

## LE CHANGEMENT DANS LES CONDITIONS DE TRAVAIL : UN ESPACE DE GESTION SANCTUARISE ?

### SOMMAIRE

Editorial .....	Page 1
Jurisprudence.....	Page 4
• Relations individuelles du travail.....	Page 4
• Relations collectives de travail.....	Page 5
Publications du cabinet .....	Page 10

### éditorial

Alain Coeuret  
Of Counsel

S'il est une question qui angoisse les étudiants à l'oral de droit du travail, mais souvent aussi les employeurs, c'est celle de la définition de ce qu'il faut entendre par modification unilatérale du contrat de travail. Comment peut-on envisager une telle modification unilatérale en cours d'exécution de la relation contractuelle sans devoir immédiatement la considérer comme juridiquement inopérante parce que contraire aux principes de la force obligatoire des contrats entre les parties qui l'ont conclue et d'immutabilité des conditions qui y sont énoncées ?

Pourtant, le juge social tient depuis longtemps un discours différent, qui a consisté à distinguer les modifications substantielles du contrat de travail de celles qui ne sont qu'accessoire, seules les premières nécessitant l'accord du salarié concerné, les autres pouvant, de façon beaucoup plus originale, être imposées par l'employeur au nom de son pouvoir de direction pour servir l'intérêt de l'entreprise.

Il y a quelques années, cette première jurisprudence a donné lieu à rectification dans le sens d'une plus grande objectivation de la qualification opérée par les juges du fond. En particulier, depuis le célèbre arrêt Raquin, il a été posé que le contrat de travail était modifié et que l'accord du salarié s'imposait lorsque la décision de l'employeur aboutissait à transformer un élément essentiel de la convention comme par exemple la rémunération ou même le temps de travail.

Toutefois, de façon paradoxale, cet effort de clarification s'est montré impuissant à préciser les contours de ce qui ne relève pas d'une modification contractuelle et que la jurisprudence désigne sous l'expression de : « simple changement dans les conditions de travail ». S'agissant notamment des horaires de travail, matière particulièrement rétive à un tel classement, les hésitations du juge demeurent grandes quant à la question de savoir s'ils peuvent ou non être librement adaptés par l'employeur et constituer un espace de gestion à l'abri d'une remise en cause devant le CPH. L'observateur est frappé par la variété des solutions adoptées au fil des espèces, lesquelles forment un vaste puzzle aux pièces sans cesse brassées, le tout bien peu conforme aux exigences de prévisibilité et de sécurité juridique qui sont censées dominer notre droit.

Il est certes affirmé que l'instauration d'une nouvelle répartition des horaires de travail constitue un simple changement des conditions de travail, s'imposant par conséquent au salarié (en ce sens voir encore cass. soc. 3 novembre 2011 n° 14702) et ce, même si cette nouvelle répartition s'accompagne de la suppression d'une prime compensant les sujétions liées à l'ancien horaire, à moins que cette prime n'ait été contractualisée (cass. soc. 9 avril 2015 n° 13-27624). Dans le même sens, la Cour de cassation a récemment jugé que le retrait d'une heure de travail de nuit et l'ajout d'une heure de jour est un simple changement des conditions de travail bien qu'il se soit accompagné de la perte du bénéfice de la compensation pour heure de nuit accordée par accord collectif (cass. soc. 30 mai 2012 n° 11-10087).

Cependant, de telles solutions qui se veulent rassurantes pour les décideurs d'entreprises, sont prises en étau par des jurisprudences qui requalifient le simple changement en modification du contrat de travail toutes les fois que le juge saisi estime que la décision patronale, soit comporte une réorganisation complète de la répartition et du rythme de travail, soit porte une atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos.

La première exception n'a cessé d'élargir son emprise depuis qu'elle fut admise pour la première fois (cass. soc. 10 mai 1999 n° 96-45852). Du reste, au critère initial de la réorganisation complète de la répartition du travail, s'est ajouté celui du rythme de travail (cass. soc. 25 avril 2011 n° 99-41836) pour produire les mêmes effets.

