

action juridique

La protection des délégués

L'unité économique et sociale

**Les recrutements distincts
d'hommes et de femmes.**

SOMMAIRE

Etude

La protection des délégués en cas de licenciement	3
--	---

Fiche pratique

Le congé de formation économique, sociale et syndicale	9
---	---

Table alphabétique 1988

Cette table est commune à Action Juridique (n. 69 à 74) et à la rubrique juridique de Syndicalisme Hebdo	11
--	----

Le point sur...

L'unité économique et sociale	19
-------------------------------	----

Fonctions publiques

Le recrutements distincts d'hommes et de femmes : les exigences du droit communautaire	23
--	----

ERRATUM

La circulaire ministérielle DRT n° 17-88 relative au bulletin de paye, publiée dans le numéro 74 d'Action Juridique page 17 est datée du 24 août 1988 et non du 24 avril 1988 comme indiqué par erreur.

Les lecteurs voudront bien nous en excuser.

Encart central réservé aux conseillers prud'hommes

I - IV

Revue réalisée par le service juridique de la CFDT
(Tél. 42 03 82 30)
Directeur de la publication : Jean-Paul Jacquier
Rédacteur en chef : Francis Naudé
CPPAP 1404 D 73 - ISSN 01912874
Maquette : Agence A. Set et ID. Graphique
Imprimerie : ID. Graphique/Paris (42 47 76 80)

La durée du travail en fiches pratiques

Le prochain numéro d'Action Juridique sera un numéro spécial entièrement consacré à la durée du travail.

Les militants savent qu'il s'agit là d'une matière touffue, difficile d'accès. Le but d'Action Juridique est de leur en faciliter l'approche en même temps que de leur en donner une vue d'ensemble.

Pour ce faire, un premier article présentera les principes de base et les notions clés qu'il faut connaître pour comprendre les règles qui gouvernent actuellement la durée du travail. Un autre précisera la place de la négociation collective dans l'élaboration de ces règles. C'est indispensable car si la durée du travail était depuis 1936 essentiellement régie par des dispositions réglementaires, elle fait l'objet depuis 1982 de nombreuses dispositions conventionnelles. Il convient donc de faire la part de ce qui est négociable et de ce qui ne l'est pas.

Ensuite les principaux aspects de la matière feront l'objet de 15 fiches pratiques parmi lesquelles on peut citer : les horaires individualisés, les heures supplémentaires, le cycle, le travail en continu, la récupération, le chômage partiel, les contrats intermittents, le temps partiel, le travail de nuit, le repos hebdomadaire etc.... Ce numéro spécial, qui est compris dans l'abonnement, peut faire l'objet de commandes supplémentaires, comme indiqué à la page 22.

Francis NAUDE
Rédacteur en Chef

Au sommaire du prochain numéro

**Numéro spécial
Durée du travail**

La protection des délégués en cas de licenciement

Les catégories de salariés protégés et les circonstances faisant intervenir la protection ont fait l'objet d'un dossier paru dans le numéro 60 de la revue qui demeure valable. Toutefois, il a été jugé utile d'actualiser ou de développer certains des points traités précédemment, afin de tenir compte des questions posées au service juridique confédéral

Geneviève RENDU

Les catégories de salariés protégés

- Les demandeurs d'élections
 - Le salarié mandaté
 - Le salarié non mandaté
- Les candidats
 - Les candidatures ou les désignations imminentes
 - Les candidatures anticipées
- Les élus et la cessation anticipée du mandat
 - Pour des raisons tenant à la personne du délégué
 - En raison de la situation économique de l'entreprise
- Les élus et la prorogation du mandat
 - La prorogation tacite
 - La prorogation conventionnelle
- Les délégués conventionnels
 - Les délégués des petites entreprises
 - Les délégués exerçant un mandat organisé par la loi

Les délégués exerçant un mandat non organisé par la loi

Les circonstances faisant intervenir la protection

- La fin d'un contrat à durée déterminée
 - En cas de faute grave
 - L'arrivée à terme du contrat
 - Le non renouvellement du contrat
 - La qualification du contrat est mise en cause
- En cas de redressement et de liquidation judiciaires
 - Le redressement judiciaire
 - La liquidation judiciaire
- Les circonstances tenant à la personne du délégué
 - La maladie de longue durée
 - La mise à la retraite

Les catégories de salariés protégés

Il s'agit, rappelons le, des personnes suivantes : les délégués désignés (délégués syndicaux et représentants syndicaux au CE) ; les salariés demandant la mise en place d'élections ; les délégués élus (DP, CE, CHSCT) ; les représentants des salariés élus ou désignés dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ; les représentants des salariés au conseil d'administration des sociétés nationalisées ; les représentants du personnel conventionnels ; les représentants des salariés élus ou désignés pour assurer la représentation des salariés des petites entreprises (délégués interentreprises, délégués de site, et dans certains cas les membres des commissions paritaires locales ou départementales) ; les conseillers prud'hommes.

Les demandeurs d'élections

Afin de faciliter la mise en place des institutions représentatives du personnel, le bénéfice de la protection légale a été étendu à des salariés demandant à leur employeur d'organiser des élections, qu'ils soient ou non mandatés par une organisation syndicale (L. 425-1, al. 8 et 9, L. 436-1 al. 6 et 7). Mais la rédaction défectueuse de la loi et l'interprétation restrictive et manifestement contraire à l'intention du législateur qu'en ont fait successivement la Chambre criminelle (1) et la Chambre sociale (2) de la Cour de cassation aboutit au résultat suivant.

Le salarié mandaté

Pour qu'un salarié mandaté par une organisation syndicale puisse bénéficier sans contestation possible de la protection légale, il faut que l'organisation syndicale fasse coïncider le mandatement du salarié avec une demande d'organisation des élections adressée par lettre recommandée à l'employeur. C'est l'envoi de cette lettre qui permet de fixer le point de départ de la protection du salarié mandaté, lequel a, en outre, intérêt à faire immédiatement une démarche individuelle auprès de son employeur pour demander des élections.

Le salarié non mandaté

Le salarié demande des élections mais il n'est pas mandaté par une organisation syndicale. Le salarié n'est pas protégé à compter de sa démarche individuelle. Il ne l'est que si une organisation syndicale confirme sa démarche. Là encore, c'est l'envoi d'une lettre recommandée de l'organisation syndicale qui permet de fixer le point de départ de la protection du salarié non mandaté.

En pratique, la solution la plus fiable pour éviter toute difficulté sur la détermination de la personne protégée, est la suivante : l'organisation syndicale demande par

lettre recommandée à l'employeur l'organisation des élections et mandate en même temps un salarié. Ce dernier confirme aussitôt la démarche du syndicat en faisant une démarche individuelle auprès de l'employeur.

Les candidats

LES CANDIDATURES OU LES DESIGNATIONS « IMMINENTES »

La loi a étendu la protection légale au salarié sur le point d'être désigné délégué syndical (L. 412-18, 6° al.) ainsi qu'aux salariés sur le point de se porter candidats aux élections de DP (L. 425-1, 5° al.) ou de CE (L. 436-1, 4° al.). Deux cas de figure sont à envisager.

La désignation ou les candidatures n'ont pas été officialisées par écrit.

L'employeur ayant eu vent de la désignation ou de la candidature procède au licenciement. La protection n'est pas automatique. Elle est en effet subordonnée à la preuve par le salarié que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa désignation ou de sa candidature avant la convocation à l'entretien préalable (cour d'appel d'Amiens, 23 janvier 1986, Brunelle c/Sider-FEP).

Les lettres de désignation ou de candidatures, se croisent avec la convocation à l'entretien préalable.

Si la lettre du syndicat est reçue par l'employeur avant que celui-ci ait envoyé au salarié la lettre de convocation, le statut protecteur s'applique sauf en cas de fraude. Dans le cas inverse, le statut protecteur ne s'applique que si le salarié peut faire la preuve que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa désignation ou de sa candidature (Action Juridique n° 60 p. 6 et 7).

LES CANDIDATURES ANTICIPÉES

Par candidatures anticipées, il faut entendre les candidatures aux élections professionnelles présentées avant la conclusion du protocole d'accord préélectoral. Depuis la loi de 1982, (4) le point de départ de la protection des candidats est la date d'envoi, par lettre

(1) Cass. crim. 10 décembre 1985 Bull. n° 396 Juri Social 1986 F 17.
(2) Cass. soc. 25 juin 1987 Bull. n° 425.

(3) Sauf si l'employeur a saisi l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licenciement (Cass. soc. 10 janvier 1988, Colin c/Socohare).

(4) Celle-ci comporte des erreurs rédactionnelles car elle fait également état de la date de réception de la liste (L. 425-1 5° al. ; L. 436-1 4° al.). Mais la volonté du législateur ne fait aucun doute. C'est bien la date d'envoi et non la date de réception qui compte.

recommandée avec avis de réception, de la liste des candidatures (L. 425-1, 7^e al ; L. 436-1, 3^e al.). La loi ne subordonne donc pas la protection à la conclusion d'un protocole d'accord préélectoral. Mais la jurisprudence est d'un avis différent. La Cour de cassation considère qu'à moins de carence de l'employeur dans l'organisation des élections, les candidatures présentées avant la signature d'un protocole d'accord sont prématurées. Dès lors, les dispositions légales assurant la protection des candidats ne s'appliquent pas automatiquement (5). La Chambre criminelle adopte le même raisonnement. Mais cela ne l'a pas empêché d'approuver la condamnation pour délit d'entrave d'un employeur ayant procédé au licenciement d'un candidat au motif que sa position sur la liste ne laissait aucun doute sur la validité de la candidature (6).

En pratique, il faut distinguer trois cas de figure.

Il n'y a pas de sièges à répartir

Cette situation se présente lorsque compte tenu de l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement, le collège est unique et qu'il n'y a qu'un seul siège à pourvoir. On peut considérer sans risque qu'un candidat présenté avant la conclusion du protocole d'accord bénéficie de la protection légale.

Il y a matière à répartition des sièges

La protection des candidats présentés avant la conclusion du protocole d'accord ou avant la décision de l'inspecteur du travail est incertaine. En effet, la jurisprudence n'est pas encore fixée. Selon les cas les tribunaux considèrent que la procédure s'applique parce que la candidature doit être considérée comme imminente (Cass. soc. 23 mai 1984 Bull. N° 233 ; Cass. crim. 21 juin 1988 Bull. n° 283) ou qu'elle ne s'applique pas en raison de l'absence de fixation de la date des élections (cour d'appel Amiens 27 septembre 1988 Garde/Compigne assistance).

Les élections sont retardées du fait de l'employeur.

Elles peuvent l'être soit en raison de la carence de l'employeur (par exemple, lorsqu'il n'engage pas la négociation du protocole d'accord dans le mois suivant la réception de la demande d'organisation des élections) soit en raison de son opposition injustifiée. Dans ce cas, les candidats bénéficient de la protection légale (7). Toutefois, s'agissant de premières élections, l'application du statut protecteur risque d'être subordonnée à l'expiration du délai qui s'impose à l'employeur pour organiser les élections (L. 423-18, 4^e al., L. 433-13, 4^e al.). Pour éviter des contestations, il est donc plus prudent d'attendre l'expiration de ce délai pour adresser à l'employeur récalcitrant une liste de candidatures.

Les élus et la cessation anticipée du mandat

La cessation anticipée du mandat fait perdre la protection attachée au mandat d'élu. Elle peut intervenir pour diverses raisons.

POUR DES RAISONS TENANT A LA PERSONNE DU DÉLÉGUÉ

La démission des fonctions représentatives

Les élus démissionnaires de leurs fonctions bénéficient de la protection légale au titre d'anciens élus (8).

La condamnation entraînant la privation des droits électoraux.

Elle entraîne la cessation anticipée du mandat de l'élu (L. 423-16 et L. 433-12). Le salarié bénéficie de la protection en qualité d'ancien élu.

La mutation géographique

L'acceptation par un délégué d'une mutation dans un autre établissement de l'entreprise met fin à ses fonctions électives dès lors qu'il n'a pas été élu par les salariés de l'établissement d'accueil. L'intéressé bénéficie de la protection en qualité d'ancien élu.

Attention. Un changement de catégorie professionnelle, que celui-ci ait ou non pour effet de rattacher l'élu à un autre collège électoral, n'entraîne pas la cessation anticipée du mandat. Le délégué, promu ou déclassé, conserve ses fonctions électives et la protection qui en découle jusqu'au terme de son mandat. Ceci résulte des modifications introduites aux articles L. 423-16 et L. 432-12 par la loi du 13 janvier 1989 (JO du 14.1.1989).

EN CAS DE PRIVATION DE TRAVAIL

Le fait pour un employeur de ne plus fournir aucun travail à un salarié protégé autorise ce dernier à considérer qu'il est l'objet d'une mesure de licenciement. Cette mesure ne peut prendre effet que dans le respect du statut protecteur. C'est ce qu'a jugé récemment la Cour de cassation à propos d'une assistante maternelle à qui l'association pour la sauvegarde de l'enfance avait décidé de ne plus confier d'enfants. Certes, l'association avait le droit de prendre cette décision mais elle devait alors mettre en œuvre la procédure d'autorisation de licenciement (Cass. soc. 7 juillet 1988 Marcou c/ Association La Sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence du Val d'Oise).

(5) Ass. Plén. 27 octobre 1972 ; Cass. soc. 3 décembre 1987 Bull. n° 704 ; 24 mars 1988 Juri Social S 131-1988.

(6) Cass. crim. 21 juin 1988 n° 283.

(7) Cass. soc. 3 décembre 1987. Cet arrêt s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence plus ancienne : Ass. plén. 27 octobre 1972 Bull. n° 5 ; Cass. soc. 3 juin 1981 Bull. n° 505 ; Cass. crim. 4 novembre 1981 Bull. n° 813.

(8) Conseil d'Etat 27 janvier 1982 Rec. p. 766.

EN RAISON DE LA SITUATION ÉCONOMIQUE DE L'ENTREPRISE

La diminution importante et durable des effectifs.

Celle-ci est sans conséquence sur le mandat des délégués du personnel qui se poursuit jusqu'à son terme (L. 421-1 al. 3). Par contre, elle peut donner lieu à une cessation anticipée du mandat de membre du CE si la suppression du CE fait l'objet d'un accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales ou d'une décision du directeur départemental du travail (L. 431-3 al. 2 et 3). La protection de six mois joue à compter de la disparition du CE (L. 436-1 al. 3).

La perte de la qualité d'établissement distinct.

