action juridique

Le prêt de main d'œuvre illicite

Le bilan social

Agents contractuels : de droit public ou de droit privé ?

85
NOVEMBRE 1990 - 46 F

Service Juridique CFDT

SOMMAIRE

Etude

Le prêt de main d'œuvre illicite 3

Fiche pratique

Le congé parental d'éducation ou l'activité à mi-temps pour élever un enfant 9

Le point sur...

Le bilan social 11

Fonctions publiques

Agents contractuels : de droit public ou de droit privé ? 15

Documents

- Droit syndical - Accord sur l'exercice du droit syndical dans le cadre du GIE Axa Assurances 17
- Comité d'entreprise - Subvention de fonctionnement et contributions aux activités sociales - Nature différente - Absence d'obligation de négocier de bonne foi 19
- La grève - Le rejet préalable des revendications n'est pas en principe une condition de licéité 21
- Démonstrateurs - Electeurs et éligibles dans le même collège que les salariés de l'entreprise d'accueil 22
- Article L. 122-12 - Perte d'un marché de nettoyage - Succession de concessionnaires (3 arrêts) 23

Sélectionné pour vous

- Mannequins : protection et statut
- Etat de santé et handicap : lutte contre les discriminations
- L'insertion professionnelle
- Dépistage de la toxicomanie dans l'entreprise 25

Réponse à vos questions

- Embauche - Non mention d'une condamnation pénale
- Déclassement disciplinaire
- Faute grave révélée postérieurement au licenciement
- Sanction disciplinaire - Notification
- CHSCT : perte mandat de délégué du personnel 27

Encart central réservé aux conseillers prud'hommes I-IV

Revue réalisée par le service juridique de la CFDT
(Tél. 42 03 82 30)
Directeur de la publication : Nicole Notat
Rédacteur en chef : Catherine Battut
Secrétaire de rédaction : Olivera Djukic
CPPAP 1404 D 73 - ISSN 01912874
Maquette : Agence A. Set et ID. Graphique
Imprimerie : ID. Graphique/Paris (42 47 76 80)

Nul n'est censé...

La session parlementaire vient à peine de s'ouvrir que déjà elle démarre sur les chapeaux de roue. Le 12 octobre 1990, le Parlement, après quelques péripéties, vient d'adopter un nouveau texte modifiant l'Ordonnance de 1986 sur l'intéressement et la participation. D'autres textes attendent leur tour et devraient voir le jour, si le débat budgétaire ne s'éternise pas : « le conseiller du salarié, la réforme des professions juridiques et judiciaires, la poursuite de la refonte du Code Pénal, la réforme des voies d'exécution, la représentation des salariés dans les petites entreprises, l'aide judiciaire etc... ».
Cette avalanche de textes qui vient après d'autres avalanches, ne doit-elle pas nous interroger ?
Depuis 1982, le code du travail a grossi d'un tiers. Les textes s'empilent. Les problèmes traités ont-ils pour autant disparu ?
« Nul n'est censé ignorer la loi », certes, mais qui aujourd'hui peut s'y retrouver.
N'est-il pas nécessaire de suggérer au législateur de légiférer moins mais mieux ?
N'est-il pas urgent de permettre à tous un réel accès au droit ?
Nous avons la prétention de le croire.

CATHERINE BATTUT
Rédacteur en chef

Au sommaire du prochain numéro
Les contrats précaires

Le prêt de main d'œuvre illicite

Le prêt de main d'œuvre, licite ou illicite, s'est beaucoup développé depuis quelques années. Cette étude rend compte des conditions de mise en œuvre des textes applicables en la matière, face à des situations qui peuvent n'avoir que l'apparence de la légalité.

Aude JURICE

Le législation en matière de fourniture de main d'œuvre

- Ce qui est autorisé
  - Les entreprises de travail temporaire
  - Les groupements d'employeurs
  - Les associations intermédiaires
  - Le prêt de main d'œuvre à but non lucratif entre entreprises
- Ce qui est interdit
  - Le prêt exclusif de main d'œuvre
  - Le délit dit de marchandage
- Les sanctions pénales

Les transferts de responsabilité

- Les principes
  - Le sens de ces textes
  - Le champ d'application
- Les conditions de mise en œuvre
  - Les conditions communes
  - Une condition particulière à l'article L. 125-2
- Les conséquences
  - Sur un plan pénal
  - Sur un plan civil
  - Exemple pratique

Les faux artisans

Dans le n° 87 d'Action Juridique, nous publierons une étude, complément commun à celle-ci et à celle qui portera sur le travail temporaire et à durée déterminée à paraître dans notre prochain numéro. Ce complément sera essentiellement consacré aux voies et moyens d'action du syndicat dans ces domaines.

La législation en matière de fourniture de main d'œuvre

Ce qui est autorisé

La législation française ne prévoit que quatre hypothèses où une entreprise « A » peut mettre son personnel à la disposition d'une entreprise « B ».

LES ENTREPRISES DE TRAVAIL TEMPORAIRE

Il s'agit des entreprises dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition provisoire d'utilisateurs des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue elles embauchent et rémunèrent à cet effet (art. L. 124-1). Avant d'exercer son activité, l'ETT doit :

- faire une déclaration à la direction départementale du travail de son siège et de ses agences (art. L. 124-10).
- obtenir une garantie financière (art. L. 124-10)

LES GROUPEMENTS D'EMPLOYEURS

Il s'agit de groupements de personnes physiques ou morales dont le but exclusif est de mettre à la disposition de leurs membres des salariés liés à ces groupements par un contrat de travail (art. L. 127-1). Ces groupements qui ne peuvent effectuer que des opérations à but non lucratif, doivent :

- soit déclarer leur activité à l'inspection du travail dont relève leur siège social dans le cas où tous les adhérents relèvent de la même convention collective (art. L. 127-1) ;
- soit demander un agrément à la direction du travail ou à l'administration équivalente de leur siège dans le cas inverse (art. L. 127-7).

LES ASSOCIATIONS INTERMÉDIAIRES

Il s'agit d'associations dont l'objet est d'embaucher des personnes dépourvues d'emploi pour les mettre, à titre onéreux, à la disposition de personnes physiques ou morales pour des activités qui ne sont pas déjà assurées dans les conditions économiques locales par l'initiative privée ou par l'action des collectivités publiques ou des organismes bénéficiant de ressources publiques (art. L. 128).
Elles doivent faire l'objet d'un agrément par arrêté préfectoral pour chaque département où elles exercent leur activité (1).

LE PRÊT DE MAIN-D'ŒUVRE A BUT NON LUCRATIF ENTRE ENTREPRISES

Le caractère lucratif d'une opération ne doit pas s'apprécier uniquement selon son résultat (bénéficiaire ou non) mais quant à sa finalité.
Ex : Une entreprise A a une brusque chute provisoire d'activité ; par contre l'entreprise B qui a le même type d'activité manque de personnel. On peut considérer comme licite le fait pour A de mettre son personnel provisoirement à disposition de B, en facturant cette opération « au prix coûtant ».
Le but de cette mise à disposition est pour A non pas de rechercher un profit, mais d'éviter un licenciement des salariés concernés.
Toutefois même en cas de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif, un certain nombre d'obligations spécifiques vont alors s'imposer tant au fournisseur de main d'œuvre qu'à celui qui l'utilise (Art. L. 125-3 alinéa 2).

Ce qui est interdit (2)

LE PRÊT EXCLUSIF DE MAIN D'ŒUVRE

Il est interdit par l'article L. 125-3 du code du travail. Les critères du prêt exclusif de main d'œuvre s'articulent en deux volets :

• L'objet du contrat

La vraie sous-traitance suppose l'exécution, par le sous-traitant d'une tâche spécifique et bien définie (3).
A l'opposé, dans une opération de prêt exclusif de main-d'œuvre le « sous-traitant » a pour seule obligation de fournir du personnel de qualification convenue.
L'intitulé des contrats, ses termes peuvent donner une indication quant à l'objet de la convention. Mais face à la multiplication des contentieux, les entreprises ont affiné leurs méthodes de travail et s'emploient, grâce à l'appui de leurs conseils juridiques, à créer une apparence de légalité. Il est dès lors de plus en plus difficile, à la seule lecture du contrat, de pouvoir donner la qualification exacte de son objet.
Il est essentiel dans un domaine caractérisé de plus en plus par des manœuvres frauduleuses, de s'attacher à la collecte d'éléments de fait qui seuls permettront de dépasser l'apparence de légalité ainsi mise en place, et de donner à la convention sa portée exacte.

• Les éléments de fait

**Situation des salariés du sous-traitant par rapport à l'entreprise principale*

Le fait que le personnel du sous-traitant soit, dans l'exécution de son travail, placé sous l'autorité directe de l'encadrement de l'entreprise principale qui assure la définition des tâches et l'organisation du travail, constitue un indice important de prêt de main-d'œuvre (4).

(1) Voir décret 87.303 du 30.04.87 (JO 03.05.87) ; arrêté 04.05.87 (JO 07.05.87) ; circulaire 08.09.87 (JO 11.12.87).
(2) Textes interdisant et réprimant directement les opérations de prêt et fourniture de main-d'œuvre : art. L. 125-1 et L 125-3 du Code de travail sanctionnés par art. L. 152-3.
(3) Cass. crim. 13.12.78 Cucchiaro ; Cass. crim. 05.03.85 Planel ; Cass. crim. 25.06.85 Bull. n° 250 ; Cass. crim. 23.06.87 Bull. n° 263.
(4) Voir arrêts cités en note 3 et aussi : Cass. crim. 26.05.88 Bull. n° 228 ; Cass. crim. 25.04.89 Bull. n° 169 et n° 170 ; Cass. crim. 14.02.89 Bull. n° 75.

Mais des manœuvres frauduleuses ont cours : on invoquera par exemple la présence sur le site d'un chef d'équipe de l'entreprise sous-traitante « chargé de diriger le travail ».
Il conviendra dans un tel cas d'analyser la réalité de l'indépendance de ce chef d'équipe par rapport à l'encadrement de l'entreprise principale.

Matériel, outillage, matériaux mis en œuvre
Il convient tout de suite d'écarter les outillages qui, traditionnellement, sont apportés par le salarié et sont sa propriété personnelle (caisse à outils du maçon, du plombier) ; bien entendu le fait que ceux-ci sont fournis par l'entreprise principale, ne fera que renforcer la présomption du prêt illicite de main-d'œuvre.
En effet la jurisprudence voit dans la fourniture par l'entreprise principale du matériel et de l'outillage nécessaire au travail des salariés du sous-traitant, un indice de prêt illicite (5).
Là encore des manœuvres frauduleuses ont également cours pour créer une apparence de légalité : ainsi le sous-traitant déclarera fournir le matériel, qu'il a loué à une société. En réalité c'est l'entreprise principale qui loue cet outillage, ou qui a apporté sa garantie de paiement auprès du loueur. Le même schéma se retrouve pour les matériaux (principalement dans le secteur du batiment).

Le mode de rémunération du sous-traitant
Le fait que le sous-traitant soit rémunéré en fonction du temps passé par ses salariés et de leur qualification constitue un indice supplémentaire caractérisant le prêt illicite de main-d'œuvre (6).
Là encore, des manœuvres frauduleuses sont largement employées :
- la plus simple consiste à « transformer » la rémunération à l'heure en rémunérant au mètre carré, au mètre linéaire, etc ... Une simple règle de trois permet de retrouver la rémunération au temps.
- plus astucieuse est la rédaction d'un contrat « au forfait », la véritable convention orale prévoyant une rémunération au temps. Seul l'accès à la facturation et aux preuves de paiement permettra de mettre la fraude à jour.
L'analyse de la jurisprudence montre qu'aucun critère n'est en soit déterminant et que les juridictions procèdent, après avoir examiné chacun des éléments en cause à une « photographie d'ensemble » pour qualifier la prestation.

LE DÉLIT DIT DE MARCHANDAGE

Il est défini par l'article L. 125-1 du code du travail.
Les critères du délit de marchandage s'articulent autour des notions suivantes :

• **Une opération à but lucratif de fourniture de main d'œuvre...** Sur le caractère lucratif on se reportera à l'analyse développée plus haut sur le prêt exclusif de main d'œuvre.
Toutefois la notion de fourniture de main-d'œuvre est plus vaste que celle de « prêt exclusif de main-d'œuvre » ; elle recouvre notamment des opérations de prestation de service qui ne se limitent pas à une simple location de main-d'œuvre.

LA FAUSSE SOUS-TRAITANCE DANS L'INDUSTRIE

Salarié d'une petite entreprise d'une quarantaine de salariés, « TM », Jean travaille « en régie » comme tuyauteur dans les grandes entreprises de la pétrochimie et de la chimie, soit pour monter de nouvelles installations, soit pour l'entretien de celles-ci surtout pendant les périodes d'arrêt technique. Pour les travaux neufs, son entreprise intervient en sous traitance de grandes entreprises nationales qui ont pris les marchés ; pour les travaux d'entretien son entreprise intervient soit en sous traitance d'une autre entreprise, soit pour renforcer directement les équipes d'entretien de l'usine considérée.
Dans son chantier, Jean est dirigé par un contremaître de la grande entreprise. Il a sa caisse à outils mais tout le reste est fourni par la grande entreprise.
Jusqu'à présent Jean n'avait pas de problème. Mais voilà, la grande entreprise pour laquelle « TM » travaille ainsi depuis plus de trois ans, vient d'avertir qu'à la fin du mois elle arrêtait sa collaboration avec TM. Son employeur le convoque pour un licenciement économique.

• **... qui a pour effet...** Le délit ne nécessite pas de démontrer une quelconque intention de nuire ; il repose essentiellement sur des faits matériels (7).

• **... de causer un préjudice au salarié concerné par l'opération...** Souvent le préjudice résultera de la non application au salarié d'une disposition légale ou conventionnelle, mais le législateur, en se référant à la seule notion de préjudice, a voulu prévoir le cas où ce préjudice aurait une autre source (7). La Chambre Criminelle a retenu comme constitutif de préjudice :
- des salaires perçus inférieurs au minimum professionnel de la convention collective,
- le non versement d'indemnité de précarité d'emploi,
- la non application du repos compensateur lié aux heures supplémentaires (8).

