



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

DROIT DU TRAVAIL JANVIER 2009-AVRIL 2009

SOUS LA DIRECTION DE JEAN PÉLISSIER; MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES, THÉRÈSE
AUBERT, ISABELLE DESBARATS, BERNADETTE LARDY-PÉLISSIER, BRIGITTE REYNÈS

Référence de publication : Recueil Dalloz 2009 p.2128

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

La présentation des arrêts rendus par la Cour de cassation au cours des quatre premiers mois de l'année 2009 a été adoptée pour permettre aux lecteurs d'effectuer facilement une mise à jour. Elle présente cependant un inconvénient : celui de ne pas mettre en valeur les thèmes majeurs et transversaux qui alimentent le contentieux. Ceux-ci concernent l'égalité et la non-discrimination, la protection de la personne et les difficultés résultant des liens existants entre sociétés juridiquement distinctes. Le thème de l'égalité est essentiellement abordé sous l'angle de l'égalité salariale (I, A) et la non-discrimination soulevée aussi bien à propos de la désignation de délégués syndicaux (III, B) que du calcul de l'indemnité de licenciement en fonction de l'ancienneté (II, C). La protection des droits de la personne s'exprime par l'affirmation du droit à la santé (I, C) et la nullité des licenciements liés à l'exercice légitime du droit de retrait ou à la relation de faits de harcèlement moral (II, B). La prise en compte de l'existence des groupes et des unités économiques et sociales pour l'application des règles de droit du travail soulève régulièrement des problèmes de délimitation du champ d'application des règles et des pouvoirs respectifs de l'autorité de la société membre du groupe ou de l'UES et de l'autorité dirigeant le groupe ou l'UES (III, A et II, B).

I - EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

A - Egalité salariale

En ce début d'année 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu plusieurs décisions concernant des points essentiels de la construction juridique relative au principe « à travail égal, salaire égal ».

Un arrêt *Radio France* du 21 janvier a tout d'abord précisé le périmètre d'application de la règle d'égalité salariale (**Soc. 21 janv. 2009, n° 07-43.452**, RDT 2009. 321, obs. T. Aubert-Monpeyssen). Remettant en cause sa jurisprudence *Carrefour* du 18 janvier 2006, la Cour de cassation a affirmé « *qu'il ne peut y avoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* ». Cette jurisprudence, qui limite l'autonomie de négociation de l'établissement, a des conséquences pratiques importantes. Elle signifie que ce n'est pas à ce niveau mais à celui de l'entreprise que doit être fixée la rémunération de base. Réduite à une fonction d'ajustement, la négociation d'établissement peut certes prévoir l'attribution de primes, mais à la condition qu'elles soient justifiées « *par des raisons objectives et pertinentes, sur lesquelles le juge (doit) exercer son contrôle* ».

Puis le 4 février, le feuillet juridique concernant les caisses d'assurances maladie s'est enrichi d'un nouvel épisode avec un arrêt *CAF de Paris* qui a fait prévaloir la règle d'égalité salariale sur les dispositions conventionnelles plafonnant l'ancienneté (**Soc. 4 févr. 2009, n° 07-41.406**, D. 2009. AJ. 571 ; 07-41.407, 07-41.408, 07-41.409 et 07-41.410 (FS-P+B+R)). Contrairement à la démarche qu'elle avait suivie dans un arrêt *CRAMIF* du 3 mai 2006 (Soc. 3 mai 2006, n° 03-42.920 P+B+R+I), D. 2006. Pan. 1404, obs. A. Jeammaud, E. Dockès, C. Mathieu-Géniaut, P.-E. Berthier et D. Condemine ; RDT 2006. 108, obs. G. Pignarre), la Cour de cassation remet ici en question la validité du texte conventionnel. Un arrêt *CRAM de Normandie* (Soc. 4 févr. 2009, n° 07-42.215) et un arrêt *CANAM* du même jour (Soc. 4 févr. 2009, n° 07-11.884) reprennent cette solution.

Il est désormais parfaitement clair que les négociateurs ne peuvent s'affranchir de la règle d'égalité salariale et que s'ils gardent la possibilité d'introduire des différences de rémunération, celles-ci doivent remplir les conditions de justification évoquées ci-dessus. Dans le même temps, la Cour de cassation précise la notion de « justification pertinente » d'une différence de rémunération, en écartant comme telles « *les contraintes budgétaires imposées par l'autorité de tutelle* » (Soc. 4 févr. 2009 n° 07-11.884 préc. ; 18 mars 2009 n° 07-43.789, 07-43.790 07-43.792). De telles contraintes ne peuvent pas être répercutées sur certains salariés seulement ; elles ne peuvent

justifier la violation de la règle d'égalité salariale.

Le 27 février suivant, c'est par un arrêt *La Poste* que la Cour de cassation se prononce à nouveau sur cette question (**Cass., ass. plén., 27 févr. 2009, n° 08-40.059**, D. 2009. AJ. 733, obs. L. Perrin ; AJDA 2009. 950 ; RDT 2009. 316, obs. H. Tissandier). Certains agents relevant du droit privé demandaient à voir leurs rémunérations alignées sur celles des agents de droit public. Un précédent arrêt *La Poste* du 11 octobre 2005 avait affirmé que les diverses catégories d'agents de La Poste ne se trouvent pas dans une « *situation identique* », car contrairement aux fonctionnaires avec lesquels ils revendiquent une égalité de traitement, les agents de droit privé voient leur rémunération de base fixée par « *des négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective* » (Soc. 11 oct. 2005, n° 04-43.024), ce qui justifie des différences.

La Cour de cassation reprend cette jurisprudence, mais elle l'affine en établissant une distinction entre la rémunération de base des intéressés et les primes appelées « *compléments Poste* ». Elle souligne que, contrairement à la rémunération de base, les « *compléments Poste* » ne sont pas liés au statut ; ils sont « *fixés par l'employeur sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé* ». Elle en déduit que ces primes doivent être soumises à la règle d'égalité salariale.

Cette jurisprudence illustre avec éclat la vigueur que la Cour de cassation confère au principe « A travail égal, salaire égal » puisque, même dans un cas où des différences dans la rémunération de base sont inévitables, elle considère que l'exception à ce principe doit être entendue de façon restrictive.


Est-il nécessaire de rappeler que la « *différence de statut* » à laquelle se réfère la Cour de cassation pour justifier ces exceptions ne concerne que le statut de droit public ? Elle ne vise pas les différences qui existent entre « statuts » de droit privé. Ayant à se prononcer sur l'égalité de rémunération entre salariés permanents et salariés temporaires, la chambre sociale a, par deux décisions du 4 février 2009, confirmé sa jurisprudence sur cette question (Soc. 15 mai 2007, n° 05-42.893), en affirmant qu'« *une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une*

différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération » (Soc. 4 févr. 2009, n° 07-42.125 et 07-42.126). Le principe « A travail égal, salaire égal » joue, en l'espèce, l'une des ses fonctions premières en permettant de combattre les discriminations salariales dont risqueraient d'être victimes les salariés précaires.

Enfin le 30 avril, par un arrêt *Nobel* destiné à une large diffusion, la chambre sociale censure l'octroi discrétionnaire de primes et bonus variables (Soc. 30 avr. 2009 n° 07-40.527, D. 2009. AJ. 1420, obs. L. Perrin). L'affaire concernait un salarié exerçant les fonctions d'analyste financier, dont la rémunération élevée était, pour une large partie, versée sous forme de prime. Cette prime lui ayant été supprimée, il s'estimait victime d'une discrimination salariale, en comparant sa situation à celle d'autres salariés de la société Nobel. Se fondant sur la règle « A travail égal, salaire égal », il revendiquait un complément de rémunération. La cour d'appel ayant estimé que le « bonus » avait un caractère discrétionnaire, elle en avait conclu qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer cette règle. Sa décision est censurée par la chambre sociale, laquelle affirme, dans un attendu de portée générale, que « *l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier, de façon objective et pertinente, une différence de rémunération* ».

