action juridique

Le salaire

Le sort des conventions et accords collectifs en cas de restructuration

Le recours pour excès de pouvoir

102
SEPTEMBRE 1993 - 52F

Service Juridique CFDT

SOMMAIRE

Étude

Le salaire 3

Le point sur...

Le sort des conventions et accords collectifs en cas de restructuration 11

Fonctions publiques

Le recours pour excès de pouvoir 15

Documents

• Contrat de travail. Imputabilité de la rupture. Devoir de respect et de politesse. Réciprocité. Démission forcée. Requalification. 17

• Comité d'entreprise. Etablissement distinct. Seuil de cinquante salariés. Exigence. Non 18

• Institutions représentatives. Réclamations et revendications. Définition. Portée. Panneau d'affichage. Licenciement de délégué. Délit d'entrave. Conditions 20

• Contrat de travail. Lien de subordination. Existence. Distributeur de journaux 22

Sélectionné pour vous

• Bilan de la négociation collective en 1992

• Marins et droit du travail. Rapport de la Cour de cassation 1992

• Circulaire ministérielle 25

Réponses à vos questions

• Principales abréviations utilisées

• Les publications de la Cour de cassation

• Quelques chiffres utiles 26

• Encart central réservé aux conseillers prud'hommes I-IV

Revue réalisée par le service juridique de la CFDT (☎ 42.03.82.30)
Directeur de la publication : Jean-René Masson
Rédacteur en chef : Catherine Battut
Secrétaire de rédaction : Olivera Djukic
CPPAP 1404 D73 – ISSN 01912874 – Dépôt légal : 12755
Réalisation : Cicero (☎ 43.48.43.33)
Impression : Autographe (☎ 43.58.26.26)

Le législateur et le droit social

Les 104 jours de la session parlementaire de printemps (1) ont vu être adoptés pas moins de 40 textes (lois et conventions internationales).

Alors que le chômage continue sa progression, inexorablement, qu'a fait le législateur ? Il a adopté un « volet sécuritaire » d'une ampleur remarquée.

Alors que les entreprises licencient à tout va, sans aucune pudeur ni respect des droits élémentaires, qu'a fait le législateur ? Il a adopté, en congrès à Versailles, une réforme de la Haute Cour de Justice.

Alors qu'à nouveau sept salariés sont morts parce qu'ils travaillaient, qu'a fait le législateur ? Il a adopté un texte repoussant la mise en œuvre du nouveau code de procédure pénale.

Et concernant le droit social ? Ce n'était pas la priorité.

Allons, patience.

La session d'automne s'ouvre le 2 octobre prochain...

Catherine BATTUT
Rédacteur en chef

(1) Du 2 avril au 13 juillet 1993.

Au sommaire du prochain numéro :

Vie privée au travail

Le salaire

Beaucoup de conflits trouvent leur origine dans des désaccords portant sur le salaire ou ses accessoires. Nous allons dans cet article détailler le cadre législatif, réglementaire et conventionnel dans lequel s'inscrivent les dispositions relatives à la nature, au contenu, à la fixation, au versement, et à la protection du salaire.

Dominique LEDEME

Les principales définitions

- **La fixation du salaire : seuils et obligations**
  - Le SMIC
  - La rémunération mensuelle minimum
  - Les minimas conventionnels
  - L'interdiction d'indexation
  - Le principe de non-discrimination
- **Les différentes formes de salaire**
  - Le salaire au temps
  - Le salaire au rendement
  - Les solutions mixtes

Les éléments du salaire

- Le salaire de base
- Les accessoires
- Les substituts

Les règles d'exigibilité

- **Les règles relatives au paiement**
  - Le mode de paiement
  - Le lieu de paiement
  - La périodicité
  - Qui perçoit le salaire ?
  - Le bulletin de paie
- **La garantie de paiement**
  - Les retenues sur salaire
  - La protection contre les créanciers de l'employeur
  - Les sanctions

Les principales définitions

Du concept de salaire à celui de rémunération, les définitions sont nombreuses et se rapportent à des notions différentes selon que l'on s'intéresse au droit fiscal, au droit de la sécurité sociale ou au droit du travail. Nous retiendrons ici la définition suivante:
le salaire est l'ensemble des prestations en espèces et en nature perçues par un salarié du fait de l'exécution de son contrat de travail et de l'application des dispositions législatives ou conventionnelles régissant cette exécution. Cette définition exclut les sommes perçues lors de la suspension du contrat de travail (maladie, grève...) et lors de sa rupture (indemnité de licenciement dommages et intérêts...)

La fixation du salaire: seuils et obligations

En théorie, le salaire est fixé librement par le travailleur et l'employeur lors de la conclusion du contrat de travail (1). En fait, compte tenu de la situation de dépendance du travailleur et du caractère alimentaire du salaire, le code du travail limite la liberté des parties et organise, par ailleurs, la négociation salariale entre les partenaires sociaux tant au niveau de la branche professionnelle que de l'entreprise.

LE SMIC

Depuis le 1er janvier 1970, tout salarié âgé de plus de 18 ans ne peut percevoir une rémunération inférieure au taux du salaire minimum interprofessionnel de croissance fixé par décret (2).
Cette obligation concerne toutes les entreprises et tous les salariés, quelle que soit la forme du salaire. Des abattements sont autorisés dans certaines conditions pour les jeunes travailleurs ayant moins de 18 ans et pour les travailleurs handicapés. Les apprentis et les salariés des hôtels, cafés, restaurants, bénéficient de dispositions particulières.
Le SMIC est une rémunération horaire. Quel que soit le mode de rémunération (horaire, rendement, tâche, ...), chaque heure de travail prise isolément doit être obligatoirement payée au SMIC. Aucune compensation ne peut avoir lieu d'une semaine sur l'autre ou d'un mois sur l'autre (3).

LA RÉMUNÉRATION MENSUELLE MINIMALE

L'employeur doit garantir aux salariés « mensualisés » (voir lexique p. 10) une rémunération mensuelle minimale (RMM) égale au produit du SMIC par l'horaire mensuel de référence. Ainsi au 1er juillet 1993, la RMM est égale pour 39 heures par semaine à 169 fois le taux du SMIC, soit 5 886,27 F. S'agissant des salariés non « mensualisés », la RMM se calcule en multipliant le SMIC par le nombre d'heures travaillées dans le mois considéré.

LES MINIMAS CONVENTIONNELS

Les conventions et accords collectifs fixent les salaires minima par branche professionnelle et secteur d'activité. Les salaires minima sont liés aux grilles de classification. Ils se calculent le plus souvent en multipliant le coefficient hiérarchique affecté à chaque emploi par la valeur du point en vigueur.

L'INTERDICTION D'INDEXER

Depuis 1958, il est interdit d'indexer les salaires sur le SMIC ou sur le niveau général des prix. Cette interdiction concerne tous les éléments du salaire. Toute clause conventionnelle ou contractuelle qui prévoit une telle indexation serait nulle de plein droit. Les salariés ne peuvent se prévaloir au titre des avantages acquis d'une indexation sur le SMIC ayant été pratiquée dans l'entreprise.

LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Certaines catégories de salariés bénéficient d'une garantie d'égalité de traitement. C'est notamment vrai en ce qui concerne les salariés sous statut précaire (articles L. 122-3-3 et L. 124-4-2 du code du travail) et les femmes (article L. 140-2 du code du travail). L'interdiction de discrimination est générale et concerne l'ensemble de la rémunération, c'est-à-dire l'ensemble des sommes perçues du fait de l'appartenance à l'entreprise (salaire + intéressement + substituts de salaire...).

Les différentes formes de salaire

Lors de la conclusion du contrat de travail, le salaire est déterminé en fonction de la nature du travail à effectuer. On peut envisager trois modes de calcul différents.

LE SALAIRE AU TEMPS

Le montant du salaire perçu sera directement lié au temps passé. Le salaire peut alors être calculé sur la

(1) De ce fait le salaire est considéré comme une clause essentielle du contrat de travail et ne peut subir de modification importante qu'en respectant les principes définis par la jurisprudence (Voir AJ n° 73, p. 3).
(2) Les pouvoirs publics fixent également le minimum interprofessionnel garanti, le MIG, qui sert de base notamment pour le calcul des avantages en nature et des indemnités de chômage partiel.
(3) Cass. soc. 17 mars 1988, Bull V n° 187.

base de l'heure, de la semaine, de la quinzaine ou du mois de travail. La quantité et la qualité du travail fourni n'interviennent pas sur le montant du salaire perçu. Toutefois, certaines primes ayant la qualité d'accessoires de salaire peuvent « récompenser » une prestation supérieure à la moyenne. Il s'agit des primes de qualité ou de certaines primes de rendement.

LE SALAIRE AU RENDEMENT

Le principe de base est de calculer le salaire en fonction de la quantité de travail fourni. Il existe de multiples formes de travail au rendement : travail à la tâche, travail au boni, au point, etc. Le salaire versé en fonction du chiffre d'affaires (commerciaux, ...) peut également être considéré comme salaire au rendement puisqu'il dépend du résultat du travail fourni.

Au moment de la conclusion du contrat ou au début de l'ouvrage (travail à la tâche), les normes doivent être clairement définies. Ainsi, le travailleur doit savoir exactement comment sera calculé son salaire (prix de la tâche, nombre de pièces à produire par unité de temps...).

LES SOLUTIONS MIXTES

Dans certains cas, le salaire sera composé d'une base calculée en fonction du temps de travail ; cette base est souvent appelée « le fixe ». S'ajoutent à celle-ci divers compléments de salaire dont le montant dépend directement de la quantité de travail réalisée.
Cette catégorie de salaire se rencontre souvent chez les commerciaux.

Les éléments du salaire

Le salaire n'est pas un ensemble homogène. Il est composé de différentes sommes qui selon leur origine peuvent ou non être considérées comme salaire à part entière.

Le salaire de base

Le salaire de base est la rémunération stable due par l'employeur en contrepartie du travail fourni. Il est librement déterminé par l'employeur au moment de l'embauche, sous réserve du respect du SMIC et des salaires minima conventionnels. S'ajoutent le cas échéant au salaire de base, différentes majorations, primes et accessoires. Les heures supplémentaires doivent également être payées en plus, à moins qu'il n'existe une convention de forfait (voir lexique p. 10).
Le salaire de base est généralement fixé par mois pour un horaire hebdomadaire de référence. On parle alors de salaire mensuel. Pour les salariés non « mensualisés », le salaire de base reste défini par des taux horaires et la rémunération due par l'employeur se calcule en multipliant le taux applicable par le nombre d'heures effectuées.

Les accessoires de salaire

Parmi les différentes sommes s'ajoutant au salaire de base, il faut distinguer celles qui ont véritablement le caractère de salaire de celles qui constituent soit de simples remboursements de frais, soit des libéralités.

LES MAJORATIONS DE SALAIRE

Les différentes majorations (heures supplémentaires, travail du dimanche ou de nuit...) ne sont pas en principe incluses dans le salaire de base sauf pour les salariés rémunérés au forfait (voir lexique p. 10).
Ces majorations sont calculées à partir du taux horaire, lequel est déterminé en tenant compte du salaire de base et de certains accessoires du salaire à savoir les primes inhérentes à la nature du travail (primes de danger, d'insalubrité, de froid...), les primes individuelles de rendement, les primes d'assiduité (4), les majorations déjà existantes (5).
Sauf disposition expresse de la convention collective, seront exclues les primes non inhérentes à la nature du travail (primes d'ancienneté, remboursements de frais, primes d'intéressement, et dans certaines conditions les primes de rendement collectif (6)).

LES AVANTAGES EN NATURE

Il s'agit généralement de la nourriture et du logement, mais selon les professions les avantages en nature peuvent être très divers et variés (véhicule, vêtement,...). Ils peuvent soit constituer une partie du salaire de base, soit être considérés comme des accessoires. La valeur des avantages en nature est déterminée par la convention collective ou par le contrat de travail. Pour les salariés payés au SMIC, le code du travail fixe la valeur d'un repas à une fois le minimum interprofessionnel garanti (7) et le logement à 0,15 F par jour calendaire (article D. 141-9 du code du travail).

(4) Cass. soc. 26 octobre 1979, Bull V n° 796.
(5) Cass. soc. 29 octobre 1973, Bull. V n° 527.
(6) Cass. soc. 12 mars 1987, Bull V n° 152.
(7) 17,17 F. au 1er juillet 1993.

LES PRIMES

Pour qu'une prime soit considérée comme ayant le caractère de complément de salaire, il faut qu'elle réponde à un certain nombre de règles. A défaut d'être obligatoire par la convention ou le contrat de travail, la Cour de cassation estime que la prime doit être constante, générale et fixe. Elle est constante si son paiement est régulier et non dépendant d'un événement ou d'une situation (par exemple, absence d'accident ou bénéfices de l'entreprise). Elle est générale si elle est accordée à tout le personnel ou à une catégorie de celui-ci. Elle est fixe si son mode de calcul ne varie pas dans le temps (le montant peut varier d'une année sur l'autre).

LES REMBOURSEMENTS DE FRAIS

Les remboursements de frais sont destinés à compenser les avances que peut faire un salarié à l'occasion de son travail (repas, entretien, véhicule,...). Dans la mesure où ils correspondent à une dépense réelle, ils n'ont pas le caractère de salaire et n'entrent pas dans le calcul des majorations, du SMIC et de différentes indemnités. Par contre, s'ils sont versés forfaitairement (absence de justificatif), ils peuvent être considérés comme des salaires, notamment pour la partie excédant les frais réels.

LES GRATIFICATIONS

On appelle gratifications les sommes d'argent remises aux salariés dans différentes occasion (13e mois, vacances, naissance, mariage, médaille du travail, etc.).
Selon leur origine les gratifications ont un caractère obligatoire ou facultatif et seront de ce fait considérées ou non comme salaire.
Les gratifications prévues dans une convention collective ou dans le contrat de travail sont obligatoires et constituent un salaire.
Les gratifications versées par habitude ou en vertu d'un usage n'ont le caractère de salaire que si elles sont constantes, fixes et générales.
Les autres gratifications qui ne dépendent que de la bonne volonté de l'employeur sont considérées comme des libéralités et n'ont pas le caractère de salaire du fait de leur caractère incertain.

Les substituts du salaire

Dans un certain nombre de situations le contrat de travail est suspendu et l'absence de travail supprime l'obligation de versement du salaire. Ponctuellement, le code du travail ou les conventions collectives prévoient, selon l'origine de la suspension, le versement d'indemnités se substituant au salaire. Elles n'ont pas le caractère de salaire et n'entrent ni dans le calcul des majorations, ni dans celui des indemnités. Il s'agit notamment de l'indemnisation du chômage partiel, de l'accident du travail, des congés payés, de la maladie, de la maternité, des intempéries...

