action juridique

cfdt

DOSSIER

La désignation des membres du CHSCT

FICHE PRATIQUE

Le forfait de salaire

FONCTIONS PUBLIQUES

Les causes de prorogation du délai du recours contentieux ;
Le droit de grève dans les services publics.

PRUD'HOMMES

Absences répétées pour maladie et licenciement

Septembre-Octobre 87

66

Dossier

N Hygiène et sécurité

La désignation des membres du CHSCT

Par Geneviève Rendu

Ce dossier a pour objet de faire le point des problèmes liés au cadre de la mise en place du CHSCT et au processus de désignation des membres du CHSCT.

Il tient compte des interprétations administratives et jurisprudentielles intervenues depuis le précédent dossier d'Action Juridique (n° 38) auquel il se substitue partiellement.

I. Le cadre de la désignation

I. 1 – L'entreprise à structure unique

A. L'entreprise occupe habituellement moins de 500 salariés
B. L'entreprise occupe habituellement 500 salariés et plus
a) les dispositions légales
b) l'enjeu

I. 2 – L'entreprise à structure complexe

A. Les critères de la notion d'établissement
a) l'implantation géographique
b) le degré d'autonomie suffisant de l'établissement
c) l'enjeu
B. L'établissement occupe habituellement 500 salariés et plus

I. 3 – Le cas particulier du bâtiment et des travaux publics

A. L'entreprise a moins de 300 salariés
B. L'entreprise a entre 300 et 500 salariés
C. L'entreprise ou l'établissement occupe 500 salariés et plus

II. Le nombre de représentants au CHSCT

II. 1 – Les dispositions légales

II. 2 – Les dispositions conventionnelles et les usages

A. Les règles applicables
B. Le cas particulier des représentants syndicaux

III. Les modalités de la désignation

III. 1 – La réunion du collège désignatif

A. L'initiative de la convocation
B. Les délais
C. La composition du collège

III. 2 – Les candidatures

A. Les conditions requises
B. Les formalités de candidature
C. La répartition des candidats entre les catégories professionnelles

IV. La désignation

IV. 1 – Les représentants habilités à prendre part au vote

A. Le cas des suppléants
B. Le cas de cumul des mandats
C. Le vote des délégués du personnel en cas de CHSCT distincts

IV. 2 – Le déroulement du vote

A. Vote par collège ou collège unique
B. Le mode de scrutin
C. Le vote

IV. 3 – Le résultat du vote

A. La transmission du résultat à l'employeur
B. L'affichage du résultat
C. Le cas des sièges non pourvus

V. Le contentieux

V. 1 – Les litiges relevant de la compétence de l'administration

A. Les décisions concernées
B. Les règles applicables

V. 2 – Les litiges relevant de la compétence du tribunal d'instance

A. La compétence du tribunal d'instance
B. Les règles applicables

V. 3 – Les litiges relevant de la compétence du tribunal de grande instance

I. Le cadre de la désignation

Le code du travail définit le cadre de la mise en place et du fonctionnement du CHSCT de manière souple afin de permettre la meilleure adaptation possible de l'institution aux structures et particularités des entreprises et établissements assujettis (1).

L'objet de ce chapitre consiste à répertorier les différents cas de figure possible en fonction des caractéristiques des entreprises.

I. 1 – L'entreprise à structure unique

Le cadre de référence et par conséquent le nombre de CHSCT varie en fonction de l'effectif de l'entreprise (2).

A. L'entreprise occupe habituellement moins de 500 salariés

Dans ce cas de figure, il y a identité du cadre de mise en place pour chacune des institutions représentatives du personnel : comité d'entreprise, délégué du personnel, CHSCT.

B. L'entreprise occupe habituellement 500 salariés et plus

a) Les dispositions légales

Il est possible par voie d'accord entre le comité d'entreprise et l'employeur, de créer plusieurs CSHCT distincts compte tenu de *« la nature, la fréquence et la gravité des risques, la dimension et la répartition des locaux ou groupes de locaux, le nombre de travailleurs occupés dans ces locaux ou groupes de locaux, les modes d'organisation du travail »*. En cas d'accord avec l'employeur sur le nombre de CHSCT distincts, le comité d'entreprise fixe, le cas échéant, les mesures nécessaires à la coordination de l'activité des différents CHSCT (L.236-6).

En cas de désaccord avec l'employeur, le nombre de CHSCT distincts ainsi que les mesures de coordination sont fixés par l'inspecteur du travail. Cette décision est susceptible d'une réclamation suspensive devant le Directeur Régional du Travail et de l'Emploi dans les conditions de délai et de procédure fixées à l'article L.231-5-1 (3).

b) L'enjeu

L'article L.236-6 ne crée pas d'obligation ; il ne fait qu'ouvrir une possibilité de choix entre un CHSCT unique ou la démultiplication des CHSCT.

– **Le CHSCT unique** a l'inconvénient de rendre plus difficile l'exercice des missions des membres du CHSCT dans leurs rapports avec les salariés et face aux situations concrètes de travail... Il a l'avantage de permettre aux membres du CHSCT d'une part, d'avoir une vision globale des problèmes d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail, d'autre part, d'avoir en face d'eux un interlocuteur patronal susceptible de disposer des pouvoirs nécessaires pour donner suite aux travaux du comité.

(1) L. 231-1 et L. 231-1-1 du code du travail.
(2) L'effectif est calculé suivant les modalités définies à l'article L. 431-2
(3) La circulaire ministérielle du 23.10.83 a détaillé les critères d'appréciation servant à déterminer le nombre de CHSCT distincts. En cas de difficulté, il est donc utile de s'y référer. Signalons que le T.A. de Besançon dans un jugement en date du 26.2.1987 (S.A. des Automobiles Peugeot) considère que le critère relatif aux modes d'organisation du travail n'implique pas nécessairement qu'il y ait unité de direction ni qu'il y ait une relation entre le niveau ou sont institués les CHSCT et ceux où fonctionnent les groupes d'expression.

– **La démultiplication des CHSCT** a les inconvénients et les avantages inverses. Elle pose en outre des problèmes relatifs à la coordination des CHSCT entre eux.

Quelque soit la formule retenue par le comité d'entreprise, celui-ci doit être en mesure d'étayer sa position par des arguments suffisamment pertinents au regard du bon fonctionnement et de l'efficacité du CHSCT. En effet, en cas de litige avec l'employeur, il est nécessaire d'emporter la conviction de l'inspecteur du travail et, le cas échéant, du Directeur Régional du Travail et de l'Emploi (4).

I. 2 – L'entreprise a structure complexe

Il s'agit des entreprises pourvues plusieurs établissements distincts. Dans ce cas de figure, le cadre de mise en place du CHSCT est non pas l'entreprise, mais l'établissement (L. 236-1). La notion d'établissement étant une notion relative, il s'ensuit quelques difficultés d'appréciation.

A. Les critères de la notion d'établissement

Il est généralement admis, compte tenu des missions confiées par la loi au CHSCT, que cette institution doit pouvoir fonctionner au plus près des situations de travail effectives des salariés. En l'absence de définition jurisprudentielle concernant la notion d'établissement au regard du CHSCT, le ministère du travail suggère la prise en compte de deux critères qui nous paraissent intéressants.

a) L'implantation géographique

« L'élargissement géographique des services ne doit pas être tel qu'il rende l'exercice de ces missions inefficace en coupant le représentant du personnel de la collectivité qu'il représente » (5). En effet les missions dévolues aux représentants du personnel au CHSCT supposent qu'ils aient une bonne connaissance des conditions de travail des salariés grâce aux possibilités de contacts fréquents avec ceux-ci et aux visites et inspections régulières des lieux de travail. La méconnaissance des lieux de travail et l'absence de contact avec les salariés résultant d'une part de l'éloignement des lieux de travail ou de la dispersion des salariés, d'autre part de l'absence de moyens donnés aux représentants du personnel pour tenir compte de cette situation spécifique, a évidemment des conséquences sur le bon fonctionnement du CHSCT.

b) Un degré d'autonomie suffisant de l'établissement

Pour que le CHSCT fonctionne avec efficacité, il est nécessaire que les membres du CHSCT aient un interlocuteur patronal susceptible de fournir les éléments d'information utiles, d'intervenir de façon active, de disposer des pouvoirs nécessaires pour donner une suite aux travaux du comité. *« La prise en compte de ce second critère peut, en particulier, autoriser le regroupement des services géographiques distincts mais non dotés d'une autonomie suffisante, dès lors que leur éloignement n'est pas tel qu'il empêche l'exercice des missions des représentants »* (5).

c) L'enjeu

Dans la pratique, le cadre de mise en place du CHSCT est plus souvent calqué sur celui du comité d'établissement que sur celui des délégués du personnel (6). Une telle solution n'a pas vocation à s'appliquer uniformément car le comité d'établissement et le CHSCT sont deux institutions distinctes dans leur finalité et autonome l'une par rapport à l'autre.

C'est la raison pour laquelle il convient d'être vigilant sur le cadre de référence (CE, DP, ou solution mixte) sans oublier que l'ensemble des salariés de l'entreprise doit être couvert par le ou les CHSCT, ce qui implique dans certains cas le regroupement ou le rattachement des petits établissements (en particulier ceux dépourvus de délégués du personnel) à un établissement plus important.

B. L'établissement occupe habituellement 500 salariés et plus

La taille de l'établissement permet la création de plusieurs CHSCT distincts dans les mêmes conditions que celles applicables à l'entreprise à structure unique (L.236-6).

I. 3 – Le cas particulier du bâtiment et des travaux publics

Le cadre de mise en place des CHSCT dans la branche d'activité du bâtiment et des travaux publics est différent du droit commun. La loi fait en effet référence soit à la notion d'entreprise soit à la notion d'établissement.

A. L'entreprise a moins de 300 salariés.

Ces entreprises sont dispensées de l'obligation de créer un CHSCT, ce qui n'interdit pas bien entendu une mise en place par voie d'accord.

Toutefois, le Directeur Régional du Travail et de l'Emploi peut, sur proposition de l'inspecteur du travail saisi par le comité d'entreprise, ou en l'absence de celui-ci, par les délégués du personnel, imposer la création d'un CHSCT lorsque cette mesure est nécessaire en raison du danger particulier de l'activité ou de l'importance des risques constatés (L. 236-1) (7).

B. L'entreprise a entre 300 et 500 salariés.

Le cadre de référence pour la mise en place du CHSCT est soit l'entreprise si celle-ci est à structure unique soit l'établissement lorsque l'entreprise est à structure complexe. Dans ce dernier cas, la mise en place d'un CHSCT s'impose pour chaque établissement occupant habituellement plus de 49 salariés (L. 236-1).

C. L'entreprise ou l'établissement occupe habituellement 500 salariés et plus

L'article L.236-6 étant applicable sans restriction aucune à la branche du bâtiment et des travaux publics, il s'ensuit qu'il est possible de créer plusieurs CHSCT distincts dans les conditions de droit commun.

II. Le nombre de représentants au CHSCT

II. 1 – Les dispositions légales

Le nombre et la qualité des représentants du personnel au CHSCT varient en fonction de l'effectif couvert par l'institution (R. 236-1). Dans les entreprises ou établissements occupant habituellement 500 salariés et plus, le nombre des représentants du personnel dans chacun des CHSCT distincts est calculé en fonction de l'effectif de salariés relevant de chaque comité (R. 236-2).

La répartition des sièges entre les représentants du personnel de maîtrise et des cadres et ceux des autres catégories de personnel peut faire l'objet d'une modification par voie d'accord. Mais cet accord doit être avalisé par l'inspecteur du travail qui est seul habilité à autoriser des dérogations aux règles déterminant la répartition des sièges (R. 236-1).

En cas de litige, il est possible de demander à l'inspecteur du travail de **déroger** à la règle de répartition légale. Pour l'administration, cette dérogation ne saurait aboutir à supprimer la représentation de l'une ou l'autre des catégories de personnel (Cir. min. 23.10.83 § 2-1-1).

II. 2 – Les dispositions conventionnelles et les usages

A. Les règles applicables

En vertu de l'article L. 236-13, *« les dispositions légales ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables concernant... la composition... des CHSCT qui résultent d'accords collectifs ou d'usages »*.

Lors de la transformation des CHS en CHSCT, certains employeurs se sont évertués à démontrer que les usages ou accords en vigueur au sein des CHS étaient devenus caducs du fait de la création d'une nouvelle institution. Dans un arrêt du 18 juin 1986 (Bull n° 318), la Cour de cassation a rejeté une telle interprétation. La loi du 23.12.82 en créant une institution unique regroupant les attributions du CHS d'une part et de la commission pour l'amélioration des conditions de travail d'autre part, *« n'a pas rendu caducs les usages antérieurs plus favorables que les dispositions légales et concernant la composition de comité »*.

