

## L'OBLIGATION DE SECURITE DANS L'ENTREPRISE SE CONJUGUE AU PLURIEL

<b>Editorial</b> .....	1
<b>Jurisprudence</b> .....	2
• Relations individuelles du travail .....	2
• Relations collectives de travail .....	6
<b>Publications du cabinet</b> .....	9

### éditorial

Alain Coeuret  
Of Counsel

Un récent arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation (cass. Soc. 7 octobre 2015 n° 14-12403) attire l'attention sur un aspect encore parfois méconnu de la modernisation des rôles liés à la sécurité du travail dans les entreprises françaises. Tous les observateurs ont certes le regard fixé sur les évolutions qui sont susceptibles d'affecter l'obligation patronale de sécurité tant dans son périmètre que dans son intensité. De ce dernier point de vue, l'émoi est à son comble depuis que, par un autre arrêt (soc. 25 novembre 2015 n° 14-24444), la même formation a semblé vouloir faire évoluer ladite obligation d'une obligation de résultat vers une obligation de moyens, desserrant ainsi l'étau dans lequel, par l'effet d'une jurisprudence rigoureuse, les employeurs se trouvaient pris dès qu'il est possible de leur imputer le dommage corporel subi par un salarié et même, en dehors de tout dommage effectif, dès qu'une précaution significative en termes de prévention n'a pas été prise.

Cependant, en marge de cette possible libéralisation, dont on se saurait minorer l'importance, il est une jurisprudence qui se développe de façon plus feutrée et qui concerne cette fois, la diversification des rôles relatifs au maintien de la santé et de la sécurité dans l'entreprise entre l'employeur et ses propres salariés. Cette diversification a pour base une disposition légale : l'article L 4122-1 du Code du travail -lui-même issu de la transposition en droit français de la directive-cadre du 8 octobre 1989. Aux termes de ce texte : "Il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celle des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail". Depuis l'entrée en vigueur de cette disposition, la vision que l'on pouvait avoir d'un salarié purement passif, n'ayant d'autre devoir que celui d'obéir aux ordres de son employeur, a fait place à la conception d'un individu, certes toujours juridiquement subordonné puisque tel est le propre de la relation de travail, mais qui, même placé à un échelon très modeste de l'entreprise, peut néanmoins être efficace sur le plan de la prévention des dommages et se doit par conséquent d'exercer une certaine vigilance pour lui-même et pour autrui. Nul ne contestera qu'il y a là tous les éléments d'une véritable obligation de sécurité du salarié en parallèle de celle, bien plus considérable de son employeur, même si la première n'est indiscutablement que de moyens.

C'est le mérite d'un arrêt encore plus récent (cass. Soc. 10 février 2016 n° 14-24350) que d'avoir rappelé, conformément aux termes de la directive européenne précitée, que les obligations des travailleurs dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail n'affectent pas le principe de responsabilité de l'employeur. Malgré l'obligation mise à la charge des salariés par l'article L 4122-1 précité, il est donc clair que l'employeur reste pleinement responsable de la prévention et de la gestion des risques en entreprise. Ceci a pour conséquence que, d'une part, en cas de faute du salarié, lui-même victime d'un dommage corporel, la réparation intégrale demeure due par principe, mais que, d'autre part, et de façon inversée, la violation de l'obligation salariale de sécurité pourra être invoquée au soutien d'une sanction disciplinaire à l'encontre d'un salarié par trop négligeant non seulement pour lui-même mais aussi et surtout pour autrui, cette dimension altruiste de l'obligation qui ne concerne concrètement le plus souvent que le premier cercle des collègues de travail, constituant la véritable "valeur ajoutée" du droit européen par rapport à l'approche purement nationale sur une question qui témoigne malheureusement d'un des tribus les plus lourds versés par le monde du travail au développement de nos sociétés.