Il faut donc scruter une à une ces décisions judiciaires pour tenter de savoir en quoi consiste exactement l'un ou l'autre de ces critères. La lecture d'un arrêt du 14 novembre 2012 (n° 11-21240) nous apprend par exemple que lorsque l'employeur (en l'occurrence une clinique) remplace les périodes de garde de 24 heures par des périodes deux fois plus nombreuses de 12 heures avec alternance d'horaires de jour et de nuit, une telle mesure ne peut être imposée sans l'accord des salariés, peu important les justifications invoquées par la direction. Certes, on admettra aisément que l'impact d'un tel changement puisse être important pour les salariés concernés, encore que, pour affirmer cette importance, le juge se contente d'un mode de raisonnement purement déductif, somme toute assez abstrait, qui ne livre guère de clefs pour anticiper sur la suite.

On croit tenir un indice plus ferme du simple changement des conditions de travail en matière d'horaires de travail en constatant qu'avec une certaine régularité la jurisprudence écarte la qualification de modification contractuelle lorsque la mesure prise par l'employeur n'est que temporaire (cass. soc. 3 février 2010 n° 08-41412 ; soc. 3 mai 2012 n° 11-10143).

Des arrêts plus récents montrent néanmoins qu'il ne faut accorder à cette réserve qu'un crédit limité. Ainsi, dans l'affaire tranchée le 18 septembre 2013 (n° 12-18065), par la chambre sociale de la Cour de cassation, où un salarié, dessinateur industriel, fut licencié pour faute grave parce qu'il avait refusé de se conformer aux nouveaux horaires applicables au sein du bureau d'études dont il dépendait : pour dire qu'il y avait en réalité modification contractuelle et par conséquent dire le licenciement infondé, les juges ont essentiellement considéré

l'importance de la mesure en elle-même (passage partiel d'un horaire de jour à un horaire de nuit ainsi que passage d'un horaire fixe à un horaire variable par cycle) allant jusqu'à indiquer explicitement dans leur décision que, même s'il était avéré, le caractère temporaire de la mesure aurait importé peu.

On imagine la perplexité d'un DRH face à de telles solutions dont on voit qu'elles ne sont que très partiellement inspirées par la prise en compte du fonctionnement de l'entreprise, ne serait-ce qu'en raison de la nécessité où son chef va se trouver, s'il estime que le changement s'impose en termes de gestion, de solliciter l'accord de chacun des salariés concernés pour œuvrer ensuite à une traduction formelle par avenant à leurs contrats de travail. S'il y parvient, disposera-t-il pour autant à l'avenir d'une directive jurisprudentielle plus claire pour évaluer les conséquences juridiques de changements qu'il souhaiterait introduire dans ce même domaine ? Rien n'est moins sûr car la formule employée par l'arrêt précité reste sibylline : « si un simple changement d'horaire n'est pas, en principe, une modification du contrat de travail, il peut néanmoins caractériser une telle modification ... dès lors qu'il entraîne un bouleversement de l'économie du contrat ».

La consultation des bons auteurs nous apprend que cette auguste notion « d'économie du contrat » n'est en réalité qu'un standard entre les mains du juge et, partant, « un outil de reconstruction de la matière en litige ». En d'autres termes, elle s'offre à l'appréciation de celui-là même dont on attendait qu'il la respecte ! Au reste, évoquer l'économie contractuelle c'est tout de même passer un peu vite sur le fait qu'aux termes de l'article L 3122-23 du Code du travail, l'horaire de travail a en principe un caractère collectif qui le rend étranger à la matière des actes juridiques bilatéraux.

Mais c'est peut-être encore d'avantage par la voie de la seconde exception opposée à la qualification de simple changement dans les conditions de travail que toute anticipation gestionnaire paraît aléatoire, à moins qu'on ne se trouve très exactement dans l'hypothèse factuelle (mais malheureusement improbable) d'un précédent déjà rendu. La Cour de cassation retient en effet un second critère, bien plus volatile encore que le premier pour dire qu'il y a modification contractuelle nécessitant l'accord du salarié.