Les règles d'exigibilité

Le salaire a un caractère alimentaire et le législateur a prévu un certain nombre de garanties dont le but est d'éviter au maximum l'absence de revenu. Au premier rang de celles-ci figure l'obligation pour l'employeur de verser le salaire dès lors qu'un travail a été fourni. Il existe également une interdiction de principe de ponctionner le salaire sauf dispositions spécifiques prévues par le code du travail.

Les règles relatives au paiement

Une des garanties fondamentales pour le salarié est de percevoir un salaire dans des conditions lui assurant la régularité et la liberté d'utilisation de ses revenus.

LE MODE DE PAIEMENT

Le salaire doit obligatoirement être payé en monnaie métallique ou fiduciaire ayant cours légal. Le salaire peut donc être réglé en pièces, billets de banque, par chèque ou virement à un compte bancaire ou postal. Au-delà de 10 000 F nets par mois, le versement s'effectue obligatoirement par chèque ou virement. En dessous d'un certain montant (non fixé actuellement), le salarié peut exiger le paiement en espèces.
Cette règle ne fait pas obstacle à l'attribution d'avantages en nature dont la valeur entre dans le calcul du salaire (8). L'article L. 148-1 du code du travail interdit à l'employeur d'annexer à son établissement un économat dans lequel le salarié aurait l'obligation de dépenser une partie de son salaire.

LE LIEU DU PAIEMENT

En principe le salaire doit être versé sur le lieu du travail (mais ce n'est pas obligatoire) et pendant un jour ouvrable au cours duquel le salarié travaille. Sauf pour le personnel employé dans ces établissements, il est interdit de verser le salaire dans un débit de boissons ou dans un magasin de vente (article R. 143-1 du code du travail).

(8) Les avantages en nature ne constituent en général qu'une faible partie du salaire de base. Très exceptionnellement, ils en constituent la totalité (par exemple chez les gardiens d'immeubles).

LA PÉRIODICITÉ

Les salariés bénéficiant d'un accord de mensualisation (voir lexique p. 10) doivent percevoir leur salaire une fois par mois. A la demande du salarié, l'employeur est obligé de verser un acompte dont le montant ne peut être supérieur au salaire correspondant, au jour de la demande, à la période déjà travaillée depuis le début du mois.

Les salariés non « mensualisés » doivent être payés au minimum deux fois par mois avec au plus 16 jours d'intervalle entre les deux versements.

Les V.R.P. perçoivent leurs commissions tous les trois mois.

Lorsqu'un travail aux pièces nécessite plus de 15 jours, la date de paiement est fixée par les parties mais la demande d'acompte est possible tous les 15 jours (article L. 143-2 du code du travail).

Les dispositions relatives à la périodicité du paiement du salaire peuvent être améliorées par la convention collective, notamment en ce qui concerne le nombre de versements et la date de ceux-ci. Une convention collective peut par exemple prévoir le versement du salaire avant le 10 de chaque mois.

Le retard dans le versement du salaire expose l'employeur à des sanctions (voir infra). Le salarié lésé pourra demander au conseil de prud'hommes, outre le versement des salaires dus, l'octroi d'intérêts de retard et de dommages et intérêts couvrant le préjudice subi (9). Par ailleurs, la Cour de cassation considère comme licite une grève spontanée consécutive au non-versement des salaires (10) et reconnaît le droit au salarié de quitter son emploi sans préavis si le salaire n'est pas versé (11).

QUI PERÇOIT LE SALAIRE ?

Le salaire doit être payé directement à la personne qui en est bénéficiaire ou à toute personne dûment mandatée par le bénéficiaire. La seule exception à cette règle concerne le mineur non émancipé pour lequel le tuteur légal s'opposerait à la perception directe du salaire par le jeune.

En cas de décès du travailleur, le salaire sera versé aux héritiers constituant la « succession » (12).

Notons que si le salaire est versé à une autre personne que le bénéficiaire ou à une personne non mandatée, il est considéré comme n'ayant pas été versé et c'est à juste titre que le salarié peut à nouveau l'exiger de son employeur.

Par ailleurs, le salaire est « quérable et non portable », c'est-à-dire que c'est au salarié d'aller le chercher et non à l'employeur de le faire parvenir.

LE BULLETIN DE PAIE

Quels que soient son statut et son secteur d'activité, tout salarié doit se voir remettre en même temps que son salaire un bulletin de paie comportant un certain nombre de mentions obligatoires (article R. 143-2 du code du travail). Sont par contre interdites toutes mentions relatives au droit de grève et à l'activité des délégués.

LE CONTRÔLE DU RESPECT DU SMIC

Toutes les sommes perçues ne sont pas prises en compte pour vérifier si le SMIC est respecté. Outre le salaire de base, il faut ajouter les sommes qui ont les mêmes caractéristiques que le salaire de base à savoir celles qui sont directement liées à l'acte de travail. Il en est ainsi des primes de rendement (individuelles ou collectives), des avantages en nature ou des pourboires. Sont à exclure les primes d'ancienneté (1), les primes d'assiduité (2) et toute somme qui est destinée à rembourser des frais déjà engagés par le salarié (3). Les primes versées une ou deux fois dans l'année (vacances, fin d'année...) ne sont prises en compte que pour le mois pendant lequel elles ont été versées.

(1) Cass. soc. 1er juin 1983, in A.J. n° 35.
(2) Cass. crim. 10 mai 1983, Bull crim. n° 137.
(3) Circulaire DRT 29 juillet 1981.

Aucune signature ne peut être exigée de la part du salarié lors de la remise du bulletin de paie. Si celle-ci est apposée, elle n'a d'autre valeur que d'attester la conformité de la somme figurant sur le bulletin avec celle effectivement perçue.

Selon la jurisprudence, le bulletin de paie n'équivaut pas à un arrêté de compte. Son acceptation n'empêche pas une réclamation ultérieure et n'interrompt pas la prescription. Le cas échéant, doivent être remis au salarié, en même temps que son bulletin de paie, une fiche récapitulative de l'activité des délégués (article R. 143-2 du code du travail) et un document d'information relatif à ses droits en matière de repos compensateur (article D. 212-22 du code du travail). Pour les assistantes maternelles agréées et les emplois de service à domicile, le bulletin de paie est simplifié dès lors que le contrat de travail est conclu par une personne physique (article R. 143-3 du code du travail).

La garantie de paiement

En complément à l'interdiction faite à l'employeur d'opérer des sanctions pécuniaires (article L. 122-42 du code du travail), les possibilités de retenue sur salaire et de compensation des dettes du salarié par prélèvement sur sa rémunération sont strictement réglementées.

(9) Cass. soc. 10 juillet 1959, Bull IV n° 914.
(10) Cass. soc. 14 mars 1979, Bull V n° 232.
(11) Cass. soc. 16 mars 1978, Bull V n° 200.
(12) Le salaire sera versé aux héritiers sur présentation d'un certificat d'hérédité ou de propriété (si le salaire est supérieur à 2 000 F.) délivré par la mairie. S'il y a intervention d'un notaire, le salaire lui sera versé.

LES RETENUES SUR SALAIRE

• Les absences

Dans un arrêt du 11.02.82 (13), la Cour de cassation a considéré qu'en l'absence de dispositions conventionnelles prévoyant des modalités différentes, la retenue pour heures d'absence sur le salaire d'un travailleur payé au mois doit être égale, en principe, au quotient du salaire mensuel par le nombre d'heures de travail dans l'entreprise pour le mois considéré. Ainsi, selon le nombre de jours ouvrés dans le mois, le montant retenu pour une heure d'absence sera différent.

Par assimilation, on peut retenir le même principe pour les salariés non mensualisés rémunérés sur une base horaire. Pour les salariés rémunérés à la tâche ou à la pièce, la retenue sera fonction de la quantité de travail non produite, tout en veillant au respect du SMIC sur la période travaillée.

Notons aussi que la Cour de cassation s'est à plusieurs reprises prononcée sur la retenue de salaire pour fait de grève (14).

• Les avances sur salaire

Lorsque l'employeur avance une partie du salaire, il peut retenir la somme versée les mois suivants. Chaque retenue ne pourra pas dépasser 10% du salaire exigible. La retenue reste possible même si la partie saisissable a été entièrement ponctionnée par une saisie ou une cession.

Les acomptes sont récupérables en totalité sur le salaire du mois pour lequel ils ont été versés.

• Les limites de la compensation

Bien que l'article L. 144-1 du code du travail interdise la compensation entre le salaire et les sommes dues par le salarié à l'employeur, il fixe trois exceptions concernant :

– les outils et instruments nécessaires au travail

– les matières et matériaux dont le salarié a la charge et l'usage (15)

– les sommes avancées pour l'acquisition de ces mêmes objets.

Par ailleurs, la Cour de cassation a estimé que dans la limite de la partie saisissable du salaire, l'employeur pouvait retenir en compensation les sommes dues au titre d'une caution (16) ou d'une condamnation suite à un délit lui ayant porté préjudice (17).

• La saisie et la cession

Une partie du salaire peut être ponctionnée tous les mois pour rembourser une dette du salarié. Cette procédure est mise en place par décision de justice, soit à l'initiative du salarié (cession) soit à l'initiative du créancier (saisie). Afin de protéger le salarié et de conserver au salaire son caractère alimentaire, le législateur a décidé que le salaire ne pouvait que partiellement être destiné au remboursement des dettes du salarié (18).

Sont ainsi définies les tranches de salaire annuel et la quotité saisissable pour chacune d'entre elles. La rémunération à prendre en compte est composée de tous les éléments du salaire déduction faite des cotisations sociales. Sont considérés comme insaisissables les remboursements de frais, les allocations ou indemnités pour charge de famille, les indemnités de licenciement et transactionnelles. Les dettes alimentaires et la contribution des époux aux charges du mariage peuvent être intégralement saisies sur la totalité du salaire (article L. 145-2).

LA PROTECTION CONTRE LES CRÉANCIERS DE L'EMPLOYEUR

Les salariés sont souvent les premières victimes en cas de difficultés économiques et le non-paiement des salaires est sans aucun doute un clignotant annonçant la mauvaise santé de l'entreprise. Afin de préserver les droits des travailleurs et de leur accorder une priorité face aux autres créanciers, le législateur a organisé des protections particulières.

• Les salaires sont une créance privilégiée

Dès lors qu'un employeur n'est plus en mesure de payer ses dettes et qu'il se trouve en situation de devoir de l'argent à plusieurs personnes, certaines créances bénéficient d'une priorité, elles sont dites privilégiées. Classées selon un ordre fixé par la loi (appelé rang), elles seront payées en premier. Les salaires sont considérés comme une créance privilégiée de 4e rang. Toutefois, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, les salaires bénéficient d'un superprivilège et à ce titre seront payés en premier dans les limites suivantes :

– les salaires des 60 derniers jours de travail (90 jours pour les V.R.P. et les marins) ;

– les indemnités de congés payés, compensations de préavis, de fin de mission (intérim), de fin de contrat (CDD) ;

– la contribution de l'employeur à l'allocation de conversion.

Le superprivilège doit être versé dans la limite d'un plafond égal au double de celui fixé pour les cotisations de la sécurité sociale (19).

Certaines professions bénéficient par ailleurs d'un droit de rétention sur le fruit de leur travail et d'autres peuvent s'adresser à une tierce personne. Il s'agit notamment des salariés du bâtiment qui s'adresseront au

(13) Avant cette date l'administration proposait 3 méthodes de retenue de salaires en divisant le salaire mensuel par 30, 26 ou 169. Ces pratiques existent encore dans certaines entreprises et sont contestables. Voir A.J. n° 47, page 13 et suivantes.

(14) Voir A.J. n° 71, p. 13.

(15) La jurisprudence limite strictement ce type de retenue compensatoire notamment sur la notion d'usage. Le salarié doit effectivement pouvoir utiliser ce dont il a la charge. C'est par exemple le cas d'un véhicule de fonction mais non celui du fond de caisse dans un magasin (aucune compensation ne peut s'opérer en cas de « trou de caisse »).

(16) Cass. soc. 6 mars 1980, Bull V n° 228.

(17) Cass. soc. 6 mars 1980, précité.

(18) Voir AJ n° 98, p. 7.

(19) 12 600 F au 1er juillet 1993.

maître d'ouvrage (article L. 143-8), des salariés des entreprises de sous-traitance qui interviendront auprès du donneur d'ordre (article L. 125-2) et des travailleurs temporaires qui solliciteront l'entreprise utilisatrice (article L. 124-8).

• L'A.G.S.

Les employeurs ont l'obligation de s'assurer afin de garantir le paiement des créances salariales lors d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Ce régime d'assurance est géré par l'UNEDIC sous le nom d'A.G.S. (Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés).

Dans la limite d'un plafond (selon le cas, 13 fois le plafond mensuel de la sécurité sociale ou 4 fois ce plafond), l'A.G.S. prend en charge les sommes dues en exécution du contrat de travail. La garantie couvre principalement les sommes dues au jour du jugement d'ouverture et celles qui résultent de la rupture des contrats de travail pendant la période d'observation décidée par le tribunal de commerce ou pendant les 15 premiers jours suivant la liquidation. D'autres sommes sont également couvertes par l'A.G.S (20). L'A.G.S. n'assure l'avance des sommes dues que si celles-ci figurent sur le relevé des créances établi par le représentant des créanciers (syndic) et visé par le représentant des salariés (élu par le personnel).

Pour être prise en charge, la créance doit être définitive et certaine (cela exclut les créances nées d'une procédure prud'homale sur laquelle a été formulé un appel ou un pourvoi).

• La prescription quinquennale

A compter de la date à laquelle un salaire devient exigible (date de la paie), le salarié dispose d'un délai de 5 ans pour intervenir auprès du conseil de prud'hommes afin de soulever tout litige relatif à ce salaire.

Ce délai de 5 ans n'est opposable qu'aux éléments de salaire et non aux dommages et intérêts (indemnité de licenciement, indemnité de rupture abusive) et aux documents afférents au salaire. Dans ces cas, la prescription de droit commun (30 ans) est applicable.