## JURISPRUDENCE

### Relations Individuelles du Travail

#### **Les petits pas en avant du médecin du travail (cass. soc. 15 décembre 2015 n° 14-11858)**

En vertu du Code du travail (art. L 1226-2 et L 1226-10), le salarié déclaré inapte à son poste à l'issue du deuxième examen par le médecin du travail bénéficie d'un droit au reclassement devant être exercé dans le mois qui suit cet examen. Compte tenu de cette règle, l'employeur concerné ne peut se dégager à temps de son obligation de reclassement lorsque l'avis du médecin du travail déclare le salarié inapte à tout emploi dans l'entreprise. Dans ce cas, en effet, aucune dispense n'en résulte quant à l'obligation de rechercher un reclassement au sein de cette entreprise et, le cas échéant, du groupe. Cependant, ce que l'arrêt analysé précise, dans la lignée d'une précédente décision du 4 novembre 2015 (n° 14-11879), c'est que les réponses apportées postérieurement au constat régulier de l'inaptitude par ce médecin sur les possibilités éventuelles de reclassement concourent à la justification de l'impossibilité de remplir l'obligation de reclassement. En l'espèce, la Cour d'appel dont la décision était frappée de pourvoi a donc bien jugé en faisant ressortir l'impossibilité de reclasser la salariée demanderesse au sein tant de l'entreprise que du groupe, y compris par la mise en œuvre de mutations ou transformations de postes au regard notamment des préconisations du médecin du travail interdisant de maintenir un lien avec certaines personnes. Voici donc un acteur dans l'entreprise dont la jurisprudence renforce sans cesse le rôle au point qu'avant toute décision sur les conséquences à tirer de l'inaptitude d'un salarié, l'employeur a intérêt à faire le plus grand cas de ses avis.

#### **Défaut de visite médicale d'embauche : la présence du droit pénal (Cass. Crim. 12 janvier 2016 n° 1487695)**

L'incursion du juge pénal dans la formation des relations de travail n'est pas si fréquente qu'on puisse se détourner de la présente décision, rendue par la formation judiciaire la plus haute en matière répressive. Toutefois, seule la sanction des règles méconnues est originale (une contravention de 5ème classe prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés, laquelle est une amende portée au quintuple lorsque le responsable est une personne morale) car en ce qui concerne la solution dégagée par l'arrêt, force est de reconnaître qu'elle se "cale" sur celle déjà énoncée par la Chambre sociale de la Haute juridiction à savoir que l'employeur ne peut pas se contenter, via la déclaration préalable à l'embauche, de demander au service de santé du travail de programmer la visite d'embauche. L'affaire concernait une entreprise de marketing téléphonique, de distribution de prospectus et d'accueil de visiteurs pour le compte

clients, employant des salariés par des contrats de courte durée. A la suite d'une visite de contrôle, l'inspecteur du travail avait dressé un procès-verbal constatant que 294 salariés ayant travaillé au cours du mois précédent n'avaient fait l'objet d'aucune visite médicale d'embauche. La société et ses deux co-gérants avaient alors été cités devant le Tribunal de police du chef d'embauche de salariés sans visite médicale préalable. Pour échapper à la condamnation, les prévenus avançaient deux arguments. Selon le premier, l'employeur avait accompli toutes les diligences nécessaires pour respecter les dispositions relatives à la visite d'embauche, l'enregistrement de la déclaration auprès de l'URSSAF entraînant automatiquement transmission de cette dernière au médecin du travail, qui doit alors convoquer le nouvel embauché. Le second argument consistait à convaincre les juges qu'il était matériellement impossible de réaliser la visite avant la fin de la période d'essai. Compte tenu de la durée des contrats, ces derniers avaient en effet déjà pris fin lorsque le service de santé au travail fut en mesure de convoquer les intéressés. Cependant, aucun de ces arguments n'a trouvé grâce auprès des juges qui n'ont vu là que des causes exonératoires insuffisantes à écarter la responsabilité des prévenus.