Au visa de l'article L 1221-1 du Code du travail, texte dédié aux libertés et droits fondamentaux du salarié dans l'entreprise, la Cour de cassation censure en effet les juges du fond, qui n'ont pas recherché si le changement d'horaire initié par l'employeur n'était pas de nature à porter une atteinte excessive au droit des salariés concernés, au respect de leur vie personnelle et familiale ainsi qu'à leur droit au repos. Et si, au terme de ces investigations dont l'effectivité sera étroitement contrôlée par la Haute juridiction, le risque d'atteinte est avéré, alors aucun « passage en force » n'est possible, l'employeur sera tenu de solliciter l'accord des salariés pour pouvoir anticiper un éventuel refus et prendre, s'il le peut, une mesure alternative, sans quoi il porterait la responsabilité d'une rupture contractuelle illégitime.

Qu'ici comme ailleurs le juge veille à la « moralisation » des rapports contractuels n'est pas le plus choquant et, de toute façon, se trouve porté par l'air du temps. De longue date en droit continental, des notions régulatrices telles que l'abus de droit ou la bonne foi ont permis une telle police. Ce qui est plus étonnant et plus déstabilisant pour un décideur d'entreprise, c'est de prendre conscience que désormais, à n'importe quel moment, la vie privée de ses salariés - ou de certains d'entre eux - peut faire irruption dans sa gestion, y créer des rigidités et des turbulences, sans qu'il puisse savoir avec un minimum de certitude si le juge discernera dans la mesure qu'il entend prendre une « atteinte excessive » aboutissant à paralyser son pouvoir de direction par l'interdiction de toute décision unilatérale.

## JURISPRUDENCE

### Relations Individuelles du Travail

#### **Licenciement pour motif économique : la question du périmètre (cass. soc. 11 février 2015 n° 13-23573)**

Dans une chronique plus spécialement dédiée au droit des groupes, cet arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation apporte une modeste mais intéressante contribution à la définition du cadre à l'intérieur duquel doit être appréciée par le juge la façon dont l'employeur s'acquitte de son obligation de reclassement à l'égard des salariés licenciés pour ce motif. En l'espèce, l'employée d'une mutuelle, licenciée pour motif économique, avait saisi la juridiction prud'homale, pour que celle-ci relève un défaut de cause réelle et sérieuse en raison de l'absence de toute recherche d'un emploi disponible dans les autres mutuelles adhérentes à la Fédération nationale de la Mutualité Française. Après les premiers juges, la cour d'appel avait fait droit à sa demande, estimant que l'employeur n'avait pas accompli loyalement son obligation de reclassement à l'échelle du périmètre imposé par la loi. Mais la cassation est encourue au motif que : « l'adhésion d'une mutuelle de santé à une fédération nationale n'entraîne pas en soi la constitution d'un groupe au sens des dispositions de l'article L 1233-4 du Code du travail ». Il résulte en effet de ce texte que la recherche des possibilités de reclassement doit être opérée dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel appartient l'entreprise qui envisage de licencier.

Appliquée à des périmètres variables ne constituant éventuellement qu'un « sous-groupe », le « groupe de reclassement » suppose qu'il existe entre les entités concernées des possibilités de permutation. La Haute juridiction a ainsi eu l'occasion de préciser que le périmètre à retenir pour apprécier la réalité du reclassement « s'entend de l'ensemble formé par les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent la permutation de tout ou partie du personnel » (cass. soc. 31 janvier 2001 n° 98-43897). C'est la raison pour laquelle, nous semble-t-il, l'arrêt insiste sur l'absence de possibilités concrètes de reclassement dans une telle configuration où la mutuelle employeur demeurerait une entité autonome et indépendante dans son organisation nonobstant son adhésion à la Fédération nationale. Elle reproche en effet aux juges du fond de ne pas avoir précisé en quoi les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation des différentes mutuelles adhérentes à la Fédération nationale leur permettaient d'effectuer la permutation du tout ou partie du personnel. Mais, pourquoi articuler un tel reproche s'il suffit de constater que le reclassement s'apprécie dans le groupe au sens de l'article L 2331-1 du Code du travail pour exclure toute extension du reclassement à d'autres entités ? La présente décision laisse donc entendre qu'en égard à la nature juridique de l'entité employeur la discussion n'est pas fermée et qu'éventuellement, un « groupe de reclassement » peut se faire jour hors le groupe de sociétés stricto sensu? (voir déjà cass. soc. 23 mai 1995 n° 93-46142 pour l'inclusion d'une association employeur dans le périmètre de reclassement formée par ailleurs d'entreprises à but lucratif).

