17

ACTION JURIDIQUE

cfdt

BIMESTRIEL. SEPTEMBRE / OCTOBRE 1980. N° 17

DOSSIER : **La location de main d'œuvre.** II - La sous-traitance

dossier

J Emploi

La location de main d'œuvre

2-La sous-traitance

Le dossier du précédent numéro d'Action juridique a montré comment les prêts de main d'œuvre dont l'objet exclusif est la fourniture de main d'œuvre devaient nécessairement passer par le cadre de l'intérim.

Mais il existe un deuxième type de prêts de main d'œuvre. La fourniture de travailleurs n'est plus alors l'objet exclusif de l'opération mais elle s'intègre dans une prestation de service. Il s'agit de ce que l'on appelle «la sous-entreprise». C'est ce que pratiquent la plupart des entreprises dites «de services», en particulier celle de nettoyage, de gardiennage, d'entretien, d'installation ou de réparation dont l'activité ne s'exerce pas dans un site propre mais au sein de l'entreprise qui bénéficie de la prestation.

On est ainsi en présence d'une opération de sous-traitance que l'on peut qualifier d'interne qui consiste pour une entreprise à faire effectuer dans ses propres locaux, par une autre entreprise, une ou plusieurs des fonctions que nécessite son activité (1).

Cette sous-traitance interne n'est pas interdite en principe. Mais la réalité montre qu'il s'agit souvent d'une fiction, la soi-disant prestation de service masquant en fait une opération de fourniture de main d'œuvre pure et simple.

On examinera donc successivement dans ce dossier:

. la vraie et la fausse sous-traitance interne

. le «marchandage» que le code du travail définit comme étant l'opération de fourniture de main d'œuvre ayant pour effet de causer un préjudice au salarié et qui en principe est interdit

. les moyens de contrôle dont disposent les représentants des travailleurs sur les opérations de prêts de main d'œuvre intérim et sous-traitance confondus (2).

Vraie et fausse sous-traitance

Distinguer la vraie sous-traitance ou la vraie prestation de service de leurs faux jumeaux est une opération importante car dans un cas l'opération est légale alors que dans l'autre elle est interdite.

On sera en présence de fausse sous-traitance ou de fausse prestation de service chaque fois que la sous-traitance ou la prestation de service ne se distingueront pas de la seule force de travail des salariés concernés ou ne nécessiteront pas la mise en oeuvre d'une technologie, de moyens matériels, de méthodes, d'une organisation propre à l'entreprise prestataire de service.

1) Les indices de la fraude

Etant donné la variété des situations et la subtilité des camouflages on ne peut le plus souvent réunir qu'un faisceau d'indices. Citons par exemple :

. absence de désignation des travaux dans le contrat entre prêteur et utilisateur et référence par contre dans ce contrat à une «mise à disposition» ou à un «prêt» de travailleurs.

. facturation de l'opération en fonction du seul nombre d'heures de travail réalisées.

. fourniture du matériel par l'utilisateur ainsi que la matière grise.

. détachement nominatif.

. détachement de travailleurs isolés et intégrés dans l'organisation du travail par l'utilisateur (remplacement de salariés absents ou affectation dans un service non «sous-traité»).

. fonction d'encadrement ou pouvoir de direction exercé exclusivement par l'utilisateur.

. exercice de fait de l'autorité technique ou disciplinaire quotidienne par l'utilisateur.

Plus généralement l'exclusivité du prêt de main d'oeuvre comme objet de l'opération résultera de l'exercice des prérogatives de chef d'entreprise, d'employeur de fait, par l'utilisateur à l'égard des travailleurs détachés.

C'est d'ailleurs bien parce qu'il y a communauté de conditions de travail et de direction entre ces travailleurs et ceux de l'entreprise utilisatrice, que la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé qu'ils devaient figurer sur les listes électorales et participer aux élections de délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice (voir infra).

2) L'interdiction de la fausse sous-traitance

Lorsqu'il est démontré que sous prétexte de sous-traitance ou de prestation de service une entreprise extérieure réalise pour le compte d'un utilisateur une opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'oeuvre, cette opération est interdite et les deux chefs d'entreprise peuvent être poursuivis conjointement sur le fondement de l'article L. 125-3 (3). Une telle opération, rappelons-le, ne doit s'accomplir que dans le cadre de la loi du 3 janvier 1972 sur l'intérim.

Pour fonder ces poursuites il est possible d'utiliser les critères ou indices de fausse sous-traitance ou fausse prestation de service indiqués ci-dessus dont certains apparaissent dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 décembre 1978 (4).

Dans cet arrêt la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de Douai de ne pas avoir débaptisé un soi-disant contrat de sous-traitance de peinture passé entre Massey Fergusson et l'entreprise Cucchiaro au motif que le contenu du contrat portait exclusivement sur la fourniture de peintres à Massey Fergusson et que la facturation était réalisée sur le nombre d'heures de travail accomplies multiplié par le taux horaire des peintres.

En l'absence d'une autre convention modifiant celle qui existait, il n'était pas possible de parler de sous-traitance car l'opération devait s'analyser en une «mise à disposition de personnel entrant dans les prévisions de l'article L. 125-3».

Le marchandage

1) DEFINITION DU DELIT DE MARCHANDAGE

Deuxième volet de la loi du 6 juillet 1973, l'article L. 125-1 du code du travail permet de poursuivre et d'interdire les opérations de prêt de main d'oeuvre à but lucratif qui s'analysent comme du «marchandage». Il stipule :

Toute opération à but lucratif de fourniture de main d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention collective, ou «marchandage» est interdite.

Caractéristiques du délit

a) L'article L. 125-1 s'applique à toutes les opérations de fourniture de main d'oeuvre à but lucratif, celles qui sont exclusives (prêt nu de main d'oeuvre) comme celles qui sont accessoires (dont l'objet essentiel n'est pas la fourniture de main d'oeuvre elle-même).

Dans sa généralité cet article vise à la fois la fausse sous-traitance comme la vraie sous-traitance, la fausse prestation de service comme la vraie prestation de service. Il vise aussi l'intérim bien qu'à cet égard des problèmes particuliers se posent.

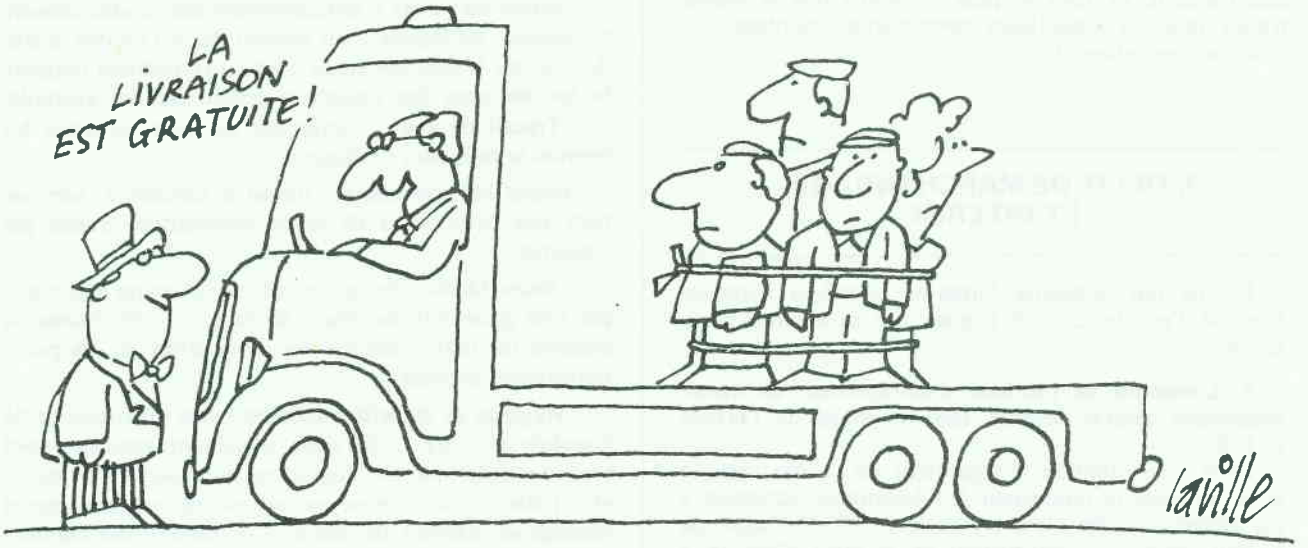
b) L'intention de nuire n'est pas un élément constitutif du délit de marchandage. Ce délit, aux termes

(1) La sous-traitance interne peut être opposée à la sous-traitance externe qui consiste pour une entreprise à confier à une autre entreprise une partie de sa propre activité. Cette dernière se charge de l'effectuer avec ses moyens propres et dans ses propres locaux.

(2) Ce dossier a été réalisé par Henri-José Legrand et Bernard Krynen.

(3) Voir le précédent dossier d'Action Juridique consacré à l'intérim (n° 16 J. p. 9).

(4) Cass. crim. 13.12.78 CFDT Métaux Lille et ses environs c/ Cucchiaro (Action Juridique n° 9 J. p. 14).



mêmes de l'article L. 125-1, se mesure à partir des effets de la fourniture de main d'oeuvre, c'est-à-dire du préjudice subi par les travailleurs, même si ces effets n'ont pas été recherchés.

c) Il n'est pas nécessaire que le préjudice causé aux salariés concernés se cumule avec l'éludation des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles.
Les éléments constitutifs du délit de marchandage sont alternatifs et non cumulatifs.

2) DELIT DE MARCHANDAGE ET SOUS-TRAITANCE

Si l'on reprend l'analyse qui est faite par la CFDT (5) des motifs ou même des conséquences (effets) du recours à la sous-traitance, peu de situations restent en dehors du champ de l'interdiction posée par l'article L. 125-1. Les effets de la sous-traitance sont entre autres :
. pression à la baisse des salaires
. insoumission aux conventions et accords collectifs
. sous-traitance du risque, de l'insalubrité
. détournement des obligations résultant de la législation sur les licenciements
. entrave au droit syndical ou à la représentation du personnel (rester en-dessous des seuils d'effectifs)
. Obstacle au droit de grève.

Difficultés d'application de l'article L. 125-1

Toutefois, bien qu'en théorie la rédaction de l'article L. 125-1 permette d'aller assez loin dans l'assimilation de la fourniture de main d'oeuvre au marchandage, il faut reconnaître que :

1. La notion de préjudice n'a pas été précisée par le législateur. Les rapporteurs au Sénat et à l'Assemblée Nationale ont simplement avancé que le préjudice peut être tiré (6) :
- soit du profit abusif tiré de l'opération par le sous-entrepreneur de main d'oeuvre,
- soit du fait que les travailleurs ne bénéficient pas dans l'opération de tous les avantages qui leur sont dus.

2. A défaut de précisions légales, il reviendra au juge de bâtir une théorie du préjudice et l'on peut s'attendre, sans risque de se tromper, que la prudence guidera sa démarche. Le juge, y compris le juge pénal, n'hésitera-t-il pas à condamner, et donc interdire des formes de recours aux hors-statuts revêtant une certaine cohérence ou justification technique ou économique pour la gestion de l'entreprise ? Interdira-t-il par exemple la sous-traitance de la restauration ou du nettoyage sous prétexte que cette forme de gestion a pour effet de causer un préjudice aux salariés, du fait que si l'entreprise utilisatrice avait choisi ou maintenu une administration directe de ces services, ces salariés auraient bénéficié de salaires, avantages ou conventions supérieurs ?

Utilisation possible de l'article L. 125-1

Il est possible d'affirmer que l'article L. 125-1 ne trouvera sa pleine application que dans les cas où, parmi tous les effets de la fourniture de main d'oeuvre, ceux qui entraînent un préjudice ou jouent dans le sens du détournement de la loi, de la réglementation ou des accords primeront la justification technique ou économique de l'opération.

Exemples :
- un contrat dit d'assistance technique en téléphonie (savoir-faire que ne maîtrise pas l'entreprise utilisatrice) qui cache mal une fourniture de simples standardistes.

(5) Voir rapport introductif aux débats du Conseil national sur les hors-statuts - Mai 80.
(6) Rapport sur le projet de loi sur la répression des trafics de main d'oeuvre. Doc. AN n° 439 p. 11 et suiv.

- ou bien encore des travaux dits «en régie» où les sous-traitants ne font ni plus ni moins que le même travail que les travailleurs permanents (montage, fabrication, entretien...).

3) DELIT DE MARCHANDAGE ET INTERIM

En ce qui concerne l'intérim lui-même l'application de l'article L. 125-1 pose des problèmes particuliers.