Cette décision s'inscrit dans la logique de plusieurs évolutions concernant les rémunérations variables.

Elle va dans le sens de plusieurs interventions législatives récentes visant à encadrer non seulement les rémunérations de dirigeants, mais certains éléments de rémunérations attribués aux salariés occupant des postes stratégiques (not. L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, dite Loi Breton, art. 8 et n° 2007-1223, 21 août 2007, dite loi TEPA imposant le respect de conditions liées aux « performances du bénéficiaire » et renforçant la publicité de la procédure des conventions réglementées, et le Décr. n° 2008-448, 7 mai 2008). Si la confusion entre ces sommes souvent très élevées et les primes parfois modestes attribuées dans les systèmes de rémunérations variables doit être dissipée, il n'en demeure pas moins vivement souhaitable que tous ces éléments de rémunération obéissent, selon ces divers textes à une règle simple : constituer la contrepartie de l'apport de l'intéressé à l'entreprise.

L'arrêt *Nobel* s'inscrit, enfin, dans la logique des évolutions de la construction jurisprudentielle concernant l'égalité salariale. La Cour de cassation ne s'oppose nullement aux formules de rémunérations variables constituant la contrepartie de l'implication du salarié dans l'entreprise, mais elle exige que les variations présentent des garanties et soient déterminées avec la même transparence que le salaire de base (Soc. 4 juin 2002, Bull. civ. V, n° 190 ; D. 2002. IR. 2102 ). Elle admet également l'octroi d'avantages particuliers à certains salariés, « *à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé, et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables* ».

Par sa formulation générale permettant d'englober les différents éléments variables de rémunérations, la Cour de cassation a entendu donner une portée très large à cet arrêt *Nobel* qui vient couronner les évolutions de la construction juridique.

T. A.

B - La mise à pied conservatoire

Qu'elle ait une finalité répressive ou simplement préventive, la validité de la mise à pied du salarié est aujourd'hui certaine. Cependant, la qualification de la mesure n'est pas anodine car, selon l'objectif poursuivi, le régime juridique applicable diffère. Tout d'abord, la mise à pied conservatoire, contrairement à la suspension du contrat prononcée à titre de sanction, ne prive le salarié de sa rémunération qu'en cas de faute grave. Ensuite, son prononcé n'implique pas le respect de la procédure disciplinaire. Enfin, elle n'épuise pas le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

La qualification de la mesure est donc essentielle et la jurisprudence a dégagé des éléments qui

permettent de distinguer la mesure préventive de la sanction disciplinaire. Ainsi, la mise à pied conservatoire suppose que l'employeur ait expressément informé le salarié de son caractère préventif ; à défaut d'une telle information, la suspension du contrat est présumée disciplinaire (Soc. 25 juin 1986, n° 84-41.606 ; 27 sept. 1984, n° 82-41.346, Bull. civ. V, n° 339). Ou encore, si la mise à pied disciplinaire ne peut être prononcée que dans la limite d'une durée maximale fixée dans le règlement intérieur, la mise à pied conservatoire n'est pas soumise à cette condition. Bien plus, à partir de 2001, la Cour de cassation a clairement énoncé que la mise à pied conservatoire est nécessairement à durée indéterminée ; dès lors la mise à pied prononcée pour un temps déterminé présente un caractère disciplinaire (Soc. 6 nov. 2001, n° 99-43.012, D. 2002. Jur. 1454, note C. Puigelier ; 12 févr. 2003, n° 00-46.433, Dr. soc. 2003. 539, obs. J. Savatier). La Cour de cassation, dans un arrêt du 18 mars 2009 (**Soc. 18 mars 2009, n° 07-44.185**), revient sur ces conditions.

L'espèce concernait un salarié qui avait été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement, assorti d'une mise à pied conservatoire de trois jours, c'est-à-dire jusqu'à la date de l'entretien. Après vérification de ses explications, l'employeur avait procédé, près d'un mois plus tard, à son licenciement pour faute grave. Le salarié contestait la mesure ; pour lui la mise à pied constituait une peine interdisant le prononcé du licenciement pour les mêmes faits.

Reprenant la formule jusque-là consacrée par la chambre sociale de la Cour de cassation, la cour d'appel avait fait droit à sa demande. L'arrêt est censuré : « *La mise à pied prononcée par l'employeur dans l'attente de sa décision dans la procédure de licenciement engagée dans le même temps a un caractère conservatoire* ». La durée déterminée de la mise à pied n'est pas même évoquée dans les motifs de l'arrêt, ce qui laisse penser qu'il ne s'agit plus d'un critère permettant à lui seul de disqualifier une mise à pied conservatoire. Ce qui compte en revanche c'est que la mesure ait été prise dans l'attente de l'issue de la procédure de licenciement « engagée dans le même temps ». Le prononcé de la mise à pied conservatoire - et donc l'information du salarié - doit être concomitant à la lettre déclenchant la procédure de licenciement (déjà en ce sens, Soc. 30 sept. 2004, n° 02-43.638) et elle doit constituer une mesure d'attente permettant d'éviter les décisions précipitées sans compromettre le fonctionnement de l'entreprise.

On notera pour finir qu'il semble que le salarié ait repris son activité au terme des trois jours de mise à pied et travaillé pendant près d'un mois avant la notification de son licenciement. Cet élément n'était-il pas de nature à influencer sur la qualification de la mise à pied ? La Cour de cassation a déjà eu à connaître d'un cas similaire. Elle a alors admis que l'interruption de la mise à pied n'en faisait pas une sanction (Soc. 18 nov. 1992, n° 90-44.362 et n° 90-45.064). Cependant, même si la question n'était pas soulevée, on peut s'interroger sur la qualification de la faute grave invoquée à l'appui du licenciement.

M.-C. A.-L.

C - Etat de santé et inaptitude

1 - Visite de reprise à l'initiative du salarié. Obligation d'information de l'employeur

La visite d'un médecin du travail à l'initiative du salarié peut-elle être qualifiée de « visite de reprise » ? Telle était la question posée lors d'une affaire dans laquelle un salarié s'était rendu - de son propre chef mais sans en informer l'employeur - chez le médecin du travail qui l'avait déclaré inapte dans le cadre de la procédure dite « de danger immédiat », ce qui exclut une double visite (Soc. 4 févr. 2009, n° 07-44.498). Ultérieurement convoqué à un nouveau contrôle médical à l'initiative cette fois de l'employeur, l'intéressé refusa de s'y rendre et de reprendre le travail malgré des demandes réitérées. Il prit acte de la rupture du contrat et saisit le conseil de prud'hommes pour faire qualifier la rupture de licenciement sans cause réelle et sérieuse, au motif que l'employeur avait été informé de l'avis d'inaptitude postérieurement à la première visite et aurait donc dû

procéder à son licenciement à défaut de le reclasser. Condamnant le raisonnement, les juges du fond, puis la Cour de cassation, estimèrent que, faute d'information préalable, la visite provoquée par le salarié ne remplissait pas les conditions posées par les articles R. 4624-21 et R. 4624-22 du code du travail pour être qualifiée de « visite de reprise », avec une conséquence heureuse pour l'employeur : l'absence d'obligation de mettre en oeuvre les mesures liées au constat d'inaptitude. Certes, cette solution n'est pas nouvelle (Soc. 10 mars 1998, Bull. civ. V, n° 133 ; D. 1998. IR. 99), mais seulement précisée puisque l'exigence d'une information préalable reste ici posée, alors même que l'employeur avait été averti des préconisations médicales postérieurement à la première visite. L'analyse suscite l'intérêt car elle conforte le rôle pivot attribué à la fameuse visite de reprise, tout en privilégiant, semble-t-il, une logique de responsabilité partagée des acteurs : à l'employeur, en effet, d'assumer les conséquences déclenchées par un constat d'inaptitude, sous réserve cependant d'être prévenu de la visite de reprise provoquée par le salarié.