Celle-ci n'entraîne pas ipso facto la cessation du mandat et de la protection qui lui est attachée. S'agissant des délégués du personnel, il faut qu'une décision judiciaire intervienne (L. 423-4). S'agissant des membres du CE, il faut qu'une décision administrative intervienne (L. 433-2 al. 9). Dans les deux cas, un accord conclu entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales peuvent permettre aux représentants du personnel d'achever leur mandat.

La restructuration sans éclatement de la collectivité de travail.

Lorsque l'entreprise conserve son autonomie juridique et que l'établissement conserve son caractère distinct, la restructuration est sans effet sur le mandat des délégués sauf si un accord passé entre l'employeur et les organisations syndicales réduit la durée du mandat pour tenir compte de la date habituelle des élections dans l'entreprise d'accueil (L. 423-16 al. 2 et 3, L. 433-14 al. 1 et 2).

La loi lie en effet le mandat à la persistance du cadre du mandat.

CLAUDE DE MOBILITE

Une clause de mobilité incluse dans le contrat de travail d'un salarié protégé et obligeant ce dernier à accepter tout ordre de mutation ne peut priver le salarié du bénéfice du statut protecteur. C'est ce qu'a affirmé de manière remarquable la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 janvier 1988 (Cerciat c/Société française des Nouvelles Galeries), reprenant la formulation des arrêts Perrier de 1974 et de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 28 janvier 1983 : « la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée par le législateur interdit à l'employeur de poursuivre, par d'autres moyens, la rupture du contrat de travail ». Si le délégué refuse une mutation, l'employeur ne peut le considérer comme démissionnaire. S'il veut le licencier, il doit respecter le statut protecteur.

La restructuration avec éclatement de la collectivité de travail.

Il s'agit le plus souvent du transfert partiel d'activité à une autre société. L'acceptation du transfert par le délégué entraîne la cessation du mandat. Le salarié reste toutefois protégé en qualité d'ancien délégué.

Les élus et la prorogation des mandats

La prorogation des mandats des représentants élus du personnel est parfois rendue nécessaire pour assurer la continuité de l'institution. Il en est ainsi lorsque les élections sont retardées d'un commun accord entre les organisations syndicales et l'employeur. Mais la prorogation du mandat n'entraîne pas ipso facto la prorogation de la protection. Deux cas de figure sont à envisager.

La prorogation tacite

Cette situation correspond au cas où il n'y a pas d'accord conventionnel (de branche ou d'entreprise) mais où l'employeur admet que les délégués exercent leurs fonctions au-delà du terme normal de leur mandat. Ce type de prorogation n'est pas admis par les tribunaux. Il en résulte que les délégués perdent la protection attachée à leur mandat d'élu. Ils restent protégés en tant qu'anciens élus pendant une période de six mois qui commence à courir à compter de l'expiration légale de leur mandat. La rigueur de cette règle est cependant atténuée par la Cour de cassation lorsque les élections ont été retardées par l'employeur « dans une intention malicieuse » (9).

La prorogation conventionnelle

Ce type de prorogation est admis par les tribunaux, qu'il s'agisse d'une clause de convention collective, d'un accord d'entreprise ou d'un protocole d'accord pré-lectoral. Encore faut-il que cette clause n'ait pas pour effet de retarder indéfiniment de nouvelles élections et qu'elle fasse l'objet d'un accord exprès, non équivoque et exempt de fraude (10). Il est donc préférable lorsque cela est possible de fixer dans l'accord une date butoir. La prorogation du mandat entraîne alors la prorogation de la protection.

Les délégués conventionnels

Les délégués conventionnels ne bénéficient pas tous de la protection légale. Il faut en effet distinguer trois cas de figure.

Les délégués des petites entreprises

Il s'agit de délégués de site ou de délégués interentreprises institués par voie conventionnelle. Ces deux catégories de délégués bénéficient du statut protecteur car

(9) Cass. soc. 10 avril 1959 Bull. n° 462 ; Cass. soc. 18 janvier 1961 Bull. n° 86.

(10) Cass. soc. 26 juin 1959 Bull. n° 837 ; Cass. soc. 23 mai 1960 Bull. n° 544 ; Cass. soc. 6 juin 1974 Bull. n° 346.

la loi l'a prévu explicitement (L. 132-30, L. 421-1). S'agissant des membres salariés des commissions paritaires locales ou départementales, la protection légale ne s'applique que si l'accord qui organise ces commissions le prévoit expressément (L. 132-30).

Les délégués conventionnels exerçant l'un ou l'autre des mandats organisés par la loi.

Il peut s'agir des délégués élus ou désignés en nombre supérieur à celui prévu par les dispositions légales ou réglementaires, ou encore des délégués élus en vertu d'une clause d'abaissement des seuils de 11 et de 50 salariés. Ces délégués sont protégés dans les conditions de droit commun (L. 412-18 al. 5, L. 425-1 et L. 436-1 avant dernier alinéa).

Les délégués conventionnels exerçant des mandats non organisés par la loi.

La protection de ces délégués est incertaine. En effet, l'administration s'appuyant sur un arrêt du Conseil d'Etat du 22 mars 1973 considère qu'il n'est pas possible par voie conventionnelle d'élargir le champ d'intervention de l'inspection du travail. C'est ainsi qu'elle n'admet ni la protection des représentants syndicaux au CHSCT du fait que ce mandat n'existe pas dans la législation, ni la protection des membres du conseil d'établissement prévu par la CCN de l'enfance inadaptée en raison du caractère hybride de ses attributions (11). La CFDT a une position différente (Cf. Action Juridique n° 60 p. 6).

Les circonstances faisant intervenir la protection

La fin d'un contrat à durée déterminée

La procédure protectrice initialement conçue pour faire face au seul problème du licenciement, s'est étendue à d'autres formes de rupture du contrat de travail et en particulier à la rupture du contrat à durée déterminée. La protection du mandat dans l'intérêt de la collectivité des travailleurs imposait en effet que fut opérée une telle démarche. C'est ce qu'a fait la loi de 1982 en adaptant la procédure et l'objet du contrôle administratif aux dispositions des textes régissant cette forme de contrat. Plusieurs hypothèses doivent être distinguées.

La faute grave

La rupture anticipée du contrat pour faute grave est subordonnée au respect par l'employeur de la procédure de droit commun (L. 412-18 al. 8, L. 425-2 al. 1, L. 436-2 al. 1). Le contrôle de l'administration est entier et porte notamment sur la gravité de la faute reprochée. Le refus d'autorisation doit se traduire par la poursuite des relations contractuelles dans le cadre d'un contrat à durée déterminée.

L'arrivée à terme du contrat

La cessation d'un CDD qui ne comporte pas de clause de renouvellement est subordonnée au respect de la procédure légale interne et à la constatation par l'inspecteur du travail que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire (L. 412-18 al. 8 ; L. 425-2 al. 2 ; L. 436-2 al. 2). Le contrôle de l'administration est donc dans ce cas de figure, restreint. La constatation par l'inspecteur du travail d'une discrimination devrait normalement se traduire par la poursuite de relations contractuelles dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée (11).

Le non renouvellement d'un contrat

La cessation d'un contrat à durée déterminée compor-

tant une clause de renouvellement est subordonnée au respect par l'employeur de la procédure de droit commun (L. 412-18 al. 8 ; L. 425-2 al. 1, L. 436-2 al. 1). En principe, le contrôle de l'administration est entier, c'est-à-dire qu'il peut porter sur d'autres points que l'existence d'une mesure discriminatoire. Le refus de l'inspecteur doit normalement se traduire par la poursuite des relations contractuelles soit dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, soit dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée.

La qualification du contrat est mise en cause.

Il peut arriver qu'un délégué soit titulaire d'un contrat à durée déterminée mais qu'il en conteste la qualification, soit parce que l'objet du contrat sort du cadre prévu par la loi, soit parce que le contrat ne comporte pas les dispositions légales. Dans ce cas, le délégué peut soutenir que la procédure spécifique prévue pour les contrats à durée déterminée ne s'applique pas car le contrat est à durée indéterminée et la rupture envisagée doit s'analyser comme un licenciement. A notre avis, l'inspecteur du travail devrait se prononcer sur la qualification du contrat car celle-ci conditionne la légalité de sa saisine et le cas échéant de sa décision. S'il résulte de l'enquête que le contrat est en fait un contrat à durée indéterminée, l'inspecteur devrait déclarer la demande de l'employeur irrecevable et inviter l'employeur à formuler une demande d'autorisation de licenciement. L'employeur devrait poursuivre ses relations contractuelles. Toutefois, il convient de noter que cette question n'a pas encore été tranchée.

Attention. Afin de permettre aux délégués **saisonniers** travaillant dans des branches d'activités à caractère saisonnier de bénéficier du statut protecteur, la loi prévoit la prolongation des délais de protection. Ceux-ci sont prolongés d'une durée égale à la période habi-

(11) Circ. min. DRT n° 13 du 25 octobre 1983.

tuelle d'interruption d'activité du salarié (L. 412-18 al. 10 ; L. 425-2 al. 3 ; L. 436-2 al. 3). Cette disposition permet ainsi de traiter la question du réembauchage du délégué lors de la saison suivante (12).

En cas de redressement et de liquidation judiciaire

Le redressement judiciaire

Le statut protecteur s'applique aux délégués mais il se heurte en pratique à de nombreuses difficultés. Pour s'opposer à la reprise d'un salarié protégé ayant fait l'objet d'un refus d'autorisation de licenciement, les repreneurs invoquent en général l'argument selon lequel en application de l'article 62 de la loi du 25 janvier 1965, les personnes qui exécutent le plan « ne peuvent se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation ». Dans la mesure où la liste nominative des salariés que le repreneur s'engage à conserver est jointe au projet de plan de continuation ou de cession de l'entreprise, ils estiment que l'approbation du plan vaut approbation de la liste. Il est vrai qu'ils peuvent se sentir confortés dans leurs analyses lorsque le jugement du tribunal de commerce contient également la liste des salariés à licencier ou à reprendre... Cela leur permet d'invoquer l'autorité de la chose jugée.

Cette situation a fait réagir le ministre du travail et le Garde des Sceaux (13). Celui-ci a opportunément rappelé le caractère d'ordre public du statut protecteur. Ce statut ne peut être tenu en échec par le jugement du tribunal de commerce, d'autant plus que ce jugement ne doit pas faire état de liste nominative (14).

La liquidation judiciaire

La liquidation judiciaire est une phase de la procédure de redressement telle qu'elle a été instituée par la loi du 25 janvier 1965. Lors des débats parlementaires, il a été précisé que la procédure protectrice des délégués devait être appliquée lors des différentes phases sans exception. On peut donc en déduire que même en cas de fermeture de l'entreprise avec licenciement global des salariés, le licenciement des salariés protégés est subordonné à une autorisation administrative (15). En tout état de cause, la procédure spéciale de licenciement s'applique tant qu'il n'y a pas disparition définitive de l'entreprise (16).

Les circonstances tenant à la personne du délégué

Les informations relatives à l'incapacité physique parues dans Action Juridique n° 60 demeurent valables. Par contre, la maladie de longue durée étrangère au travail et la mise à la retraite appellent quelques précisions.

La maladie de longue durée

Le problème qui se pose est le suivant : l'employeur peut-il constater la rupture d'un contrat de travail d'un

salarié protégé sans respecter la procédure protectrice au motif que la rupture ne lui est pas imputable ? Ni la Cour de cassation, ni la juridiction administrative ne se sont prononcées récemment sur ce sujet précis. Mais il est permis de penser que la Chambre sociale répondrait négativement à la question en raison du revirement de jurisprudence qu'elle a opéré à l'égard des salariés non protégés. Dans une série d'arrêts rendus le 19 mai 1988, le Cour de cassation, saisie à propos du versement de l'indemnité légale de licenciement, considère que celle-ci doit être versée parce que l'employeur « a pris la responsabilité de la rupture » (17).

C'est donc, à notre avis, considérer que la rupture intervenant dans ces conditions est bien un licenciement. S'il s'agit d'un licenciement, l'employeur doit respecter le statut protecteur.

La mise à la retraite

La question de l'application du statut protecteur aux salariés mis à la retraite par l'employeur dans le cadre des dispositions de la loi du 30 juillet 1987 (18) risque de rebondir car la loi est muette sur ce sujet. L'administration du travail a pris la position suivante : si les conditions légales de mise à la retraite sont réunies, la rupture du contrat de travail ne constitue pas un licenciement. L'employeur n'est donc pas tenu d'appliquer le statut protecteur (19). Par contre, si les conditions légales ne sont pas respectées, la procédure protectrice s'applique car on se trouve en présence d'un licenciement.

Cette distinction est critiquable car elle aboutit à nier la finalité du statut protecteur. Selon l'expression consacrée, les représentants du personnel « bénéficient dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent d'une protection exceptionnelle ». Or la mise à la retraite même opérée dans des conditions légales résulte toujours d'une initiative de l'employeur, laquelle peut revêtir un caractère discriminatoire justifiant l'intervention de l'inspecteur du travail.

A notre avis, il semble possible de s'appuyer sur les dispositions de l'article L. 122-14-7 aux termes duquel « les règles posées à la présente section en matière de licenciement ne dérogent pas aux dispositions législatives ou réglementaires qui assurent une protection particulière à certains salariés définis par lesdites dispositions ». Il reste à savoir si cette analyse sera partagée par les tribunaux qui, avant l'adoption de la loi du 30 juillet 1987, avaient opté sans ambiguïté pour l'application du statut protecteur (20).

(12) Cass. soc. 10 janvier 1988 Forest c/Ass. Loisir Vacances Jeunesse (LVJ).

(13) Lettre du 18 février 1988 du ministre des affaires sociales.

(14) La reprise des délégués dont le licenciement n'a pas été autorisé s'impose encore en raison du caractère d'ordre public des dispositions de l'article L. 122-12. Voir sur ce point le jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand du 26 novembre 1987 (Action Juridique n° 70 p. 22).

(15) Droit social n. 6 juin 1985 p. 454.

(16) Cass. crim. 20 octobre 1987 - Action Juridique n° 69 p. 18 et 19.

(17) Action Juridique n° 71 p. 17.

(18) Action Juridique n° 68 Fiche pratique.

(19) Circ. min. DRT n° 87/10 du 8 septembre 1987.

(20) Cass. soc. 27 février 1985 Bull. n° 125 ; Cass. crim. 2 février 1982 Bull. n° 38.

FICHE PRATIQUE

Le congé de formation économique, sociale et syndicale

Ce congé permet à des salariés de participer sur leur temps de travail à des stages ou sessions en vue d'acquérir une formation dans les domaines économique, social et syndical (1).