LE BULLETIN DE PAIE

Il n'existe pas de modèle type de bulletin de paie. Par contre l'article R. 143-2 fixe les mentions devant obligatoirement y figurer. Il s'agit notamment de :

1) nom et adresse de l'employeur, désignation le cas échéant de l'établissement ;
2) numéro d'immatriculation à l'URSSAF et adresse de celle-ci (ou régime équivalent), numéro du code A.P.E. (activité principale exercée) ;
3) intitulé de la convention collective applicable ;
4) nom et emploi, position du salarié dans la classification conventionnelle (niveau et/ou coefficient) ;
5) période et nombre d'heures de travail en distinguant les heures normales des heures majorées (par catégorie de majoration) ;
6) nature et montant des accessoires de salaire ;
7) montant du salaire brut ;
8) montant de la C.S.G. ;
9) nature et montant des cotisations sociales salariales ;
10) nature et montant des cotisations sociales patronales ;
11) nature et montant des autres déductions ;
12) nature et montant des sommes s'ajoutant à la rémunération et non soumises à cotisation sociale ;
13) montant de la somme effectivement perçue ;
14) date de paiement des salaires ;
15) dates des congés et montant de l'indemnité correspondante.

LES SANCTIONS

• Les sanctions pénales

Un certain nombre de manquements aux règles relatives au salaire sont sanctionnés pénalement. Les sanctions les plus importantes sont les suivantes :

– Non-respect de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes : délit réprimé par les articles L. 152-1-1 et L. 152-1-2 du code du travail (prison de 2 mois à un an et/ou amende de 2 000 F à 20 000 F).

– Mise en place d'un économat d'entreprise : délit réprimé par l'article L. 154-3 du code du travail (amende de 2 000 F à 20 000 F).

– Salaire inférieur au SMIC : contravention réprimée par l'article R. 154-1 du code du travail.

– Non-respect des modalités de versement de salaire (lieu, périodicité, bulletin de paie...) : contravention réprimée par l'article R. 154-3 du code du travail.

– Retenues sur salaire non autorisées : contravention réprimée par l'article R. 154-4 du code du travail.

• Les sanctions civiles

Lors d'un contentieux relatif au salaire, le conseil de prud'hommes, saisi par le travailleur, pourra ordonner, outre le versement des sommes dues, l'octroi d'intérêts de retard et de dommages et intérêts, dès lors que l'absence de revenu a occasionné un préjudice (versement d'agios, interdiction bancaire...).

De plus, le retard important dans le paiement du salaire peut justifier dans certains cas une rupture du contrat de travail sans préavis dont la responsabilité incombe à l'employeur (21).

(20) Sur l'ensemble de cette question, voir AJ n° 54/55, p. 39.
(21) Cass. soc. 16 mars 1978, Bull V n° 200.

PETIT LEXIQUE

Acompte
Somme d'argent avancée sur la paie du mois en cours et qui correspond à un travail déjà effectué.

Avance
Somme d'argent avancée sur les paies des mois à venir et qui ne correspond pas à un travail déjà effectué.

Cession
Opération par laquelle le salarié autorise l'employeur à verser une partie de son salaire à une tierce personne envers qui il a une dette (créancier). L'acte autorisant la cession doit être passé devant le tribunal d'instance.

Charges sociales
Ensemble des cotisations sociales assises sur le salaire.

Cotisations sociales
Ensemble des sommes prélevées sur le salaire et destinées à financer les prestations sociales (assurances maladie et vieillesse, allocations familiales, ASSEDIC....).

Créance
Somme d'argent due à une tierce personne. Cette personne est appelé le créancier.

Mensualisation
La mensualisation repose sur le principe d'une forfaitisation mensuelle de la rémunération pour un horaire donné. Elle consiste à verser un salaire mensuel indépendamment du nombre de jours travaillés et en ne tenant pas compte des variations du calendrier. Le salaire de base repose sur un nombre d'heures moyen calculé sur la base de 12 mois et de 52 semaines. L'horaire moyen est égal à l'horaire hebdomadaire x 52/12 (4,33). Le chiffre de 4,33 est appelé coefficient de mensualisation. La loi sur la mensualisation, du 19 janvier 1978, a par ailleurs apporté d'autres avantages comme les congés pour événements familiaux, le calcul de l'indemnité de licenciement, l'indemnité de départ en retraite... A noter que la loi exclut encore de la mensualisation certaines catégories de salariés comme les intérimaires, les saisonniers, les intermittents.

Plafond de la sécurité sociale
Fixé par décret deux fois par an (01/01 et 01/07), il sert de base de référence pour le calcul des cotisations sociales et pour la valeur de certaines prestations ou de certains remboursements.

Saisie
Opération par laquelle un créancier demande à l'employeur de prélever une partie du salaire pour se faire rembourser sa dette. La saisie n'est possible qu'après une décision de justice l'autorisant.

Salaire brut
Véritable rémunération du travail, le salaire brut est celui qui est dû avant toutes les déductions sociales. Il comprend tous les éléments de salaire soumis aux cotisations sociales (salaire de base + avantages en nature + primes, etc.).

Salaire forfaitaire
Le salaire au forfait consiste à verser une rémunération déterminée pour un temps de travail préalablement défini et qui sera supérieur à la durée légale du travail. Il rémunère globalement et sans distinction les heures normales et les heures supplémentaires, y compris les majorations. Dans certains cas, sont également incluses les primes et même l'indemnité de congés payés. Deux conditions sont exigées : le salaire forfaitaire doit résulter d'un accord expresse et non équivoque entre l'employeur et le salarié ; le montant de la rémunération ne peut-être inférieur au SMIC et aux salaires minima conventionnels applicables majorés du montant des heures supplémentaires comprises dans le forfait.

Salaire net
Il correspond au salaire brut moins les cotisations sociales.

Salaire net à payer
Il correspond au salaire net auquel on retranche les acomptes, les avances et les sommes saisies ou cédées, auquel on ajoute les remboursements de frais et dans certaines professions une partie de la valeur des avantages en nature. Le salaire net à payer correspond à la somme effectivement perçue.

Salaire net imposable
Il s'agit du salaire net auquel sont ajoutées une partie des cotisations sociales (CSG non déductible) et des sommes non soumises à cotisations sociales (certains remboursements de frais).

Le sort des conventions et accords collectifs en cas de restructuration

La « mise en cause » du statut conventionnel

En cas de restructuration, les salariés transférés bénéficient immédiatement des dispositions conventionnelles en vigueur dans l'entreprise d'accueil. En revanche, les conventions et accords qui liaient leur précédent employeur cessent en principe de s'appliquer. En effet, les conventions et accords collectifs, contrairement aux usages et aux accords « atypiques » (1), ne sont pas transmis au nouvel employeur en cas de transfert d'entreprise (2). L'article L. 122-12 du code du travail, qui assure le maintien des seuls contrats de travail, ne peut être invoqué en ce sens (3). La « mise en cause » (pour employer le terme légal) concerne non seulement les accords conclus au niveau de l'entreprise, mais également les conventions et accords de branche.
Tout en le consacrant, le législateur est intervenu pour atténuer les effets de ce principe par une loi du 13 juillet 1971 (ancien article L. 132-7 du code du travail), modifiée par la loi du 13 novembre 1982. La question est actuellement régie par l'article L. 132-8, alinéa 7, du code du travail (voir encadré). Ce texte renvoie largement aux dispositions relatives à la dénonciation des conventions et accords collectifs, alors que la situation créée par un transfert d'entreprise est très différente. Cette facilité à laquelle s'est laissé aller le législateur est source de confusion et d'incertitudes.

OPÉRATIONS CONCERNÉES

Ce sont toutes les hypothèses de changement d'employeur au sens de l'article L. 122-12 du code du travail (c'est-à-dire les fusion, cession, scission, mais aussi absorption, apport partiel d'actifs, mise en location-gérance, transfert d'un établissement, d'un service, etc.) qui mettent en cause l'application des conventions et accords collectifs (4).
La « mise en cause » résulte de la seule survenance de l'une de ces situations. Le nouvel employeur n'est pas tenu de procéder à une dénonciation ou de respecter un quelconque délai (5). Encore faut-il qu'il y ait changement d'employeur, ce qui n'est pas le cas lors d'une simple restructuration de capital telle qu'une prise de participation, même majoritaire (6).

CONVENTIONS ET ACCORDS CONCERNÉS

L'article L. 132-8 s'applique aussi bien aux conventions de branche qu'aux accords d'entreprise, ainsi qu'aux accords à durée déterminée (7).
Toutefois, en dépit du principe de la survie provisoire de l'accord mis en cause pendant un an (article L. 132-8, alinéa 3), il ne semble pas possible d'appliquer un accord à durée déterminée au-delà de son terme. Si un accord conclu pour une durée d'un an a reçu application pendant six mois au moment du transfert de l'entreprise, le nouvel employeur ne serait obligé de l'appliquer que pendant six autres mois, et non pendant un an.
En revanche, la survie provisoire d'un an s'imposerait si l'accord continuait de s'appliquer comme accord à durée indéterminée, ce qui sera le cas si aucune clause visant à éviter cette situation n'a été prévue (article L. 132-6 du code du travail).
Par ailleurs, lorsqu'un accord à durée déterminée arrive à échéance, les salariés ne bénéficient d'aucun avantage acquis, sauf accord de l'employeur. Ce principe semble faire obstacle au maintien des avantages acquis en cas de transfert d'entreprise (article L. 132-8, alinéa 6).

L'OBLIGATION DE NÉGOCIER

En cas de remise en cause du statut collectif, une négociation doit s'engager (cf. article L. 132-8, alinéa 7). L'employeur y est fortement incité, puisque le conclusion d'un accord interrompt la survie provisoire du statut mis en cause et met obstacle au maintien légal des avantages individuels acquis. Pour autant, il n'y a pas d'obligation de conclure.
La négociation doit s'engager conformément aux règles applicables en cas de dénonciation, c'est-à-dire « à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois qui suivent la dénonciation » (article L. 132-8, alinéa 5, auquel renvoie l'alinéa 7). Ainsi, il semble que l'employeur ne soit pas légalement tenu de prendre l'initiative des négociations, son obligation étant seulement d'accepter la discussion si la demande lui en est faite. Dans ce cas, il devra organiser une négociation dans les trois mois qui suivent le changement d'employeur.
Seul le transfert effectif des contrats de travail déclenche l'obligation de négocier, alors que l'intérêt des salariés est d'entamer des négociations dès que la restructuration est décidée, ce qui intervient en pratique bien avant. Rien ne s'oppose à l'ouverture de négociations avec le « repreneur » dès cette décision, à condition qu'il le souhaite...

(1) Cf. Cass. soc. 23 septembre 1992, Bull V n° 479, et Cass. soc. 16 décembre 1992, Bull V n° 594, qui déclarent opposables au nouvel employeur un avantage devenu obligatoire par voie d'usage et « un engagement de portée collective et de durée indéterminée » pris par l'ancien employeur en dehors du cadre des accords collectifs (en l'espèce, un engagement pris devant le comité d'établissement).
(2) Voir notamment Cass. soc. 10 février 1965, Bull civ IV n° 116 – 21 juin 1967, Bull civ IV n° 493.
(3) Cf. Cass. soc. 29 avril 1965, Bull civ IV, n° 320 – 28 octobre 1979, Bull V, n° 768. L'article L. 122-12-1 ne semble pas pouvoir être invoqué non plus. Malgré sa rédaction large, il ne vise que la transmission des obligations nées avant le transfert.
(4) Voir en ce sens Cass. soc. 24 février 1993, n° 647 P, Collin c/ Sté Sogères, qui fait expressément référence, pour déterminer le champ d'application de l'article L. 132-8, à la notion d'« entité économique autonome » dégagée par la jurisprudence pour l'application de l'article L. 122-12.
(5) Cass. soc. 26 février 1992, Trigona c/ Sté ABI, Bull V n° 132 (décision rendue en application de l'ancien art. L. 132-7 mais transposable au texte actuel dont la rédaction est quasi identique).
(6) Cass. soc. 12 février 1985, Bull V n° 93 – 19 décembre 1990, Bull V n° 678.
(7) Certains accords déclenchent l'application de règles spécifiques (accords de participation, de retraite complémentaire, de prévoyance).

Aucune sanction spécifique n'est prévue en cas de violation de l'obligation de négocier. Le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale interdit d'appliquer les sanctions pour délit d'entrave prévues en cas de refus d'engager la négociation annuelle obligatoire sur les salaires et le temps de travail. Il s'agit en effet de deux négociations distinctes. Par ailleurs, le refus de négocier ne suspendrait sans doute pas la « mise en cause ». En effet, il a été jugé qu'en cas de dénonciation le manquement de l'employeur à son obligation de négocier n'entraînait pas le maintien des accords dénoncés (8). En revanche, le tribunal de grande instance pourrait sans doute ordonner en référé l'ouverture de débats, comme en matière de négociation annuelle obligatoire (9).
Les syndicats représentatifs présents dans l'entreprise d'accueil semblent pouvoir prendre l'initiative des négociations (et y participer) au même titre que les organisations représentatives des salariés de l'entreprise cédée. L'article L. 132-8 alinéa 7 renvoie aux règles applicables en cas de dénonciation, où les « parties intéressées » à la négociation sont uniquement les syndicats signataires de la convention ou de l'accord dénoncé. Mais cette référence paraît totalement inadaptée à l'hypothèse d'un transfert d'entreprise.

Le maintien du statut conventionnel antérieur

La restructuration ne remet pas en cause l'application des conventions et accords de branche si le nouvel employeur est personnellement lié par ceux-ci. Tel est le cas s'il est affilié à une organisation patronale signataire ou adhérente (ou s'il est lui-même signataire ou adhérent). Il en va de même s'il s'agit de dispositions étendues, excepté si son activité principale relève d'une branche différente et que l'entreprise ou le service transféré perd toute autonomie. Dans ce cas, c'est la convention correspondant à l'activité principale du nouvel employeur qui s'appliquera.
Le maintien du statut antérieur peut également résulter de son application volontaire par le nouvel employeur après expiration du délai légal ou conventionnel de survie provisoire (cf. infra). Dès lors, il ne pourrait être mis fin au maintien volontaire qu'en respectant la procédure instaurée par la jurisprudence pour la dénonciation des usages, c'est-à-dire après information des représentants du personnel et des salariés individuellement, dans un délai suffisant pour permettre d'éventuelles négociations (10).
En dehors de ces deux hypothèses, le maintien du statut antérieur n'est assuré que temporairement.

La survie provisoire des dispositions mises en cause

En cas de restructuration, une convention ou un accord collectif continue de s'appliquer jusqu'à ce qu'un nouvel accord lui soit substitué ou, en l'absence d'accord de substitution, pendant une durée de quinze mois (10bis) à compter du changement d'employeur (article L. 132-8, alinéa 3, auquel renvoie l'alinéa 7).
Pendant cette durée, les salariés conservent l'ensemble des droits collectifs et individuels dont ils bénéficiaient auparavant. Les salariés embauchés durant cette période devraient bénéficier des avantages maintenus, puisque l'article L. 132-8 ne les exclut pas. Le maintien du statut antérieur peut être prolongé par voie d'accord avec le nouvel employeur, mais il doit rester limité dans le temps. Une clause prévoyant le maintien en vigueur jusqu'à l'application d'une nouvelle convention n'est pas valable, puisqu'elle ne fixe pas de terme précis ; la survie provisoire est alors ramenée à un an (11).