(5) Cass. crim. 25.04.89 Bull. n° 170 ; Cass. crim. 23.06.87 Bull. n° 263 ; Cass. crim. 13.12.78 Cucchiaro.
(6) Cass. crim. 13.12.78 Cucchiaro ; Cass. crim. 25.04.89 Bull. n° 169.
(7) JO Débats Ass. Nat. séance du 14.06.1973 p. 2159 sur les « effets » de l'opération.
(8) Cass. Crim. 25.04.89. Bolcioni Bull. Crim 89 n° 169 p. 435. On notera qu'en l'espèce le préjudice se confond avec le non respect de dispositions légales.
Par contre dans un arrêt Lucas du 25.04.89 (Bull. Crim. 89 n° 170 p. 437) la chambre criminelle a confirmé la cour d'appel qui avait retenue comme éléments de préjudice la situation d'un salarié mis à disposition pendant 9 ans « sans aucun avantage, prime d'ancienneté, 13e mois, comité d'entreprise » et rencontré des difficultés pour obtenir une indemnité de licenciement.

LA FAUSSE SOUS-TRAITANCE DANS LE BATIMENT

Philippe travaille chez un artisan peintre-façadier « Dupont ». Celui ci a quatre salariés. Son activité consiste à réaliser essentiellement en sous-traitance pour d'importantes entreprises de peinture de la région, soit les travaux de peinture dans des batiments en construction, soit des travaux de rénovation.
Dupont a une vieille « Estafette » avec laquelle il mène ses ouvriers sur les chantiers. Le matériel (échafaudages, machine à projeter les enduits, pinceaux et rouleaux ainsi que les enduits et peintures) est fourni par l'entreprise de peinture. Dupont travaille avec ses ouvriers. Le contremaître de l'entreprise de peinture indique tous les 2-3 jours les travaux à effectuer.
Jusqu'au mois dernier Philippe et ses collègues étaient normalement payés. Pour le mois écoulé Dupont devait les régler le 5 ou 6 ; or cela fait 10 jours que celui-ci n'est plus venu sur les chantiers après leur avoir laissé l'Estafette.

- **... ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail.**

Il ne s'agit pas seulement des lois et règlements du code du travail ou des conventions collectives, mais de l'ensemble des lois et règlements (social, fiscal et autres...) et de l'ensemble des accords collectifs y compris les accords d'entreprise. La loi habilite les agents de la direction générale des impots et de la direction générale des Douanes à constater avec leurs propres moyens d'investigation, les infractions à l'article L. 125-1 (L. 611-15).

Les sanctions pénales

La loi n° 90.613 du 12.07.1990 a modifié, en les augmentant, les pénalités relatives aux articles L. 125-1 et L. 125-3.
Celles-ci, désormais prévues par l'article L. 152-3 du code du travail, consistent en une amende de 8.000 frs à 40.000 Frs ; en cas de récidive l'amende est doublée et un emprisonnement de 4 à 12 mois est prévu.

Qui est responsable ?

La Cour de Cassation, pour condamner le fournisseur de la main d'œuvre et l'utilisateur de celle-ci, considère qu'il ne doit pas être recouru à la notion de complicité (fournisseur = auteur principal ; utilisateur = complice), mais à celle de la co-action, les parties étant co-contractantes (9).
Dans un arrêt Perez du 14.02.89 (Action Juridique n° 78 p. 27) la chambre criminelle a confirmé la cour d'appel qui avait condamné pour infraction aux règles de sécurité du travail le responsable « P » d'une entreprise « COM. » qui utilisait un salarié « S » loué par un « sous-traitant » « CAS » (entreprise de « maintenance ») : ... *« il apparait à l'évidence que les deux entreprises se sont livrées, sous le couvert prétendu d'un contrat de sous-traitance dont il n'est pas justifié, à un prêt de main-d'œuvre à but lucratif dans des conditions contraires à l'article L 125-3 du code du travail, qu'il en résulte qu'au moment des faits, « S » (la victime salariée) était au service de « P » et de la société COM, qui étaient donc responsable de l'organisation de la sécurité sur le chantier où l'intéressé était employé pour son compte exclusif. »*

Qui peut agir ?

Outre les voies classiques de saisine de la justice, le nouvel article L 125-3 issu de la loi du 12.07.1990 permet aux syndicats représentatifs d'exercer toutes actions en faveur d'un salarié sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, ce dernier devant être informé et pouvant faire cesser l'instance.

Les transferts de responsabilité

Ils sont prévus par les articles L. 200-3 et L. 125-2 du code du travail.

Les principes

LE SENS GÉNÉRAL DE CES TEXTES

Lorsqu'un entrepreneur passe un contrat avec un sous-traitant pour l'exécution de certains travaux ou services, et que ce sous-traitant :
- apporte essentiellement la main d'œuvre,
- ne présente aucune garantie financière et d'indépendance par rapport à l'entreprise principale...

... C'est l'entrepreneur principal qui sera en ce qui concerne la main d'œuvre du sous traitant responsable :
- sur le plan pénal des infractions aux dispositions du livre 2 du code du travail (c'est-à-dire des conditions de travail) par application de l'article L. 200-3,
- sur le plan civil des salaires, charges sociales... relatives à ces salariés par application de l'article L. 125.2.

LE CHAMP D'APPLICATION

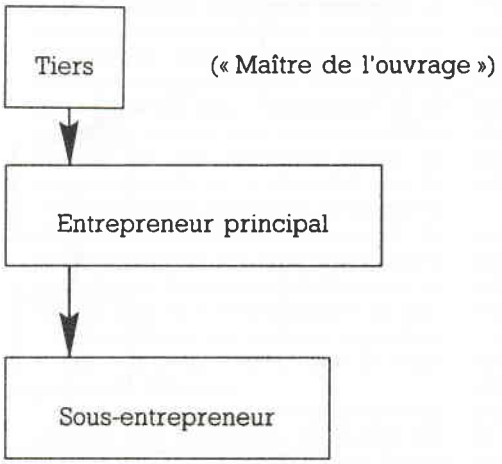
Il est en partie différent.

- **L'article L.200-3 a un champ restreint**

Il se réfère à l'entrepreneur principal : ceci suppose donc que l'entrepreneur ait lui-même passé avec un

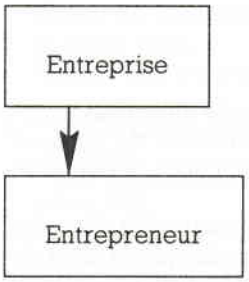
(9) Voir à cet effet Cass. Crim. 25.04.1989 Lucas précité.

tiers un marché pour l'exécution d'un travail, et que cet entrepreneur principal rétrocède tout au partie du marché à un sous-traitant dit « sous-entrepreneur », c'est-à-dire le schéma suivant (10) :



Par ailleurs, en l'état actuel le secteur agricole est exclu du champ d'application de l'article L. 200-3.

• **L'article L. 125-2 a un champ plus vaste.**
Il ne se réfère plus à la notion d'entrepreneur principal, mais à celle de chef d'entreprise industriel ou commercial passant un contrat de travaux ou de services avec un entrepreneur. La nécessité d'avoir un tiers disparaît, le schéma est donc simplifié :



Enfin ce texte s'applique, depuis la loi n° 88.1202 du 30.12.1988 au secteur de l'agriculture (art. L. 125-4).

Les conditions de mise en œuvre

CONDITIONS COMMUNES

Antérieurement à la loi du 12.07.1990 les deux textes faisaient référence à la non immatriculation du sous-traitant au registre de commerce ou répertoire des métiers ; cet élément est désormais supprimé. Il ne reste plus que les deux éléments suivants :

• **La main d'œuvre du sous-traitant**
Art. L.200-3 : Le contrat de sous entreprise porte essentiellement sur la main-d'œuvre.
Le mot « essentiellement » signifie qu'il n'est pas nécessaire que la sous entreprise porte exclusivement sur la main d'œuvre ; le sous-traitant peut apporter autre chose, sans que cela empêche l'éventuelle application du texte.
Art. L. 125-2 : L'entrepreneur recrute lui même la main d'œuvre nécessaire. L'entrepreneur sous-traitant peut donc apporter beaucoup plus que la main d'œuvre.

• **Le sous-traitant n'est pas propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal**
La notion de fonds de commerce comporte deux séries d'éléments :
- des éléments matériels (corporels) nécessaires au fonctionnement de l'entreprise (locaux professionnels, mobilier, matériel, stocks de matières premières et de produits fins),
- des éléments immatériels (incorporels) (droit au bail, enseigne commerciale et surtout la clientèle).
Pour certains auteurs, la clientèle est même l'élément essentiel du fonds de commerce. Sans clientèle, pas de fonds.
Par ailleurs, pour qu'il y ait clientèle la jurisprudence considère que l'entreprise doit avoir des clients concomitants, plusieurs clients en même temps ; si elle n'a que des clients successifs il n'y a pas de clientèle (11).
La notion du fonds artisanal introduite par la loi de juillet 1990, sans que le législateur en donne une définition quelconque, a été évoquée, par la jurisprudence en matière civile. Elle comporte deux séries d'éléments :
- les éléments corporels (matériel, outillage, véhicule, locaux),
- des éléments immatériels (la clientèle qui est là aussi essentielle).

UNE CONDITION PARTICULIÈRE A L'ARTICLE L.125-2

L'article L.125-2 assure un transfert sur l'entreprise principale des obligations à caractère financier de son sous-entrepreneur au cas où ce dernier ne peut faire face à celles-ci, c'est-à-dire qu'il est défaillant.
La notion de défaillance remplace depuis la loi de Juillet 1990 celle d'insolvabilité soumise à des conditions restrictives de mise en œuvre. Cette nouvelle notion facilite le recours à l'article L. 125-2. Cette notion de défaillance est à rapprocher de celle prévue en matière de législation sur le travail temporaire (art. L. 124-8 du code du travail).

Les conséquences

SUR LE PLAN PÉNAL (ART. L. 200-3).

Si les conditions de mise en œuvre sont réunies et qu'il est constaté au niveau des salariés du sous-entrepreneur des manquements aux dispositions du livre 2 du code du travail (conditions de travail, repos et congés, hygiène et sécurité, médecine du travail) c'est l'entrepreneur principal qui sera tenu pénalement responsable des éventuelles infractions.
L'action pénale peut être menée selon les règles du droit commun.

SUR LE PLAN CIVIL (ART. L. 125-2)

Si les conditions de mise en œuvre sont réunies, le chef d'entreprise est substitué au sous-entrepreneur

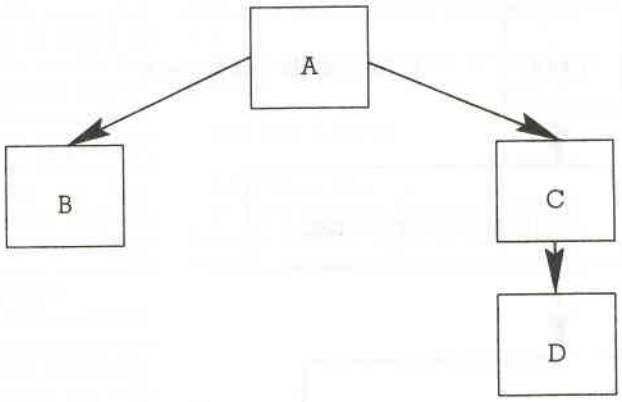
(10) Voir en ce sens Cass. Crim. 21.02.56 « Stœckel » Bull. n° 330.
(11) Cass. Soc. 28.06.82 SA Citra France c/ Urssaf ; Cass. Soc. 28.06.72 Urssaf Bouche Du Rhône c/ Sarl Michel et Jauffret Bull. V n° 476.

pour le paiement des salaires, congés payés et charges sociales dus aux salariés occupés.
L'entreprise est également substitué pour les obligations relatives à la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, lorsque les travaux ou services sont exécutés dans l'établissement ou les dépendances de l'entreprise (cas des travaux du bâtiment).
La Chambre Sociale (arrêt SA Citra France précitée) a précisé que le texte n'exige pas que la main-d'œuvre nécessaire pour l'exécution du contrat soit recrutée spécialement pour ce contrat mais seulement qu'elle ait été recrutée par l'entrepreneur sous-traitant.
L'action civile peut etre exercée par le salarié lésé, les organismes de sécurité sociale et d'allocations familiales, et la caisse de congés payés. Elle sera engagée contre le chef d'entreprise pour le compte duquel le travail a été effectué. Le nouvel article L 125-3-1 (loi du 12.07.1990) permet aux organisations syndicales représentatives d'exercer cette action civile en faveur d'un salarié sans avoir à justifier d'un mandat, celui-ci devant être informé, ne pas s'y opposer et pouvant arrêter l'action à tout moment.

EXEMPLE PRATIQUE

Une société « A », entreprise de métallurgie, décide de construire de nouveau locaux. Elle s'adresse :

- à un entrepreneur B pour monter les charpentes métalliques, B apporte la main d'œuvre
- à un entrepreneur C pour construire la maçonnerie..., C sous-traitant à D, ce dernier apporte essentiellement la main-d'œuvre.



	L. 200-3 (pénal)	L. 125-2 (civil)
Salarié B ou C contre A	non	oui
Salarié D contre A	oui	oui
Si secteur Agriculture	non	oui
Action du syndicat	oui	oui

Les faux artisans

« Artisans-salariés », « Salariés-artisans », « Tâcherons »... Autant d'expressions pour une même réalité. Une entreprise a besoin de main d'œuvre mais préfère ne pas embaucher :

- pour échapper aux « contraintes » de la législation du travail : convention collective, contrat, préavis de licenciement, charges sociales, règlementation des conditions de travail (durée, repos hebdomadaire, congés payés, sécurité du travail), droit syndical ...
- pour bénéficier du maximum de souplesse dans la gestion de cette force de travail : plus de problème de préavis, de chômage partiel ...
- pour échapper à l'incidence de l'emploi de salariés sur le calcul de la taxe professionnelle,
- pour s'assurer éventuellement des facilités de trésorerie en échappant au versement mensuel des salaires et charges sociales,
- pour faciliter la fraude fiscale en multipliant les sous-traitants, les facturations et les possibilités de réaliser de fausses factures.