Ceci étant, les dispositions de l'article 236-13 n'ont pas pour effet d'empêcher les employeurs de mettre fin unilatéralement aux usages et aux accords, dès lors que cette dénonciation s'accompagne d'un délai de préavis suffisant pour permettre la négociation (8). Rappelons cependant que l'abrogation brutale et non négociée de pratiques, usages ou accords constitue une entrave au fonctionnement de l'institution (Cass. crim. 15.10.80 – Mérieux) (9).

B. Le cas particulier des représentants syndicaux

a) La nature du problème.

L'accord cadre interprofessionnel du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, modifié par l'avenant du 16 octobre 1984, prévoit à son article 23 la possibilité pour chaque organisation syndicale de désigner dans les établissements occupant plus de 300 salariés, un représentant assistant avec voix consultative aux réunions du CHSCT. Cet accord n'a pas été signé par toutes les organisations syndicales et notamment par la CFDT. La désignation des représentants syndicaux faite par des organisations syndicales non signataires, aboutit généralement à une contestation immédiate de l'employeur. La solution de cette difficulté varie selon qu'il existe ou non un usage ou un accord d'entreprise.

b) Les solutions jurisprudentielles.

• **Lorsqu'il n'existe ni accord, ni usage** dans l'entreprise, la désignation d'un représentant syndical par une organisation syndicale non signataire de l'accord risque d'être annulée si l'employeur conteste cette désignation devant les tribunaux. Dans un arrêt du 9.12.85 (Bull. n° 591) la Cour de cassation considère qu'une organisation non signataire de l'accord ne peut bénéficier des dispositions de cet accord plus favorables que celles du code du travail, dès lors qu'elle n'accepte pas les engagements qu'il impose.

Un tel raisonnement aboutit dans les faits à une discrimination de traitement entre les organisations syndicales et à un déséquilibre de la représentation collective au sein des CHSCT, puisque certaines organisations syndicales seulement peuvent désigner un représentant syndical.

• **Lorsqu'il existe dans l'entreprise un accord ou un usage constant** permettant aux organisations syndicales qu'elles soient ou non signataires de l'accord national, de désigner un représentant syndical et que ces accords ou cet usage constant n'ont fait l'objet d'aucune dénonciation par l'employeur, la désignation d'un représentant syndical y compris par une organisation syndicale non signataire de l'accord est de droit et ne saurait faire l'objet d'une annulation par le juge (10).

Les sanctions pénales

L'inertie prolongée opposée par l'employeur à la mise en place du CHSCT, les **pressions** exercées sur les candidats ou **l'immixtion de l'employeur** dans le déroulement de la procédure de désignation sont passibles de sanctions pénales en application de l'article L. 236-2-2 qui institue le délit d'entrave à la constitution et au fonctionnement du CHSCT ainsi qu'à la libre désignation de ses membres.

---

(4) C'est ainsi que dans une décision du 29.08.84, un inspecteur du travail a décidé le maintien d'un seul CHSCT sur le site d'Elf France à Feyzin en s'appuyant notamment sur des arguments développés par les organisations syndicales à savoir l'interconnexion et l'interdépendance des risques des différents secteurs de la raffinerie alors que la direction proposait 3 CHSCT distincts.

(5) Bulletin de documentation Travail et Emploi n° 3 mai-juin 1984.

(6) Il est parfois possible de trouver des solutions conventionnelles originales : Cf Action Juridique n° 42 N p. 13 à propos de l'accord Orly Restauration.

(7) Cir. min. 23.10.83 § 2-2-1.

(8) Action Juridique n° 50 D p. 17 ; n° 35 H p. 3 et s.

(9) Action Juridique n° 15 N p. 13.

(10) TGI Aix-en-Provence 18.07.84. (Naptachimie)

III. Les modalités de la désignation

Les représentants du personnel au CHSCT sont désignés par un collège formé des membres élus du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel (L.236-5). En l'absence de comité d'entreprise et de délégué du personnel, il ne peut être procédé à la mise en place d'un CHSCT (11). Par contre en l'absence soit de comité d'entreprise, soit de délégué du personnel, le collège désignatif est valablement constitué par les membres de la seule institution existante (Cir. min. 23.10.83 § 2-2-4).

Compte tenu du silence de la loi en ce qui concerne les modalités concrètes du processus de désignation, nous allons examiner les problèmes qui peuvent se poser dans l'ordre où ils se présentent.

III. 1 – La réunion du collège désignatif

A. L'initiative de la convocation du collège

D'après la circulaire ministérielle, le collège doit être réuni à l'initiative du chef d'établissement, l'absence de réunion du collège étant constitutive du délit d'entrave (cir. min. 23.10.83 § 2-2-1). Cette « initiative » qui se justifie par le fait que la mise en place d'un CHSCT est une obligation qui incombe à l'employeur a pour conséquence le choix par celui-ci du cadre de mise en place du CHSCT.

C'est pourquoi, il est préférable dans le cas où le cadre de mise en place choisi par l'employeur ne va pas de soi, de tenter de régler le litige éventuel **avant** le processus de convocation, par voie de protocole d'accord négocié au niveau de l'entreprise (cf encadré).

B. Les délais

Trois cas de figure peuvent se présenter :

a) En cas de renouvellement du CHSCT, la réunion du collège doit avoir lieu dans un délai de 15 jours à compter de la date d'expiration du mandat des membres du CHSCT (R. 236-5). Ce mandat a une durée de 2 ans qui court à compter du jour de la désignation.

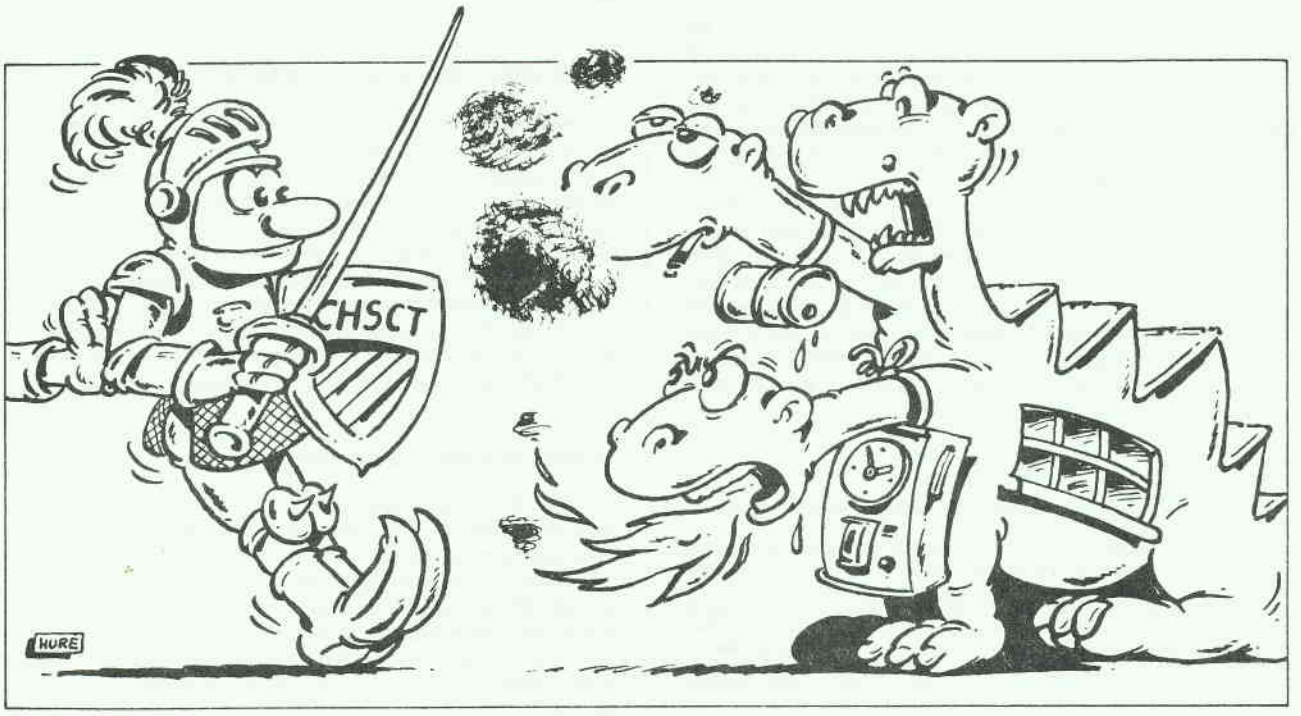
b) En cas de mise en place d'un CHSCT, il n'existe pas de délai particulier pour la convocation du collège. Toutefois l'employeur ne saurait, sans commettre un délit d'entrave, tergiverser indéfiniment dès lors qu'existe dans l'entreprise l'une ou l'autre des institutions représentatives (CE et DP ; CE ou DP).

La négociation d'un protocole d'accord

Bien que la loi n'impose pas l'obligation de conclure un protocole d'accord pour la mise en place d'un CHSCT, il est parfois préférable de passer par cette solution, en particulier :

– lorsque le **cadre** de mise en place du CHSCT est susceptible de donner lieu à des difficultés en raison notamment d'une divergence d'appréciation sur la notion d'établissement

– lorsque la **répartition légale** des sièges entre les différentes catégories de personnel s'avère inadaptée aux réalités de l'entreprise ou de l'établissement.



c) En cas de cessation de fonctions d'un représentant du personnel au CHSCT, la réunion du collège doit avoir lieu dans un délai de 15 jours à compter de la date d'ouverture de la vacance (R. 236-5) afin de procéder au remplacement pour la période du mandat restant à courir, sauf si cette période est inférieure à trois mois (R. 236-7).

C. La composition du collège désignatif

Le collège est uniquement composé des élus titulaires et suppléants. La loi n'a en effet pas prévu la présence de l'employeur ou de son représentant à cette réunion. Le fait pour un employeur de s'imposer à cette réunion peut donc être considéré comme un délit d'entrave à condition que les élus ou certains d'entre eux aient fait part de leur opposition à cette présence.

III. 2 – Les candidatures

A. Les conditions requises

Aucune disposition légale ou réglementaire ne pose de condition particulière pour être candidat aux fonctions de membre du CHSCT. Il s'ensuit :

– que tout salarié de l'entreprise, même s'il ne remplit pas ailleurs les conditions requises pour être délégué syndical, délégué du personnel ou membre du CE, peut faire acte de candidature quelque soit son ancienneté ou son âge (12).

– que le mandat de membre du CHSCT est cumulable avec tout autre mandat de représentant du personnel.

B. Les formalités de candidature

Aucune formalité n'est requise en ce qui concerne les déclarations de candidature. Le fait pour un employeur de demander que les candidatures soient remises par l'intermédiaire de la hiérarchie est de nature à porter atteinte à la libre désignation des membres du CHSCT car cette initiative constitue une immixtion dans les prérogatives du collège désignatif (TGI. Nanterre 2.06.86).

La pratique consistant à divulguer les noms des candidats aux fonctions de membre du CHSCT avant la réunion du collège désignatif peut être à l'origine de difficultés en raison de l'incertitude qui pèse sur l'étendue exacte du statut protecteur tel qu'il résulte de l'article L. 236-11. En effet ce texte ne vise littéralement que les salariés siégeant ou ayant siégé en qualité de représentants du personnel au CHSCT. La question se pose donc de savoir si les candidats sont ou non protégés.

La bataille d'interprétation est ouverte. La cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 17.02.87 s'est prononcée en faveur de la protection des candidats (Brevet c/Bureau Véritas).

C. La répartition des candidatures entre les catégories professionnelles

a) Les dispositions légales

Nous avons vu précédemment que la délégation du personnel au CHSCT doit comprendre un certain nombre de salariés appartenant à la catégorie des agents de maîtrise et des cadres, et que l'inspecteur du travail pouvait autoriser des dérogations aux règles déterminant la répartition des sièges entre les catégories. Mais la loi n'a pas précisé quelles sont les catégories de personnel visées par la notion d'**« agents de maîtrise »**.

En pratique deux interprétations s'affrontent :

– une interprétation restrictive et littérale généralement soutenue par les employeurs selon laquelle il convient de s'attacher à la seule dénomination de la qualification des salariés.

– une interprétation extensive consistant à prendre en compte soit les fonctions réellement exercées par les salariés, soit l'appartenance au 2è collège pour les élections de CE ou de DP.

b) La position de l'administration.

Elle considère que pour la détermination de la notion de personnel de maîtrise au sens de l'article R. 236-1, il convient de s'attacher *« essentiellement à la nature des fonctions exercées : participent, en particulier, de cette catégorie, les technicient dont la compétence, la qualification et les responsabilités le justifient. A ce dernier titre, l'exercice de fonctions de commandement et d'animation, constitue un élément d'appréciation déterminant »* (5).

c) La position des tribunaux.

Le débat a été clarifié par un arrêt de la Cour de cassation du 26.11.86 (Bull. n° 561) :

– L'appartenance d'un salarié au deuxième collège pour les élections du CE et des DP, son inscription à un régime de retraite complémentaire de cadre, ne suffit pas à lui conférer la qualité d'agent de maîtrise ou de cadre.

