit comme une récurrence subite et naturelle de l'affection précédente survenant sans intervention d'une cause extérieure. Elle doit être la conséquence exclusive des accidents du travail survenus antérieurement (Soc., 19 décembre 2002, pourvoi n° 00-22.482, *Bull.* 2002, V, n° 401).

La protection renforcée des victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle s'applique aux rechutes comme à l'arrêt initial (Soc., 23 mars 2004, pourvoi n° 01-46.007, *Bull.* 2004, V, n° 95).

La chambre sociale a décidé que, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, la période de référence pour calculer les indemnités prévues par les articles L. 1226-14 et L. 1226-15 du code du travail est celle des trois derniers mois précédant la nouvelle période de suspension du contrat de travail due à cette rechute et non celle antérieure à l'accident du travail ou la maladie professionnelle.

Cette solution est, dans la plupart des cas, favorable au salarié dont le salaire a naturellement tendance à progresser dans le temps, plutôt qu'à régresser.

E - REPRÉSENTATION DU PERSONNEL ET ELECTIONS PROFESSIONNELLES

1- Elections professionnelles

**Droit d'option des salariés mis à disposition*

Sommaire

Le fait pour un salarié, ayant exercé le droit d'option ouvert par l'article L. 2314-18-1 du code du travail, d'avoir été élu en qualité de délégué du personnel dans l'entreprise utilisatrice, est sans incidence sur ses droits d'être électeur et éligible aux élections des membres du comité d'entreprise dans l'entreprise qui l'emploie.

Soc., 28 septembre 2011

REJET

Arrêt n° 1850 FS - P+B

N° 10-27.374 - T.I. Poitiers, 25 novembre 2010

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

Note

La salariée d'une société, filiale d'un groupe de sociétés, a été mise à disposition d'un établissement du groupe depuis 2002. En 2006, elle a été élue déléguée du personnel suppléante dans la société d'origine dont elle était salariée. En mai 2010, elle s'est portée candidate et a été élue comme déléguée du personnel de l'établissement (entreprise utilisatrice) à la disposition duquel elle a été mise et où elle exécutait son contrat de travail. En octobre 2010, elle s'est présentée aux élections du comité d'entreprise de la société d'origine.

Estimant que la salariée avait usé en mai 2010 de son droit d'option tiré de l'article L. 2314-18-1 du code du travail, la société d'origine a demandé au tribunal d'instance l'annulation de cette candidature.

Le présent arrêt apporte des précisions clarifiant la situation électorale des salariés mis à disposition.

Tout d'abord, en ce qui concerne le calcul des seuils d'effectifs, l'article L. 1111-2 modifié par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, dans son 2° , dispose que «...*les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an, ainsi que les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents* ». Une décision du 14 avril 2010 a eu l'occasion de confirmer que « *sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, et doivent être décomptés dans les effectifs, les travailleurs mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice depuis au moins un an, partageant ainsi des conditions de travail en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs* » (Soc., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-600.367, Bull. 2010, V, n° 99).

Quant à l'électorat et à l'éligibilité des salariés mis à disposition, l'article L. 2314-18-1 du code du travail, issu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, précise que « *pour les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 1111-2, la condition de présence dans l'entreprise utilisatrice est de douze mois continus pour être électeur et de vingt-quatre mois continus pour être éligible* ». Le second alinéa de l'article établit un « *droit d'option* » pour ces membres du corps électoral d'un type particulier : « Les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions mentionnées au premier alinéa choisissent s'ils exercent leur droit de vote et de candidature dans l'entreprise qui les emploie ou l'entreprise utilisatrice ».

Sur le fondement de ce texte, un arrêt rendu par la chambre sociale a jugé que « *ces conditions devant s'apprécier lors de l'organisation des élections dans l'entreprise utilisatrice, c'est à cette date que les salariés doivent être mis en mesure d'exercer leur droit d'option* » (Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-60.400, Bull. 2010, V, n° 114 (2^{ème} sommaire)). Un arrêt ultérieur a ajouté que l'option de vote exercée dans l'entreprise utilisatrice n'a pas d'incidence sur l'inclusion dans les effectifs des salariés mis à disposition : les salariés mis à disposition d'une entreprise et qui remplissent les conditions de l'article L. 1111-2 du code du travail doivent être pris en compte pour déterminer l'effectif de l'entreprise, « *peu important que tout ou partie d'entre eux aient choisi, en application des dispositions de l'article L. 2314-18-1 du même code, d'être électeur dans l'entreprise qui les emploie* » (Soc., 19 janvier 2011, pourvoi n° 10-60.296, Bull. 2011, V, n° 27).

En complément de cette jurisprudence, le présent arrêt donne des indications sur les choix différents qui peuvent être effectués selon les élections en cause. En effet, l'article L. 2324-17-1, lui aussi issu de la loi du 20 août 2008, et relatif au comité d'entreprise, dispose que « *pour les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 1111-2, la condition de présence dans l'entreprise utilisatrice est de douze mois continus pour y être électeur. Les salariés mis à disposition ne sont pas éligibles dans l'entreprise utilisatrice* ». Ces dispositions légales excluent donc l'éligibilité des salariés mis à disposition aux fonctions de représentants du personnel au comité d'entreprise dans l'entreprise utilisatrice.

Afin de garantir à cette catégorie de salariés une entière participation au fonctionnement des institutions représentatives, le présent arrêt opère une dissociation entre électorat et éligibilité selon le scrutin en cause. Ainsi, en l'espèce, la salariée avait exercé son droit d'option au sens de l'article L. 2314-18-1 et avait été élue déléguée du personnel dans l'entreprise utilisatrice. Mais en vertu de l'article L. 2324-17-1, elle ne pouvait pas se présenter aux élections des membres du comité d'entreprise dans ce même établissement. En revanche, décide la Cour de cassation, l'exercice antérieur de son droit d'option ne la prive pas du droit d'être électrice et éligible aux élections des membres du comité d'entreprise de la société dont elle est salariée.

Sommaire

Le choix de mettre en place une délégation unique du personnel appartient à l'employeur seul.

Dès lors, le désaccord manifesté par les organisations syndicales quant à ce choix ne dispense pas l'employeur de procéder à une négociation du protocole préélectoral dans les conditions prévues par les textes légaux.

Soc., 28 septembre 2011

Arrêt n° 1813 FS - P+B

N° 10-21.752 - T.I. Tarascon, 22 juillet 2010

Mme Mazars, f.f. Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. -

CASSATION PARTIELLE

Note

La loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle a permis, quand l'effectif des entreprises est inférieur à 200 salariés, de décider que les délégués du personnel constitueront la délégation du personnel au comité d'entreprise. La mise en place de cette délégation unique est facultative, et résulte d'une initiative du chef d'entreprise. S'il veut instaurer cette délégation unique, il doit consulter les délégués du personnel et le comité d'entreprise. L'avis de ces derniers ne lie pas le chef d'entreprise, mais le défaut de consultation préalable à la mise en place constitue un délit d'entrave.

Dans les faits de l'espèce, les mandats des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise venant à expiration, l'employeur devait organiser de nouvelles élections. Il a alors proposé la mise en place de la délégation unique dans l'UES constituée par deux sociétés, proposition qui s'est heurtée au refus des syndicats. Il a alors unilatéralement fixé les conditions des élections. Les délégués syndicaux ont saisi le tribunal d'instance pour contester les opérations électorales et en demander l'annulation.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, dont est issu l'article L. 2314-3-1 du code du travail, l'employeur avait la possibilité de fixer seul les modalités d'organisation des élections après échec des négociations préélectorales avec les syndicats. Depuis la loi du 20 août 2008, l'article L. 2314-3-1 soumet la validité du protocole d'accord préélectoral à sa signature par l'employeur et par la majorité des organisations syndicales représentatives.

Par la présente décision, la chambre sociale réaffirme que le choix de la mise en place de la délégation unique appartient bien à l'employeur, mais l'opposition des syndicats à ce choix ne fait pas obstacle à l'instauration de discussions dans le cadre des négociations préélectorales : l'employeur ne peut établir seul le protocole d'accord préélectoral.

**Opérations électorales*

Sommaire 1

Il ne résulte d'aucun texte que le protocole d'accord préélectoral doit être matérialisé par un seul et même accord global sur l'ensemble des matières relevant de la négociation.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi reprochant à un tribunal d'instance d'admettre la possibilité de conclure plusieurs accords en fonction des différents objets de la négociation préélectorale.