Aussi lorsque des ouvriers se présenteront pour l'embauche, on leur répondra qu'on veut bien les prendre, à condition qu'ils s'inscrivent à la Chambre des Métiers « comme artisans.
Le même schéma peut se produire lorsque l'entreprise procèdant à un licenciement économique, propose à ses salariés une démission (ou un « licenciement négocié ») suivie d'un réemploi comme artisan. La Cour de Cassation a eu à se pencher sur ce genre de situations devenues presque la règle de fonctionnement dans un secteur comme la construction de maisons individuelles, le montage de charpentes, la peinture, le « placo-plâtre », l'étanchéité ...
Dans une série d'arrêts (12) la cour rappelle que *« dans une matière d'ordre public telle que le droit du travail (il appartient au juge) d'interpréter les contrats réunissant les parties afin de leur restituer leur véritable nature juridique, la seule volonté des parties étant impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche ».*
Le juge ne doit pas se contenter de la lecture d'un contrat de sous-traitance liant l'entreprise à son sous-traitant « artisan » mais doit examiner les conditions réelles d'exécution du dit contrat. S'il apparaît qu'il s'agit de conditions égales à celles existant entre un employeur et son salarié, le juge doit requalifier le prétendu contrat commercial de sous traitance en contrat de travail, avec toutes les conséquences qui en résultent.
Si le prétendu artisan est « requalifié » en salarié, il devrait en être de même pour les salariés qu'il aurait pu éventuellement embaucher, ceux-ci deviendront alors salariés de l'entreprise principale, véritable employeur.

(12) Cass. Ass. Plénière 04.03.1983 Barrat ; Cass. crim. 29.10.89 Guegan.

FICHE PRATIQUE

Le congé parental d'éducation ou l'activité à mi-temps pour élever un enfant

La loi a reconnu aux salariés la possibilité de prendre un congé parental ou de travailler à mi-temps pour élever un enfant (1).

Les conditions pour avoir droit à un congé parental ou à un travail à mi-temps

Qui peut bénéficier d'un congé ou d'un mi-temps ?

Tout salarié, quelle que soit la taille de l'entreprise, peut prendre un congé parental d'éducation ou réduire son travail à un mi-temps après la naissance ou l'adoption d'un enfant, sous réserve d'avoir au moins un an d'ancienneté (art . L . 122-28-1) .
Ce droit est ouvert au père comme à la mère, simultanément ou alternativement, que l'enfant soit légitime, naturel ou adoptif.
Le salarié déjà en congé parental ou en activité à mi-temps peut bénéficier d'un autre congé ou mi-temps à l'occasion d'une nouvelle naissance ou adoption.

L'employeur peut-il refuser ?

L'employeur ne peut refuser que dans les entreprises de moins de 100 salariés et seulement pour des motifs tenant aux conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise du congé ou du mi-temps. Il doit motiver son refus par écrit dans les trois semaines qui suivent la demande. Un refus non motivé n'a aucune valeur. A défaut de réponse, l'employeur est supposé avoir donné son accord (2). La décision de refus peut être contestée dans les 15 jours en saisissant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes (art. L. 122-28-4).

Les modalités du congé ou du mi-temps

Le choix entre deux formules

Le salarié peut à son choix cesser totalement de travailler ou travailler à mi-temps. Il est également libre de passer d'une formule à l'autre à l'issue de la période initiale. En cas de décès de l'enfant ou de diminution importante des ressources du ménage, le salarié a la faculté de reprendre son activité à mi-temps ou son activité initiale (art. L.122-28-2).

La durée du congé ou du mi-temps

Le congé parental ou l'activité à mi-temps peut commencer à n'importe quel moment au cours des trois premières années de l'enfant. C'est le salarié qui en choisit la durée. Sa durée initiale ne peut pas dépasser un an, mais elle peut être prolongée deux fois dans la limite du troisième anniversaire de l'enfant (art. L. 122-28-1).
Le salarié ne peut pas interrompre le congé parental ou l'activité à mi-temps sauf en cas de décès de l'enfant ou de diminution importante des ressources du ménage (art.L.122-28-2).

La demande de congé ou d'activité à mi-temps

Le salarié doit informer son employeur, par lettre recommandée, du point de départ et de la durée de la période pendant laquelle il entend bénéficier du congé parental ou de l'activité à mi-temps :
- au moins un mois avant le terme du congé de maternité ou d'adoption si le congé parental ou l'activité à mi-temps doivent en prendre immédiatement la suite ;

(1) Loi du 12 juillet 1977, modifiée à diverses reprises depuis, en dernier lieu par la loi du 29 décembre 1986 : art. L. 122-28-1 et suivants du code du travail.
(2) Cass. soc. 5 novembre 1987, Bull. V n° 628.

- au moins deux mois avant le début du congé parental ou du mi-temps dans les autres cas.
En cas de prolongation, de changement de formule ou de reprise anticipée d'activité, le délai à respecter est d'un mois (art. L. 122-28-1 et L. 122-28-2).
Si ces délais ne sont pas respectés, l'employeur est en droit de refuser (3).

La situation pendant le congé

La suspension du contrat de travail

Le congé parental entraîne la suspension du contrat de travail et non sa rupture. L'employeur conserve cependant le droit de licencier le salarié pour un motif étranger au congé parental. Par ailleurs, la loi atténue sur certains points les effets de la suspension.

• **L'ancienneté :** La durée du congé parental est prise en compte pour moitié dans la détermination des avantages liés à l'ancienneté. Le salarié conserve en outre le bénéfice de tous les avantages qu'il avait acquis avant le début du congé (art. L. 122-28-6).

• **La rémunération :** L'employeur n'est pas tenu de rémunérer le salarié pendant le congé parental sauf disposition plus favorable d'une convention ou d'un accord collectif. Toutefois la loi prévoit le versement d'une allocation parentale d'éducation (APE) par les caisses d'allocations familiales aux personnes interrompant leur activité professionnelle à l'arrivée d'un troisième enfant ou plus et justifiant de deux ans d'activité pendant les 10 ans précédant la naissance. Une APE à mi-taux est possible en cas de reprise d'activité à mi-temps la troisième année du congé (art. L. 532-1 du code de la sécurité sociale).

L'interdiction d'exercer une activité professionnelle

Le salarié en congé parental ou qui travaille à mi-temps pour élever un enfant ne peut exercer, par ailleurs, aucune activité professionnelle autre que des activités d'assistante maternelle (art. L. 122-28-5). Cependant le salarié qui occupe deux mi-temps peut en conserver un pendant qu'il prend un congé parental au titre du deuxième (4).

La couverture sociale

Les salariés bénéficiaires de l'APE ou d'un congé parental d'éducation conservent leurs droits aux prestations en nature de l'assurance maladie et maternité aussi longtemps qu'ils bénéficient de ce congé ou de cette allocation (art. L. 161-9 du code de la sécurité sociale).
Au titre de l'assurance vieillesse, les salariés bénéficient d'une majoration de la durée d'assurance égale à la durée effective du congé parental (art. 351-5 du code de la sécurité sociale).

La situation à l'issue du congé parental

La reprise d'activité

A l'issue du congé parental ou de l'activité à mi-temps, ou dans le mois qui suit la demande motivée de reprise anticipée d'activité dans les deux cas prévus (décès de l'enfant ou diminution importante des ressources), le salarié doit retrouver sa place dans l'entreprise ou un emploi similaire à rémunération équivalente (art. L. 122-28-3). A défaut, l'employeur est passible d'une amende (art. R. 152-3) et peut être condamné, en outre, à des dommages-intérêts.

La non reprise d'activité

Le salarié peut ne pas reprendre son activité dans trois hypothèses :
- s'il est licencié pour un motif étranger au congé parental ;
- s'il reprend un autre congé parental après une nouvelle naissance ou adoption ;
- s'il démissionne en respectant le préavis qu'il doit normalement à son employeur

(3) Cass. soc. 17 octobre 1985, Bull. V n° 467
(4) Réponse ministérielle, JO AN 29 avril 1985, p. 1958.

Le bilan social

Le bilan social a vu légalement le jour, en France, en 1977. Obligatoire depuis 1982 dans toutes les entreprises de plus de 300 salariés, il est aujourd'hui rentré dans les mœurs, mais reste encore souvent mal connu et sous utilisé.

Qu'est-ce que le bilan social ?

Le bilan social récapitule en un document unique les principales données chiffrées permettant d'apprécier la situation de l'entreprise dans le domaine social, d'enregistrer les réalisations effectuées et de mesurer les changements intervenus au cours de l'année écoulée et des deux années précédentes (Art. L. 438-3).

LES ORIGINES DU BILAN SOCIAL

Le bilan social a été créé en partant de l'idée que l'entreprise, de la même façon qu'elle établit chaque année des documents comptables et financiers attestant de sa bonne ou mauvaise santé, devrait élaborer un document synthétisant l'état de sa situation sociale et rendant compte des résultats obtenus par elle sur ce plan.

Pratique apparue aux Etats-Unis, elle s'est ensuite répandue en Europe. Testé dans certaines entreprises, le bilan social devait faire l'objet en France de réflexions principalement dans les milieux patronaux. On le retrouve dans les propositions du rapport de la commission Sudreau (« Pour une réflexion de l'entreprise ») en 1975. Sur la base de travaux menés par l'Agence Nationale pour l'Amélioration des Conditions de Travail (ANACT), le ministère du travail mit au point un projet de loi. Adopté par le conseil des ministres en février 1977, ce texte fut définitivement adopté par le Parlement et devint la loi du 12 juillet 1977 (1).

LES OBJECTIFS DU BILAN SOCIAL

Cette loi a pour but d'imposer dans les entreprises l'établissement d'un document permettant au chef d'entreprise et aux salariés d'avoir, régulièrement, une vue d'ensemble de la situation sociale de l'entreprise et de faire le point de la gestion sociale au cours d'une année déterminée.

Les objectifs poursuivis sont de :

- rendre systématique l'information sociale des partenaires internes et externes de l'entreprise (salariés, actionnaires) ;
- constituer un instrument de gestion et de planification sociale ;
- développer la concertation avec les représentants du personnel à partir d'un document de référence en situant la discussion sur des chiffres.

(1) Loi n° 77-769 du 12 juillet 1977 codifiée aux articles L. 438-1 à L. 438-10 et L. 483-2 du code du travail. Textes d'application : Décret n° 77-1354 du 8 décembre 1977 (art. R. 438-1) et annexe (JO du 12.12.1977) ; Arrêtés du 8 décembre 1977 (JO du 10.12. 1977, rectifié le 01.01.1978).

QUELLES INFORMATIONS FIGURENT DANS LE BILAN SOCIAL ?

Les informations réunies dans le bilan social doivent etre regroupées sous sept chapitres, chacun d'eux étant subdivisé en indicateurs et rubriques.

La liste de ces informations (72 au total) est fixée par l'article R. 438-1 du code du travail (et une annexe publiée au JO du 10.12.1977) qui les ventile en rubriques pour chacun des domaines énumérés plus haut. Ce texte établit par ailleurs sous chaque rubrique une liste d'indicateurs qui présente un caractère exhaustif (134 au total).

Les chapitres et informations figurant au bilan social sont les suivants (1) :

1. EMPLOI : effectifs, travailleurs extérieurs, embauches, départs, promotions, chômage, handicapés, absentéisme.

2. RÉMUNÉRATIONS ET CHARGES ACCESSOIRES : montant des rémunérations, charges accessoires, charge salariale globale, participation financière des salariés.

3. CONDITIONS D'HYGIÈNE ET DE SÉCURITÉ : accidents de travail et de trajet, répartition des accidents par éléments matériels, maladies professionnelles, CHSCT, dépenses en matière de sécurité.

4. AUTRES CONDITIONS DE TRAVAIL : durée et aménagement du temps de travail, organisation et contenu du travail, conditions physiques de travail, transformation de l'organisation du travail, dépenses d'amélioration des conditions de travail, médecine du travail, travailleurs inaptes.

5. FORMATION : formation professionnelle continue, congés-formation, apprentisage.

6. RELATIONS PROFESSIONNELLES : représentants du personnel et délégués syndicaux, information et communication, différends concernant l'application du droit du travail.

7. AUTRES CONDITIONS DE VIE RELEVANT DE L'ENTREPRISE : activités sociales, autres charges sociales.

(1) Le bilan social d'établissement diffère un peu de celui de l'entreprise.

LES CARACTERES DU BILAN SOCIAL

Le bilan social est un document **rétrospectif** : établi annuellement, il fournit des informations sur les années passées (l'année en cours et les deux précédentes). Il permet de constater la situation sociale au cours de l'année écoulée et de mesurer l'évolution par rapport aux années précédentes.

Il a aussi un rôle **prévisionnel** : il sert de base à la préparation des programmes portant sur l'amélioration des conditions de travail, sur la formation professionnelle et, dans le cadre du CHSCT, aux mesures relatives à l'hygiène et à la sécurité. Il doit permettre également une meilleure approche des problèmes de l'évolution de l'emploi dont le comité d'entreprise a à connaître.

Le bilan social est un document **descriptif** : il fournit un grand nombre d'indications chiffrées sur la situation économique et sociale de l'entreprise. Mais il n'a pas pour objet de les expliquer ou de les interpréter. C'est un simple instrument de travail.

Par ailleurs le bilan social ne remplace, ni n'ajoute aucune obligation d'information et de consultation dans l'entreprise. Il n'entraîne aucune modification dans la répartition des compétences entre les institutions représentatives du personnel : la négociation des accords collectifs reste en particulier du domaine des organisations syndicales (Art. L. 438-5).

Quelles entreprises doivent établir un bilan social ?

NATURE DES ENTREPRISES

Les entreprises soumises à l'obligation d'établir un bilan social sont :

- les entreprises du secteur privé : plus précisément toutes celles tenues de constituer un comité d'entreprise (2), l'absence de comité ne les dispensant pas de l'obligation d'établir un bilan social ;
- les entreprises du secteur public et nationalisé dont le statut prévoit la présence d'un comité d'entreprise ou d'un organisme assimilé (Régie Renault, EDF-GDF, Air France, RATP, Charbonnages de France ...) ;
- les établissements publics de l'Etat et des collectivités locales (sans comité d'entreprise ou organisme en tenant lieu) ainsi que les services de l'Etat fonctionnant comme une entreprise (hôpitaux, PTT, Arsenaux ...) désignés par des décrets pris en Conseil d'Etat (3).