– Pour qu'un salarié soit valablement désigné au CHSCT en tant que cadre ou agent de maîtrise, il faut qu'il occupe *« un poste de responsabilité et de commandement* **ou** *une fonction lui laissant une marge d'initiative dans la mise en œuvre des techniques et de l'organisation du travail ».*

d) Les règles à adopter.

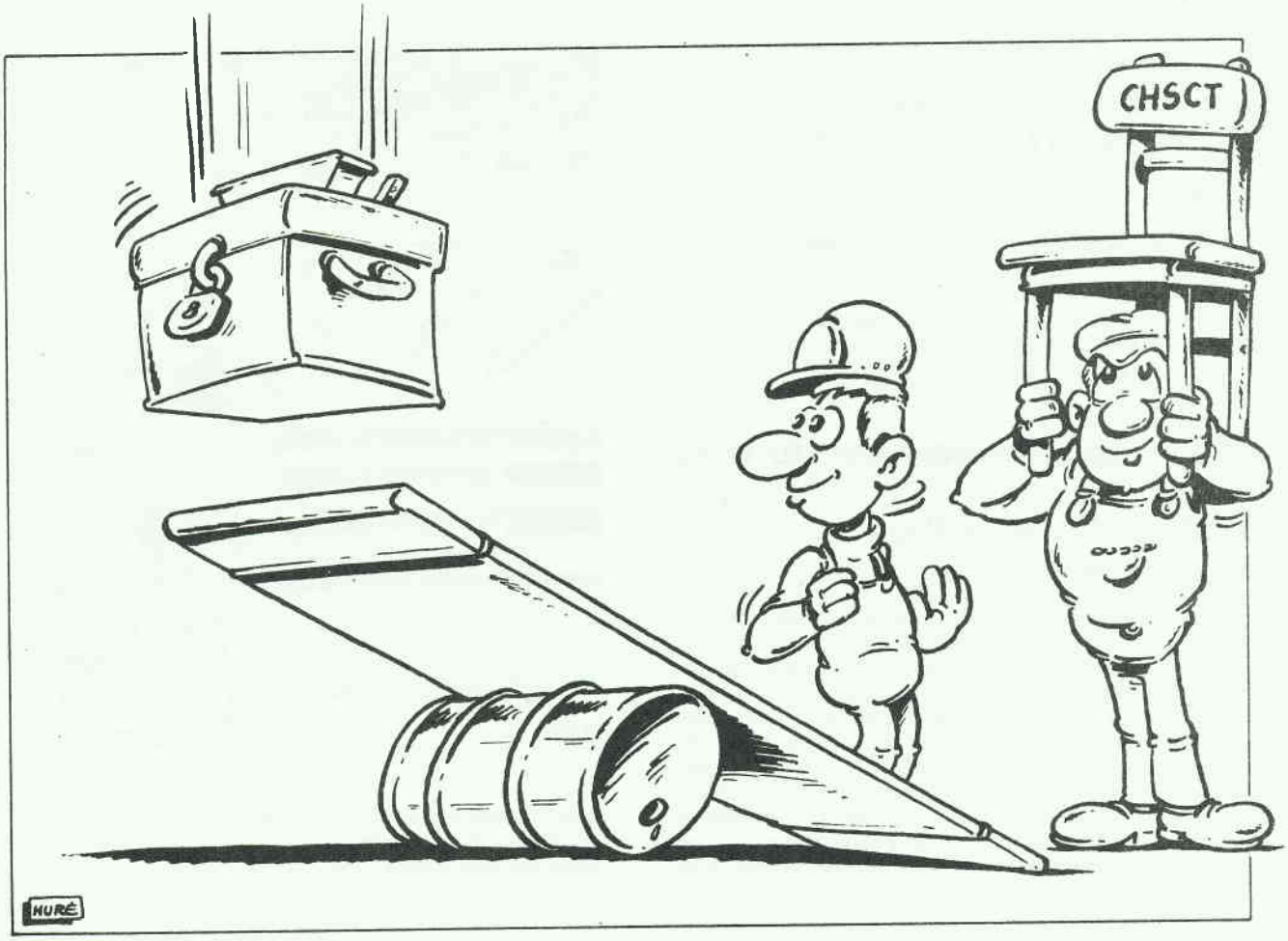
Afin d'éviter des risques de contestation, ou d'annulation de la désignation, il convient de ne proposer comme candidats que ceux qui remplissent les critères définis par la Cour de cassation : salariés ayant de façon permanente une responsabilité de commandement ou de surveillance ; agents ayant une responsabilité technique, administrative ou commerciale telle qu'elle offre à l'intéressé une marge d'initiative et de responsabilité permettant de les assimiler aux *« agents de maîtrise »* (13).

---

(11) « Les CHSCT dans les établissements publics ». Action Juridique n° 59 – Rubrique d'actualité.

(12) La circulaire ministérielle du 23.10.83 préconise des critères pour les candidatures (§ 2-2-2). Mais ces dispositions n'ont que la valeur d'une recommandation.

(13) Dans un arrêt du 29.10.86 (Bull. n° 496), la Cour de cassation a validé la désignation d'un technicien en s'appuyant successivement sur la définition de l'emploi d'agent de maîtrise figurant dans l'accord national de la métallurgie sur la classification du 21.07.75 et sur l'analyse du travail de l'intéressé, lequel secondait le contremaître pour la répartition du travail, l'établissement du cahier de présence, les demandes de congés, les affectations etc...).



IV. La désignation

S'agissant d'une procédure au second degré, le législateur a préféré laisser aux représentants du personnel concernés, la plus grande latitude possible pour opérer librement le choix des personnes les plus aptes à remplir les missions de membres du CHSCT. L'administration préconise *« que le collège procède dans toute la mesure du possible, à la désignation des représentants du personnel au CHSCT par consensus »* (cir. min. 23.10.83 § 2-2-2). Mais lorsque ce *« consensus »* n'existe pas, il est nécessaire de procéder à un vote ce qui entraîne de fréquents litiges car ni la loi de 1982 ni le décret de 1983 n'ont précisé les règles applicables à cette désignation.

IV. 1 – Les représentants habilités à prendre part au vote

A. Le cas des suppléants

La question du droit de vote des suppléants est désormais tranchée sans équivoque par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 19.11.86 (Bull n° 548), elle estime que les suppléants ayant pour mission de remplacer les membres titulaires du comité d'entreprise ou les délégués titulaires du personnel *« ne peuvent donc participer à la désignation des membres de la délégation du personnel au CHSCT que lorsqu'ils y remplacent un titulaire »*.

B. Le cas de cumul de mandats

Le représentant du personnel qui cumule le mandat de membre de comité d'entreprise et celui de délégué du personnel ne bénéficie pas pour autant de deux voix. Il doit indiquer la fonction qu'il entend assumer. Le délégué suppléant de la fonction qu'il n'a pas choisie peut alors prendre part au vote.

En cas d'absence de délégués titulaires dotés de deux mandats, ce sont les deux suppléants qui, pour chacune des fonctions, prennent part à la désignation.

S'il n'existe qu'un suppléant, il ne disposera que d'une seule voix. Quelque soit le cas de figure, le choix du suppléants doit s'effectuer selon les règles définies par les articles L. 423-17 et L. 433-12. Il n'appartient pas à l'organisation syndicale de choisir elle-même le suppléant qui remplace le délégué titulaire (Cass. soc. 5.11.86).

C. Le vote des délégués du personnel en cas de CHSCT distincts

La question peut se poser de savoir si la désignation des membres des différents CHSCT doit être effectuée par le comité d'établissement et l'ensemble des délégués du personnel ou par le comité d'établissement et les seuls délégués du personnel représentant le *« territoire »* attribué aux CHSCT. Le tribunal d'instance d'Asnières dans un jugement du 4 mars 1987 frappé d'un pourvoi en cassation s'est prononcé en faveur de la seconde solution.

IV. 2 – Le déroulement du vote

A. Un vote par collège ou un vote unique ?

Le collège désignatif doit-il ou non être divisé en autant de collèges électoraux qu'il existe de catégories de salariés à désigner ? Cette question n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation. A notre avis, la désignation des membres du CHSCT doit être faite par le collège unique constitué par les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise, ce qui exclut la possibilité d'une désignation catégorielle. L'ensemble des élus doit désigner l'ensemble des représentants au CHSCT, que le représentant au comité appartienne ou non à la maîtrise ou à l'encadrement. C'est d'ailleurs la position prise par l'administration (cir. min. 23.10.83 & 2-2-1).

B. Le mode de scrutin

On a pu déduire du silence du législateur que le collège chargé de cette désignation pouvait choisir librement le mode de scrutin à adopter. Or la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 mai 1986, a pris la position suivante *« Le collège constitué par les membres du comité d'entreprise et les délégués du personnel n'a pas le pouvoir de fixer lui-même le mode de scrutin à adopter pour la désignation des membres de la délégation du personnel au CHSCT »*. A défaut de dispositions spéciales, les règles applicables sont celles du droit commun électoral, c'est-à-dire le scrutin majoritaire (14).

C. Le vote

Compte tenu de l'absence de dispositions relatives au quorum, il a été jugé que devaient être désignés en fonction du nombre de représentants à élire, les candidats ayant réuni le plus de voix sur leurs noms (Cass. crim. 23.04.81). Un vote hostile n'a par conséquent pas plus de signification qu'une abstention.

En cas de partage de voix sur le nom d'un ou plusieurs candidats les juges valideront la désignation du ou des salariés les plus âgés conformément à une jurisprudence constante en matière d'élections professionnelles (15). **L'âge** des salariés est donc à prendre en compte au moment de la recherche des candidatures.

IV. 3 – Le résultat du vote

A. La transmission du résultat à l'employeur

Du fait que l'employeur ne fait pas partie du collège désignatif, l'article R. 236-5 impose au collège de remettre le procès-verbal de ses travaux au chef d'établissement. Le collège désignatif est libre de le présenter comme il l'entend car il n'existe pas de modèle de procès-verbal. Toutefois, il est préférable d'être précis pour éviter des litiges ultérieurs et il est judicieux d'être prudent en ne dévoilant pas les noms des candidats non désignés puisqu'une incertitude subsiste sur la protection des candidats.

B. L'affichage du résultat

La liste nominative des membres du CHSCT doit être affichée dans les locaux affectés au travail. Cette liste doit comporter les indications relatives à l'emplacement de travail habituel des membres du CHSCT (R. 236-7)

C. Le cas des sièges non pourvus

Lorsqu'un siège est laissé vacant du fait de l'absence de candidature il est possible de demander à l'inspecteur du travail d'autoriser le transfert de siège non pourvu à une autre catégorie de personnel. C'est ce que prévoit explicitement la circulaire ministérielle du 23.10.83 (§ 2-1-1).

(14) Cette décision a entraîné quelques difficultés pendant la période de cœxistence des deux modes de scrutin politique (cour d'appel de Lyon 14.05.86). Du fait du retour au mode de scrutin majoritaire, le débat a perdu de son intérêt pratique.
(15) Le tribunal d'instance de Metz s'est prononcé dans ce sens dans un jugement du 5.02.87. (CGT c/Unimétal)

V. Le contentieux

Selon la nature du litige qui oppose les représentants du personnel à la direction d'une entreprise, le contentieux sera soit judiciaire, soit administratif. Ne seront développés dans ce chapitre que les contentieux portant sur le cadre et la désignation des membres du CHSCT. Les litiges concernant les pressions exercées par l'employeur à l'encontre des candidats aux fonctions de membres du CHSCT, ou le retard mis à la mise en place du CHSCT relèvent de la justice pénale dans le cadre du délit d'entrave (cf encadré).

V. 1 – Les litiges relevant de la compétence de l'administration

A. Les décisions concernées

Il s'agit comme nous l'avons vu précédemment des décisions administratives prises à la suite de litiges concernant : le nombre de CHSCT distincts dans les entreprises ou établissements occupant habituellement plus de 500 salariés (L. 236-6) ; la création d'un CHSCT dans les entreprises du bâtiment ou des travaux publics de 50 à 299 salariés (L. 236-1) ; la répartition des sièges entre les agents de maîtrise et les cadres d'une part et les autres catégories de personnel d'autre part (R. 236-1).

B. Les règles applicables

• **L'autorité administrative compétente** varie selon la nature de la décision : soit l'inspecteur du travail (R. 236-1, L. 236-6) soit le Directeur Régional du Travail et de l'Emploi (L. 236-1, L. 236-6).

La décision administrative **s'applique** dès sa notification car le recours introduit contre cette décision n'a pas de caractère suspensif ; une seule exception : la décision de l'inspecteur du travail concernant le nombre de CHSCT distincts, car la « réclamation » portée devant le Directeur Régional du Travail et de l'Emploi a un caractère suspensif limité dans le temps (L. 236-6, L. 236-5-1, R. 231-13).

• **Le recours contre la décision administrative.** Toute décision administrative peut faire l'objet d'un recours gracieux, d'un recours hiérarchique ou d'un recours devant les tribunaux administratifs. L'administration disposant d'une grande latitude pour statuer en opportunité, il est probable que le contrôle juridictionnel des décisions administratives sera très limité.