2 - Visite de reprise. Obligation de sécurité de l'employeur

Un salarié victime d'un accident du travail qui reprend son activité sans avoir été soumis à la visite obligatoire exigée par l'article R. 4624-21 du code du travail peut-il être ultérieurement licencié pour faute grave en raison d'absences injustifiées, intervenues plusieurs mois après la reprise (**Soc. 25 mars 2009, n° 07-44.408**) ? De façon peu surprenante et alors même que ces absences étaient *a priori* sans rapport avec l'arrêt initial de travail, l'arrêt rendu le 25 mars 2009 a jugé nul un tel licenciement dès lors qu'à défaut de visite de reprise, le contrat de travail était resté suspendu depuis le début de l'arrêt de travail (en ce sens, Soc. 22 oct. 1996, Dr. soc. 1997. 7, obs J. Savatier). Dès lors, et puisque la suspension avait une origine professionnelle, l'employeur ne pouvait licencier le salarié qu'en invoquant une faute grave ou l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie (Soc. 28 févr. 2006, n° 05-41.555, D. 2006. IR. 745, obs. E. Chevrier, et Pan. 2002, obs. J. Péliissier, B. Lardy-Péliissier et B. Reynès ; RDT 2006. 23, obs. B. Lardy-Péliissier). On ne pouvait reprocher au salarié des absences de travail injustifiées et, *a*

fortiori, une faute grave, puisqu'il n'était pas tenu d'être au travail.

A l'évidence, faire preuve de négligence dans l'organisation de la visite de reprise à laquelle le contraint le respect de son obligation de sécurité (Soc. 13 déc. 2006, JCP S 2007. 1579, note F. Dumont) peut donc s'avérer lourd de conséquences pour l'employeur puisqu'il s'expose à l'annulation de la rupture (art. L. 1226-9 et L. 1226-13 c. trav.). Ainsi est-il de son intérêt bien compris d'organiser cette visite de reprise et de conserver tous les documents susceptibles d'en établir la preuve, étant rappelé que - juste compensation de cette contrainte - le comportement du salarié s'opposant à l'examen du médecin du travail constitue une faute grave (Soc. 29 nov. 2006, n° 04-47.302, D. 2007. IR. 86 ; RDT 2007. 167, obs. G. Auzero).

3 - Licenciement pour inaptitude. Avis des délégués du personnel

Trait distinctif du régime juridique de l'inaptitude résultant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, l'obligation patronale de consulter les délégués du personnel est entendue strictement (**Soc. 8 avr. 2009, n° 07-44.307**). Ainsi, l'employeur ne peut-il s'y soustraire en raison de l'absence de délégués du personnel si un constat de carence n'a pas été établi (Soc. 7 déc 1999, Bull. civ. V, n° 740 ; D. 2000. Somm. 367, obs. P. Fadeuilhe) et, dans cette hypothèse, l'employeur ne peut se prévaloir de la consultation du comité d'entreprise (Soc. 22 mars 2000, Bull. civ. V, n° 119 ; D. 2000. IR. 114). Autre solution rigoureuse : les délégués doivent être consultés, y compris en cas d'impossibilité de reclassement (Soc. 21 févr. 1990, Bull. civ. V, n° 72). A noter que l'employeur n'est cependant pas tenu de recueillir l'avis des délégués de façon collective (Soc. 29 avr. 2003, Bull. civ. V, n° 143 ; D. 2004. Somm. 183, obs. A. Arseguel). S'inscrivant dans cette démarche exigeante, la Cour de cassation confirme qu'en ce qui concerne le moment de cette consultation, celle-ci doit avoir lieu après la constatation définitive de l'inaptitude, ce qui implique qu'elle ne peut intervenir qu'après les deux examens médicaux : la consultation des délégués du personnel ayant eu lieu avant le licenciement, mais entre les deux examens de la visite de reprise,

la procédure doit être jugée irrégulière (en ce sens, Soc. 16 févr. 2005, D. 2005. Pan. 2499, obs B. Lardy-Pélissier et J. Pélissier). Une telle rigueur peut étonner car la violation de cette obligation patronale est sévèrement sanctionnée : bien que l'avis des délégués du personnel soit purement consultatif, le non-respect de cette formalité substantielle se solde par le versement d'une indemnité au moins égale à 12 mois de salaire (art. L. 1226-15 c. trav.). Au soutien de cette politique jurisprudentielle, on peut cependant invoquer la préservation des droits des victimes d'un accident ou d'une maladie professionnelle que l'intervention de leurs représentants est censée renforcer. Au-delà, pourquoi ne pas imaginer que la recherche du reclassement d'un salarié inapte fasse l'objet d'un processus véritablement concerté, ce qui pourrait avoir le grand intérêt de rompre le face-à-face difficile entre médecin du travail et employeur ?

4 - Inaptitude. Point de départ du délai d'un mois

Destiné à pallier une éventuelle inertie de l'employeur face à un avis d'inaptitude, le délai d'un mois prévu par l'article L. 1226-11 du code du travail et au terme duquel un salarié qui n'est ni reclassé ni licencié doit être rémunéré peut-il être prorogé ou suspendu (**Soc. 25 mars 2009, n° 07-44.748**, D. 2009. AJ. 1092, obs. S. Maillard ; RDT 2009. 389, obs. I. Odoul-Asorey) ? La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de préciser que ce délai ne peut être suspendu, ni par le recours du salarié contre l'avis d'inaptitude (Soc. 4 mai 1999, Bull. civ. V, n° 184 ; D. 1999. IR. 142), ni par la demande d'autorisation de licencier un salarié protégé (Soc. 18 janv. 2000, Bull. civ. V, n° 26 ; D. 2000. IR. 49). Désormais, on sait également que l'employeur doit reprendre le versement des salaires ou licencier le salarié qui n'aura pu être reclassé à l'issue de ce délai d'un mois, peu important que le médecin ait été amené à préciser son avis après la seconde visite. C'est confirmer le fait que le délai doit commencer à courir dès le second examen médical concluant à l'inaptitude, une modification ultérieure de cet avis médical étant sans incidence. Nul doute que cette solution s'explique par le souci de ne pas laisser le salarié privé de ressources, sous la réserve des dispositions de l'accord interprofessionnel du 12 mars 2007 relatif à la prévention, à la tarification

et à la réparation des risques professionnels.

5 - Inaptitude et prise d'acte de la rupture du contrat de travail

Un salarié déclaré inapte et qui reproche à son employeur l'inexécution de ses obligations contractuelles peut-il prendre acte de la rupture du contrat (**Soc. 21 janv. 2009, n° 07-41.822, D. 2009. AJ. 434**) ? Et, dans l'affirmative, avec quels effets ? Calquant la situation des salariés inaptes sur celle des représentants du personnel, la Cour de cassation vient de consacrer la possibilité pour les premiers, comme elle l'a fait pour les seconds (Soc. 16 mars 2005, JSL n°165-3), de prendre acte de la rupture de leur contrat. Alors que la prise d'acte de la rupture de son contrat par un salarié ordinaire produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, soit d'une démission selon que les faits invoqués la justifiaient ou pas (Soc. 25 juin 2003, Bull. civ. V, n° 209, 3 arrêts, 01-42.379, 01-42.335 et 01-43.578, D. 2003. Jur. 2396, note J. Pélissier), la Cour suprême décide ici que, lorsque l'auteur est un salarié inapte, la rupture doit produire les effets, soit d'un licenciement prononcé en violation des articles L. 1226-10, L. 1226-11 et L. 1226-12 du code du travail, soit d'une démission, ici encore, selon que les faits reprochés à l'employeur étaient fondés ou pas. Arme potentiellement dangereuse pour l'employeur, la prise d'acte par un salarié inapte n'en constitue pas moins une arme à double tranchant et à manier avec précaution comme l'illustre l'arrêt rendu le 21 janvier 2009. Approuvés par la Cour de cassation, les juges du fond ont en effet ici décidé que les manquements reprochés à l'employeur ne présentaient pas un caractère de gravité suffisant pour lui imputer la responsabilité de la rupture : la prise d'acte décidée par le salarié inapte devait donc produire les effets d'une démission, avec toutes les conséquences indemnitaires en résultant, y compris au regard de l'assurance chômage (en ce sens, M.-C. Haller, JSL 2009, n° 251-4).