Sommaire 2

Si le protocole d'accord préélectoral fixant les modalités de mise en œuvre du vote électronique doit, pour être valable, satisfaire aux conditions de majorité prévues aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-3-1 du code du travail, l'accord d'entreprise autorisant le recours au vote électronique est soumis aux seules conditions de validité prévues à l'article L. 2232-12 du code du travail.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi reprochant à un tribunal d'instance qui, après avoir constaté qu'un tel accord avait été signé par une organisation syndicale représentative ayant obtenue au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité d'entreprise, déclare cet accord valable.

Soc., 28 septembre 2011

REJET

Arrêt n° 1807 FS - P+B

N° 10-27.370 – TI Courbevoie 22 novembre 2010

Mme Mazars, Pt. – M. Béraud, Rap.

Note

Une société a invité les organisations syndicales à négocier un protocole d'accord préélectoral en vue du renouvellement des mandats des délégués du personnel et des membres élus du comité d'entreprise.

Cinq accords ont été ainsi conclus : un accord d'entreprise à durée indéterminée sur le recours au vote électronique, quatre protocoles d'accords préélectoraux portant, respectivement, sur l'organisation matérielle des élections selon le mode de vote électronique, le nombre des collèges électoraux et la répartition du personnel dans ces collèges pour les délégués du personnel et les élus au comité d'entreprise, le nombre et la répartition des sièges entre les collèges électoraux pour l'élection des membres du comité d'entreprise.

La fédération française des syndicats CFDT, non signataire de ces accords, a dénoncé la pratique consistant à segmenter la négociation en plusieurs accords et a saisi l'inspection du travail.

La société s'est adressée au tribunal d'instance pour lui demander de valider certains accords. Elle a été entendue par le tribunal sur ce point

La fédération française des syndicats CFDT a formé un pourvoi en cassation. Dans un premier moyen elle soutenait que « *l'établissement de plusieurs accords en fonction des différents objets de la négociation ne permet pas de satisfaire aux exigences légales* ». Ce moyen déduit des articles L. 2314-3, L. 2324-4, L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 (au vu de ces expressions « le protocole d'accord préélectoral », « à sa signature ») que le protocole ne peut faire l'objet que d'un seul accord, et non de plusieurs en fonction des différents objets sur lesquels il porte.

La question soumise à la chambre sociale était celle de savoir si la négociation relative aux élections des membres d'un comité d'entreprise et de délégués du personnel peut-elle se conclure par la signature de plusieurs accords ayant des objets distincts.

Le législateur fait l'obligation à l'employeur d'inviter les organisations syndicales à négocier un protocole d'accord préélectoral (article L. 2314-3 du code du travail). Ce dernier sert d'abord à répartir les sièges entre les différentes catégories de salariés et le personnel entre les collèges électoraux (article L. 2314-10 du code du travail) ; plus largement, il détermine les conditions dans lesquelles doivent se dérouler les élections professionnelles (articles L. 2314-21 et L. 2324-21).

La question en cause n'a pas été abordée par le législateur. C'est ainsi que la chambre sociale a décidé que « *Il ne résulte d'aucun texte que le protocole d'accord préélectoral doit être matérialisé par un seul et même accord global sur l'ensemble des matières relevant de la négociation.* »

Par cette décision, la Cour de cassation a avalisé une pratique en vigueur dans certaines entreprises consistant à conclure autant d'accords que de thèmes de négociation sur lesquels les parties se sont accordées.

Pour le mémoire en défense, comme pour le tribunal, la pluralité d'accords permettrait de faciliter la négociation, de mieux identifier le régime juridique propres à chaque objet ainsi que les points de contestations.

**Vote par voie électronique*

Sommaire

Aux termes des articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du code du travail, la mise en œuvre du vote par voie électronique est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise ; aux termes de l'article L. 2261-1 du code du travail, l'accord d'entreprise est applicable, sauf dispositions contraires, à partir du jour qui suit son dépôt auprès du service compétent ; il en résulte que la validité du protocole préélectoral prévoyant la mise en œuvre du vote par voie électronique est subordonnée à l'entrée en vigueur d'un accord d'entreprise conclu à cet effet.

Soc., 28 septembre 2011

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

Arrêt n° 1811 FS-P+B

N° 1160.028- TI Aulnay sous Bois, 17 décembre 2010

Mme Mazars, conseiller doyen faisant fonction de président - M. Huglo, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén.

Note (CR)

Par cet arrêt la chambre sociale s'est prononcée sur les conditions de validité de l'accord d'entreprise prévoyant le recours au vote électronique pour les élections professionnelles (voir auparavant sur le périmètre de l'accord : Soc., 10 mars 2010, pourvois n° 09-60.096 et 09-60152, *Bull.* 2010, V, n° 56). Le législateur a en effet souhaité que le recours au vote électronique soit déterminé, non par le protocole préélectoral, mais par un accord d'entreprise distinct. Dès lors, les conditions d'adoption et de validité de cet accord d'entreprise relèvent des conditions générales prévues par le code du travail quant à la négociation collective dans l'entreprise et, notamment, de l'article L. 2261-1 du code du travail qui dispose que l'accord d'entreprise est applicable, sauf stipulations contraires, à partir du jour qui suit son dépôt auprès de l'administration du travail.

En l'espèce, l'accord d'entreprise instaurant le recours au vote électronique et le protocole préélectoral avaient été signés le même jour alors même que l'accord d'entreprise prévoyait qu'il entrerait en vigueur au moment de son dépôt auprès des administrations concernées, soit postérieurement à la signature du protocole préélectoral. La cour de cassation en déduit que les élections professionnelles intervenues dans ces conditions devaient être annulées.

L'article L. 2261-1 du code du travail permettant des stipulations contraires à la règle générale qu'il institue, un accord d'entreprise prévoyant le recours au vote électronique peut être signé le même jour que le protocole préélectoral à la condition qu'il stipule qu'il entre en vigueur le jour même de sa signature.

2 - Représentation du personnel

2.2 Institutions représentatives du personnel

**Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*

Sommaire

Aux termes de l'article L. 4613-4 du code du travail, « *dans les établissements de cinq cents salariés et plus, le comité d'entreprise détermine, en accord avec l'employeur, le nombre des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail devant être constitués, eu égard à la nature, la fréquence et la gravité des risques, aux dimensions et à la répartition des locaux ou groupes de locaux, au nombre des travailleurs occupés dans ces locaux ou groupes de locaux ainsi qu'aux modes d'organisation du travail. (...) En cas de désaccord avec l'employeur, le nombre des comités distincts ainsi que les mesures de coordination sont fixés par l'inspecteur du travail (...)* ».

Il en résulte qu'en l'absence d'accord du comité d'entreprise avec l'employeur déterminant le nombre des CHSCT et de décision de l'inspecteur du travail statuant dans les conditions définies par l'article L. 4613-4 du code du travail, il ne peut être procédé à la désignation de la délégation du personnel au sein d'un CHSCT, peu important l'existence d'un accord collectif ayant fixé le nombre de CHSCT dans l'établissement.

Soc., 28 septembre 2011

CASSATION SANS RENVOI

Arrêt n° 1848 FS - P+B

N° 10-60.219 – TI Reims 15 Mars 2010

Mme Mazars, Pt. – M. Struillou, Rap. – M. Lalande, Av. Gen.

Note

Un syndicat a saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation de la désignation, par le collège désignatif, de la délégation du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) d'un établissement de Pôle emploi.

Débouté de l'ensemble de ses demandes, le syndicat s'est pourvu en cassation. Il soutenait notamment que le comité d'établissement n'a pas été consulté préalablement à la désignation des membres du CHSCT en violation de l'article L. 4613-4 du code du travail

Pôle emploi a fait valoir que le nombre de CHSCT devant exister au sein de chaque établissement a été arrêté par voie d'accord collectif. Cet élément a certainement joué dans la décision du tribunal de considérer que l'absence de consultation du comité d'établissement n'était pas de nature à entraîner l'invalidation de la désignation des membres du CHSCT.

L'article L. 4613-4 du code du travail dispose que « *Dans les établissements de cinq cents salariés et plus, le comité d'entreprise détermine, en accord avec l'employeur, le nombre des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail devant être constitués, eu égard à la nature, la fréquence et la gravité des risques, aux dimensions et à la répartition des locaux ou groupes de locaux ainsi qu'aux modes d'organisation du travail. Il prend, le cas échéant, les mesures nécessaires à la coordination de l'activité des différents comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.*

En cas de désaccord avec l'employeur, le nombre des comités distincts ainsi que les mesures de coordination sont fixés par l'inspecteur du travail. Cette décision est susceptible d'un recours hiérarchique devant le directeur régional du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. »

La question posée par la présente affaire était celle de savoir si l'existence d'un accord prévoyant le nombre de CHSCT dans l'établissement satisfait aux exigences légales posées à l'article L. 4613-4 du code du travail.