**Travail dissimulé : attention aux dérives concernant le statut d'auto-entrepreneur (cass. Crim. 15 décembre 2015 n° 14-85638)**

Ici encore, le contentieux peut être double car, à côté du juge social, le juge pénal est amené à se prononcer sur les mêmes situations par le biais de l'incrimination de travail dissimulé fulminée aux articles L 8221-1 et suivants du Code du travail. La chambre criminelle, finalement saisie de cette affaire, a décidé que, justifiait sa décision condamnant une société et son gérant au titre du délit précité, la Cour d'appel qui avait fait ressortir que, sous couvert de mandats établis entre la société et plusieurs de ses anciens salariés ayant pris le statut d'auto-entrepreneurs, ces derniers fournissaient en réalité à ladite société des prestations d'une façon qui les plaçaient dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celle-ci, critère par lequel se découvre habituellement l'existence d'un contrat de travail. Il est intéressant de relever l'utilisation par les juges de la méthode du faisceau d'indices laquelle avait conduit le Tribunal puis la Cour d'appel à retenir comme révélateur de la qualité de salarié, en l'occurrence non déclarés comme tels, divers indices comme les modalités d'exécution du travail largement imposés en fait par la société, l'absence de toute autonomie laissée aux intéressés par une procédure commerciale définie à l'avance, l'obligation de rendre compte du résultat des démarches téléphoniques, le fait que ces prétendus travailleurs indépendants travaillaient exclusivement pour le compte du donneur d'ordre sur les mêmes fonctions selon les mêmes modes d'exécution du travail qu'antérieurement, la circonstance enfin que les conditions de création et de radiation des auto-entrepreneurs montraient que ceux-ci répondaient exclusivement aux besoins de la société.

**Régime de la sanction disciplinaire (cass. soc. 12 novembre 2015 (deux arrêts n° 14-17615 ; 14-18169))**

L'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire est désormais inséré dans les mailles d'un filet très serré qu'il s'agisse de la procédure ou du fond. Quant à la première, la décision n° 14-18169 de la Cour de cassation revient sur la portée de la règle figurant à l'article L 1332-2 du Code du travail aux termes de laquelle l'employeur doit notifier la sanction dans un délai maximum d'un mois suivant l'entretien préalable. Cette règle doit cependant parfois se concilier avec l'exigence conventionnelle ou statutaire d'une saisine pour avis d'une instance disciplinaire. Dans le silence de la loi, la jurisprudence permet alors le report de la notification à la condition que le salarié ait été informé de cette saisine dans le délai d'un mois à compter de l'entretien préalable (cass. Soc. 13 février 2001 n° 98-45912). Dans la présente affaire, les dispositions statutaires applicables à l'entreprise obligeaient le titulaire du pouvoir disciplinaire à convoquer le salarié à deux entretiens préalables et à recueillir, entre ces deux rendez-vous, l'avis de la commission disciplinaire sur la mesure envisagée. Le respect de cette procédure

nécessitait donc à nouveau un aménagement de la règle légale précitée. Se refusant à fixer le point de départ du délai d'un mois au moment du premier entretien, la Cour de cassation pose en règle que le délai doit commencer à courir à partir du second entretien suivant l'avis de la commission disciplinaire, à condition toutefois que cette instance ait effectivement été saisie dans le délai d'un mois suivant le premier entretien et que le salarié en ait été informé dans ce même délai. Cette dernière exigence ayant été respectée en l'espèce, la procédure diligentée par l'employeur était donc parfaitement régulière et le pourvoi fut rejeté. Il n'est pas certain que toutes les difficultés de cet ordre soient maintenant aplanies. On peut pronostiquer au contraire qu'elles se multiplieront eu égard au développement du droit disciplinaire conventionnel et à la sanction de son éventuel irrespect puisque l'inobservation de l'article L 1332-2 précité est désormais sanctionné par l'annulation de la sanction ou, s'il s'agit d'un licenciement, par une absence de cause réelle et sérieuse (cass. Soc. 21 mars 2000 n° 98-40345).