#### **Rupture conventionnelle : le vent en poupe (cass. Soc 25 mars 2015 n° 14-10149 et n° 13-23368)**

Mode de rupture du troisième type, la rupture conventionnelle va bon train et peut désormais sortir victorieuse d'une confrontation avec certains tabous du droit du travail français. C'est ce qu'illustre le premier arrêt ici analysé, énonçant que : « sauf en cas de fraude ou de vice du consentement, une rupture conventionnelle peut être valablement conclue en application de l'article L 1237-11 du Code du travail au cours des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles la salariée a droit au titre de son congé de maternité ainsi que pendant les 4 semaines suivant l'expiration de ces périodes ».

Ainsi, dans cette hypothèse, la rupture conventionnelle homologuée peut-elle conduire à une cessation du contrat de travail à durée indéterminée que le licenciement lui-même serait impuissant à fonder puisque la législation protectrice de la maternité interdit à l'employeur de rompre le contrat lorsque la salariée est en état de grossesse ainsi que pendant toute la durée du congé maternité et les 4 semaines qui suivent la fin de ce dernier.

L'administration était d'un avis contraire (Circ. DRT du 17 mars 2009) considérant que l'article L 1225-4 s'applique à toute rupture initiée par l'employeur. Mais les circulaires n'ont pas force de loi et pas même valeur d'interprétation infaillible d'une disposition légale, surtout face à une jurisprudence persistante. Il faut se rappeler en effet que les règles relatives à la maternité ne constituent pas le seul statut protecteur contre le licenciement et les mesures assimilées. Or, en 2014 la Cour de cassation avait déjà permis qu'une rupture conventionnelle puisse être signée durant une suspension de contrat de travail consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, alors même que les dispositions légales interdisent également dans ce cas à l'employeur de prendre l'initiative de la rupture au cours de cette période de protection (cass. soc. 30 septembre 2014 n° 13-16297).

Le second arrêt du même jour traduit d'une autre façon la faveur accordée à la rupture conventionnelle par la Cour de cassation puisque, par un attendu de principe, il énonce qu'il résulte tant de l'application du Code civil (art. 2044) que de celle du Code du travail (art. L 1237-11, L 1237-13 et L 1237-14) qu'un salarié et un employeur qui ont signé une telle convention ne peuvent valablement conclure une transaction d'une part, que si celle-ci intervient postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative, d'autre part, qui si elle a pour objet de régler un différend relatif non pas à la rupture du contrat de travail elle-même mais à son exécution, sur des éléments non compris dans la convention de rupture.

Cette solution est à mettre en perspective avec une jurisprudence qui, tout en admettant la signature post-rupture d'une transaction, on réduit fortement l'utilité puisqu'elle exclut qu'il soit transigé sur le principe même de la rupture ou sur un élément compris dans la convention homologuée (cass. soc. 26 mars 2014 n° 12-21136). Associée à l'idée que le recours juridictionnel prévu à l'article L 1237-4 du Code du travail ne doit pas être vidé de sa substance, la solution aboutit à restreindre à l'extrême le champ du contrat de transaction, lequel ne peut plus traiter que de ce qui n'est déjà pas visé dans la convention homologuée, c'est-à-dire, par définition, autre chose que ce qui a trait à la rupture du contrat de travail, sous peine d'encourir la nullité, celle-ci étant d'ailleurs invocable aussi bien par le salarié que par l'employeur, ce qui présente d'ailleurs l'intérêt pour ce dernier de pouvoir se libérer du paiement de la part d'indemnité transactionnelle supérieure à l'indemnité de rupture conventionnelle.

## Relations Collectives de Travail

### **Transfert d'entreprise et mandat syndical (cass. soc. 15 avril 2015 n° 14-18653)**

Du sort du contrat de travail en cas de changement dans la personne de l'employeur (ce qu'on appelle désormais le transfert d'entreprise sous l'influence du vocabulaire européen) tout ou presque semble avoir été dit. Mais, dès que l'on considère l'aspect collectif de l'opération et plus spécialement, le sort des IRP en pareille occurrence, les lacunes du droit du travail s'accroissent et la discontinuité des droits déjà en place n'est plus théorique. En l'espèce, deux sociétés avaient, dans le cadre d'une fusion-absorption, été transférés à une troisième. Mais, avant même que de nouvelles élections soient organisées dans cette nouvelle entité, un syndicat représentatif désigna en qualité de délégués syndicaux deux salariés qui avaient obtenu chacun plus de 10 % des suffrages exprimés dans leur société d'origine.