V. 2 – Les litiges relevant de la compétence du tribunal d'instance

A. La compétence du tribunal d'instance

Le tribunal d'instance est depuis le 3.01.85 compétent pour statuer en premier et dernier ressort sur tous les litiges pouvant à l'occasion de l'élection des représentants du personnel au CHSCT, qu'il s'agisse du cadre de mise en place ou des opérations de désignation (L. 236-5).

En vertu du principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception, le juge d'instance a qualité pour statuer même si la contestation porte sur la qualification du salarié ou la nature de son contrat de travail.

S'il surseoit à statuer au motif que le problème relève uniquement de la juridiction prud'homale, il méconnait l'étendue de sa compétence (16).

B. Les règles applicables

a) Procédure

• Lorsque le litige est relatif au **cadre** de la mise en place du CHSCT, le juge peut être saisi dès que le litige est né c'est-à-dire avant les élections et au plus tard dans les 15 jours suivant la désignation.

• Lorsque le litige est relatif à la **désignation** des membres du CHSCT, le juge doit être saisi dans les 15 jours suivant la désignation (R. 236-1).

Les conditions d'introduction de la demande, le déroulement de la procédure et le pourvoi en cassation sont en tout point identiques aux règles applicables au contentieux de la représentation professionnelle (R. 236-5-1). Nous conseillons aux lecteurs de se reporter à la Fiche Pratique d'Action Juridique n° 44 de décembre 1984.

c) L'annulation de la désignation

Lorsque le demandeur conteste la régularité de la composition, il doit mettre en cause devant le juge la totalité des membres du CHSCT.

Lorsqu'il ne peut être déterminé objectivement dans le strict cadre des opérations de désignation lequel des membres du CHSCT a été désigné à tort, l'ensemble des membres désignés encourt l'annulation (17).

VI. 3 – Les litiges relevant de la compétence du tribunal de grande instance

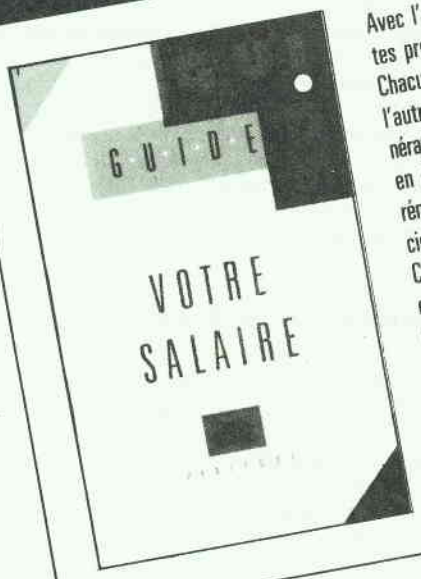
L'article L.236-5 ne donne compétence au tribunal d'instance que pour connaître des contestations relatives à la désignation des représentants du personnel au CHSCT. Tous les autres litiges et plus particulièrement ceux relatifs à la désignation des représentants syndicaux conventionnels relèvent du juge du droit commun c'est-à-dire du tribunal de grande instance (Cass. soc. 18.06.86 et 10.12.86).

Les jugements du tribunal de grande instance sont susceptibles d'appel.

---

(16) Cass. soc. 20.07.81 Bull. n° 720 ; Cass. soc. 4 juin 1987 (Académie des Hôtesses c/SPEP CFDT).
(17) Cour d'appel de Grenoble 5.03.87.

Tout ce que vous voulez savoir sur les salaires



Avec l'emploi, le salaire est l'une des toutes premières préoccupations des salariés. Chacun est amené à se poser un jour ou l'autre des questions à propos de sa rémunération. Quelles sont les garanties de revenu en cas de maladie ? Quels sont les congés rémunérés ? Que se passe-t-il en cas de licenciement ? Qui décide des augmentations ? Comment les heures supplémentaires sont-elles payées ? L'important est alors de disposer d'une information précise et fiable. Ce guide pratique, conçu et réalisé par la CFDT, donne toutes les clés d'accès pour mieux comprendre les caractéristiques du salaire et permettre à chacun de connaître et de faire valoir ses droits.

TARIF

Qté	Magasin	Franco
1	39,90	42,00
10	315,00	345,70
25	756,00	824,80
50	1449,00	1598,60
100	2730,00	2946,00

BON DE COMMANDE

à retourner avec le règlement
à Montholon-Services
26, rue de Montholon-75439 Paris cedex 09

Nom .....

Adresse .....

.....

.....

Commande ..... exemplaire(s) du guide
« VOTRE SALAIRE »

Soit ..... F

Fiche pratique

P Salaires

Le forfait de salaire

Les heures supplémentaires doivent normalement être rémunérées en plus du salaire de base, avec une majoration de :
– 25 % de la 40è à la 47è heure,
– 50 % à partir de la 48è heure.

Les tribunaux admettent toutefois, sous certaines conditions, la validité du « forfait de salaire » englobant le paiement d'un certain nombre d'heures supplémentaires.

Définition

On parle de *« forfait de salaire »*, de *« convention de forfait »*, ou encore de *« rémunération forfaitaire »*, lorsque le salaire fixé par l'employeur comprend l'accomplissement régulier d'un certain nombre d'heures supplémentaires.

Exemple : 8 000 F par mois pour un horaire hebdomadaire de 41 heures, soit 177,66 heures mensuelles. Dans ce cas, les 2 heures effectuées chaque semaine au-delà des 39 heures légales ne donnent pas lieu à rémunération supplémentaire puisqu'elles sont déjà comprises dans le salaire de base.

La situation des cadres : Il ne faut pas confondre le « forfait de salaire » avec la situation des cadres qui n'ont droit ni au paiement des heures supplémentaires ni au repos compensateur lorsque la nature de leurs fonctions et leur niveau de responsabilité impliquent une large indépendance dans l'organisation de leur temps de travail excluant tout horaire précis et déterminé (1).

Conditions de validité

Les dispositions légales relatives au paiement des heures supplémentaires sont d'ordre public (soc. 9 déc. 54 bull. n° 796, soc. 25 juill. 84 bull. n° 328).

Aussi, les tribunaux n'admettent la validité du forfait de salaire que lorsque les trois conditions suivantes sont remplies :
– existence d'une convention de forfait ;
– fixation précise du forfait d'heures compris dans la rémunération ;
– rémunération au moins égale à celle qui résulterait de la stricte application des majorations légales pour heures supplémentaires.

1. L'existence d'une convention de forfait

Une convention de forfait ne se présume pas et le seul fait pour un salarié d'accepter sans protestation ni réserve la rémunération versée par l'employeur, n'implique pas de sa part renonciation au paiement des heures supplémentaires (soc. 22 oct. 75 C. Prud. 76 n° 4, soc. 11 déc. 80 bull. n° 885, soc. 6 juin 85 Juri-soc. 85 sj.206).

• L'existence de la convention de forfait peut résulter en premier lieu des dispositions de la convention collective applicable (soc. 8 juill. 80 Juri-soc. 80 F 77), ou encore d'un usage constant dans l'entreprise (soc. 3 fév. 65 bull. n° 93, soc. 7 juill. 72 bull. n° 514).

• A défaut, elle doit faire l'objet d'un accord du salarié. Accord qui peut être express – ex : clause du contrat de travail – mais également tacite (soc. 5 fév. 59 bull. n° 183, soc. 10 janv. 73 bull n° 11).

C'est alors à l'employeur qui l'invoque pour s'exonérer du paiement des heures supplémentaires d'en rapporter la preuve (soc. 24 oct. 62 bull. n° 741, soc. 29 avril 69 bull. n° 277, soc. 22 oct. 75 précité, soc. 12 juin 86 DO. 87 p. 140). Celle-ci peut être fournie par tous moyens, notamment témoignages (soc. 13 fév. 59 bull. n° 233).

Lorsque l'accord du salarié n'est pas établi, la convention de forfait ne peut être retenue et les heures supplémentaires doivent être rémunérées normalement (soc. 29 avril 69 bull n° 277, soc. 22 oct. 75 précité, soc. 11 déc. 80 bull. n° 885).

2. La fixation précise du forfait d'heures

Sauf cas exceptionnels (2), le forfait d'heures compris dans la rémunération doit être fixé avec précision et connu des parties. Le seul fait de prévoir une rémunération forfaitaire ne suffit pas. Encore faut-il que le forfait de salaire corresponde à un nombre d'heures déterminé qui sera nécessairement supérieur à la durée légale du travail.

Ainsi, n'est pas valable une convention de forfait dès lors que le contrat de travail ne comportait aucune précision sur les heures comprises dans le forfait et que les bulletins de paye se bornaient à mentionner un horaire correspondant à la durée légale (soc. 18 juin 86 C. Prud. 86 n° 7).

• La mention des heures sur le bulletin de paye

Contrairement aux dispositions de l'art. R. 143-2, les tribunaux n'exigent pas la mention séparée des heures supplémentaires en cas de forfait de salaire. L'absence de mention séparée est même retenue comme élément de preuve de l'existence d'une convention de forfait (soc. 29 avril 71 bull. n° 322).

Par contre, la durée globale de travail rémunérée, c'est-à-dire le forfait d'heures, doit obligatoirement figurer sur le bulletin de paye sous peine des amendes prévues à l'article R. 154-3 (Crim. 17 déc. 85 Juri-soc. 86 sj. 77).

(1) Soc. 7 fév. 85 Juri-soc. 85 F 32, soc. 6 mars 86 Juri-soc. 86 sj. 88.
(2) Conditions d'emploi rendant impossible toute fixation d'horaires : soc. 26 janv. 66 bull. n° 104, soc. 18 mars 81 C. Prud. 82 n° 3.

3. La rémunération versée

Les dispositions légales sur le paiement des heures supplémentaires étant d'ordre public, le forfait de salaire ne peut aboutir, sous peine d'illégalité, à un résultat moins avantageux pour le salarié.

La règle de principe posée par les tribunaux est la suivante : *la rémunération forfaitaire versée par l'employeur doit être au moins égale à celle à laquelle pourrait prétendre le salarié, augmentée des heures supplémentaires prévues dans le forfait* (soc. 27 mai 64 bull. n° 447, soc. 8 juill. 80 Juri-soc 80 F 77 ; soc. 12 juin 86 soc. prat. 25 mai 1987 p. 10, soc. 18 juin 86 C. Prud. 86 n° 7).

Le forfait de salaire fixé par l'employeur ne peut donc être inférieur :
– au SMIC augmenté des heures supplémentaires (soc. 20 nov. 59 bull. n° 1163, Chambéry 28 oct. 68 DO 69 p. 200) ;
– aux salaires minima conventionnels résultant des accords applicables, augmentés des heures supplémentaires (soc. 7 juill. 72 bull n° 514, soc. 5 nov. 75 bull. n° 509, soc. 11 Mars 76 bull. n° 161) ;
– aux barêmes pratiqués dans la profession et la région – ex : barêmes préfectoraux dans l'agriculture – augmentés des heures supplémentaires (soc. 5 mai 70 bull. n° 300, soc. 28 avril 81 bull. n° 342).

Les primes versées par l'employeur ne peuvent valoir rémunération forfaitaire des heures supplémentaires effectuées (soc. 25 mai 71 bull. n° 384, soc. 12 juin 86 DO 87 p. 140).

Conséquences du forfait

1. Les heures supplémentaires comprises dans le forfait

Sous réserve des conditions de validité vues ci-dessus, ces heures ne donnent lieu à aucune rémunération supplémentaire ni majoration de salaire, puisque leur paiement est déjà compris dans le salaire de base.

2. Les heures supplémentaires non comprises dans le forfait

Les heures supplémentaires effectuées au-delà du forfait prévu doivent être rémunérées normalement, avec les majorations légales, en plus du salaire fixé par l'employeur (soc. 11 juin 59 bull. n° 716, soc. 13 Nov. 70 bull. n° 605).

3. En cas de réduction de la durée du travail

Il faut distinguer deux hypothèses :

• Les réductions générales de la durée du travail (légale ou conventionnelle) qui n'ont pas d'incidence sur les heures réellement effectuées. Dans ce cas, la rémunération forfaitaire ne peut être diminuée par l'employeur (soc. 13 nov. 74 bull. n° 537).

• Les diminutions de l'horaire effectif en-dessous du forfait fixé, pour des raisons techniques et économiques. L'employeur peut opérer une réduction de la rémunération forfaitaire, notamment lorsque les diminutions d'horaires sont provisoires (soc. 28 oct. 81 bull. n° 839). En cas de réduction durable de l'horaire de travail et de la rémunération versée, le salarié peut toutefois être fondé à considérer qu'il s'agit alors d'une modification substantielle de son contrat avec les conséquences que cela emporte (3).