Les conditions d'ouverture du droit

Les bénéficiaires

Le congé est ouvert à tous les salariés sans aucune condition d'ancienneté, et sans condition tenant à la taille, l'activité ou la forme juridique de l'entreprise dans laquelle ils travaillent (L. 451-1). Les salariés ont le choix entre des stages organisés soit par des centres rattachés à des organisations syndicales reconnues représentatives au plan national (2) soit par des institutions spécialisés figurant dans une liste établie par arrêté ministériel (3).

Quota collectif de jours de congé

La loi a institué une enveloppe globale de jours de congé disponibles pour la collectivité des salariés (4). Cette enveloppe fixée par arrêté du 7 mars 1986 est fonction de l'effectif de l'établissement au 1^{er} janvier de l'année considérée (5).

Effectif de l'établissement

- 1 à 24
- 25 à 499
- 500 à 999
- 1000 à 4999
- 5000 et plus

Nombre maximum de jours ouvrés disponibles

- 12 jours (portés à 18 pour les animateurs ou futurs responsables)
- 12 jours par tranche ou fraction de tranche supplémentaire de 25
- 12 jours par tranche ou fraction de tranche supplémentaire de 50
- 12 jours par tranche ou fraction de tranche supplémentaire de 100
- 12 jours par tranche ou fraction de tranche supplémentaire de 200

Quota maximum d'absences simultanées (arrêté du 7 mars 1986)

Effectif de l'établissement

- 1 à 24 salariés
- 25 à 99 salariés
- 100 et plus

Nombre maximum de salariés simultanément absents

- 1 seul salarié absent
- 2 salariés
- 2 %

La répartition de l'enveloppe entre les organisations syndicales

Elle peut se faire :

- soit par accord collectif
- soit par accord informel entre les organisations syndicales (6).

Le congé individuel

Le quota individuel

Les salariés ordinaires ont droit à 12 jours par an. Les animateurs de stages et les salariés appelés à exercer des responsabilités syndicales ont droit à 18 jours par an (L. 451-1, 4^e §) à condition, dans les établissements de plus de 49 salariés, que le total des jours n'excède pas 50 % du quota maximum collectif (arrêté du 7 mars 1986).

Le fractionnement

La durée de chaque congé ne peut être inférieure à 2 jours ce qui permet de fractionner le crédit annuel de 12 jours en 6 congés de 2 jours chacun (L. 451-1, 5° §).

Le calcul de la durée du congé

La loi ne fait plus référence à la notion de jours ouvrables. Par conséquent, seules les journées de formation effectivement prises sur le temps de travail du salarié peuvent être décomptées sur le quota individuel.

La procédure

La demande du salarié

La demande doit être présentée par écrit à l'employeur au moins 30 jours à l'avance et indiquer la date, la durée de l'absence sollicitée et le nom de l'organisme responsable du stage (R. 451-2). Le non respect de ces formalités par le salarié risque d'amener l'employeur à invoquer l'irrégularité de la demande et donc à refuser celle-ci.

Les pouvoirs de l'employeur

Le bénéfice du congé est de droit dès lors qu'il s'inscrit dans les limites précédemment décrites. L'employeur peut toutefois refuser le congé si ce dernier est susceptible d'avoir des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise. Mais ce refus est subordonné :

- à l'avis conforme du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel saisis préalablement à toute décision,
- à la notification écrite et motivée du refus adressée au salarié dans un délai de 8 jours à compter de la réception de la lettre de demande (R. 451-3).

Le non respect de ces formalités substantielles rend la décision de refus inopposables au salarié et expose l'employeur aux sanctions pénales prévues par l'article R. 465-1.

Le recours contre la décision de refus.

Le refus de l'employeur peut être directement contesté devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes saisi et statuant en la forme des référés (L. 451-3).

La situation du salarié

L'assimilation à du travail effectif

La durée du congé est assimilée à une durée de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés, du droit aux prestations d'assurance sociales et aux prestations familiales et pour l'ensemble des autres droits résultant pour l'intéressé de son contrat de travail (L. 451-2). Par conséquent les primes diverses d'ancienneté, d'assiduité ou de fin d'année ne peuvent pas faire l'objet d'un abattement du au congé.

La rémunération

- dans les entreprises occupant moins de 10 salariés, le congé n'est pas rémunéré sauf dispositions conventionnelles plus favorables ;
- dans les entreprises occupant 10 salariés et plus, le congé donne lieu à rémunération de la part de l'employeur. Cette rémunération est fixée à la hauteur de 0,08 pour mille du montant des salaires payés pendant l'année en cours (L. 451-1, 2° §). Compte tenu de la complexité du dispositif, l'administration préconise le versement d'une rémunération minimale, quitte en fin d'exercice d'opérer une régularisation, une fois connus la masse salariale et le nombre de journées de formation effectivement prises (6).

Si l'indemnisation ne permet pas de couvrir intégralement la perte de salaire, le CE peut la compléter en prenant en charge le salaire sur son budget d'œuvres sociales et culturelles (7).

La couverture accident du travail

Les salariés en congé sont couverts au titre des accidents du travail pour les accidents survenus par le fait ou à l'occasion de cette formation (L. 412-8 du code de la Sécurité sociale).

(1) Loi n° 85-1409 du 30 décembre 1985

(2) Pour la CFDT, il s'agit de l'Institut confédéral d'études et de formation syndicale (ICEFS).

(3) Il s'agit du centre de culture ouvrière de Nogent-sur-Marne et des instituts du travail. Dans le cas des instituts, la demande de stage transite par l'organisation syndicale.

(4) Cette enveloppe englobe également le congé de formation économique des titulaires du CE et le congé des membres du CHSCT.

(5) Se reporter au tableau présentant le nombre de journées disponibles compte tenu du nombre de salariés occupés et figurant dans la cir. min. DRT n° 87/11 du 3 novembre 1987.

(6) Solution préconisée par la circulaire précitée.

(7) Cass. ch. réunies, 20 mai 1965, Bull. n° 4.

Table Alphabétique 1988

Cette table est commune à Action Juridique (n° 69 à 74),
et à la rubrique juridique de Syndicalisme Hebdo (SH)

A Absences

Assimilation à du travail effectif n° 70 p. 5
Incidence sur le congé payé n° 70 p. 11
Motif de licenciement SH 11.2.88 ; SH 3.3.88
Prise en compte dans l'ancienneté n° 70 p. 6

Accès aux documents administratifs

Carrière des fonctionnaires
(dossier, pièces, avis) n° 73 p. 15
Concours administratifs
(copies, notes, PV de jurys) n° 73 p. 15
Fonction publique territoriale n° 73 p. 16
Fonction publique hospitalière n° 73 p. 16
Licenciement de délégué n° 74 p. 8
Limites au droit d'accès
(documents nominatifs,
secret médical,
vie privée, sécurité publique) n° 73 p. 15
Rapport d'accident du travail n° 74 p. 23

Accident de trajet

Incidence sur le congé payé n° 70 p. 11
Incidence sur le contrat de travail n° 71 p. 4

Accident du travail

Incidence sur l'ancienneté n° 70 p. 6
Incidence sur le
congé payé n° 70 p. 8 ; n° 70 p. 11
Incidence sur le contrat
à durée déterminée n° 71 p. 5
Interdiction de licencier n° 71 p. 4
Rapport de l'inspection du travail n° 74 p. 23
Rechute n° 71 p. 5
Reclassement n° 71 p. 6
Réintégration n° 71 p. 4 ; SH 7.7.88

Accords collectifs

Indication sur le bulletin de paie n° 74 p. 11
Voir aussi convention collective.

Accords d'entreprise

Application n° 69 p. 27 ; n° 70 p. 24 ; SH 2.6.88
Changement d'employeur n° 69 p. 8
Dénonciation
Avantage acquis n° 69 p. 7
Obligation de négocier n° 69 p. 6
Préavis, notification, dépôt n° 69 p. 5 ; n° 69 p. 22
Discrimination entre syndicats SH 13.10.88
Durée de l'accord n° 69 p. 4

Accords dérogatoires n° 71 p. 9 ; SH 24.3.88

Acomptes sur le salaire n° 73 p. 9

Activités multiples

Voir convention collective

Administrateur sécurité sociale n° 70 p. 7 et 8

Adresse des salariés

Liste électorale n° 26 p. 71

Affichage

Conventions et accords collectifs n° 74 p. 12
Documents non syndicaux n° 69 p. 11
Informations du CE n° 73 p. 26

Aide à la mobilité géographique n° 73 p. 25

Alcootest n° 69 p. 11

Amnistie

Fonction publique n° 73 p. 25
Secteur privé n° 72 p. 3 ; n° 73 p. 11 et 25

Ancienneté

Absence et congés pris en compte n° 70 p. 6
Handicapés n° 74 p. 9

Aptitude physique

Accidentés du travail n° 71 p. 6

Armoires vestiaires n° 69 p. 11

Artisanat (formation professionnelle) n° 73 p. 25

Assiduité

Primes et avantages n° 71 p. 14 ; n° 70 p. 4

Astreintes (tribunaux administratifs)

Exécution des jugements n° 70 p. 15 ; n° 71 p. 15

Attributions (modification) n° 73 p. 5

Autocommutateur téléphonique n° 73 p. 27

Autorisation administrative

Amnistie n° 73 p. 13
Licenciement de délégués n° 74 p. 6

Autorisation de déplacement n° 69 p. 12

Avances sur le salaire n° 73 p. 9

Avantages acquis n° 69 p. 7

B Branche d'activité

Convention collective n° 74 p. 11

Budget de fonctionnement**(CE)** n° 69 p. 13 ; n° 71 p. 11 ; n° 71 p. 2**Bulletin de paie**

Heures de délégation et
heures de grève n° 69 p. 13 ; n° 74 p. 19
Indication de la convention collective
et des accords n° 74 p. 11
Mentions obligatoires n° 74 p. 17 ; n° 73 p. 25

CADA n° 73 p. 15 ; n° 74 p. 24**Cadres et animateurs jeunesse** n° 70 p. 6 et 8**Caisse de congés payés** n° 73 p. 26**Candidat à l'Assemblée
nationale et Sénat** n° 70 p. 7 et 8**Candidats (élections professionnelles)***Voir licenciements de délégués***Carrière (Fonction publique d'Etat)** n° 73 p. 15**Carte d'identité (usine)** n° 69 p. 12**Cause économique***Voir licenciement économique***Cause réelle et sérieuse de licenciement**

Fidélité à l'entreprise SH 14.01.88

Maladie SH 11.2.88

Certificat de travail

Liquidation judiciaire n° 72 p. 27

Cessation de l'entreprise n° 69 p. 17**Cession d'entreprise**

Congés payés n° 72 p. 9

Incidence sur le contrat de travail n° 72 p. 7

Protection des délégués n° 69 p. 17 et 19 ; n° 70 p. 22

Changement du lieu de travail n° 73 p. 6**Chômage partiel**

Congés payés n° 70 p. 14

Incidence sur le contrat de travail n° 73 p. 7

CHSCT

Collège désignatif n° 69 p. 25

Congé de formation n° 70 p. 5

Guide de l' élu n° 74 p. 25

Mode de scrutin n° 73 p. 26 ; SH 7.7.88

*Voir aussi licenciement des délégués***Circonstances exceptionnelles***Voir heures de délégation***Classification conventionnelle** n° 74 p. 18**CNIL** n° 73 p. 27**Code APE** n° 74 p. 12**Comité central d'entreprise**

Fonctionnement n° 71 p. 12

Comité d'entreprise

Affichage (panneau électronique) n° 73 p. 2

Budget de fonctionnement n° 71 p. 11 ; n° 71 p. 21

Compression d'effectifs n° 70 p. 25

Congé de formation des élus n° 70 p. 5

Congé individuel de formation n° 72 p. 13

Cotisations sociales n° 72 p. 26

Crédit d'heures

Assimilation à du travail effectif n° 70 p. 5

Bulletin de paie n° 69 p. 13 ; n° 74 p. 19

Circonstances exceptionnelles n° 73 p. 19

Départs naturels

(ou volontaires) SH 11.2.88 ; n° 70 p. 25

Elections, propagande n° 70 p. 25

Eligibilité

Conditions n° 72 p. 26

Personnel détaché n° 72 p. 26

Expert nouvelles technologies n° 69 p. 25

Expert-comptable n° 69 p. 25 ; n° 71 p. 18

Handicapés n° 74 p. 10

Heures supplémentaires n° 74 p. 25

Horaires individualisés n° 73 p. 26

Licenciement économique

(consultation) n° 70 p. 17 ; SH 10.3.88

Liste électorale-Domicile des électeurs n° 71 p. 26

Plan de formation n° 73 p. 22

Plan social n° 72 p. 22

Procès-verbal

Sténo n° 69 p. 25

Valeur juridique n° 69 p. 4

Protection des élus (licenciement)

Accès au dossier administratif n° 74 p. 8

Amnistie n° 73 p. 13

Autorisation administrative n° 74 p. 6

Candidat SH 20.10.88

Clause de mobilité n° 70 p. 25

Contrat à durée déterminée n° 74 p. 8

Convention de conversion n° 74 p. 7 ; SH 10.3.88

Délibération du CE n° 74 p. 4

Demandeur d'élections SH 20.10.88

Discrimination n° 73 p. 21 ; n° 74 p. 6

Entretien préalable n° 74 p. 4

Liquidation

judiciaire n° 69 p. 17 et 19 ; n° 70 p. 22 ; n° 71 p. 26

Voir aussi licenciement des délégués.