La chambre sociale a décidé « *qu'en l'absence d'accord du comité d'entreprise avec l'employeur déterminant le nombre des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et de décision de l'inspecteur du travail statuant dans les conditions définies par l'article L. 4613-4 du code du travail, il ne peut être procédé à la désignation de la délégation du personnel au sein d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, peu important l'existence d'un accord collectif ayant fixé le nombre de comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans l'établissement.* »

Il résulte de cette décision que l'existence d'un accord prévoyant le nombre de CHSCT ne dispense pas le comité d'entreprise et l'employeur de rechercher à un accord et en cas d'échec de recourir à l'inspecteur du travail conformément aux dispositions de l'article L. 4613-4 du code du travail.

**Délégué syndical*

Sommaire

L'article L. 2143-3 du code du travail qui permet à chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés ou plus, qui constitue une section syndicale, de désigner un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur, 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, n'opère aucune priorité entre ces scrutins.

Doit en conséquence être approuvé un tribunal qui décide que remplit les conditions requises pour être délégué syndical, un salarié qui, candidat à la fois à l'élection des membres du comité d'entreprise et à celle des délégués du personnel, a obtenu au moins 10% des suffrages exprimés aux élections des délégués du personnel.

Soc., 28 septembre 2011

REJET

Arrêt n° 1810 FS - P+B

N° 11-10.601 – TI Paris 13^e, 5 janvier 2011

Mme Mazars, conseiller doyen faisant fonction de président - Mme Lambremon, Rap.

Note

A l'issue des premières élections professionnelles organisées après l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, un syndicat a procédé à la désignation d'une déléguée syndicale au sein d'une unité économique et sociale (UES).

Les sociétés composant l'UES ont saisi le tribunal d'instance aux fins de voir annuler cette désignation. Elles considéraient que la désignation de cette candidate ne répondait pas à l'exigence d'une plus grande représentativité des mandataires syndicaux. En effet, les sociétés composant l'UES constataient que si la salariée désignée avait obtenue plus de 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des délégués du personnel, elle n'avait obtenu que 2.94 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise.

Le tribunal d'instance a rejeté la demande et ainsi validé la désignation de la déléguée syndicale. Les sociétés composant l'UES ont alors formé un pourvoi, faisant grief au jugement d'avoir violé les articles L. 2121-1, L. 2122-1 et L. 2143-3 du code du travail.

L'article L. 2143-3 du code du travail, qui régit les conditions de désignation du délégué syndical, dispose que "*Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés 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 votants, dans les limites fixées à l'article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur.(...)*".

Par cet arrêt, la chambre sociale vient se prononcer sur l'interprétation et la portée de l'article L. 2143-3 du code du travail. La question posée était de savoir si l'article L.2143-3 du code du travail, qui pose comme condition à la désignation d'un délégué syndical l'obtention d'au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, opère une priorité dans les scrutins cités.

La chambre sociale répond par la négative et rejette le pourvoi. Après avoir rappelé la lettre de l'article L. 2143-3 du code du travail, elle décide qu'il doit être interprété en ce qu'il n'opère aucune priorité entre les scrutins mentionnés.

Il convient de rappeler que cette question de la priorité des scrutins a déjà été soulevée pour apprécier la condition d'audience d'un syndicat, nécessaire à la détermination de sa représentativité (Soc., 13 juillet 2010, pourvoi n° 10-60.148, *Bull.* 2010, V, n°176). Néanmoins, en la matière, il s'agissait d'interpréter l'article L. 2122-1 du code du travail, qui lui prévoit explicitement une priorité entre les scrutins énumérés.

Sommaire

Si 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 en ce qu'elle détermine la représentativité du syndicat, le score électoral exigé d'un candidat par l'article L. 2143-3 du code du travail pour sa désignation en qualité de délégué syndical est un score personnel qui l'habilite à recevoir mandat de représentation par un syndicat représentatif.

Soc., 28 septembre 2011

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

Arrêt n° 1851 FS - P+B+R

N° 10-26.762 – TI Paris 13^{ème} 10 novembre 2010

Mme Mazars, Pt. – Mme Pécault-Rivolier, Rap. – M. Lalande, Av. Gen.

Note

Cet arrêt vient dans le prolongement de la série de décisions rendues le 18 mai 2011 (pourvoi n° 10-60.069, *Bull.* 2011, V, n° 125 ; pourvoi n° 10-21.705, *Bull.* 2011, V, n° 124 ; pourvoi n° 10-60.300, *Bull.* 2011, V, n° 121 ; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.273, *Bull.* 2011, V, n° 123) sur les conséquences, sur le plan de l'exercice des prérogatives syndicales, des désaffiliations et réaffiliations des syndicats affiliés à une confédération syndicale. Dans les deux premières décisions précitées du 18 mai 2011, la chambre sociale a décidé que : « 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 ». Elle a ainsi considéré que le syndicat qui, après le scrutin, changeait d'affiliation, ne pouvait conserver à son profit les suffrages obtenus alors qu'il s'était présenté sous une autre bannière syndicale, cette considération ayant été prise en compte par les électeurs dans leur choix.

En première analyse, on pouvait penser que la même solution devait s'appliquer aux suffrages obtenus par un candidat qui, changeant de syndicat après les élections, prétendrait s'appuyer sur les suffrages recueillis sur son ancienne liste syndicale pour être désigné, conformément aux dispositions de l'article L. 2143-3 du code du travail, délégué syndical par un autre syndicat.

C'est pourtant une position inverse que prend la Cour de cassation : le salarié qui a obtenu au moins 10 % des suffrages aux élections professionnelles en se présentant sur une liste syndicale conserve ces suffrages s'il change de syndicat et peut donc être valablement désigné par un autre syndicat. Cette solution s'appuie sur le fait que le score électoral exigé du salarié, en application de l'article L. 2143-3 du code du travail, pour être désigné délégué syndical, est un score personnel, qui a uniquement pour but de s'assurer que ce salarié est accepté par les autres salariés comme représentant dans la négociation collective. En ce qu'il n'est pas déterminant de la représentativité du syndicat à l'origine de la désignation, ce score électoral, qui d'ailleurs ne pourrait être « maintenu » à l'ancien syndicat si le candidat se désaffiliait, reste ainsi acquis à la personne physique qui l'a obtenu. Il appartient alors au seul syndicat désignataire d'apprécier si le salarié est en mesure de remplir la mission qu'il lui confie, malgré le changement d'affiliation.

**Représentants syndicaux au comité d'entreprise*

Sommaire

C'est à la date des dernières élections que s'apprécient les conditions d'ouverture du droit pour un syndicat de désigner un représentant au comité d'entreprise en application de l'article L. 2324-2 du code du travail.

Doit dès lors être cassé le jugement du tribunal d'instance qui, après avoir constaté qu'un syndicat avait obtenu deux élus lors des dernières élections à un comité d'établissement et avait procédé à la désignation d'un représentant à ce comité, retient que la démission postérieure d'un des deux élus de son mandat électif constitue un fait nouveau entraînant la perte pour le syndicat du droit d'avoir un représentant au comité.

Soc., 28 septembre 2011

Arrêt n° 1806 FS - P+B

N° 10-60.357 & 10-60.358 (JOINTS) – TI Havre 30 juin 2010

Mme Mazars, Pt. – M. Béraud, Rap.

CASSATION SANS RENVOI

Sommaire

C'est à la date des dernières élections que s'apprécient les conditions d'ouverture du droit pour un syndicat de désigner un représentant au comité d'entreprise en application de l'article L. 2324-2 du code du travail.

Doit dès lors être cassé le jugement du tribunal d'instance qui, après avoir constaté qu'un syndicat avait obtenu deux élus lors des dernières élections à un comité d'établissement, annule la désignation par ce syndicat d'un représentant à ce comité au motif qu'entre les élections et le jour de la désignation l'un des deux élus a été licencié.

Soc., 28 septembre 2011

Arrêt n° 1808 FS - P+B

N° 10-28.406 – TI Aulnay sous bois 13 décembre 2010

Mme Mazars, Pt. – M. Béraud, Rap.

CASSATION SANS RENVOI

Note commune aux deux arrêts

Dans la première espèce, un syndicat qui avait obtenu deux élus au comité d'établissement d'une société a désigné un représentant syndical au comité d'établissement. Après la démission d'un des deux élus du syndicat, la société a saisi le tribunal d'instance afin de faire constater l'annulation de la désignation du représentant syndical au comité d'établissement au motif que le syndicat n'avait plus qu'un élu au comité. Le tribunal a fait droit à la demande.