4. Incidence sur le repos compensateur

Les dispositions légales sur le repos compensateur sont d'ordre public (soc. 25 juill. 84 bull. n° 328). Elles ne peuvent donc être écartées en cas de forfait de salaire. Cela signifie que les heures supplémentaires comprises dans le forfait ouvrent droit normalement au bénéfice du repos compensateur selon les règles fixées par l'art. L 212-5-1.

5. Incidence sur le contingent annuel d'heures supplémentaires

De la même manière que pour le repos compensateur, les heures supplémentaires comprises dans le forfait doivent être prises en considération pour le décompte du contingent annuel d'heures supplémentaires dont l'employeur dispose librement (4). Une fois ce contingent atteint, il devra obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail pour continuer à faire effectuer des heures supplémentaires (5), même si celles-ci sont comprises dans le forfait de salaire.

(3) A savoir qu'en cas de refus du salarié, il s'agit d'un licenciement à la charge de l'employeur. Dans ce cas, voir soc. 20 nov. 69 bull. n° 626.
(4) Art. L. 212-6
(5) Art. L. 212-7

Fonctions publiques

T Secteur public.

Les causes de prorogation du délai du recours contentieux

par Pierre Panet

Action Juridique a déjà consacré plusieurs développements aux recours contentieux des fonctionnaires et autres agents publics devant la juridiction administrative (1).

Le présent article se propose d'approfondir le régime du délai de ces recours.

Les recours contentieux des agents publics (2), qu'ils relèvent du **contentieux de l'excès de pouvoir** (3) ou du **contentieux de pleine juridiction** (4) doivent toujours être dirigés contre une décision préalable.

Le délai de recours est, en principe, de **deux mois** et il court à compter de la publication ou de la notification de la décision (5).

Cependant, il existe des causes de prorogation de ce délai. Certaines ont une origine jurisprudentielle (I) ; d'autres découlent de la loi (II).

1. Les causes de prorogation d'origine jurisprudentielle

Les recours administratifs constituant la cause la plus fréquente de la prorogation du délai, on traitera de ceux-ci prioritairement avant d'envisager les autres causes qui, si leur existence est acquise, se présentent plus rarement.

1) La prorogation du délai découlant d'un recours administratif

Suivant une formule jurisprudentielle de principe : *« toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours dudit délai » (6).*

En principe, un seul recours est susceptible de proroger le délai. On ne peut en effet former un recours hiérarchique à la suite du rejet d'un recours gracieux intervenant postérieurement à l'expiration du délai de 2 mois pendant lequel la décision pouvait être directement attaquée devant le tribunal administratif.

Le recours administratif peut être aussi bien formé contre une décision expresse que contre une décision implicite. Faut-

(1) Le recours pour excès de pouvoir n° 47,48 et 50 ;
L'intérêt pour agir des fonctionnaires n° 61 et 62,
L'intérêt pour agir des organisations syndicales à paraître dans le numéro 67 de la revue.
(2) Par commodité, nous retenons l'appellation d'agents publics pour désigner l'ensemble des catégories de personnels de l'administration liées à celle-ci par un rapport de droit public, générant ainsi un contentieux devant la juridiction administrative.
(3) Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le juge administratif doit s'exprimer sur la conformité d'une décision par rapport à la légalité ; il y aura excès de pouvoir en cas de non conformité. La principale illustration de contentieux est constituée par le recours pour excès de pouvoir par lequel le requérant demande exclusivement l'annulation d'une décision. L'administration devra alors tirer les conséquences de cette annulation.
(4) Dans le plein contentieux (ou contentieux de pleine juridiction), le juge ne se contente pas d'annuler une décision ; il doit corrélativement se prononcer sur la reconnaissance et l'étendue d'un droit. C'est ainsi qu'obtenir la réparation d'un préjudice implique du juge qu'il annule un refus de l'administration de le réparer, mais aussi qu'il apprécie ce préjudice : causes d'atténuation, montant et forme de la réparation, etc.
(5) Décret n° 65-29 du 11 janvier 1965.
(6) Le recours gracieux est adressé à l'auteur de la décision, le recours hiérarchique au supérieur de cet auteur.
Les conséquences d'un recours hiérarchique ont été étendues au recours gracieux au début du siècle (CE 12 janvier 1917, Marchetti Rec. p, 12).

il encore préciser que son objet doit être manifeste, c'est-à-dire tendre à obtenir le retrait ou la modification de l'acte contesté.

C'est ainsi qu'il ne peut s'agir pour le requérant d'attirer simplement l'attention de l'administration sur sa situation.

A la suite d'un tel recours deux situations sont à envisager :
– l'administration répond, explicitement, négativement ;
– l'administration ne répond pas, mais le silence ainsi gardé pendant quatre mois équivaut à une décision implicite de rejet (7).

Dans les deux cas, à compter de la date de la décision de rejet court un nouveau délai de deux mois contre la décision qui avait fait l'objet d'un recours administratif (8).

2) Le cas de la notation des fonctionnaires

Conformément au décret du 14 février 1959, relatif notamment à la notation, les fonctionnaires peuvent saisir la commission administrative paritaire d'une demande de révision. Cette saisine ne prive pas ultérieurement le fonctionnaire d'adresser au ministre un recours hiérarchique en cas de refus de révision de sa notation. En effet le recours devant la CAP n'est pas considéré comme un recours administratif. Le recours hiérarchique produit alors les effets précédemment indiqués (CE Sect. 19 novembre 1971, Demoiselle Brugière Rec. p. 691, concl. Rougevin-Bouille).

3) Les autres causes qui prorogent le délai

Cas des recours dirigés devant une juridiction incompétente.

Il y a prorogation du délai si le recours a été dirigé devant une juridiction incompétente à la condition qu'il ait été formé dans les deux mois qui suivent la décision (CE 25 mai 1928, Reynaud Rec. p. 688).

Il y a moins de risques depuis le décret du 22 février 1972 qui a institué un système correctif en cas d'erreur devant un tribunal administratif ou devant le Conseil d'Etat (9).

Cas des recours irrecevables en raison du défaut du ministère d'avocat.

Sera également admise la prorogation du délai si le recours n'était pas dispensé du ministère d'avocat. A la suite du jugement d'irrecevabilité le requérant pourra saisir à nouveau la juridiction par l'entremise du ministère d'avocat, dans les deux mois suivant la notification du jugement d'incompétence (CE. sect. 18 avril 1958, Panier Rec. p. 218).

Cas du cumul d'un recours administratif suivi d'un recours devant une juridiction incompétente.

La jurisprudence a admis la possibilité du cumul d'un recours administratif suivi du recours devant une juridiction incompétente comme susceptible de proroger le délai dans les deux mois suivant le jugement d'incompétence (arrêt section 24 janvier 1958, Sieur meallet Rec. p. 43).

II. Les causes de prorogation d'origine légale

Trois d'entre elles ont une portée générale, l'une est spécifique à la fonction publique et concerne les mesures disciplinaires susceptibles d'être déférées devant le conseil supérieur de la fonction publique.

1) En cas de décision implicite

Lorsqu'une décision implicite est acquise (silence gardé par l'administration pendant quatre mois) le délai de deux mois du recours contentieux court à compter de cette décision. Toutefois si durant ce délai l'administration prend une décision explicite, celle-ci fait à nouveau courir un délai de deux mois pendant lequel le recours contentieux pourra être formé (décret du 11 janvier 1965).

Toutefois, dans deux cas, seule la notification d'une décision expresse de rejet fait courir le délai de 2 mois :
– en matière de plein contentieux ;
– dans le contentieux de l'excès de pouvoir, si la mesure sollicitée requiert un avis d'un organisme collégial (par exemple, une demande de réintégration d'un fonctionnaire à l'issue d'une période de privation des droits civiques qui doit être soumise à l'avis de la commission administrative paritaire compétente).

2) En cas de demande d'aide judiciaire

Une demande d'aide judiciaire proroge le délai du recours contentieux si cette demande est présentée avant l'expiration de celui-ci (décret du 1er septembre 1972, art. 29 et 30). Le recours contentieux sera recevable dans les deux mois suivant la décision d'admission ou de rejet de la demande.

3) En cas de refus de communication d'un acte administratif

En ce qui concerne les décisions de refus d'une demande de communication d'un document administratif (10), la loi du 17 juillet 1978 a édicté une procédure « ad hoc » (art. 7).

En cas de refus express ou tacite, l'intéressé doit solliciter l'avis de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA). Cet avis doit être donné au plus tard dans le mois de la saisine de la commission. L'autorité compétente est tenue d'informer celle-ci de la suite qu'elle donne à l'affaire dans les deux mois de la réception de cet avis. Le délai du recours contentieux est prorogé jusqu'à la notification à l'administré de la réponse de l'autorité compétente.

Lorsqu'il est saisi d'un recours contentieux contre un refus de communication d'un document administratif, le juge administratif doit statuer dans le délai de 6 mois à compter de l'enregistrement de la requête.

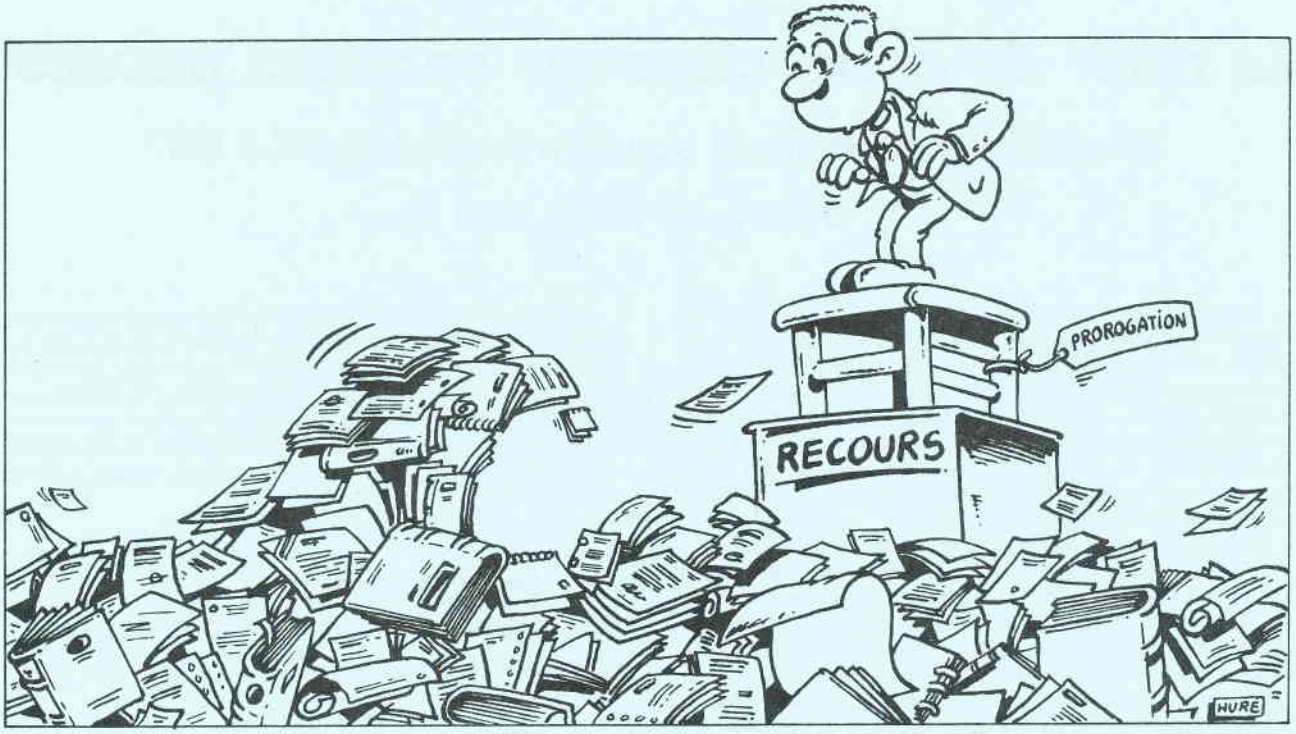
---

(7) Décret précité du 11 janvier 1965.

(8) En cas de décision implicite le délai court immédiatement : ainsi une demande établie le 16 juillet fait courir le délai le 17 juillet 0 heure et la décision implicite de rejet est acquise le 16 novembre 24 heures. Le délai de recours court le 17 novembre 0 heure et expire le 16 janvier 24 heures.

(9) Lorsque le Conseil d'Etat est directement saisi d'un recours relevant de la compétence d'un tribunal administratif, le président de la section du contentieux prend une ordonnance non motivée, insusceptible d'appel par laquelle il désigne le tribunal administratif compétent. Lorsqu'un tribunal administratif s'estime incompétemment saisi (que le litige relève d'un autre tribunal administratif ou du Conseil d'Etat) le président du tribunal transmet le dossier au président de la section du contentieux du Conseil d'Etat. Ce dernier procède comme précédemment.

(10) Sont considérés comme documents administratifs au sens du présent titre tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, à l'exception des avis du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs, prévisions et décisions revêtant la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de traitements automatisés d'informations non nominatives. Voir Action Juridique n° 41 A p. 13, n° 44 T p. 17.