Restructuration de l'entreprise n° 72 p. 27

Secrétaire (désignation) n° 70 p. 27

Compensation (salaire) n° 73 p. 9**Compression d'effectifs**

Consultation du CE (départs

naturels ou volontaires) n° 70 p. 25 ; SH 11.2.88

Licenciement économique n° 70 p. 17

Condamnation pénale

(désignation du délégué syndical) n° 70 p. 26

Conflits collectifs*Voir grève*

Congé de formation

animateur jeunesse n° 70 p. 6 et 8

Congé de formation CE et CHST n° 70 p. 5 et 8**Congé de formation des****conseillers prud'hommes** n° 70 p. 5 et 8**Congé de formation économique,****sociale et syndicale** n° 70 p. 5 et 8**Congé de formation****jeunes travailleurs** n° 70 p. 6 et 8**Congé de maternité** n° 70 p. 6 et 8**Congé individuel****de formation** n° 70 p. 6 et 8 ; n° 72 p. 13**Congé parental** n° 70 p. 6 et 8 ; n° 71 p. 2**Congé pour activités externes à l'entreprise**

Administrateur sécurité sociale n° 70 p. 7 et 8

Candidat Assemblée Nationale et Sénat n° 70 p. 7 et 8

Conseillers prud'hommes n° 70 p. 6 et 8

Défenseur syndical n° 70 p. 7

Congé pour événements familiaux n° 70 p. 8**Congés payés**

Absences

(incidences sur la durée du congé) n° 70 p. 11

Accidents du travail

(assimilation travail effectif) n° 70 p. 7 et 11

Assimilations (travail effectif) n° 70 p. 7

Caisse de congés payés n° 73 p. 26

Changement d'employeur n° 72 p. 9

Chômage partiel

(incidence sur la durée du congé) n° 70 p. 8 et 11

Cinquième semaine (fractionnement) n° 70 p. 14

Congé conventionnel n° 70 p. 14

Congés et absences

(assimilés à du travail effectif) n° 70 p. 7 et 8

Congés payés non pris n° 71 p. 25

Congés supplémentaires (fractionnement) n° 70 p. 14

Equivalences (périodes de travail effectif) n° 70 p. 11

Fermeture de l'entreprise n° 70 p. 13

Fractionnement n° 70 p. 14

Grève n° 70 p. 8

Horaire réduit n° 70 p. 11

Jour chômé (non imputation sur le congé) n° 70 p. 14

Jour férié n° 70 p. 12

Maladie

Assimilation à un travail effectif (non) n° 70 p. 8

Au moment du départ en congé n° 70 p. 12

Pendant le congé n° 70 p. 12

Modification dans la situation

juridique de l'employeur n° 72 p. 9

Perte de marché n° 72 p. 9

Pont n° 70 p. 12

Samedi non travaillé n° 70 p. 12

Conseil d'Etat

Compétence n° 69 p. 15

Conseil de discipline (secteur privé) n° 72 p. 27**Conseil de prud'hommes***Voir prud'hommes***Conseillers prud'hommes**

Congé de formation n° 70 p. 5

Exercice des fonctions n° 70 p. 7 et 8

Contrat à durée déterminée

Accidentés du travail n° 71 p. 5 et 6

Contrats successifs n° 70 p. 25

Délégués (protection) n° 74 p. 5 et 8

Fraude à la loi SH 30.6.88

Indication de l'objet n° 70 p. 25

Rédaction par écrit n° 70 p. 25

Contrat de travail

Rupture

Accidentés du travail n° 71 p. 4

Délégués n° 74 p. 3

Pour motif économique n° 69 p. 20 et 21

Suspension en cas de grève n° 71 p. 13

Modification substantielle n° 73 p. 4

Contre visite médicale n° 69 p. 26**Contribution patronale (CE)**

Subvention de fonctionnement n° 71 p. 11

Convention de conversion

Accord

du 20 octobre 1986 modifié n° 70 p. 17 ; n° 72 p. 25

Défaut de proposition. Sanction n° 70 p. 19 ; n° 72 p. 20

Délégués n° 74 p. 7

Procédure SH 10.3.88

Conventions collectives

Accord d'entreprise n° 69 p. 4

Activités multiples n° 74 p. 13

Affichage n° 74 p. 12

Application volontaire n° 69 p. 4

Branche d'activité n° 74 p. 11 et 17

Champ d'application conventionnel n° 74 p. 14

Champ d'application géographique n° 74 p. 14

Changement d'employeur n° 69 p. 8

Code APE n° 74 p. 12

Dénonciation

Avantages acquis n° 69 p. 7

Dénonciation partielle n° 69 p. 5

Dépôt n° 69 p. 5

Maintien en vigueur temporaire n° 69 p. 6

Notification n° 69 p. 5

Obligation de négocier n° 69 p. 6

Préavis n° 69 p. 5

Dépôt et publication n° 74 p. 13

Détermination de la convention applicable n° 74 p. 11

Droit d'opposition n° 71 p. 9 ; SH 24.3.88

Durée de la convention n° 69 p. 4

Employeur lié par la convention

Convention étendue n° 74 p. 14

Convention ordinaire n° 74 p. 14

Indication sur le bulletin de paie n° 74 p. 11 et 17

Information

Des représentants du personnel n° 74 p. 12

Des salariés n° 74 p. 12

Usage n° 69 p. 5

Cotisations sociales

Avantages servis par le CE n° 72 p. 26

Cotisations patronales n° 74 p. 19

Cour de cassation

Bilan d'activité SH 16.6.88

Cour de justice des communautés européennes n° 72 p. 10

Cours administratives d'appel

Organisation, compétence n° 69 p. 15 ; n° 71 p. 16

Crédit d'heures

Assimilation à un travail effectif n° 70 p. 5
Bulletin de paie n° 69 p. 13 ; n° 74 p. 19
Circonstances exceptionnelles n° 73 p. 19

D Débrayages

Arrêt et redémarrage des installations n° 71 p. 14
Tournants ou répétés n° 71 p. 13

Voir aussi grève

Déclassement n° 73 p. 5

Défenseur syndical n° 70 p. 7

Délégué syndical

Accord d'entreprise (signature) n° 69 p. 4 et 6
Crédit d'heures

Assimilation à un travail effectif n° 70 p. 5
Bulletin de paie n° 69 p. 13 ; n° 74 p. 19
Désignation

Absence de condamnation n° 70 p. 26
DS ouvrier désigné par la CGC n° 72 p. 26
Protection (licenciement)

Accès au dossier administratif n° 74 p. 3
Amnistie n° 73 p. 13
Autorisation administrative n° 74 p. 3
Clause de mobilité n° 70 p. 25
Discrimination n° 73 p. 21 ; n° 74 p. 6
Liquidation

judiciaire n° 69 p. 17 et 19 ; n° 70 p. 22 ;
..... n° 71 p. 26

Voir aussi licenciement des délégués.

Délégués du personnel

Accidentés du travail
(consultation des DP) n° 71 p. 6
Congés payés (fractionnement en cas de
fermeture de l'entreprise) n° 70 p. 13
Crédit d'heures

Assimilation à un travail effectif n° 70 p. 5
Bulletin de paie n° 69 p. 13 ; n° 74 p. 19
Elections, propagande n° 70 p. 25
Eligibilité

Conditions n° 72 p. 26
Personnel détaché n° 72 p. 26
Liste électorale, domicile des électeurs n° 71 p. 26
Protection des délégués (licenciement)

Accès au dossier administratif n° 74 p. 8
Amnistie n° 73 p. 13
Autorisation administrative n° 75 p. 6
Candidat SH 20.10.88
Clause de mobilité n° 70 p. 25
Contrat à durée déterminée n° 74 p. 8
Convention de conversion n° 74 p. 7 ; SH 10.3.88
Délibération du CE n° 74 p. 4
Demandeur d'élections SH 20.10.88
Discrimination n° 73 p. 21 ; n° 74 p. 6
Entretien préalable n° 74 p. 4
Liquidation

judiciaire n° 69 p. 17 et 19 ; n° 70 p. 22 ; n° 71 p. 26
Voir aussi licenciement des délégués

Réponses aux questions des DP.

Valeur juridique n° 69 p. 4

Dénonciation

Voir accords d'entreprise

Départ à la retraite

A l'initiative de l'employeur n° 69 p. 9
A l'initiative du salarié n° 70 p. 9
Délégués n° 74 p. 7

Départs naturels

(volontaires) SH 11.2.88 ; n° 70 p. 25

Dépôt

Conventions et accords n° 74 p. 13
Dénonciation d'accords n° 69 p. 5
Statuts des syndicats n° 71 p. 27 ; SH 19.5.88

Déroptions

Voir accords dérogatoires

Désignation (délégué syndical)

Absence de condamnation n° 70 p. 26
DS ouvrier désigné par la CGC n° 70 p. 26

Détachement (élections) n° 72 p. 26

Dettes du salarié - compensation n° 73 p. 9

Discipline

Amnistie n° 72 p. 3 ; n° 73 p. 11
Conseil de discipline (élection) n° 72 p. 27
Droit de la personne et libertés (atteintes) n° 69 p. 11
Règlement intérieur n° 69 p. 11
Sanctions
pécuniaires n° 69 p. 12 ; n° 71 p. 14 ; n° 74 p. 26

Discrimination

Appartenance
syndicale n° 73 p. 21 ; SH 13.10.88 ; 8.12.88
Expression des salariés n° 71 p. 25
Salariale n° 71 p. 25 ; SH 13.10.88
Voir aussi licenciement des délégués.

Documents appartenant à l'entreprise

(production en justice) n° 72 p. 16 ; n° 74 p. 26 ; SH 7.7.88

Douches n° 69 p. 11

Droit d'expression

Assimilation à un travail effectif n° 70 p. 5

Droit syndical

Voir délégué syndical et syndicats

Durée du travail

Durée maximale quotidienne n° 71 p. 10
Equipes de suppléance n° 71 p. 10
Fermeture de l'entreprise (congés payés) n° 70 p. 13
Heures de récupération n° 69 p. 11 ; n° 71 p. 10
Heures supplémentaires

Contingent annuel n° 71 p. 10
Information du CE n° 74 p. 25
Règlement intérieur n° 69 p. 11
Remplacement par un repos compensateur n° 71 p. 10

Travail saisonnier n° 71 p. 10

Horaire de travail

Aménagement dans la semaine n° 71 p. 10
Individualisé n° 73 p. 26 ; n° 71 p. 10

Modification	n° 73 p. 6
Modulation	n° 71 p. 10
Réduit	n° 70 p. 11
Hôtels Cafés Restaurants	n° 72 p. 25
Jour férié (congés payés)	n° 70 p. 12
Lissage de la rémunération	n° 71 p. 10
Règlement intérieur	n° 69 p. 11
Repos compensateur	n° 70 p. 5 ; n° 71 p. 10
Travail de nuit	n° 71 p. 10 ; SH 24.3.88
Travail en continu	n° 71 p. 10
Travail intermittent	n° 71 p. 10
Travail par cycles	n° 71 p. 10

E Effectifs

Enseignement privé	n° 74 p. 25
Personnel détaché dans un GIE	n° 72 p. 26

Elections

Voir délégués du personnel et Comité d'entreprise.

Employeurs successifs (L.122-12)

En cas de perte de marché	n° 72 p. 7
Incidence sur l'accord d'entreprise	n° 69 p. 8

Enseignement privé

(représentation du personnel) n° 74 p. 25

Entreprise en difficulté

Procédure de redressement judiciaire	n° 71 p. 26
Protection des délégués	n° 69 p. 17 et 19 ; n° 70 p. 22 ; n° 71 p. 26

Entreprises étrangères

Sanctions pécuniaires	n° 74 p. 26
-----------------------	-------------

Entretien préalable

Délai de convocation	n° 71 p. 26
Protection des délégués	n° 74 p. 4

Equipe de suppléance

n° 71 p. 10

Etrangers

n° 73 p. 25

Exécution des décisions de justice

(Fonction publique)

Astreintes	n° 70 p. 15 ; n° 71 p. 15
Condamnation à une somme d'argent	n° 72 p. 11
Obligation d'exécuter	n° 74 p. 15

Expert comptable

n° 69 p. 25 ; n° 71 p. 18

Expert en technologie

n° 69 p. 25

F Faute

Accidentés du travail	n° 71 p. 4
Amnistie	n° 72 p. 3 ; n° 73 p. 11
Protection des délégués	n° 74 p. 6

Fermeture de l'entreprise

Congés payés	n° 70 p. 13
Protection des délégués	n° 69 p. 17

Fidélité (obligation de)

SH 14.1.88

Fin de chantier

(protection des délégués) n° 74 p. 7

FNE

n° 73 p. 25

Fonction publique d'Etat

Accès aux documents administratifs	n° 73 p. 16
Exécution des décisions de justice	n° 70 p. 15 ; n° 72 p. 11

Fonction publique hospitalière

Accès aux documents administratifs	n° 73 p. 16
Exécution des décisions de justice	n° 70 p. 15 ; n° 72 p. 11

Fonction publique territoriale

Accès aux documents administratifs	n° 73 p. 16
Exécution des décisions de justice	n° 70 p. 15 ; n° 72 p. 11

Fonctionnement (subvention CE)

n° 71 p. 11

Fonctions administrateur

sécurité sociale n° 70 p. 7 et 8

Fonctions conseillers

prud'hommes n° 70 p. 6 et 8

Fonctions défenseur syndical

n° 70 p. 7 et 8

Formation animateurs jeunesse

n° 70 p. 5 et 8

Formation des élus CE et CHSCT

n° 70 p. 5 et 8

Formation des élus prud'hommes

n° 70 p. 5 et 8

Formation économique,

sociale et syndicale n° 70 p. 5 et 8

Formation professionnelle

Artisanat	n° 73 p. 25
Congé individuel de formation	n° 72 p. 13
Plan de formation	n° 73 p. 22

Fournitures (compensation)

n° 73 p. 9

Fractionnement (congés payés)

n° 70 p. 13

G Grève

Abus du droit de grève	n° 71 p. 13
Arrêt et redémarrage des installations	n° 71 p. 14
Baisse du rendement	n° 71 p. 13
Bulletin de paie	n° 69 p. 15 ; n° 74 p. 19
Congé payé	n° 70 p. 11
Débrayages tournants ou répétés	n° 71 p. 13
Grève perlée	n° 71 p. 13
Jour férié	n° 71 p. 14
Liberté de revendication	SH 21.1.88 ; SH 4.2.88
Maladie	n° 71 p. 14
Nullité du licenciement	n° 69 p. 24
Préavis	SH 21.1.88
Primes et avantages liés à l'assiduité	n° 71 p. 14
Procédure disciplinaire	n° 71 p. 13
Réduction des cadences	n° 71 p. 13
Réintégration	n° 69 p. 24
Responsabilité des délégués	n° 72 p. 19
Responsabilité des organisations syndicales	n° 72 p. 19
Retenue proportionnelle sur le salaire et accessoires	n° 71 p. 13
Réunion	n° 74 p. 26

H Handicapés

n° 74 p. 9

Heures de délégation

Assimilation à un travail effectif	n° 70 p. 5
Bulletin de paie	n° 69 p. 13 ; n° 74 p. 19
Circonstances exceptionnelles	n° 73 p. 19

Heures de récupération

n° 71 p. 10 ; n° 69 p. 11

Heures supplémentaires

Contingent annuel n° 71 p. 10

Information du CE	n° 74 p. 25
Règlement intérieur	n° 69 p. 11
Remplacement par un repos compensateur	n° 71 p. 10
Travail saisonnier	n° 71 p. 10

Horaire de travail

Aménagement dans la semaine	n° 71 p. 10
Individualisé	n° 73 p. 26
Modification	n° 73 p. 6
Modulation	n° 71 p. 10
Réduit (incidence congés payés)	n° 70 p. 11