1. L'exercice de l'activité d'entrepreneur de travail temporaire peut-il tomber sous le coup de l'article L. 125-1 ?

Dans son intention le législateur ne l'a pas exclu à priori puisque le rapporteur à l'Assemblée Nationale a pu déclarer: «cette mesure (article L. 125-1) s'applique à tout employeur fournissant de la main d'oeuvre à but lucratif, même s'il s'agit d'une entreprise régie par la loi du 3 janvier 1972» (7).

2. A quelles conditions l'activité de sous-entrepreneur de travail temporaire peut-elle tomber sous le coup de l'article L. 125-1 ? Plusieurs hypothèses peuvent être distinguées.

a) L'ETT ne respecte pas ses obligations

On retrouve là les hypothèses précédemment étudiées dans le cadre de l'article L. 125-3 où il n'y a pas de contrat écrit, où les motifs de recours sont illégaux ou inexacts, où la durée des missions dépasse les limites légales, où les autorisations de prolongation ne sont pas sollicitées et accordées (8).

Dans ces hypothèses il est difficile de nier que la fourniture de main d'oeuvre **a pour effet** d'éluder l'application des dispositions de la loi, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les intérimaires en subissent un préjudice.

b) L'utilisateur ne respecte pas ses propres obligations.

Ce sont celles qui résultent de l'article L. 124-7 c'est-à-dire les dispositions légales réglementaires ou conventionnelles limitativement énumérées par cet article (8).

Dans cette hypothèse l'application de l'article L. 125-1 ne semble pas faire de doute.

Admettre le contraire serait reconnaître à l'utilisateur un droit de se servir de l'intérim pour tourner les obligations que l'article L. 124-7 met à sa charge (article L. 124-7 3è alinéa) même s'il ne s'agit pas de son propre personnel.

Le législateur a cherché clairement à unifier en partie le statut des travailleurs intérimaires. Cela doit permettre de faire obstacle à certains éléments de la stratégie patronale de recours à l'intérim.

(7) JOAN 21 juin 1973 et JO S 27 juin 1973 p. 994.
(8) Action Juridique n° 16 J. p. 9.

Exemples d'application

. **Durée du travail** : détournement des limites conventionnelles ou légales (non respect des 40 heures, introduction du travail par relais... etc...) Hypothèse fréquente sur les sites des industries chimiques par exemple.

. **Travail de nuit** : tentatives de faire travailler les femmes la nuit dans l'industrie.

.**Repos hebdomadaire** : travail le dimanche, non respect des deux jours de repos consécutifs, travail par roulement.

. **Jours fériés** : tentatives de compression des coûts par non paiement des jours fériés aux intérimaires ou volonté de faire travailler les jours fériés ou les ponts obligatoires chômés.

. **Hygiène et sécurité** : sous-traitance du risque et de l'insalubrité : ex. : Services travaillant exclusivement avec des intérimaires (peinture, entretien électrique... etc...) dans le but de ne pas réaliser les investissements nécessaires (cabines de peinture, isolement des conducteurs, mise hors tension lors des travaux, matériel de sécurité). *

. **Travail des femmes et des enfants** : tentative de faire exécuter par des intérimaires des travaux généralement interdits aux femmes ou aux jeunes de moins de 18 ans.

. **Travail des étrangers** : détournement des quotas, non respect des autorisations de séjour et de travail.

L'effet de la prestation de main d'oeuvre est bien «l'éludation» des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles. Le préjudice subi, selon la définition donnée par le rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale résulte bien de l'exclusion des intérimaires du bénéfice des avantages qui leur sont dus par l'utilisateur lui-même (art. L. 124-7).

c) Les intérimaires ne bénéficient pas des mêmes avantages que les travailleurs fixes. *

C'est ici que l'application de l'article L. 125-1 à l'intérim est la plus délicate. En effet : il est évident que l'intérim sert aux entreprises utilisatrices pour échapper à leurs obligations légales (licencier plus facilement ou faire échec au droit syndical par exemple) ou pour diminuer leurs coûts sociaux (salaires plus bas, pas d'indemnisation des arrêts maladie ... etc...)

Mais ce faisant, les utilisateurs ne jouent-ils pas sur les contradictions de la loi elle-même ? En effet en même temps qu'elle interdit le marchandage (L. 125-1) la loi légalise la forme de marchandage que constitue l'intérim (L. 125-3). Dès lors peut-on reprocher à un utilisateur d'en tirer parti ? N'est-il pas autorisé, en remplaçant un travailleur temporairement absent, à trouver un intérimaire qui de surcroît lui coûte moins cher ?

Mais ce calcul doit être sans failles. En effet si les formalités et obligations prévues par la loi du 3 janvier 1972 sur le travail temporaire ne sont pas respectées, le contrat d'intérim doit pouvoir être déqualifié et l'on se trouve face à du marchandage pur et simple. L'interdiction légale retrouve alors son cours.

L'utilisation possible de l'article L. 125-1

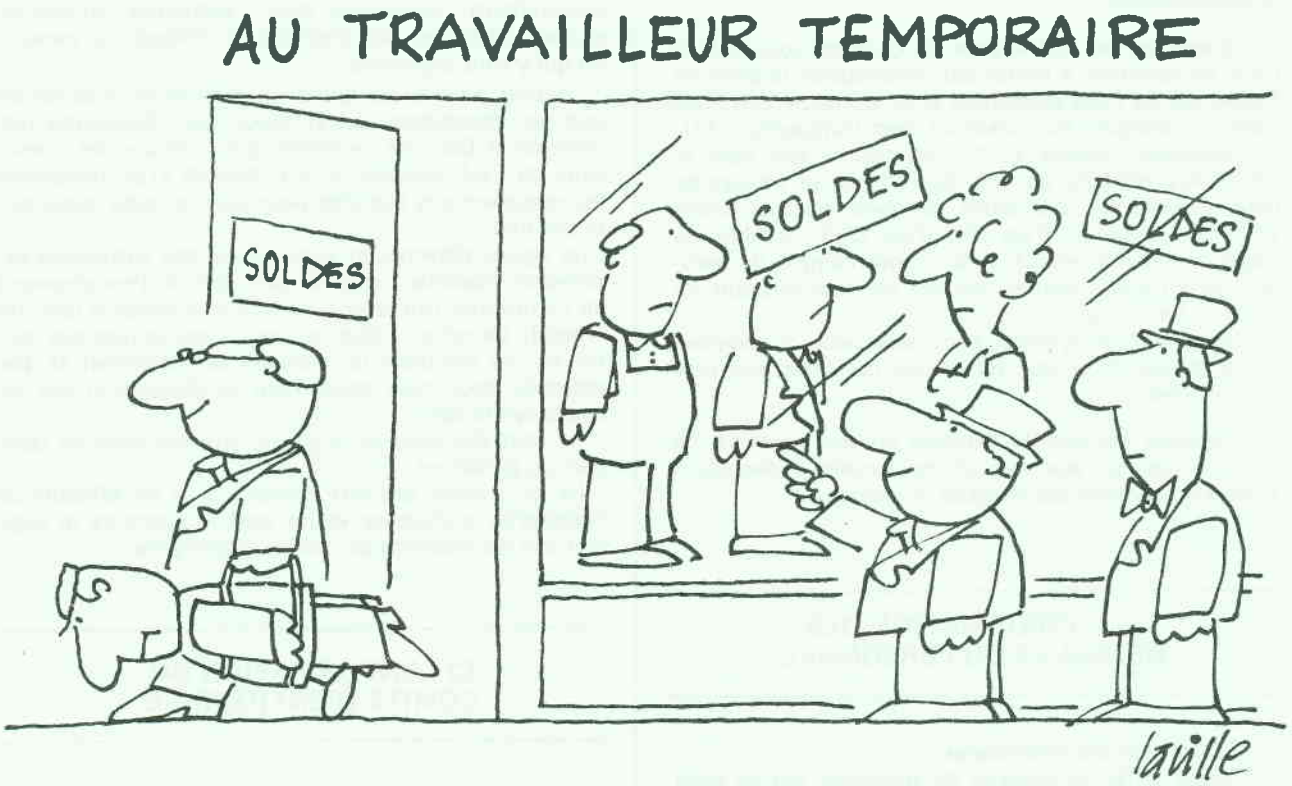
Il est de ce fait très important, pour le syndicat ou la section syndicale d'entreprise, de contrôler de près la véracité des motifs de recours à l'intérim.

Il faut rappeler que l'intérim ne peut être utilisé que pour des tâches non durables (L.124-2). Et si, par exemple, il est démontré que le surcroît occasionnel d'activité motivant le recours à des intérimaires n'est pas un vrai surcroît de travail ou n'est pas occasionnel, c'est que l'entreprise utilisatrice se sert du travail temporaire pour diminuer de façon structurelle ses coûts de production pour des besoins ou des tâches permanentes et durables.

Par un tel biais la différence de salaire pour un même poste entre un intérimaire et un travailleur permanent n'a plus d'autres justification que la surexploitation apparente. Elle pourrait être condamnée.

Mais lorsque de façon courante l'intérim se trouve justifié, il semble illusoire d'invoquer l'article L. 125-1 et le préjudice subi par les travailleurs temporaires pour obtenir par la voie judiciaire le principe de l'égalité des salaires (9).

Sous les réserves qui précèdent l'utilisation offensive de la loi sur le marchandage (article L. 125-1) offre des possibilités jusqu'ici peu ou pas exploitées par la CFDT pour faire réprimer certaines formes nouvelles de gestion de la main d'oeuvre (10).



Prêts de main d'œuvre et contrôle des représentants du personnel

Aussi rigoureuse soit-elle, la loi ne sera vraiment respectée que si le syndicat et les institutions représentatives des travailleurs disposent de moyens efficaces pour la faire appliquer.

A cet égard si le législateur, en légalisant le travail temporaire, a institué divers documents et formalités de contrôle, il n'a rendu destinataire de ces informations et n'a associé vraiment au processus de contrôle que l'inspection du travail, l'ANPE et les agents de l'URSSAF (article L. 124-10 à L. 124-13 et R. 124 à R. 124-11).

Cependant le syndicat et les institutions représentatives du personnel disposent de certains moyens de contrôle par application des textes relatifs à leurs attributions générales et à leur fonctionnement habituel.

(9) D'ailleurs, l'employeur au sens juridique reste l'ETT, qui détermine librement le niveau de salaire (art. L. 124-9 du code du travail).

(10) Les sanctions pénales sont celles prévues par l'article L. 152-3 : amende de 2 000 à 20 000 F.

Utiliser les moyens d'information et de contrôle existants

A) L'INFORMATION DU SYNDICAT

Celle-ci n'est prévue par aucun texte, mais elle s'impose indirectement à l'occasion de la négociation et de la signature du protocole préélectoral pour les élections professionnelles.

. **S'agissant des intérimaires** : la Chambre sociale de la Cour de cassation a refusé aux intérimaires le droit de figurer sur les listes électorales et de participer aux élections de délégués du personnel chez l'utilisateur (11).

Cependant l'article L. 124-14 dispose que dans le calcul des effectifs au sein de l'entreprise utilisatrice pour l'application des seuils auxquels certains droits sont liés (création d'un CE, d'un CHS, nombre de sièges à pourvoir, etc...), il faut tenir compte du nombre moyen d'intérimaires occupés par jour ouvrable au cours de l'exercice.

Par ce biais le syndicat peut avoir accès au nombre d'intérimaires et à leur répartition par catégories professionnelles.

S'agissant des salariés détachés ou sous-traitants, on peut se reporter aux indications données ci-dessous à propos du contrôle des délégués du personnel.

B) L'INFORMATION DES DELEGUES DU PERSONNEL

a) S'agissant des intérimaires

Depuis 1976 les délégués du personnel ont un droit d'accès au registre des entrées et sorties du personnel, et sont de ce fait associés au contrôle de l'emploi (R. 321-5).

Ce registre doit comporter le nom des salariés intérimaires, leur date d'entrée et de sortie, leur emploi, leur qualification ainsi que le nom et l'adresse de l'entreprise de travail temporaire.

La consultation de ce registre permet donc de faire un certain nombre de constatations importantes sur la durée des missions, les pratiques de présélection des travailleurs, l'évolution globale de la gestion de l'emploi intérimaire.

Mais pour pouvoir faire correctement les interprétations nécessaires ou disposer d'une bonne «photographie» de l'intérim (motifs de recours, montant de la facturation, horaires de travail, caractéristiques particulières du travail) les délégués du personnel devraient pouvoir se faire communiquer le contrat passé entre leur entreprise et l'entreprise de travail temporaire (L. 124-3).