6 - Salarié en arrêt-maladie. Incidences de la mention « sorties libres »

Soucieuse de pallier la perte de salaire occasionnée par la maladie, la loi de mensualisation du 19 janvier 1978 a institué en faveur des salariés malades une garantie de ressources qui oblige l'employeur à leur octroyer des indemnités complémentaires à celles versées par la sécurité sociale (art. L. 1226-1 c. trav.). En contrepartie, l'employeur est en droit de s'assurer que l'état de santé du salarié justifie bien le versement de cette indemnité, en diligentant auprès de lui un médecin contrôleur de son choix ; ainsi peut-il en suspendre le bénéfice à compter de la date à laquelle la contre visite devait avoir lieu lorsque celle-ci n'a pu se dérouler en raison de l'absence du salarié de son domicile en dehors des heures de sortie autorisées (Soc. 15 févr. 1995, RJS 3/95, n° 204). Pour autant, que décider lorsque le salarié absent bénéficiait d'un certificat d'arrêt de travail portant la mention « sorties libres » ? Il résulte de l'arrêt commenté (**Soc. 4 févr. 2009, n° 07-43.430, D. 2009. AJ. 635, obs. B. Ines ; RDT 2009. 301, obs. M. Véricel**) que, si l'emploi d'une telle formule ne saurait priver l'employeur de son droit de contrôle, il a néanmoins pour effet d'autoriser le salarié à fixer lui-même le lieu et les heures auxquelles cette contre visite médicale peut se dérouler, éléments d'information qu'il doit dès lors communiquer à l'employeur. Voilà pourquoi, en l'espèce, pouvait être reproché aux juges du fond le fait de ne pas avoir recherché si l'employeur avait été destinataire de telles informations. Dès lors - premier enseignement de cette décision - ceci devrait impliquer que l'employeur peut valablement suspendre le versement des indemnités complémentaires maladie, en cas d'absence du salarié lors d'une contre visite pourtant organisée aux conditions (lieu et horaires) communiquées par celui-ci. En revanche - second enseignement - dans le cas où le salarié ne fournirait pas de telles informations à l'employeur, celui-ci devrait être fondé à s'en tenir aux heures auxquelles l'assuré doit être présent à son domicile en application du droit de la sécurité sociale, la suspension des indemnités complémentaires étant ainsi envisageable en cas d'absence lors d'un contrôle patronal organisé pendant ces plages horaires. Certes, cet arrêt rendu le 4 février 2009 ne concerne *a priori* que les seules indemnités complémentaires maladie versées par l'employeur. A l'heure où les comptes de la sécurité sociale accusent un déficit de près

de 20 milliards d'euros et où le gouvernement souhaite axer ses efforts sur un meilleur contrôle des dépenses, nul doute cependant que cette décision puisse également avoir un impact sur les indemnités journalières de sécurité sociale versées par la CPAM : rappelons en effet que la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 a prévu, à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2009, la possibilité de suspendre le versement des indemnités journalières à la suite d'un contrôle patronal défavorable au salarié, alors que, jusqu'à présent, seul le contrôle médical de la caisse détenait ce pouvoir.

7 - Salarié en arrêt-maladie. Report des congés payés

En principe, le droit à congés payés est un droit qui s'exerce chaque année, sans possibilité de report des congés d'une année sur l'autre. Que décider lorsque, à l'issue d'un arrêt maladie, un salarié demande à prendre ses congés alors que la période de ceux-ci, légale ou conventionnelle, est expirée (**Soc. 24 févr. 2009, n° 07-44.488**, D. 2009. AJ. 817 ; RDT 2009. 241, obs. M. Véricel) ?

Jusqu'à présent, en dehors de quelques cas expressément prévus par le code du travail (retour d'un congé de maternité, préparation d'un congé pour création d'entreprise, etc.), les tribunaux français n'admettaient le report des congés payés au-delà de la période fixée légalement ou conventionnellement qu'au seul profit des salariés absents pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle (Soc. 27 sept. 2007, Bull. civ. V, n° 147 ; RDT 2007. 732, obs. M. Véricel). Ainsi, un salarié dans l'impossibilité de prendre ses congés payés en raison d'un arrêt pour maladie non professionnelle les perdait, sauf usages ou accord collectif contraire (Soc. 4 déc 1996, Bull. civ. V, n° 420 ; D. 1997. IR. 18). Or, cette solution a été remise en cause par un arrêt de la CJCE du 20 janvier 2009 (aff. C-350-06, AJDA 2009. 345, obs. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert  ; et C-520-06, RDT 2009. 170, obs. M. Véricel), selon lequel la directive CE n° 2003-88 relative au temps de travail du 4 novembre 2003 (JOUE n° L 299, 18 nov.) s'oppose aux

dispositions ou pratiques nationales prévoyant que le droit au congé annuel payé s'éteint « à l'expiration de la période de référence, lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant tout ou partie de la période de référence et que son incapacité de travail a perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail, raison pour laquelle il n'a pu exercer son droit au congé annuel payé ».

Dès lors, un changement de logique s'imposait. Il a été effectué par un arrêt du 24 février 2009 lequel a étendu cette possibilité de report des congés non pris aux absences de longue durée provoquées par une maladie ou un accident d'origine non professionnelle. Lorsque la période de prise de congés est expirée et que le salarié a été dans l'impossibilité de prendre ses congés du fait de son arrêt maladie, il pourra désormais prétendre, soit à un report de ses congés après la date de reprise du travail, soit, en cas de rupture du contrat, au versement d'une indemnité compensatrice au titre de l'article L. 3141-26 du code du travail.

I. D.

D - Portée des clauses contractuelles

1 - La confrontation de la mise en oeuvre d'une clause de mobilité et du droit du salarié à une vie personnelle et familiale est au centre d'un nouvel arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2009 (Soc. 13 janv. 2009, n° 06-45.562, D. 2009. Jur. 1799, note M.-C. Escande-Varniol ; RDT 2009. 300, obs. A. Dumerey ; Dr. soc. 2009. 614, obs. C. Radé). Une salariée, agent de propreté et, par ailleurs, veuve et mère de deux enfants en bas age, est licenciée pour faute grave en raison de son refus d'être affectée sur un nouveau lieu de travail en présence d'une clause de mobilité. Elle est déboutée par la cour d'appel de ses demandes indemnitaires liées au licenciement sans cause réelle et sérieuse aux motifs que l'employeur n'avait pas commis d'abus dans la mise en oeuvre de la clause et que la salariée ne faisait pas, par ailleurs,

état de difficultés particulièrement lourdes au regard de cette nouvelle affectation.