Huissiers	n° 69 p. 27
------------------	-------------

Hygiène et sécurité

Alcootest	n° 69 p. 11
Armoires, vestiaires	n° 69 p. 11
Bruit (protection)	n° 72 p. 25
Douches	n° 69 p. 11
Droit de retrait	n° 69 p. 11
Hygiène des locaux	n° 73 p. 25
Obligation générale de sécurité	n° 70 p. 26
Règlement intérieur	n° 69 p. 11
<i>Voir aussi CHSCT</i>	

Inaptitude physique

Voir accidentés du travail – Voir handicapés

Indemnité compensatrice de préavis

Accidentés du travail	n° 71 p. 6
-----------------------	------------

Indemnité conventionnelle de licenciement

Accidentés du travail	n° 71 p. 6
Maladie prolongée	n° 71 p. 17
Mise à la retraite	n° 69 p. 10

Indemnité de congés payés	n° 71 p. 25
----------------------------------	-------------

Indemnité de départ en retraite	n° 70 p. 9
--	------------

Indemnité de mise à la retraite	n° 69 p. 10
--	-------------

Indemnité légale de licenciement

Accidentés du travail	n° 71 p. 6
Maladie prolongée	n° 71 p. 17 ; n° 73 p. 27
Mise à la retraite	n° 69 p. 10

Inspection du travail

Amnistie	n° 72 p. 5 ; n° 73 p. 12
Protection des délégués	n° 74 p. 3 et suiv.
Règlement intérieur	n° 69 p. 12
Secret professionnel	SH 14.4.88

Intérim

Contrats successifs frauduleux	n° 70 p. 21
Fraude à la loi	SH 30.6.88
Prêt de main d'œuvre illicite	n° 73 p. 17

Jeunes travailleurs (congé formation)	n° 70 p. 6 et 8
--	-----------------

Jours chômés (congés payés)	n° 70 p. 14
------------------------------------	-------------

Jours fériés

Congés payés	n° 70 p. 12
--------------	-------------

Jours ouvrables	n° 70 p. 12
------------------------	-------------

Libertés individuelles

Adresse des salariés	n° 71 p. 26
Autocommutateur téléphonique	n° 73 p. 27
Liberté d'expression	n° 71 p. 25
Règlement intérieur	n° 69 p. 11

Libertés publiques

Grève	SH 21.1.88 ; SH 4.2.88
-------	------------------------

Licenciement de délégués

Accès au dossier administratif	n° 74 p. 8
Amnistie	n° 73 p. 13
Autorisation de l'inspection du travail	n° 74 p. 6
Candidats	SH 20.10.88
Clause de mobilité	n° 70 p. 25
Contrat à durée déterminée	n° 74 p. 8
Convention de conversion	n° 74 p. 7
Délibération du CE	n° 74 p. 3
Demandeur d'élections	SH 20.10.88
Discrimination	n° 73 p. 21 ; n° 74 p. 6
Disparition de l'entreprise	n° 69 p. 17
Entretien préalable	n° 74 p. 4
Faute	n° 74 p. 6
Fin de chantier	n° 74 p. 7
Mise à la retraite	n° 74 p. 7
Mise à pied	n° 74 p. 4
Motif économique	n° 74 p. 7
Recours hiérarchique	n° 74 p. 8
Redressement et liquidation	
judiciaires	n° 69 p. 17 et 19 ; n° 70 p. 22 ; n° 71 p. 26
Réintégration	SH 7.4.88
Reprise partielle d'activité	n° 69 p. 19
Transfert	n° 74 p. 7

Licenciement économique

Accidentés du travail	n° 71 p. 4
Baisse cyclique d'activité	n° 69 p. 20
Consultation du comité d'entreprise	n° 72 p. 22 et 27
Convention de conversion	n° 73 p. 3
Accord du 20 octobre 1986	
modifié	n° 70 p. 17 ; n° 72 p. 25
Défaut de proposition,	
sanction	n° 70 p. 19 ; n° 72 p. 20
Délégués	n° 74 p. 7
Procédure	SH 10.3.88
Emploi de SIVP	n° 69 p. 21
Modification du contrat de travail (L.122-12)	n° 69 p. 26
Perte de marché (L.122-12)	n° 72 p. 8
Plan social	n° 72 p. 22
Priorité de réembauchage	n° 70 p. 19
Suppression de poste	n° 69 p. 21
<i>Voir aussi licenciement de délégués</i>	

Licenciement pour activité syndicale SH 8.12.88

Voir aussi licenciement de délégués

Licenciement pour cause personnelle

Accidentés du travail	n° 71 p. 4 et 6
Amnistie	n° 72 p. 4 ; n° 73 p. 12
Entretien préalable – délai	n° 71 p. 26
Maladie	SH 11.2.88 ; 3.3.88
Maladie prolongée	n° 71 p. 17
Modification du contrat de travail (refus)	n° 73 p. 8
Motif familial	SH 5.5.88
Obligation de fidélité	SH 14.1.88
Perte de marché	n° 72 p. 7

Lieu de travail (modification) n° 73 p. 6

Liquidation judiciaire

Procédure n° 71 p. 26
Voir aussi licenciement de délégués

Liste électorale n° 72 p. 26

M Maladie

Cause réelle et sérieuse SH 11.2.88 ; SH 3.3.88
 Congés payés

Assimilation à du travail effectif (non) n° 70 p. 8

Au moment du départ en congé n° 70 p. 12

En cours de congé n° 70 p. 12

Contre visite médicale n° 69 p. 26

Indemnité conventionnelle

de licenciement n° 71 p. 17 ; n° 73 p. 27

Indemnité légale

de licenciement n° 71 p. 17 ; n° 73 p. 27

Retenue sur le salaire SH 14.1.88

Rupture du contrat de travail n° 71 p. 17

Maladie professionnelle

Voir accidents du travail

Congés payés n° 70 p. 8

Marchandage n° 73 p. 17

Maternité

Congé assimilé à un travail effectif n° 70 p. 6

Congés payés n° 70 p. 8

Médecine du travail

Accident du travail

et maladie professionnelle n° 71 p. 6 et 7

Mensualisation

Agents contractuels de l'Etat (non) n° 71 p. 25

Mise à la retraite n° 69 p. 9

Mise à pied

Délégués n° 74 p. 4

Mobilité

Aide n° 73 p. 25

Délégués n° 70 p. 25

Salariés sans mandat n° 73 p. 4

Modification dans la situation juridique de l'employeur (L. 122-12)

Accord d'entreprise n° 69 p. 8 ; n° 71 p. 27

Perte de marché n° 72 p. 7

Redressement et liquidation judiciaire

(délégués) n° 69 p. 17 et 19 ; n° 70 p. 22 ; n° 71 p. 26

Modification du contrat de travail

Après dénonciation d'un accord n° 69 p. 7

Attributions n° 73 p. 5

Horaire de travail n° 73 p. 7

Lieu du travail n° 73 p. 6

Non substantielle n° 73 p. 4

Perte de marché n° 72 p. 7

Rémunération n° 73 p. 6

Rupture du contrat de travail n° 73 p. 8

Transports des salariés n° 73 p. 7

N Non discrimination

Appartenance

syndicale n° 73 p. 21 ; SH 13.10.88 ; SH 8.12.88

Expression des salariés n° 71 p. 25

Salariale n° 71 p. 25 ; SH 13.10.88

Voir aussi licenciement des délégués

Nouvelles technologies n° 69 p. 25

Nullité du licenciement

Accidents du travail n° 71 p. 4 ; SH 7.7.88

Activité syndicale SH 8.12.88

Délégués SH 17.11.88

Droit d'expression n° 71 p. 25

Grève n° 69 p. 24

O Obligation de négocier

Dénonciation d'accords n° 69 p. 6 et 8

Discrimination entre

organisation syndicales SH 13.10.88

Négociation annuelle d'entreprise n° 74 p. 20

Obligations militaires n° 70 p. 8

Opposition (droit d') n° 71 p. 10 ; SH 24.3.88

P Perte de marché n° 72 p. 7

Photocopie SH 7.7.88

Documents appartenant

à l'entreprise n° 72 p. 16 ; n° 74 p. 26 ; SH 7.7.88

Plan de formation n° 73 p. 22

Plan social n° 72 p. 22

Ponts

Congés payés n° 70 p. 12

Préavis

Accidentés du travail n° 71 p. 6 et 8

Amnistie n° 73 p. 13

Dénonciation d'un accord n° 69 p. 5

Départ à la retraite n° 70 p. 9

Grève SH 21.1.88

Mise à la retraite n° 69 p. 9

Prêt de main d'œuvre n° 73 p. 17

Preuve en justice

Documents appartenant à l'entreprise

(production) n° 72 p. 16 ; n° 74 p. 26 ; SH 22.9.88

Prime d'assiduité n° 71 p. 14

Priorité de réembauchage n° 70 p. 19

Procédure de licenciement

Convention de conversion SH 10.3.88

Départs volontaires SH 11.2.88

Licenciement individuel n° 71 p. 26

Voir aussi licenciement des délégués

Procédures de recrutement

(Fonction Publique d'Etat) n° 73 p. 15

Procès-verbal (CE)

Sténo-dactylo n° 69 p. 25

Valeur juridique n° 69 p. 4

Propagande(élections) n° 70 p. 25

Protection des délégués

Voir licenciement des délégués

Prud'hommes

Amnistie n° 73 p. 12
Compétence
(SIVP) n° 69 p. 27 ; n° 70 p. 25 ; n° 74 p. 22

R

Rechute
Accidentés du travail n° 71 p. 5

Recours hiérarchique

Voir licenciement des délégués

Recours pour excès de pouvoir

Délai n° 70 p. 27

Récupération n° 69 p. 11 ; n° 71 p. 10

Redressement judiciaire

Procédure n° 71 p. 26
Voir aussi licenciement des délégués

Réduction d'horaires

Application
d'un accord n° 69 p. 27 ; n° 70 p. 24 ; SH 2.6.88
Congés payés (incidence) n° 70 p. 11
Modification des horaires n° 73 p. 7

Règlement intérieur n° 69 p. 11

Réintégration

Accidentés du travail n° 71 p. 4 ; SH 7.7.88
Amnistie (délégués) n° 72 p. 5
Délégués SH 7.4.88 ; 17.11.88
Grévistes n° 69 p. 24 ; SH 8.12.88

Rémunération

Voir salaires

Repos compensateur n° 70 p. 5 et 8 ; n° 71 p. 10

Repos hebdomadaire n° 71 p. 10

Reprise partielle d'activité

Perte de marché n° 72 p. 7
Redressement judiciaire n° 69 p. 19 ; n° 70 p. 22

Retenues sur le salaire

Maladie SH 14.1.88
Compensation n° 73 p. 9
Grève n° 71 p. 13

Retrait (droit de) n° 69 p. 11

Retraite

Départ en retraite n° 70 p. 9
Mise à la retraite n° 69 p. 9

Revenu minimum d'insertion n° 74 p. 25

S

Salaires
Compensation avec les dettes n° 73 p. 9
Discrimination syndicale SH 13.10.88
Egalité n° 71 p. 25
Lissage n° 71 p. 10
Modification n° 73 p. 6
Prime d'assiduité n° 71 p. 13
Retenue en cas de grève n° 71 p. 13
Retenue en cas de maladie SH 14.1.88
Treizième mois n° 72 p. 26

Sanctions disciplinaires

Voir discipline

Secret professionnel

Inspection du travail SH 14.4.88

Secrétaire du CE n° 70 p. 27

SIVP n° 69 p. 21 et 27 ; n° 70 p. 25 ; n° 74 p. 22

SMIC

SIVP (contrat requalifié) n° 74 p. 22
Treizième mois n° 72 p. 26

Sous-traitance n° 73 p. 17

Subvention de fonctionnement (CE) n° 71 p. 11 et 21

Syndicats

Dépôt de statuts n° 71 p. 27 ; SH 19.5.88
Droit d'opposition n° 71 p. 10 ; SH 24.3.88
Négociation accords d'entreprise n° 69 p. 4 et 6

Temps partiel

Congés payés n° 70 p. 11
Passage à temps partiel n° 73 p. 7

T **Tracts** n° 70 p. 25

Transfert des salariés

Délégués n° 74 p. 7
Perte de marché n° 72 p. 7

Transports des salariés n° 73 p. 7

Travail de nuit n° 71 p. 10 ; SH 24.3.88

Travail du dimanche n° 71 p. 10

Travail effectif n° 70 p. 4

Travail en continu n° 71 p. 10

Travail intermittent n° 71 p. 10

Travail temporaire

Contrats successifs n° 70 p. 21
Fraude à la loi SH 30.6.88
Prêt de main d'œuvre illicite n° 73 p. 17

Tribunaux administratifs (compétence) n° 69 p. 15

U

Usages
Dénonciation n° 69 p. 5

V **Vestiaires** n° 69 p. 11

Vote de l'employeur (CE) n° 69 p. 27

L'unité économique et sociale

Comment déterminer le périmètre de l'entreprise pour la désignation des délégués syndicaux ou la mise en place des institutions élues ?

A cette question simple, la réponse n'est pas toujours facile à donner en pratique, car derrière plusieurs personnes morales (sociétés, associations...) il faut parfois rechercher l'unique entreprise au sens du code du travail. Cette reconstitution passe par la reconnaissance de l'unité économique et sociale.

La notion d'unité économique et sociale a été élaborée par la jurisprudence à partir des années 70 pour corriger les effets sur la représentation des salariés de la division d'une entreprise en plusieurs entités juridiques distinctes. Elle a fait l'objet depuis sa création d'un nombre très élevé d'arrêts de la Cour de cassation. Il s'agit ici de faire le point sur cette jurisprudence.

L'origine de la notion

Des découpages sociétaires frauduleux...

Des découpages en sociétés juridiquement distinctes, dont le motif déterminant était d'échapper à la mise en place d'une représentation dans l'entreprise ont conduit la Chambre criminelle à dissocier les notions d'entreprise et de société. Dans un arrêt de principe de 1970 (1) elle déclare pour casser un arrêt de relaxe de l'employeur : « il n'est pas démontré que ces personnes morales aient constitué au regard du droit du travail des entreprises distinctes ».

... à l'unité économique et sociale

Prolongeant cette évolution, la Chambre sociale de la Cour de cassation dans deux arrêts de principe de 1972 (2) rendus à propos de la désignation des délégués syndicaux retiendra que même en l'absence de fraude plusieurs sociétés peuvent constituer au regard du droit du travail « un ensemble social et économique unique ».

Cette jurisprudence qui donne naissance à la notion « d'unité économique et sociale » sera bientôt étendue par les tribunaux à la mise en place des institutions élues, délégués du personnel et comité d'entreprise. La loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel légalise la notion qui apparaît au dernier alinéa de l'article L.