L'ACCORD DE SUBSTITUTION

La survie de la convention ou de l'accord est abrégée si une autre convention ou un autre accord lui est « substitué ». Une décision du 14 mai 1992 a clairement précisé que seul l'accord « résultant de la négociation qui doit s'engager dans l'entreprise, soit pour l'adaptation des dispositions nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions selon le cas » peut se substituer aux dispositions mises en cause (12). Cette position a été confirmée depuis (13).
Tant qu'un tel accord n'est pas conclu, ces dispositions continuent de s'appliquer, même si une convention ou un accord est déjà en vigueur dans l'entreprise d'accueil. La formule employée exclut de substituer à un accord d'entreprise tout accord préexistant, qu'il soit de branche ou d'entreprise. On ignore pour l'instant si l'accord négocié avec le nouvel employeur doit être signé par toutes les organisations syndicales représentatives pour que le statut antérieur soit valablement écarté. En tout état de cause, aucun droit d'opposition des syndicats non signataires n'est prévu au cas où l'accord serait conclu avec certaines organisations seulement.
Par ailleurs, certains auteurs estiment qu'il ne peut y avoir substitution que si l'ancien et le nouveau texte sont de même niveau. Mais, ce qui est vrai en cas de dénonciation priverait en grande partie de leur portée le texte et la jurisprudence en cas de restructuration : l'accord conclu avec le nouvel employeur ne pouvant se substituer qu'à un précédent accord d'entreprise, une convention de branche mise en cause devrait en effet toujours survivre une année. On peut donc penser que les juges ne limiteront pas la portée de l'accord de substitution.
En l'absence d'un tel accord, le licenciement d'un salarié qui revendique le bénéfice des dispositions antérieures pendant le délai de survie est abusif (14).

(8) Cass. soc. 12 février 1991, Bull V n° 62.
(9) Cass. soc. 13 juillet 1988, BS F. Lefèbvre 9/88 inf 1197.
(10) Cass. soc. 4 décembre 1991, Sté Marcel Varret c/ Sousa, Bull V n° 553.
(10bis) Le délai de 3 mois qui doit précéder la dénonciation d'une convention ou d'un accord collectif s'applique également en cas de mise en cause à l'occasion d'une cession d'entreprise. Cass. soc. 22 juin 1993. Dr. soc. 93, p. 659.
(11) Cass. soc. 12 février 1991, Bull V n° 62.
(12) Cass. soc. 14 mai 1992, Sté Vaulx Distribution c/ Volet, Bull V n° 310.
(13) Cass. soc. 24 février 1993, précité. Cette solution semble aller au-delà de la directive des Communautés européennes n° 77-187 du 14 février 1977 (article 3.2), qui préconise « le maintien des conditions de travail convenues par une première convention collective jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective ».
(14) Cass. soc. 14 mai 1992, précité.

En revanche, la disparition du statut s'imposerait aux salariés si un accord était valablement conclu (sauf à démissionner ou à encourir un licenciement pour cause réelle et sérieuse en cas de refus de travailler aux nouvelles conditions).

LE CONTENU DE L'ACCORD DE SUBSTITUTION

Malgré l'enjeu des négociations, le législateur n'a pas prévu de contenu minimal à l'accord qui peut être conclu. Néanmoins, un accord équivalant à une renonciation à la survie provisoire et au maintien des avantages acquis sans contrepartie ne serait sans doute pas valable. En effet, il ne respecterait pas l'objet de la négociation. Selon le cas, il doit s'agir d'éviter un vide conventionnel ou d'adapter le statut antérieur aux dispositions applicables dans l'entreprise d'accueil (15). Dans le premier cas, la négociation concernera le maintien des avantages mis en cause et/ou la création d'avantages nouveaux. Elle pourra se traduire par une clause de maintien des avantages (individuels ou collectifs) acquis. Le problème est de savoir si l'accord négocié, pour être valablement « substitué » au texte mis en cause, doit traiter des mêmes questions que ce dernier. En l'absence de jurisprudence, on peut penser que, si tous les avantages antérieurs doivent être pris en compte lors de la négociation, en revanche, il n'est pas nécessaire de remplacer chacun d'eux par une clause nouvelle sur le même sujet.

LE CONCOURS DES CONVENTIONS COLLECTIVES

Lorsque des dispositions conventionnelles sont déjà en vigueur dans l'entreprise d'accueil, la survie du statut antérieur entraîne une situation de concours de conventions. Pendant la durée de cette survie, les salariés transférés peuvent bénéficier des conventions et accords applicables avant et après le transfert. Le principe, en cas d'application simultanée de plusieurs textes conventionnels, est que « les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulation contraire, se cumuler, seul pouvant être accordé le plus favorable d'entre eux » (16). Le caractère plus favorable doit être apprécié pour l'ensemble des salariés, et non salarié par salarié, et pour chaque groupe d'avantages, non clause par clause.

Les avantages acquis

Depuis 1982, le maintien des avantages acquis peut résulter aussi bien de la loi que d'une disposition conventionnelle.

LE MAINTIEN LÉGAL DES AVANTAGES INDIVIDUELS ACQUIS

En cas de dénonciation, lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord, les salariés conservent les avantages qu'ils ont acquis, en application de cette convention ou de cet accord (article L. 132-8, alinéa 6). Cette disposition est également applicable au cas de restructuration.

Le législateur n'a pas défini la notion d'avantage individuel acquis. Par référence à la jurisprudence (incertaine) relative aux clauses conventionnelles, seuls peuvent être considérés comme acquis les avantages dont les salariés ont personnellement bénéficié en application d'une convention ou d'un accord, avant sa mise en cause ou pendant la période de survie provisoire. Tel est le cas des avantages dont les salariés bénéficient de façon régulière et répétitive : primes (d'ancienneté, de 13e mois,...), congés supplémentaires, etc. A l'opposé, sont exclus les avantages liés à un événement qui ne s'est pas encore produit. Ainsi, les indemnités de rupture ne peuvent constituer un avantage acquis. Entre les deux, le sort des avantages liés à un événement aléatoire (maladie, maternité, etc.) n'est pas fixé. Certains salariés ont pu en bénéficier, d'autres pas. Il n'est pas certain qu'il y ait avantage acquis pour les premiers. En tout état de cause, l'avantage acquis ne peut se cumuler avec un avantage existant dans l'entreprise d'accueil. Il doit être distinct ou, à défaut, plus favorable. La comparaison doit se faire entre chaque groupe d'avantages, selon la méthode évoquée en cas de concours de conventions collectives.

LA LOI N'ASSURE PAS LE MAINTIEN DES AVANTAGES COLLECTIFS

Malgré l'imprécision de cette notion, cela exclut, outre les avantages concernant les représentants du personnel, ceux qui concernent l'organisation collective de l'entreprise : durée et aménagement du temps de travail, droit disciplinaire, hiérarchie des emplois et qualifications, systèmes de rémunération, etc. Ainsi, un mécanisme de calcul garantissant une progression annuelle de la rémunération est un avantage de nature collective (17). Il en va de même du système de répartition des pourboires entre les salariés d'un casino. Seul le niveau de rémunération atteint en application de ces mécanismes de calcul est un avantage individuel acquis (18).

Les avantages individuels acquis ne sont maintenus qu'à défaut d'accord de « remplacement ». La cohérence voudrait que, comme celui qui met fin à la survie des dispositions antérieures, il ne puisse s'agir que d'un accord négocié avec le nouvel employeur, mais la Cour de cassation semble estimer qu'un accord déjà applicable dans l'entreprise d'accueil met obstacle au maintien des avantages individuels acquis (19).

Lorsqu'il y a avantages acquis, ceux-ci sont intégrés aux contrats de travail et l'employeur ne peut les modifier ou les supprimer unilatéralement. En cas de refus des

(15) Si des dispositions conventionnelles sont déjà en vigueur dans l'entreprise d'accueil, la négociation risque en réalité de déboucher sur un accord d'adaptation de ces dispositions (et non des textes antérieurs) aux salariés transférés. Si l'adaptation par accord d'entreprise d'un texte de niveau supérieur est prévue par le code du travail (article L. 132-23), l'adaptation d'un accord d'entreprise risque d'entraîner sa révision, selon la procédure prévue par la loi du 31 décembre 1992 (article L. 132-7 nouveau).
(16) Ass. plén. 18 mars 1988, Bull V n° 34.
(17) Cass. soc. 12 février 1991, Bull V n° 62.
(18) Cass. soc. 22 avril 1992, Bull V n° 296.
(19) Cass. soc. 16 mai 1990, RJS 1/91, p. 7.

salariés, il est tenu de procéder au licenciement ou de maintenir les avantages, selon la jurisprudence relative à la modification substantielle du contrat de travail (20).

LES CLAUSES DE MAINTIEN DES AVANTAGES ACQUIS

Une clause de ce type peut permettre le maintien d'avantages collectifs, que la loi ne prévoie pas. Elle peut aussi garantir le maintien d'avantages individuels là où la loi ou la jurisprudence ne le permettrait pas. Mais, pour être efficace, elle doit définir précisément les avantages dont il s'agit, afin d'éviter les difficultés d'interprétation déjà évoquées à propos du maintien légal, qui risqueraient de la vider de son contenu. Seule une clause insérée dans un accord négocié avec le nouvel employeur semble valable. Il paraît difficile de faire jouer une clause qui n'aurait pas spécifiquement pris en compte les dispositions mises en cause dans l'entreprise concernée (clause figurant dans un accord antérieur ou conclu à un autre niveau).

Loïc AUREISE

(20) Cass. soc. 6 novembre 1991, Bull V n° 479.
En revanche, un arrêt rendu peu après (Cass. soc. 20 novembre 1991, Bull V n° 508, cité dans le rapport annuel 1991 de la Cour de cassation p. 273-274) laisse penser que la suppression des avantages acquis par un accord collectif conclu au-delà du délai d'un an serait opposable aux salariés. Cette décision a toutefois été rendue dans le cadre spécifique de l'application de la loi du 1er juillet 1983, portant réforme des caisses d'épargne et de prévoyance et, selon le rapport lui-même, on ne peut lui accorder une portée générale.

EXTRAITS DE L'ARTICLE L. 132-8 DU CODE DU TRAVAIL

3e alinéa :
Lorsque la dénonciation émane de la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés, la convention ou l'accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut (L. n° 85-10 du 3 janv. 1985, art. 26) « pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée supérieure ».

5e alinéa :
Lorsqu'une convention ou un accord a été dénoncé par la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés, une nouvelle négociation doit s'engager, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois qui suivent la date de la dénonciation.

6e alinéa :
Lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans les délais précisés au troisième alinéa ci-dessus, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ces délais.

7e alinéa :
Lorsque l'application d'une convention ou d'un accord est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, ladite convention ou ledit accord continue de produire effet conformément aux troisième et sixième alinéas du présent article. En outre, une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise en cause, conformément au cinquième alinéa du présent article, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions, selon le cas.

Le recours pour excès de pouvoir

Les agents des fonctions publiques (*) peuvent être amenés à demander devant les juridictions administratives l'annulation d'une décision administrative qu'ils estiment illégale.
L'objet de cet article est de présenter le recours pour excès de pouvoir.

La notion d'illégalité

Aujourd'hui, on distingue cinq cas d'illégalité.

L'INCOMPÉTENCE

Une décision peut être entachée d'incompétence parce que prise par une autorité administrative qui n'avait pas qualité pour le faire. L'incompétence peut être :
– matérielle (« rationae materiae ») : l'autorité prend une décision qui n'entre pas dans ses attributions ;
– territoriale (« rationae loci ») : l'autorité méconnait les limites territoriales de sa compétence ;
– temporelle (« rationae temporis ») : l'autorité prend une décision alors qu'elle n'avait plus ou pas encore la compétence pour le faire.

LE VICE DE PROCÉDURE OU DE FORME

Le vice de procédure peut se définir comme étant la méconnaissance d'une des règles substantielles organisant la procédure d'élaboration des décisions. Le vice de forme a plutôt trait à la « présentation » de la décision. Par exemple, constitue un tel vice le défaut de motivation lorsque la motivation est obligatoire.

LA VIOLATION DIRECTE DE LA LOI

Il s'agit plus exactement de la violation de la norme supérieure à celle que l'on attaque.

L'ILLÉGALITÉ EN RAISON DES MOTIFS

Elle peut revêtir trois aspects.

• **L'erreur de droit :** l'autorité administrative invoque une règle qui ne peut pas fonder juridiquement la décision prise ou une règle qu'elle interprète inexactement.

• **L'erreur de fait :** par exemple, l'autorité administrative fonde sa décision sur des faits inexacts ou inexistants.

• **L'erreur de qualification juridique des faits :** dans ce cas, les faits sont exacts mais l'administration se trompe dans l'appréciation et opère une qualification inexacte.

LE DÉTOURNEMENT DE POUVOIR

Dans cette hypothèse, l'administration utilise ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été attribués.

Les conditions de recevabilité du recours

LE DÉLAI

Le recours doit être formé dans le délai de deux mois (1) à compter du jour où l'intéressé est censé avoir eu connaissance, par notification s'il s'agit d'une décision individuelle ou par publication ou affichage régulier, de la décision administrative qu'il entend contester (2).
Bien qu'en principe le délai du recours ne soit pas susceptible d'être prorogé, il existe des causes de prorogation. En voici quelques-unes :

• **La demande d'aide juridictionnelle :** Elle interrompt le délai de recours si elle est elle-même formée dans ledit délai. Ce dernier recommence à courir à compter de la notification de la décision du bureau d'aide juridictionnelle.

• **L'exercice d'un recours administratif préalable :** Pour proroger le délai, il doit lui-même être formé dans le délai de recours contentieux. Il appartient au requérant de prouver la date du recours administratif ; l'envoi par lettre recommandée avec accusé de réception est dès lors fortement conseillé.
Deux sortes de recours administratifs existent :
– le recours gracieux, porté devant l'autorité qui a pris la décision incriminée ;
– le recours hiérarchique, porté devant l'autorité supérieure à celle qui a pris la décision incriminée, si elle est compétente.
L'administration dispose d'un délai de quatre mois pour répondre. Trois situations peuvent se présenter.
1) L'administration répond favorablement dans le délai de quatre mois. L'affaire est terminée.
2) L'administration rejette explicitement le recours dans le délai de quatre mois. Ce refus peut faire l'objet d'un recours contentieux dans le délai de deux mois.