La haute juridiction, par un arrêt de cassation avec renvoi, considère que les juges auraient du contrôler « *si la mise en oeuvre de la clause de mobilité ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché* ». On reconnaît là les termes de l'article L. 1121-1 du code du travail et le contrôle de proportionnalité qui doit orchestrer les relations entre le pouvoir de l'employeur et les droits et libertés du salarié. La nécessaire prise en compte de la situation familiale dans la mise en oeuvre de la clause de mobilité avait déjà été évoquée (V. par ex. Soc. 6 févr. 2001, D. 2001. Somm. 2168, obs. C. Mathieu ; RJS 4/01, n° 412). Mais l'arrêt du 13 janvier 2009 renforce la possible neutralisation de la clause, non pas sur le terrain de l'abus mais sur celui de l'atteinte aux droits fondamentaux, singulièrement celui du droit à une vie personnelle et familiale (en ce sens déjà : Soc. 14 oct. 2008, RDT 2008. 731, obs. G. Auzero ; D. 2008. AJ. 2672, obs. L. Perrin, 2009. Pan. 590, obs. A. Fabre et Chron. 1427, P. Lokiec ; RJS 12/08, n° 1162). Ainsi la charge de la preuve est transférée à l'employeur qui doit justifier sa décision de mutation au regard des nécessités de l'entreprise confrontées aux droits du salarié.

L'autre intérêt de l'arrêt est de rappeler que, conformément à l'article L. 3123-4 du code du travail, le salarié à temps partiel peut légitimement refuser un changement d'horaires, en présence d'une clause contractuelle de variation, lorsque ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses (pour aller plus loin : H. K. Gaba, Obligations familiales impérieuses et mise en oeuvre du contrat de travail, RJS 1/09, p. 3).

2 - La charge de la preuve de la violation d'une clause de non-concurrence fait aussi l'objet d'une décision remarquable de la Cour de cassation rendue le 25 mars 2009 (Soc. 25 mars 2009, n° 07-41.894, D. 2009. Pan. 1441, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra). Les parties avaient convenu du versement d'une contrepartie pécuniaire sous réserve que la salariée justifie par tout moyen de l'absence de violation de l'obligation contractuelle de non-concurrence. Pouvaient-elles librement aménager de la sorte les règles de

preuve ?

Sans réelle surprise, la Cour de cassation déclare cette clause « inopérante » relevant qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve d'une éventuelle violation de la clause de non-concurrence. Il est l'unique débiteur de la preuve, y compris en présence d'une prévision contractuelle en inversant la charge. Les juges renforcent par la même le caractère impératif des règles de preuve en droit du travail, dans une matière fortement dominée par l'ordre public de protection (cf. les analyses ss. arrêt de J. Mouly, Dr. soc. 2009. 740). En effet, une solution contraire aurait comporté le risque de priver le salarié du droit à la contrepartie en cas d'impossibilité d'apporter la preuve matérielle de son respect de la clause. Plus largement, l'arrêt contribue à déjouer les tentatives conventionnelles de contournement, jouant sur les règles de preuve, pour remettre en cause des droits substantiels octroyés au salarié.

B. R.

II - LICENCIEMENT

A - Licenciement économique

Destiné à publication au rapport annuel de la Cour de cassation, l'arrêt du 4 mars 2009 (**Soc. 4 mars 2009, n° 07-42.381** , D. 2009. AJ. 815, obs. S. Maillard ; RDT 2009. 306, obs. J.-Y. Frouin) survient à point nommé dans un contexte où les licenciements économiques au sein des groupes s'amplifient. Dans l'affaire en cause, plusieurs salariés sont licenciés en raison de difficultés économiques de l'entreprise française (Bosni devenu BPM) appartenant à un groupe de dimension internationale (Wolseley). La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir conclu à l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements, motifs pris du défaut de réalité des difficultés économiques du secteur d'activité du groupe et de la violation par l'employeur de son

obligation de reclassement à l'égard d'une salariée. La haute juridiction était plus précisément saisie de deux sujets : d'une part, l'étendue du secteur d'activité du groupe et, d'autre part, l'étendue de l'obligation de reclassement.

1 - Sur le premier point, il n'est pas récusé que les difficultés économiques s'apprécient au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise (en ce sens : Soc. 5 avr. 1995, D. 1995. Jur. 503, note M. Keller, et Somm. 367, obs. I. de Launay-Gallot ; Dr. soc. 1995. 482, P. Waquet). La discussion se focalisait, en l'espèce, sur la définition du secteur d'activité. La société Bosni prétendait que l'activité de sciage de bois, confrontée à des difficultés, caractérisait un secteur autonome de celui du secteur de négoce du bois et matériaux de construction, activité pratiquée au sein d'autres sociétés du groupe. Comment délimiter alors le secteur d'activité ? Quel contrôle la Cour de cassation exercerait-elle sur cette qualification ? La solution peut décevoir car à nouveau les hauts magistrats ne précisent pas la notion de secteur d'activité. Ils s'en remettent au pouvoir souverain des juges du fond pour en vérifier l'existence. Face à l'organisation hétérogène des groupes, la notion de secteur d'activité, qui dépend d'éléments de fait, se prête mal il est vrai à une définition juridique malgré certaines propositions en ce sens (P. Waquet, Détermination du secteur d'activité du groupe, note ss. Soc. 9 mai 2006, RDT 2006. 98). Toutefois, en confirmant l'arrêt de la cour d'appel, la haute juridiction réitère un message clair sur la charge de la preuve : il incombe à l'employeur de produire des éléments, que lui seul détient, permettant de déterminer l'étendue du secteur d'activité du groupe. A défaut, il n'établit pas sa consistance et partant, la réalité des difficultés économiques.

2 - A propos de l'étendue de l'obligation de reclassement, la Cour de cassation rappelle les principes directeurs qui doivent guider l'employeur dans la recherche du reclassement. A savoir le périmètre de la recherche, constitué par les entreprises du groupe dont l'activité, l'organisation et le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. Ensuite, la généralité de la recherche pour envisager « toutes les possibilités de reclassement », selon une certaine hiérarchie : « tous les emplois disponibles de la même catégorie ou, à défaut de catégorie inférieure ».

Ces réaffirmations motivent la position retenue par la Cour de cassation quant à l'usage d'un questionnaire de mobilité destiné à orienter, pour les restreindre, les recherches de reclassement. Préalablement à toute prospection, la société avait interrogé les salariés sur leurs desiderata de mobilité en leur proposant diverses limites géographiques. Une salariée est licenciée, faute de poste à pourvoir, compte tenu de la mobilité spatiale indiquée (département du Cher). Or, selon l'arrêt de confirmation de la cour régulatrice l'employeur ne saurait limiter « ses recherches et ses offres en fonction de la volonté de ses salariés exprimées à sa demande et par avance ». Cette solution conduira certaines entreprises et groupes à revoir leur gestion du reclassement puisqu'elle condamne une pratique courante consistant à limiter les recherches et offres de reclassement en amont de toute recherche effective et en dehors de toute proposition concrète. *A contrario*, est fondée la démarche de l'employeur qui adapte ses offres de reclassement aux souhaits de mobilité exprimés par le salarié après le refus d'une première proposition de reclassement (Soc. 13 nov. 2008, D. 2009. Pan. 590, obs. E. Peskine ; RDT 2009. 37, obs. J.-Y. Frouin ; RJS 1/09, n° 29). Ces deux décisions réunies sont cohérentes et justifiées car elles préservent l'étendue de l'obligation de reclassement tout en tenant compte des souhaits exprimés, en toute connaissance de cause, par les salariés au fur et à mesure du processus de reclassement.