Quant à la seconde décision évoquée, elle revient sur la définition même de la sanction disciplinaire dans une hypothèse où il est difficile de distinguer un simple rappel à l'ordre d'une véritable sanction. L'enjeu n'est pas que théorique car l'incertitude sur la qualification pourrait placer certains employeurs dans une situation délicate au regard du principe "non bis in idem" qui interdit de sanctionner deux fois les mêmes faits. En l'espèce, une salariée avait été licenciée pour faute grave en raison de son comportement vulgaire et vexatoire à l'encontre de ses collègues. Elle contestait cette mesure estimant avoir fait l'objet d'une double sanction pour les mêmes faits. Pour ce faire, elle produisait un compte rendu d'un entretien au cours duquel l'employeur avait fait état des mêmes griefs que ceux listés dans la lettre de licenciement. Ce "compte rendu" n'a toutefois pas été considéré par la Cour de cassation comme une véritable sanction au sens de l'article L1331-1 du Code du travail, lequel pourtant consacre une approche particulièrement large de la sanction disciplinaire. Cependant, il faut bien comprendre, qu'aussi large qu'elle puisse être, la qualification en cause ne peut évacuer l'élément psychologique qui accompagne tout exercice du pouvoir disciplinaire, c'est à dire la volonté de punir et pas seulement celle de convaincre le salarié de la nécessité de modifier son comportement. Or, dans le compte rendu invoqué, aucune trace de volonté répressive mais tout au plus un rappel à l'ordre laissant le salarié libre de choisir l'attitude à adopter dans l'entreprise, si bien que l'existence de ce document n'avait pas eu pour effet d'épuiser le pouvoir disciplinaire à l'égard des faits reprochés. Aux confins de la sanction du même nom se situent donc des mesures, autres que les observations verbales, qui ne déclenchent pas l'application des règles encadrant le pouvoir disciplinaire de l'employeur tant qu'elles ne traduisent pas de façon explicite une volonté de punir. Mais il faut prendre garde aux indices à partir desquels les juges du fond déduisent cette volonté de la situation examinée. Ainsi, la frontière est-elle franchie par le courriel reprochant à une salariée des manquements aux procédures internes à l'entreprise et l'invitant de manière impérative à se conformer à ces règles (cass. Soc. 9 avril 2014 n° 13-10934). La remarque est la même à propos de la demande d'explications écrites dès lors que celle-ci présente un caractère contraignant et qu'elle pouvait donner lieu à l'établissement d'un procès-verbal conservé au dossier du salarié (cass. Soc. 19 mai 2015 n° 13-26916).

#### **Histoire d'une montagne qui accoucha d'une souris (cass. soc. 10 décembre 2015 (n° 14-19474))**

Chacun sait que la subordination juridique qui permet de reconnaître l'existence d'un contrat de travail est un critère souple à l'extrême qui ne dépend en définitive ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention. En particulier, un tel constat a bien des fois été fait en présence de groupes de sociétés, le juge étant invité à rechercher la personne morale qu'il convient de qualifier d'employeur, seule ou avec d'autres, selon les services rendus à différentes sociétés par le salarié qui invoque la reconnaissance de ce lien. Mais, en principe, hors état de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut pas être considérée comme employeur ou co-employeur du salarié par cela seul qu'elle

ferait partie du groupe et qu'elle serait unie aux autres par une communauté d'intérêts. En jurisprudence, s'est édiflée cependant une solution parallèle, aux conditions de mise en œuvre facilitées par rapport à la première, dans la mesure où, sans aucunement caractériser un lien de subordination, un salarié peut actionner en justice les différentes entités regroupées pour faire reconnaître le non-respect de ses droits essentiellement au moment de son licenciement. Il convient pour cela de relever l'existence d'une confusion d'intérêts, d'activité et de direction entre des sociétés en cause. Le contentieux du travail a livré des applications impressionnantes de ce co-emploi d'un nouveau genre, en particulier dans le débat judiciaire sur la pleine exécution par l'employeur de son obligation légale de reclassement. L'émotion suscitée par cette nouvelle approche a atteint son point culminant avec les arrêts *Aspocomp* et *Métaleurop* (soc. 17 juin 2007 n° 05-42551).