Cette communication n'est en fait pas prévue par la loi du 3 janvier 1972. Aussi, sauf rapport de forces favorable, il faut pour obtenir ce type de renseignements passer par le biais de l'inspecteur du travail.

Ceci est d'autant plus important que, comme on l'a vu, les délégués du personnel sont habilités à présenter à leur patron les réclamations des intérimaires (L. 420-3).

b) S'agissant des travailleurs détachés ou sous-traitants

La jurisprudence tend à reconnaître, dans certaines circonstances, que les travailleurs extérieurs (détachés ou sous-traitants) travaillant dans l'entreprise utilisatrice peuvent participer aux élections de délégués du personnel qui y sont organisées.

Action Juridique a fait le point de cette question en publiant récemment l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'affaire des travailleurs du CEA détachés à la COGEMA (12). Rappelons les enseignements que l'on peut tirer de cette importante décision :

. les agents détachés et le personnel des entreprises extérieures travaillant sous la direction de l'encadrement de l'entreprise utilisatrice doivent être compris dans les effectifs de cette entreprise pour l'application des textes sur les élections de délégués du personnel et, par analogie, pour ceux concernant la désignation des délégués syndicaux.

. Ils sont électeurs et éligibles, aux élections de délégués du personnel.

. Ils ne doivent pas être compris dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice et ne sont ni électeurs ni éligibles lors des élections du comité d'entreprise.

C) L'INFORMATION DU COMITE D'ENTREPRISE

Pour l'instant la Chambre sociale de la Cour de cassation ne reconnaît pas aux salariés détachés dans une filiale ainsi qu'aux travailleurs d'entreprises extérieures (sous-traitants, prestataires de service) le droit de participer aux élections du comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice (13). Il en est de même des intérimaires.

Cependant le comité d'entreprise n'est pas dépourvu de moyen d'information et d'action à l'égard de ces travailleurs.

Il est «obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs...» (14)

Par sa généralité, ce texte permet au comité de contrôler non seulement le prêt de main d'oeuvre officiel, le travail temporaire, mais aussi toutes les formes de sous-entreprise de main d'oeuvre.

(11) Cass. soc. 25 juillet 1978. Bull n° 65 p. 6
(12) Action juridique n° 12 D. p. 13
(13) Cass. soc. 2 mai 1970. Action juridique n° 7/8 p. 18
(14) Art. L. 432-4

Chaque fois qu'il passe un tel marché, le chef d'entreprise devrait consulter préalablement le comité.

Mais la consultation tend à la formulation d'un avis, et nul ne peut donner un avis sur une question sans en être complètement informé. S'agissant d'une opération de sous-entreprise de main d'oeuvre, les motifs et conditions doivent au moins en être exposés au comité qui, s'il ne s'estime pas tout à fait éclairé, devrait pouvoir demander communication des pièces contractuelles établies avec le sous-entrepreneur ainsi qu'entre celui-ci et ses salariés. Il s'agit là d'un droit à conquérir (15).

D) L'INFORMATION DU CHS

Le CHS de l'entreprise utilisatrice peut s'appuyer sur l'article L. 124-7 pour exercer un droit de regard sur les risques courus par les intérimaires. La mention des «caractéristiques particulières» dans les contrats ETT -utilisateur et ETT- intérimaire devrait aider à la connaissance de ces risques.

De nouvelles mesures ont été prises par décret du 29 novembre 1977 qui s'applique à tous les travaux réalisés par une entreprise extérieure dans une entreprise utilisatrice. Il concerne donc non seulement l'intérim mais toutes les formes de fourniture de main d'oeuvre et, plus généralement, de sous-traitance.

Les obligations imposées aux employeurs

Ce texte impose notamment aux chefs d'entreprise utilisatrices et extérieures («intervenantes») avant le début des travaux, de procéder à une inspection commune des lieux et installations, de s'informer réciproquement des risques et de définir en commun les mesures de prévention (art. 4 à 6).

Lorsque la somme des durées de travail des divers salariés extérieurs dans un même établissement utilisateur doit excéder 400 heures sur un an, l'employeur intervenant doit avertir le CHS du jour où il organisera ces opérations. Le CHS peut charger un salarié d'y assister. De plus, le CHS ou à défaut les DP, doit recevoir le procès-verbal détaillé des mesures de prévention prises en commun par l'utilisateur et les intervenants.

Si la durée du travail des intervenants dépasse 4 000 h/an, les différents CHS sont préalablement consultés sur ces mesures et chacun délègue un de ses membres représentant le personnel pour participer à l'inspection.

Création d'un CHS spécial

Si la durée du travail excède 200.000 h/an, un CHS spécial doit être créé entre l'entreprise utilisatrice et les intervenants effectuant plus de 20 000 heures de travaux. Les règles de composition et de fonctionnement en

(15) La fourniture de documents aux comités centraux de deux entreprises qui décident de fusionner a pu être obtenue par voie de référé. TGI Paris 17 mars 1976 et C.A. Paris 8 mai 1976 (fusion CII-Honeywell Bull).

sont fixées par accord entre patrons et syndicats, ou à défaut par l'inspecteur du travail.

Comme on le voit, l'ensemble des moyens d'information et de contrôle des délégués des entreprises utilisatrices (complétés par ceux que l'on peut obtenir de l'inspecteur du travail) constituent une base d'appui pour l'action du syndicat ou de la section syndicale en direction des «hors-statuts» afin de s'opposer à la stratégie patronale de division des travailleurs en statuts sociaux différents.

Cependant pour que cette action soit vraiment efficace il est nécessaire de conquérir des moyens d'intervention supplémentaires ou mieux adaptés à la situation éclatée de l'entreprise et de la collectivité de travail.

Elargir les moyens d'information et de contrôle

Isolés chez l'utilisateur, venant la plupart du temps d'entreprises de petites dimensions, les intérimaires et travailleurs sous-traitants ne peuvent facilement, sans s'exposer à la repression (mutations, licenciements, fins de missions...) s'organiser et agir collectivement ou disposer de représentants.

La fragilité de leur statut et la précarité de leur emploi est précisément un des motifs du recours que font à eux les entreprises utilisatrices.

Leur capacité de résistance est amoindrie alors qu'ils sont soumis le plus souvent à des conditions de travail dégradées (sous-traitance des risques, durée du travail importante, bas salaires ...).

Dans ces conditions, les organisations syndicales et les institutions représentatives des entreprises utilisatrices ont une responsabilité particulière à assumer. Cette «responsabilité» découle à la fois de nos positions de principe (le bureau national de la CFDT a refusé d'engager l'organisation dans la négociation d'une convention collective de l'intérim car la dispersion des intérimaires rend utopique l'application effective d'une telle convention «professionnelle») et de l'expérience syndicale (la fédération des services a été conduite à supprimer le syndicat parisien des intérimaires, créé en 1968, pour s'orienter vers leur organisation à l'intérieur des sections syndicales des entreprises (16).

Mais les délégués et les sections syndicales des entreprises utilisatrices ont-ils les moyens d'assumer leurs responsabilités ?

A) Des moyens d'action supplémentaires.

La loi reconnaît que les délégués des entreprises utilisatrices ont bien à jouer un rôle de représentation et de défense des intérêts des intérimaires, mais n'a pas prévu pour autant des moyens supplémentaires à leur disposition.

Or les crédits d'heures de délégation, souvent insuffisants en temps normal, ne permettent pas d'assurer une prise en charge des travailleurs «extérieurs». Ainsi tel délégué servant d'interlocuteur dans une grève engagée par une équipe de sous-traitants qui ne dispose pas elle-même de représentants, se voit rapidement rappelé à l'ordre par la direction de l'entreprise utilisatrice parce qu'il a dépassé son crédit d'heures, et qu'un conflit survenant sur un chantier d'une entreprise intervenante ne saurait relever des «circonstances exceptionnelles» autorisant ces dépassements.

Le calcul du nombre de délégués, le nombre d'heures de délégation devraient donc tenir compte du nombre réel moyen de travailleurs «extérieurs» occupés dans l'année par l'entreprise utilisatrice.

De même des droits nouveaux sont à conquérir pour que les locaux et les panneaux syndicaux puissent être utilisés par les sections syndicales de tous les intervenants dans l'entreprise utilisatrice.

B) La représentation des travailleurs occupés sur un même site

La législation sur l'exercice des droits syndicaux et la représentation du personnel a donné comme cadre d'organisation l'entreprise ou l'établissement.

Mais d'une part cette législation, par l'instauration de seuils d'effectifs de plus en plus nombreux, a refoulé à sa périphérie une grande partie des PME qui se trouvent exclues de son champ d'application, et d'autre part la notion juridique d'entreprise a éclaté devant les nouvelles formes de gestion de la main d'oeuvre et la segmentation de l'organisation de la production.

Le droit doit être adapté à ces nouvelles situations. Déjà un certain nombre de mesures réglementaires ont pris en compte ces évolutions depuis la loi du 6 décembre 1976 sur la prévention des accidents du travail.

On a vu que le décret du 29 novembre 1977 a permis la création de comités spéciaux d'hygiène et de sécurité regroupant à la fois des représentants de l'entreprise utilisatrice et des entreprises intervenantes (sous-traitants internes).

Le décret du 9 juin 1977 a instauré des collèges interentreprises d'hygiène et de sécurité sur les chantiers revêtant une certaine importance.

Un peu dans le même ordre d'idées, depuis 1973 la jurisprudence a adapté le droit de la représentation du personnel aux conditions spécifiques de travail dans le bâtiment et les travaux publics, en tenant compte du caractère éphémère des chantiers, de leur dispersion et du petit nombre de travailleurs qui y sont parfois occupés.

Mais il faut aller plus loin dans ce domaine, pour obtenir la création d'institutions spécifiques de représentation du personnel ou d'exercice du droit syndical, sur les «sites» notamment.

Les «sites» dont le nombre se développe, sont constitués par la concentration d'entreprises dans un même lieu géographique (avec parfois une entreprise dominante). Ces entreprises ont des fonctions largement imbriquées et solidaires, disposent parfois de services communs (restauration, maintenance, nettoyage...) et emploient des travailleurs qui, malgré une forte mobilité interne, acquièrent une certaine permanence et ont des conditions de travail homogènes (sites pétrochimiques, sidérurgiques, nucléaires, grands centres commerciaux, zones industrielles... etc...).

Sur ces sites, la recomposition de l'unité des travailleurs passe sans doute par la mise en place et le fonctionnement d'institutions interentreprises de représentation des travailleurs (délégués interentreprises, CHS interentreprises).

(16) Voir sur ce point les débats au Conseil national de mai 1980 consacré aux hors-statuts.

textes et jurisprudences

R Licenciement

Le juge des référés administratif ne peut confier à un expert le soin de rechercher si le licenciement collectif envisagé est de nature structurelle ou conjoncturelle et de se faire présenter des documents économiques et financiers concernant non seulement l'entreprise où le licenciement est envisagé mais également le groupe auquel appartient cette entreprise.

Par contre l'administration, amenée à se prononcer sur une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique doit tenir compte de la situation de l'ensemble du groupe dont fait partie l'entreprise concernée.

Conseil d'Etat 15 Février 1980
S.A. Eternit Industries
Conseil d'Etat 18 Janvier 1980
Fédération des cadres de la chimie

REFERE ADMINISTRATIF, LICENCIEMENT COLLECTIF ET GROUPE D'ENTREPRISES.

Dans son arrêt «Sirugue» du 23 février 1979 (1) le Conseil d'Etat a admis qu'un comité d'entreprise ne s'estimant pas suffisamment informé sur un projet de licenciement pour motif économique pouvait s'adresser au juge des référés administratif afin d'obtenir de celui-ci la nomination d'un expert chargé, d'une manière générale, de recueillir toutes informations de nature à permettre au comité d'être éclairé le plus complètement possible sur la situation économique de l'entreprise et sur le projet de licenciement.

Il s'agit là d'une application extensive des règles qui régissent le fonctionnement du référé administratif. Elle était d'autant plus souhaitable que la Cour de cassation jugeait dans le même temps que le juge des référés civil ne pouvait pas nommer un consultant chargé de vérifier la régularité de la procédure de consultation du comité car ce faisant il empiéterait sur les prérogatives de l'administration (2).

Quelques décisions rendues par le Conseil d'Etat postérieurement à l'arrêt Sirugue ne remettent pas en cause le principe posé par celui-ci. Elles vont toutefois dans le sens d'une intervention limitée du juge des référés administratif en matière de licenciement pour motif économique.