B. R.

B - La nullité du licenciement

1 - Un salarié s'était plaint, dans un courrier adressé à son employeur, de divers faits « illégaux », dont des agissements de harcèlement moral imputés au supérieur hiérarchique. Licencié pour faute grave, le salarié contestait la mesure et réclamait notamment des dommages et intérêts pour rupture abusive. La cour d'appel l'avait débouté au motif que dénoncer des irrégularités graves de l'employeur et en avertir l'inspection du travail sans en établir la réalité ainsi que reprocher des faits

de harcèlement à un supérieur hiérarchique sans les prouver caractérisait un abus dans l'exercice de la liberté d'expression justifiant un licenciement. Il obtient, en revanche, gain de cause devant la Cour de cassation (**Soc. 31 mars 2009, n° 07-42.433**).

Pour cette dernière, il résulte de la combinaison des articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail que *« le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis »*. En conséquence, *« le grief tiré de la relation des agissements de harcèlement moral par le salarié, dont la mauvaise foi n'était pas alléguée, emportait à lui seul la nullité de plein droit du licenciement »*.

La décision rendue présente un double intérêt.

Tout d'abord, il apparaît que l'immunité du salarié qui relate des agissements de harcèlement moral (art. L. 1152-2 c. trav.) n'exige pas que les faits soient établis. La seule limite à la protection accordée au salarié réside dans sa mauvaise foi caractérisée (V. l'avis de J. Duplat, 1^{er} av. gén., SSL 2009, n° 1394, p. 11). La solution peut paraître sévère pour l'employeur dans la mesure où il ressort de l'arrêt que c'est la véracité même des faits - et pas seulement leur qualification - qui n'a pas à être prouvée. De plus, la caractérisation de la mauvaise foi peut poser problème. Cependant, toute autre solution aurait sans doute été de nature à entraver la mise à jour de faits de harcèlement.

Par ailleurs, la nullité du licenciement, prévue à l'article L. 1152-3 du code du travail, s'impose du seul fait que la rupture est justifiée par la relation d'agissements de harcèlement moral. Il importe peu que la lettre de licenciement fasse état d'autres griefs. Certes, la Cour de cassation admet que, lorsque la lettre de licenciement énonce différents motifs inhérents au salarié, la mesure peut être fondée sur l'un d'eux (Soc. 23 sept. 2003, n° 01-41.478, D. 2004. Somm. 102, obs. M.-C. Amauger-Lattes ; RJS 11/03, n° 1260, p. 863, avis J. Duplat). Cependant cette jurisprudence ne trouve pas application lorsque l'une des causes invoquées porte atteinte à des libertés ou à des droits fondamentaux (en ce sens, Soc. 26 sept. 2007, n° 06-40.039, D. 2007. AJ. 2610 ; RDSS 2008. 126, obs. D. Boulmier ; RDT 2007. 652, obs. G. Auzero). Dans ce cas, en effet, la mention

d'autres motifs ne peut effacer le caractère illicite du licenciement qui résultait en l'espèce de la violation de la protection des salariés contre le harcèlement moral, protection rattachable au droit de la santé et à la dignité du travailleur.

2 « ... *Est nul le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger...* » (Soc. 28 janv. 2009, n° 07-44.556, RDT 2009. 167, obs. M. Miné)

Salué par la doctrine, cet arrêt vient utilement préciser les conséquences d'un licenciement fondé sur l'exercice légitime du droit de se retirer d'une situation dangereuse que n'évoque pas la loi. En effet, l'article L. 4131-3 du code du travail dispose qu'aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux. Le texte ne prévoit pas expressément la nullité de toute disposition ou tout acte contraire. Se posait donc la question des conséquences d'un licenciement disciplinaire prononcé en violation de cette interdiction.

Pour la cour d'appel de Nancy, les faits reprochés au salarié ne constituaient ni une faute grave ni même une cause réelle et sérieuse de licenciement ; pour autant le licenciement n'était pas, selon elle, annulable. En l'absence de disposition expresse prévoyant la nullité du licenciement, la solution pouvait paraître s'imposer au regard de l'article L. 1333-3 du code du travail qui écarte la possibilité pour le juge de prononcer la nullité de la sanction lorsqu'il s'agit d'un licenciement. Cependant, depuis l'arrêt *Clavaud* du 28 avril 1988, la Cour de cassation considère que, même en l'absence de texte, la nullité du licenciement s'impose en cas de violation d'un droit fondamental (Soc. 28 avr. 1988, n° 87-41.804, Bull. civ. V, n° 257 ; cf. égal. 13 mars 2001, n° 99-45.35 ; 29 juin 2005, n° 03-42.099, D. 2005. AJ. 2036 ; 28 mars 2006, n° 04-41.695, D. 2006. IR. 1128).

Ne doit-on pas considérer que le droit pour le salarié de se retirer d'une situation dangereuse constitue un droit fondamental, rattachable au droit à la protection de la santé des salariés sur leur lieu de travail, en sorte que le licenciement prononcé pour des raisons liées à son exercice légitime

est illicite et donc nul ? C'est l'analyse que fait, semble-t-il, la Cour de cassation, comme en atteste la référence, dans le visa, à l'article L. 1121-1 du code du travail. L'arrêt ne l'indique pas expressément mais un lien paraît être ainsi établi entre le droit de retrait des salariés et leur droit à la santé. Les juges précisent en outre que le texte doit être interprété à la lumière de l'article 8, § 4, de la directive CEE n° 89-391 du 12 juin 1989 qui prévoit que le salarié qui exerce son droit de retrait ne peut en subir aucun préjudice et doit être protégé contre toute conséquence dommageable et injustifiée.

M.-C. A.-L.

C - Indemnité de licenciement et discrimination indirecte

Le recours au critère d'ancienneté est en principe considéré comme légitime en ce qu'il permet de « récompenser l'expérience acquise qui met le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations » (arrêt *Cadman*, CJCE 3 oct. 2006, C-17/05, D. 2006. AJ. 2752, et 2007. Pan. 465, obs. F. Meyer ; RDT 2006. 393, obs. T. Aubert-Monpeyssen). Mais est-il possible de fixer une limite au-delà de laquelle l'ancienneté cesse d'être prise en compte ? Plus précisément, une telle limite ne caractérise-t-elle pas une discrimination indirecte à l'égard des salariés âgés ? Telle est la question qui se posait dans l'affaire jugée par la chambre sociale de la Cour de cassation le 30 avril 2009 (**Soc. 30 avr. 2009, n° 07-43.945**, D. 2009. AJ. 1359, obs. S. Maillard).

Les faits étaient les suivants. Licencié au terme de près de trente ans d'activité dans l'entreprise, un salarié contestait le montant des indemnités qui lui avaient été versées en application de la convention collective d'entreprise. Plus précisément, il soutenait que le plafonnement de l'indemnité conventionnelle de licenciement au montant alloué à un salarié ayant douze années d'ancienneté constituait une discrimination indirecte préjudiciable aux salariés les plus âgés.

Pour la cour d'appel, la clause présentait bien un caractère discriminatoire dans la mesure où elle pénalisait une certaine catégorie de personnel, à savoir tous les salariés justifiant d'une ancienneté de plus de douze ans ; le plafonnement était donc inopposable au salarié, la règle de l'égalité devant être rétablie. Si l'on s'en tient à ces éléments, il semble que la cour d'appel ait considéré, sans s'en expliquer davantage, que la limite fixée à la prise en compte de l'ancienneté était effectivement à l'origine d'une discrimination indirecte à l'égard des salariés âgés.

La Cour de cassation censure. Rendu au visa de l'article L. 1132-1 du code du travail « *interprété à la lumière de la directive CE n° 2000-78 du 27 novembre 2000* », son arrêt rappelle la définition de la discrimination indirecte en raison de l'âge : celle-ci n'est caractérisée que « *lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un âge donné par rapport à d'autres personnes...* ». Or, la cour d'appel, d'une part, relevait que les salariés justifiant d'au moins douze ans d'ancienneté percevaient une indemnité de licenciement supérieure à l'indemnité légale et, d'autre part, ne faisait pas ressortir que la clause désavantageait une catégorie d'âge précise. La discrimination n'était donc pas caractérisée.