431-1 du code du travail. Ce texte prévoit la reconnaissance de l'unité économique et sociale par convention ou par décision de justice.

Plus récemment le décret n° 88-1198 du 22 décembre 1988 (3) a prévu la possibilité d'organiser dans ce cadre un service médical du travail (R. 241-6 du code).

Les domaines d'application

Le regroupement de personnes morales qui constituent une unité économique et sociale peut-il être invoqué pour l'application de tous les droits subordonnés à une condition d'effectifs ? La réponse impose des distinctions car la Cour de cassation a jusqu'ici résisté à une utilisation extensive de la notion.

Les relations collectives de travail

C'est le domaine privilégié d'application de la notion. Elle est appliquée tant pour la mise en place de comités d'entreprise et délégations du personnel que pour la désignation de délégués syndicaux. Peu importe le silence de la loi pour ces dernières représentations. Comme le rappelle un arrêt de 1985 (4) « malgré le silence de la loi à cet égard, la notion d'unité économique et sociale de personnes morales juridiquement distinctes s'applique en matière de désignation de délégués syndicaux ». La même solution ne fait pas de doute pour les élections de délégués du personnel (5).

L'exclusion des relations individuelles

Dans un arrêt de 1983 (6) la Cour de cassation a exclu l'application de la notion à la détermination du régime légal de licenciement résultant de la loi de 1973 (seuil de onze salariés). En dépit de certains commentaires (7), l'arrêt de la Chambre sociale du 1^{er} juin 1988 (SA Radar) ne semble pas remettre en cause cette analyse. Cependant, la jurisprudence tient compte dans le champ des relations individuelles des liens économiques entre plusieurs sociétés. Elle fait application de la notion « d'employeurs conjoints » lorsque le salarié est subordonné à plusieurs sociétés d'un groupe (au sens économique) dans le cadre de son contrat (salarié qui reçoit indifféremment des ordres et instructions

(1) Crim. 23 avril 1970 CFDT c/Herriau Bull n° 144 p. 335.

(2) Soc. 19 décembre 1972 Sarl Cilia c/Ricci et Camous, SA Akzo Pharma c/Salley, D 1973 p. 380. Note Despax.

(3) JO du 30 décembre 1988.

(4) Soc. 3 juillet 1985 Ducros c/M. Chappe et CFDT, Droit social 1986 p. 18.

(5) En ce sens : Jean Savatier « l'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes », Droit social 1986 p. 11 et suiv.

(6) Soc. 5 mai 1983 Sté Autocars Planche et CAPE c/Sannois, Juri-social 1983 F 79.

(7) Sem. soc. Lamy n° 415 du 27 juin 1988.

de plusieurs sociétés du groupe) (8). Dans ce cas les différentes sociétés peuvent être déclarées solidairement responsables à l'égard du salarié. Mais la mise en œuvre de la notion « d'employeurs conjoints » n'implique pas d'unité sociale entre sociétés mais seulement une unité économique (9).

L'obligation annuelle de négocier ?

Lorsque l'unité économique et sociale a été reconnue comme cadre de désignation du délégué syndical (ou du délégué syndical central), la négociation annuelle obligatoire (L. 132-27 et suiv. du code du travail) doit-elle se dérouler également dans ce cadre ?

La question n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence, mais correspond déjà à la pratique de certaines entreprises.

La solution est cohérente même si elle est de nature à soulever certaines difficultés juridiques (10).

Les structures susceptibles d'être regroupées

Les catégories de personnes juridiques

La notion a d'abord été appliquée pour regrouper des sociétés commerciales. La Cour de cassation a ensuite admis son application aux associations dans un arrêt du 27 mars 1985, CFDT Côtes du Nord c/Fédération départementale des associations d'aide à domicile en milieu rural (11).

Allant au-delà de l'arrêt pose comme principe que le regroupement au sein d'une unité économique et sociale peut concerner tous les organismes visés au 1^{er} alinéa de l'article L. 431-1 du code.

En d'autres termes, la notion a le même champ d'application que l'institution dont la mise en place est recherchée.

LA COMPETENCE DU TRIBUNAL D'INSTANCE

Seul le tribunal d'instance est compétent pour les litiges relatifs à la reconnaissance de l'unité économique et sociale quelle que soit l'institution représentative en cause.

Le tribunal territorialement compétent est celui du siège social des sociétés concernées. En cas de saisines multiples le premier saisi tranchera en principe le litige, les autres devant se dessaisir à son profit en vertu de l'article 100 du NCPC.

A défaut et dans l'hypothèse de décisions contradictoires la Cour de cassation annulera tous les jugements pour renvoyer à un seul tribunal (soc. 6 janvier 1984 CFDT c/ULN et autres, Bull. n° 8).

Les parties d'entreprises

Par arrêt du 4 février 1982 (12), la Cour de cassation a admis l'existence d'une unité économique et sociale composée de deux établissements, l'un dépendant de la société Talbot, l'autre de la société Peugeot, pour une élection de délégués du personnel (13).

Dans un arrêt ultérieur de 1982 (14) le regroupement au sein de l'unité économique et sociale concernait une société et un établissement d'une autre société, en vue de l'élection d'un comité d'établissement. La Cour pour rejeter le pourvoi patronal contre le jugement ayant reconnu cette unité indique que « ... si en principe, c'est au niveau des entreprises que doit s'apprécier l'existence d'une unité économique et sociale justifiant une communauté d'institutions de représentation du personnel, il n'en est pas nécessairement ainsi quand l'unité alléguée est limitée à un secteur de production de ces entreprises ».

Les critères

Pour opérer le regroupement, la jurisprudence exige que l'ensemble regroupé constitue à la fois une unité économique et une unité sociale. Le défaut de l'une ou de l'autre suffit à écarter cette reconnaissance (15).

LES CRITÈRES DE L'UNITÉ ÉCONOMIQUE

Ils sont au nombre de deux, la concentration des pouvoirs de direction et l'identité ou la complémentarité des activités.

La concentration des pouvoirs de direction

L'examen de la jurisprudence fait apparaître une évolution dans la formulation de ce critère de l'unité économique. Dans une première période (1972-1978) l'accent est mis sur « la communauté des dirigeants », la jurisprudence s'attachant à la présence d'une même personne à la tête des différentes sociétés ou à la direction assumée conjointement par les membres d'une même famille ou encore à la présence des mêmes associés, des mêmes personnes dans les organes de direction. Puis apparaît à côté des dirigeants communs l'idée de « communauté d'intérêts » (16). Ce critère sera utilisé comme critère dominant dans les arrêts de 1982-1983 (17).

(8) Par exemple Soc. 3 février 1983 Bull. n° 76.

(9) M.A. Moreau-Bourles « Restructurations et relations individuelles du travail ». Droit social 1989 p. 88 et suiv.

(10) J. Savatier article précité.

(11) Dr. soc. 1985 p. 544 et conclusions G. Picca p. 540.

(12) Soc. 4 février 1982 Sté Talbot c/Lafdil et autres Bull. n° 69.

(13) L'arrêt relève notamment comme élément de l'unité sociale le « passé d'action et de lutttes communes de ce personnel ».

(14) Soc. 6 juillet 1982 SA Texunion. SNIP et CGC c/Syndicat CFDT Hacuitem du Haut-Rhin, Bull. n° 455.

(15) Soc. 23 juillet 1980 Bull. n° 681. Soc. 24 juin 1982 Bull. n° 422.

(16) Soc. 4 juillet 1979 Bull. n° 614.

(17) Par exemple Soc. 17 mars 1983 Bull. n° 176.

Dans son dernier état, la jurisprudence de la Cour de cassation retient comme critère essentiel « l'unité de direction » (18) ou « la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction » (19). Ce critère paraît aujourd'hui solidement établi en raison du nombre d'arrêts qui y font référence depuis 1984 et de la fermeté des formulations utilisées notamment dans les arrêts de 1988.

La concentration des pouvoirs de direction va au-delà de la simple coordination des stratégies commerciales et financières qui peut résulter de la dépendance des sociétés vis-à-vis de la même holding (20). Elle implique un pôle unique de direction (qui peut être composé de plusieurs personnes) et qui dirige en fait l'ensemble considéré.

L'identité ou la complémentarité des activités

C'est le deuxième élément constitutif de l'unité économique. L'absence de complémentarité entre les personnes morales suffit à écarter la reconnaissance de l'unité économique et sociale (21).

LES CRITÈRES DE L'UNITÉ SOCIALE

Par delà la pluralité des personnes morales, la jurisprudence s'attache à l'existence d'une « communauté de travail ». Il y aura communauté de travail si une identité ou une similitude de statuts et/ou de conditions de travail peut être démontrée (22).

Certains indices favorisent une telle reconnaissance : identité ou similitude des règlements intérieurs, des avantages sociaux, des systèmes de rémunération, l'affiliation aux mêmes organismes sociaux etc... Dans chaque cas d'espèce, il convient de relever tous les indices allant dans ce sens. À noter que l'existence de conventions collectives différentes applicables dans les sociétés concernées ne fait pas obstacle à la reconnaissance de cette communauté (23).

Mais l'un des critères les plus sûrs est celui de l'interchangeabilité (ou permutabilité) (24) des salariés. Il suffit à lui seul pour reconnaître la communauté de travail. L'interchangeabilité crée la condition commune des salariés puisque chacun peut être amené à travailler dans l'une ou l'autre des sociétés.

À noter enfin que l'imbrication des moyens et des locaux favorise la reconnaissance de la communauté de travail mais que la dispersion géographique des salariés ne fait pas obstacle en elle-même à cette reconnaissance.

LA DISPENSE DE LA RECHERCHE DES CRITÈRES EN CAS DE FRAUDE

Dans l'hypothèse qui a vu naître la notion, à savoir la fraude de l'employeur, la Cour de cassation écarte la recherche des critères.

Dans un arrêt du 29 avril 1985 (25), elle relève « que les dirigeants communs s'efforçaient de mettre en place des formules dont le but était de diminuer les effectifs et d'empêcher la constitution d'une délégation du personnel ». Elle en déduit « qu'ayant ainsi

LA DESIGNATION DU DELEGUE SYNDICAL

La désignation du délégué syndical doit être notifiée à toutes les sociétés qui constituent l'unité économique et sociale.

À défaut la désignation n'est opposable qu'à la société auprès de laquelle elle a été faite. En cas de litige les autres sociétés n'ont pas à être convoquées devant le juge d'instance et la validité de la désignation sera appréciée dans le cadre de la seule société auprès de laquelle la notification a été faite. (Soc. 19 juin 1987 Bull. n° 409).

caractérisé la fraude par le fait de laquelle des entreprises juridiquement distinctes n'étaient que des fictions destinées à masquer la réalité d'une entreprise unique, il (le juge) n'était pas tenu de spécifier chacun des éléments de celle-ci ».

Relativité de la notion suivant l'institution en cause

Dans un arrêt du 6 novembre 1985 (26) la Cour de cassation déclare « ... les diverses institutions représentatives du personnel ayant chacune leur finalité propre et les critères à retenir pour déterminer le cadre le plus approprié au bon fonctionnement de chacune d'elle étant (est) de ce fait différents... ».

En conséquence, elle écarte en l'espèce l'application de la notion d'unité économique et sociale pour l'élection des délégués du personnel alors qu'une décision antérieure l'avait reconnu pour la désignation de délégués syndicaux.

Cette position de la jurisprudence est ancienne (27) et a également été admise pour le comité d'entreprise par rapport aux autres représentations (28).

Elle a de nombreux inconvénients et notamment dans la pratique d'imposer, le cas échéant, plusieurs procédures pour faire reconnaître l'unité économique et sociale pour la mise en place des différentes institutions.

(18) Soc. 14 janvier 1988 Bull. n° 46.

(19) Soc. 3 mars 1988 Bull. n° 163. Cf également Soc. 3 décembre 1987 Bull. n° 703 et Soc. 24 mars 1988 Bull. n° 215.

(20) Soc. 3 mars 1988 Bull. n° 164.

(21) Soc. 24 mars 1988 Bull. n° 214.

(22) Par exemple, Soc. 24 mars 1988 Bull. n° 215.

(23) La solution est ancienne et fréquemment réaffirmée dans les décisions.

(24) Soc. 17 décembre 1986 Bull. n° 610.

(25) D 1986 p. 19.

(26) Bull. n° 510.

(27) Pour une critique de cette jurisprudence Cf. J.P. Murcier Dr. soc. 1979 Sp. 22.

(28) Soc. 18 juillet 1978 Juri soc. 1978 n° 12 F 86.

Elle est, de plus, difficilement conciliable avec l'application, par la Cour elle-même, des mêmes critères pour la reconnaissance de l'unité économique et sociale quelle que soit l'institution en cause (29).

En l'état de la jurisprudence, il y a lieu de considérer que pour les délégués du personnel, outre la finalité de l'institution, le seuil de création de l'institution (11 salariés) explique pour partie des solutions différentes par rapport à la désignation du délégué syndical ou à la mise en place du comité (30).

S'agissant du comité, c'est la finalité économique de l'institution qui est invoquée pour une application différente de la notion (31). La modulation de la notion se fera, en conséquence, par une appréciation plus exigeante du critère de complémentarité de l'activité des sociétés.

L'unité économique et sociale et le groupe

Du point de vue juridique, la notion de groupe telle qu'elle résulte de l'article L. 439-1 relatif au comité de

groupe ne coïncide pas avec la notion d'unité économique et sociale. La différence essentielle entre les deux notions tient au fait que la notion de groupe s'attache exclusivement à la dépendance économique des sociétés entre elles et non à l'existence d'une communauté de travail.

En pratique, groupe et unité économique peuvent coïncider. Dans cette hypothèse, c'est le comité d'entreprise qui doit être mis en place car les attributions du comité d'entreprise sont plus étendues que celles du comité de groupe. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (32).

Pierre LANQUETIN

(29) Cf Soc. 5 mai 1988 Bull. n° 273. En l'état actuel cet arrêt doit être considéré comme un arrêt d'espèce.

(30) Cf Soc. 2 février 1978 Bull. n° 88.

(31) Soc. 18 juillet 1978 Juri soc. n° 12 F 86.

(32) Soc. 22 octobre 1984 Bull. n° 395. Soc. 4 février 1987 Juri soc. 1987 S J 60.

Un numéro spécial d'Action Juridique : la durée du travail en fiches pratiques.

Action Juridique de mai 89 est entièrement consacré à la durée du travail. Vous savez qu'il s'agit d'une matière touffue et difficile d'accès.