Dans la seconde espèce, un syndicat a désigné un représentant syndical au comité d'établissement d'une unité économique et sociale. Cette désignation a été annulée par le tribunal d'instance au motif qu'à la suite du licenciement d'un de ses deux élus, le syndicat ne disposait plus que d'un élu au jour de la désignation litigieuse.

Les deux affaires ont posé à la chambre sociale la même question, celle de la date d'appréciation des conditions d'ouverture du droit pour un syndicat de désigner un représentant au comité d'entreprise.

Par les deux arrêts, la chambre sociale a décidé, au visa de l'article L. 2324-2 du code du travail, que « *c'est à la date des dernières élections que s'apprécient les conditions d'ouverture du droit pour un syndicat de désigner un représentant au comité d'entreprise.* »

En vertu de l'article L. 2324-2 du code du travail, « *chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise peut y nommer un représentant* ».

Pour la chambre sociale, la condition, requise par cette disposition pour désigner un représentant, était remplie par les deux syndicats dès les élections et ne pouvait pas être remise en cause par la démission et le licenciement de l'un de leurs deux élus.

Les résultats du scrutin restent acquis jusqu'à la tenue des prochaines élections. Jusqu'à cette échéance, le syndicat conserve son droit de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise.

**Section syndicale*

Sommaire

Attendu qu'en vertu des articles L. 2142-3 à L. 2142-7 du code du travail, l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise sont liés à la constitution par les organisations syndicales d'une section syndicale, laquelle n'est pas subordonnée à une condition de représentativité.

Dès lors, les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif visant à faciliter la communication des organisations syndicales ne peuvent, sans porter atteinte au principe d'égalité, être limitées aux seuls syndicats représentatifs et doivent bénéficier à tous les syndicats qui ont constitué une section syndicale

Soc, 21 septembre 2011

Arrêt n° 1825 FS-P+B

N° 10-19.017 et 10-23.247 - C.A. Paris, 6 mai 2010

Mme Mazars, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

REJET

Note

Par le présent arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation a répondu à la question suivante : un syndicat non représentatif peut-il revendiquer, au nom de l'égalité de traitement, l'application d'un accord relatif à la diffusion de l'information syndicale dans l'entreprise, accord réservé aux seuls syndicats représentatifs ?

En l'espèce, un syndicat non représentatif avait demandé à bénéficier d'un accord permettant aux syndicats représentatifs de diffuser des informations syndicales sur un site intranet accessible à tous les salariés de l'entreprise. L'employeur avait refusé au motif que cet accord ne s'appliquait qu'aux seuls syndicats représentatifs dans l'entreprise.

La cour d'appel avait jugé que le syndicat devait bénéficier des dispositions de cet accord, quand bien même il n'était pas représentatif au motif que *“l'exigence d'une parfaite égalité de traitement dans les moyens de diffusion de l'action syndicale dans le but d'assurer à toutes les organisations une égalité de chance dans le cadre des scrutins à venir s'impose en toute hypothèse”*.

Au soutien de son pourvoi, l'employeur faisait valoir qu'un accord collectif pouvait, sans méconnaître le principe constitutionnel d'égalité, subordonner l'octroi d'avantages plus favorables que la loi à une condition de représentativité du syndicat.

La jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation admet effectivement que la différence de situation entre syndicats peut constituer une justification à une différence de traitement.

Ainsi, la chambre sociale a admis qu'une différence soit faite entre syndicats représentatifs pour l'attribution de moyens financiers : *“Ni l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni l'article 6 du Préambule de la Constitution, ni l'article L. 120-2 du code du travail ne font obstacle à ce qu'un accord collectif établisse des règles de répartition inégalitaire d'une contribution au financement du dialogue social entre les organisations syndicales représentatives, dès lors, d'une part, que cette répartition n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer à quiconque l'adhésion ou le maintien de l'adhésion à une organisation syndicale, aucune organisation syndicale représentative n'en étant exclue, et que, d'autre part, celles-ci sont dans des situations différentes justifiées par des raisons objectives matériellement vérifiables liées à l'influence de chaque syndicat dans le champ de l'accord qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier”*(Soc., 10 octobre 2007, pourvoi n° 05-45.347, Bull. 2007, V, n° 154).

Les jurisprudences européennes et constitutionnelles admettent également que le législateur puisse subordonner l'exercice de prérogatives syndicales à une condition de représentativité sans méconnaître le principe de la liberté syndicale (Conseil constitutionnel, 14 décembre 2006, n° 2006-544 DC et CEDH, 12 novembre 2008, Demir et Baykara c. Turquie, requête n° 34503/97).

Depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, la chambre sociale a réaffirmé avec force que les syndicats représentatifs et les syndicats non représentatifs n'étaient pas dans la même situation et qu'un accord pouvait donc réserver des avantages aux premiers.

Ainsi, dans un litige qui concernait la désignation d'un représentant d'une “section syndicale nationale” institué par accord collectif d'entreprise et dont se prévalait un syndicat représentatif, la Cour de cassation a jugé que *“ne méconnaît pas le principe constitutionnel d'égalité la disposition d'un accord collectif, plus favorable que la loi, qui subordonne l'octroi d'avantages à des syndicats à une condition de représentativité”* (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 09-60.410, Bull. 2010, V, n° 194).

Mais cette jurisprudence a-t-elle lieu de s'appliquer s'agissant de l'accès aux moyens de communication dans l'entreprise ?

La chambre sociale de la Cour de cassation, a répondu à cette question par la négative.

Elle a rappelé tout d'abord que l'article L. 2142-1 du code du travail, issu de la loi n° 2008-789 de 2008, autorisait les syndicats non représentatifs, mais remplissant les conditions pour être considérés comme qualifiés (ancienneté, respect des valeurs républicaines...) à créer une section syndicale et à désigner un représentant auprès des salariés. La création d'une section syndicale n'était donc pas subordonnée à une condition de représentativité.

Elle a indiqué ensuite que les dispositions du code du travail relatives à l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise (articles L. 2142-3 à L. 2142-7) étaient liées à la constitution par les organisations syndicales d'une section syndicale.

Elle en a déduit que les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif portant sur l'accès à la communication, à l'intérieur de l'entreprise, des organisations syndicales devaient bénéficier, au nom de l'égalité entre syndicats, à tous les syndicats ayant constitué une section syndicale, qu'ils soient ou non représentatifs.

La chambre sociale a affirmé ce principe d'égalité sans faire de distinction entre les périodes électorales, préélectorales ou non électorales.

**Syndicat – Représentativité*

Sommaire

Dès lors que deux syndicats affiliés à la même confédération présentent chacun une liste de candidats au premier tour des élections au comité d'entreprise, les suffrages obtenus restent propres à chacun ; aucun d'entre eux ne peut, pour établir sa représentativité, se prévaloir du score globalement obtenu par la confédération.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement de tribunal d'instance qui, après avoir constaté qu'un syndicat UGICT-CGT ayant présenté sa propre liste au premier tour d'une élection au comité d'entreprise dans le collège cadres et ayant obtenu, tous collèges confondus, 6,81% des suffrages exprimés, décide, peu important le score obtenu par un autre syndicat affilié à la CGT et ayant présenté des candidats dans les autres collèges, qu'il n'est pas représentatif dans l'entreprise et annule, en conséquence, les désignations des délégués syndicaux auxquelles il a procédé.

Soc., 28 septembre 2011

REJET

Arrêt n° 1846 FS - P+B

N° 10-25.279 – TI Paris 19^{ème} 13 septembre 2010

Mme Collomp, Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Lalande, Av. Gen.

Note

Des protocoles préélectorales ont été signés le 18 août 2008 au sein d'une caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) en vue d'organiser des élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise.

Le premier tour de l'élection a été initialement fixé au 20 novembre 2008.

Le juge des référés a ordonné le report des élections jusqu'au prononcé de la décision du directeur départemental du travail et de l'emploi sur la détermination des établissements distincts et a invité les parties à la négociation de nouveaux protocoles préélectoraux prenant en compte cette décision.

A la suite de cette décision, une réunion s'est tenue le 8 juillet 2009 et un nouveau protocole d'accord a été signé le 4 août 2009.

Les élections se sont déroulées le 19 novembre 2009. Le syndicat CGT des employés et ouvriers de la CPAM a obtenu 21,95 % des suffrages et le syndicat UGICT CGT qui avait présenté une liste de candidats dans le collège cadres a obtenu 6,81 % des suffrages sur l'ensemble des collèges.

Le syndicat UGICT CGT a notifié à la CPAM la désignation de huit délégués syndicaux. La CPAM a saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation de ces désignations. Le tribunal a fait droit à la demande.

Le syndicat UGICT CGT, le syndicat CGT et les huit salariés désignés en qualité de délégués syndicaux se sont pourvus en cassation.