TAILLE DES ENTREPRISES

Sont tenues d'établir un bilan social les entreprises dont l'effectif habituel est au moins de 300 salariés (art. L. 438-1 al. 1).

Dans les entreprises comportant plusieurs établissements distincts, il convient d'établir, en plus d'un bilan global pour l'entreprise, un bilan propre à chaque établissement occupant 300 salariés ou plus (art. L. 438-1 al. 2).

Lorsqu'une entreprise ou un établissement atteint le seuil d'assujettissement, le premier bilan doit être établi pour l'année qui suit celle où le seuil est atteint et le second peut ne porter que sur les deux dernières années écoulées.

Lorsque l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement devient inférieur au seuil d'assujettissement, un bilan social doit néanmoins être présenté pour l'année en cours (art. L. 438-2).

LES DROITS DU COMITÉ D'ENTREPRISE LORS DE L'EXAMEN DU BILAN SOCIAL

La loi a entendu donner au comité d'entreprise le droit d'exprimer son avis sur le projet de bilan social présenté par l'employeur et il convient que cette consultation soit l'occasion d'une véritable discussion.

- **Si le comité a été saisi sans que soit respecté le délai de 15 jours prévu par la loi, le comité peut légitimement refuser de délibérer. Dans ce cas la délibération devra être renvoyée à la prochaine réunion ordinaire du comité ou à une séance spéciale.**
- **Si le comité n'a pas été saisi dans le délai de quatre ou six mois suivant la fin de la dernière des années visées par le bilan social, le comité a la possibilité de saisir le juge des référés pour contraindre l'employeur à le faire.**
- **Le comité peut être appelé à demander à l'employeur des éclaircissements et, le cas échéant, la production d'éléments complémentaires . En cas de refus de l' employeur, une action en référé pourra être engagée.**
- **Il n'est pas prévu que le comité ait le droit de se faire assister d'un expert-comptable pour l'examen du bilan social, mais il a toujours la possibilité de recourir à un expert rémunéré par ses soins (art. L. 434-6 al. 7).**
- **L'employeur ne peut pas imposer d'obligation de discrétion pour les données figurant dans le bilan social, mais il peut l'évoquer pour certaines informations fournies à l'occasion de son examen.**
- **Le comité doit formuler un avis écrit qui sera inséré dans le procès verbal de séance ou joint en annexe au bilan.**

L'avis du comité peut comporter des suggestions et contenir des contestations par rapport au projet de bilan présenté.

L'employeur, appelé à arrêter un bilan définitif, peut avoir à tenir compte des observations du comité.

(2) L'article L. 438-1 renvoie expressément à l'article L. 431-1 qui donne la liste des entreprises soumises à l'obligation de constituer un comité d'entreprise.

(3) C'est avec réserve que cette possibilité a eté inscrite dans la loi et jusqu'ici l'Etat ne s'est pas montré très empressé d'y donner suite.

Comment est établi le bilan social ?

Chaque année le chef d'entreprise doit élaborer un bilan social et le soumettre pour avis au comité d'entreprise. Le bilan est élaboré et, réalisé sous la seule responsabilité du chef d'entreprise. Le comité d'entreprise a un rôle purement consultatif : le bilan lui est soumis pour avis, non pour approbation.
Les modalités de cette consultation diffèrent selon que l'entreprise comporte un seul ou plusieurs établissements distincts (art. L. 438-5).

ENTREPRISES A ÉTABLISSEMENT UNIQUE

Le projet de bilan doit être soumis au comité dans les quatre mois suivant la fin de la dernière des années sur lesquelles il porte. Les membres du comité doivent en recevoir communication quinze jours au moins avant la réunion au cours de laquelle le comité donnera son avis. Les délégués syndicaux en reçoivent en même temps communication, mais les textes ne prévoient pas de recueillir leur avis.

ENTREPRISES A ÉTABLISSEMENTS MULTIPLES

Au bilan social d'entreprise s'ajoute un bilan social propre à chaque établissement distinct qui a un effectif d'au moins 300 salariés. Le bilan social d'établissement est établi selon la même procédure que le bilan d'entreprise. Il est soumis au comité d'établissement, puis doit être communiqué au comité central d'entreprise, lequel devra émettre un avis sur le bilan d'entreprise dans les six mois suivant la fin de la dernière année couverte. Il n'a pas à émettre un avis sur les bilans d'établissement qui ne lui sont transmis qu'à titre d'information.

SANCTIONS PÉNALES

Le fait pour un employeur qui y est tenu de ne pas présenter un bilan social constitue un délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise (art. L. 483-2). Seule la non présentation de bilan est ainsi sanctionnée. Aucune sanction pénale n'est prévue explicitement en cas de présentation d'un bilan insuffisant ou inexact. Cependant, on peut penser que la présentation d'un tel bilan serait constitutive d'une entrave au bon fonctionnement du comité d'entreprise par application du principe général posé par l'article L. 483-1.

Que trouve-t-on dans un bilan social ?

Le bilan social rassemble un certain nombre de données – d'« indicateurs » – sur l'emploi, les rémunérations et charges accessoires, les conditions d'hygiène et de sécurité, les autres conditions de travail, la formation, les relations professionnelles, les conditions de vie des salariés et de leurs familles dans la mesure où ces conditions dépendent de l'entreprise (art. L. 438-3 al. 2) ainsi que les modalités d'accueil et d'insertion des jeunes travailleurs (loi n° 80-526 du 12.07.1980 art. 9).
Ces données peuvent être :
– **d'ordre quantitatif :** monétaire (par exemple le budget du comité d'entreprise) ou non (nombre de journées travaillées dans l'année) ;
– **d'ordre qualitatif :** expérience de transformation de l'organisation du travail.

Un décret du 8 décembre 1977 (art. R. 438-1) a fixé la liste des informations qui doivent figurer au bilan social. Une série d'arrêtés ministériels du même jour réalise sous la forme de tableaux la présentation de ces informations (JO du 10.12.1977, rectificatif au JO du 01.01.1978). Chacun comporte une annexe relative au bilan d'entreprise et une autre relative au bilan d'établissement (4). Le premier concerne le secteur industriel et agricole ainsi que tous ceux non soumis à un arrêté spécifique, le deuxième intéresse le secteur du commerce et des services, le quatrième celui des entreprises de transport avec une annexe propre aux entreprises d'armement maritimes.
Pour l'essentiel, les informations rassemblées dans le bilan social sont déjà fournies au comité. L'intérêt du document établi réside dans le fait qu'il constitue une synthèse de ces éléments et permet une comparaison sur trois ans de l'évolution des éléments qui y figurent.

Quelle est la publicité donnée au bilan social ?

Le bilan social est destiné à une certaine diffusion : sa publicité est prévue par la loi - celle-ci fixant un minimum qui peut être dépassé - à la fois en direction des acteurs sociaux et des acteurs financiers.

Les délais de communication et de réunion		
Délais	Bilan d'entreprise	Bilan d'établissement
Avant le 15 avril	Communication du projet de bilan au CE	Communication du projet de bilan au comité d'établissement
Avant le 30 avril	Tenue de la réunion au cours de laquelle le CE donnera son avis	Tenu de la réunion au cours de laquelle le comité d'établissement donnera son avis
Avant le 15 juin		Communication aux membres du CCE : • des bilans d'établissement et des avis des comités d'établissement, • du projet de bilan social d'entreprise.
Avant le 30 juin		Tenue de la réunion au cours de laquelle le CCE donnera son avis sur le bilan social de l'entreprise.

(4) A s'en tenir aux déclarations du ministre du travail de l'époque, c'est au niveau de l'établissement que se crée une communauté de travail et que les conditions de travail peuvent etre discutées avec le plus de profit. C'est le bilan d'établissement qui doit être le plus riche et le plus complet, le bilan d'entreprise pouvant se contenter de regrouper les principales indications permettant une comparaison des établissements entre eux.

L'INFORMATION DES ACTEURS SOCIAUX

• **Information interne** : le bilan social a vocation à recevoir une large diffusion au sein de l'entreprise. Sa publicité est assurée par l'obligation de le communiquer aux membres du comité d'entreprise et parmi eux aux représentants syndicaux au comité (et par leur intermédiaire aux syndicats eux-mêmes). De ce fait, bien que la remise du bilan définitif aux délégués syndicaux ne soit pas prévue par les textes, cela n'a pas grande importance pratique.
Par ailleurs les salariés de l'entreprise peuvent demander qu'un exemplaire du bilan sccial leur soit remis (art. L. 438-5 al. 5). Les délégués syndicaux peuvent donc également en faire la demande. Rien ne s'oppose à ce que l'employeur procède à un envoi spontané du bilan à l'ensemble de ses salariés.

• **Information externe** : dans les 15 jours qui suivent la réunion du comité d'entreprise le texte définitif du bilan social et le procès verbal de la séance du comité doivent être adressés à l'inspecteur du travail territorialement compétent (art. L. 438-6).

INFORMATION DES ACTEURS FINANCIERS

Dans les sociétés par actions, le dernier bilan social établi, accompagné de l'avis du comité, doit être adresse aux actionnaires ou mis à leur disposition dans les mêmes conditions que les documents financiers et comptables (art. L. 438-7).

Le sens de cette information des actionnaires est clair :
« Les données économiques et financières ne sont plus considérées comme les seuls éléments déterminants de la gestion et de la marche des affaires de la société. La dimension sociale est une des composantes de l'entreprise dont il doit être tenu compte et sans laquelle les aspects économiques ne peuvent avoir d'assises valables » (5).
Encore faut-il que les informations fournies aux actionnaires par l'intermédiaire du bilan social leur donne un reflet exact du développement des relations du travail dans l'entreprise. A cet égard un r61e peut etre joué par les commissaires aux comptes pour attester de la conformité entre les données inscrites dans le bilan et la réalité (6).

Yvan KAGAN

(5) B. Kapp et B. Petitguyot, Le bilan social, Editions Sirey 1978, p. 40 n° 57.
(6) Voir à ce sujet la recommandation du conseil national des commissaires aux comptes de juin 1979.

Un numéro spécial d'Action Juridique : le licenciement économique.

Action Juridique de mai 1990 est entièrement consacré au licenciement économique. Vous savez qu'il s'agit d'une matière complexe qui a connu une réforme récente : la loi du 2 août 1989.

Action Juridique présente les principes de base et les notions qu'il faut connaître tels que la notion de licenciement économique, les procédures, le contrôle du juge.

Les 10 schémas commentés expliquent clairement l'articulation des différents délais.

Les fiches pratiques sont consacrées aux mesures sociales.

Ce numéro spécial est un outil indispensable pour l'action et une bonne maîtrise du dispositif légal.

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

BON DE COMMANDE

Je commande le N° Spécial licenciement économique d'Action Juridique

Nombre d'ex. ☐

1 à 4 ex : 46 F
à partir de 5 ex : 37 F **soit :** ☐

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

NOM - Prénom

Adresse

Adresse (suite)

Code postal Ville

A remplir, photocopier ou découper et envoyer dès maintenant à : CFDT-PRESSE 4, bld. de la Villette 75955 Parix Cedex 19.

PRUD'HOMME INFO

LA LETTRE DU CONSEILLER

Edito

Année de la justice ?

Fait sans précédent, les magistrats se sont mis quasi unanimement et nationalement en grève. Une nouvelle action se préparait pour octobre.
Au niveau des conseils de prud'hommes des difficultés remontent en écho. Le problème le plus souvent mis en avant met l'accent sur le manque de moyens tant matériels qu'humains. Ici un conseil de prud'hommes se met en grève pour attirer l'attention sur cette situation. Ailleurs, des présidents de conseils pleurent, mais en vain, pour obtenir que soient pourvus leurs postes de personnel de greffe.
Ailleurs encore, les rapports se tendent à l'approche des vacances d'été, nombre de conseils se trouvant dans l'incapacité de fonctionner correctement par absence de personnel de greffe.

Dans le cadre des travaux sur le refonte de la carte prud'homale les membres du groupe ont unanimement demandé à l'administration de connaître l'état budgeté et réalisé des postes de ces personnels. Celle-ci a fermement refusé au prétexte que nous n'avions pas à intervenir dans la gestion des greffes.

Les postes ne seraient pas remplis, faute de candidats. La Chancellerie présente son projet de fusion des corps des greffes des conseils de prud'hommes et des cours et tribunaux comme un des remèdes à cette pénurie. Or depuis des mois elle tergiverse, donne des réponses contradictoires sur l'état d'avancée de ce projet. Où en est-on ? ... Mystère ...

Afin de pouvoir peser, au travers du Conseil Supérieur de la Prud'homie, chargé notamment de formuler des avis et suggestions sur l'organisation et le fonctionnement des conseils de prud'hommes, nous avons besoin d'un dossier étayé et argumenté.
Alors, si vous rencontrez des difficultés, faites les remonter dans vos unions régionales. Ainsi, malgré le veto de la Chancellerie, nous pourrons dresser un état précis de la situation !

Catherine BATTUT

Actuel

La conciliation prud'homale

Lors de sa séance du 27 septembre 1990, le CSP a assisté à la présentation de l'étude sur la conciliation prud'homale par les chercheurs d'EMERGENCES.

Cette étude, à forte tonalité sociologique et militante, dresse un tableau dramatique de la situation.

Elle dénonce les résistances et les points de blocage, en faisant essentiellement porter la responsabilité aux employeurs, tant conseillers prud'hommes que défendeurs.
Rien que de très classique donc.

Au passage, on peut noter quelques remarques intéressantes.

- il semblerait que la présence d'avocats à la conciliation ne soit pas systématiquement source de blocage. Cette idée serait à nuancer selon que l'on se trouve face à des avocats spécialisés en droit du travail, plus enclins à avoir une attitude positive et constructive, ou face aux avocats non spécialisés en droit du travail.

- la conciliation partielle existe : elle est un fait incontournable, preuve du désir de conciliation (?)

- confirmation d'une tendance à la conciliation plus marquée du coté des défendeurs dirigeants de petites entreprises.