L'employeur avait obtenu du tribunal d'instance l'annulation de ces désignations au motif que, lors des précédentes élections, le syndicat avait présenté des candidats qui avaient recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au 1er tour. Le juge avait estimé en effet qu'en application de la règle figurant à l'article L 2143-3 (2e al.) du Code du travail, priorité devait être donnée à ces candidats pour occuper les mandats syndicaux, puisqu'aux termes de ce texte, ce n'est que si le syndicat n'a pas ou plus de candidats remplissant la condition d'audience que le DS peut être choisi parmi les autres candidats, ou à défaut, parmi les adhérents. Bien que reprenant ce raisonnement à la lettre, le jugement a toutefois été annulé car les perturbations de la représentativité syndicale entraînées par une restructuration doivent avoir le moins possible de répercussion sur la situation des salariés transférés, ce qui conduit concrètement à prévoir que dans l'entreprise d'accueil un syndicat représentatif qui y a présenté des candidats lors des dernières élections précédant le transfert peut désigner comme délégué syndical un salarié de l'entreprise transférée qui ne justifie pas de la condition d'audience de 10 % dans ce nouveau cadre .

La solution avait déjà été affirmée par un arrêt de la même chambre du 19 février 2014 (n° 13-20354) l'apport du présent arrêt (plus modeste) consistant à préciser qu'il importe peu que le syndicat auteur de la désignation contestée dispose par ailleurs de candidats ayant obtenu le score personnel de 10 % lors des dernières élections, ces derniers n'ayant pas la priorité.

La condition incontournable pour que cette solution de continuité se déclenche est donc que l'organisation professionnelle ait présenté des candidats lors des dernières élections au sein de l'entreprise d'accueil. Ensuite, et seulement pour la durée du cycle électoral en cours au moment du transfert, il pourra nommer comme DS dans cette entreprise un salarié de l'entité transférée, même si celui-ci ne justifie pas d'un score de 10 % dans l'entreprise où il vient d'être désigné.

On aurait tort de penser que cette mise à l'écart des règles habituelles de désignation des représentants syndicaux est sortie « tout armée » du cerveau des juges. En vérité, on tient là une illustration de l'influence qu'exerce sur notre droit national le droit social européen et plus particulièrement de la « Directive transfert » du 12 mars 2001 dont l'article 6 dispose : « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les travailleurs transférés qui étaient représentés avant le transfert continuent à être convenablement représentés durant la période nécessaire à une nouvelle formation ou désignation de la représentation des travailleurs ». Dans cet esprit, le maintien de mandats syndicaux au profit de membres du personnel de l'entité transférée fonctionne comme une roue à cliquet interdisant tout retour en arrière par rapport à ce qui était acquis dans cette entité au seuil de la restructuration.

**Comités d'entreprise et syndicat professionnel : concurrences et différences entre les rôles procéduraux (cass. soc. 19 novembre 2014 n° 13-23899 ; soc 16 décembre 2014 n° 13-22308)**

Durant la période qui fait l'objet de cette chronique, la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts qui intéressent l'exercice des actions en justice par les comités d'entreprise et les syndicats professionnels. S'agissant des premiers, la tendance de la jurisprudence est toujours restrictive. Non seulement le comité ne peut se prévaloir d'un intérêt autre que le sien propre pour agir devant les juridictions civiles ou pénales compétentes mais, comme le montre l'arrêt du 19 novembre 2014 qui a eu les honneurs du Rapport annuel de la Cour de cassation, il ne peut pas davantage intenter une action contre un employeur dans le but d'obtenir l'exécution des engagements de ce dernier résultant de la convention collective applicable à l'entreprise. Cette action est réservée aux organisations syndicales qui ont le pouvoir de conclure une convention ou un accord collectif de travail. Il n'a donc servi à rien dans cette affaire de soutenir que le refus de l'employeur d'appliquer un accord collectif était de nature à affecter les conditions d'emploi et de travail de ses ressortissants, comme les droits qu'il tient lui-même de la convention collective.