4) En cas de défaut de motivation de certaines décisions implicites.

En ce qui concerne les décisions implicites intervenues dans une matière où si une décision explicite était intervenue, elle aurait dû être motivée, la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs aménage aussi une procédure particulière (art. 5).

L'intéressé dispose, dans les délais du recours contentieux de la possibilité de demander les motifs de la décision implicite.

Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration des deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués

5) Le cas particulier des sanctions disciplinaires dans la fonction publique

Au cas où le conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat ou le conseil supérieur de la fontion publique territoriale peuvent être saisis pour connaître d'une sanction disciplinaire, cette saisine suspend le délai de recours contentieux contre celle-ci (art. 17 du décret du 25 octobre 1984 pour la fonction publique de l'Etat ; art. 16 du décret du 23 Octobre 1985 pour la fonction publique territoriale).

La suspension du délai court jusqu'à la notification, soit de l'avis du conseil déclarant qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la requête, soit de la décision définitive du ministère (Etat) ou de l'autorité territoriale (collectivités locales).

Concernant les personnels hospitaliers la saisine du conseil supérieur de la fonction publique hospitalière a un effet également prorogatoire du délai du recours contentieux contre une sanction (art. 9 décret du 31 décembre 1970).

****

Au total une dizaine de cas de prorogation du délai du recours contentieux peuvent être repérés dans le contentieux de la fonction publique.

Dans la plupart de ces cas, l'intérêt de cette prorogation est de tenter d'amorcer un débat précontentieux susceptible de trouver une issue satisfaisante pour le requérant et de prévenir ainsi un conflit contentieux devant la juridiction administrative.

En tout état de cause, un échange précontentieux d'arguments n'est pas inutile avant d'entamer un procès. C'est manifeste en ce qui concerne les recours administratifs préalables. Mais il en est de même à l'occasion de la saisine d'une commission administrative paritaire en matière de notation, ou la saisine du conseil supérieur de la fonction publique en matière disciplinaire, ou encore la saisine de la commission d'accès aux documents administratifs à propos d'un refus de communication d'un document administratif.

On peut également rattacher au même ordre de considération deux autres cas de prorogation du délai du recours contentieux. C'est ainsi que le requérant sera mieux éclairé sur ses chances de faire aboutir ses prétentions devant le juge administratif, si une décision explicite intervient alors que court le délai de deux mois consécutivement au silence gardé par l'administration depuis quatre mois. Pareillement en sera-t-il en obtenant la motivation de certaines décisions implicites.

Il reste que certaines causes de prorogation du délai sont à rattacher à une autre considération que la recherche d'une discussion précontentieuse susceptible de mieux « cristalliser » les arguments si la contestation persiste. Il s'agit cette fois de venir directement en aide au requérant qui a commis une erreur considérée comme légitime.

Ainsi en est-il s'il a saisi une juridiction incompétente ou s'il estime être dispensé du ministère d'avocat. Enfin, concernant la demande d'aide judiciaire, son caractère prorogatoire apparaît logique dans l'intérêt du justiciable, bien qu'antérieurement le délai n'était prorogé qu'en cas de rejet d'une demande d'assistance judiciaire (CE 31 juillet 1970, Gaspan Rec. p. 535).

On ne peut qu'approuver que le législateur la fasse également jouer en cas de décision d'admission à l'aide judiciaire.

Le droit de grève dans les services publics

La décision du conseil constitutionnel du 28.7.1987

(JO 29 juillet 1987 p. 8508)

Le principe dit du *« 30è indivisible »* est le principe selon lequel l'absence de service fait pendant une fraction quelconque de la journée doit donner lieu à une retenue minimale du trentième du traitement mensuel. Cette règle instituée en 1961, étendue à tous les fonctionnaires et agents publics en 1963, aggravée en 1977, a été supprimée par la loi Le Pors du 19.10.1982. Son rétablissement à l'occasion du vote d'une loi portant diverses mesures d'ordre social, a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel.

Celui-ci, dans une décision du 28.7.1987, a limité aux seuls personnels de l'Etat et des établissements publics de l'Etat à caractère administratif, l'application de cette règle. Mais la décision du Conseil constitutionnel ne se limite pas aux seules conséquences pécuniaires de la grève. Elle rapelle que le législateur peut prendre des mesures visant à définir les conditions d'exercices du droit de grève, en vue d'assurer *« la continuité du service public »* ou le *« fonctionnement régulier des services publics »*.

Nous reproduisons ci-après les principaux attendus du Conseil constitutionnel, en les classant selon le sujet abordé.

I – Droit de grève et limite du droit de grève

A – Le principe de base

Se référant à la formule du préambule de la constitution *« le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent »*, le Conseil constitutionnel constate que *« le droit de gève est un principe de valeur constitutionnelle »* mais que le législateur est habilité à tracer les limites de ce droit *« en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte »*. Par conséquent, *« il est loisible au législateur de définir les conditions d'exercice du droit de grève et de tracer la limite séparant les actes et les comportements qui constituent un exercice licite de ce droit des actes et comportements qui en constitueraient un usage abusif »*. (1)

B – La continuité des services publics

Le Conseil constitutionnel poursuit en précisant *« que dans le cadre des services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays »*. (2).

Le Conseil constitutionnel saute un cap supplémentaire en rappelant que le législateur peut *« édicter des mesures qui lui paraissent à même, pour éviter le recours répété à des grèves de courte durée affectant anormalement le fonctionnement régulier des services publics, d'assurer une conciliation entre la défense des intérêts professionnels et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève est de nature à porter atteinte »*.

*

II– Droit de grève et conséquences financières

Le Conseil constitutionnel opère une distinction entre :

A – Les personnels de l'Etat et des établissements publics de l'Etat à caractère administratif.

Pour ces derniers, le Conseil considère *« que le mécanisme de retenue sur la rémunération , en cas d'interruption du service ou d'inexécution des obligations de service, qui n'est au demeurant pas limité au cas de grève, se réfère aux règles de la comptabilité publique relative à la liquidation du traitement qui est dû à ces personnels après service fait ; qu'ainsi la retenue sur traitement est une mesure de portée comptable et n'a pas, par elle-même, le caractère d'une pénalité financière »*.

Le Conseil en profite pour donner une définition rigoureuse du service fait. Il n'y a pas *« service fait »* lorsque l'agent s'abstient d'effectuer tout ou partie de ses heures de service ou lorsque, bien qu'effectuant ses heures de service, il n'exécute pas tout ou partie des obligations de service. Dans ce dernier cas, il faut que *« l'inexécution soit suffisamment manifeste pour pouvoir être matériellement constatée sans qu'il soit besoin de porter une appréciation sur le comportement de l'agent : que sous cette condition qui devra être observée dans les mesures individuelles d'application et pour le respect de laquelle le fonctionnaire dispose des voies de droit normales, la retenue sur traitement demeure une mesure de portée comptable »*.

*

B – Les agents des services publics autres que les personnels de l'Etat et des établissements publics de l'Etat à caractère administratif (EDF, RATP, SNCF, collectivités locales, agents des organismes à statut de droit privé chargé de la gestion d'un service public).

Le Conseil constitutionnel estime *« que le mécanisme de retenue automatique sur la rémunération des intéressés que le législateur a adopté à cette fin, par la généralité de son champ d'application qui ne prend en compte ni la nature des divers services concernés, ni l'incidence dommageable que peuvent revêtir pour la collectivité les cessations concertées du travail pourrait, dans nombre de cas, porter une atteinte injustifiée à l'exercice du droit de grève qui est constitutionnellement garanti »*. En conséquence, il déclare sur ce point contraire à la Constitution, les dispositions de la loi.

---

(1) Rappelons que jusqu'à présent, le législateur n'est intervenu que pour règlementer le droit de grève dans les services publics.

(2) Dans des décisions précédentes, le Conseil constitutionnel avait utilisé la même formulation (décision du 20.7.1979 ; du 25.7 1979 à propos de la grève à la radio et à la télévision).

Prud'hommes

R Licenciement

Absences répétées pour maladie et licenciement

Si l'absence pour maladie n'est pas en soi une cause de licenciement, il faut en pratique distinguer trois hypothèses : les absences de courte durée, les maladies prolongées, les absences répétées.

Cet article a pour objet de traiter des licenciements pour absences répétées pour lesquels les employeurs invoquent généralement la désorganisation du travail qui en résulte.

Nous procéderons successivement :

– à l'examen d'un cas concret et de ses solutions judiciaires,

– à l'analyse de la jurisprudence (Cour de cassation et quelques cours d'appel).

Celle-ci met en évidence :

– l'importance que les défenseurs et les conseillers prud'hommes doivent accorder aux faits pour assurer une défense efficace des salariés,

– l'enjeu que constitue l'interprétation des clauses conventionnelles de garantie d'emploi.

I – L'affaire Vilemot c/SA. Alpia

A. Les faits

Les circonstances de la rupture

Mme Vilemot est embauchée en qualité d'OS, le 20.8.1974 par une entreprise moyenne de la métallurgie de Besançon, la Sté Alpia. Elle travaille au service mécanique, à des postes de perçage ne nécessitant aucune qualification particulière. Mais le travail s'effectue debout.

De santé fragile, elle doit s'absenter à plusieurs reprises pour maladie, son médecin lui déconseillant vivement la station debout. Entre le 1.1.1976 et le 30.6.1976, elle est contrainte de s'arrêter à trois reprises, du 10 au 25 mars, du 15 avril au 23 Mai et du 3 juin au 21 juillet, soit une durée totale de l'ordre de 500 heures.

Elle est licenciée par la SA Alpia, le 9.7.1976. Dans une lettre du 15 juillet 1976, l'employeur motive le licenciement en raison de la désorganisation imprévisible de l'atelier, résultant des absences nombreuses, répétées, et de durée variable de l'intéressée et de la nécessité de son remplacement.

Les dispositions conventionnelles

La convention collective des industries métallurgiques, mécaniques et connexes du Doubs comporte dans son article 12 une clause de garantie d'emploi ainsi rédigée : *« les absences justifiées par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident y compris les accidents de travail et notifiés par l'intéressé dans les 3 jours francs, sauf en cas de force majeure, ne constituent pas une rupture du contrat de travail. Toutefois, l'employeur sera fondé à licencier le salarié malade ou accidenté si la durée de l'absence excède 6 mois en cas de maladie, délai porté à 9 mois pour les salariés ayant plus de 10 ans d'ancienneté ».*

Estimant que l'article 12 de la convention n'avait pas été respecté par l'employeur puisqu'elle comptait moins de 6 mois d'absence lors de son licenciement, Madame Vilemot saisit alors le conseil de prud'hommes de Besançon d'une demande de dommages-intérêts pour rupture abusive.

B. Les différentes étapes de la procédure

Le conseil de prud'hommes de Besançon

Les arguments en présence

Madame Vilemot et son défenseur syndical CFDT axent l'essentiel de leur argumentation sur la violation des dispositions de la convention collective par l'employeur.

La Sté Alpia, de son côté, justifie le licenciement par la nécessité de réorganiser le service du fait des absences de plus en plus longues et fréquentes de l'intéressée.

Le jugement

Par un jugement en date du 2 décembre 1976, le conseil de prud'hommes de Besançon fait droit à la demande de

Madame Vilemot et condamne l'employeur au versement de dommages-intérêts pour licenciement abusif en se fondant sur la violation des dispositions conventionnelles :
« Attendu que pas plus aux rédacteurs de ce texte qu'à quiconque, il n'a échappé que l'absence d'un salarié malade était une source de perturbation pour une entreprise et que c'est précisément pour cette raison qu'ils ont admis qu'au-delà d'une certaine durée, l'employeur serait fondé à licencier ; mais qu'il résulte « a contrario » que l'employeur n'est pas fondé à licencier tant que l'absence dûment notifiée et éventuellement justifiée, n'excède pas lesdits délais.

Qu'il s'ensuit qu'en licenciant Madame Vilemot le 9 juillet, alors qu'elle comptait bien loin de six mois d'absence, la Sté Alpia a violé ses obligations découlant de la convention collective qui fait la loi des parties ; que le motif invoqué ne peut donc être considéré comme réel et sérieux ».

Les conseillers prud'hommes rejettent l'argumentation fondée sur la désorganisation au motif qu'il est invoqué par l'employeur de façon tardive afin de *« tenter de déplacer le débat ».*

S'agissant d'un jugement en premier et dernier ressort, l'employeur forme immédiatement un pourvoi.

Le premier pourvoi en cassation

Les arguments en présence

La Sté Alpia, demandeur au pourvoi, fait valoir les deux points suivants :
– Les dispositions de la convention collective ne font pas obstacle à un congédiement fondé non pas sur la maladie mais sur la nécessité d'une réorganisation et d'un remplacement du fait du trouble sérieux causé par les absences de l'intéressée,
– La nécessité d'une réorganisation n'est pas un motif nouveau de licenciement puisqu'elle n'est que la conséquence de la désorganisation liée aux absences de l'intéressée.
De son côté, Madame Vilemot soutient qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'ampleur de la perturbation de la maladie car l'article 12 de la convention se suffit à lui-même et que de façon incontestable, le délai pendant lequel le contrat ne pourrait être rompu du fait de la maladie, n'était pas expiré.