(*) L'action du syndicat est aussi possible. Le prochain article de la rubrique « Fonctions publiques » lui sera consacré.
(1) Il s'agit du délai de droit commun ; des délais spéciaux existent.
(2) En cas de décision individuelle, si la notification ne mentionne pas les délais de recours, ceux-ci ne courent pas.

3) L'administration ne répond pas dans le délai de quatre mois. Ce silence vaut rejet implicite, rejet qui peut faire l'objet d'un recours contentieux dans le délai de deux mois. Attention : le recours gracieux ne proroge le délai de recours contentieux qu'une seule fois.

UNE DÉCISION FAISANT GRIEF

Pour pouvoir être attaquée, la décision doit « faire grief » c'est-à-dire léser le ou les personnes intéressées, porter directement atteinte à un droit. N'entrent pas dans cette catégorie : les simples avis formulés par l'administration, les circulaires sans caractère réglementaire c'est-à-dire qui n'ajoutent rien aux textes en vigueur, les instructions de service...

UN INTÉRÊT À AGIR

Pour que le recours soit recevable, le demandeur doit avoir un « intérêt à agir » ou en d'autres termes un intérêt à ce que la décision attaquée soit annulée. Par exemple, l'agent à qui une sanction a été infligée a intérêt à voir cette décision annulée. Par contre ne dispose pas d'un intérêt à agir un fonctionnaire qui demande l'annulation d'une décision prononçant une nomination à un grade auquel il n'a aucune possibilité d'accéder.
Plus précisément, pour que le requérant dispose d'un intérêt qui lui donne par suite qualité à agir, celui-ci doit remplir plusieurs conditions.

• **Un intérêt personnel** : Une personne ne peut donc agir pour le compte d'une autre sans mandat conventionnel ou légal.

• **Un intérêt légitime** : Il s'ensuit qu'un recours est en principe irrecevable s'il a pour objet le maintien d'une situation irrégulière.

• **Un intérêt direct et certain** : En réalité l'intérêt invoqué ne doit pas être lésé de façon trop indirecte ou incertaine. L'idée générale qui sous-tend la jurisprudence est qu'il y ait un lien suffisamment étroit entre la situation du requérant et la mesure attaquée. Par exemple, ainsi en est-il d'un fonctionnaire qui demande l'annulation :
– de la promotion d'un de ses collègues à son grade,
– ou d'une nomination prononcée dans un corps auquel il a vocation d'accéder...
Dans tous ces cas, le fait que la concurrence pour l'avancement entre lui et ses collègues va se trouver aggravée, ne serait-ce que pour l'avenir, lèse ou est susceptible de léser ses intérêts de carrière. Cela suffit pour que le requérant ait qualité pour agir.
Il faut signaler que l'intérêt s'apprécie :
– par rapport au dispositif de la décision attaquée, et non par rapport aux motifs que cette décision peut contenir,
– par rapport aux conclusions de la requête et non par rapport au détail de l'argumentation,
– à la date du recours et non à une date postérieure, notamment celle du jugement.

Les conditions de forme du recours

LE RECOURS À L'AVOCAT

En matière de recours pour excès de pouvoir, le recours à l'avocat n'est pas obligatoire. Devant le Conseil d'Etat, un recours peut êrte exercé par un mandataire muni d'un mandat donné pour l'instance en cause (3). Devant les tribunaux administratifs les avocats ont le monopole de la représentation. Il s'ensuit qu'est irrecevable un recours exercé en vertu du mandat confié à un parent ou à une organisation syndicale (4).
En pratique, dans les affaires ne présentant pas de difficultés majeures, le fonctionnaire concerné aidé de son syndicat peut prendre en charge lui-même son procès. Toutefois, si l'affaire est complexe ou si ni l'agent ni le syndicat n'ont les connaissances suffisantes pour suivre par eux-mêmes le déroulement de l'instance, il est plus prudent d'avoir recours à un avocat qui rédigera et signera la requête et les mémoires.

LA REQUÊTE INTRODUCTIVE D'INSTANCE

• **Délai** : La requête introductive d'instance doit parvenir au greffe du tribunal avant l'expiration du délai indiqué ci-dessus, suivant la notification de la décision (5).

• **Contenu** : La requête doit indiquer clairement son objet : l'annulation d'une décision, en précisant laquelle. Cette décision doit être jointe. Elle doit aussi contenir les moyens, ou arguments juridiques que l'on va présenter pour obtenir l'annulation de la décision (6). Le recours doit être signé. Dans l'hypothèse où, pressé par le délai de deux mois, on n'a pas le temps de rédiger posément une requête et de bien développer son argumentation, on peut déposer ce qu'on appelle un recours sommaire. Ce dernier doit contenir les arguments juridiques qui justifient la demande. Il est sage qu'il contienne au moins un moyen de forme et un moyen de fond. Le mémoire ampliatif qui le suivra ne pourra que développer les catégories de moyens contenus dans le recours sommaire. Ce mémoire doit parvenir le plus tôt possible au tribunal, en tous cas dans le délai qu'il fixera. Au Conseil d'Etat, ce délai est de quatre mois.

O. D.

(3) Avocat, ami, collègue de travail, parent mais l'un des époux n'a pas qualité pour introduire un recours pour excès de pouvoir contre une décision qui concerne son conjoint, Conseil d'Etat, 17 mai 1946, Recueil Lebon p. 140.
(4) Conseil d'Etat, 31 janvier 1964, Delle Bourgon ; Conseil d'Etat, 30 mai 1974, Syndicat intercommunal des eaux de Carcassonne.
(5) Ou dans les deux mois suivant le délai de quatre mois pendant lequel l'administration a gardé le silence, silence valant décision implicite de rejet.
(6) Ces moyens correspondent aux cas d'illégalité évoqués plus haut.

DOCUMENTS

CONTRAT DE TRAVAIL. IMPUTABILITÉ DE LA RUPTURE. Devoir de respect et de politesse. Réciprocité. Démission forcée. Requalification.

Cour d'appel de Grenoble (Ch. soc.)
6 mai 1992
Société Acore c/ Mlle Naili

Faits et procédure

Les faits et la procédure ont été clairement exposés dans le jugement entrepris et la Cour s'y réfère expressément.
Le conseil a estimé que la rupture du contrat de travail de Mlle Régine Naili était exclusivement imputable à la société Acore et que cette rupture était abusive.
En conséquence il a condamné la société Acore à payer à la salariée :
– 12 348 F à titre d'indemnité compensatrice de congés payés
– 19 758 F à titre d'indemnité de préavis et 1 975,80 F de congés payés y afférents
– 4 939,50 F à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement
– 60 000 F de dommages-intérêts pour rupture abusive de contrat de travail
– 3 000 F en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

Il a en outre ordonné à la société Acore de remettre à Mlle Naili une fiche ASSEDIC régularisée portant mention de la rupture du contrat de travail et un certificat de travail rédigé dans les termes du présent jugement, le tout sous astreinte de 500 F par jour de retard à compter des 15 jours suivant la notification du jugement.
La société Acore conteste cette décision. Elle soutient qu'il n'y a pas eu licenciement, la procédure n'ayant pas été conduite à son terme et que la rupture est imputable à la seule salariée qui, malgré la demande de l'employeur, a refusé sans raison valable de reprendre son poste.
De plus la salariée n'ayant pas exécuté son préavis elle demande que celle-ci soit condamnée à lui payer la somme de 29 055 F somme devant être compensée avec les congés payés dus.
Elle réclame enfin 10 000 F au titre de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.
Mlle Naili conclut à la confirmation du jugement en toutes ses dispositions et réclame en outre 8 000 F au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

Sur ce

S'il y a bien eu mise à pied conservatoire, convocation à entretien préalable au licenciement, et si cet entretien s'est bien déroulé le 23 octobre 1989, l'employeur n'a cependant pas mené à son terme la procédure puisque par lettre du 25 octobre il a fait connaître à sa salariée «Nous considérons qu'il n'existe plus aucun motif pour que vous ne soyez pas présente à votre poste».
La loi permet à l'employeur de revenir sur sa décision à la suite de l'entretien préalable et il n'y a donc pas eu licenciement de la part de l'employeur.
Mlle Naili à la suite de cette lettre n'a pas repris son travail se trouvant en arrêt maladie jusqu'au 5 novembre. Par lettre du 31 octobre la salariée a fait savoir à son employeur que ses pressions constantes, son comportement violent et vexatoire ne lui permettaient pas de reprendre son travail dans des conditions acceptables.
C'est donc Mlle Naili qui a refusé de reprendre son travail et, n'ayant pas eu recours à la procédure de résiliation judiciaire, ce courrier constitue en fait une lettre de démission.
Il s'agit cependant d'examiner si, compte tenu des faits invoqués par la salariée, il ne s'agit pas d'une démission forcée due à l'attitude de M. Pierre Testud.
Aucun grief n'a été invoqué par l'employeur en dehors de l'altercation survenue entre M. Testud et Mlle Naili le 18 octobre.
Selon M. Testud Mlle Naili se serait énervée parce qu'il avait rayé une lettre qu'elle lui présentait et qu'il n'approuvait pas. La version de la salariée est tout autre. M. Testud se serait emporté gravement et aurait proféré à son égard divers propos inadmissibles et intolérables («allez vous faire mettre» notamment).
L'incident n'a pas eu de témoins directs.
Cependant la salariée verse aux débats deux attestations émanant de deux anciens employés de M. Testud dont rien ne permet de remettre en cause la sincérité.
M. Rochelle mentionne que M. Testud s'était montré très incorrect, agressif et impoli à son égard.
M. Girardon, électronicien, ancien cadre de la société précise qu'il peut se permettre de témoigner parce qu'il ne fait plus partie de l'entreprise. Il déclare que «le personnel, tout du moins les responsables, travaille dans un climat de peur et de méfiance, soumis à l'humeur de M. Testud qui peut

à tout instant anéantir leur travail ou leurs efforts par des décisions tout à fait arbitraires ou bien les traiter de façon dégradante devant d'autres personnes de la société». Ce témoin souligne en outre les réactions violentes et le langage particulier de l'employeur.
Compte tenu de ces éléments, la Cour estime que Mlle Naili a établi les faits reprochés à son employeur et ceci d'autant plus que dès la notification de sa mise à pied et de sa convocation, faite dans les instants suivant l'incident, et tout au long de la procédure, l'intéressée a toujours contesté ce qui lui était reproché et a maintenu ses griefs à l'égard de M. Testud, sans variation.
Si les salariés ont un devoir de respect et de politesse à l'égard de leur employeur, ce même devoir existe à plus forte raison pour les employeurs qui ont déjà un pouvoir sur leurs salariés et se doivent de les respecter.
M. Testud a manqué à la plus élémentaire politesse, alors qu'il s'adressait à une proche collaboratrice, en contact quotidien avec lui.
Il a de plus manifesté avec emportement son désir de la licencier en la mettant à pied sur le champ et en la convoquant à un entretien préalable pour faute grave.
S'il avait légalement le droit de revenir sur sa décision à l'issue de l'entretien préalable, il ne pouvait utiliser ces moyens particulièrement graves, source d'inquiétude pour un salarié, dans un moment d'emportement non contrôlé.
Devant une telle attitude il était légitime que Mlle Naili ait perdu toute confiance dans son employeur et que, tant en raison de sa dignité personnelle que des répercussions sur sa santé attestées par certificat médical, elle n'ait plus eu d'autre solution que de refuser de continuer à assumer son emploi.
Il s'agit donc d'une démission forcée qui doit être requalifiée en licenciement à l'initiative de l'employeur.
Compte tenu des faits exposés, ce licenciement a eu lieu sans cause réelle ni sérieuse et à ce titre Mlle Naili a droit non seulement aux indemnités de rupture mais aussi à des dommages-intérêts.
Les sommes allouées à ces titres par le conseil sont justifiées par l'ancienneté de la salariée et ne sont pas contestées.
En ce qui concerne le préavis non exécuté et dont l'employeur réclame le remboursement, si l'employeur peut se dispenser de régler le préavis en cas de faute grave rendant intolérable le maintien du salarié dans l'entreprise, même pendant la durée du préavis, les droits et devoirs du salarié et de l'employeur sont réciproques.
L'attitude de M. Testud justifiait la démission forcée de Mlle Naili, démission analysée comme un licenciement sans cause.
Mlle Naili n'a pu effectuer son préavis en raison du comportement de l'employeur qui lui rendait impossible sa présence auprès de M. Testud avec lequel elle avait des relations quotidiennes et proches du fait de sa fonction de secrétaire de direction.
L'employeur ne peut invoquer sa propre faute pour refuser de payer à sa salariée un délai de préavis auquel elle avait droit.
En ce qui concerne les congés payés Mlle Naili réclame le paiement de 15 jours de congés payés pour la période de juin 1988 à mai 1989 et de 12 jours 1/2 pour celle du 1er juin au 31 octobre 1990. Ceci apparaît conforme aux fiches de paye produites aux débats. Pour sa part, la société ne présente aucune contestation sérieuse sur ce point.
Il convient donc de faire droit à la demande de la salariée. Enfin, il serait inéquitable de laisser à la charge de Mlle Naili l'intégralité des frais irrépétibles qu'elle a exposés et la Cour lui accorde la somme de 3 000 F en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et ce en sus de la somme déjà allouée à ce titre par le conseil.

PAR CES MOTIFS
La cour
Statuant publiquement par arrêt contradictoire, après en avoir délibéré conformément à la loi,
En la forme, reçoit l'appel de la S.A. Acore
Au fond, l'en déboute
Par substitution de motifs CONFIRME le jugement du 14 mai 1991 en toutes ses dispositions.
Y ajoutant CONDAMNE la S.A. Acore à payer à Mlle Régine Naili la somme de 3 000 F en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et ce en sus de celle déjà allouée à ce titre par le conseil.

(M. Beraudo, Président – Me Dumas et Me Perol, Avocats)

Note

Après avoir affirmé que les relations de travail devaient obéir, notamment, à une obligation de loyauté réciproque (1), la jurisprudence poursuit sa démarche. Elle affirme également que ces relations de travail doivent être empreintes d'un devoir de respect et de politesse. Ce devoir pèse sur les salariés mais également sur l'employeur. Dans l'affaire ci-dessus rapportée, l'employeur a manqué à la plus élémentaire politesse vis-à-vis d'une proche collaboratrice. Cette attitude a contraint la salariée à refuser de continuer son emploi. La cour d'appel de Grenoble a tiré toutes les conséquences de cette attitude. Peu importe qu'il ait arrêté la procédure de licenciement, il est le seul responsable de la démission de la salariée qui avait perdu toute confiance en lui. Une telle démission forcée, conclut la cour d'appel, doit s'analyser en licenciement à l'initiative de l'employeur. Voilà qui est clair.