En revanche, la faveur est de mise pour l'action syndicale, à commencer par celle fondée sur l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession dans les termes très généraux du fameux article L 2132-3 du Code du travail, ce, y compris lorsque, comme en l'espèce, il est demandé à la juridiction saisie du litige de statuer sur le versement aux salariés individuels, de sommes dues en vertu de la Convention collective applicable. Même en cette circonstance, il y a donc encore une place dans le prétoire pour le syndicat du moment que l'action exercée par celui-ci ne tend pas directement au paiement de sommes déterminées à des personnes nommément désignées, l'intérêt collectif ne pouvant pas, dans le cas contraire, être caractérisé (V. déjà cass. soc. 20 juin 1990 n° 88-12516).

En revanche, dans le second arrêt analysé, c'est à une déclaration d'irrecevabilité que s'est limité le syndicat qui pourtant invoquait cette même atteinte à l'intérêt collectif de la profession dont il a mission, et lui seul, d'assurer la défense. En l'occurrence le comité d'entreprise se trouvait dans la posture de la victime directe suite à un défaut d'information/consultation dans une hypothèse où l'employeur y était légalement tenu. Un syndicat ayant saisi le Tribunal de grande instance pour qu'il soit ordonné à l'employeur, sous astreinte, de communiquer au comité les informations requises, la Cour de cassation, contrairement aux juges du fond, déclare cette action irrecevable au motif que les documents exigés de l'employeur étaient destinés au comité d'entreprise (et non au syndicat) lequel comité n'en avait pas sollicité la communication et ne s'était pas associé à la demande du syndicat. Par conséquent, on touche ici à une (rare) limite de l'action syndicale fondée sur la défense de l'intérêt collectif de la profession. Pourtant, il semblait aux termes d'un précédent arrêt (cass. soc. 24 juin 2008 n° 07-11411) que le syndicat soit autorisé à demander de façon autonome la suspension d'une mesure patronale tant que le comité n'aura pas été informé et consulté et cela, sans que l'institution représentative ait nécessairement à se joindre à l'action ou forme une demande en ce sens.

La décision commentée paraît donc moins généreuse pour l'organisation syndicale, ce qui rejoint la position adoptée par un arrêt plus récent où le syndicat n'est pas déclaré recevable à agir en vue de la communication « à son profit » d'un document qui aurait dû être remis au comité et que celui-ci n'a pas jugé utile de réclamer (cass. soc. 11 septembre 2012 n° 11-22014). Toutefois, on observera que, dans l'affaire tranchée le 16 décembre 2014, cet élément d'appropriation des documents par le syndicat n'existait pas ce qui oblige à y voir une solution plus rigoureuse pour ce dernier que celle de 2012, et peut être, finalement, l'expression d'une volonté des juges de placer à l'avenir le Comité d'entreprise dans une position de moindre dépendance vis à vis du syndicat en le laissant libre de choisir les documents qui sont nécessaires à la prise d'une délibération éclairée.

#### **Statut protecteur et contrat de travail : un conflit de logiques ? (Cons. Et. 27 mars 2015 n° 371174 et 368855)**

Les arrêts analysés donnent l'occasion de revenir sur une solution assez rare dans la pratique et, pour cette raison sans doute relativement mal connue, qui consiste à admettre, de façon exceptionnelle, que le comportement d'un salarié titulaire d'un mandat élu ou syndical puisse, à raison même de l'exercice des fonctions représentatives, fonder à son encontre un licenciement disciplinaire qui sera autorisé par l'administration du travail. La première affaire concernait un salarié désigné délégué syndical et représentant syndical au CHSCT, qui, lors d'une suspension de séance de ce Comité, avait assené un violent coup de tête à un autre salarié, lui occasionnant une fracture et une incapacité temporaire de travail de 30 jours. Quant à la seconde affaire, elle concernait une déléguée du personnel et déléguée syndicale qui avait profité de ses heures de délégation pour exercer une activité salariée au sein d'une autre entreprise.