L'arrêt de cassation

Dans un arrêt du 22 Mars 1978 la Cour de cassation fait droit aux arguments de l'employeur, casse le jugement et renvoie les parties devant le conseil de prud'hommes de Dôle. La motivation est simple : la disposition de la convention collective *« ne fait pas obstacle à un congédiement avec indemnités pour un motif réel et sérieux comme la nécessité d'une réorganisation ou d'un remplacement ».* Or le licenciement de Dame Vilemot avait été prononcé *« en raison de la désorganisation de service entraînée par ses absences nombreuses et répétées et de la nécessité de procéder à son remplacement dans son poste, nécessité invoquée dès l'origine par la Sté Alpia... »*

Le renvoi devant le conseil de prud'hommes de Dôle

L'argumentation du défenseur syndical

Echaudé par l'arrêt de la Cour de cassation, le défenseur syndical CFDT retravaille son argumentation.

Il commence par examiner et critiquer le motif de licenciement tel que la SA. Alpia l'a formulé ; après avoir souligné que les absences n'étaient ni nombreuses ni répétées (arrêt s'étalant d'une semaine minimum à 7 semaines consécutives), il s'appesantit sur le motif tiré de la désorganisation imprévisible de l'atelier en fournissant au juge des éléments chiffrés :
• Sur l'importance de la rotation du personnel de production. Celle-ci, fort importante, rendait peu sérieuse l'argumentation patronale sur la désorganisation résultant du caractère imprévisible des absences.
• Sur le recours à de très nombreux intérimaires dans les ateliers après comme avant le licenciement de Madame Vilemot et sur le fait que l'employeur n'a procédé au remplacement par un autre OS. non intérimaire que 6 mois après le licenciement.

Il conclut en montrant que la SA. Alpia a dénaturé les faits pour échapper aux contraintes qu'elle s'était pourtant fixée en signant la convention collective. Invoquer avant le délai de 6 mois la nécessité d'une réorganisation ou d'un remplacement à cause d'absences pour maladie, aboutit à détourner l'objet de l'article 12 de la convention qui vise à assurer une garantie d'emploi assortie d'une garantie de ressources.

Le jugement

Dans son jugement du 6.12.1979, le conseil de prud'hommes de Dôle donne satisfaction à la salariée en motivant sa décision :
• sur les éléments de fait : *« attendu qu'il résulte des éléments de la cause que la rotation du personnel qui a existé chez Alpia dans les années 73/76 exclut la fixation d'un OS à poste de travail déterminé.*

Attendu que les nombreuses embauches et débauches du personnel à la SA. Alpia et qui plus est le nombre de plus en plus élevé du personnel intérimaire empêchent bien naturellement la SA. Alpia d'invoquer le prétexte de la désorganisation du bon fonctionnement de l'atelier où Dame Vilemot était employée. ».
• mais également, contrairement à la position de la Cour de cassation sur les dispositions conventionnelles : *« attendu que l'article 12 de la convention collective applicable à l'espèce devra recevoir application puisqu'il dispose sans ambiguïté que les absences justifiées par la maladie ne constituent pas une rupture du contrat de travail tant qu'elles n'excèdent pas la durée de 6 mois, ce qui était le cas pour Dame Vilemot.*

Voir prétendre à un licenciement pour réorganisation à cause d'absences pour maladie avant expiration de ce délai de 6 mois serait bien entendu dénaturer l'interprétation claire et précise de cet article 12 et faire bon marché de sa raison d'être ».
La SA Alpia forme immédiatement un nouveau pourvoi.

Le deuxième pourvoi en cassation

La Cour de cassation par un arrêt du 3.6.1982 rejette le pourvoi de l'employeur.

« Mais attendu que les juges du fond, après avoir observé que la Sté Alpia avait pour justifier le licenciement de Dame Vilemot, fait valoir que son remplacement avait été rendu nécessaire en raison de la désorganisation de l'atelier auquel elle appartenait du fait de ses absences répétées, ont relevé qu'en fait il ne pouvait être sérieusement soutenu que ces absences aient désorganisé l'atelier de manière imprévisible, compte-tenu de la rotation du personnel qui existait à l'époque dans l'entreprise et de la présence d'un personnel intérimaire de plus en plus important.

Que cette appréciation de fait, qui ne saurait être remise en cause devant la Cour de cassation suffit, abstraction faite de tout autre motif, à justifier la décision attaquée ».

Ainsi, la Cour de cassation confirme le bien-fondé du jugement prud'homal parce qu'il repose sur des éléments de fait, mais persiste à écarter l'argumentation tirée de l'application de l'article 12.

La qualification de la rupture

La cour de cassation distingue nettement :
– les absences pour maladie prolongée qui permettent à l'employeur soit de procéder à un licenciement, soit de constater la rupture du contrat de travail (1) ;
– des absences répétées qui permettent à l'employeur de rompre le contrat dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire par un licenciement justifié par une cause réelle et sérieuse.

En cas de rupture du contrat de travail pour absences répétées, le débat sur l'imputabilité de la rupture ne se pose pas, car il s'agira toujours d'un licenciement.

(1) Action Juridique n° 15, p. 3 à 10.

II – La jurisprudence sur les absences répétées

A. La portée des clauses conventionnelles

De nombreuses conventions collectives prévoient au profit des salariés malades une clause de garantie d'emploi sans distinguer la maladie prolongée des absences répétées pour maladie. Certaines prévoient une interdiction de licenciement pendant la période de garantie ; d'autres prévoient la possibilité d'un licenciement subordonné au remplacement effectif, provisoire, ou définitif du salarié absent.

L'interprétation de ces clauses oppose souvent les juges du fond à la Cour de cassation comme nous venons de le voir dans l'affaire Vilemot c/Alpia.

La position de la Cour de cassation

Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation que les clauses conventionnelles de garantie d'emploi ne font pas obstacle à un licenciement en cas d'absences répétées pour maladie (1). Il suffit que le licenciement trouve son origine non pas dans la maladie elle-même, mais dans la perturbation du service, de l'atelier, voire même de l'entreprise, ou dans la nécessité pour l'employeur de procéder au remplacement du salarié. Peu importe alors si ces absences ont une durée inférieure à la garantie instituée par voie conventionnelle (2), ou si la convention collective subordonne le licenciement à un remplacement effectif ou provisoire. Les clauses de garantie d'emploi qui ne distinguent pas la maladie prolongée des absences répétées n'ont vocation à s'appliquer que dans le cas de maladie prolongée.

Par conséquent, l'action en dommages-intérêts pour rupture abusive intentée par un salarié sur la seule base de la non application des dispositions conventionnelles, sera rejetée, sauf revirement toujours possible de la jurisprudence de la Cour suprême.

La résistance des juges du fond

La constance de la jurisprudence de la Cour de cassation ne doit pas faire oublier la non moins constante résistance des juges du fond. Le jugement du conseil de prud'hommes de Dôle n'est pas un jugement isolé. Certaines Cours d'appel (3) donnent également aux clauses conventionnelles toute leur portée.

« ... La convention qui accorde au personnel une garantie d'emploi d'un an ne réserve pas au contraire d'autres conventions l'hypothèse où le remplacement du salarié deviendrait nécessaire. En licenciant pour nécessité de remplacement Madame Giraud pendant la période protégée, Mr. Rochon a porté atteinte aux droits reconnus de cette dernière par la convention collective » (Cour d'appel de Dijon 27.11.1984).

« Cette période constitue une garantie minimum précisément prévue au cas où un remplacement est nécessaire... Ce serait dénaturer le texte clair de la convention collective que d'admettre une rupture du contrat pendant le délai de protection, pour perturbation dans la bonne marche de l'entreprise. En effet, la nécessité de remplacement implique par elle-même une perturbation dans cette bonne marche ». (Cour d'appel de Dijon 30.8.1984).

Commentaire

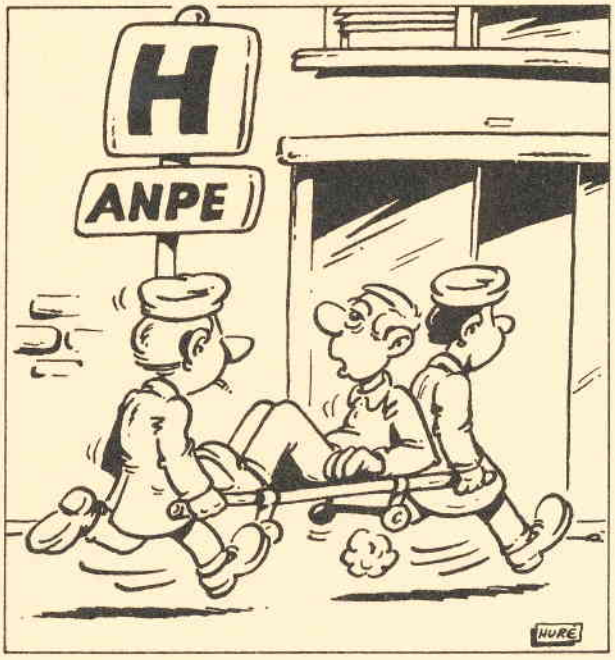
La position de la Cour de cassation est extrêmement critiquable. Elle consiste en effet à écarter des règles protectrices claires au profit du droit commun de la rupture du contrat de travail. De ce fait, elle accepte implicitement que par un seul artifice de langage (invoquer la désorganisation et non pas la maladie), la maladie puisse être une cause de licenciement.

Or les absences pour maladie sont par définition source de perturbation pour une entreprise, car si cela n'était pas le cas, l'emploi du salarié concerné n'aurait ni objet, ni utilité. En pratique, les absences d'un salarié peuvent être palliées par différents moyens : le remplacement définitif par un nouveau salarié de même qualification, une nouvelle répartition du travail entre les collègues de travail, le remplacement par des salariés temporaires. Mais dans les trois cas de figures, il y a perturbation dans l'organisation de l'entreprise.

C'est précisément parce que les absences pour maladie sont sources de perturbation que les dispositions conventionnelles ont entendu garantir les salariés contre le risque de la rupture de leur contrat, du fait de cette perturbation.

Il faut donc continuer à exiger une application complète des dispositions conventionnelles.

(1) Cass. soc. 25.5.1977 Bull. n° 340 ; 22.3.1978 Bull n° 226 ; 11.10.1979 Bull n° 716 ; 7.7.1982 Bull n° 467 ; 19.7.1983 Bull n° 440 ; 10.12.1984 Bull n° 476 ; 17.1.1985 Bull n° 41 ; 30.5.1985 et 13.6.1985 Juri-Social 1985 n° 10 ; 24.4.1986 Cahiers prud'homaux 1986 p.168.
(2) Cass. soc. 7.11.1985 ; Cass. soc. 4.12.1985 ; Cahiers prud'homaux 1986, p. 166 et 167.
(3) Par exemple : CA Dijon 26.2.1982 Simplex c/Azoulay ; 11.3.1985, Sanrey c/ Hte Marne Industrie ; CA Douai 5.5.1983 Andrieux c/ Ets Williot, 13.10.1983 Européenne d'accumulateurs c/ Dekhil.



B. La désorganisation, cause de licenciement

Pour pouvoir échapper d'une part aux contraintes des dispositions conventionnelles, d'autre part à la censure de la Cour de cassation, les employeurs évitent de justifier la rupture du contrat de travail par la répétition de la maladie. Ils invoquent un autre motif : celui de la *« désorganisation »*, de la *« perturbation »*, du *« trouble »* résultant des absences répétées.

Le débat judiciaire tournera autour des trois questions suivantes : qu'est-ce qu'une désorganisation ? La désorganisation invoquée par l'employeur est-elle établie ? Est-elle sérieuse ?

Qu'est-ce qu'une désorganisation ?

On aurait pu s'attendre à ce que la Cour de cassation définisse la notion de *« désorganisation »*, définition qui aurait pu servir de point de référence. Or, il n'en est rien. Les arrêts intervenus sont toujours des arrêts d'espèces.

C'est la raison pour laquelle il faut approuver l'effort de certains juges du fond pour tenter de cerner cette notion.

Pour la Cour d'appel de Dijon, *« il ne suffit pas, pour qu'elles constituent une cause réelle et sérieuse, que les absences même fréquentes de l'employé occasionnent une gêne et entraîne des désagréments pour l'employeur ; il est nécessaire qu'elles désorganisent le service, c'est-à-dire que le service ne puisse fonctionner dans des conditions satisfaisantes que grâce au remplacement du salarié déficient. »* (CA Dijon 17.3.1982).