(1) Voir *Action Juridique* n° 95 p. 24.

COMITÉ D'ENTREPRISE. ÉTABLISSEMENT DISTINCT. Seuil de cinquante salariés. Exigence. Non.

Conseil d'Etat
19 octobre 1992
Association Notre-Dame-de-Joye

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés les 16 novembre 1987 et 16 mars 1988 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'Association Notre-Dame-de-Joye, dont le siège est 71, avenue Denfert-Rochereau à Paris (75014), prise en la personne de son président en exercice domicilié audit siège: l'Association Notre-Dame-de-Joye demande au Conseil d'Etat:
1° d'annuler le jugement du 30 juin 1987 par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande tendant

à l'annulation de la décision du ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle en date du 26 novembre 1985 confirmant celle du directeur départemental du travail et de l'emploi de Paris en date du 5 juillet 1985 portant création d'un comité unique d'entreprise pour ses deux établissements ;
2° d'annuler pour excès de pouvoir ces décisions ;

Vu les autres pièces du dossier ;
Vu le Code du travail ;
Vu le Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;
Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;
Après avoir entendu :
– le rapport de M. Aguila, Auditeur,
– les observations de la SCP Delaporte, Briard, avocat de l'Association Notre-Dame-de-Joye,
– les conclusions de M. Le Chatelier, Commissaire du gouvernement ;
Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :
Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 431-1 du Code du travail, des comités d'entreprise sont constitués dans toutes les entreprises et associations... «employant au moins cinquante salariés» ; qu'aux termes de l'article L. 435-1 du même Code : «Dans les entreprises comportant des établissements distincts, il est créé des comités d'établissements dont la composition et le fonctionnement sont identiques à ceux des comités d'entreprise» ; qu'aux termes du quatrième alinéa de l'article L. 435-4 : «Dans chaque entreprise, le nombre d'établissements distincts... (fait) l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales reconnues comme représentatives dans l'entreprise. Dans le cas où cet accord ne peut être obtenu, le directeur départemental du travail et de la main-d'œuvre dans le ressort duquel se trouve le siège de l'entreprise décide de ce nombre et de cette répartition» ;
Considérant que ni les dispositions précitées du Code du travail ni aucun autre texte législatif relatif aux comités d'entreprise ne subordonnent la reconnaissance du caractère d'établissement distinct à la condition que l'établissement en cause ait un effectif d'au moins cinquante salariés ; que si, lorsqu'il doit se prononcer sur l'existence de ce caractère, le directeur du travail et de l'emploi peut tenir compte notamment de l'importance de l'effectif de l'établissement pour apprécier si celui-ci dispose d'une autonomie suffisante, il ne peut légalement se fonder, pour refuser de reconnaître la qualité d'établissement distinct, sur le motif que l'établissement en cause a un effectif inférieur à cinquante salariés ;
Considérant que, pour déclarer, par sa décision non motivée du 26 novembre 1985 confirmant la décision du directeur départemental du travail et de l'emploi de Paris du 5 juillet 1985, que l'Association Notre-Dame-de-Joye ne comportait pas d'établissement distinct et devait constituer un seul comité d'entreprise, le ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle s'est exclusivement fondé, ainsi qu'il résulte de ses écritures, sur le motif que la loi fixait un seuil de cinquante salariés pour la mise en place d'un comité d'établissement et qu'aucun des deux établissement gérés par l'association n'atteignait ce seuil ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus qu'un tel motif est entaché d'erreur de droit ; que, par suite, l'Association Notre-Dame-de-Joye est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande dirigée contre la décision du 26 novembre 1985 du ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle confirmant la décision du 5 juillet 1985 du directeur départemental du travail et de l'emploi de Paris ;

DÉCIDE :

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Paris en date du 30 juin 1987 et la décision du ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle du 26 novembre 1985 confirmant la décision du directeur départemental du travail et de l'emploi de Paris sont annulés.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à l'Association Notre-Dame-de-Joye et au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle.

Note

La relecture de l'article L. 435-1 suffit à expliquer la solution retenue en l'espèce selon laquelle aucun texte ne subordonne la reconnaissance du caractère d'établissement distinct à la condition que l'établissement en cause ait un effectif d'au moins 50 salariés. Cette solution a déjà été retenue dans un précédent arrêt du Conseil d'Etat du 15 mai 1991, Société Rivoire et Carret (Recueil 91, p. 193, AJDA 91, p. 653).
La solution a surpris en 1991 tant l'idée était communément admise que le seuil légal de 50 salariés prévu pour constituer un comité d'entreprise (L. 431-1) valait également pour la mise en place du comité d'établissement. En l'occurrence, le Conseil d'Etat s'en est tenu à la lettre du texte, contrairement aux suggestions du Commissaire du gouvernement dans l'affaire Rivoire et Carret (cf. note AJDA).
Cette solution a l'avantage de laisser une certaine souplesse dans l'appréciation du cadre de mise en place des comités d'établissement et peut éviter certaines suppressions liées à des baisses d'effectifs. Toutefois cette solution n'implique pas que l'effectif soit totalement indifférent pour la reconnaissance de l'établissement distinct. Il s'intègre dans l'appréciation de l'autonomie suffisante de gestion qui avec l'implantation géographique distincte et la stabilité dans le temps constituent les critères de l'établissement distinct pour la mise en place de cette institution.

INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES. Réclamation et revendication. Définition. Portée. Panneau d'affichage. Suppression temporaire. Délit d'entrave. Conditions. Licenciement d'un délégué. Non-respect de la procédure. Délit d'entrave.

Cour de cassation (Ch. crim.)
26 janvier 1993 (P.+F.)
Syndicat des travailleurs des commerces et services du Val-de-Marne CFDT c/ M. Lepoutre et a.

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le syndicat des travailleurs des commerces et services du Val-de-Marne a fait citer devant le tribunal correctionnel Stanislas Lepoutre, président du directoire de la société Pomona, Michel Gousset, directeur de l'établissement de Rungis de cette société, Maurice Julienne et Patrick Capelli, cadres supérieurs de cet établissement, pour plusieurs faits d'atteinte à l'exercice des fonctions des délégués du personnel, d'entrave à l'exercice du droit syndical et d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise; que Stanislas Lepoutre a été relaxé en raison de la délégation de ses pouvoirs dans l'établissement de Rungis à Michel Gousset; que ce dernier et les autres prévenus ont été également relaxés par les premiers juges qui ont considéré que les faits poursuivis n'étaient pas susceptibles de sanctions pénales;
Que, saisie des seuls intérêts civils sur l'appel du syndicat poursuivant, la juridiction du second degré a mis hors de cause Stanislas Lepoutre faute de participation aux faits et, en ce qui concerne les autres dirigeants de l'entreprise, a déclaré non réunis les éléments constitutifs des infractions reprochées;
En cet état;
Sur le deuxième moyen de cassation pris de la violation des articles L. 422-1, L. 424-5, L. 482-1 du Code du travail, de l'article 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale,
«en ce que l'arrêt attaqué a déclaré non établie l'entrave poursuivie à l'exercice des fonctions de délégués du personnel constituée par l'absence de réponse donnée par la direction de la société aux réclamations présentées par les délégués du personnel et d'avoir déclaré irrecevable en sa constitution de partie civile le syndicat demandeur;
«aux motifs que le critère permettant de distinguer entre réclamations et revendications est celui de la finalité poursuivie; que s'il s'agit d'obtenir l'application stricte d'un droit déjà acquis ou d'un texte existant ou d'une simple tolérance déjà admise, il y a réclamation; que s'il y a recherche d'avantages nouveaux supérieurs donc à ceux déjà acquis (amélioration de statut et autres), il y a revendication; qu'il est certain que les revendications relèvent de la compétence des organisations syndicales et les réclamations de la double compétence de celles-ci et des délégués du personnel; que le chef d'établissement peut se dispenser de répondre à des revendications dès lors qu'elles ne sont pas présentées par les organisations syndicales habilitées; qu'en l'espèce, les demandes des délégués du personnel visées étaient contenues dans une note remise le 27 janvier 1986 et portaient sur une augmentation des salaires pour tout le personnel et des congés supplémentaires, une réévaluation d'un certain nombre d'avantages et de primes, une réduction de la durée du travail; que la direction avait répondu à bon droit qu'il s'agissait là de revendications qui n'étaient pas du ressort des délégués du personnel;
«alors que les délégués du personnel ont pour mission de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles et collectives relatives aux salaires, sans autre précision; qu'en limitant l'objet de ces réclamations aux seuls avantages acquis, à l'exclusion d'avantages nouveaux, les juges du fond ont ajouté au texte une restriction qu'il ne comporte pas»;
Attendu qu'en énonçant que les prévenus, saisis par les délégués du personnel de demandes tendant à augmenter les salaires pour tout le personnel et les congés supplémentaires, à réévaluer diverses primes et à réduire la durée du travail, avaient répondu à bon droit que ces revendications étaient du ressort exclusif de la négociation collective, donc des syndicats, et que la prévention d'atteinte à l'exercice des fonctions des délégués du personnel n'était pas établie, la cour d'appel, abstraction faite de motifs surabondants, a justifié sa décision;
Qu'en effet, s'il est vrai que l'article L. 422-1 du Code du travail, dans le domaine des salaires, ne limite pas la mission des délégués du personnel aux seules réclamations ayant pour but l'application des règles de droit, l'employeur, selon l'article L. 132-27 dudit Code, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives au sens de l'article L. 132-2, est tenu d'engager chaque année avec ces organisations une négociation sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail; qu'il est donc fondé, en présence de revendications des délégués du personnel portant, comme en l'espèce, sur l'augmentation de la rémunération et la réduction de la durée du travail, à répondre qu'elles relèvent de la négociation collective avec lesdites organisations; qu'une telle réponse, ainsi motivée, satisfait aux exigences de l'article L. 424-5 du Code du travail;
D'où il suit que le moyen ne peut être admis;
Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation des articles L. 412-8, L. 424-2, L. 434-4, L. 481-2, L. 482-1 du Code du travail, de l'article 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale,
«en ce que l'arrêt attaqué a déclaré non établie l'entrave poursuivie aux fonctions de délégués du personnel, délégués syndicaux et membres du comité d'entreprise, constituée par la suppression de tous les panneaux d'affichage réglementaires dans l'établissement sans que les institutions concernées en aient été averties ou l'aient autorisée;
«aux motifs qu'il est constant que l'affichage des communications syndicales n'a pas eu lieu à l'établissement de Rungis mais que cette situation était liée à des travaux de réfection des locaux qui ont nécessité pour cette seule raison la dépose de ces panneaux alors que le comité d'entreprise en était préalablement informé; qu'il n'est pas contesté que les panneaux d'affichage ont été rétablis dès la fin des travaux; que

l'élément intentionnel constitutif du délit n'est pas établi;
«alors que l'intention coupable, en cette matière, se déduit du caractère volontaire des agissements constatés; que, de ce chef, la décision n'est donc pas légalement justifiée»;
Attendu qu'il était également reproché aux prévenus d'avoir fait procéder à la suppression des panneaux d'affichage réglementaires sans que les représentants du personnel concernés en aient été informés; que, par les motifs repris au moyen, les juges du second degré ont déclaré l'infraction non constituée;
Attendu qu'en appréciant souverainement les circonstances particulières qui rendaient nécessaire, pour une période limitée, la dépose des panneaux d'affichage et qui étaient dès lors de nature à enlever aux agissements incriminés leur caractère punissable, la cour d'appel, abstraction faite de motifs surabondants, a légalement justifié sa décision sans encourir le grief allégué;
Que le moyen doit être écarté;
Mais sur le premier moyen de cassation pris de la violation des articles L. 122-32-5 et L. 482-1 du Code du travail, de l'article 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale,
«en ce que l'arrêt attaqué a déclaré non établie l'entrave poursuivie aux fonctions de délégués du personnel constituée par la non-consultation de ces délégués avant le licenciement d'un salarié accidenté du travail et, à cet égard, a déclaré irrecevable la constitution de partie civile du syndicat demandeur;
«aux motifs qu'il est constant que Ricozzi, salarié de l'entreprise, a subi un grave accident du travail en décembre 1983; qu'il n'est pas contesté que, avant de lui adresser le 11 juillet 1986 une lettre de licenciement, l'employeur n'a respecté à son égard aucune des formalités préalables au licenciement prévues par l'article L. 122-32-5 du Code du travail; qu'il est donc établi, au vu de cet article, que si le licenciement était alors intervenu, l'employeur se serait trouvé en infraction avec les dispositions de cet article, notamment pour ne pas avoir demandé préalablement leur avis aux délégués du personnel; que le délit serait donc constitué, mais que, Ricozzi ayant notifié le 12 juillet 1986 à son employeur un nouvel arrêt de travail pour une période de quarante jours à effet du 11 juillet 1986, la société Pomona est alors revenue sur sa décision et lui a notifié par lettre du 31 juillet 1986 que cette décision de licenciement était sans effet; que la tentative n'est ici pas punissable; que le fait reproché à la prévention ne constitue donc pas une infraction dès lors que le licenciement a, alors, été rapporté; que Ricozzi a fait par la suite l'objet d'un licenciement sans que la procédure de l'article L. 122-32-5 ait été respectée; qu'il est possible qu'une infraction ait alors été commise mais elle ne fait pas, en l'état de la procédure, l'objet de la prévention soumise à la Cour;
«alors qu'il résulte ainsi des constatations de l'arrêt attaqué que le licenciement de ce salarié, accidenté du travail, avait été notifié à celui-ci sans la consultation requise des délégués du personnel; que ces faits constituent une entrave consommée aux fonctions de ces délégués et pas seulement une tentative quand bien même par la suite l'employeur aurait déclaré cette décision sans effet; que, de ce chef, la décision n'est pas légalement justifiée;
«alors, en outre, qu'à cet égard, il n'a pas été répondu aux conclusions du syndicat demandeur selon lesquelles cette décision n'avait été rapportée qu'à raison de la citation des auteurs de cette entrave devant le tribunal correctionnel du 25 juillet 1986;
«et alors, en tout cas, que la Cour qui constate qu'après que le licenciement de Ricozzi eut été rapporté, il avait fait l'objet d'un licenciement sans que la procédure de l'article L. 122-32-5 ait été respectée ne pouvait refuser d'examiner l'éventuelle infraction en résultant; que ce licenciement ne constituait en effet qu'une circonstance du fait principal dont le juge répressif se trouvait saisi»;
Vu lesdits articles;
Attendu que tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier la décision; que l'insuffisance des motifs équivaut à leur absence;
Attendu qu'il était également reproché aux prévenus d'avoir licencié le 11 juillet 1986 un salarié victime d'un accident du travail, sans avoir recueilli l'avis des délégués du personnel exigé par les dispositions de l'article L. 122-32-5 du Code du travail, et d'avoir ainsi porté atteinte à l'exercice régulier des fonctions de ces délégués;
Attendu que, pour considérer l'infraction non établie, les juges du second degré relèvent notamment que, si les prévenus n'ont pas respecté les formalités prévues par la loi, la société Pomona a rétracté sa décision de licenciement le 31 juillet 1986;
Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la rétractation de l'employeur n'était pas de nature à faire disparaître l'infraction déjà commise, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences de ses constatations, a privé sa décision de base légale;
Que dès lors la censure est encourue;
Attendu, cependant, que la mise hors de cause de Stanislas Lepoutre, en l'absence de participation aux faits poursuivis, n'ayant pas été critiquée, est définitive;