Dans les deux cas, le juge administratif a approuvé le licenciement, écartant l'argument pris de ce que le licenciement d'un salarié protégé ne peut être motivé par des agissements commis à l'occasion de l'exercice du mandat, au cours d'une période durant laquelle le salarié en question n'est plus sous la subordination de son employeur.

Pourtant, dans la seconde affaire, la critique paraissait davantage fondée ainsi que l'avait admis la Cour administrative d'appel dont l'arrêt fut censuré, sur ce point, la salariée concernée arguait de ce que les faits, commis au cours d'heures de délégation, donc en dehors de l'exécution du contrat de travail, ne pouvaient motiver un licenciement pour faute. C'était sans compter sur la plasticité du contrat de travail, lequel contient à la charge de chaque salarié, non seulement l'obligation principale de fournir le travail convenu mais également des obligations accessoires d'une portée certaine puisqu'elles postulent l'engagement de ne pas porter atteinte dans l'enceinte de l'entreprise à la sécurité d'autres membres du personnel, objectif à l'évidence non réalisé dans la première affaire, ainsi que l'engagement, sans doute plus subtil dans ses contours, de ne pas méconnaître la loyauté sans laquelle aucune collaboration efficace ne peut plus être escomptée par l'employeur (seconde affaire).

A l'occasion de l'exercice des mandats d'organisation syndicale, le pouvoir disciplinaire dont est investi l'employeur peut donc retrouver une certaine efficacité dans la mesure où le comportement du salarié protégé traduit la méconnaissance d'une obligation découlant de son contrat de travail. S'il peut en aller ainsi c'est qu'en droit du travail français, toute fonction de représentation des salariés dans l'entreprise ou le groupe nécessite la qualité actuelle de salarié dans le même périmètre. Or, comme le montrent ces deux espèces, on ne peut éliminer une certaine « porosité » de la frontière entre le contrat de travail et le mandat et c'est alors le contrat qui l'emporte. Mais, pour les employeurs, la voie disciplinaire est étroite, avant d'être empruntée, une réflexion s'impose sur la réalité du lien entre le comportement imputé à faute et le contenu du contrat de travail de l'intéressé. On doit garder à l'esprit qu'en effet cela ne pourrait conduire à remettre en cause la façon dont le salarié protégé choisi d'exercer les fonctions dont il a été investi par les salariés ou son syndicat (en ce sens cass. soc. 30 juin 2010, n° 09-66792).

#### **Assistance des DP et pluralisme syndical (cass. soc. 28 janvier 2015 n° 13-24242)**

A partir d'une règle dont l'origine est antérieure aux lois Auroux de 1982, la chambre sociale de la Cour de cassation dégage une solution, que l'on pense inédite, qui concerne les rapports de collaboration susceptibles de s'instaurer entre représentation syndicales et représentation élue. En effet, selon l'alinéa 2 de l'article L 2315-10 du Code du travail, les délégués du personnel peuvent, sur leur demande, se faire assister d'un représentant d'une organisation syndicale présente dans l'entreprise. La question qui se posait en l'espèce était de savoir si cette solution légale postule la présence d'un seul représentant d'une organisation syndicale aux réunions. La Cour de cassation répond par la négative en évoquant plus précisément les réunions prévues à l'article L 2315-8 du Code du travail. Dans la mise en œuvre de cette règle d'assistance qui concerne par conséquent d'abord les réunions mensuelles avec l'employeur, c'est le pluralisme syndical qui l'emporte, ce qui conduit l'arrêt à préciser que la délégation élue du personnel peut exiger la présence d'un représentant syndical par confédération présente dans l'entreprise ou l'établissement au sein duquel lesdites réunions ont lieu. On remarquera au passage que la circulaire d'application de la loi du 28 octobre 1982 (Cir. DOL n° 5 du 28 juin 1984) évoquait déjà l'hypothèse tout en apportant une réponse quelque peu différente de celle qui vient d'être dégagée par la chambre sociale, puisqu'elle énonçait (point 3-1) que : « sur demande des délégués, il pourra être fait appel à « un » salarié de l'entreprise qui pourra d'ailleurs être délégué syndical ou une personne extérieure à l'entreprise, habilitée à cet effet comme par exemple un membre de l'Union locale ou départementale d'un syndicat ».