Pour la Cour d'appel de Nancy *« ... l'accumulation des jours d'absence pour maladie ne suffit pas à caractériser la réalité et le sérieux de la décision de licenciement. Il appartient à l'employeur de rapporter des faits précis telle que l'impossibilité de faire face aux commandes de la clientèle dans les délais habituels ou l'absolue nécessité de remplacer le salarié défaillant »*. (CA Nancy, 17.1.1985).

La désorganisation est-elle établie ?

Cette question renvoit à deux problèmes distincts :

Le régime de la preuve

Cette question doit être tranchée dans le cadre des dispositions de la loi du 13.7.1973 (4).

Le juge doit former sa conviction sans que la charge de la preuve incombe plus particulièrement à l'une ou l'autre partie (5). Le rôle du juge consiste alors à vérifier la réalité des faits derrière l'apparence des mots. Il ne peut s'en tenir aux seules allégations de l'employeur. Dans un arrêt du 15.5.1984, la Cour d'appel de Paris en fait une excellente démonstration : *« l'employeur se borne à alléguer ce trouble mais loin de l'établir par des éléments objectifs, il énonce au contraire qu'il a pu y faire face en répartissant les tâches entre les collègues de travail de l'intéressé et admet qu'il n'a jamais procédé au remplacement provisoire de celle-ci ni à son remplacement définitif »*.

Le rôle du juge.

Quel est le degré du contrôle que le juge va exercer sur la désorganisation et la nécessité de remplacement invoquées par l'employeur ?

La Cour de cassation n'a pas une jurisprudence affirmée dans ce domaine :

- tantôt elle estime que le juge doit se contenter de dire que la désorganisation et la nécessité de remplacer le salarié absent justifient en soi la rupture du contrat de travail car l'employeur dispose d'un pouvoir de gestion discrétionnaire (6) ;
- tantôt elle estime que le juge doit contrôler si la désorganisation est établie et si le remplacement est nécessaire (7).

A notre avis, seule cette seconde interprétation est conforme à l'esprit de la loi du 13.7.1973.

La désorganisation constitue-t-elle une cause sérieuse de licenciement ?

Dès lors que les juges doivent, pour apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement, rechercher si les absences répétées contituent ou non une perturbation dans l'organisation de l'entreprise, les faits sont au cœur du débat judiciaire.

La taille de l'entreprise, la qualification du salarié (8), l'importance de la rotation du personnel et la présence de salariés temporaires avant comme après le licenciement (9), l'absence de remplacement effectif au poste de travail (10), les pratiques habituelles de l'entreprise, sont autant d'éléments de fait permettant au juge d'apprécier le sérieux ou l'absence de sérieux du licenciement.

La précision avec laquelle les faits sont rapportés, permet d'une part d'emporter la conviction des juges, d'autre part, d'échapper à une remise en cause du jugement par la Cour de cassation en raison des *« constatations souveraines des juges du fond »* (11).

Commentaire

La position de la Cour de cassation sur les clauses de garantie d'emploi nous contraint inévitablement à nous placer également sur le terrain de l'employeur, c'est-à-dire sur celui de la désorganisation.

Le fait de savoir si la maladie désorganise ou non le service ou l'atelier et rend nécessaire le remplacement, est une question de fait soumise en première instance, à l'appréciation des conseillers prud'hommes et traversée par le conflit des logiques (12). La manière dont le dossier est défendu, les éléments concrets apportés par le défenseur prud'homal, sont particulièrement importants. L'affaire Vilemot c/SA Alpia en constitue un exemple éclairant. Mais le juge doit également pleinement utiliser la liberté qui est la sienne pour vérifier si la désorganisation est réelle, si elle nécessite un remplacement, et si le remplacement est effectif.

---

(4) Art. L.122.14-3, Action Juridique n° 38, p. 24.
(5) Cass. soc. 4.12.1985, Cahiers prud'homaux n° 10 p. 167.
(6) Les absences répétées apportent un *« trouble à la marche de l'entreprise »* (Cass. soc. 6.3.1986, Bull n° 82) *« l'entreprise ne peut compter sur une collaboration suffisante régulière »* (Cass. soc. 26.6.1986, Juri-Social 1985 n° 10) *« les absences répétées provoquent un trouble sérieux »* (Cass. soc. 4.12.1985, Cahiers prud'homaux n° 10 p. 168).
(7) *« Les juges doivent rechercher si les absences répétées et multiples constituent ou non une perturbation dans l'organisation de l'entreprise nécessitant un remplacement »* (Cass. soc. 30.5.1985, Juri-Social 1985 n° 10) ou *« si l'absence du salarié a effectivement perturbé le fonctionnement de l'entreprise »* (Cass. soc. 9.12.1985 Cahiers prud'homaux n° 10 p. 167).
(8) Cass. soc. 6.12.1978 Bull. n° 829 ; CA Reims, 7.03.1983, les Volailles Senonnaises c/ Laureau ; CA Paris, 21.5.1985, Sarl Seec c/ Benlloch.
(9) Cass. soc. 3.6.1982 Vilemot c/ Alpia.
(10) Cass. soc. 3.7.1986 Bull. n° 346 ; CA Paris, 15.5.1984, Igedeco c/ Ducher ; CA Angers 5.10.1982, Sabia c/ Ste Cibie ; CA Dijon 17.3.1982, Ste L.C.C. c/ Ploncard ; CA Nancy, 17.1-1985, Crosta c/ SA Viscosa.
(11) Cass. soc. 3.7.1982, Vilemot c/ Alpia ; Cass. soc. 20.10.1982, Cahiers prud'homaux 1983, 5/74.
(12) Action Juridique n° 11 et 24.

RIDIQUE ACTUALI

Durée et aménagement du temps de travail

La loi n° 87-423 du 18 juin 1987 (JO du 20.6.87) relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail, applicable depuis le 22 juin 1987, a fait l'objet dès le 30.6.1987 d'une longue circulaire d'application.

Les principales modifications introduites par la loi sont les suivantes :

• **Modulation.** La modulation annuelle des horaires autour d'une moyenne de 39 h/hebdo, est désormais possible non seulement par convention ou accord collectif étendu, mais aussi par accord d'entreprise ou d'établissement. La contrepartie dont bénéficient les salariés est laissée à la libre appréciation des signataires. La limite supérieure de la modulation est, en principe, limitée à 44 h par semaine (L. 212-8 à L. 212-8-5).

• **Récupération.** Les cas de recours à la récupération des heures collectivement perdues sont étendus aux situations d'inventaires et d'intempéries (L. 212-2-2).

• **Calcul et paiement des heures supplémentaires**

– Le décompte des heures supplémentaires par cycle de travail fixe et répétitif est rendu possible dans les trois cas suivants : travail en continu ; existence d'un décret ou d'une convention ou d'un accord collectif étendu (L. 212-5).

– Le remplacement du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur est possible par convention ou accord collectif étendu ou par accord d'entreprise (L. 212-5).

• **Travail des femmes**

– Travail de nuit : il est possible de déroger par voie d'accord de branche étendu complété par un accord d'entreprise, à l'interdiction du travail de nuit des femmes, lorsqu'en raison de circonstances particulièrement graves, l'intérêt national l'exige (L. 213-1).

– Les dispositions spécifiques concernant les pauses, le travail par relais, et les jours fériés sont supprimés (L. 212-9 à L. 212-12, L. 222-2 et L. 222-3).

• **Travail en continu** – La mise en œuvre du travail en continu peut être autorisée pour des raisons économiques par convention ou accord de branche étendu (L. 221-10).

• **Travail intermittent** – La mise en œuvre de contrats de travail intermittent est possible par accord de branche ou accord d'entreprise (L. 212-4-8 et L. 212-4-10).

Apprentissage

Les règles relatives à l'apprentissage sont modifiées en profondeur par la loi n° 37-752 du 23.2.1987 (JO 24.7.87). Cette loi dont la date d'application est subordonnée à un décret, contient les principales dispositions suivantes :

• **Elargissement des qualifications** préparées par l'apprentissage. Celui-ci est désormais ouvert à la préparation de tous les diplômes de l'enseignement technologique (baccalauréat professionnel et BTS inclus) et des titres homologués qui figureront dans une liste établie par arrêté ministériel. Pour ce faire, les jeunes peuvent entrer en apprentissage jusqu'à l'âge de 25 ans.

• **Variabilité de la durée du contrat.** Celui-ci peut désormais varier de un à trois ans, en fonction du type de profession et du niveau de qualification préparé. Par ailleurs, il est possible de souscrire des contrats d'apprentissage successifs pour préparer des titres ou diplômes sanctionnant des qualifications différentes.

• **Augmentation de l'horaire minimal** réservé aux enseignements et aux autres activités pédagogiques dispensées par le CFA. La durée annuelle de formation passe de 360 h à 400 h. Ce temps est compris dans le temps de travail de l'apprenti.

• **Modification du statut de l'apprenti.** L'apprenti bénéficie d'un congé de cinq jours ouvrables dans le mois qui précède les épreuves. Ce congé donne droit au maintien du salaire et s'ajoute à la durée de la formation.

• **Simplification des procédures** préalables à la conclusion d'un contrat d'apprentissage. Notons toutefois que la demande d'agrément doit comporter l'avis du CE ou à défaut des délégués du personnel.

Emploi des travailleurs handicapés

L'emploi des travailleurs handicapés vient de faire l'objet d'une réforme importante. La loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 (JO 12.7.87) dont l'entrée en vigueur est fixée au 1.1.1988 pour les entreprises relevant du secteur privé, contient notamment les dispositions suivantes :

• **la généralisation de l'obligation d'emploi.**

– Les entreprises privées, les entreprises publiques, les entreprises nationalisées et les établissements publics à caractère industriel et commercial occupant au moins 20 salariés sont tenus d'employer **6 %** de travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés.

– L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics à caractère administratif sont également soumis à la même obligation, selon des modalités particulières qui seront fixées par décret.

• **La diversification des moyens pour s'acquitter de l'obligation.**

L'employeur peut s'exonérer de son obligation soit en versant une cotisation à un fonds pour l'insertion professionnelle des handicapés, soit en mettant en œuvre un programme annuel ou pluriannuel en faveur des travailleurs handicapés dans le cadre d'un accord de branche, d'entreprise ou d'établissement, soit enfin en donnant du travail au secteur protégé.

• **Une nouvelle définition des catégories de bénéficiaires** : en sont exclues les victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle dont l'incapacité permanente est inférieure à 10 % ; sont inclus automatiquement les titulaires d'une pension d'invalidité.

• **Les dispositions transitoires.** Le taux de 6 % s'applique progressivement : 3 % en 1988 ; 4 % en 1989 ; 5 % en 1990 ; 6 % en 1991.

Départ à la retraite des salariés

Parmi les multiples sujets traités par la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 (JO du 30.7.87) portant diverses mesures d'ordre social, figurent des dispositions relatives au départ à la retraite des salariés. Ces dispositions prévoient :

– **la nullité des clauses « couperet »** figurant dans des conventions, accords collectifs ou contrats de travail. Il s'agit des clauses prévoyant la rupture de plein droit du contrat en raison de l'âge du salarié ou du fait qu'il serait en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse (L. 122-14-12)

– l'interdiction des clauses conventionnelles établissant, en cas de licenciement collectif pour motif économique, une priorité de licenciement à raison des seuls avantages à caractère viager dont bénéficie un salarié (L. 321-1).

• Les règles applicables en cas de **départ en retraite à l'initiative du salarié.** Le salarié doit respecter le préavis conventionnel, ou à défaut, un préavis égal au préavis de licenciement. Il bénéficie d'une indemnité de départ à la retraite dont le montant est, sauf accord plus favorable, celui de la loi de mensualisation du 19.1.1978 (L. 122-14-13).

• Les règles applicables en cas de **départ en retraite à l'initiative de l'employeur** (L. 122-14-13) .

– Si le salarié peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein et remplit les conditions d'ouverture à la pension de vieillesse ou, si elles existent, les conditions d'âge prévues par voie conventionnelle, l'employeur peut rompre le contrat de travail à condition de respecter le préavis, et de verser une indemnité de départ à la retraite dont le montant est, sauf accord plus favorable, égal soit à l'indemnité prévue par la loi de mensualisation, soit à l'indemnité légale de licenciement.

– Dans le cas contraire, la rupture du contrat de travail constitue un **licenciement**, ce qui suppose le respect de la procédure, du préavis et le versement de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

Rédaction : 4, bd de la Villette 75955 Paris cedex 19 - tél. (1) 42 03 82 30
Directeur de la publication : Jean Paul Jacquier - Rédacteur en chef : Francis Naudé
Administration : M. Jeanclaude, 4, bd de la Villette 75955 Paris cedex 19 - tél. (1) 42 03 81 35
Abonnement annuel (8 numéros) : 200,00 F (Adhérents CFDT : 185,00 F) - le numéro : 31,00 F
Numéro de commission paritaire : 1404 D 73 - ISSN 0191 28 74
Photocomposition, maquette et impression :
Atelier Montholon-Services 26 rue de Montholon 75439 Paris cedex 09 (numéro fab. 1661)