PAR CES MOTIFS
CASSE et ANNULE l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 juin 1989 en ses seules dispositions relatives à l'inobservation de l'article L. 122-32-5 du Code du travail par Gousset, Julienne et Capelli et à la mise hors de cause de la société Pomona de ce chef, toutes autres dispositions étant expressément maintenues;
Et pour qu'il soit à nouveau jugé conformément à la loi, dans la limite de la cassation ainsi prononcée;
Renvoie la cause et les parties devant la cour d'appel d'Orléans, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil;

(M. Le Gunehec, Président – SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin, Avocat)

Note

L'arrêt reproduit ci-dessus est à multiples facettes compte tenu du dossier soumis à la Cour de cassation. A l'origine une procédure pour délits d'entrave aux délégués du personnel, à l'exercice du droit syndical et au fonctionnement régulier du comité d'entreprise.
Les juges de première instance et les juges d'appel avaient débouté de toutes ses demandes le syndicat CFDT.
La Cour de cassation confirme en ce qui concerne l'entrave aux délégués du personnel et au droit syndical, mais elle casse le jugement en ce qui concerne l'entrave au comité d'entreprise.
Trois indications sont à retenir:
– la chambre criminelle réaffirme qu'il ne faut pas confondre réclamation et revendication et que les délégués du personnel n'ont à connaître que des réclamations. C'est à bon droit que l'employeur peut refuser de répondre aux revendications portées par les délégués du personnel. Retenons que la revendication s'entend comme la

recherche d'avantages nouveaux supérieurs à ceux déjà acquis (en l'occurrence augmentation des salaires) alors que la réclamation consiste à demander l'application d'un texte ou d'un droit déjà acquis;
– le fait pour l'employeur de priver temporairement et exceptionnellement le comité d'établissement de certains de ses moyens de fonctionnement (en l'occurrence les panneaux d'affichage) ne saurait constituer un délit d'entrave que s'il y a manifestation non équivoque de la volonté de mettre obstacle au bon fonctionnement. La Cour ne reconnaît même pas l'obligation d'informer au préalable l'institution;
– l'employeur qui a notifié à un représentant du personnel son licenciement sans avoir respecté la procédure spécifique et notamment l'information du comité d'entreprise commet un délit d'entrave (1) et ce, même s'il a par la suite annulé la lettre de licenciement. La Cour considère que «la rétractation de l'employeur n'était pas de nature à faire disparaître l'infraction déjà commise». Plus question d'annuler un licenciement de délégué puis de recommencer la procédure pour éviter d'éventuelles sanctions pénales. Le délit commis reste commis.

(1) Voir le numéro spécial d'Action Juridique consacré à la protection et au licenciement des délégués, mai 1992 n° 94.

CONTRAT DE TRAVAIL. Lien de subordination. Existence. Distributeur de journaux.

Conseil de prud'hommes de Rennes
24 mai 1991
Mme Gaignard c/SA Ouest France

Les faits

Suivant contrat intitulé «contrat de transport» du 22 avril 1983, Madame Gaignard a été embauchée par la société Ouest France en qualité de distributeur de journaux; le 14 mai 1990, la société Ouest France, par lettre recommandée avec accusé de réception, proposait à Madame Gaignard, dans le cadre d'une nouvelle organisation, la ligne Rennes-Chatillon-sur-Seiche (57 km à 2,46 F HT). Dans son courrier, elle poursuivait: «Je vous serais reconnaissant de bien vouloir me prévenir de votre décision et sans nouvelle de votre part au 20 mai 1990, je considérerai que cette ligne ne retient pas votre attention.»
Le 31 mai 1990, Madame Gaignard a refusé la nouvelle ligne;
Les prétentions et moyens des parties
Madame Gaignard vient demander au conseil de prud'hommes de requalifier le contrat du 22 avril 1983 et de dire qu'il s'agissait d'un contrat de travail;
Pour justifier sa demande, Madame Gaignard fournit au conseil les éléments suivants:
Il est constant que la juridiction prud'homale a non seulement le pouvoir, mais également l'obligation de requalifier les conventions qui lui sont soumises et qui ont été faussement qualifiées par les parties;
Les tribunaux doivent rechercher les critères de qualification du contrat et, en cette matière, caractériser l'existence d'un lien de subordination, véritable critère du contrat de travail;
La Cour de cassation a rappelé ce principe à de nombreuses reprises et précisé que la qualification contractuelle ne liait nullement le conseil de prud'hommes en des termes dépourvus de toute ambiguïté:
«La seule volonté des parties étant impuissante à soustraire X au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail.»
La société Ouest France ne serait pas fondée à invoquer la qualité de commerçant de Madame Gaignard, l'inscription au registre du commerce et des sociétés ayant manifestement été imposée par la société Ouest France pour les besoins de la qualification contractuelle;
Il convient de souligner en effet que le contrat de travail a été signé le 22 avril 1983 et que l'inscription au registre du commerce et des sociétés date du 24 mai 1983 soit un mois après la signature du contrat;
L'inscription de Madame Gaignard au registre du commerce et des sociétés ne saurait constituer un argument dirimant, excluant la qualification du contrat de travail, la jurisprudence ayant posé en principe que le cumul d'une activité privée indépendante et d'un contrat de travail était tout à fait régulière;
Il résulte de la jurisprudence que le conseil de prud'hommes doit requalifier le contrat en prenant en considération la volonté des parties et singulièrement la volonté de l'employeur qui cherche manifestement à se soustraire à la législation sociale: la sanction naturelle de la fraude à la loi est le retour au droit commun de la relation de travail, à savoir, le contrat de travail à durée indéterminée;
Dans les circonstances de la cause, il est parfaitement clair que l'ensemble des relations unissant la société Ouest France à Madame Gaignard témoignait de l'existence d'un lien de subordination caractéristique du contrat de travail;
La rémunération de Madame Gaignard était déterminée par la société Ouest France;
Madame Gaignard était tenue de rendre compte de ses horaires, de ses erreurs de routage et des causes de retard dans la livraison;
Madame Gaignard était tenue de suivre un parcours précis;
Madame Gaignard était tenue de rendre compte du kilométrage parcouru quotidiennement;
Madame Gaignard était tenue à une exclusivité de distributions au profit de la société Ouest France;
Les quantités de journaux livrés ainsi que les modalités de la livraison étaient entièrement décidées par l'employeur;
Les destinataires étaient les clients exclusifs de la société et non ceux du livreur;
Les modifications du contrat résultaient de la volonté unilatérale de l'employeur, à l'exclusion de toute négociation réelle;
Ces éléments démontrent à l'évidence que Madame Gaignard était entièrement subordonnée à la société Ouest France et ne disposait d'aucune liberté commerciale dans l'exercice de son activité;
Dans un arrêt du 29 octobre 1985, la Cour de cassation a retenu la qualification de contrat de travail, alors que l'employeur prétextait que les ouvriers qui lui étaient subordonnés n'étaient pas des salariés, mais des artisans inscrits au registre des métiers, travaillant pour leur compte, sous-traitants d'entreprise et tenus de veiller eux-mêmes à leur propre sécurité;

La Cour de cassation a constaté, dès lors qu'il n'y avait aucune indépendance dans l'exécution, que l'entreprise exerçait un contrôle et les circonstances de la rémunération suffisaient à qualifier le contrat de contrat de travail;
Pour la société Ouest France, le conseil de prud'hommes doit se déclarer incompétent *rationae materiae*, au profit du tribunal de commerce, Madame Gaignard n'ayant jamais eu la qualité de salarié;
Pour justifier cette demande, la société Ouest France se base sur les arguments suivants:
1) S'il est vrai que les juges ne sont pas tenus par la qualification donnée par les parties à un contrat, il faut toutefois préciser qu'en présence d'un contrat écrit de transport, c'est à celui qui invoque à l'encontre de ce contrat écrit l'existence d'un contrat de travail qu'incombe la charge de la preuve d'un lien de subordination et de combattre les prétendues apparences découlant du contrat exécuté de bonne foi par les parties pendant plusieurs an nées;
2) Madame Gaignard se garde bien d'énoncer en quoi le contrat de travail ne serait pas conforme à la LOTI;
Mais à supposer même que ce serait le cas, la conséquence ne serait nullement la requalification du contrat en contrat de travail, mais au contraire, l'application automatique du contrat de transport type prévu par cette Loi d'Orientation des Transports Intérieurs;
3) La société Ouest France n'a à aucun moment «imposé» à Madame Gaignard son inscription au registre du commerce;
4) Il est inexact d'affirmer qu'il lui était interdit d'exercer toute autre activité de transport:
«L'exclusivité» édictée dans le contrat de transport ne concernant que le moment de livraison des journaux Ouest France, cette exigence contractuelle étant justifiée par des impératifs horaires;
Rien n'empêchait Madame Gaignard d'exercer par ailleurs ses activités de transporteur, le cachet de son entreprise sur ses factures portant d'ailleurs la mention «location de véhicules avec chauffeur, transports».
5) Aucun lien de subordination juridique n'existait entre Madame Gaignard et la société Ouest France:
a) la rémunération de Madame Gaignard ne lui était nullement imposée mais seulement proposée,
b) le «produit» transporté par Madame Gaignard par la force des choses imposait un horaire devant être respecté et que tout retard doit être expliqué,
c) il est évident que le transporteur suit toujours le même horaire et que la société Ouest France n'admettrait pas de payer à sa contractante des parcours fantaisistes,
d) à cet égard, Madame Gaignard n'est pas «tenue» de rendre compte de son kilométrage, c'est seulement dans son intérêt et pour le contrôle de sa facturation qu'il est nécessaire que soient portés sur les factures les kilomètres parcourus, la société Ouest France réglant d'ailleurs les kilomètres supplémentaires parcourus en cas de déviation,
e) il est précisé ci-avant qu'aucune exclusivité n'existait au profit du journal Ouest France, Madame Gaignard ayant toute latitude pour effectuer d'autres transports de marchandises lorsqu'elle ne transportait pas le journal ou les colis de Ouest France,
f) comme dans tout contrat de transport, les quantités de produits à livrer et les modalités de la livraison sont imposées par le donneur d'ordre, les destinataires de la marchandise étant, par ailleurs, toujours ses clients et non pas les clients du transporteur,
g) il a été précisé ci-avant que dans le contrat du 22 avril 1983, les parties s'étaient réservé d'apporter des modifications d'itinéraire ce qui a d'ailleurs été le cas à différentes reprises, en accord total avec Madame Gaignard,
6) Il s'avère en conséquence que Madame Gaignard, qui a la charge de la preuve, n'établit nullement qu'elle se trouvait en état de subordination juridique, la condition respective des parties au contrat, les conditions d'exécution de la prestation, et la rémunération par facturation excluant l'existence d'un contrat de travail, qui, au demeurant, n'a jamais été invoqué par Madame Gaignard avant la rupture du contrat de transport, non plus d'ailleurs que par ses témoins, qui se considèrent dans leurs attestations comme «transporteur», «artisan-commerçant» ou «taxi»;

Discussion

Sur la compétence du conseil de prud'hommes:
L'article L. 511-1 du Code du travail définit les attributions du conseil de prud'hommes:
Sur la possibilité pour le conseil de prud'hommes de requalifier un contrat:
Il est constant que la juridiction prud'homale a non seulement le pouvoir, mais également l'obligation de requalifier les conventions qui lui sont soumises et qui ont été faussement qualifiées par les parties;
Les conseils de prud'hommes doivent rechercher les critères de qualification du contrat et, en la matière, caractériser l'existence d'un lien de subordination véritable critère du contrat de travail;
La Cour de cassation a rappelé ce principe en des termes dépourvus de toute ambiguïté:
«La seule volonté des parties étant impuissante à soustraire X au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail.»
Le contrat de travail:
La doctrine analyse le contrat de travail comme une convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre sous la subordination de laquelle elle se place moyennant rémunération;
Cette définition fait apparaître trois éléments constitutifs:
a) la prestation de travail,
b) la rémunération: contrepartie de la prestation de travail, elle constitue l'élément nécessaire du contrat de travail,
c) la subordination juridique: elle est caractérisée, selon la Cour de cassation, par le pouvoir de direction, de surveillance, d'instruction et de commandement de l'employeur à l'égard du salarié;
A la lecture de ces trois éléments constitutifs du contrat de travail, nous allons analyser les liens qui unissaient la demanderesse à la société Ouest France;
1) Sur la rémunération:
La société Ouest France dictait le prix du kilomètre, en aucune manière cette société ne fait état de la possibilité qu'aurait eu Madame Gaignard de discuter le prix «kilomètre» proposé; lors de la dernière proposition de Ouest France, il était proposé à Madame Gaignard un nombre de kilomètres journaliers à effectuer à un certain prix du «kilomètre», cette proposition formait un tout qu'il fallait accepter ou refuser;
2) Sur la subordination juridique:
Il est indéniable que lorsque Madame Gaignard transportait pour «Ouest France» des journaux ou des colis, il lui était interdit de transporter d'autres produits, ceci étant confirmé par la société elle-même;

De plus, l'itinéraire et les heures de livraison lui étaient imposés ; en cas de difficultés ou de manquement, elle devait rendre des comptes à la société Ouest France ; le compte de kilomètres que fournissait Madame Gaignard à la société Ouest France semble du même ordre que les feuilles hebdomadaires que remplissent des salariés ;
C'est la société Ouest France qui, dans le cadre de modifications internes, décidait ou non de dessiner les trajets des parcours de livraison ; le contrat du 22 avril 1983 le prévoyait mais la discussion n'était pas possible ; c'est la société Ouest France qui déterminait le nombre de journaux et de colis à transporter ;
Les critères retenus par la Cour de cassation, à savoir le pouvoir de direction, de surveillance, d'instruction et de commandement de l'employeur à l'égard du salarié, constitutifs de la subordination juridique, dans ce cas, sont remplis ;
Concernant la signature du contrat de Madame Gaignard avec la société Ouest France et l'inscription au registre du commerce et des sociétés, les documents au dossier font apparaître un décalage d'un mois et deux jours entre ces deux actes, le contrat liant Madame Gaignard et la société Ouest France étant antérieur à l'inscription au registre du commerce et des sociétés ;
Le fait, qu'en dehors des heures où Madame Gaignard transportait pour Ouest France des journaux ou des colis elle puisse exercer d'autres activités ne peut pas faire obstacle au fait que Madame Gaignard puisse être salariée d'Ouest France ; la jurisprudence ayant posé le principe que le «cumul d'une activité privée indépendante et d'un contrat de travail» était tout à fait régulier ;
Des éléments de cette discussion, il ressort que Madame Gaignard était liée par un contrat de travail avec la société Ouest France ;

PAR CES MOTIFS
Le conseil de prud'hommes de Rennes, Statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort,
SE DÉCLARE compétent pour connaître de la demande formée par Madame Gaignard ;

(M. Beaurain, Président - Me Gautier et Me Panaget, Avocats)

Note

La décision ci-dessus rapportée, confirmée en appel, a le mérite de rappeler quelques points essentiels en matière d'existence du contrat de travail à l'heure où certains employeurs utilisent les services de travailleurs (faux) indépendants pour éviter d'appliquer la législation du travail.