- émergence forte de la pratique de la transaction : le déclin de la conciliation a pour corollaire le renforcement de la transaction. Celle-ci est vécue comme une nouvelle forme de conciliation, mais qui échappe au CPH.

Il est à regretter que cette étude n'ait pas plus recherché à comprendre quels sont les éléments qui permettent à la conciliation d'aboutir.

Les 3 % -chiffre officiel national du taux d'affaires aboutissant au stade de la conciliation- recouvrent des réalités très diverses.

Dans certains conseils, la conciliation "fonctionne" bien.
Pourquoi ? Comment ? Dans quelles affaires ? Cette étude n'en dit mot.

Il est enfin dommage que cette étude n'ait pas pu se pencher sur le problème de l'exécution.

La décision du mois

Convention de conversion

Un employeur procède à un licenciement économique. Lors de l'entretien préalable, il oublie de proposer au salarié le bénéfice d'une convention de conversion, alors que la loi l'y oblige (art. L. 321-6 du code du travail).

Simple irrégularié de forme, dont la sanction n'est pas prévue par les textes, prétend l'employeur.

Faux, répond la Cour de cassation. Offrir à un salarié d'adhérer à une telle convention, c'est lui donner une chance supplémentaire de reclassement. Cette perte de chance crée un préjudice particulier au salarié.
A l'employeur, fautif de ne pas avoir respecté son obligation, de réparer ce préjudice. Et c'est au juge qu'il appartient d'en apprécier le montant.

Cass. soc. 3 juillet 1990 SA Appel c/ Zwickert

NB : Depuis la loi du 2 aout 1989, l'employeur se verra doublement sanctionné par le juge. Celui-ci lui ordonnera également de verser aux ASSEDIC une contribution égale à un mois de salaire brut moyen des 12 derniers mois travaillés
(art. L. 321-13-1 du code du travail).

En bref

• Décès du président du CHP en cours d'année

A l'heure actuelle, losqu'une telle situation se présente, on se retrouve devant un vide juridique. Cette hypothèse, heureusement peu fréquente n'a été envisagée par aucun texte. C'est pourtant ce qui vient d'arriver au conseil de prud'hommes de Belfort. La Chancellerie, interrogée, n'a pu que constater ce vide.
Elle a suggéré au CPH de provoquer une assemblée générale afin de procéder à nouveau à l'élection du président. C'est ce qui fut fait et la CFDT a retrouvé son poste de président. Lors de sa dernière réunion, le CSP a demandé à la Chancellerie d'étudier les possibilités de remplir ce vide.

• Ordonnance du bureau de conciliation

L'ordonnance prise en BC est un acte juridictionnel. Elle se doit d'être motivée. Cette décision provisoire doit comporter, dans son dispositif, des motivations explicitant la ou les raisons qui ont fait que le CPH a pris cette ordonnance. La chambre sociale de la Cour de cassation vient de le rappeler très fermement "Considérant... que... les premiers juges... se sont bornés a ordonner... de verser une provision sur "un complément de préavis" au seul motif que l'existence de l'obligation n'apparaissait pas sérieusement contestable ; que le recours à cette formule banale préimprimée, sans aucune référence aux faits de la cause, et l'absence de toute indication relative aux éléments sur lesquels le bureau de conciliation aurait pu se fonder pour faire apparaitre le caractère justifié de la créance invoquée par le salarié ne permettent pas de dire qu'il ait procédé à la vérification et porté l'appréciation qui sont nécessaires pour lui permettre de disposer des pouvoirs exceptionnels prévus à l'article R. 516-18 du Code du Travail".

• Refonte de la carte prud'homale.

(Voir Prud'homme Info in AJ n. 84. Septembre 1990)
Une réunion supplémentaire du groupe de travail a été décidée. Elle se déroulera le mardi 30 octobre 90.
La réunion du CSP entièrement consacrée à l'examen des propositions du groupe de travail est du coup repoussée. Elle aura lieu le 27 novembre 90.

Textes officiels

<> Décret n° 90-697 du ler août 1990 relatif à l'assurance de protection juridique (JO du 08/08/90 p. 9613).

<> Décret n° 90-673 du 31 juillet 1990 relatif au contrat d'adaptation à un emploi ou à un type d'emploi destiné aux demandeurs d'emploi âges de 16 à 25 ans (JO du 01/08/90 p. 9309)-

<> Circulaire DE/DFP n° 90/2 du 29 mai 1990 relative au dispositif du crédit formation individualisé en direction des jeunes agés de 16 à 25 ans (Bulletin Officiel du Ministère du travail - n° TR 90/14 du 30/08/90).

<> Lettre circulaire DRT n° 15/90 du 27 juillet 1990 relative à l'entrée en vigueur des nouvelles indemnités de fin de contrat à durée déterminée et de fin de mission temporaire (Liaisons Sociales A-l - n° 6422 du 11/09/90).

<> Circulaire du 25 juillet 1990 relative à la coordination de la lutte contre le travail clandestin, l'emploi non déclaré et les trafics de main d'oeuvre (JO du 26/07/90 p. 8952).

<> Directive n° 90/394/CEE relative à la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail (JOCE n° L. 196 du 26/07/90).

<> Directive n° 90/269/CEE du 29 mai 1990 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives à la manutention manuelle de charges comportant des risques, notamment dorso-lombaires, pour les travailleurs (Liaisons Sociales - E - n° 6410 du 01/08/90).

<> Directive n° 90/270/CEE du 29 mai 1990 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation (Liaisons Sociales - E - n° 6410 du 01/08/90).

Pour en savoir plus

• Procédure :

<> "L'appel-nullité" (dans le droit commun de la procédure civile). Olivier Barret - Revue Trimestrielle de droit civil n° 2, Avril/Juin 1990, p. 199.

<> "Du nécessaire rappel de principes élémentaires en matière de rédaction de jugements civils" M. Estoup - GP n. 125, p. 10.

<> "Une réforme souhaitable : l'assouplissement de certaines des règles relatives à la motivation des jugements" M. Estoup GP n° 220/221, p. 2.

• Organisation judiciaire :

<> dossier : "juridictions administratives et judiciaires, 200 ans après la loi de 1790". AJDA n° 9, Septembre 1990, p. 579.

• Cour de cassation :

L'article 1009-1 nouveau du NCPC est une première étape vers l'amélioration de l'exécution des décisions (cf Prud'Homme Info in AJ n° 84, Septembre 90)

Voici son texte intégral :
"Article 1009-1 : Hors les matières où le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président peut, à la demande du défendeur, et après avoir recueilli l'avis du procureur général et des parties, décider le retrait du rôle d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, à moins qu'il ne lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives.
Il autorise la réinscription de l'affaire au rôle de la cour sur justification de l'exécution de la décision attaquée".

A propos de l'indemnisation des conseillers prud'hommes

En 1982, la généralisation des conseils de prud'hommes entre en application. Strasbourg, après une longue expérience de conseils de prud'hommes échevinés, découvre, grâce essentiellement à une bataille acharnée de la CFDT, un nouveau type de conseils, composés exclusivement de membres élus.

En 1989, arrive à la présidence générale du conseil, un conseiller du collège employeur fer de lance du patronat local.

A partir de là les problèmes apparaissent. Son désir de prendre en main la direction du conseil, qui rencontre un écho favorable auprès du greffier en chef, empêche peu à peu un fonctionnement serein de la juridiction.

En mai 1990, les conseillers obtiennent communication de la copie d'un rapport, dressé le 15 juin 1989 (sic !) par le greffier en chef, réviseur des greffes, près la cour d'appel de Colmar.

Stupeur ! Les conseillers constatent qu'une enquête a été effectuée sur le fonctionnement du conseil et notamment sur les temps passés par eux pour remplir leur mandat. Le tableau ainsi dressé est dramatique et aboutit aux conclusions suivantes:
- soit les conseillers salariés sont incompétents : ainsi certains d'entre eux passent cinquante heures par mois, voire plus, à l'étude de leurs dossiers. Alors que les conseillers employeurs n'ont besoin que d'une dizaine d'heures par mois ;
- soit ils sont malhonnêtes et tentent d'imputer abusivement des heures au titre de leurs fonctions prud'homales.

Le même constat et la même analyse sont tirés du temps consacré par les uns et les autres pour la rédaction des jugements. La fourchette est même plus impressionnante puisqu'elle va de 3 heures par mois pour un conseiller employeur à 51 heures par mois pour un conseiller salarié.
Fort de ces éléments -dont la fiabilité scientifique de l'échantillon ainsi mis en avant laisse rêveur- le rapporteur propose toute une série de mesures pour faire disparaître ces "dysfonctionnements".
Son projet de règlement intérieur, concernant l'indemnisation des conseillers, a pour objectif d'instaurer autoritairement des temps impartis pour l'exercice des différentes tâches.
Il est sous-tendu par des notions de productivité quantitative et de normalité en matière de traitement d'un dossier.
Il veut installer un lien de subordination directe entre le président et le greffier en chef vis-à-vis des autres conseillers.
A titre d'illustration voici quelques morceaux choisis dudit rapport:

"Article 6 : consultation - étude des dossiers

a) consultation :

La consultation a lieu en général UNE HEURE avant l'audience, pour chaque membre du bureau de jugement concerné.
Ce temps pourra être dépassé en cas de complexité de l'affaire ou d'audience spécialement chargée, avec autorisation du Président de la juridiction.

b) étude de dossiers

. avant l'audience de jugement
Aucune étude de dossiers ne devrait intervenir.
. étude de dossiers consécutive à une mise en délibéré d'une ou plusieurs affaires.
Cette étude, lorsqu'elle apparaîtra nécessaire et dûment autorisée par le Président de la formation du bureau de jugement, ne doit pas être source génératrice d'abus (mise en compte d'heures excessives) ...

Article 7 : délibérés - rédaction des jugements...

Les heures facturées au titre de la rédaction des jugements doivent être conformes au temps strictement indispensable.
A titre indicatif, peuvent etre retenus comme critères :
. la rédaction simple d'un jugement : .....heure
. la rédaction d'un jugement ne présentant pas de difficultés exceptionnelles : .....heures
. la rédaction d'un jugement présentant des difficultés et nécessitant des recherches de jurisprudence : .....heures"

Une telle démarche ne peut qu'inquiéter. Elle tente de jeter le discrédit sur les conseillers prud'hommes du collège salarié et en prendre prétexte pour réglementer les fonctions des conseillers.

Sans la réaction unanime des conseillers salariés, le vice-président (président en 1989) profitant de l'indisponibilité actuelle du président (pour raison de santé) allait tenter la tenue d'une assemblée générale extraordinaire et la modification du règlement intérieur en ce sens.

La CFDT, a interpellé la Chancellerie. Une rencontre a eu lieu en aout au ministère.
Celui-ci a tenu à préciser notamment :

. il n'y a aucun projet de retour à l'échevinage dans ses cartons,
. en aucune manière il ne saurait être question de règlementer les fonctions des conseillers prud'hommes. En cas de difficulté, les solutions sont déjà prévues par les textes.
. il tient enfin à préciser que les chiffres du conseil de Strasbourg (statistiques sur les dépenses en salaires maintenus et vacations ainsi que sur le nombre d'affaires traitées) étaient "d'une banalité affligeante" en comparaison avec les autres conseils et qu'il n'y avait donc pas lieu de s'alarmer.

Les esprits devraient se calmer à Strasbourg et le conseil devrait pouvoir à nouveau fonctionner avec toute la sérennité requise.

Cette affaire illustre à quel point certains rejètent l'institution prud'homale dans sa forme actuelle et qu'il suffit de la conjonction de quelques éléments pour que l'institution soit mise en péril.

Il nous faut donc redoubler de vigilance.

Conseil Supérieur de la prud'homie

Compte rendu de la réunion de la Commission Permanente du 27 septembre 1990.

1. Mode d'élection de la formation de référé
- fixation du mode d'élection
Les membres du CSP considèrent majoritairement que celle-ci relève du domaine législatif.
L'administration (Justice, Travail) pense que cela relève du domaine réglementaire. Le Conseil d'Etat actuellement saisi tranchera.
- mode d'élection
Majoritairement les membres du CSP penchent pour retenir le principe du scrutin proportionnel.
L'administration préfèrerait le maintien du système actuel prévu par l'article R. 515-4 du Code du Travail.

2. Projet de décret relatif au taux de compétence en dernier ressort des CPH pour 1991
—> proposition du Ministère de la Justice = 17 400 F (soit + 4,82 %)

3. Etudes pour 1990
- le départage : confié au centre de Recherche en droit social de Paris I.
- la procédure prud'homale : oralité et contradiction : confié à l'Institut d'Etudes Européennes et Internationales du Travail - Université Montpellier.

4. Déclaration du président du CSP à propos de diverses
Il s'agissait en fait d'une réponse publique à la lettre que la CFDT lui avait envoyée en juillet dernier.
. Le premier point concernait le problème rencontré par le CPH de Strasbourg (Voir page III).
. Le second point concernait la décision de la Cour de cassation du 4 octobre 1989. Sté Erita c/ Simon (cf. Prud'homme Info. in AJ. n° 84. Sept 90). En cas de retour de la lettre recommandée de convocation à audience, avec la mention refusée, doit-on exiger du demandeur qu'il procède par voie de signification ?
Les membres du CSP, vivement interessés, ont demandé l'inscription de ce problème à un prochain ordre du jour.
. Le troisième point concernait la nécessité de se pencher effectivement sur le problème du statut du défenseur syndical. Ce point fera l'objet d'un prochain débat au CSP.
<> Prochaine réunion du CSP : 27 novembre 90 toute la journée.
Ordre du jour : la refonte de la carte prud'homale.

Licenciement

Etude :

"Le nouveau droit du licenciement économique"

- Fabrice Signoretto - Isabelle Gervais - Collection Légi- Social - La Villeguerin Editions

Jurisprudence

. Formalités légales - Inobservation - Indemnités - Pouvoirs des juges

En vertu de l'article L. 122-14-5 du code du travail, les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise peuvent prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, préjudice résultant aussi bien de l'irrégularité du licenciement pour vice de forme que de fond.