1) La mission confiée à l'expert

A l'occasion du projet de licenciement de plus de neuf cents travailleurs à la société Eternit Industries, le comité d'entreprise de cette société obtient du juge des référés administratif de Paris la nomination d'un expert à qui il confie, entre autres missions, celle de rechercher s'il s'agit à son avis d'un licenciement pour motif économique à caractère conjoncturel ou structurel et d'examiner les possibilités de limitation des licenciements (ordonnance du 16 novembre 1978).

Dans son arrêt du 15 février 1980, le Conseil d'Etat annule cette décision, car, dit-il, le juge des référés a ainsi confié à l'expert une mission qui porte sur des questions de droit. Sur ces questions il a empiété sur les pouvoirs du juge du fond, il a «préjudicié au principal», ce qui lui est interdit par l'article R 102 du code des tribunaux administratifs.

Comme on le voit le pouvoir du juge des référés administratif est moins étendu que celui du juge des référés civil (3). Sans remettre en cause le principe posé par sa jurisprudence Sirugue le Conseil d'Etat semble vouloir se prononcer cas par cas sur les mesures ordonnées par les tribunaux administratifs statuant en référé qui lui sont soumises, et vérifier d'une part si elles n'empiètent pas sur les pouvoirs des juges du fond, d'autre part si elles sont «utiles». Ce que le Conseil d'Etat semble disposé à admettre, c'est que l'expert soit chargé de vérifier si le comité a reçu une information utile et complète.

2) Le cas des groupes

Dans le dossier d'Action juridique consacré au contrôle des licenciements pour motif économique (4) étaient citées plusieurs décisions de tribunaux administratifs considérant que la procédure de consultation des représentants du personnel devait s'effectuer non dans le seul cadre de l'entreprise où les licenciements étaient projetés, mais dans celui du groupe dans lequel cette entreprise s'insère dès lors que ce groupe est mis en évidence par l'interpénétration des capitaux et la direction unique des sociétés qui le composent.

C'est dans cette optique que s'était placé le tribunal administratif de Paris dans l'affaire Eternit signalée ci-

(1) AJDA - juillet-août 1979 p. 53
(2) Action Juridique n° 13 R. p. 6
(3) La notion de préjudice au principal a été supprimée en matière de référé lors de la réforme de la procédure civile.
(4) Action Juridique n° 13 R. p. 7

dessus. Il avait confié à un expert le soin de se faire présenter tous documents économiques et financiers et tous renseignements lui permettant de retracer la procédure suivie, non seulement pas la société Eternit Industries qui envisageait le licenciement mais aussi par le holding, société anonyme financière Eternit, qui coiffait la précédente.

Cette mesure est elle aussi annulée par le Conseil d'Etat qui estime ainsi, contre l'avis de son commissaire du gouvernement, que le comité d'entreprise institué dans la société où le licenciement est envisagé ne peut exiger d'informations et de documents émanant du groupe auquel cette société appartient. Au niveau de la consultation des représentants du personnel, l'existence du groupe n'est pas prise en compte.

Par contre le Conseil d'Etat admet que l'administration amenée à se prononcer sur une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique puisse, elle, déborder le cadre de l'entreprise qui présente la demande et se situer dans celui du groupe.

Ainsi dans un arrêt du 18 janvier 1980 le Conseil d'Etat reproche au ministre du travail saisi par deux sociétés d'une demande d'autorisation d'un licenciement collectif, de s'être fondé exclusivement sur la situation de ces deux sociétés qui alors qu'il existait d'autres sociétés dans le groupe et qu'il devait dès lors tenir compte de la situation de l'ensemble de celles-ci.

Deux poids, deux mesures

Le Conseil d'Etat fait ainsi deux poids deux mesures. Le comité d'entreprise n'a pas un droit à être informé sur la situation du groupe. Par contre l'administration est tenue de prendre en considération l'état de celui-ci.

On aperçoit assez bien les raisons de cette discordance. Le Conseil d'Etat n'a pas voulu que soit modifié le champ d'intervention du comité tel qu'il résulte du cadre retenu pour son élection. La définition de ce cadre, c'est-à-dire des contours de l'entreprise, est en effet de la compétence judiciaire. Il revient notamment au juge d'instance de dire, sous le contrôle de la Cour de cassation, si des sociétés juridiquement distinctes constituent ou non une même unité économique et sociale justifiant l'institution d'un comité d'entreprise unique. C'est cela que le Conseil d'Etat n' a pas voulu, semble-t-il, remettre en cause.

Il n'en demeure pas moins que sa jurisprudence sur ce point est choquante et qu'elle ne contribue pas à mettre le droit en harmonie avec les faits.

Arrêt du Conseil du 15 Février 1980

(... Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société «Eternit Industries» a consulté son comité d'entreprise sur un projet de licenciement collectif pour motif économique de 975 salariés et a demandé aux directions départementales compétentes les 27 et 30 octobre 1978 le licenciement de 919 salariés ; que le comité s'estimant insuffisamment éclairé a chargé deux de ses membres, MM. Salart et Dessert d'agir en justice, pour obtenir par voie d'expertise des renseignements complémentaires au sujet notamment de la société anonyme «Financière Eternit» ; que, saisi dans ces conditions d'une demande de référé le 30 octobre 1978, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris a confié à un expert, par une ordonnance en date du 16 novembre 1978, le soin de «se faire présenter par la société anonyme financière Eternit, ainsi que par leurs agents si cela lui apparaît nécessaire, tous documents économiques et financiers, et tous renseignements lui permettant de retracer la procédure suivie par la direction pour aboutir au projet de licenciement collectif litigieux, de rechercher s'il s'agit à son avis d'un licenciement pour motif économique à caractère conjoncturel ou structurel ou pour tout autre motif tel qu'une politique de restructuration de la ou des entreprises, notamment en fonction du marché actuel ou potentiel des travaux publics, de l'origine et de la nature des financements, et d'examiner les possibilités de limitation des licenciements et de reclassement des agents dont le licenciement est envisagé ; l'expert procèdera à ladite expertise en présence du demandeur et des défendeurs éventuels mentionnés en marge de la présente ordonnance ;

Considérant, d'une part, qu'en demandant à l'expert à l'occasion d'un projet de licenciement ne visant que le personnel de la société «Eternit Industries», de se faire éventuellement présenter par le «groupe société anonyme financière Eternit» des documents économiques et financiers et des renseignements et d'examiner les possibilités de limitation des licenciements et en l'invitant à émettre son avis sur les conclusions qu'il tirait des documents réunis notamment quant au caractère conjoncturel ou structurel de ces licenciements, l'ordonnance attaquée a tranché des questions de droit ou confié à l'expert une mission qui porte sur des questions de droit ; qu'ainsi sur ces différentes questions, elle préjudicie au principal que, d'autre part, dans les circonstances de l'espèce, les autres mesures demandées n'étaient pas utiles ; que, par suite, il y a lieu d'annuler l'ordonnance attaquée et de rejeter la demande d'expertise demandée par MM. Salart et Dessert ;

Décide : Article 1er - L'ordonnance du magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris, en date du 16 novembre 1978 est annulée. (...)

Arrêt du Conseil d'Etat du 18 janvier 1980

(...) Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le comité d'entreprise commun aux deux sociétés Ferlux et Ferlux-Labo a été réuni et consulté dans les conditions prévues par la loi et que tous les renseignements utiles concernant ces deux sociétés et les licenciements envisagés dans leur personnel lui ont été communiqués par les employeurs; qu'ainsi, et contrairement à ce que le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a estimé à l'appui de l'un des motifs d'annulation de la décision ministérielle, la procédure de concertation, qui a été suivie à l'intérieur du comité d'entreprise propre aux deux sociétés visées par les demandes de licenciement, a été régulière;

Considérant, en revanche, que pour exercer les pouvoirs qu'il tient de l'article L.321-9-1° alinéa précité sur les points autres que la régularité de la procédure de concertation, le ministre du travail s'est fondé exclusivement sur la situation des deux sociétés Ferlux et Ferlux-Labo, alors qu'il existait notamment d'autres sociétés dans le même groupe; que faute d'avoir tenu compte de la situation de l'ensemble de celles-ci, le ministre a entaché sa décision d'une erreur de droit; que cette erreur, d'ailleurs retenue par le tribunal administratif dans un autre motif de son jugement, entraîne l'annulation de la décision ministérielle;

Décide :

Article ler : Le recours du ministre du travail est rejeté (...).

R Licenciement

En cas de transfert d'entreprise d'un exploitant à un autre le premier employeur peut, avant même que la cession soit devenue effective, licencier du personnel compte-tenu de la réorganisation à laquelle le nouveau patron a d'ores et déjà décidé de procéder. Ce licenciement n'est pas contraire à l'article L 122-12 du code du travail.

Cour de cassation (Ch. soc.) 8 juin 1979
SMDB Kronenbourg c/ Dame Talut

TRANSFERT D'ENTREPRISE ET LICENCIEMENT ECONOMIQUE

Si l'article L 122-4 du code du travail légalise le licenciement, il le légalise sous réserve du respect par l'employeur de la réglementation figurant aux articles suivants. Parmi eux, l'article L. 122-12 alinéa 2 dispose : « **en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur notamment par cession, vente ou fusion de tout ou partie de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.**»

Destiné à assurer la stabilité de l'emploi, comme l'a toujours affirmé la Cour de cassation, ce texte impose au nouvel employeur le maintien et la poursuite des contrats de travail en cours. On le voit, l'article L. 122-12 déroge à l'article L. 122- 4 : lors du transfert de l'entreprise, le maintien automatique des contrats, par l'effet de la loi, s'oppose à tout licenciement du personnel de l'entreprise cédée.

Si telle est la lettre des textes, telle n'est pas la solution retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

A ses yeux, l'article L. 122-12 n'exclut pas le licenciement mais bien au contraire l'un et l'autre doivent être combinés. Et ce afin de prendre en compte le contexte économique dans lequel se réalisent les modifications juridiques de l'entreprise. Celles-ci sont en effet le plus souvent la cause ou la conséquence d'une réorganisation de l'entreprise. Dès lors l'article L. 122-12, en imposant le maintien des contrats de travail contrecarre les volontés patronales. S'il gêne, il faut l'écarter pour sauvegarder la liberté de gestion du chef d'entreprise. Techniquement, cela est aisé : il suffit de jouer sur l'existence d'un contrat en cours au jour de la modification. Si le contrat n'est plus en cours, c'est-à-dire s'il a été rompu, l'article L. 122-2 n'est plus applicable et le nouvel employeur a les mains libres.

La jurisprudence de la Cour de cassation

Cette volonté de combiner deux textes contraires a conduit la Chambre sociale a opérer une distinction parmi les licenciements concomitants au changement de direction de l'entreprise ou opéré à la veille de ce changement :

1) Viole l'article L. 122-12 - et est à ce titre sanctionné - le licenciement de l'ensemble du personnel par le premier employeur (le cédant) pour laisser le nouveau patron (le cessionnaire) sélectionner les travailleurs et les employer à ses conditions (1). Est de même considéré comme frauduleux le licenciement opéré par le chef d'entreprise qui simule la fermeture de son entreprise et la poursuit en réalité sous une couverture juridique différente (2).

(1) Cass. Soc. 29 novembre 1972, Bull. N° 655 p 596; 9 octobre 1975, Bull. N° 448 p. 385
(2) Cass. Soc. 15 janvier 1964, Bull. N° 40 p 32; 13 mai 1969, Bull. N° 313 p. 262. Sur les sanctions pour violation de l'article L 122-12, voir I. Vacarie, L'employeur, Sirey 1979 N° 128 et s.

2) Est au contraire jugé légitime - fondé sur une cause réelle et sérieuse - le licenciement lié à une réorganisation de l'entreprise à la veille (3) ou au lendemain du transfert (4).

L'arrêt du 8 juin 1979

Par l'arrêt ci-dessus reproduit, la Cour de cassation a brutalement élargi la sphère des licenciements légitimes. Elle admet en effet que le projet de fermeture de l'établissement par le nouveau patron puisse constituer pour le premier employeur un motif réel et sérieux de licenciement.

Cette décision appelle plusieurs observations :

1) Le revirement jurisprudentiel que constitue l'arrêt du 8 juin 1979.