En premier lieu, le juge n'est aucunement lié par la qualification donnée au contrat par les parties. Il lui incombe, et à lui seul, de dire s'il y a ou non contrat de travail. Ce dernier est caractérisé par un critère, la subordination juridique, dont l'existence doit être recherchée par le juge. Comment se matérialise cette subordination ? Concrètement, la question ne se pose véritablement que dans des hypothèses où les personnes concernées accomplissent leur travail en dehors de l'entreprise, ou disposent d'une certaine indépendance. Un faisceau d'indices peut permettre de faire ressortir l'existence du lien de subordination. Comme nous le montre la décision du conseil de prud'hommes de Rennes, il s'agit par exemple :
– des itinéraires et horaires imposés ;
– du fait de devoir rendre compte de l'activité, etc.

Plus précisément, le fait d'exercer une activité dans le cadre d'un service organisé par l'entreprise et pour son compte atteste l'existence de ce lien de subordination. Le fait que le salarié exerce par ailleurs une «activité privée indépendante» n'est pas incompatible avec le statut de salarié. Une même personne peut en effet cumuler une activité salariée à temps partiel et une activité indépendante.

BON DE COMMANDE

Classeur Action Juridique

Prix unitaire : 37 F

Nombre : soit :

Ci-joint un chèque à l'ordre de C.F.D.T.-Presse de F

Nom : ..... Prénom : .....

Adresse : .....

Code Postal : ..... Ville : .....

A photocopier et à retourner à :
C.F.D.T.-Presse, 4, boulevard de la Villette, 75955 Paris Cedex 19

SÉLECTIONNÉ POUR VOUS

Bilan de la négociation collective en 1992 (1)

Ce bilan a été présenté par la Direction des relations du travail (DRT) lors de la réunion de la Commission Nationale de la Négociation Collective du 21 juin dernier. Quelques faits saillants :
– cinq accords ont été conclus au niveau interprofessionnel sur deux thèmes principaux : l'emploi et la formation professionnelle, ainsi que 52 avenants (contre 1 accord et 36 avenants en 1991),
– un repli quantitatif des négociations est constaté dans les branches et les entreprises, dû au retournement de la conjoncture économique et à l'espacement des négociations salariales,
– très peu de branches conservent une grille en tout ou partie recouverte par le SMIC,
– 2 700 000 salariés bénéficient d'accords d'entreprise mais 80 % d'entre eux travaillent dans une entreprise de plus de 500 salariés.

(1) « La négociation salariale en 1992 », publié par la Documentation française.

Marins et droit du travail

Dans une circulaire récente (1), le ministère de la Justice rappelle que les textes législatifs et réglementaires applicables aux marins en droit du travail sont les suivants :
– d'une part, les dispositions du livre VII du code du travail (art. L. 742-1 et suiv.) et leurs textes réglementaires correspondants (art. R. 742-1 et suiv. et D. 742-1 et suiv.)
– d'autre part, la loi du 13 décembre 1926 modifiée en dernier lieu par la loi n° 89-549 du 2 août 1989 portant code du travail maritime et dont les décrets d'application successifs n'ont pas fait l'objet de codification.
– et enfin la loi du 17 décembre 1926 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande dont le titre Ier (partie disciplinaire) a été, conformément aux articles 34 et 37 de la Constitution, repris dans le décret du 6 août 1960.
Ces textes sont les seuls applicables aux marins, comme ayant fait l'objet d'une publication au Journal Officiel, précise le ministère.

(1) Circulaire CIV 92-10 C3/19-10-92 (BO n° 48, p. 12).

Rapport de la Cour de cassation 1992 (1)

C'est à l'occasion d'une conférence de presse qui s'est tenue le 22 juin 1993 que la Cour de cassation a présenté le bilan de son activité pour l'année 1992.

Ce volumineux rapport se divise en cinq parties.

• **La première partie** comporte deux suggestions de réformes destinées à mettre fin à des imperfections législatives ou réglementaires. Les deux propositions ont trait au droit des faillites et au droit de la concurrence.

• **La deuxième partie** est intitulée « Etudes et documents ». Les études, qui émanent de membres de la Cour de cassation, portent notamment sur des sujets intéressant le droit social, à savoir :
– « Réflexions sur l'accident de trajet, l'accident de travail, l'accident de mission » par M. Kessous, avocat général.
– « Le droit du travail face à l'entreprise en difficulté », par Mme Girard-Thuillier, conseiller référendaire.

• **La troisième partie** rassemble l'analyse des principaux arrêts rendus en 1992. Plusieurs rubriques apparaissent. La deuxième rubrique porte sur le droit du travail et le droit de la sécurité sociale. Trente-six arrêts sont ainsi commentés (la plupart de ces arrêts ont été publiés par Action Juridique).

• **La quatrième partie** est consacrée aux avis de la Cour de cassation. Il est à noter que sur les neuf avis demandés à la Cour un seul émanait d'un conseil de prud'hommes.

• **La cinquième partie**, enfin, rend compte de l'activité de la Cour de cassation au cours de l'année 1992. Un certain nombre de chiffres sont ainsi communiqués. En voici quelques-uns :
– 25 827 affaires nouvelles ont été reçues, soit une diminution de 2,43 % par rapport à 1991, mais une augmentation de 59,04 % par rapport à 1982.
– 24 900 affaires ont été jugées, soit une diminution de 4,75 % par rapport à 1991, mais une augmentation de 57,46 % par rapport à 1982.
– 34 942 affaires restaient à juger au 31 décembre 1992, soit une augmentation de 2,72 % par rapport à 1991 et de 95,68 % par rapport à 1982.
– la durée moyenne des procédures est estimée à 17 mois (chiffre identique à celui de 1991).
– la chambre sociale a rendu 5 268 arrêts soit une diminution de 5 % par rapport à 1991.
– il restait à la chambre sociale 11 304 affaires prud'homales à juger au 31 décembre 1992.
– le Bureau d'aide juridictionnelle a reçu 6 853 nouvelles demandes, soit une augmentation de 44 % par rapport à 1991. Sur les 7 983 décisions intervenues dans l'année 1992, 1 482 admissions ont été prononcées.

(1) Le « Rapport de la Cour de cassation 1992 » est publié par la Documentation française.

Circulaire ministérielle

Action Juridique offre aux abonnés qui en font la demande :
– la circulaire DRT N° 93/17 du 4 juin 1993 du ministère du Travail concernant la mise en œuvre des dispositions relatives aux agences de mannequins et à la protection des enfants et des adultes exerçant l'activité de mannequin.

Réponses à vos questions

Principales abréviations utilisées

Au fil des articles publiés dans Action Juridique, un certain nombre d'abréviations apparaissent. Voici la signification des principales d'entre elles.

AJ	Action Juridique
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
BIT	Bureau international du travail
BO	Bulletin officiel (du ministère du Travail, du ministère de la Justice, etc.)
Bull civ V **Bull V**	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles, 5e partie
CA	Cour d'appel
CA (ch. correct.)	Cour d'appel, chambre des appels correctionnels
Cah. prud'h.	Cahiers prud'homaux
Cah. sociaux	Cahiers sociaux du barreau de Paris
Cass. Ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. Ch. réunies	Cour de cassation, Chambres réunies
Cass. civ. 2e	Cour de cassation, 2e chambre civile
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CEE	Communauté économique européenne
Circ. min.	Circulaire ministérielle
Cons. d'Et. **CE**	Conseil d'Etat
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
C. civ.	Code civil
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
CP	Code pénal
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
CPH	Conseil de prud'hommes
CPP	Code de procédure pénale
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz-Sirey
D.1993, chr.	Recueil Dalloz-Sirey, année 1993, chronique
D.1993, jurisp.	Recueil Dalloz-Sirey, année 1993, jurisprudence
D.1993, somm.	Recueil Dalloz-Sirey, année 1993, sommaire de jurisprudence
D.1993, IR	Recueil Dalloz-Sirey, année 1993, informations rapides
DP	Dalloz périodique (ancien nom du Recueil Dalloz-Sirey)
DRT	Ministère du Travail, Direction des relations du travail
Dr. soc.	Droit social
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
GP	Gazette du Palais
JCP	Semaine juridique – Juris-classeur périodique
JCP Ed.E I	Semaine juridique – Juris-classeur périodique, Edition entreprise, Doctrine
JCP Ed.E II	Semaine juridique – Juris-classeur périodique, Edition entreprise, Jurisprudence
JCP Ed.G	Semaine juridique – Juris-classeur périodique, Edition générale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
Juris. soc. UIMM	Jurisprudence sociale, revue publiée par l'Union des industries métallurgiques et minières
Liais. soc.	Liaisons sociales
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
NCPC	Nouveau code de procédure civile
OIT	Organisation internationale du travail
Rec. Cons. d'Et. **Rec. Lebon**	Recueil des décisions du Conseil d'Etat, Collection Lebon, Panhard, Chalvon Demersay
RJS	Revue de jurisprudence sociale (Editions Francis Lefèbvre)
RJS 6/93	Revue de jurisprudence sociale, juin 1993
RPDS	Revue pratique de droit social
T. com.	Tribunal de commerce
TI	Tribunal d'instance
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. Conflits	Tribunal des Conflits

Les publications de la Cour de cassation

La Cour de cassation publie un certain nombre (1) de ses décisions dans :

- Le Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles.

Ce bulletin est divisé en cinq parties ; les parties I à III sont consacrées aux décisions rendues par les 1re, 2e et 3e chambres civiles et concernent le droit civil ; la partie IV est consacrée aux décisions rendues par la 4e chambre dite chambre commerciale et des affaires ; la partie V est consacrée aux décisions rendues par la 5e chambre dite chambre sociale et concernent tous les litiges relevant du droit social (droit du travail, droit de la sécurité sociale...).

- Le Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle.

Ce bulletin est consacré aux décisions rendues par la chambre criminelle et concerne le droit pénal.

- Le Bulletin d'information de la Cour de cassation

Ce bulletin donne des informations rapides sur l'activité de la Cour. Il reproduit quelques arrêts intégralement, mais surtout les titres et sommaires des arrêts qui seront publiés ultérieurement aux Bulletins.

(1) Les arrêts publiés aux Bulletins ne représentent qu'une partie de la production de la Cour de cassation. Néanmoins, la copie de tout arrêt rendu par la Cour peut être obtenue. Il suffit de connaître le nom des parties, la date de la décision et la chambre concernée et d'en demander le texte au secrétariat-greffe de la Cour. Il est perçu un droit forfaitaire, sauf pour les autorités judiciaires (donc les conseillers prud'hommes) qui en sont dispensées.

QUELQUES CHIFFRES UTILES

• SMIC horaire (au 01.07.1993)	34,83 F
• SMIC mensuel (au 01.07.1993)	5 886,27 F
• Minimum garanti (au 01.07.1993)	17,17 F
• Plafond de Sécurité sociale	12 610,00 F
• Indice des prix INSEE national mai 1993 (*)	107,9
• Taux d'intérêt légal pour 1993	10,40%
• Taux de compétence des conseils de prud'hommes en dernier ressort pour 1993	18 900,00 F

(*) Nouvel indice INSEE : base 100, année 1990

BON D'ABONNEMENT

Nom ..... Prénom .....

Adresse .....

Code postal ..... Bureau distributeur .....

Je m'abonne à Action Juridique pour 1 an

Tarif normal : ..... 256 F ☐

Tarif adhérents CFDT : ..... 225 F ☐

Jumelé avec le code des fonctions publiques : ..... 521 F ☐

Pour les adhérents CFDT, indiquer la fédération : .....

A photocopier et à retourner à : CFDT Presse, 4, bd de la Villette, 75955 Paris Cedex 19

A n'utiliser que pour un nouvel abonnement. Merci.

Vente au numéro

Des anciens numéros d'Action Juridique sont encore disponibles. Liste sur demande à CFDT Presse : 4, boulevard de la Villette, 75955 Paris Cedex 19.

Pour s'abonner : tarifs en 1993

Action Juridique vit grâce à ses abonnés.
Abonnement annuel ordinaire : 256 F ; réservé aux adhérents CFDT : 225 F.
Abonnement annuel pour l'étranger : 316 F
Abonnement annuel Action Juridique et Code des Fonctions publiques : 521 F.
Abonnements groupés avec réceptions individuelles : tarif spécial à partir de 5 exemplaires, s'adresser à CFDT Presse.
Indiquez par lettre vos nom et adresse en capitales, joignez le chèque correspondant à l'ordre de CFDT Presse et envoyez le tout à CFDT Presse, 4, boulevard de la Villette, 75955 Paris Cedex 19. Tél. : (1) 42.03.81.40

Pour renouveler son abonnement

Utilisez 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

Indiquez 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, indiquez lisiblement la demande, joignez obligatoirement une étiquette d'envoi et envoyez le tout à :
Rédaction Action Juridique, 4, boulevard de la Villette, 75955 Paris Cedex 19.

Service réponses à vos questions

Les abonnés d'Action Juridique peuvent obtenir des précisions sur les sujets traités par la revue. Envoyez votre demande à la rédaction qui vous répondra dans les colonnes de 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 : 3615 - CFDT

Faites 3615 sur le téléphone puis tapez CFDT sur votre Minitel et vous aurez accès à deux guides : pour les salariés du privé, pour les fonctionnaires.
Sommaires de jurisprudence