Depuis 1936 et pendant 46 ans, la durée du travail était régie par des dispositions réglementaires. A partir de 1982, elle fait l'objet de nombreuses dispositions conventionnelles.

Action Juridique présente les principes de base et les notions qu'il faut connaître.

Ensuite, le rôle de la négociation collective dans l'élaboration des règles de la durée du travail sera exposé.

Une grande partie de ce numéro spécial fait l'objet de 15 fiches pratiques dont les horaires individualisés, le travail en continu, les contrats intermittents et à temps partiel, les heures supplémentaires sont des exemples.

Ce numéro spécial d'Action Juridique est un outil pour l'action et la négociation de la durée du travail.

Bien que compris dans l'abonnement, vous pouvez en commander des exemplaires supplémentaires.

BON DE COMMANDE

Je commande le N° 76
Spécial durée du travail d'Action Juridique

Nombre d'ex :

1 à 4 ex : 44 F

à partir de 5 ex : 35 F

soit :

Ci-joint le chèque correspondant
à l'ordre de CFDT-PRESSE

NOM - Prénom

Adresse

Adresse (suite)

Code Postal

Ville

A remplir, photocopier ou découper et
envoyer dès maintenant à : CFDT-PRESSE
4, bld. de la Villette 75 955 Paris Cedex 19.

Les recrutements distincts d'hommes et de femmes

Les exigences du droit communautaire

Un arrêt récent rendu par la Cour de justice des Communautés européennes permet de faire le point sur l'application dans la fonction publique du principe de non discrimination fondée sur le sexe en matière de recrutement.

La Cour de justice des Communautés européennes, par un arrêt du 30 juin 1988, déclare que la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CEE (1), pour avoir maintenu en vigueur « des systèmes de recrutements distincts en fonction du sexe, non justifiés par la directive 76/207 du Conseil (2), du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes... aux fins de la nomination dans les corps du personnel de direction et du personnel technique et de formation professionnelle des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, ainsi que dans l'ensemble des cinq corps de la police nationale » (3).

La directive de 1976, visée par l'arrêt définit le principe de l'égalité de traitement en son article 2 paragraphe 1 comme « l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence notamment à l'état matrimonial ou familial ».

Le paragraphe 2 de cet article prévoit cependant pour les Etats membres, la faculté d'exclure de son champ d'application « les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante ».

Le litige portait en l'espèce sur la conformité du droit français de la fonction publique de l'Etat à la directive et plus précisément, sur la question de savoir si le maintien de recrutements distincts pouvait se justifier au regard des exceptions autorisées par la directive.

Le débat sur les recrutements distincts

Le droit des femmes à accéder aux emplois publics a été longtemps contesté. Depuis 1946, date à laquelle est affirmée dans le Préambule de la Constitution ; « la

loi garantit aux femmes dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme », l'accès des femmes aux emplois publics s'est progressivement réalisé. L'évolution législative (4) maintient des dérogations au principe d'égalité, mais les recrutements distincts d'hommes ou de femmes diminuent.

Les dérogations au principe d'égalité en matière de recrutement.

Si le principe de non discrimination est affirmé dès le statut de 1946, le régime des dérogations fera l'objet de formulations de plus en plus précises, le Conseil d'Etat contribuant à limiter le champ des dérogations (5).

Postérieurement à l'adoption de la directive communautaire 76/207, une loi du 7 mai 1982 (6) a modifié le statut de 1959 pour mettre la loi française en conformité avec la directive. Un décret du 15 octobre 1982 (7) fixait la liste des corps pour lesquels un recrutement distinct pouvait être prévu (15 corps concernés).

La refonte du statut général des fonctionnaires par la loi du 13 juillet 1983 (8) aboutit aux textes actuellement en vigueur. Le principe d'égalité figure à l'article 6 et le texte dispose aux alinéas 2 et 3 : « aucune distinction ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de... leur sexe... »

(1) Sur le fondement de l'article 169 du Traité CEE, la Commission des communautés européennes, si elle estime qu'un Etat membre a manqué à une de ses obligations, peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes après avoir mis en demeure l'Etat membre de respecter le droit communautaire.

(2) Directive 76/207 CEE du conseil, du 9 février 1976 (J.O. CEE n. L39 du 14 février 1976 p. 40) relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Cette directive devait selon l'article 9 être mise en vigueur dans un délai de 30 mois à compter de sa notification, soit le 12 août 1978.

(3) Pour un commentaire de cet arrêt : J.C. Bonichot « Egalité des sexes, recrutements distincts et droit communautaire » Revue française de droit administratif nov. déc. 1988 p. 976.

(4) Sur cette évolution, Cf Patrick Auvret « L'égalité des sexes dans la fonction publique » Revue du droit public, nov. déc. 1983 p. 1571 à 1601.

(5) Cf CE 6 janvier 1956 (Ass.) « Considérant qu'en vertu des principes posés tant par l'article 7 de la loi du 19 octobre 1946 que par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, les femmes ont désormais, en règle générale, vocation à tous les emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes sous réserve du droit du gouvernement, dans l'exercice du pouvoir réglementaire qui lui est reconnu par l'article 2 de la loi de 1946... d'apporter sous le contrôle du juge, des dérogations à la règle ci-dessus définie dans le cas où la nature des fonctions ou les conditions d'exercice de ces fonctions exigent de telles dérogations » Rec. p. 4.

(6) Loi n. 82-380 du 7 mai 1982 JO 8 mai p. 1315.

(7) Décret n. 82-886 du 15 octobre 1982 JO 19 oct. p. 3154.

(8) Loi n. 83-634 du 13 juillet 1983 JO du 14 juillet p. 2174.

Toutefois des recrutements distincts pour les hommes et pour les femmes peuvent exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions ».

Quant à la fonction publique de l'Etat dont les dispositions résultent de la loi du 11 janvier 1984 (9), l'article 21 al. 1 reprend la même formulation que celle de la loi de 1982, et le décret pris pour son application (décret du 25 octobre 1984 (10), la même liste que celle du décret de 1982.

Tout au long de cette évolution législative et réglementaire, la Commission des Communautés estimait que ces dispositions n'étaient pas conformes aux exigences de la directive et en informait le gouvernement français.

La réduction progressive du nombre de recrutements distincts

Dans la plupart des cas, l'accès à la fonction publique de l'Etat par voie de concours est ouvert dans les mêmes conditions aux candidats des deux sexes. Le seul critère pour le recrutement est alors le classement du candidat quel que soit son sexe.

Les recrutements distincts ne se caractérisent pas par des concours différents. Le concours est unique mais l'arrêté de concours fixe un pourcentage de postes à attribuer respectivement aux hommes et aux femmes.

Les recrutements se font pour des corps et non pour des emplois et à l'intérieur d'un corps plusieurs types d'emplois peuvent exister.

En 1977, la réglementation sur les recrutements distincts concernait 22 corps. Ce nombre passera à 15 avec le décret du 15 octobre 1982. Lorsque la commission met en demeure la France, par un avis motivé du 29 janvier 1986, elle vise 12 corps énumérés par le décret, trois corps des douanes ayant été supprimés de la liste par un décret du 6 août 1985 (11).

La commission reconnaîtra la légitimité des recrutements distincts pour deux corps à savoir :

- le corps des attachés d'éducation des maisons d'éducation de la légion d'honneur

- le corps du personnel de surveillance des prisons.

Le gouvernement français, de son côté, supprimera de la liste litigieuse :

- les corps des instituteurs (décret du 2 février 1987) (12).

- le corps des professeurs et professeurs adjoints d'éducation physique et sportive (décret du 29 avril 1988) (13).

Restaient finalement en débat devant la Cour de justice :

- le corps du personnel de direction et du personnel technique et de formation professionnelle des services extérieurs de l'administration pénitentiaire pour lesquels le gouvernement français admettra que les recrutements distincts ne sont pas justifiés. Mais le décret n'étant pas intervenu ces corps seront visés dans le dispositif de l'arrêt.

- le corps des surveillants de prison mais seulement en ce qui concerne les surveillants chefs chargés de diriger des maisons d'arrêt.

- les cinq corps de la police nationale : commissaires, commandants et officiers de paix, inspecteurs, enquêteurs, gradés et gardiens de la paix.

Les principes appliqués par la Cour de justice des Communautés européennes

L'arrêt du 30 juin 1988 est une illustration, s'agissant de l'accès à l'emploi dans la fonction publique, du mode de raisonnement de la Cour de justice en matière de discrimination (14). Elle applique un certain nombre de principes qu'elle a progressivement dégagés tant en ce qui concerne l'égalité de rémunération sur le fondement de l'article 119 du traité (15) qu'en matière d'égalité de traitement dans les rapports de travail sur le fondement de la directive 76/207.

Or cette directive fixe un critère, le sexe condition déterminante en raison de la nature ou des conditions d'exercice des emplois, ce qui permet de savoir si un emploi est ou non réservé aux hommes ou aux femmes. Ce critère constitue la base même du système de dérogation ouvert par l'article 2 paragraphe 2.

1er principe : l'égalité est la règle, la dérogation, l'exception.

La dérogation au principe d'égalité prévue à l'article 2 paragraphe 2 est d'interprétation stricte. Si l'on veut donner toute sa portée au principe, il ne faut pas le vider en facilitant les dérogations qui ne sont compatibles avec la directive que pour des raisons objectives tenant à la nature même ou aux conditions d'exercice de l'activité professionnelle concernée.

2ème principe : le principe de transparence, ou l'existence de critères objectifs pour justifier la dérogation.

Les dérogations doivent s'apprécier au regard des tâches **concrètes** que l'activité professionnelle impli-

(9) Loi n. 84-16 du 11 janvier 1984, JO 12 janvier p.271.

L'article 21 al.1 dispose : « Pour certains corps dont la liste est établie par décret en Conseil d'Etat, après avis du conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat et des comités techniques paritaires, des recrutements distincts pour les hommes ou pour les femmes pourront être organisés si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante pour l'exercice des fonctions assurées par les membres de ces corps. Les modalités de ce recrutement sont fixées après consultation des comités techniques paritaires ».

(10) Décret n. 84-957 du 25 octobre 1984, JO 27 octobre P.3365.

(11) Décret n. 85-841 du 6 août 1985, JO 9 août p.9102.

(12) Décret n. 87-55 du 2 février 1987, JO 3 février p.1222.

(13) Décret n. 88-476 du 29 avril 1988, JO 30 avril p.5927.

(14) Cf Lanquetin Marie-Thérèse, La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire, Droit Social décembre 1988 p. 806.

(15) L'article 119 du traité CEE est relatif au principe d'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins. Cet article ne concerne pas l'ensemble des rapports de travail, CJCE 15 juin 1978 Rec. 1365.

que, seules des personnes d'un sexe déterminé étant en mesure de l'exercer.

Les raisons objectives ne peuvent consister en la fixation d'un pourcentage de postes attribués respectivement aux hommes et aux femmes à des concours communs, si ce pourcentage n'est régi par aucun critère objectif défini dans un texte législatif ou réglementaire et laissé à la seule appréciation de l'administration.

Le principe de transparence, auquel la cour avait déjà fait référence dans l'arrêt Commission/République fédérale d'Allemagne (16) implique non une règle générale et abstraite mais des critères précis (attendus 25 et 26).

3ème principe : le principe de la proportionnalité.

N'importe quelle raison objective ne peut justifier une exception au principe d'égalité et notamment en l'espèce, l'organisation de la fonction publique de l'Etat en corps. La raison objective doit être proportionnée au but recherché (17). Le système de recrutement par corps « ne saurait avoir pour conséquences que les dérogations à un droit individuel, tel l'égalité de traitement entre hommes et femmes puissent dépasser les limites de ce qui est nécessaire pour atteindre le but légitime recherché. En effet, le principe de proportionnalité exige de concilier, dans toute la mesure du possible l'égalité de traitement des hommes et des femmes avec les exigences qui sont déterminantes pour l'exercice de l'activité spécifique qui est en cause ».(attendu 28)

4ème principe : le principe de protection juridictionnelle.

La commission des Communautés européennes mais surtout les personnes lésées par des mesures discriminatoires doivent pouvoir vérifier, sous le contrôle du juge si les pourcentages retenus en cas de recrutements distincts, correspondent effectivement aux activités spécifiques pour lesquelles une dérogation est possible, c'est-à-dire pour lesquelles le sexe constitue une condition déterminante (attendu 27).

La non-conformité du droit français et ses conséquences.

La primauté du droit communautaire sur le droit national impose à la France la prise en compte de l'arrêt de la Cour de justice et des principes affirmés par elle. Cette prise en compte s'impose à l'organisation des recrutements distincts notamment dans les corps de la police nationale. Elle prévaut également sur la jurisprudence du Conseil d'Etat.

L'organisation des recrutements

L'arrêt de la Cour de justice ne remet pas directement en cause l'organisation en corps de la fonction publique. Il impose cependant un examen par fonction, activité

ou emploi à l'intérieur de ces corps pour l'application d'un régime dérogatoire au principe d'égalité de traitement.

La possibilité de maintenir des différences de traitement entre hommes et femmes au sein d'un corps n'est pas exclue par la Cour de justice (attendu 23) mais de telles différences doivent être pleinement justifiées au regard des principes affirmés par la Cour : dérogation d'interprétation stricte, principe de transparence, principe de proportionnalité, sous le contrôle du juge.

Ainsi, pour ce qui est des surveillants chefs chargés de diriger les maisons d'arrêts (18), ils exercent une fonction plus administrative, à l'intérieur d'un corps pour le recrutement duquel il est admis que le sexe est une condition déterminante (prison de femmes/prison d'hommes).

La commission suggérerait de modifier l'organisation du corps et d'inclure cette fonction dans le corps du personnel de direction. Les raisons avancées par le gouvernement français tenant à la promotion et à l'expérience acquise dans le corps ont amené la Cour à considérer que la dérogation se justifiait (attendu 17). Pour les cinq corps de la police nationale, pour lesquels des recrutements distincts ont été jugés contraires à la directive, il reste donc à examiner, activité par activité, ce qui peut justifier une dérogation.

La condamnation de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de recrutements distincts.

Par un premier arrêt du 24 novembre 1982 (19) et surtout après un arrêt du 16 avril 1986 (20) le Conseil d'Etat avait admis la licéité des recrutements distincts, s'agissant notamment du corps des instituteurs.

Le corps, en effet, jusqu'au décret du 2 février 1987 (21) faisait partie des corps pour lesquels existait un recrutement distincts d'hommes et de femmes. Ceci était paradoxal car la nature et les conditions d'exercice de la profession étaient les mêmes pour l'un et l'autre sexe. L'argument avancé pour justifier ce recrutement distinct était la trop forte féminisation du corps. Le décret du 22 août 1978 (23) avait en effet prévu que lorsque au 31 décembre précédent le recrutement la proportion des instituteurs de l'un ou l'autre sexe dépassait 65 % du nombre de ces instituteurs, des recrutements distincts avaient lieu.