M.-C. A.-L.

III - DROIT SYNDICAL ET REPRÉSENTATION DU PERSONNEL

A - L'UES : entre ombre et lumière

Plusieurs arrêts ont été rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation depuis le commencement de l'année 2009 ; trois d'entre-eux retiennent l'attention. Les arrêts des 4 et 31 mars 2009 contribuent à clarifier les questions relatives à la détermination du périmètre de l'UES ; l'arrêt du 28 janvier 2009 suscite des interrogations quant à l'identification des lieux de pouvoir au sein

d'une UES et laisse planer des zones d'ombre.

1 - L'une des questions abordées par l'arrêt du 31 mars 2009 (Soc. 31 mars 2009, n° 08-60.494, D. 2009. AJ. 1147 ; RJS 6/09, n° 559) avait trait à la détermination du périmètre de l'UES ; cette question se posait à l'occasion d'un renouvellement des institutions représentatives du personnel. Un syndicat avait demandé au tribunal d'instance l'annulation des élections au comité d'entreprise arguant des changements intervenus depuis les précédentes élections et qui avaient, selon lui, modifié le périmètre de l'UES. Le tribunal d'instance avait débouté le syndicat, considérant qu'il n'était « nullement démontré que cette réorganisation ait affecté les salariés des mutuelles concernées et influencé les élections en cause ». La Cour de cassation a cassé cette décision pour violation de la loi. Se fondant sur l'article L. 2322-4, elle considère que le périmètre de l'UES ne peut résulter que d'une décision de justice ou d'un protocole d'accord préélectoral qui doivent être préalables aux élections. En effet, le périmètre de l'UES est susceptible de varier ; le nombre et/ou la composition des différentes entités juridiques composant une UES peut avoir été modifié en raison des réorganisations ou restructurations qui ont pu se produire dans l'intervalle de temps séparant les élections professionnelles. Le cadre de mise en place des institutions représentatives élues est, en effet, un déterminant essentiel au regard des missions qui seront confiées aux représentants élus, lesquels ne pourront jouer pleinement leur rôle qu'à l'intérieur d'un espace juridique en adéquation avec les missions qui leur sont reconnues par la loi. La Cour de cassation précise, en outre, que le protocole d'accord préélectoral qui définira la composition et le périmètre de l'UES devra être conclu à l'unanimité. Il faudra, certainement, à l'avenir reconsidérer cette exigence au regard des modifications apportées par la loi du 20 août 2008 qui, désormais, « soumet la validité du protocole d'accord préélectoral à une double condition de majorité » (L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 c. trav.).

2 - En ce qui concerne la désignation des délégués syndicaux, il a été admis qu'un syndicat pouvait désigner un délégué syndical dans une UES dont la reconnaissance n'a encore été formalisée ni par une décision de justice ni par une convention entre partenaires sociaux (seuls modes de reconnaissance prévus par l'art. L.

2322-4 c. trav.). En mars 2006, un syndicat avait désigné un salarié délégué syndical dans le cadre de ce qu'il considérait être une unité économique et sociale ; en novembre 2006, ce même syndicat saisissait le tribunal d'instance tendant à ce que soit reconnue cette unité économique et sociale ; jusqu'alors l'existence de celle-ci résultait exclusivement de la désignation opérée par le syndicat. Une telle situation est à l'origine d'une sérieuse difficulté que la Cour de cassation a dû aborder dans un arrêt du 4 mars 2009 (**Soc. 4 mars 2009, n° 08-60.497**, D. 2009. AJ. 876, obs. B. Ines ; RDT 2009. 392, obs. E. Peskine ; RJS 5/09, n° 448) ; cette difficulté est d'apprécier les conséquences que peut emporter la désignation d'un délégué syndical dans de telles conditions au regard de l'existence de l'UES. La Cour de cassation rappelle, en préalable, que « *l'absence de contestation dans les délais prévus par l'article L. 2143-8 du code du travail de la désignation d'un délégué syndical dans le périmètre d'une unité économique et sociale interdit la remise en cause du mandat du délégué syndical* » ; ce rappel préalable de la portée du délai de forclusion permet de délimiter l'appréciation des conséquences pouvant résulter d'une désignation non contestée sur la poursuite du mandat de ce délégué syndical. Suit alors aussitôt la question de fond posée par ce pourvoi : une absence de contestation peut-elle avoir pour effet d'entraîner *ipso facto* la reconnaissance de l'UES telle qu'elle a été dessinée par le syndicat, auteur de cette désignation ? La Cour de cassation, dans trois arrêts datés du 3 mai 2007 (RJS 7/07, n° 863), avait paru encline à admettre un tel raisonnement, inférant de l'absence de contestation. L'arrêt du 4 mars 2009 ferme définitivement la voie à un troisième mode de reconnaissance qui pouvait se profiler à la lecture de ces arrêts ; il ne peut y en avoir que deux, ceux qui résultent de l'article L. 2322-4. Une absence de contestation, dans les conditions précédemment évoquées, « n'établit pas à elle seule » l'existence de l'UES. L'un des arguments avancés dans le pourvoi était que lorsqu'une UES est reconnue, elle l'est selon les mêmes critères, quelle que soit l'institution représentative à mettre en place. Cet argument ne pouvait convaincre dans la mesure où l'on ne peut pas véritablement parler de reconnaissance d'une UES dans ces conditions puisque cette reconnaissance ne peut résulter de la volonté d'un seul syndicat. Une absence de contestation ne peut emporter de conséquences juridiques que par rapport à l'acte susceptible d'être contesté : la désignation, mais non pas par rapport à ce qui a servi de cadre à cette désignation, une UES. L'arrêt précise toutefois qu'elle « constitue un élément que le juge doit prendre en considération ».

3 - Dans une UES, à quel niveau convient-il de se placer pour identifier le véritable lieu du pouvoir économique ? La question est primordiale, notamment lorsqu'un projet de licenciement collectif pour motif économique est formé. Un arrêt du 28 janvier 2009 apporte une réponse qui a toutes les apparences de la logique juridique, mais qui peut ne pas convaincre (**Soc. 28 janv. 2009, n° 07-45.481**, D. 2009. AJ. 502, obs. L. Perrin ; RDT 2009. 233, obs. J.-Y. Frouin). Deux salariés sont licenciés par la FDSEA, membre d'un GIE. Les entités juridiquement distinctes de ce GIE possédaient une direction unique et un comité d'entreprise commun à l'ensemble des sociétés adhérentes de ce GIE, mis en place par accord collectif. L'un des deux salariés, employé de la FDSEA depuis vingt-trois ans, obtient l'annulation de son licenciement, la cour d'appel ayant relevé qu'aucun plan de sauvegarde n'avait été établi. La Cour de cassation casse cet arrêt ; se fondant sur l'article L. 1233-61 du code du travail, elle estime que l'obligation d'établir un plan de sauvegarde pèse sur l'employeur et reproche aux juges d'appel de ne pas avoir recherché « si l'ensemble des personnes morales composant le groupement avaient la qualité d'employeur » de ce salarié. Cette solution s'inscrit dans le droit fil d'un arrêt rendu un mois plus tôt qui avait jugé que l'UES ne peut avoir la qualité d'employeur ; le contrat de travail conclu entre un salarié et une des sociétés membres de l'UES ne pouvait être transféré à l'UES. La Cour de cassation repoussait ainsi la possibilité d'imposer à un salarié, sans son accord, un changement d'employeur (Soc. 16 déc. 2008, D. 2009. Jur. 986, note F. Petit ; RDT 2009. 228, obs. B. Lardy-Pélissier). Il semble cependant que l'angle d'approche juridique ne peut être le même lorsqu'il s'agit d'aborder des questions qui ont une dimension collective, ce qui est le cas pour des licenciements collectifs pour motif économique. L'obligation d'établir et de mettre en oeuvre un plan de sauvegarde de l'emploi n'existe que dans les entreprises de cinquante salariés et plus. Dans l'affaire jugée le 28 janvier 2009, l'effectif du GIE ayant constitué une unité économique et sociale était supérieur à cinquante salariés ; mais, pour la Cour de cassation, « *c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doivent être vérifiées les conditions d'effectif et de nombre des licenciements imposant l'établissement et la mise en oeuvre d'un tel plan* ». Cette affirmation suscite deux réserves. La première est que les juges ajoutent au texte de l'article L. 1233-61. Selon cet article, dans les entreprises de cinquante salariés et plus, « l'employeur établit et met en oeuvre un plan de sauvegarde de l'emploi » ; la Cour de cassation pose une exigence qui ne figure pas dans le texte et selon laquelle il faut se