La présente affaire a soulevé deux questions : celle de l'application dans le temps de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail et celle de la représentativité de deux syndicats affiliés à la même confédération.

L'article 11-IV de la loi du 20 août 2008 dispose que « *Jusqu'aux résultats des premières 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 loi, est présumé représentatif à ce niveau tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi, ainsi que tout syndicat représentatif à ce niveau à la date de cette publication.*

Est également présumé représentatif dans les mêmes conditions tout syndicat constitué à partir du regroupement de plusieurs syndicats dont l'un au moins est affilié à une organisation syndicale de salariés représentative au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi. »

Il ressort de cette disposition que c'est la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral qui met fin au régime transitoire dès lors qu'elle est postérieure à la publication de ce texte.

Au regard des faits de l'espèce, doit-on considérer que la première réunion de négociation du protocole préélectoral qui a conduit à la tenue des élections du 19 novembre 2009 est celle du 18 août 2008 ou bien celle du 8 juillet 2009 ?

La chambre sociale a estimé que la réunion à prendre en compte était celle du 8 juillet 2009. Le processus électoral ayant été conduit sur la base d'un accord postérieur (accord du 4 août 2009) à la publication de la loi du 20 août 2008, le syndicat UGICT CGT n'était pas fondé à invoquer le bénéfice des dispositions de la période transitoire. Ce syndicat ne pouvait pas se prévaloir des anciens critères de représentativité. Sa représentativité devait s'apprécier au regard des nouvelles règles issues de la loi du 20 août 2008.

Le syndicat UGICT CGT soutenait à l'appui de son pourvoi qu'en présence dans l'entreprise de deux organisations syndicales affiliées à une même confédération, autorisées par un accord à désigner un nombre de délégués supérieur au nombre légal, la mesure de l'audience permettant

d'apprécier la représentativité de chacune d'elles doit être calculée globalement, par addition des suffrages obtenus dans les différents collèges.

La chambre sociale a refusé de suivre ce raisonnement et a décidé que « *Dès lors que deux syndicats affiliés à la même confédération présentent chacun une liste de candidats au premier tour des élections au comité d'entreprise, les suffrages obtenus restent propres à chacun, aucun d'entre eux ne peut, pour établir sa représentativité, se prévaloir du score globalement obtenu par la confédération.* »

En effet, l'audience d'un syndicat catégoriel se mesure à partir des résultats obtenus dans le collège au sein duquel ses statuts lui donnent vocation à présenter des candidats (article L. 2122-2 du code du travail). Si ses statuts lui donnent vocation à représenter tous les salariés et donc à présenter des candidats dans tous les collèges, sa représentativité sera établie en fonction des suffrages recueillis dans l'ensemble des collèges (Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-26693).

La chambre sociale a jugé à propos de la désignation d'un délégué syndical au sein d'une UES que « *le calcul de l'audience pour la désignation d'un délégué syndical au sein de l'UES tient compte de tous les suffrages ainsi obtenus par les syndicats affiliés à la même confédération.* » (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 09-60.435, *Bull.* 2010, V, n° 1888)

Sommaire

Pour apprécier l'influence d'un syndicat, critère de sa représentativité caractérisé prioritairement par l'activité et l'expérience, le juge doit prendre en considération l'ensemble de ses actions, y compris celles qu'il a menées alors qu'il était affilié à une confédération dont il s'est par la suite désaffilié.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement du tribunal d'instance qui, pour apprécier l'influence d'un syndicat ayant obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections au comité d'entreprise sous une nouvelle affiliation, tient compte de l'ensemble des actions qu'il a menées antérieurement aux élections aussi bien sous son ancienne affiliation que sous sa nouvelle.

Soc., 28 septembre 2011

Arrêt n° 1851 FS - P+B+R

N° 10-26.545– TI Aulnay-sous-Bois 29 octobre 2009

Mme Mazars, Pt. – M. Béraud, Rap. – M. Lalande, Av. Gen.

CASSATION PARTIELLE

Note

Si la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a profondément rénové les critères de la représentativité syndicale, notamment en faisant du vote des électeurs un élément déterminant de cette dernière, elle a néanmoins maintenu certains des critères antérieurs dont l'influence, caractérisée prioritairement par l'activité et l'expérience (article L. 2121-1 du code du travail). Quoique ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour de l'élection des membres titulaires des comités d'entreprise, un syndicat peut donc voir sa représentativité contestée motif pris de son manque d'activité et d'expérience réelles dans l'entreprise. La difficulté dans cette affaire venait de ce que le syndicat auquel il était demandé de justifier de son influence avait changé d'affiliation confédérale avant les élections de sorte qu'une partie de l'activité et de l'expérience dont il faisait état se rapportait à des actions menées sous son ancienne affiliation. Or on sait que le syndicat qui change d'affiliation confédérale ne peut plus se prévaloir du score électoral obtenu sous son ancienne étiquette (Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.300, *Bull.* 2011, V, n° 121 ; pourvoi n° 10-21.705, *Bull.* 2011, V, n° 124 ; pourvoi n° 10-60.069, *Bull.* 2011, V, n° 125 ; pourvoi n° 10-60.273, *Bull.* 2011, V, n° 123, au présent *Rapport*). Fallait-il transposer cette solution à son activité et à son

expérience ? L'arrêt répond négativement : la désaffiliation ne prive pas le syndicat du droit de se prévaloir, au titre de son influence, de l'ensemble de ses actions passées, y compris de celles qu'il a menées sous une autre étiquette.

La solution ne méconnaît pas le vote des électeurs car elle ne réalise aucun transfert de leurs suffrages au profit d'une organisation autre que celle en faveur de laquelle ils se sont prononcés. Elle assure au contraire le respect de leur volonté de maintenir la représentativité du syndicat sous une affiliation nouvelle. Elle est en harmonie avec la conservation par le syndicat de sa personnalité juridique et de son ancienneté malgré sa désaffiliation (Soc., 3 mars 2010, pourvoi n° 09-60.283, *Bull.* 2010, V, n° 54), cette conservation devenant en effet vide de sens si elle devait s'accompagner d'un effacement de la mémoire qui lui est nécessairement attachée. En pratique, la solution retenue est en outre la seule qui assure le jeu des recompositions syndicales, et donc de la liberté syndicale. La désaffiliation entraînant la perte de la représentativité, le syndicat désireux de modifier son affiliation confédérale ne le fera qu'à la veille des élections. Lui interdire alors de se prévaloir de ses actions passées serait subordonner toute recomposition syndicale à une rupture, pour quatre ans, de la représentativité.

Sommaire

Selon l'article L.2122-2 du code de travail, dans l'entreprise ou l'établissement sont représentatives à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale qui satisfont aux critères de l'article L.2121-1 et qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants; par ailleurs, un syndicat peut présenter des candidats dans les collèges que ses statuts lui donnent vocation à représenter

Il en résulte que, lorsqu'un syndicat affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale présente, en conformité avec son champ statutaire, des candidats dans plusieurs collèges, sa représentativité est établie en fonction des suffrages recueillis dans l'ensemble de ces collèges.

Soc., 28 septembre 2011

CASSATION

Arrêt n° 1847 FS-P+B

N° 10-26.693 - TI Paris 15ème, 8 novembre 2010

Mme Mazars, f.f. Pt. - M. Huglo, Rap. - M. Lalande, Av. Gén.

Note

Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, la Cour de cassation jugeait qu'un syndicat affilié à la confédération générale des cadres, s'il bénéficiait d'une présomption de représentativité dans la catégorie des cadres, pouvait néanmoins présenter des candidats dans d'autres collèges à la condition d'y faire la preuve de sa représentativité (Ass. plén., 15 mars 1985, pourvoi n° 83-61.156, *Bull.* 1985, Ass. plén., n° 2 ; Soc., 11 janvier 1995, pourvoi n° 94-60.112 ; Soc., 30 octobre 2001, pourvoi n° 00-60.245 ; Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 01-60.022, *Bull.* 2002, V, n° 299).

La loi du 20 août 2008 a considérablement modifié les conditions de la représentativité syndicale en faisant dépendre celle-ci d'un certain nombre de critères dont celui, essentiel, de la mesure de l'audience au premier tour des élections professionnelles. En ce qui concerne les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale, l'article L. 2122-2 du code du travail prévoit sur ce point qu'elles sont représentatives à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur

donnent vocation à présenter des candidats dès lors qu'elles ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants.

Cet avantage quant à la mesure de l'audience dans les seuls collèges où le syndicat affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale a présenté des candidats a été jugé conforme au principe constitutionnel d'égalité de traitement par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-42 QPC) ainsi qu'aux articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme par un arrêt récent de la chambre sociale (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-60.214).