La sanction du non-respect de cette faculté d'assistance n'est pas mince, c'est le délit d'entrave, dès lors que l'auteur des faits a agi de façon consciente. Toutefois, à la lecture d'un arrêt de la chambre criminelle du 7 février 1979 (n° 77-93899), on est troublé de constater que, pour le juge répressif, l'interprétation de la règle légale conduirait plutôt à n'admettre que la présence d'un seul syndicaliste, comme le montre ce passage de l'arrêt : « Attendu qu'aux termes de l'article L 420-90 du Code du travail, les délégués du personnel, quand ils sont reçus par les chefs d'établissements ou leurs représentants, peuvent, sur leur demande, se faire assister d'un représentant du syndicat de leur profession ».

**Désignation des délégués syndicaux (cass. soc. 16 décembre 2014 n° 13-15081 et 18 mars 2015 n° 14-16526)**

L'annulation d'une telle désignation par le Tribunal d'instance, compétent en la matière, n'a pas d'effet rétroactif sur le statut protecteur, ce quel qu'en soit le motif. Aussi bien, dès lors que le salarié a été licencié sans autorisation administrative et qu'à cette date sa désignation n'a pas été annulée par le Tribunal d'instance, le licenciement doit être considéré comme ayant été prononcé en violation de ce statut. Telle est l'affirmation dont est porteur le premier arrêt analysé, qui par là, ne fait que réitérer une solution déjà énoncée à plusieurs reprises (cass. soc. 28 février 2007 n° 05-42553 ; soc. 8 juin 2011 n° 10-11933) son apport spécifique étant par conséquent de préciser qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon le motif d'annulation de la désignation, tout licenciement prononcé contrairement au jugement d'annulation devant être soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail, à peine de nullité de ce licenciement, et ce quand bien même l'une des conditions substantielles de validité du mandat aurait fait défaut dès l'origine.

Sur le plan pratique, la précision est d'importance car même si l'employeur est en possession d'éléments rendant quasi certaine l'annulation ultérieure de la désignation, il ne doit en aucune manière anticiper sur la solution qu'adoptera le tribunal.

De moindre ampleur mais intéressant sur une hypothèse qui ira en se multipliant apparaît la décision rendue le 18 mars 2015 où la Cour de cassation fait, pour la première fois, application des dispositions de la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale lesquelles ont déconnecté le périmètre de désignation des délégués syndicaux de celui du comité d'entreprise ou d'établissement en revenant à une solution jurisprudentielle qui avait été celle de la chambre sociale de la Cour de cassation avant qu'elle ne revire sur le sujet.

Le législateur de 2014 a introduit à l'article L 2143-3 al. 4 du Code du travail, la règle selon laquelle un délégué syndical peut être désigné « au sein d'un établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques ». Cette nouvelle règle légale a pour objectif semble-t-il de revivifier l'impératif de proximité entre les titulaires d'un tel mandat et les salariés dont ils représentent les intérêts professionnels.

Ceci aboutit en l'espèce à valider la désignation d'un DS dans un établissement de moins de 50 salariés mais doté d'un comité conventionnel (dans une entreprise dépassant ce seuil). Contrairement à ce que prétendait l'employeur, la désignation était possible précisément parce que l'établissement dans le cadre duquel elle était intervenue correspondait nécessairement à la définition légale précitée du fait de la mise en place d'un comité conventionnel.

Ainsi, qui veut avantager la représentation élue par voie d'accord collectif peut indirectement ouvrir la porte à une représentation syndicale d'établissement par l'effet d'un mimétisme juridique entre institutions représentatives, le périmètre de l'un s'induisant nécessairement de la présence de l'autre. Il est évident néanmoins que le principal objectif de la modification législative précitées est d'aller au-delà de la solution relative à la présente espèce et de favoriser à nouveau, comme la Cour de cassation l'avait fait naguère, une déconcentration de l'institution syndicale.

## PUBLICATIONS DU CABINET

- **Alain Coeuret**, *A propos de deux arrêts sur l'UES*, SSL 2015 (A paraître)

---

### CONTACTS

**BAUDOIN 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)).