Dès lors, viole le texte sus-visé le conseil de prud'hommes qui, allouant une indemnité pour licenciement injustifié, refuse de réparer le préjudice résultant de l'inobservation de la procédure de licenciement.

Cass. soc. 30 mai 1990 - M. Roussel c/ Sté SARP (RJS 7/90 n° 566)

. Formalités préalables - Inaptitude physique du salarié - Accident du travail - Impossibilité pour l'employeur de procéder au reclassement - Notification des motifs - Obligation

L'employeur, qui ne peut proposer un autre emploi à un salarié à l'issue de la période de suspension consécutive à un accident du travail, est tenu de faire connaitre par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement. Le non respect de cette formalité ouvre droit à des dommages intérêts en réparation du préjudice subi.

Cass. soc. 9 mai 1990 - Gordien c/ SARL Climatec (RJS 6/90 n° 471)

. Cause réelle et sérieuse - Inaptitude physique du salarié à tenir certains postes - Recherche par l'employeur des possibilités de reclassement. Nécessité

La rupture du contrat de travail pour inaptitude physique résultant d'une maladie non professionnelle, notifiée dès réception de l'avis médical, sans même que soient étudiées les modalités d'aménagement préconisées par le médecin du travail, en violation des dispositions de l'article L. 241-10-1 du code du travail, est sans cause réelle et sérieuse.

Cass. soc. 21 mars 1990 (Bull. V 1990 n° 137 p. 82)

. Cause réelle et sérieuse - Preuve - Charge .

Viole l'article L. 122-14-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 30 décembre 1986, le conseil de prud'hommes qui impute à la salariée la charge de prouver que le motif de son licenciement n'est pas réel.

Cass. soc. 22 mars 1990 - Mme Alves c/ Consorts Chapon (Bull. V 1990 n° 142 p. 84)

. Pouvoir disciplinaire - Contrôle judiciaire

A fait une fausse application de l'article L. 122-43 du code du travail, la cour d'appel qui, pour rejeter une demande d'annulation d'un avertissement, a énoncé que la possibilité offerte à la juridiction prud'homale d'annuler une sanction irrégulière ou injustifiée ne peut plus être exercée dans le cadre d'une procédure de licenciement, alors que l'impossibilité pour le juge prud'homal d'annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ne concerne que le licenciement prononcé pour motif disciplinaire et non une sanction disciplinaire autre que le licenciement, quand bien même un licenciement aurait été ultérieurement prononcé.

Cass. soc. 7 février 1990 - Rutkowski c/ Sté Trimarg (Bull. V 1990 n° 44 p. 29)

Chef d'établissement - Salarié - Harcèlement sexuel personnel féminin - Faute grave

Constitue une faute grave justifiant la rupture immédiate du contrat de travail, sans indemnité, le harcèlement sexuel du personnel féminin, par le gérant salarié, dans le cadre même de l'entreprise.

Cass. soc. 3 mai 1990. Foucher c/ SA cafétéria des Champs Elysées (RJS 6-90 n° 453)

Responsable de Prud'homme info : Catherine BATTUT

Agents contractuels : de droit public ou de droit privé ?

Cet article s'efforce de faire le point sur cette question et de rappeler les critères utilisés par la Jurisprudence pour y répondre.

Qu'un agent contractuel se voit reconnaître ou refuser la qualité d'agent public conditionne, notamment, la détermination :
- du droit applicable,
- de la juridiction compétente pour connaître des litiges pouvant naître entre l« 'agent » et son (ex) employeur.

Or, l'Administration emploie aussi bien des agents publics (titulaires ou non-titulaires) que des « agents de droit privé » soumis aux règles du droit commun du travail.
Nous reprenons ci-dessous les éléments retenus par la Jurisprudence pour différencier les deux catégories d'agents.

La qualité de l'employeur

AGENT PUBLIC = EMPLOYEUR PUBLIC

La qualité d'agent public ne peut être reconnu qu'à l'agent contractuel dont l'employeur est une personne publique.
On ne peut pas être agent public si l'on appartient au personnel d'une personne morale de droit privé... quand bien même celle-ci assurerait une mission de service public (1).
Il en va de même lorsque le salarié, employé par une association, est mis à disposition d'une administration (2).
Il faut toutefois réserver le cas des enseignants d'écoles privées sous contrat d'association qui se voient reconnaître la qualité d'agent public (3).
Hormis ce cas, le principe de l'employeur public demeure le préalable nécessaire à la reconnaissance de la qualité d'agent public. Cependant, une distinction est opérée suivant le caractère du service public dans lequel les agents travaillent.

LES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX (SPIC)

Les agents des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) ou, plus généralement, les agents travaillant dans des SPIC, sont liés à l'administration par un contrat de droit privé.
Mais ce principe comporte des exceptions :
. L'agent qui assure le plus haut emploi de direction et le chef de la comptabilité lorsqu'il possède la qualité de comptable public, sont agents publics (4).
. La loi peut prévoir l'application d'un statut de droit public à des agents d'EPIC (5).

LES SERVICES PUBLICS ADMINISTRATIFS

« L'éxécution du service public administratif est confié à des agents publics » (6).
Ce principe souffre des exceptions, tout d'abord législatives. Pour exemple, certains catégories de personnel des caisses nationales de sécurité sociale, établissements publics à caractère administratif, sont soumises au droit privé (7).
Le second groupe d'exceptions concerne les agents de SPIC dépendant d'établissements publics administratifs... Ils relèvent du droit privé, sauf dispositions législatives contraires (8).
Mais, il ne suffit pas qu'un agent contractuel soit employé dans un service public administratif pour que la qualité d'agent public lui soit reconnue. De surcroit, il est nécessaire soit qu'il participe à l'exécution même du service public, soit que son contrat contienne des clauses exhorbitantes du droit commun.

Les clauses exhorbitantes du droit commun

Il s'agit là du critère traditionnel permettant de caractériser le contrat administratif. En présence de telles clauses , quels que soient la nature des fonctions, le niveau de l'emploi occupé, et à condition bien sur que l'agent soit employé dans un service public administratif, la qualité d'agent public doit être reconnue.
Mais qu'entend-on par clauses exhorbitantes ? Elles peuvent tenir aux conditions de recrutement et de licenciement, aux modes de rémunération, à l'assujetissement à un régime disciplinaire (9). En dehors, de ces indices, il n'existe pas à proprement parlé de définition. De plus, il faut bien admettre qu'à l'heure actuelle, ce critère n'est pas réellement opérant et ne semble avoir aux yeux de la Jurisprudence qu'un rôle secondaire (10), complémentaire au critère de participation à l'éxécution même du service public, qui apparaît lui prépondérant (11).

1) Tribunal des conflits, 4.05.87, du Puy de Chinchamps, JCP 88 n. 20954-20955.
2) CE 16.11.88, Nury, AJDA 89 p. 193. En sens contraire, Tribunal des conflits, 6.11.78, Lebon p. 658.
3) CE 26.06.87, Le Lièvre, Lebon p. 776. A signaler la situation particulière des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association qui sont agents publics (en raison du contrat avec l'administration) mais demeurent sous la subordination de l'établissement privé qui est leur employeur. Les litiges qui les opposent à ces derniers sont de la compétence des conseils de Prud'hommes.
4) Notamment : CE 8.03.87, Jalinques de labeau, Lebon p. 158.
5) Cas notamment de l'Office national des forêts.
6) CE 18.01.80, Syndicat des PTT CFDT du Ht Rhin, Lebon p. 31
7) Tribunal des conflits, 8.11.82, Mmes Blanchenoix et autres, Lebon p. 462.
8) CE 15.12.67, Level, Lebon p. 501.
9) Réquisition de l'Avocat général Connen, T.A de Paris, 7.11.89, Mme Mandard, JCP 89 n. 20263
10) Voir notamment : « Les non-titulaires en quête de juge », G. Renaud, Droit Social 87 p. 131 ; Y. Saint-Jours, note sous l'arrêt Herbelin, Conseil d'Etat, 26.09.86, JCP 88 n. 20922.
11) Arrêts Herbelin et Mandard précités.

La participation à l'exécution du service public

Travailler dans un service public administratif n'implique pas automatiquement la qualité d'agent public (12). Encore faut-il participer « *directement à l'exécution du service public* » ou pour prendre une autre expression usitée, participer « *à l'exécution même du service public* », peu importe d'ailleurs que le contrat soit permanent ou temporaire (C.E 24.07.81, Sageaud, Lebon p. 775)

Ce critère posé par les arrêts Vingtain et Affortit (C.E 4 juin 1954, Lebon p. 342 et 344), a été consolidé et constamment repris, aussi bien par les juridictions administratives que judiciaires.

Mais il, ne suffit pas à déterminer qui participe à l'éxécution même du service public. L'examen des fonctions des agents s'avère nécessaire.

LA NATURE DES FONCTIONS

Les agents doivent d'une part exercer des fonctions correspondant à l'activité du service, à sa spécialité. D'autre part, l'activité particulière de l'agent doit s'insérer dans l'activité générale du service (13).

Par exemple ont été reconnus agents publics :

- Un vendeur du musée Chagall de Nice (TA de Nice, 23.02.1987, Devie, Lebon p. 466)
- Une journaliste chargée des relations extérieures pour un conseil général (Arrêt Mandard - précité)
- Un responsable des équipements audiovisuels et de la régie des spectacles du festival de Cannes (Tribunal des Conflits, 19.12.1988, Ponce, AJDA 89).
- Les assistantes maternelles recrutées par un département (C.E 23.12.1987, Lebon p. 777).
- Une personne embauchée par un lycée agricole pour assurer la surveillance du dortoir des internes (Tribunal des conflits, 12.06.1978, Dame Houen, Lebon p. 736)
- Un ouvrier embauché par un lycée agricole chargé d'assurer l'entretien du matériel d'enseignement et d'initier les élèves à son utilisation (Tribunal des conflits, 12.06.1978, Houen Lebon p. 735).

La tendance de la jurisprudence est d'appliquer et d'entendre largement la participation directe au service public.

Cependant, une partie des agents employés dans les services publics administratifs relèvent du droit privé.

LES AGENTS DE DROIT PRIVÉ

Ce sont essentiellement les personnes employées à des travaux de nettoyage des locaux, d'entretien ou de lavage de la vaisselle. Il existe à ce propos une abondante jurisprudence qu'Action Juridique avait rapporté dans son n° 60 p. 17.

Ces tâches ne participent pas directement à l'exécution du service public, parce que trop secondaires par rapport à l'activité dudit service. Toutefois, un agent « de service » peut parfois être un agent public. C'est le cas, lorsqu'en plus de ses tâches de nettoyage, il exerce des fonctions de surveillance des enfants fréquentant la cantine scolaire, ou d'assistance du personnel enseignant pour les soins à donner aux enfants (Melle Raboteur et Mme Pistol, 27.02.87, Lebon p. 643 et 644). Chaque cas, nécessite l'examen des tâches réelles assumées par l'agent.

La situation des personnes chargées de servir ou de préparer les repas dans les cantines ou restaurants est encore plus complexe. Elles sont agents publics si la gestion de la restauration constitue en soi l'exécution d'un service public. Telle est la situation dans les cantines scolaires : sont agents publics les serveurs, cuisiniers et aide-cuisiniers (Mme Champarre, Melle Selbonne, Mme Begora 27.02.87. Lebon p. 642 et 643). Il en va de même pour un boucher employé par un Crous (Tribunal des conflits, 23.09.87, Soulas, Lebon p. 776) mais curieusement pas pour les serveurs (Tribunal des conflits, 19.04.82, Mme Robert, JCP 83, n° 19959).

Cette situation est loin d'etre satisfaisante car source d'une part d'incertitudes pour les intéressés et d'autre part de morcellement dans les statuts.

Il serait souhaitable d'adopter une solution préconisée par différents auteurs (notamment Y. Saint- Jours, et R. Chapus) : ne prendre en considération que le critère organique. Dès lors, toutes les personnes travaillant dans un service public administratif seraient agents publics.

Olivera DJUKIC

(12) Voir R. Chapus « Droit administratif général »Tome 2, p. 17 et suiv, Domat.

13) Ne participe pas à l'exécution même du service public le gardien chargé de l'entretien et de la surveillance d'une propriété appartenant au domaine privé d'une personne publique. CE 26.09.86, Herbelin précité.

DROIT SYNDICAL - Accord sur l'exercice du droit syndical dans le cadre du GIE Axa Assurances.

Accord sur l'exercice du droit syndical
2 juillet 1990
GIE Axa Assurances

I. PRÉAMBULE

Article 1.1. Les signataires conviennent que la qualité du dialogue social et l'amélioration des conditions de travail sont des éléments fondamentaux de la bonne marche de l'entreprise, indissociables de sa réussite économique. Ce dialogue doit être privilégié dans les instances représentatives du personnel et avec les organisations syndicales.

Article 1.2 Afin d'améliorer le fonctionnement de ces institutions et la qualité des relations direction-syndicats, les signataires décident de mener une expérience de nouvelles relations sociales dans l'entreprise et d'en tirer ensemble les conséquences pour d'éventuelles modifications ou extensions.

Article 1.3. Les signataires précisent que le champ expérimental sera le GIE Axa Assurances, et que la durée de cet accord sera de trois années à compter de sa signature.

En outre, les signataires conviennent d'établir chaque année, en commun, un bilan de l'application du présent accord.

Article 1.4. Les sujets traités dans cet accord, outre le préambule et les dispositions finales, s'articulent autour de quatre chapitres :

- fonctionnement des institutions,
- négociations d'entreprise
- représentants du personnel et sections syndicales,
- participation au financement des organisations syndicales.

Article 1.5. A défaut de nouvel accord à l'arrivée du terme, et sans dénonciation trois mois avant l'échéance, le présent accord continuera de produire ses effets comme un accord à durée indéterminée.

Cet accord résultant d'une concertation paritaire forme un tout indissociable ; il ne peut être mis en cause par l'un des signataires, que sous forme d'une nouvelle proposition tenant compte de l« 'équilibre global » de l'accord.