Dans l'arrêt ci-dessus, la chambre sociale a été conduite à reconnaître la possibilité pour un syndicat affilié à la confédération générale des cadres de présenter des candidats dans d'autres collèges que le collège cadres à la condition que ses règles statutaires lui donnent vocation à représenter des salariés figurant dans ces collèges (sur l'opinion de la doctrine, voir M.-L. Morin et H. Masse-Dessen, *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1485, supplément, p. 31-32).

Le respect du principe d'égalité de traitement et du texte même de l'article L. 2122-2 du code du travail implique nécessairement que, par voie de conséquence, la mesure de l'audience électorale se fasse alors en tenant compte des résultats obtenus dans les collèges où ce syndicat affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale a présenté des candidats.

Sommaire

Selon qu'elles sont ou non affiliées à une confédération catégorielle nationale, les organisations syndicales catégorielles ne se trouvent pas dans la même situation.

Dès lors, les dispositions des articles L.2121-1, L.2122-1 et L.2143-3 du code de travail, en ce qu'elles réservent aux organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale certaines modalités d'appréciation de la représentativité, ne méconnaissent pas les articles 5 de la convention n° 135 de l'OIT, 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la Charte sociale européenne.

Soc., 28 septembre 2011

REJET

Arrêt n° 1849 FS-P+B

N° H 10-19.113 - T.I. Angers, 1er juin 2010

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

Note

Un syndicat a désigné deux personnes en qualité de délégués syndicaux, titulaires et suppléants, au sein d'une mutualité sociale agricole.

Au motif que ce syndicat n'était pas représentatif parce que n'ayant pas obtenu un score de 10% lors des dernières élections professionnelles, la mutualité sociale agricole a contesté avec succès les deux désignations devant le tribunal d'instance.

Le syndicat a formé un pourvoi contre le jugement du tribunal et a déposé deux mémoires :

- un mémoire portant question prioritaire de constitutionnalité;
- un mémoire ampliatif.

A l'appui de l'exception d'inconstitutionnalité, il a exposé que *“l'article L.2122-2 du code de travail est contraire au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 intégré à la Constitution du 4 octobre 1958, en ce qu'il porte atteinte au principe de la liberté syndicale et d'égalité*

syndicale et en ce que, de fait, il réserve un monopole de représentativité à la confédération syndicale catégorielle CFE-CGC”.

Dans une décision du 12 novembre 2010, le Conseil constitutionnel a indiqué qu’il n’y a pas lieu de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité en cause parce qu’il avait déjà déclaré l’article L.2122-2 du code de travail conforme à la constitution dans sa décision du 7 octobre 2010 (Cons. Const., 7 oct. 2010, n° 2010-42-QPC).

Le problème qui restait posé à la chambre sociale était celui de la conventionnalité, au regard des principes de la liberté et de l’égalité, des dispositions qui accordent à certains syndicats catégoriels, à la condition qu’ils soient affiliés à une confédération nationale catégorielle, le bénéfice de dispositions dérogatoires pour la détermination de la représentativité.

Le syndicat a soutenu qu’“en conditionnant la mesure de l’audience électorale...au sien du 3^{ème} collègue à son affiliation à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle, et en considérant que faute de remplir cette condition d’affiliation, son audience électorale doit être mesurée tous collègues confondus pour désigner un délégué syndical, ce qui a pour effet de pénaliser un syndicat catégoriel non affilié, de porter atteinte à la liberté d’un syndicat d’adhérer ou non à une autre organisation syndicale et à l’égalité entre syndicats catégoriels en fonction de leur affiliation ou non à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle, le tribunal d’instance a violé ensemble les articles 5 de la convention n° 135 de l’OIT, 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la charte sociale européenne, 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, L.2122-1, L.3122-2 et L.2143-3 du code de travail”.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a aménagé les anciens critères de la représentativité syndicale et y a ajouté un nouveau critère tiré de l’audience électorale du syndicat.

Ainsi, les articles L.2122-1 et L.2122-2 du code de travail, issus de cette loi, distinguent entre les syndicats intercatégoriels, dont l’audience se mesure sur l’ensemble des collègues, et les syndicats catégoriels affiliés à une confédération catégorielle interprofessionnelle, nationale dont l’audience se mesure sur le seul collègue dans lequel ils peuvent statutairement présenter des candidats.

Le débat sur la conventionnalité de la loi de 2008 au regard de l’exigence de représentativité a déjà été soumis à la chambre sociale (Soc., 14 avril 2010, pourvois n° 09-60.426 et 09-60.429, *Bull.* 2010, V, n° 100).

En l’espèce, elle a répondu que “selon qu’elles sont ou non affiliées à une confédération catégorielle nationale, les organisations syndicales catégorielles ne se trouvent pas dans la même situation; que dès lors, les dispositions des articles L.2121-1, L.2122-1 et L.2143-3 du code de travail, en ce qu’elles réservent aux organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale interprofessionnelle nationale certaines modalités d’appréciation de la représentativité, ne méconnaissent aucune des normes européennes ou internationales visées au moyen”.

Par cette solution, la chambre sociale affirme que la différence légale de traitement instaurée entre les syndicats catégoriels affiliés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale et les autres, s’agissant de la mesure de l’audience électorale, ne porte atteinte pas aux principes d’égalité et de liberté syndicale.

Dans l’arrêt *Demir et Baykra c. Turquie* (CEDH, 12 novembre 2008, Requête n 34503/97), rendu en prenant notamment en compte les articles 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la Charte sociale européenne, la Cour

européenne des droits de l'Homme a précisé que “*Les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs.*”

L'article 5 de la Convention n° 135 de l'OIT prévoit la prise de mesures appropriées pour garantir que la présence de représentants élus au sein d'une entreprise ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats ou de leurs représentants dans la même entreprise. Cette disposition n'empêche pas la mise en place d'un statut spécial au profit des syndicats représentatifs.

F - RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

1- Prise d'acte de la rupture

**Exécution du préavis*

Sommaire

La prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail de sorte que le salarié n'est pas tenu d'exécuter un préavis.

Dès lors c'est à bon droit qu'une cour d'appel, qui a constaté qu'un salarié avait quitté son emploi à la date de la prise d'acte, a jugé que son ancienneté dans l'entreprise devait se calculer à cette date.

Soc., 28 septembre 2011

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1886 FS - P+B

N° 09-67.510 – CA Paris 5 Mai 2009

Mme Mazars, Pt. – M. Becuwe, Rap. – M. Lacan, Av. Gen.

Note

Une personne a été engagée par une société en qualité de consultante. Elle a pris acte de la rupture de son contrat de travail sans effectuer le préavis conventionnel de trois mois.

La salariée a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes.

Insatisfaite de la décision rendue, elle s'est pourvue en cassation reprochant, notamment, aux juges du fond d'avoir retenu l'ancienneté acquise à la date de la notification de la prise d'acte pour calculer le montant de l'indemnité de licenciement.

La question qui était posée à la chambre sociale était celle de la date à prendre en compte pour calculer l'ancienneté dans l'entreprise d'un salarié qui a pris acte de la rupture de son contrat de travail sans effectuer le préavis. S'agissait-il de la date de la prise d'acte ou de celle de l'expiration du préavis ?

En matière de licenciement, la jurisprudence considère que l'ancienneté dans l'entreprise s'apprécie à la date d'expiration normale du délai-congé, qu'il soit exécuté ou non... (Soc., 4 avril 1991, pourvoi n° 87-45.171, *Bull.* 1991, V, n° 169 ; Soc., 30 mars 2005, pourvoi n° 03-42.667, *Bull.* 2005, V, n° 106).

En l'espèce, la chambre sociale a d'abord rappelé que « *la prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail* » (Soc., 30 janvier 2008, pourvoi n° 06-14.218, *Bull.* 2008, V, n° 28 ; Soc., 4 juin 2008, pourvoi n° 06-45.757, *Bull.* 2008, V, n° 122 ; Soc., 20 janvier 2010, pourvoi n° 08-43.471, *Bull.* 2010, V, n° 17) « *de sorte que le salarié n'est pas tenu d'exécuter le préavis* » (Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 09-40.215, *Bull.* 2010, V, n° 128).

Elle a ensuite décidé « *qu'ayant constaté que [la salariée] avait quitté son emploi à la date de la prise d'acte, la cour d'appel a jugé à bon droit que son ancienneté dans l'entreprise devait se calculer à la date de la rupture* ».

Il ressort de l'arrêt de la chambre sociale sous examen que lorsque le salarié quitte son emploi à la date de la prise d'acte, son ancienneté doit être calculée à la date de la rupture.