Toutefois, à partir d'un arrêt "*Molex*" du 2 juillet 2014 (n° 13-15208), le souffle est retombé et les juges, au plus haut niveau, se sont montrés plus exigeants pour établir par un tel biais la solidarité entre sociétés. A partir de cet arrêt de principe les liens de dépendance entre la direction des différentes sociétés n'ont plus suffi pour caractériser le co-emploi. Un attendu de principe fut énoncé par la CC : "une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur, à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière". On retrouve exactement la même formule dans le présent arrêt qui censure les juges d'appel, lesquels avaient considéré au contraire que les conditions du co-emploi étaient réunies parce que notamment les dirigeants de la société mère s'étaient impliqués dans la gestion de la filiale dont l'ensemble du personnel était finalement touché par une mesure de licenciement économique prononcée par le liquidateur dans la procédure collective applicable à celle-ci. Les conditions d'une dissidence de la part de certains juges du second degré n'étant semble-t-il pas loin, il est fort utile de relever que la Cour de cassation maintient le cap, nonobstant les circonstances de fait ayant servi à la Cour d'appel pour nourrir son raisonnement. On pourrait en effet être troublé par le constat que les dirigeants de la filiale provenaient du groupe, qu'ils collaboraient étroitement avec la société mère et que celle-ci avait pris dans les mois suivant le rachat de la filiale des décisions de réorganisation dans le cadre de la politique du groupe, puis renoncé à apporter son soutien financier à sa filiale tout en s'impliquant dans la recherche de reclassements au sein du groupe. Ainsi, la montagne jurisprudentielle finit elle par accoucher d'une souris, mais les groupes comme les éléphants, c'est bien connu, ont très peur des souris.

### **Pour en finir avec une confusion qui a la vie dure (cass. soc. 10 octobre 2015 (n° 14-19126))**

Par cet arrêt, la Cour de cassation apporte une précision utile relativement à une distinction désormais très clairement rappelée en jurisprudence : celle de la rupture amiable et de la transaction. Dans le contexte des contrats à durée déterminée, cependant, la tentation est toujours présente pour les parties d'opter pour un acte juridique unique par lequel, non seulement comme la loi les y autorise, elles mettent fin de façon anticipée au contrat (C. trav. Art L 1243-1) mais, en profitant de cette circonstance -ce qui est beaucoup plus risqué, elles transigent afin de régler les conséquences de cette rupture. Aussi bien l'arrêt rappelle-t-il de façon catégorique que la rupture d'un commun accord du CDD a pour seul objet de mettre fin aux relations des parties. Elle ne peut constituer une transaction destinée à mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture définitive du contrat de travail et elle ne peut avoir pour effet, peu important les termes de l'accord, de priver le salarié des droits nés de l'exécution de ce contrat (V. déjà cass. Soc. 16 mai 2000 n° 98-40238). Mais ce rappel de la "règle" (appliquée sur les doigts du plaideur qui défendait une telle solution) doit bien être circonscrite dans ses effets. Les parties sont parfaitement



autorisées à conclure une transaction une fois intervenue la rupture du contrat de travail, le caractère précaire de celui-ci n'ayant aucune incidence sur une faculté qui se rattache à l'exercice de la liberté contractuelle en général dont la transaction n'est qu'une expression particulière.