placer au niveau de l'entreprise que l'employeur dirige. En braquant ainsi le projecteur sur l'employeur qui dirige l'entité dans laquelle des licenciements sont projetés, les juges rejettent dans l'ombre le fait que les entités juridiquement distinctes étaient regroupées, par accord, dans un même groupement et possédaient une direction unique. La seconde réserve est que, par accord, avait été mis en place un comité d'entreprise unique et commun à l'ensemble des sociétés adhérentes de ce GIE ; dès lors, c'est au niveau du cadre d'exercice des droits collectifs ainsi reconnu qu'il conviendrait de se placer. En effet, au regard des attributions économiques du comité d'entreprise, telles qu'elles résultent de l'article L. 2323-6 du code du travail, celui-ci ne peut être tenu à l'écart des questions intéressant l'une des entités juridiques qui ont assuré sa mise en place, par voie d'accord. Le puzzle que constitue l'unité économique et sociale ne peut être ainsi disloqué en rétrécissant les perspectives autour du seul employeur qui dirige. « L'unité économique et sociale donne une consistance juridique à la collectivité des salariés soumis à un même pouvoir » (M. Grévy, *L'unité économique et sociale, Syndicats et droit du travail*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p. 51). Pour les questions relevant des relations collectives, l'UES doit être la référence, car c'est en son sein que peut être identifié le centre du pouvoir (cf. Grands arrêts, 4^e éd., Dalloz, p. 616).

B. L.-P.

B - Désignation d'un délégué syndical

Si l'augmentation du nombre légal de mandats syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement peut résulter d'un accord collectif (art. L. 2141-10 c. trav.), elle ne peut pas résulter d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur (Soc. 20 mars 2001, n° 99-60.496, Bull. civ. V, n° 101 ; Dr. soc. 2001. 568 obs. J. Savatier). Il en résulte que l'acceptation par l'employeur de délégués surnuméraires ne crée pas de droit pour les syndicats (Soc. 20 mars 2001, préc.) et l'employeur peut décider, unilatéralement et sans formalité particulière, « de revenir à l'application des textes

légaux qui n'ont pas cessé d'être applicables » (Soc. 5 mars 2008, n° 07-60.305, D. 2008. AJ. 926 ; RJS 5/08, n° 565).

En pratique, les contentieux surgissent à l'occasion de la contestation par l'employeur de la désignation d'un nouveau délégué syndical surnuméraire au sein de l'entreprise ou de l'établissement. Une telle action peut en effet déboucher sur une inégalité de traitement des syndicats dans la mesure où la décision de l'employeur de revenir à la loi ne met pas fin de plein droit aux mandats en cours (Soc. 23 juin 1998, n° 96-42.548, Bull. civ. V, n° 333 ; D. 1998. IR. 210 ; Dr. soc. 1998. 846, obs. G. Borenfreund). Ainsi, certains syndicats vont continuer à bénéficier d'un délégué surnuméraire tandis que d'autres ne pourront pas désigner un délégué en surnombre. Or, comme le rappellent les deux arrêts ici commentés, le principe constitutionnel d'égalité entre les syndicats doit être respecté. Dès lors, quelles sont les conditions requises pour qu'il en soit ainsi ? Cependant, la mise en oeuvre de la règle s'avère souvent source de difficulté.

Dans la première espèce (**Soc. 4 mars 2009, n° 08-60.436**), l'employeur avait demandé l'annulation de la désignation d'un second délégué syndical par le syndicat CFTC au motif que l'effectif de l'entreprise ne permettait pas une telle désignation. Le tribunal de Paris l'avait débouté de sa demande au motif que, d'autres syndicats disposant de délégués syndicaux surnuméraires, l'opposition à la désignation par un syndicat qui ne disposait que d'un délégué constituait une atteinte au principe d'égalité entre syndicats.

La Cour de cassation confirme le jugement. Certes, l'arrêt rappelle que l'employeur qui décide unilatéralement d'augmenter le nombre de délégués syndicaux peut, de la même manière, revenir à l'application des textes. Il lui faut cependant, d'une part, respecter l'égalité entre les syndicats, d'autre part, « pour répondre à l'exigence de loyauté qui s'impose en la matière », les informer préalablement. En l'espèce, l'employeur n'alléguant pas avoir informé l'ensemble des syndicats préalablement à la désignation d'un second délégué syndical surnuméraire par le syndicat CFTC, il ne pouvait s'y opposer. Le pourvoi est donc rejeté.

Dans la seconde affaire (**Soc. 4 mars 2009, n° 08-60.411**, D. 2009. AJ. 955 ; RDT 2009. 459, obs.

H. Tissandier), l'employeur avait demandé aux organisations syndicales de révoquer le mandat de l'un des deux délégués syndicaux qu'elles avaient désignés en raison du nombre de salariés de l'établissement, inférieur à 1 000 depuis plus de trois ans. Les syndicats concernés n'avaient pas donné suite à cette requête. Ainsi, le syndicat CGT avait-il maintenu ses deux délégués syndicaux et le syndicat FO-ACTA avait notifié la désignation d'un second délégué syndical au sein de l'établissement.

Saisi par l'employeur d'une demande d'annulation de cette dernière, le tribunal d'instance y avait fait droit. Le salarié concerné décidait alors de se pourvoir en cassation au motif que l'employeur, en laissant perdurer le mandat d'un délégué syndical surnuméraire, ne pouvait pas contester la désignation effectuée par un autre syndicat sans méconnaître le principe d'égalité entre les syndicats.

Pour la Cour de cassation il n'en est rien. Dès lors que l'effectif de l'établissement était passé en deçà du seuil de mille salariés, l'employeur pouvait s'opposer à la désignation par les syndicats d'un second délégué syndical, à condition de respecter le principe d'égalité entre les syndicats, ce qu'il avait fait en les invitant tous à ramener le nombre de mandats à celui prévu par la loi.

Il résulte de ces deux décisions que le respect du principe d'égalité entre les syndicats implique seulement qu'ils aient tous été préalablement informés de la volonté de l'employeur de revenir à l'application de la loi ; cette obligation d'information préalable, précise le premier arrêt, découle de surcroît de l'exigence de loyauté qui s'impose dans les rapports entre employeur et syndicats. Il n'est pas certain cependant que la solution à laquelle aboutissent les juges soit pleinement satisfaisante dans la mesure où, quoiqu'en décide la jurisprudence, elle est de nature à créer une distorsion entre les syndicats. L'employeur peut en effet s'opposer à la désignation d'un délégué syndical surnuméraire par une organisation sans être contraint d'agir à l'encontre de ceux qui refusent de réduire le nombre de leurs délégués. Ainsi, l'immobilisme de certains syndicats leur permettra de conserver un délégué syndical de plus que les organisations qui, soit n'en ont jamais bénéficié, soit n'en bénéficient plus.

M.-C. A.-L.