Si le salarié n'est pas tenu d'effectuer un préavis, rien ne l'empêche de l'exécuter volontairement (Soc., 2 juin 2010 préc.). En ce cas, il est permis de penser que la durée pendant laquelle le préavis aura été exécuté devra être intégrée dans l'ancienneté lorsqu'il s'agira de calculer le montant des indemnités dont doit bénéficier le salarié.

2 - Licenciements

2.1- Mise en œuvre

**Irrégularité de procédure*

Sommaire

Il résulte des dispositions combinées des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 1er de la Convention n° 135 de l'OIT relative à la protection des représentants des travailleurs et des articles L. 425-1, recodifié L. 2411-7, et L. 782-7, recodifié L. 7322-1, du code de travail, que le gérant non salarié, investi d'un mandat représentatif en application de l'article 37 de l'accord collectif national des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés, "gérants-mandataires" du 18 juillet 1963 révisé et étendu par arrêté du 25 avril 1985, qui précise les modalités d'applications particulières, aux gérants non salariés de succursales, des dispositions légales relatives aux syndicats professionnels et aux institutions représentatives du personnel, doit être en mesure d'exprimer et de défendre librement les revendications de la collectivité des gérants qu'il représente et doit bénéficier, à ce titre, du régime protecteur prévu aux articles L. 2411-3 et L. 2411-8 du code du travail; que l'autorisation de licenciement est requise pendant six mois pour le candidat aux élections des délégués gérants de succursale de commerce de détail alimentaire, à partir de la publication des candidatures, la durée de six mois courant à partir de l'envoi par lettre recommandée de la candidature à l'employeur.

Doit, en conséquence, être cassé l'arrêt qui déboute un gérant non-salarié de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement nul et violation du statut protecteur, alors que son licenciement était intervenu dans le délai de six mois suivant sa candidature à des élections des délégués gérants.

Soc., 28 septembre 2011

Arrêt n° 1882 FS-P+B

N° 10-21.294 - C.A. Aix-en-Provence, 26 mai 2010

Mme Mazars, f.f. Pt. - M. Linden, Rap. - M. Lacan, Av. Gén.

CASSATION

Note

Un couple a conclu avec une société un contrat de cogérance non salariée aux termes duquel il acceptait le mandat d'assurer la gestion et l'exploitation de deux magasins de vente au détail. Le contrat précisait que les relations contractuelles étaient régies par les dispositions de l'article L.782-1 du code de travail et par l'accord collectif national des maisons d'alimentation du 18 juillet 1963.

L'époux a été victime d'un accident du travail. Il s'est ensuite porté candidat aux élections des délégués gérant du groupe dont fait partie la société en cause.

A la suite de la démission de l'épouse, la société a notifié à l'époux, dont le contrat de cogérance était suspendu, la résiliation de ce dernier à son égard.

Se prévalant de sa qualité de candidat aux élections, de la suspension de son contrat à la suite d'un accident de travail, et de l'absence d'autorisation préalable de l'inspecteur du travail, l'époux a saisi la juridiction prud'homale aux fins d'annulation de la résiliation du contrat de cogérance et de paiement de diverses indemnités.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence, confirmant la décision du conseil de prud'hommes de Martigues, l'a débouté de l'ensemble de ses demandes.

La question posée à la chambre sociale était la suivante : la protection prévue par le code du travail pour les candidats aux fonctions de délégué du personnel s'applique-t-elle à un gérant non-salarié de succursale de maison d'alimentation ?

C'est la première fois qu'une telle question a été soumise à la chambre sociale. Elle a eu à connaître d'un problème similaire concernant la protection d'un gérant non-salarié de succursale de maison d'alimentation désigné comme délégué syndical. A cette occasion, la chambre sociale avait répondu que le gérant non salarié désigné délégué syndical d'établissement doit bénéficier, à ce titre, du régime protecteur instauré par le code du travail.

Cette jurisprudence a été forgée sous l'empire de l'ancien article L.782-7, alinéa 1^{er}, du travail qui disposait que *“les gérants non-salariés visés par le présent titre bénéficient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale, notamment en matière de congés payés. Les obligations mises par cette législation à la charge des employeurs incombent alors à l'entreprise propriétaire de la succursale”*.

La chambre sociale a estimé que selon cette disposition, les gérants non salariés de succursales de maisons d'alimentation de détails *“bénéficient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale” dont ce texte ne donne pas une énumération limitative...*. Ainsi elle a, notamment, décidé que les dispositions du code de travail sur les accords collectifs (Soc., 7 juin 1963 *Bull.* 1963, IV, n° 477 – Soc., 4 février 1993, pourvoi n° 89-41.354, *Bull.* 1993, V, n° 45), sur le licenciement (Soc., 23 mai 2001, pourvoi n° 99-42.222 et 15 mai 2007, pourvoi n° 06-40.872, *Bull.* 2007, V, n° 78) et celles relatives à des institutions représentatives du personnel (Soc., 21 mai 1981, pourvois n° 80-60.251 et 80-60.252, *Bull.* 1981, V, n° 447) leur étaient applicables.

L'article L.782-7, recodifié L.7322-1, a été modifié, les dispositions qui prévoyaient que les gérants non salariés bénéficiaient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale, sans énumérer limitativement ces avantages, ont été supprimées. La chambre sociale a estimé que les modifications de rédaction liées à la recodification ne conduisaient pas à une remise en cause de sa jurisprudence.

Ainsi, elle a par deux décisions en date du 8 décembre 2009, réitéré cette jurisprudence sous le visa, notamment de l'article L.782-7, recodifié L.7322-1, du code de travail, de dispositions de valeur constitutionnelles et de dispositions issues de conventions internationales. Dans un premier arrêt (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.089, *Bull.* 2009, V, n° 277), la chambre sociale a admis l'application du régime protecteur prévu aux articles L.2411-3 et L.2411-8 du code de travail à un gérant non salarié désigné délégué syndicat d'établissement en application de l'accord collectif national. Dans le second arrêt (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.090, *Bull.* 2009, V, n° 278), elle a appliqué au gérant non salarié les articles du code du travail relatifs à la rupture du contrat de travail à durée déterminée et l'article relatif à la prescription des sanctions.

C'est donc en toute logique que la chambre sociale a réaffirmé en l'espèce sa jurisprudence habituelle. La seule différence avec les arrêts du 08 décembre 2009 étant qu'ici était en cause un gérant non salarié candidat à des élections des délégués gérant et non un gérant non salarié désigné délégué syndical d'établissement.

2.3. Licenciements disciplinaires

**Faute grave- Appréciation*

Sommaire

Il résulte de l'article L. 611-7 du code de la propriété intellectuelle que l'invention faite par le salarié dans l'exécution d'un contrat de travail comportant une mission inventive appartient à l'employeur.

Dès lors, une cour d'appel ne peut, sans rechercher au préalable si le contrat de travail comportait une mission inventive, décider que le licenciement d'un salarié auquel il était reproché d'avoir déposé, sans en informer son employeur, un brevet d'invention en rapport direct avec son activité au sein de la société pour l'exploiter à titre personnel, est dépourvu de cause réelle et sérieuse au motif que l'employeur ne prouve pas que le salarié a travaillé à l'élaboration de son invention dans le cadre de ses activités salariales et avec les moyens et les connaissances de la société employeur

Soc., 21 septembre 2011

CASSATION PARTIELLE

Arrêt n° 1690 F-P+B

N° 09-69.927 – C.A. Reims, 21 juillet 2009

Mme Mazars, f.f. Pt. – Mme Terrier-Mareuil, Rap. – Mme Taffaleau, Av. Gén.

Note

Un salarié a fait l'objet d'un licenciement pour faute grave, l'employeur lui reprochant d'avoir déposé un brevet d'invention sans l'en informer, d'avoir manqué à son obligation de loyauté en utilisant les moyens mis à sa disposition dans le cadre de son activité professionnelle à des fins personnelles, et d'avoir eu l'intention de nuire à la société.

Le conseil de prud'hommes ayant jugé que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse, l'employeur a saisi la cour d'appel qui a confirmé le jugement sur ce point, en discutant les preuves apportées respectivement par les parties quant aux conditions dans lesquelles l'invention a été réalisée.

La chambre sociale a cassé l'arrêt, au visa des articles L. 611-7 du code de la propriété intellectuelle, L. 1235-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail.

Selon l'article L. 611-7 du code de la propriété intellectuelle, « si l'inventeur est un salarié, le droit au titre de la propriété intellectuelle, à défaut de stipulation contractuelle plus favorable au salarié, est défini selon les dispositions ci-après :

1. Les inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur. Les conditions dans lesquelles le salarié, auteur d'une telle invention, bénéficie d'une rémunération supplémentaire sont déterminées par les conventions collectives, les accords d'entreprise et les contrats individuels de travail ».