## Relations Collectives de Travail

### Les effets de la détention du pouvoir patronal (cass. Soc. 15 octobre 2015 n° 14-25680))

Nouveau venu sur la scène des modes de représentation de salariés à l'échelle de l'entreprise ou du groupe, le représentant de la section syndicale (RSS), mandat destiné à consolider la position d'un syndicat non encore représentatif, ne peut être détenu par un salarié qui s'est vu confier une fraction des pouvoirs du chef d'entreprise. La solution rejoint celle dégagée de façon prétorienne, pour tous les autres mandats représentatifs qu'ils soient de nature élective ou syndicale. Elle ne se déclenche néanmoins qu'autant que l'intéressé dispose d'une délégation particulière d'autorité établie par écrit et permettant par l'importance de son contenu d'assimiler sur titulaire au chef d'entreprise (v. encore en ce sens : cass. Soc 7 novembre 2012 n° 11-25653). Mais indépendamment de la recherche d'une délégation portant sur les attributions révélatrices d'une telle incapacité, se pose la question du périmètre à l'intérieur duquel va se déployer ses effets, spécialement, lorsque la délégation d'autorité porte sur un périmètre plus restreint que celui du ou des mandats représentatifs auxquels prétend le délégataire. Doit-on alors faire jouer l'incapacité au niveau de l'entreprise tout entière ou ajuster ses effets au seul périmètre, par hypothèse plus réduit, où l'intéressé exerce effectivement les prérogatives d'autorité qui lui ont été confiées. Le tribunal d'instance avait opté pour cette dernière solution qui lui paraissait sans doute ménager les droits collectifs des intéressés tout en neutralisant les risques de confusion d'intérêts entre ceux de l'employeur et ceux de la communauté de travail considérée. Mais la Cour de cassation opte encore une fois pour une solution plus sévère en décidant qu'un salarié qui bénéficie d'une délégation écrite d'autorité ne peut être désigné RSS au niveau de l'entreprise quand bien même le périmètre dans lequel il est assimilé à l'employeur ne couvrirait qu'une partie de celle-ci. La solution est sans surprise car la Haute juridiction avait déjà jugé que le salarié qui dispose d'une délégation particulière d'autorité pour l'établissement qu'il dirige (hypothèse en pratique capitale s'il s'agit du dédoublement en comités d'établissement) ne peut exercer la fonction de délégué syndical au niveau d'une UES peu important que la délégation soit circonscrite à l'établissement et que ce salarié n'exerce aucune fonction transversale au sein de l'unité en question, ce qui laisse entendre qu'une telle fonction représentative n'est compatible avec aucune délégation particulière d'autorité, à quelque niveau de l'organigramme qu'elle se situe. La déconcentration de l'exercice du pouvoir de direction dans les entreprises de taille étant un phénomène qui va en s'amplifiant, on peut tout de même s'interroger sur l'importance prise par l'incapacité à exercer un mandat représentatif et sur son impact quant au droit du personnel d'encadrement de "participer à la détermination des conditions de travail au sens du Préambule constitutionnel de 1958 !".

### Qui veut du mandat syndical ? (cass. Soc. 25 novembre 2015 n° 15-14061)

Les solutions relatives à la désignation du délégué syndical d'entreprise ou d'établissement ont atteint, par l'effet des réformes successives, un degré de sophistication dont le législateur puis le juge ne se doutaient sans doute pas. La cause profonde en est l'évolution de la condition de représentativité dans le périmètre considéré via les résultats obtenus par chacun des candidats figurant sur les listes présentées au premier tour des élections dans l'entreprise. On rappellera qu'aux termes de l'article L 2143-3 du Code du travail, le délégué syndical doit être désigné en priorité parmi les candidats ayant recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des deuxièmes élections du CE, de la DUP ou des DP. Cependant, il a bien fallu assouplir cette règle dans certaines situations de pénurie de candidatures, ce qui explique que l'alinéa 2

du même article dispose, qu'à titre subsidiaire, s'il ne reste plus aucun candidat remplissant la condition d'audience minimale de 10 % (hypothèses du départ de l'entreprise ou de changement d'affectation), le syndicat pourra choisir son délégué syndical parmi les autres candidats n'ayant pas réussi le test d'audience ou, à défaut, parmi ses adhérents. Mais il a fallu aussi que le juge colmate une autre brèche, non envisagée par le législateur de 2008, celle où dès le départ, aucun des candidats présentés par le syndicat représentatif n'a obtenu personnellement le score de 10 %. Par arrêt du 27 février 2013 (n° 12-15807), la chambre sociale de la Cour de cassation a opéré une interprétation extensive de l'alinéa 2 de l'article L 2143-3 précité, permettant, y compris dans ce dernier cas où le syndicat n'est déclaré représentatif qu'après les élections de contourner le principe énoncé par l'alinéa 1er du même article. La loi du 5 mars 2014 a consolidé cette interprétation en modifiant la règle subsidiaire, montrant par là son souci d'assouplir au maximum les conditions de la désignation de délégué syndical liées à l'audience. Fallait-il aller encore plus loin et étendre, de façon prétorienne cette fois, la portée de la règle subsidiaire sous prétexte que le législateur avait montré la voie en 2014 ? La Haute juridiction ne l'a pas pensé, énonçant par les arrêts ici évoqués, que si le syndicat dispose de candidats ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour, il ne peut choisir ses délégués que parmi ceux-ci alors même que les candidats dans leur ensemble ont décliné son offre pour convenances personnelles. Les dispositions subsidiaires de l'article L 2143-3, même élargies par la loi de 2014 ne peuvent donc venir au secours de syndicat qu'il a effectivement disposé de par les dernières élections de candidats remplissant la condition d'audience. Là s'arrête l'assouplissement de la règle de principe, solution déjà exprimée en 2011 (cass. Soc. 29 juin 2011 n° 10-60394) mais dont on pouvait se demander si la loi du 5 mars 2014 n'avait pas fragilisé les bases. Les arrêts sont d'autant plus intéressants qu'ils répondent à une argumentation originale du Tribunal d'instance, dont les deux jugements sont cassés. Dans l'une des affaires en effet (n° 15-14061) le juge des élections avait procédé à une interprétation différente des dispositions de la loi du 5 mars 2014. Selon lui, le législateur aurait, en étendant la portée de la règle subsidiaire de l'article L 2142-3, entendu consolider une approche et une évolution du droit syndical tendant à "un droit à la représentation" de sorte que, lorsque les candidats ayant obtenu 10 % ont refusé d'occuper le mandat de délégué syndical, le syndicat doit être considéré -par une manière de fiction- comme n'ayant pas ou plus de candidat remplissant la condition d'audience. Le raisonnement mérite d'être considéré car on voit bien que la fonction syndicale dans l'entreprise ne peut, de par son importance, spécialement dans la négociation collective à ce niveau, dépendre d'autant d'aléas liés aux volontés individuelles. Il n'empêche que la création jurisprudentielle a ses limites et qu'il reviendra au législateur seul de remettre l'ouvrage sur le métier.