Dans une affaire analogue, la même Chambre sociale adoptait trois ans plus tôt, le 16 juin 1976, la solution contraire (5). Dans les deux cas le travailleur avait été licencié par le premier employeur une fois la cession convenue. Dans les deux cas le patron plaidait pour justifier le licenciement la suppression du poste une fois la cession réalisée. En 1976, la Cour de cassation appouvait la cour d'appel de Riom d'avoir déclaré le licenciement injustifié, en 1979 au contraire elle le reproche à la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

La Cour de cassation a ainsi déplacé la ligne de partage entre licenciement légitime et protection légale de l'emploi et ce en faveur du premier.

2) L'auteur de la rupture.

Par cet arrêt de 1979 la Cour de cassation autorise le premier employeur à licencier au lieu et place du nouveau patron. Ainsi n'y aura-t-il jamais de lien juridique entre ce dernier et les travailleurs dont il ne veut pas. Ici encore se manifeste la tendance actuelle du droit du travail à supprimer tout point de contact entre le siège de la décicion patronale et les travailleurs.

3) Le motif du licenciement

La Cour de cassation estime dans cet arrêt que la fermeture du dépôt envisagée par le nouveau patron est un motif réel de licenciement pour son prédécesseur. La contradiction saute aux yeux; un projet peut-il constituer un motif réel? (6). La Chambre sociale met la charrue avant les boeufs : elle légitime un licenciement dans la perspective d'une réorganisation alors que la loi de 1973 comme celle de 1975 l'envisagent comme ultime solution.

S'agissant d'un licenciement pour motif économique, ce type de licenciement est depuis la loi du 3 janvier 1975 subordonné à une autorisation des services de la main d'oeuvre. Le contrôle de la réalité du motif économique est aux termes de la loi (article L. 321-9) une condition de la légalité de leur décision. L'inspecteur du travail devrait donc refuser ces licenciements prématurés, la réorganisation projetée par le futur patron n'étant en aucun cas un motif économique réel pour le premier employeur. Seule la cession est réelle mais l'article L. 122 - 12 interdit qu'elle soit invoquée comme cause de licenciement.

4) La fraude.

Pour la Cour de cassation seule la fraude ferait obstacle à la légitimité de ce type de licenciement : fraude à l'ordre des licenciements et aux droits du salarié. Ces droits, quels sont-ils ? N'est-ce pas justement le respect de l'article L. 122-12 ? Par conséquent le licenciement ne serait justifié qu'autant qu'il ne constituerait pas une fraude à l'article L. 122-12, c'est-à-dire un moyen d'éluder son application. Mais ne serait-ce pas la propre solution de la Chambre sociale qui est frauduleuse ? En légitimant le licenciement par le premier employeur du salarié dont le nouveau patron ne veut pas, elle interdit au travailleur ainsi congédié d'invoquer l'article L. 122-12 qui suppose un contrat en cours, et garantit par là-même au cessionnaire une totale liberté, contrairement aux prévisions légales.

Cet arrêt n'est pas un cas d'espèce mais manifeste dans le contentieux de l'article L. 122-12 la tendance de la Chambre sociale - déjà constatée à propos de la maladie - à créer son propre droit du travail, en marge du code du travail et dans le respect de la liberté patronale.

Isabelle Vacarie
Docteur en droit
Maître assistante à l'Université de Paris I

Arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1979

(...) Attendu que la société marseillaise de distribution des bières Kronenbourg (SMDBK) qui était convenue de céder à une autre société le dépôt qu'elle exploitait à Sanary, a licencié le 8 mars 1974, la dame Talut, qu'elle y employait comme aide-comptable;

Attendu que pour la condamner à lui payer des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt attaqué a énoncé que l'accord passé entre les sociétés prévoyait que dame Talut et une autre salariée seraient exclues du nombre des personnes que la cessionnaire garderait à son service et en considération duquel était intervenu le congédiement, était contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12 du code du travail;

Attendu cependant que ce texte ne fait pas nécessairement obstacle, sauf une fraude non alléguée à l'ordre des licenciements et aux droits du salarié, à ce que, avant même que le changement de chef d'entreprise soit devenu effectif, ce salarié soit licencié compte tenu de la réorganisation à laquelle le futur employeur a d'orres et déjà décidé de procéder;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, si comme le soutenait la société, le licenciement de la dame Talut avait été prononcé en raison de la fermeture envisagée par la cessionnaire du dépôt de Sanary, et d'une compression nécessaire du personnel administratif devant entraîner la suppression de son poste, ce qui pouvait être un motif réel et sérieux de congédiement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision (...).

---

(3) Cass. Soc. 5 mai 1970, Bull. N° 301 p. 245; 6 janvier 1972, Bull. N° 1 p.1; 15 octobre 1975, Bull. N° 458 p. 393.
(4) Cass. Soc. 28 février 1974, Bull. N° 154 p. 144; 16 juin 1976 Bull. N° 373 p. 309; 12 janvier 1974, Bull. N° 19 p. 17; 9 novembre 1977. Bull. N° 606 p. 484, Dr. Ouv. 1978 p. 72
(5) Cass Soc. 16 juin 1976, Bull. N° 373 p. 309.

L Réglementation du travail

L'article D 223-5 du code du travail, aux termes duquel les jours de maladie ne peuvent être déduits du congé annuel, ne concerne pas la période de congé payé mais seulement la durée du travail effectif pendant la période annuelle de référence.

Le salarié malade pendant son congé payé ne peut donc prolonger celui-ci d'une durée équivalente à celle de la maladie.

Cour de cassation (Ch.soc.) 31 janvier 1980
Timken France c/ Grass

LA MALADIE PENDANT LES CONGES PAYES

Tous les ans, en période de congé des salariés tombent malades. Tous les ans se pose le lancinant problème de savoir si le salarié malade au cours de son congé peut ou non prolonger son congé tel qu'il était initialement prévu, du temps de la maladie. La Cour de cassation fait sur ce point une interprétation défavorable aux travailleurs qu'il est nécessaire de combattre.

1. Il existe un texte : l'art. D 223-5

Ce texte est clair, il permet au salarié malade pendant ses congés de prolonger la durée de ses congés du temps de sa maladie. L'art. 223-5 du Code du travail est en effet ainsi rédigé : « **les jours de maladie (ainsi que le repos des femmes en couche, les périodes obligatoires d'instruction militaire, les jours de chômage, les périodes de délai-congé, les absences autorisées) ne peuvent être déduits du congé annuel.**»

Au regard de ce texte si donc les jours de maladie ne peuvent se déduire du congé annuel, cela signifie clairement que les jours de maladie ne peuvent en aucun cas se confondre avec les jours de congé payé et que ces mêmes jours doivent en quelque sorte être récupérés ultérieurement.

2. L'administration respectueuse du texte

A plusieurs reprises l'administration a eu l'occasion de confirmer, qu'à ses yeux et sur la base de l'art. D 223-5 du Code du travail, des jours de maladie intervenant pendant les congés ne pouvaient se confondre avec les jours de congé payé annuel. Par exemple, dans une lettre ministérielle de janvier 1972, le ministre rappelle que, «selon une position constante de son administration, lorsqu'une période de maladie intervient pendant les vacances d'un salarié, son congé se trouve interrompu et le salarié doit, après sa guérison, bénéficier du reliquat à une date à fixer par l'employeur.»

3. La position négativede la Cour de cassation (Chambre sociale)

La Cour de cassation (arrêts du 4 juin 1962 et du 18 mars 1975) refuse au salarié malade pendant ses congés la possibilité d'obtenir un nouveau congé, même non rémunéré, équivalent au nombre de jours perdus à cause de la maladie, sauf, bien entendu à prendre en considération une disposition conventionnelle (accord d'entreprise ou convention collective) plus favorable permettant de prolonger le congé annuel du temps passé en maladie.

La Cour de cassation ne permet au salarié malade que de bénéficier du cumul de ses indemnités : indemnité de congé payé plus indemnités journalières de Sécurité sociale résultant de la maladie.

Récemment, encore dans un arrêt Sté Timken-France c/ Grass du 31 janvier 1980, la Cour de cassation a confirmé sa position et rejette l'application de l'art. D.223-5 en des termes surprenants : «attendu, cependant, que l'article D. 223-5 du Code du travail ne concerne pas la période de congé payé, mais seulement la durée du travail effectif du salarié pendant la période annuelle de référence servant de base au calcul du congé payé auquel le salarié a droit». La confusion est à son comble :

- la Cour de cassation écarte l'application de l'article D.223-5 au motif qu'il ne concerne pas la période de congé payé alors que textuellement il ne concerne qu'elle. Qu'est-ce que «le congé annuel» prévu par l'art. D 223-5 sinon les 24 jours ouvrables de congé prévus par l'art. L 223-2 du Code du travail ?
- La Cour de cassation semble faire «seulement» application de l'art. D 223-5 à la durée du travail effectif pendant la période annuelle de référence (1er jour de l'année passée au 31 mai de l'année en cours). Cela veut-il dire, si l'on suit son raisonnement, que les jours de maladie tout au long de la période référencée ne sont pas à décompter de cette période ? Cela serait totalement contraire à l'article L 223-4 qui, pour le calcul de la durée du congé, n'assimile pas les mériodes de maladie a du travail effectif, sauf dispositions conventionnelles plus favorables. (Sur la notion de travail effectif, voir guide pratique CFDT 1981 p. 67).

Sur un plan juridique, la position de la Cour de cassation est donc totalement incompréhensible.

4. Que faire ?

Parce qu'il est de notre devoir de faire progresser le droit à la santé, et que quatre semaines de vrai congé ne sont pas de trop pour récupérer des forces et un moral usés par 11 mois de contraintes, et parce qu'il existe un texte clair (art. D. 223-5), nous devons réussir à faire admettre - y compris par la Cour de cassation - que les salariés malades pendant leur congé peuvent récupérer ultérieurement le temps passé en maladie.

Il appartient aux syndicats CFDT de présenter des affaires bien argumentées (art. D. 223-5 sur un plan juridique et conséquences sur la santé du travailleur s'il ne prend pas ses quatre semaines de congé normalement). Il appartient également aux conseillers prud'hommes CFDT d'agir au sein de leur conseil afin que les jugements rendus sur ce problème soient bien motivés et qu'ainsi, en cas de pourvoi, ils soient plus difficiles à remettre en cause par la Cour de cassation.

Arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1980

Vu l'article D. 223-5 du code du travail,

Attendu que pour condamner la société anonyme Timken France à accorder à son salarié Grass, à la date qu'elle croirait devoir fixer, six jours de congé sans salaire, pour compenser la maladie survenue pendant son congé annuel de 1976, la Cour d'appel a estimé que, selon le texte susvisé, ne peuvent être déduits du congé annuel les jours de maladie, les repos de femmes en couches, les périodes obligatoires d'instruction militaire, les jours de chômage, les périodes de délai-congé, les absences autorisées;

Attendu, cependant, que l'article D. 223-5 du code du travail ne concerne pas la période de congé payé mais seulement la durée du travail effectif du salarié pendant la période annuelle de référence servant de base au calcul du congé payé auquel le salarié a droit;

D'où il suit que les juges d'appel ont faussement appliqué le texte susvisé;

Par ces motifs : casse et annule l'arrêt rendu le 25 avril 1978, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar(...).

En présence d'une clause de convention collective stipulant que le travail du 1er mai des travailleurs postés est rémunéré dans les conditions légales, ces derniers ne peuvent cumuler les avantages prévus par la même convention relatifs au travail du dimanche lorsque le 1er mai tombe un dimanche.

Cour de cassation (Ch.soc.) 10 octobre 1979
Grangeot, Parisot et Plancon c/ Rhône Poulenc Textiles

PAIEMENT DU 1er MAI TOMBANT UN DIMANCHE

Aux termes de la convention collective applicable dans l'établissement Rhône Poulenc Textile de Besançon «le personnel travaillant en poste dans les ateliers à feu continu a droit à une indemnité égale à 100% de son salaire horaire indiciaire par heure de travail effectuée le dimanche». Autrement dit le travail du dimanche lui est payé double.

Par ailleurs la convention collective prévoit que le travail du 1er mai est indemnisé dans les conditions légales, c'est-à-dire que, selon l'article L. 222-7, les salariés occupés le 1er mai ont droit, en plus du salaire correspondant au travail effectué, à une indemnité égale au montant de ce salaire.

En 1977 le 1er mai tombait un dimanche. Des travailleurs de Rhône-Poulenc Textile Besançon ont donc considéré que leur salaire de base pour cette journée de travail devait être doublé au titre du travail du dimanche, mais que la somme ainsi obtenue devait elle-même être doublée au titre du 1er mai. Autrement le salaire perçu devait être le salaire de base multiplié par quatre.