II. LE FONCTIONNEMENT DES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL

Article 2.1. Les signataires conviennent de ne pas modifier le système réglementaire en vigueur de désignation des représentants du personnel dans les différentes institutions et de maintenir l'application des dispositifs actuels pour le fonctionnement des délégués du personnel et des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

Article 2.2. Afin d'assurer une plus grande stabilité de fonctionnement et une meilleure efficacité des institutions, ils décident de porter la durée du mandat des élus à deux ans pour les délégués du personnel, dès que la réglementation le permettra.

La représentation de l'encadrement au CCE doit être assurée par, au moins, deux postes de titulaires et deux postes de suppléants. De plus, chaque comité d'établissement procédera à la désignation de ses délégués au CCE, au moyen d'un scrutin par collèges électoraux.

En outre, devra être mise en place une représentation des salariés et, en particulier, des cadres, au sein des conseils d'administration des sociétés adhérant au GIE Axa Assurances.

Article 2.3. Les signataires, après avoir constaté que les dispositifs réglementaires sont satisfaisants pour les fonctionnements des DP et CHSCT, souhaitent par contre améliorer celui des CE et CCE, afin de traiter à fond les sujets majeurs : organisation, gestion et marche de l'entreprise, ainsi que leurs conséquences en matière sociale et l'expression des salariés.

Article 2.4. Les signataires réaffirment qu'un véritable échange est nécessaire entre les différents partenaires et particulièrement entre les représentants et la direction. Pour ce faire, ils donnent la préférence à la recherche de l'accord, convenant qu'il vaut toujours mieux entrainer un accord par conviction et explication en laissant des délais suffisants d'étude et de réflexion.

Article 2.5. Pour favoriser le nécessaire travail d'échange, d'explication et de réflexion, et afin d'éviter les difficultés dans les réunions plénières, les signataires décident, dans l'immédiat, d'utiliser davantage les commissions économique et formation existantes et, si besoin est, de créer les commissions « ad hoc » nécessaires.

Article 2.6. Afin d'améliorer la capacité de travail en commun sur les dossiers fondamentaux par la connaissance et l'observation des faits, la réflexion, la discussion et la décision, les parties conviennent d'équilibrer le nombre des participants aux commissions entre les représentants du personnel et ceux de la direction, tout en garantissant la présence des syndicats représentatifs.

En aucun cas, ces commissions ne pourront se substituer aux commissions obligatoires légales ou entraver le fonctionnement de celles-ci.

Article 2.7. A partir du bilan de ce fonctionnement, les signataires souhaitent pouvoir étendre, après négociations, l'expérimentation du travail en commission aux réunions de CE et CCE, dans la mesure où ils auront constaté l'efficacité de celui-ci et sa compatibilité avec le respect de l'esprit et de la lettre des règles de fonctionnement des institutions représentatives du personnel.

III. LES NÉGOCIATIONS D'ENTREPRISE

Article 3.1. Les signataires rappellent leur attachement à des solutions négociées pour tout ce qui concerne la vie quotidienne des salariés, notamment la fixation du montant des salaires effectifs, la détermination de la durée effective du travail et l'organisation du temps de travail.

Article 3.2. Les signataires décident de mettre en œuvre des négociations plus efficaces en prolongeant l'obligation de négocier par la nécessité d'aboutir.

Article 3.3. L'ouverture de la période de négociation, à l'initiative de la direction, donne lieu à l'établissement d'un protocole et d'un calendrier entre les organisations syndicales représentati-

ves et la direction. Dans le même temps, la direction fournit les informations et les éléments chiffrés nécessaires aux organisations syndicales.
Les signataires conviennent de créer une étape d'information du personnel d'une durée d'un mois. Ce délai doit servir à faire émerger les positions, à permettre au personnel d'en débattre afin que chacun comprenne bien l'objet et les enjeux de la négociation.
Durant la période d'information, les partenaires s'efforcent d'éviter tout conflit collectif sur l'objet de la négociation et à ne pas prendre de décision unilatérale sur cette question.

Article 3.4. Si l'accord se réalise dans le délai imparti, il est conclu pour une période de deux années, avec une possibilité de clause annuelle de révision, et n'entre en application que si les syndicats signataires ont recueilli plus de la moitié des suffrages valablement exprimés lors des dernières élections de CE.

Article 3.5. Si l'accord ne se réalise pas dans le délai imparti, ou s'il ne peut entrer en application, chaque syndicat et la direction établissent par écrit une dernière proposition. Une période de deux semaines est alors allouée pour la recherche d'un accord à partir de ces bases. Si, après ces deux semaines, l'accord ne peut être conclu, un expert extérieur à l'entreprise est choisi d'un commun accord sur une liste agréée par le préfet de région. Cet expert ne peut que choisir l'application de l'une des propositions écrites, après avoir entendu chacune des parties.
La décision prise alors par l'expert s'impose.

IV. LES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL ET LA SECTION SYNDICALE

Article 4.1. Pour que les représentants soient à même de remplir effectivement leurs fonctions, il apparait nécessaire qu'une véritable politique soit mise en œuvre à leur égard en considérant que l'acceptation par un salarié de ce type de responsabilité est une étape naturelle et intéressante tant pour lui-même que pour l'entreprise, ne devant pas constituer, pour ce dernier, une entrave dans son épanouissement professionnel ni un frein tant à la progression de sa carrière qu'à l'obtention de promotions et/ou d'augmentations individuelles de salaire.

Article 4.2. Les signataires décident d'allouer aux représentants des organisations syndicales, élus ou désignés, des moyens de formation complémentaires à ceux existant actuellement :
- formation initiale : 6 jours
- formation continue : 4 jours par an.

Ces formations sont organisées pour moitié par les organisations syndicales et pour l'autre moitié par la direction.
La rémunération des intéressés est maintenue pendant ces activités de formation complémentaire.
Les domaines prioritaires de cette formation sont en matière économique et sociale la situation de l'entreprise face à son marché, sa stratégie et ses politiques.
D'autre part, sont traités le rôle et le fonctionnement des instances représentatives et la réglementation sociale.

Article 4.3. Les parties signataires s'engagent à veiller à l'application de l'obligation générale de non discrimination à l'encontre des représentants du personnel.

Article 4.4. Pour chaque représentant élu ou désigné d'une organisation syndicale la répartition du travail doit tenir compte de l'exercice de son mandat.
En fonction de l'importance des mandats exercés et notamment pour ceux qui détiennent plusieurs mandats, les intéréssés pourront sur leur demande, et avec leur accord, être affectés à un type de poste ou de service permettant de mieux assurer la mission de représentant du personnel et les tâches professionnelles.

Article 4.5. Chaque représentant élu ou désigné d'une organisation syndicale aura la possibilité au moment de l'entretien d'évaluation, d'examiner avec le chef du personnel les difficultés rencontrées dans l'exercice de son mandat en raison du contenu de son poste de travail, comme il le fait avec son chef de service en ce qui concerne son activité professionnelle.

Article 4.6. Les propositions de promotions et d'augmentations de salaire des représentants élus ou désignés d'une organisation syndicale feront l'objet d'un examen annuel entre le chef du personnel et le supérieur hiérarchique concerné.
Chaque représentant élu ou désigné d'une organisation syndicale, dont le temps utilisé pour l'exercice de ses mandats est au moins égal à la moitié de son temps de travail, verra son salaire évoluer au minimum comme la moyenne de la catégorie à laquelle il appartient (E,AM,C,I).

Article 4.7. En fin de mandat, l'activité représentative ne sera pas opposée à la candidature sur un autre poste. Pour le représentant qui disposait de plus de 20 % de son temps pour l'exercice de ses mandats, un plan de formation sera établi en fonction d'un bilan établi d'un commun accord entre les parties concernées (art. 4.5).

Article 4.8. Les crédits d'heures des représentants élus ou désignés d'une organisation syndicale peuvent être répartis entre eux en fonction de leurs besoins et utilisés sous la forme d'un crédit-débit annuel propre à chaque organisation, la répartition s'effectuant entre les membres de celle-ci.
Tous les crédits d'heures des délégués sont réputés utilisés conformément à leur objet.

Article 4.9. Chaque organisation syndicale signataire dispose en plus d'un crédit annuel et global d'autorisation d'absence sans retenue de salaire.
Ce nombre d'heures est calculé à raison de dix heures par mois et par siège de titulaire ou représentant syndical au CCE, dans le cadre du protocole d'accord du 13 octobre 1989. Cette aide est utilisée, sur justificatifs, pour les besoins de la section et pour participer aux réunions et activités (instances, congrès, conférences...) de son syndicat (local, départemental, régional, fédéral, national, international). Les moyens propres attribués pour le fonctionnement du CCE et des délégués centraux sont négociés au sein du GIE et font l'objet d'accords complémentaires.

V. PARTICIPATION AU FINANCEMENT DES ORGANISATIONS SYNDICALES

Article 5.1. Les signataires estiment que la reconnaissance du fait syndical comme élément à part entière de l'entreprise justifie une participation de celle-ci au financement des activités syndicales dans leurs différents aspects.
Pour ce faire ils décident la mise en place d'un bon de financement d'intéret collectif.

Article 5.2. Sont bénéficiaires de ce moyen complémentaire de financement les organisations syndicales qui dans l'entreprise ont au moins un élu titulaire ou suppléant DP ou CE, au premier janvier de l'année civile sur une liste présentée au premier tour.

Article 5.3. Au début de chaque année civile, l'entreprise remet à chaque salarié un bon anonyme représentant la valeur de quatre heures de salaire moyen brut des membres du collège dans lequel il est appelé à voter.
Pour la première fois, lors de la signature de l'accord, ce bon représentera la valeur de deux heures de ce salaire.

Article 5.4. Chaque salarié remet ce bon à l'organisation syndicale de son choix, ou conserve toute latitude pour ne pas l'utiliser.

Article 5.5. Chaque organisation syndicale transmet les bons recueillis au service du personnel qui lui en verse la contre-valeur.

VI. DISPOSITIONS FINALES

Article 6.1. Le présent accord est établi en cinq exemplaires qui seront déposés à la direction départementale du travail et de l'emploi de Paris.

Note

Cet accord a été signé par la CFDT, la CFTC et la CFE-CGC. Nous renvoyons nos lecteurs aux commentaires parus dans Syndicalisme Hebdo n°s 2315 (05.07.90), 2316 (12.07.90) et 2317 (19.07.90).

I COMITE D'ENTREPRISE. Pas de compensation entre l'obligation de verser la subvention de fonctionnement et le versement d'une contribution aux activités sociales supérieure à celle prévue par la convention collective.

II NEGOCIATION ANNUELLE. Absence d'obligation de négocier de bonne foi.

Cour de cassation (Ch. criminelle)
4 octobre 1989
Asperti-Boursin

Sur le second moyen de cassation pris de la violation des articles L. 153-2, L. 434-8 et L. 473-1 du code du travail, 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

« en ce que l'arrêt a déclaré coupable Asperti-Boursin d'avoir refusé le versement obligatoire de la subvention de fonctionnement au comité d'entreprise ;

« aux motifs que l'accord de 1975 n'a pas précisé la base de calcul retenue ; qu'en cas de doute, la convention collective nationale qui fait référence à la masse salariale brute doit s'appliquer ; que de même le protocole de 1975 n'a pas défini l'affectation des sommes versées ; qu'il appartient donc s'agissant d'une obligation nouvelle, de redéfinir éventuellement l'affectation des versements mais en aucun cas de revenir indirectement et d'office sur un avantage acquis en prétendant inclure ladite obligation au sein d'une disposition ancienne à laquelle la direction avait en son temps librement consenti ; que contrairement aux affirmations du prévenu, la somme déterminée par l'accord de 1975 n'incluait aucunement un quelconque budget de fonctionnement ; que toutes les demandes de fournitures présentées par le comité lui ont été systématiquement refusées ; qu'après ses refus persistants, la direction ne saurait valablement avancer qu'elle octroyait des avantages équivalents au montant du versement défini par la loi ; que le législateur contrairement à son projet a, d'une part, entendu par la création d'une contrainte nouvelle, s'opposer à l'imputation du budget de fonctionnement sur celui et quelqu'en soit le montant destiné aux activités sociales et culturelles du comité et, d'autre part, nettement distingué le budget social, le budget de fonctionnement versé en espèce ou en nature et le local aménagé indispensable à l'exercice des activités dudit comité ; qu'il s'agit d'obligations distinctes et non cumulatives ;

« alors, d'une part, que la règle légale prévoyant le versement d'une subvention destinée aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise réserve expressément l'hypothèse dans laquelle l'employeur faisait déjà bénéficier ledit comité d'une somme ou de moyen en personnel équivalent à 0,2 % de la masse salariale brute ; en sorte que l'employeur qui assumait indirectement les charges de fonctionnement du comité n'est tenu à aucun versement supplémentaire ; qu'en l'espèce, la société Boursin versait, en vertu d'un protocole d'accord, une contribution supérieure au seuil légal couvrant à la fois le budget relatif aux œuvres sociales et le budget afférent au fonctionnement du comité ; qu'ainsi la Cour, qui ne pouvait légalement considérer que la subvention issue de la loi du 28 octobre 1982 devait s'ajouter à la subvention préexistante, a violé les textes visés au moyen ;

« alors, d'autre part, que le demandeur faisait valoir dans ses conclusions d'appel, qu'antérieurement à la loi du 28 octobre 1982, il assumait, en vertu d'un protocole de 1975, indirectement les charges de fonctionnement du comité par le versement d'une subvention globale dont le montant était supérieur au seuil légal institué par ladite loi ; que la Cour, en omettant de répondre à ce moyen péremptoire d'où il résultait que le demandeur ne pouvait être tenu à aucun versement supplémentaire, a violé les textes visés au moyen ; « alors qu'enfin la Cour, en déduisant de la seule circonstance que l'accord de 1975 n'avait pas défini l'affectation des sommes versées que ces sommes n'incluaient « aucunement un quelconque budget de fonctionnement » sans rechercher, ainsi que les conclusions du demandeur l'y invitaient si lesdites sommes respectaient les exigences minimales légales ou conventionnelles relatives aux budgets du comité d'entreprise, a, derechef violé les dispositions des articles visés au moyen » ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et du procès-verbal, base de la poursuite, que selon la convention collective applicable à la fromagerie Boursin, la contribution de l'employeur au financement des œuvres sociales était fixée à 0,5 % de la masse salarial brute ; qu'en vertu d'un accord d'entreprise du 2 octobre 1975, il a été convenu que « le budget du comité d'entreprise est égal à 1 % de la masse salariale » ; qu'après la mise en vigueur de la loi du 28 octobre 1982 qui a modifié l'article L. 434-8 du code du travail et prévu l'obligation pour le chef d'entreprise de verser au comité d'entreprise, en sus de la contribution pour les activités sociales et culturelles, une subvention de fonctionnement de 0,2 % de la masse salariale brute, le comité d'entreprise de la fromagerie a réclamé le versement de cette subvention ; que Francois Asperti-Boursin s'y est refusé et qu'il a été poursuivi pour cette raison du chef d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise ; qu'il a été relaxé par le tribunal ;