Le Conseil d'Etat estimait (24) que la loi du 7 mai 1982 éclairée par ses travaux préparatoires entendait permettre de tels recrutements « dans les cas exception-

(16) CJCE 21 mai 1985 Rec. p. 1459.

(17) Ce principe de proportionnalité est également utilisé dans les arrêts suivants : CJCE 15 mai 1986 (égalité de traitement entre hommes et femmes dans la police, en Irlande, affaire dans laquelle l'exclusion des femmes des fonctions de policiers porteurs d'armes n'a été admise par la Cour que dans une situation de troubles intérieurs graves), CJCE 13 mai 1986, n. 170/84 Bilk.

(18) Les maisons d'arrêt de moins de 100 places peuvent être dirigées par un surveillant-chef, chef de maison d'arrêt.

(19) Ce 28 novembre 1982 Rec. 393 Aff. CFDT.

(20) CE 16 avril 1986 Rec. 104 Aff. CFDT.

(21) Préc. note 12.

nels où la prédominance excessive des membre de l'un ou l'autre sexe serait de nature à compromettre le fonctionnement du service public et où, par la suite, l'appartenance devrait être regardée comme une condition déterminante... ». Il précisait : « eu égard à la mission assignée au service public de l'enseignement maternel et élémentaire comme à l'intérêt psychologique et pédagogique que peut présenter pour des enfants de cet âge le contact avec un corps enseignant composé d'hommes et de femmes ».

Le Conseil d'Etat ajoutait aux dispositions communautaires.

La solution excédait le champ des dérogations admissibles au principe d'égalité telles que prévues à l'article 2 paragraphe 2 de la directive.

Une telle jurisprudence contraire aux règles communautaires ne saurait se maintenir.

Marie Thérèse LANQUETIN

Cour de justice des Communautés européennes Commission des Communautés européennes c/France 318/86 - 30 juin 1988 (extraits)

a) Les surveillants-chefs chargés de diriger les maisons d'arrêt

11. La catégorie des surveillants-chefs chargés de diriger les maisons d'arrêt ne figure pas, en tant que telle, sur la liste litigieuse, les surveillants-chefs en question ne constituant pas un « corps » au sens de la réglementation française. En revanche, la liste mentionne le « corps du personnel de surveillance » en tant que faisant partie des corps des services extérieurs de l'administration pénitentiaire pour lesquels peuvent être prévus des recrutements distincts pour les hommes et pour les femmes.

12. Quant au personnel de surveillance en général, la Commission a admis que la spécificité des emplois de surveillants et les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leurs activités justifient de réserver ces emplois principalement aux hommes dans les prisons pour hommes et principalement aux femmes dans les prisons pour femmes. Dans cette mesure, la différence d'accès au corps du personnel de surveillance, par un système de recrutements distincts pour hommes et pour femmes, n'excéderait pas les limites tracées par l'article 2, paragraphe 2, de la directive.

13. Toutefois, la Commission considère qu'une exception doit être faite pour les surveillants-chefs appelés à exercer des fonctions de chef de maison d'arrêt. En effet, ceux-ci exerceraient des activités de direction qui n'impliquent pas des contacts réguliers avec les détenus. Leurs fonctions seraient ainsi comparables à celles des « directeurs d'établissement », la seule distinction résidant dans la capacité de la maison pénitentiaire dirigée ; or, le gouvernement français aurait reconnu que, pour les directeurs des grands établissements, l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ne constitue pas un critère déterminant.

14. Le gouvernement français fait valoir que les directeurs d'établissement font partie du corps du « personnel de direction », alors que les surveillants-chefs appartiennent nécessairement au corps du personnel de surveillance, même s'ils sont appelés à diriger une maison d'arrêt. Le recrutement de ce personnel serait donc conforme aux exigences de la directive, étant donné que le recrutement distinct est nécessaire pour le corps du personnel de surveillance en général, comme la Commission l'a admis, et que la liste d'aptitude à l'emploi de chef de maison d'arrêt est établie sans que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe soit prise en compte.

15. Il ressort du dossier que le corps du personnel de surveillance comprend différents grades, et notamment ceux de surveillant et surveillant principal, de premier surveillant et de surveillant-chef. Les textes applicables précisent que les surveillants-chefs peuvent être nommés à l'emploi de chef de maison d'arrêt lorsqu'il s'agit d'un établissement de moins de 100 places. Les surveillants-chefs et, sous leur autorité, les premiers surveillants, sont « chargés de l'encadrement des surveillants et surveillants principaux » ; les surveillants-chefs nommés chefs de maison sont responsables du fonctionnement de leur établissement.

16. Dans ces conditions, le problème à examiner concerne un corps où le recrutement distinct des candidats féminins et masculins est considéré comme justifié au regard de l'article 2, paragraphe 2, de la directive, où l'avancement dans le cadre de ce corps s'effectue de façon non discriminatoire mais où l'avancement au grade supérieur peut, dans certains cas, donner lieu à l'exercice d'activités qui ne sont pas d'une telle nature que le sexe constitue une condition déterminante.

17. Il a lieu de considérer que, dans une telle situation, la dérogation prévue par l'article 2, paragraphe 2, de la directive s'étend aux activités correspondant au grade supérieur du corps concerné, même si certaines de ces activités ne doivent pas nécessairement être exercées par des personnes appartenant à l'un ou l'autre sexe. S'il est vrai, comme la Commission l'a souligné, que les autorités françaises auraient pu écarter le problème par une organisation différente de leurs services, en instituant par exemple un corps séparé pour les chefs des maisons d'arrêt, ou en incluant cette fonction dans le corps du personnel de direction, il faut également reconnaître qu'il peut y avoir des raisons pour n'admettre aux fonctions de surveillant-chef que les personnes ayant exercé effectivement les fonctions de surveillant. Or, le gouvernement français a laissé entendre que de telles raisons existaient en l'occurrence, eu égard à la nécessité de prévoir des possibilités de promotion dans le corps qui serait souhaitable pour exercer la fonction de chef de maison d'arrêt. De son côté, la Commission n'a pas démontré que ces arguments ne seraient pas valables.

18. Dès lors, les griefs de la Commission relatifs aux surveillants-chefs chargés de diriger les maisons d'arrêt doivent être rejetés.

b) Les cinq corps de la police nationale

19. Les corps de police nationale figurant sur la liste litigieuse sont les suivants : commissaires de la police nationale ; commandants et officiers de paix de la police nationale ; inspecteurs de la police nationale ; enquêteurs de la police nationale ; gradés et gardiens de la paix de la police nationale.

20. Selon la Commission, le fait que certaines fonctions policières ne peuvent être exercées indifféremment par des agents féminins et masculins ne justifie pas un traitement discriminatoire pour l'accès à la police en général. L'application de l'article 2, paragraphe 2, de la directive ne saurait être basée sur une appréciation globale de l'ensemble des activités policières ; elle nécessiterait un examen spécifique des activités concrètes à exercer.

21. Le gouvernement français observe que les cinq corps en cause sont les corps actifs de la police nationale et que les tâches qui leur sont confiées peuvent comporter des activités pour lesquelles l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue un facteur déterminant. En particulier, les agents de la police nationale devraient à tout moment être aptes à recourir à la force afin de dissuader des éventuels fauteurs de trouble. Ainsi, l'impératif fondamental du maintien de l'ordre ferait obstacle à une large insertion des femmes dans les corps de fonctionnaires chargés des opérations en question.

22. Le gouvernement français ajoute que la dernière entrave à l'accès des femmes à l'ensemble des corps de police nationale a été abolie en 1983 et que, depuis lors, les pourcentages des postes attribués aux femmes ont augmenté de manière significative. Toutefois, l'insertion des agents de sexe féminin dans les services actifs de la police devrait s'organiser de façon progressive afin de ne pas compromettre le bon exercice des tâches de sécurité publique.

23. Le débat mené devant la Cour fait ressortir que les deux parties sont d'accord pour soutenir que certaines activités relevant des tâches des corps de la police nationale ne peuvent être exercées que par des agents masculins ou, selon les cas, par des agents féminins, alors que certaines autres de ces activités peuvent être exercées par tout agent qu'il soit masculin ou féminin. Le litige porte sur les conséquences qu'il convient de tirer d'une telle situation au regard de l'application de l'article 2, paragraphe 2, de la directive.

24. A cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 2, paragraphe 2, de la directive laisse aux Etats membres la faculté d'exclure de son champ d'application certaines « activités professionnelles » et que l'article 9, paragraphe 2, de la directive leur fait obligation de procéder périodiquement à un examen de ces activités afin d'apprécier, compte tenu de l'évolution sociale, s'il est justifié de maintenir les exclusions en question. L'article 9, paragraphe 2, ajoute que les Etats membres communiquent le résultat de cet examen à la Commission.

25. Il résulte de ces dispositions que les dérogations prévues à l'article 2, paragraphe 2, ne peuvent viser que des activités spécifiques, qu'elles doivent avoir une certaine transparence permettant un contrôle utile par la Commission et qu'elles doivent, en principe, être susceptibles d'adaptation à l'évolution sociale. Cette dernière exigence ne donne pas lieu à difficultés dans le cadre du présent litige ; les deux autres exigences, en revanche, n'ont pas été respectées par la réglementation française.

26. Quant à la transparence nécessaire, force est de constater qu'elle fait défaut. Le système de recrutements distincts consiste à fixer, dans chaque arrêté de concours, le pourcentage de postes qui sera attribué respectivement aux hommes

et aux femmes ; cette fixation n'est régie par aucun critère objectif défini dans un texte législatif ou réglementaire.

27. Ce défaut de transparence a également des conséquences sur le respect de l'autre exigence posée par la directive, celle relative aux activités concernées. En effet, le système de recrutement litigieux empêche toute forme de contrôle, de la part de la Commission et des juridictions aussi bien que de la part des personnes lésées par des mesures discriminatoires, visant à vérifier si les pourcentages des recrutements distincts retenus correspondent effectivement aux activités spécifiques pour lesquelles, au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive, le sexe constitue une condition déterminante.

28. Le gouvernement français objecte encore que le fait de prévoir les recrutements distincts au niveau des corps et non pas pour l'accès à certaines activités précises est cohérent avec les principes de base qui régissent la fonction publique en France. Il convient toutefois d'observer qu'une telle circonstance ne saurait avoir pour conséquence que les dérogations à un droit individuel, telle l'égalité de traitement entre hommes et femmes, puisse dépasser les limites de ce qui est nécessaire pour atteindre le but légitime recherché. En effet, le principe de proportionnalité exige de concilier, dans toute la mesure du possible, l'égalité de traitement des hommes et des femmes avec les exigences qui sont déterminantes pour l'exercice de l'activité spécifique qui est en cause.

29. Par conséquent, les griefs de la Commission portant sur le système de recrutement des agents des cinq corps de la police nationale doivent être accueillis.

30. Il découle de ce qui précède que la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité en maintenant en vigueur des systèmes de recrutements distincts en fonction du sexe, non justifiées par la directive 76/207, aux fins de la nomination dans les corps du personnel de direction et du personnel technique et de formation professionnelle, des services extérieurs de l'administration pénitentiaire ainsi que dans l'ensemble des cinq corps de la police nationale. Le recours doit être rejeté pour le surplus.

Sur les dépens

31. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. Toutefois, selon le paragraphe 3, alinéa 1, du même article, la Cour peut compenser les dépens en totalité ou en partie, si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs. La requérante ayant succombé en un de ses moyens, il y a lieu de compenser les dépens.

Par ces motifs, la Cour déclare et arrête

1. La République française, en maintenant en vigueur des systèmes de recrutements distincts en fonction du sexe, non justifiés par la directive 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, aux fins de la nomination dans les corps du personnel de direction et du personnel technique et de formation professionnelle des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, ainsi que dans l'ensemble des cinq corps de la police nationale, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité.

2. Le recours est rejeté pour le surplus.

3. Chacune des parties supportera ses propres dépens.

Vente au numéro

Des anciens numéros d'Action Juridique sont encore disponibles. Prix franco :

- jusqu'au n° 68 : 30 F
- du n° 69 au n° 73 : 43 F
- à partir du n° 74 : 44 F

Nous indiquer par lettre le ou les numéros souhaités, joindre un chèque à l'ordre de CFDT-Presses et envoyer le tout à : CFDT-PRESSE 4 bd de la Villette - 75955 Paris cedex 19

Pour s'abonner

Vous n'êtes pas abonnés et vous venez de découvrir Action Juridique.

Abonnement annuel ordinaire : 214 F ; réservé aux adhérents CFDT : 197 F

Abonnement annuel pour l'étranger : 256 F

Abonnement annuel Action Juridique et Code des Fonctions publiques : 475 F

Abonnement groupés avec réception individuelle : tarif spécial à partir de 10 ex. s'adresser à CFDT Presse.

Indiquer par lettre nom et adresse en capitales, joindre le chèque correspondant à l'ordre de CFDT-Presses et envoyer le tout à : CFDT-Presses 4 bd de la Villette 75955 Paris cedex 19. Tél: (1) 42 03 81 40.

Pour renouveler son abonnement

Utiliser le bulletin qui vous est envoyé et sur lequel figure votre numéro d'abonné. Cela facilite grandement notre travail.

En cas de changement d'adresse

Indiquer votre nouvelle adresse en joignant impérativement l'étiquette d'envoi légèrement collée sur votre revue.

Service gratuit de copie de document

Action Juridique offre à ses abonnés un service privilégié : le droit à la copie d'un document cité dans la revue. Pour bénéficier de ce service, indiquer lisiblement la demande, joindre obligatoirement une étiquette d'envoi et envoyer le tout à :

Rédaction Action Juridique, 4 bd de la Villette 75955 Paris cedex 19.

Service réponse à vos questions

Ce service spécial est réservé à nos abonnés. Formuler votre question par lettre adressée à

Rédaction Action Juridique, 4 bd de la Villette 75955 Paris cedex 19.

La rédaction vous répondra soit directement, soit dans la rubrique Réponses à vos questions.

Service classement Action Juridique

Chaque année Action Juridique publie une table alphabétique des informations publiées dans la revue. Cette table est commune à Action Juridique et à la rubrique Juridique de Syndicalisme-hebdo.

« Vos droits » sur Minitel : 36.15 - CFDT

Faites 36.15 sur votre téléphone puis tapez CFDT sur votre minitel et vous aurez accès à deux guides : pour les salariés du privé, pour les fonctionnaires.