Telle n'est pas l'interprétation que donne la Cour de cassation des dispositions légales et conventionnelles applicables dans cette situation. Les travailleurs, dit-elle, ne peuvent prétendre cumuler les dispositions de la loi relatives au paiement du 1er mai et celles de la convention collective concernant le travail du dimanche. Il ne pourrait en aller autrement que si la convention collective avait prévu expressément un tel cumul. Ce n'était pas le cas en l'espèce, puisque la convention elle-même renvoyait à la loi pour l'indemnisation du 1er mai. Les intéressés ne pouvaient donc prétendre qu'à un salaire doublé et non quadruplé.

Arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 1979

(...) Attendu qu'il est fait grief à la sentence prud'homale attaquée d'avoir fait une interprétation inexacte de l'article L. 222-7 du code du travail en décidant, d'une part, que le salaire auquel pouvaient prétendre Grangeot, Parisot et Plançon en rémunération du travail par eux effectué dans un atelier à feu continu de l'entreprise Rhône-Poulenc Textile le 1er mai 1977, qui coïncidait avec un dimanche, excluait la majoration du dimanche accordée par la convention collective alors que «l'indemnité égale au salaire correspondant au travail effectué», prévue par le texte susvisé, devait être calculée en prenant en considération toutes les primes à caractère de salaire allouées à l'occasion du travail du dimanche serait en tous cas imputable sur la prime mensuelle de trois cents francs, accordée par l'entreprise à ses salariés travaillant dans un atelier à feu continu pour tenir compte des dimanches non chômés avant l'intervention de la convention collective et maintenue après celle-ci, ce qui constituait une disposition plus avantageuse que celle figurant dans ladite convention, alors qu'il s'agissait d'une prime accordée pour des raisons très générales et non spécialement pour le 1er mai;

Mais attendu que les juges du fond ont constaté que les trois ouvriers demandeurs avaient perçu en rémunération du travail qu'ils avaient effectué le dimanche 1er mai dans un atelier à feu continu le double du salaire d'une journée normale; qu'ils ont estimé exactement qu'ils ne pouvaient prétendre cumuler les avantages prévus pour la journée du 1er mai par l'article L. 222-7 du code du travail et les indemnités supplémentaires instituées par la convention collective nationale des textiles artificiels seulement pour les dimanches et jours fériés, et non pour le 1er mai, celle-ci stipulant que les dispositions applicables à la journée du 1er mai sont celles prévues par la législation et ne lui ayant donc pas étendu le bénéfice des mesures conventionnelles revendiquées en sus et ayant le même objet; que ce motif suffit à justifier la décision attaquée (...).

T Secteur public.

Le juge administratif doit vérifier que la sanction disciplinaire prise à l'encontre d'un fonctionnaire n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. Il peut donc prononcer l'annulation d'une sanction s'il y a disproportion entre la faute reprochée et la sanction infligée.
Conseil d'Etat 9 juin 1978
Lebon

LE CONTROLE DE L'EXERCICE DU POUVOIR DISCIPLINAIRE

Un prochain numéro d'Action Juridique traitera de l'exercice du pouvoir disciplinaire dans le secteur public. L'arrêt du Conseil d'Etat que nous publions ci-dessus marque une étape importante dans la réduction du champ du pouvoir discrétionnaire dont jouissait jusqu'alors pleinement l'autorité administrative dans l'exercice du pouvoir disciplinaire.

L'étendue du pouvoir disciplinaire

Le statut de la fonction publique pose dans son article 30 les dix sanctions pouvant être infligées aux travailleurs et travailleuses du secteur public (1).

L'éventail est large puisqu'il va de l'avertissement et du blâme, prononcés sans consultation de la commission administrative paritaire, à la révocation avec suspension des droits à pension, en passant par le déplacement d'office et la rétrogradation notamment.

Cette liste est limitative c'est-à-dire que l'autorité administrative ne peut prononcer d'autres types de sanction que celles prévues au statut.

Les sanctions sont donc strictement définies et leur gradation devrait permettre une adaptation de la sanction prononcée à la gravité de la faute commise.

Cependant si les sanctions sont précisées, les fautes, elles, ne le sont pas. Le statut de la fonction publique ne contient aucune liste, aucune énumération des fautes de nature à justifier une sanction. L'autorité administrative disposait donc d'un pouvoir discrétionnaire pour choisir la sanction qu'elle entendait infliger en fonction de sa qualification de faits. C'est elle qui décidait de la proportionnalité entre la faute et la sanction, souverainement pour l'avertissement et le blâme après consultation de la CAP pour les autres sanctions.

Le rôle des CAP

Sans vouloir minimiser le rôle des commissions administratives paritaires et du conseil supérieur de la fonction publique (2), il faut cependant rappeler deux principes. Premièrement les CAP et le conseil supérieur sont consultés pour avis et en conséquence l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, qui n'est pas liée par ces avis, peut ne pas les suivre (article 6 et 12 al. 2 du décret 59-311 du 14 février 1959 relatif à la procédure disciplinaire).

Deuxièmement «en cas de partage des voix à l'occasion d'un vote en matière disciplinaire, le président a voix prépondérante» (article 15 du décret 76-510 du 10 juin 1976 relatif aux CAP et CTP). Or les risques de partage des voix entre les deux parties salariée et patronale sont, à l'évidence, fréquents.

Si dans la pratique l'action des élus en CAP a souvent permis de limiter l'arbitraire patronal, il restait cependant indéniable que l'exercice du pouvoir disciplinaire conservait un caractère discrétionnaire sur lequel le juge administratif n'exerçait aucun contrôle.

Certes, la sanction dont était frappé un travailleur du secteur public pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, comme toute décision administrative. Le juge administratif se contentait alors de contrôler d'une part l'exactitude matérielle des faits à l'origine de la sanction, d'autre part si ces faits étaient de nature à jus-

(1) De plus l'exclusion temporaire des fonctions peut être prononcée comme sanction principale, pour une durée maximale de six mois. Elle est privative de rémunération (Article 30 du statut dernier alinéa).
(2) Nous reviendrons sur le rôle de ces instances paritaires dans le dossier consacré au pouvoir disciplinaire.

tifier une sanction, c'est-à-dire s'il s'agissait d'une «faute». Mais il considérait qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier le degré de gravité de la sanction prononcée par rapport aux faits qui l'avaient motivée.

Si donc les élus du personnel n'avaient pu, dans le cadre de la consultation en CAP, limiter l'arbitraire qui s'attache à l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire, le travailleur sanctionné ne trouvait pas de juge pour réparer l'atteinte excessive qui lui était portée.

Les arrêts du 9 juin 1978

La portée de l'arrêt Lebon et d'autres décisions rendues similaires (3) est donc importante. Ces arrêts signifient que le Conseil d'Etat a reconnu à la juridiction administrative le pouvoir d'annuler une sanction s'il y a disproportion manifeste entre la faute reprochée et la sanction infligée.

Une anomalie jurisprudentielle a donc cessé d'être et l'équité pourra être rétablie. Il y a cependant fort à craindre que seuls les cas les plus flagrants bénéficient de cette nouvelle, mais timide, protection du juge administratif.

L'annulation de la sanction ne pourra en effet être obtenue par la voie du recours contentieux que si l'erreur d'appréciation commise par l'autorité administrative est manifeste, c'est-à-dire si elle a la clarté de l'évidence. Le contrôle du juge administratif reste un contrôle restreint, celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Or le Conseil d'Etat aurait pu aller beaucoup plus loin et reconnaître au juge le droit d'apprécier lui-même la gravité de la sanction par rapport à la gravité de la faute. Le juge administratif aurait alors exercé un contrôle complet sur l'exercice du pouvoir disciplinaire, il aurait alors été garant d'une réelle proportionnalité dans le choix de la sanction et non plus seulement juge de la disproportion manifeste.

(3) CE 26 juillet 1978 Sieur Vinolay, CE 26 . 7. 78 Sieur Cheval, AJDA novembre 1978 p. 576.

Arrêt du Conseil d'Etat du 9 juin 1978

(...) Considérant que, par un arrêté du Recteur de l'Académie de Toulouse en date du 10 juillet 1974, le sieur Lebon, instituteur à Toulouse, a été mis à la retraite d'office pour s'être rendu coupable «de gestes indécents... sur des fillettes de sa classe»; que les faits, dont la matérialité est établie par les pièces du dossier, étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire; qu'en prononçant, à raison de ces faits, la sanction de la mise à la retraite d'office du sieur Lebon, le recteur s'est livré à une appréciation qui n'est pas entachée d'erreur manifeste; que c'est, dès lors, à bon droit que, par le jugement attaqué, lequel est suffisamment motivé, le tribunal administratif de Toulouse a rejeté la requête du sieur Lebon tendant à l'annulation de l'arrêté du 10 juillet 1974 (...).

GUIDE PRATIQUE DES PRUD'HOMMES

La procédure prud'homale décrite simplement et clairement par des syndicalistes, à l'usage:

. des nouveaux conseillers prud'hommes,

. des défenseurs,

. des militants syndicalistes,

. des travailleurs en conflit avec leur patron.

Réf. 240 A - 25,90 F Franco.
Le volume 11/18 illustré, 184 pages.

A commander à Montholon-Services
26, rue de Montholon 75439 Paris cedex 09

Tous les éléments essentiels pour introduire une plainte et se donner toutes les chances de gagner un procès aux prud'hommes.
A diffuser largement.

Editions Montholon-Services
40 TITRES AU SERVICE DES TRAVAILLEURS

Catalogue complet gratuit sur demande.

prud'hommes

Z Prud'hommes

L'indemnisation des conseillers prud'hommes

On trouvera ci-dessous les textes relatifs à l'indemnisation des conseillers prud'hommes : décret du 21 mai 1980 (JO du 23 mai) et circulaire du ministre de la justice en date du 3 juin 1980.

Certes notre revendication, le paiement comme temps de travail du temps passé à l'exercice du mandat de conseiller prud'homme, est loin d'être satisfaite. Il n'en demeure pas moins que ces nouveaux textes constituent une étape dans la constitution d'un statut du conseiller prud'homme salarié.

DECRET N° 80-368 du 21 mai 1980 fixant le taux des vacations allouées aux conseillers prud'hommes

Le Premier Ministre,

Sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre du budget, du ministre du travail et de la participation et du ministre de l'agriculture,
Vu l'article L 51-10-2 du code du travail,

Décrète :

Art. 1er. - L'article D. 51-10-1 du code du travail est remplacé par les dispositions suivantes :

«I. - Il est alloué aux conseillers prud'hommes pour les séances auxquelles ils participent en qualité de membres des assemblées générales, des formations de conciliation, de référé et de jugement ainsi que pour les autres séances auxquelles ils participent en qualité de conseillers rapporteurs des vacations dont le taux horaire est fixé à 23 F.

«II. - Les conseillers prud'hommes élus d'un collège de salariés, lorsqu'ils participent aux séances d'un conseil de prud'hommes pendant leurs heures de travail et s'ils justifient d'une perte de rémunération, peuvent demander à percevoir, à la place des vacations fixées au paragraphe I. des indemnités horaires dont le taux est fixé en fonction de la rémunération brute mensuelle qu'ils auraient perçue, en l'absence de retenue, au titre du mois précédent.

«Pour la détermination du montant de la rémunation brute mensuelle, il est tenu compte des compléments de rémunération de toute nature perçus au cours de l'année précédente divisés par douze ou par le nombre de mois effectivement travaillés chez le dernier employeur.

« Le taux horaire des indemnités visées au premier alinéa du présent paragraphe est fixé conformément au tableau ci-après :

Montant de la rémunération brute mensuelle	Taux de l'indemnité horaire
	Francs
Inférieur à 3.000 F	31
Compris entre 3.000 et 4.000 F.. . .	38
Compris entre 4.000 et 5.000 F . . .	47
Compris entre 5.000 et 6.000 F . . .	55
Egal ou supérieur à 6.000 F.	60

«III. - Les indemnités prévues aux paragraphes I et II ci-dessus sont versées mensuellement après établissement par le greffier en chef d'un état horaire visé par le président du conseil de prud'hommes ou, en cas d'empêchement, par le vice-président et, en outre, pour les indemnités prévues au paragraphe II, sur présentation du bulletin de salaire et d'une attestation de l'employeur. Toute demi-heure commencée est dûe et donne lieu à l'attribution d'un complément égal à la moitié de l'indemnité horaire.»

Art. 2 - Le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre du budget, le ministre du travail et de la participation et le ministre de l'agriculture sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal Officiel de la République française et prendra effet à compter du 15 janvier 1980.
Fait à Paris, le 21 mai 1980.

Raymond Barre.