### **Cachez ce critère que je ne saurais voir ! (cass. Soc. 12 novembre 2015 n° 14-12830)**

En droit du travail français, l'effectif conditionne très souvent le déclenchement de telle ou telle règle si bien qu'on peut aller jusqu'à dire que deux salariés exerçant le même métier n'expérimentent pas le même "vécu juridique" selon qu'ils appartiennent à une petite structure ou au contraire, à une entreprise de grande taille, l'expérience du premier ayant des chances d'être plus réduite que celle du second eu égard à la circonstance que le maillage normatif croît en intensité en fonction de seuils plus ou moins importants posés par la loi. Ce phénomène touche aussi bien les relations individuelles que les relations collectives et peut, en partie, trouver sa justification dans la grande diversité des moyens, notamment financiers qui sont ceux des entreprises. L'arrêt analysé se prononce sur la question subséquente de la division en établissements distinct et de l'impact de celle-ci sur la répartition de la contribution due par l'employeur au titre des activités sociales et collectives entre comités d'établissements. Il décide que même en présence de périmètres secondaires, qui a priori, peuvent être de taille variable, la contribution légale reste calculée au niveau de l'entreprise. Techniquement, les dépenses sociales globales de l'année de référence sont ainsi divisées par la masse salariale de la totalité des établissements. Pour déterminer ensuite la part de la contribution revenant à chaque comité, le taux ainsi obtenu est appliqué à la masse salariale de chaque établissement.

Mais l'article L 2323-86 du Code du travail, qui pose cette règle, l'assortit d'une possibilité de dérogation par un usage ou un accord collectif. Comme l'illustre la présente espèce, les partenaires sociaux ont donc la possibilité de choisir un autre critère qui en l'occurrence fut à nouveau celui des effectifs, critère que l'on croyait écarté au moins pour le règlement de cette question. Déjà admis par une jurisprudence ancienne (cass. Soc. 27 mai 1987 n° 85-12637) l'effectif revient donc en force avec l'approbation des juges mais avec un tempérament qui n'existait pas initialement, à savoir que la contribution perçue par chaque comité d'établissement ne doit pas être inférieure à la contribution qui aurait été perçue si la répartition avait été opérée par application du taux légal précité à la masse salariale de chaque établissement. Sous cette réserve, le critère de l'effectif sort donc encore une fois victorieux de sa confrontation avec une autre approche étrangère à cette logique quantitative et le fait par le truchement du droit conventionnel dont on aurait pu penser qu'il se serait émancipé d'un pareil retour à ce qui est devenu un réflexe du législateur souvent pour le pire, c'est-à-dire assurer la satisfaction du plus grand nombre.