Il résulte de ce texte qu'avant toute chose, le juge doit analyser le contrat de travail, vérifier s'il comporte une mission inventive, et si le salarié a agi dans ce cadre, ou si le salarié s'est vu confier une recherche déterminée. De l'examen de ces circonstances se déduit l'application, ou non, du principe posé par l'article susvisé selon lequel l'invention du salarié au cours de l'exécution du contrat de travail appartient à l'employeur.

Ainsi, la Chambre sociale a récemment jugé, au visa de l'article L. 611-7 « *que le salarié, auteur d'une invention, bénéficie d'une rémunération supplémentaire dans les conditions déterminées par les conventions collectives, accords d'entreprise ou le contrat de travail, pour les inventions qu'il a faites dans l'exécution, soit de son contrat de travail, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées* » (Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-70.138, Bull. 2010, V, n° 125).

C'est l'absence de respect de ce processus que sanctionne le présent arrêt, la cour d'appel ayant omis de rappeler que l'invention réalisée dans le cadre du contrat de travail appartenait à l'employeur, mais ayant d'emblée discuté les preuves relatives aux circonstances de l'invention. Elle ne pouvait dès lors contrôler la cause réelle et sérieuse du licenciement.

2.4 Licenciement économique

**Mesures d'accompagnement*

Sommaire

Si l'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé, qui entraîne la rupture de son contrat de travail, ne le prive pas du droit de contester le respect par l'employeur de son obligation de reclassement, elle entraîne en revanche nécessairement renonciation de sa part à la proposition de reclassement qui lui a été faite.

Soc., 28 septembre 2011

REJET

Arrêt n° 1973 FS-P+B

N° W10-23.703 et X 10-23.704 - C.A. d'Aix-en-Provence, 29 juin 2010

M. Bailly, f.f. Pt. - Mme Grivel, Rap. - , Av. Gén.

Note

L'article L. 1233-65, alinéa 1^{er}, du code du travail dispose que « *Dans les entreprises non soumises à l'obligation de proposer le congé de reclassement prévu à l'article L. 1233-71, l'employeur propose à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique une convention de reclassement personnalisé.* »

Aux termes de l'article L. 1233-67, alinéa 1^{er}, du même code (ancien article L. 321-4-2 I, alinéa 4), « *Si le salarié accepte la convention de reclassement personnalisé, le contrat de travail est réputé rompu du commun accord des parties.* »

Deux salariés ont été licenciés, après s'être vus proposer lors de l'entretien préalable une offre préalable de reclassement personnalisé, laquelle a été acceptée par l'un d'eux.

Ils ont saisi le conseil de prud'hommes de demandes de paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La juridiction prud'homale a fait droit à leurs demandes mais le jugement a été infirmé par la cour d'appel.

Les salariés ont formé un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel.

La question posée à la chambre sociale était de savoir si l'acceptation par le salarié d'une convention de reclassement personnalisé le prive du droit de contester le non-respect par l'employeur de l'obligation de reclassement ?

Saisie d'une question similaire portant sur la contestation du motif du licenciement après l'acceptation d'une convention de reclassement personnalisé, la chambre sociale a jugé « *qu'il résulte de la combinaison [des articles L. 321-1 et L. 321-4-2 I, alinéa 4, du code du travail] que si l'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé entraîne une rupture qui est réputée intervenir d'un commun accord, elle ne le prive pas de la possibilité d'en contester le motif économique* » (Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 07-41.964, *Bull.* 2008, V, n° 47).

Dans un avis du 7 avril 2008, la Cour de cassation a indiqué que le salarié ayant adhéré à une convention de reclassement personnalisé est recevable à contester l'ordre des licenciements (Cass., avis, 7 avr. 2008, n° 08-00.003, *Bull.* 2008, Avis n° 2).

La solution dégagée par la chambre sociale en l'espèce est logique et conforme à sa jurisprudence issue de sa décision du 5 mars 2008 et à l'esprit de son avis du 7 avril 2008 précités.

En effet, l'article L.1233-3, alinéa 2, du code du travail énonce que « *Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa.* »

L'article L.1233-4, alinéa 1^{er} du code de travail, relevant dudit chapitre, dispose que « *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient.* »

Il apparaît de l'analyse de ces dispositions que l'obligation de reclassement de l'employeur est préalable à la rupture. La chambre sociale a même précisé que les possibilités de reclassement s'apprécient au plus à la date du licenciement (Soc. 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-40.421, *Bull.* 2010, V, n° 121).

L'obligation de reclassement se situant en amont de la rupture du contrat de travail, c'est donc à bon droit que la chambre sociale reconnait au salarié ayant adhéré à une convention de reclassement personnalisé le droit de contester le respect par l'employeur de cette obligation.

En revanche, la chambre sociale a décidé que l'adhésion du salarié une convention de reclassement personnalisé entraîne nécessairement renonciation de sa part à la proposition de reclassement qui lui a été faite.

G - ACTIONS EN JUSTICE

**Preuve-documents de l'entreprise*

Sommaire

La date d'ancienneté figurant dans le bulletin de paie vaut présomption de reprise d'ancienneté sauf à l'employeur à rapporter la preuve contraire.

Soc., 21 septembre 2011

Arrêt n° 1826 FS-P+B

N° 09-72.054 - C.A. Agen, 22 septembre 2009

Mme Mazars, f.f. Pt. - Mme Guyon-Renard, Rap. - M. Foerst, Av. Gén.

CASSATION PARTIELLE

Note

L'article L.1234-9, alinéa 1^{er}, du code du travail dispose que *“Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement.”*

L'ancienneté du salarié à prendre en compte est celle résultant du contrat de travail au cours duquel le licenciement est prononcé (Soc., 5 juillet 1989, pourvoi n° 86-42.545, *Bull.* 1989, V, n° 504; Soc., 27 mai 1992, pourvoi n° 89-40.297, *Bull.* 1992, V, n° 352).

Cependant, les parties peuvent dans le cadre individuel ou collectif déroger à ce principe (Soc., 6 févr. 2008, pourvoi n° 0645518; Soc., 1^{er} juill. 2009, pourvoi n° 0842484).

En l'espèce, la question posée à la chambre sociale était de savoir si l'accord de l'employeur de reprise d'ancienneté peut résulter d'une mention sur le bulletin de paie?

Le salarié a soutenu que la mention figurant sur son bulletin de paie valait accord de l'employeur sur la reprise de son ancienneté. Ce dernier a, au contraire, fait valoir que le salarié ne rapportait pas la preuve de son accord et qu'il ne pouvait se prévaloir de l'erreur commise dans le bulletin de salaire.

Sur le fondement de l'article R. 3243-1 du code de travail, portant sur les mentions que doit comporter le bulletin de paie, la chambre sociale a jugé que *“la date d'ancienneté figurant dans le bulletin de paie vaut présomption de reprise d'ancienneté sauf à l'employeur à rapporter la preuve contraire.”* Cette décision est conforme à sa jurisprudence habituelle.

Le bulletin de paie est un document que l'employeur doit remettre au salarié (article L.3243-2 du code du travail). Par conséquent, sa valeur probante doit être différente selon la partie qui l'invoque.

Il est conforme aux principes généraux du droit de la preuve que l'employeur, rédacteur du bulletin de paie, ne puisse pas invoquer, à son profit, ses mentions.

Le salarié peut en revanche opposer les mentions du bulletin de paie à l'employeur. Ainsi, il a été jugé que lesdites mentions valent présomption (simple) de l'emploi et de la qualification indiquées (Soc., 19 mars 2003, pourvoi n° 01-40.128, *Dr. soc.* 2003. 662 obs. C Radé; Soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 04-42.070 RDT 2006, 35, obs. G. Pignarre).

“La solution nous semble parfaitement logique. En l'absence de contrat de travail écrit, le salarié n'a en effet accès à l'information concernant ses droits qu'au travers des pièces écrites rendues obligatoires par le code du travail. Le bulletin de salaire constitue alors le seul document témoignant de l'existence des quelques éléments essentiels de son contrat. Il est par conséquent logique que les mentions qui figurent sur le bulletin de paie constituent une apparence que l'employeur devra renverser; il supportera alors la charge et le risque de cette absence de preuve contraire et succombera toutes les fois qu'il ne parviendra pas à établir que la nature réelle des relations entretenues avec le salarié rendait fallacieuses les indications qui figurent sur le bulletin.” (C. Radé, obs. sous Soc. 19 mars 2003, *Dr; soc.* 2003. 662).



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

Site internet : www.courdecassation.fr

Twitter : @courdecassation