Circulaire du Ministre de la Justice du 3 juin 1980

Paris, le 3 juin 1980

Le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice
à
Messieurs les Préfets des Départements
(Métropole et D.O.M.)
Messieurs les premiers Présidents et
Procureurs généraux des Cours d'Appel
(Métropole et D.O.M.)
Monsieur le Chef du Service Régional
Pour l'Administration de la Justice
à Orléans

Objet : Vacations aux conseillers prud'hommes.

La présente circulaire a pour objet de préciser les conditions d'application du décret N° 80-368 du 21 mai 1980 paru au journal officiel du 23 mai 1980 fixant le taux des vacations allouées aux conseillers prud'hommes en application de la loi N° 79-44 du 18 janvier 1979.

Deux types d'indemnités horaires sont prévues :

- la première fixée à 23 F concerne les conseillers élus d'un collège employeurs ainsi que les conseillers prud'hommes élus d'un collège salariés lorsqu'ils siègent hors de leurs heures de travail ou lorsqu'ils siègent pendant leurs heures de travail mais ne subissent pas de perte de rémunération.
- la seconde, variant de 31 F à 60 F concerne exclusivement les conseillers élus d'un collège salariés siègeant pendant leurs heures de travail et auxquels leur employeur a retenu une partie du salaire.

Cette indemnité, qui se substitue à la première, est fixée en fonction de la rémunération brute mensuelle perçue le mois précédent.

J'appelle tout particulièrement votre attention sur le fait que l'indemnisation s'applique exclusivement aux heures passées en séance et non aux heures de travail réellement perdues qui sont susceptibles d'être plus nombreuses. En effet, le taux des indemnités a été fixé à un niveau suffisamment élevé pour tenir compte, non seulement des diminutions de salaire et de couverture sociale, mais aussi de la distorsion pouvant exister entre le temps réellement perdu ayant donné lieu à retenue de salaire et le temps passé en séance.

Les principes ainsi dégagés nécessitent d'être précisés sur certains points.

I - DEFINITION DES SEANCES.

Doivent être considérées comme séances, celles qui ont été consacrées à la prestation de serment, aux assemblées générales, à l'installation du conseil, aux formations de conciliation, de référé et de jugement y compris le temps passé par les conseillers pour délibérer en commun en chambre du conseil ainsi que les séances des conseillers rapporteurs. Dans tous les cas, la durée des séances est appréciée par référence aux heures de début et de fin de séance. Cette durée est arrondie à la demi-heure supérieure. C'est ainsi qu'une séance ayant duré 2 heures 12 minutes sera comptée pour 2 h 30 minutes, une séance de 3 h 50 minutes pour 4 heures, etc...

En ce qui concerne les conseillers rapporteurs enquêtant à l'extérieur du conseil de prud'hommes, ceux-ci attesteront sur l'honneur de la durée de l'enquête déterminée par les heures d'arrivée et de départ des lieux de l'enquête.

II - MODE DE CALCUL DE LA REMUNERATION BRUTE

Le paragraphe II de l'article Ier du décret précité prévoit l'attribution de vacations à taux majoré en fonction du niveau de la rémunération brute des intéressés. *

La rémunération à prendre en compte est constituée par le salaire mensuel brut du mois précédent celui au titre duquel sont versées les vacations.

Ce salaire doit être entendu comme étant, pour les salariés mensualisés, le traitement de base qu'ils auraient perçu en l'absence de retenues (notamment celles qui auraient pu être opérées en raison de leur présence au conseil de prud'hommes). Pour les salariés payés à l'heure, le traitement brut sera celui qui résultera de la multiplication du salaire brut horaire par 173 h 1/3.

Le salaire défini ci-dessus est majoré, le cas échéant, du douzième des compléments de rémunération de toute nature perçus au cours de l'année précédant celle au titre de laquelle sont versées les indemnités (13ème mois, prime de vacances, de bilan, commission, etc...). Lorsque le salarié n'a travaillé qu'une partie de l'année ou a travaillé successivement chez plusieurs employeurs, le montant des compléments pris en compte est égal au total des sommes versées à ce titre par le dernier employeur, divisé par le nombre de mois travaillé chez celui-ci.

La justification du salaire brut sera rapportée par la présentation des bulletins de salaire et, en ce qui concerne le complément de rémunération, par la production d'une attestation de l'employeur ou, à défaut, par la présentation de l'ensemble des bulletins de salaire de l'année précédente. *

En résumé, la rémunération prise en compte pour la détermination du montant des vacations est calculée à partir de deux éléments :
- un élément susceptible de variation au cours de l'année, à savoir le salaire brut mensuel,
- un élément fixe constitué par le douzième ou, le cas échéant, par la fraction des compléments de rémunération perçus l'année précédente.

III - CONDITIONS D'ATTRIBUTION DES VACATIONS MAJOREES.

A) Première condition : siéger pendant ses heures de travail.

Le paragraphe II du décret du 21 mai 1980 prévoit que les conseillers prud'hommes salariés perçoivent des vacations majorées lorsqu'ils siègent pendant leurs heures de travail. Il conviendra donc de faire préciser, par attestation de l'employeur, les horaires de travail de chaque

conseiller salarié. Une nouvelle attestation devra être produite à chaque changement d'horaire.

Peuvent donner lieu à l'attribution de vacations majorées les heures passées en séance du conseil de prud'hommes pendant les heures de travail.

C'est ainsi qu'un conseiller prud'homme ayant un horaire de travail de 8 h à 12 h et de 14 h à 18 h pourra prétendre à l'allocation de vacations majorées pour chacune des heures passées en séance lorsqu'elles se situent entre 8 h et 12 h et 14 h et 18 h. Les heures passées hors de cet horaire, par exemple de 18 h à 19 h donneront lieu à l'attribution de l'indemnité de 23 F.

Lorsque les conseillers salariés n'ont pas d'horaires de travail réguliers, il leur appartiendra de fournir une attestation pour chaque séance pour lesquelles ils souhaiteront percevoir des indemnités à taux majoré.

B) deuxième condition : subir une perte de salaire.

Le conseiller prud'homme ayant siégé pendant ses heures de travail devra présenter une attestation de son employeur précisant le nombre d'heures qui lui seront retenues pour sa participation aux travaux de la juridiction prud'homale.

Dans la limite maximale du nombre d'heures ainsi perdues, il lui sera versé des vacations majorées pour les heures passées pendant son temps de travail aux séances du conseil.

Par exemple un conseiller ayant un horaire de travail de 8 h à 12 h de 14 h à 18 h a siégé une fois dans le mois de 15 h à 18 h.

Son employeur atteste qu'il lui a retenu 4 heures (absence réelle de l'entreprise). L'intéressé percevra alors 3 heures au taux majoré.

Si son employeur ne lui avait rien retenu, les 3 heures seraient indemnisées au taux de 23 F.

Si son employeur ne lui avait retenu qu'une partie des heures perdues, par exemple 2 heures, l'intéressé percevrait 2 heures au taux majoré et 1 heure à 23 F.

Certaines difficultés peuvent naître de l'application de la disposition selon laquelle toute demi-heure commencée est due.

Le principe posé par le pragraphe III du décret précité consiste à arrondir à la demi-heure supérieure la durée de toute séance afin de ne jamais verser moins qu'une demi-indemnité. Ce principe s'applique sans aucune difficulté aux conseillers de l'élément employeur en raison du fait qu'ils sont indemnisés suivant un taux horaire unique (23 F).

Pour ces derniers, une séance commencée à 14 h 15 mm et terminée à 19 h 05 mm sera d'une durée de 4 h 50 portée, en raison du principe précité à 5 h.

Il en va différemment pour un conseiller salarié dont la séance d'une même durée globale arrondie de la même façon serait partagée en deux parties susceptibles d'être indemnisées de manière différente :

- celle qui se sera déroulée pendant le temps de travail (indemnisable au taux majoré)
- celle qui se sera déroulée hors de son temps de travail (indemnisée au taux de 23 F).

Il conviendra que la durée globale arrondie de la séance soit identique pour les conseillers de l'élément employeur et de l'élément salarié.

Deux situations peuvent se présenter qu'illustrent les deux exemples suivants :

Premier exemple :

Un conseiller prud'homme de l'élément salarié, dont l'horaire de travail est de 14 à 18 h, a siégé, comme dans le cas figurant plus haut, de 14 h 15 mm à 19 h 05 mm, soit au total pendant 4 h 50 mm qu'il convient d'arrondir à 5 h.

Il aura de ce fait réellement siégé pendant 3 h 45 mm durant son temps de travail et 1 h 05 mm hors de son temps de travail.

Si l'on envisageait d'arrondir chacune des fractions à la demi-heure supérieure, soit 3 h 45 mm à 4 h et 1 h 05mm à 1 h 30 mm, on aboutirait à un horaire de 5 h 30 mm dépassant l'horaire global de la séance initialement arrondie à 5 h. La solution consiste, dans ce cas, à arrondir l'une des deux fractions à la demi-heure supérieure et l'autre à la demi-heure inférieure.

Sera arrondie à la demi-heure supérieure la fraction de demi-heure la plus importante.

Dans le cas susvisé, 3 h 45 mm sera arrondies à 4 h en raison de l'existence d'une fraction de demi-heure égale à 15 mn, donc supérieure aux 5 mn de l'autre fraction qui sera ramenée à 1 h.

Lorsque les deux fractions sont égales, il y aura lieu de retenir la solution permettant l'indemnisation la plus favorable.

Deuxième exemple :

La séance d'un conseiller prud'homme de l'élément salarié dont les horaires de travail sont de 14 h à 18 h et qui aura siégé de 14 h 15 mm à 18 h 55 mm soit pendant 4 h 40 mm, sera portée à 5 h.

Dans ce cas il n'y aura aucune difficulté à arrondir chacune des fractions à la demi-heure supérieure soit 3 h 45 mn à 4 h et 55 mn à 1 h car la somme des deux fractions arrondies ne dépasse pas 5 h.

IV - MODALITES DE CONTROLE DU TEMPS DE PRESENCE

Pour apprécier les droits des conseillers à percevoir des indemnités, il y aura lieu de tenir dans chaque conseil de prud'hommes et, si cela est nécessaire en raison de l'importance du nombre des conseillers, au niveau de chaque section, voire de certaines chambres, un registre nominatif à feuillets mobiles comprenant une feuille par conseiller établi selon le modèle joint en annexe. Chaque fois qu'un conseiller participera à une séance, la durée de celle-ci (arrondie si nécessaire à la demi-heure supérieure) ainsi que, pour les conseillers de l'élément salarié, l'horaire de travail et la durée de la séance passée pendant le temps de travail devront être portés sur la feuille nominative de l'intéressé. Celle-ci devra être émargée par le conseiller à la fin de chaque séance.

V - MODALITES DE PAIEMENT DES VACATIONS

A la fin de chaque mois, sur la base des renseignements portés sur le registre nominatif, le greffier en chef établira un état des sommes à verser à chaque conseiller suivant un modèle joint en annexe.

A cet état devra être joint pour les conseillers de l'élément salarié ayant subi des pertes de salaire :
a) la copie du bulletin de salaire du mois précédent celui au titre duquel sont attribuées les vacations. Ce bulletin de salaire permettra en effet, de connaître le montant de la rémunération brute de l'intéressé ainsi que de vérifier, éventuellement, que les retenues de salaires attestées le ou les mois précédents auront été effectuées par l'employeur.
b) le cas échéant et en début d'année, l'attestation de l'employeur ou l'ensemble des bulletins de salaire faisant apparaître la perception de complément de rémunération l'année précédente.
c) une attestation de l'employeur indiquant le nombre d'heures qui seront retenues sur la rémunération de l'intéressé au titre de l'activité prud'homale du mois pour lequel sont attribuées les vacations (modèle d'attestation joint en annexe).

Ces états sur lesquels devront figurer la mention «établi par le greffier en chef» suivie de la signature de ce dernier devront être visés par le président ou en cas d'empêchement par le vice-président du conseil de prud'hommes.

Ils seront alors adressés avec copie des pièces justificatives pour paiement au préfet du département du siège du conseil.

VI - MISE A LA DISPOSITION DES CREDITS DELEGUES PAR LA CHANCELLERIE.

Les vacations seront payées sur des crédits délégués trimestriellement sous forme provisionnelle.

Il appartiendra aux Préfets d'effectuer pour le 5 du premier mois de chaque trimestre des demandes de crédit qui devront être adressées au bureau B1/B2 de la Direction des Services Judiciaires au moyen de l'imprimé prévu par la circulaire N° 12 du 5 février 1980.