**Le statut protecteur des représentants du personnel fait toujours parler de lui (cass. Soc. 15 octobre 2015 n° 14-15995 et cass. Soc. 12 novembre 2015 n° 14-16369)**

La première décision revient sur un classique : celui de la protection du salarié demandeur d'élections. Cette protection, qui court seulement à compter de l'envoi à l'employeur d'une lettre recommandée par laquelle une organisation syndicale a, la première, demandé ou accepté qu'il soit procédé aux élections, impose donc que la demande du salarié soit elle-même soutenue ou relayée par un syndicat (C. trav. Art. L 2411-6). La Cour de cassation rappelle la teneur de ce texte par un moyen relevé d'office et elle en profite pour apporter une précision qui ne figure pas expressément dans la règle légale, à savoir que le syndicat qui soutient la demande d'élection doit être habilité à négocier le protocole préélectoral et à présenter des candidats dès le premier tour. Si le syndicat ne remplit pas ces conditions, la protection n'est pas applicable au salarié. L'espèce jugée illustre cette défaillance car, si la demande avait été relayée le même jour, par un courriel syndical, l'organisation concernée venait seulement de déposer ses statuts en mairie et ne justifiait donc pas de la condition d'ancienneté de deux ans lui permettant de participer à la négociation du protocole ainsi que de présenter des candidats dès le premier tour. Par suite, la rupture ultérieure du contrat de travail n'avait pas à faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès de l'inspection du travail.

C'est à l'autre extrémité du statut que se situe le second arrêt analysé, qui précise, pour la première fois semble-t-il, que le salarié protégé dont la prise d'acte est jugée justifiée a droit à l'indemnisation pour violation du statut protecteur, quand bien même l'inspecteur du travail saisi antérieurement à la prise d'acte aurait autorisé le licenciement ultérieurement. On rappellera que lorsqu'elle émane d'un salarié protégé, la prise d'acte justifiée (et seulement elle !) produit les effets d'un licenciement non pas seulement illégitime, comme pour les autres salariés, mais nul en raison de l'absence d'autorisation administrative. On a beaucoup glissé sur cette solution qui aboutit de façon étonnante à laisser le salarié protégé maître de la situation en déclenchant une sanction civile qui ne peut jamais trouver de parade coté employeur puisque par définition, celui-ci ne voulait pas se séparer de l'intéressé et n'a donc formulé aucune demande à l'administration. Quoiqu'il en soit, comme le montre la présente espèce, l'enjeu concret est ici le bénéfice de l'indemnité spéciale correspondant aux salaires restant à courir jusqu'à la fin du mandat. La précision apportée par la Cour est que cette indemnité doit être maintenue, y compris lorsqu'une autorisation administrative de licenciement a été délivrée à l'employeur peu après la prise d'acte. On prendra l'exacte mesure de la volonté du juge social de donner pleine portée au régime indemnitaire de la prise d'acte y compris lorsqu'elle concerne un salarié protégé en rapprochant la solution commentée d'une jurisprudence parallèle, aux termes de laquelle, lorsque la prise d'acte justifiée est intervenue après la délivrance de l'autorisation administrative de licenciement et avant même que l'employeur ait eu le temps de notifier le licenciement (Cass. Soc. 12 mars 2014 n° 12-20108), le salarié protégé conserve le bénéfice de l'indemnité pour violation du statut protecteur.



## PUBLICATIONS DU CABINET

**A. Coeuret** - "*De quelques arrêts sur l'UES*" - Semaine Sociale Lamy 2015 n° 1694

**A. Coeuret** - "Portée et limite de l'effet exonératoire de la délégation de pouvoirs" - JCPS 2016 n°1026

---

## CONTACTS

**BAUDOUIN  
DE MOUCHERON**  
moucheron@gide.com

**AURELIEN BOULANGER**  
boulanger@gide.com

**DAVID JONIN**  
jonin@gide.com

**FOULQUES DE ROSTOLAN**  
rostolan@gide.com

**FRANÇOIS VERGNE**  
f.vergne@gide.com

**GUILLAUME NAVARRO**  
navarro@gide.com

**ALAIN COEURET**  
alain.coeuret@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : [gide.com](http://gide.com)

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication ([privacy@gide.com](mailto:privacy@gide.com)).