Je vous indique que, dans un souci de simplification, il ne sera plus nécessaire de joindre les états nominatifs des vacations versées au titre du trimestre précédent. Il conviendra cependant d'apporter le plus grand soin à l'évaluation des crédits nécessaires aux juridictions, en liaison avec les présidents et greffiers en chef des conseils de prud'hommes. Dans le cas où les crédits délégués s'avèreraient insuffisants, une nouvelle délégation de crédits pourrait être effectuée en cours de trimestre.

Enfin, chaque année, et au plus tard le 15 mars, un état nominatif des sommes versées l'année précédente devra être adressé au bureau B1/B2.

J'appelle votre attention sur le fait que ces états seront nécessaires aux services de la Chancellerie lors des discussions budgétaires.

*

VII - DISPOSITIONS TRANSITOIRES

Le décret N° 80-368 du 21 mai 1980 prenant effet le 15 janvier 1980, il y a donc lieu d'accorder rétroactivement aux conseillers prud'hommes pour les séances auxquelles ils ont participé depuis cette date des vacations calculées dans les conditions de texte précité.

Il convient de déduire les sommes qui auraient pu leur être versées pour ces mêmes séances en application de ma circulaire N° 12 NP du 5 février 1980.

Les chefs de cour auront soin de faire diffuser la présente circulaire aux présidents et greffiers en chef des conseils de prud'hommes de leur ressort et de me tenir informé des difficultés d'application qu'elle pourrait soulever.

Par délégation
Le Sous-Directeur de l'Organisation Judiciaire
R. Leroux-Cocheril

*

L'application aux conseillers prud'hommes de la législation sur les accidents du travail

On trouvera ci-dessous le texte d'une circulaire du ministre de la santé précisant dans quelle mesure les conseillers prud'hommes victimes d'un accident au cours de l'exercice de leur mandat peuvent bénéficier de la législation sur les accidents du travail et les accidents de trajet.

Paris, le 22 février 1980

Le Ministre de la Santé
et de la Sécurité Sociale
à
Monsieur le Président du
Conseil d'administration de la
Caisse Nationale de l'assurance maladie
des travailleurs salariés
66 avenue du Maine
75682 PARIS CEDEX 14

CIRCULAIRE N° 9 SS du 22 février 1980 relative à l'application de la législation sur les accidents du travail aux membres des conseils de prud'hommes et complétant la circulaire N° 27 SS du 30 juillet 1975.

Aux termes de l'article L 416-6° du code de la Sécurité Sociale sont garanties contre les accidents survenus par le fait ou à l'occasion du travail (y compris les accidents de trajet) *«les personnes qui participent bénévolement au fonctionnement d'organismes à objet social créés en vertu, ou pour l'application d'un texte législatif ou règlementaire, dans la mesure où elles ne bénéficient pas à un autre titre des dispositions du présent livre. Un décret déterminera la nature des organismes visés par la présente disposition, il peut en établir la liste.»*

En application de ce texte, le décret N° 63-380 du 8 avril 1963 a établi une première liste des organismes à objet social dont les membres bénéficient, dans l'exercice de leurs fonctions bénévoles, de la protection de la législation sur les accidents du travail.

Cette liste a été complétée par les décrets N° 75-482 du 12 juin 1975 et N° 79-109 du 30 janvier 1979. Le décret du 12 juin 1975 y a notamment inclus les membres des conseils de prud'hommes.

Les indications d'ordre général données par les circulaires N° 84 SS du 1er juillet 1963 et N° 27 SS du 30 juillet 1975 sur la portée des décrets du 8 avril 1963 et du 12 juin 1975 ainsi que celles contenues dans la circulaire N° 39 SS du 24 octobre 1979 restent valables.

Cependant, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi N° 79-44 du 18 janvier 1979 portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes certaines précisions complémentaires doivent être apportées en ce qui concerne l'application de la législation sur les accidents du travail aux conseillers prud'hommes.

I - Obligations de l'employeur.

Il est précisé que les frais de fonctionnement des conseils de prud'hommes ont été mis à la charge de l'Etat et non plus des communes.

En conséquence c'est à l'Etat qui assure désormais les dépenses de personnel de ces juridictions qu'incomberont, en tant que «service responsable» au sens de l'article 3 du décret N° 63-380 du 8 avril 1963, les obligations résultant de l'application de l'article L 416-6°.

Ces obligations, notamment la déclaration en vue de l'immatriculation des membres bénévoles, leur affiliation à la caisse primaire d'assurance maladie dans laquelle l'organisme à objet social a son siège, le versement des cotisations et la déclaration des accidents seront remplies par le président du conseil de prud'hommes.

II - Risques couverts

La protection dont bénéficient les membres des conseils de prud'hommes s'étend à l'ensemble des activités entrant dans le cadre de leurs missions.

Celles-ci ne se limitent pas à l'assistance aux assemblées générales, audiences, séances ou commissions des conseils de prud'hommes.

En effet, les conseillers prud'hommes sont appelés à se rendre à l'audience du Tribunal de Grande Instance dans le ressort duquel se trouve leur conseil pour y prêter serment.

Ils peuvent également être conduits à enquêter sur les lieux où les litiges qui leur sont soumis ont pris naissance.

Ils peuvent assister à diverses réunions de commissions administratives ainsi qu'à des congrès qui, éventuellement, peuvent avoir lieu à l'étranger.

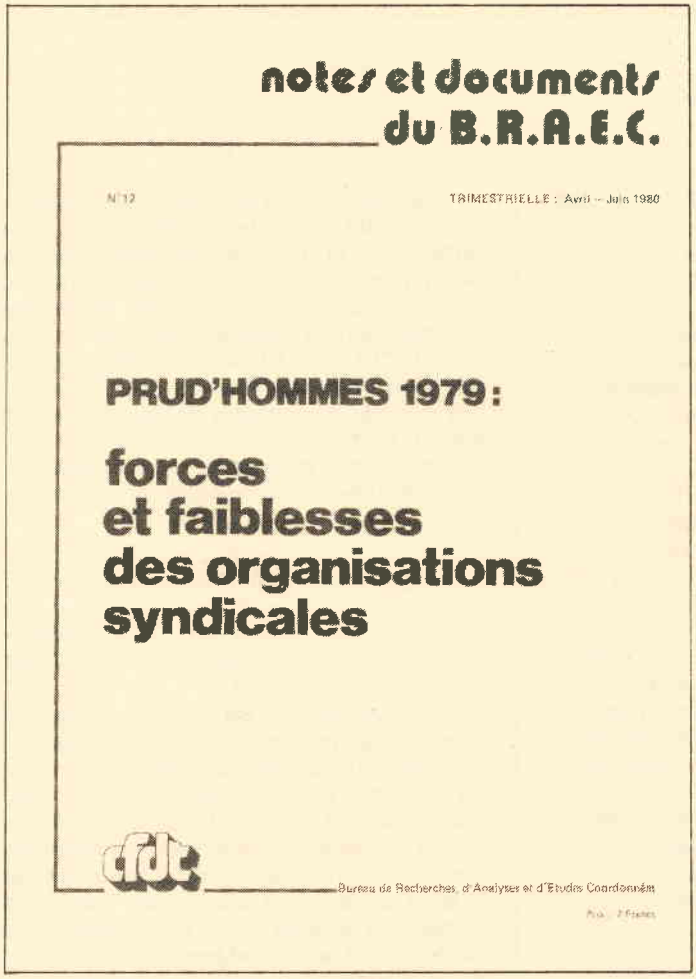
Enfin, les conseillers prud'hommes sont appelés à suivre des stages de formation destinés à leur permettre de perfectionner leurs connaissances afin d'exercer leurs fonctions dans les meilleures conditions.

Les accidents survenus au cours de ces diverses activités ainsi que les accidents de trajet sont garantis au titre de l'article L 416-6° du code de la Sécurité Sociale.

Je vous serais obligé de bien vouloir communiquer les indications contenues dans la présente circulaire aux caisses primaires et aux caisses régionales d'assurance maladie et me faire connaître, le cas échéant, les difficultés auxquelles elles pourraient donner lieu.

Pour le Ministre et par délégation
Le Directeur de la Sécurité Sociale
Pierre Schopflin

*



Le BRAEC, bureau d'études de la CFDT, a publié une étude des résultats électoraux du scrutin des prud'hommes de 1979.

Dans ce document (54 cartes, des tableaux et des commentaires) on peut trouver une analyse, département par département, des forces et faiblesses de la CFDT, de la CGT, de FO et des autres, globalement et par section, et bien sûr des comparaisons avec les scrutins précédents.

Un document utile dès aujourd'hui
- pour situer ses propres résultats par rapport aux résultats nationaux;
- pour penser à l'implantation CFDT.

Un document de référence pour la prochaine élection.

En vente à la librairie confédérale: 26, rue de Montholon - 75439 Paris Cedex 09
par correspondance, en joignant un chèque libellé à l'ordre du BRAEC - 5, rue Cadet - 75009 Paris — CCP 15 234 44 Y Paris
Prix: 7,00 F l'unité

*

abonnez-vous

modèle

ACTION JURIDIQUE cfdt

pour une pratique militante du droit

BULLETIN D'ABONNEMENT

à retourner à l'administration d'«ACTION JURIDIQUE CFDT»
26, rue de Montholon 75439 PARIS CEDEX 09

Je m'abonne à «ACTION JURIDIQUE CFDT»

Nom:. . . . . .

Prénom:. . . . . .

Adresse:. . . . . .

. . . . . Code postal . . . . . .

Abonnement annuel: 70 F — Paiement joint ☐ CCP: CFDT 283 24 PARIS
☐ Chèque bancaire: à l'ordre de CFDT

BULLETIN DE COMMANDE DU CLASSEUR ACTION JURIDIQUE
à retourner à Montholon-Services - 26, rue de Montholon 75439 PARIS CEDEX 09

Je souhaite recevoir le classeur Action Juridique

NOM . . . . . Prénom . . . . . .

Adresse . . . . . .

. . . . . Code postal . . . . . .

Paiement joint: 36 F uniquement par chèque à l'ordre de Montholon-Services.

Veuillez établir deux chèques distincts pour l'abonnement et le classeur

Le classeur Action Juridique est aussi disponible
au magasin de Montholon-Services
26, rue de Montholon Paris 9ème
au prix de 22 F 50

sommaire

ACTION cfdt JURIDIQUE

Dossier

La location de main d'œuvre - II • La sous-traitance • Vraie et fausse sous-traitance • Définition du délit de marchandage • Marchandage et sous-traitance • Marchandage et intérim • Prêt de main d'œuvre et contrôle des représentants du personnel: utiliser les moyens d'information de contrôle existants et les élargir.

Textes et jurisprudences

Licenciement
• Le juge des référés administratif ne peut confier à un expert le soin de se faire présenter des documents économiques et financiers concernant non seulement l'entreprise où le licenciement collectif est envisagé mais également le groupe auquel appartient cette entreprise • Par contre l'Administration doit tenir compte de la situation de l'ensemble du groupe dont fait partie l'entreprise concernée • En cas de transfert d'entreprise d'un exploitant à un autre le premier employeur peut, avant même que la cession soit devenue effective, licencier du personnel compte tenu de la réorganisation à laquelle le nouveau patron a d'ores et déjà décidé de procéder.

Réglementation du travail
• Le salarié malade pendant son congé payé ne peut prolonger celui-ci d'une durée équivalent à celle de la maladie • En présence d'une clause de convention collective stipulant que le travail du 1er mai des travailleurs postés est rémunéré dans les conditions légales, ces derniers ne peuvent cumuler les avantages prévus par la même convention relatifs au travail du dimanche lorsque le 1er mai tombe un dimanche

Secteur public
• Le juge administratif doit vérifier que la sanction disciplinaire prise à l'encontre d'un fonctionnaire n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

Prud'hommes

• L'indemnisation des conseillers prud'hommes • L'application aux conseillers prud'hommes de la législation sur les accidents du travail.

Rédaction: 5 rue Cadet 75439 Paris Cedex 09 - Tél: 247 72 70
Directrice de la publication: Jeannette Laot - Rédacteur en chef: Francis Naudé
Administration: M. Jeanclaude 26 rue de Montholon 75439 Paris Cedex 09 - Tél: 247 76 10 ou 247 75 07
Abonnement 1 an (6 numéros) 70 F - Le numéro 14 F
Numéro de commission paritaire: 1 404 D 73 - ISSN 0181 2874
Composition, maquette et impression: Montholon-Services
Atelier de reprographie 26, rue de Montholon 75439 Paris Cedex 09