Attendu que le demandeur a prétendu qu'il n'avait pas à s'acquitter de cette subvention dès lors que la contribution qu'il versait depuis 1975, égale à 1 % de la masse salariale nette, était supérieure au total d'une part de la contribution de 0,5 % de la masse salariale brute prévue par la convention collective pour les œuvres sociales et, d'autre part, de la subvention de fonctionnement prévue par ledit article L. 434-8 et égale à 0,2 % de cette masse ;

Attendu que, pour rejeter cette argumentation, déclarer réunis les éléments constitutifs de l'infraction et condamner le prévenu à des réparations civiles, la juridiction du second degré énonce notamment que le protocole d'accord de1975 n'a pas défini l'affectation des sommes versées et que, « contrairement aux affirmations du prévenu, la somme déterminée par l'accord de 1975 n'incluait aucunement un quelconque budget de fonctionnement et « que la loi a entendu... s'opposer à l'imputation du budget de fonctionnement sur celui, quel qu'en soit le montant, destiné aux activités sociales et culturelles du comité » ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel qui, contrairement à ce qui est allégué, a répondu aux conclusions prétendument délaissées, a justifié légalement sa décision ; qu'en effet, s'il résulte de l'article L. 434-8 du code du travail que l'employeur peut déduire de la subvention de fonctionnement prévue par ce texte les sommes ou la valeur des moyens en personnel mis par lui à la disposition du comité d'entreprise, c'est à la condition qu'il établisse que cette somme et ces moyens ne sont alloués que pour des besoins de fonctionnement dudit comité autres que ceux qui sont nécessités par les activités sociales et culturelles ; qu'une telle preuve n'étant pas rapportée en l'espèce, le moyen ne peut être admis ;

Mais sur le premier moyen de cassation pris de la violation des articles L. 132-27, L. 132-29, L. 153-2 et L. 471-2 du code du travail et de l'article 4 du code pénal, manque de base légale ;

« en ce que l'arrêt attaqué a condam-

né Asperti-Boursin pour avoir omis de respecter la réglementation relative à la négociation annuelle sur les salaires ;

« aux motifs que selon les articles L. 132-27 et L. 153-2 du code du travail s'il n'est pas imposé à l'employeur de déboucher sur un résultat positif en faveur des salariés encore faut-il qu'il ait tenté d'aboutir à un accord ou même simplement accepté d'engager des discussions ; qu'il apparait des faits que le 2 juin 1983 la direction n'était pas représentée ; que par la suite, ses délégués n'avaient aucun pouvoir réel de négociation ; que la direction s'en est tenue avant toute discussion à un préalable tendant à la dénonciation des accords antérieurs ; que cette affirmation des plaignants est corroborée par un document dressé le 29 décembre 1983 faisant apparaitre cette exigence à l'exclusion de toute autre décision ou contre proposition aux demandes présentées par les syndicats ; qu'il en est de même des autres documents versés aux débats qui ne mentionnent que l'existence de refus ou de renvoi pour étude à une date ultérieure des questions soumises ; que cette prise de position directoriale identique lors de toutes les assemblées précédentes, établi que si les réunions ont bien été tenues, l'attitude passive voire systématiquement opposante de la direction n'a permis aucune discussion de fond et démontre ainsi la volonté de celle-ci de se soustraire à l'application loyale du texte ;

« alors, d'une part, que les lois pénales étant d'interprétation stricte, l'employeur n'a d'autre obligation légalement incriminée que d'engager chaque année une négociation sur les salaires effectifs, la durée et l'organisation du travail et de convoquer les parties à cette négociation dans les quinze jours de la demande, en sorte que l'article L.153-2 du code du travail épuise ses effets avec la tenue de la première réunion ; qu'en l'espèce, il est établi que la première réunion a eu lieu le 4 juin 1983, soit moins de dix jours après la réception de la demande de négociation formulée par les organisations syndicales, laquelle est intervenue le 25 avril 1983 ; qu'ainsi la Cour a violé les dispositions des articles visés au moyen ;

« alors, d'autre part, que le demandeur faisait valoir dans ses conclusions que la première réunion de négociation s'était déroulée dans le délai légal et, avait donné lieu à une discussion effective permettant aux parties d'organiser la procédure de négociation, qu'ainsi les conditions objectives nécessaires à la réalisation du droit à la négociation avaient été réunies ; que la Cour en omettant de répondre à ce moyen péremptoire a violé les dispositions des articles visés au moyen ;

« alors enfin que les comportements relatifs au déroulement de la négociation échappent aux prévisions de l'article L.153-2 tant en ce qui concerne la conduite que l'issue de la négociation ; qu'ainsi la Cour, en retenant au soutien de sa décision la circonstance selon laquelle la direction aurait eu une attitude passive voire systématiquement opposante lors des différentes réunions démontrant sa volonté de se soustraire à l'application loyale du texte, a derechef, violé les dispositions des articles visés au moyen » ;

Vu lesdits articles ;

Attendu que l'article L. 153-2 du code du travail ne réprime que les manquements de l'employeur aux obligations qui lui sont imposées par les articles L. 132-27 et L. 132-28, 1er alinéa dudit code, et qui sont relatives à l'ouverture de la négociation annuelle sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps du travail dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives ; que le comportement de l'employeur au cours des réunions consacrées à cette négociation n'entre pas dans les prévisions de ces textes ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et du procès-verbal de l'inspecteur du travail, base de la poursuite, qu'à la suite d'une plainte déposée par un syndicat contre Francois Asperti-Boursin, président du conseil d'administration de la société des fromageries Boursin, pour le refus qu'il aurait manifesté de procéder à la négociation annuelle pour l'année 1983, l'enquête a révélé que lors de la réunion prévue pour le 2 juin 1983 aucun représentant de la direction n'était présent ; que le 10 juin, en réponse à la proposition faite par les syndicats d'augmenter les salaires le représentant de la direction a subordonné toute discussion à cet égard à la dénonciation préalable des accords antérieurs ; que le 2 juillet aucune proposition n'a été présentée par la direction qui a conservé la même attitude au cours des réunions des 29 septembre et 29 décembre 1983 ; que poursuivi à raison de ces faits pour avoir omis de respecter la « réglementation » relative à la négociation annuelle sur les salaires, Francois Asperti-Boursin a été relaxé par les premiers juges ;

Attendu que saisie de l'appel des parties civiles, la juridiction du second degré, pour infirmer le jugement et déclarer réunis les éléments constitutifs de l'infraction, énonce notamment que si, selon les articles L. 132-27 et L. 153-2 du code du travail, « il n'est pas imposé à l'employeur de déboucher sur un résultat positif en faveur des salariés, encore faut-il qu'il ait tenté d'aboutir à un accord ou même simplement accepté d'engager des discussions », qu'il est apparu de l'enquête que les représentants de la direction n'avaient aucun pouvoir de décision, que « la direction s'en est tenue avant toute discussion à un préalable tendant à la dénonciation des accords antérieurs », que « si des réunions ont été tenues, l'attitude passive, voire systématiquement opposante de la direction n'a permis aucune discussion de fond et démontre ainsi la volonté de celle-ci de se soustraire à l'application loyale du texte » ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il ne résulte pas de ses constatations que l'employeur se soit soustrait aux obligations limitativement énumérées par les articles L. 132-27 et L. 132-28, alinéa 1er du code du travail relatives à la procédure d'ouverture de la négociation annuelle dans les entreprises visées par le premier de ces textes, la cour d'appel, qui n'a retenu à la charge du prévenu que des faits dépourvus de sanction pénale, a méconnu les textes susvisés ;

Que, dès lors, la censure est encourue de ce chef ;

Attendu que si les juges ont en ce qui concerne le comité d'entreprise ventilé les dommages-intérêts alloués pour le refus du versement de la subvention et ceux qui sont dûs pour l'autre infraction, ils ont en revanche alloué à chacun des deux syndicats, parties civiles, une indemnité globale sans faire le départ entre ce qui était dû pour l'une et pour l'autre des deux infractions ; que la cassation doit donc être totale en ce qui concerne les réparations civiles allouées à ces syndicats ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE et ANNULE les dispositions de l'arrêt relatives à la déclaration de culpabilité du chef de l'infraction prévue par l'article L. 153-2 du code du travail et aux réparations civiles accordées de ce chef au comité d'entreprise ainsi que les dispositions de l'arrêt relatives aux réparations civiles accordées aux syndicats, toutes les dispositions relatives à la déclaration de culpabilité du chef d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise et aux réparations civiles accordées de ce chef audit comité étant expressément maintenues.

(M. Berthiau, président - Me Roger et SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin, Avocats)

Note

I Dans le but de s'exonérer de l'obligation de verser une subvention de fonctionnement au comité d'entreprise l'employeur mettait en avant le fait qu'il versait à ce dernier une contribution supérieure au total des obligations imposées par la loi et la convention collective. Celle-ci fixait la contribution sociale à 0,5 % de la masse salariale. Un accord d'entreprise avait porté la contribution de l'employeur pour le budget du CE à 1 %.

L'employeur soutenait que cette dernière contribution comprenait et la subvention de fonctionnement et la contri-

bution aux activités sociales et culturelles. Mais, il n'apportait pas la preuve qu'une partie de sa contribution n'était octroyée que pour les besoins de fonctionnement du CE.

La Chambre criminelle confirme la solution des juges du fond condamnant l'employeur. Cette solution découle du principe d'autonomie des deux budgets du CE. Le fait pour l'employeur de financer le budget des œuvres sociales au-delà de son obligation légale ou conventionnelle ne le dispense pas de satisfaire à son obligation de verser la subvention de fonctionnement. Il ne pourrait déduire que les sommes dont il apporterait la preuve qu'elles sont allouées pour le fonctionnement du CE.

II Par ailleurs, cet arrêt est le premier à traiter de la sanction pénale de l'obligation de négocier.

Dans cette espèce, l'employeur avait satisfait aux obligations formelles découlant des articles L. 132-27 et L.132-28 alinéa 1 du code du travail. Mais, au cours des réunions de négociation, il avait adopté une attitude passive voir systématiquement opposante empêchant toute discussion de fond.

Les juges du fond avaient condamné l'employeur pour non respect de la règlementation, considérant que la loi l'obligeait, non pas à aboutir et conclure un accord, mais au moins à accepter d'engager des discussions, ce qui n'était pas le cas. En effet, l'employeur avait posé comme préalable la dénonciation des accords antérieurs. La chambre criminelle casse l'arrêt de la cour d'appel sur ce point.

Elle considère que l'employeur avait satisfait à ses obligations légales, aucune obligation de négocier de bonne foi n'étant prévue par les textes et sanctionnée pénalement.

Cette décision de la cour de cassation est critiquable. Elle ôte de son intérêt à l'obligation annuelle de négocier puisqu'il suffit que l'employeur respecte le formalisme des textes sans faire quoi que ce soit pour engager les négociations. On peut se demander dès lors quel intérêt représente le dispositif, à quoi il sert, et quel sera son avenir.

LA GREVE. Le rejet préalable des revendications des salariés n'est pas, en principe, une condition de licéité de la grève.

Cour de cassation (Ch. soc.)
4 avril 1990
Union commerciale c/ Mme Dussard

Sur le moyen relevé d'office tiré de l'amnistie :

Vu l'article 15 de la loi n° 88 828 du 20 juillet 1988 ;

Attendu que, selon ce texte, sont amnistiés les faits commis avant le 22 mai 1988 et retenus ou susceptibles d'etre retenus comme motifs de sanctions disciplinaires ou professionnelles prononcées par un employeur ;

Attendu que, selon l'arrêt attaqué, Mme Dussard s'est vue notifier le 17 novembre 1986 une mise à pied d'une journée pour avoir participé à une grève illicite le 1er novembre 1986 ;

Attendu que la demanderesse fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir refusé d'annuler cette sanction ;

Mais attendu que les faits qui lui ont été reprochés sont amnistiés en vertu du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

Constate l'amnistie des faits ;

Sur la recevabilité du pourvoi ;

Attendu que si le pourvoi formé contre l'arrêt est devenu, en raison de l'amnistie, sans objet en ce qui concerne la sanction elle-même, la demanderesse demeure recevable à critiquer cette décision en tant qu'elle a refusé de condamner l'employeur à lui payer des dommages-intérets ;

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 122-45 et L. 521-1 du code du travail ;

Attendu que le 1er novembre 1986 des salariés du supermarché de Sedan, exploité par la société Union commerciale et parmi lesquels était Mme Dussard, délégué du personnel, ayant cessé le travail, après dépot d'un préavis de grève, ont été sanctionnés par une mise à pied d'une journée ;

Attendu que pour refuser de condamner l'employeur au paiement de dommages-intérets, la cour d'appel a déclaré que la licéité d'un arrêt collectif de travail suppose d'abord l'existence de revendications professionnelles pré-déclarées et refusées ; qu'en l'espèce les craintes sur l'emploi ne représentent pas une véritable revendication pour des délégués du personnel d'autant que les problèmes d'ouverture du magasin à Blagny ne rentrent pas dans leurs attributions au sens des articles L. 422-1 et suivants du code du travail, mais sont de la compétence exclusive du comité d'entreprise ; que s'il a bien été question lors de la réunion des délégués du personnel de mai 1986 de la remise en état du chauffage, loin d'essuyer un refus, les représentants des salariés ont pris acte de l'engagement du directeur du supermarché de procéder à une étude chiffrée du coût des réparations, promesse tenue puisque les crédits nécessaires ont été débloqués et que si la remise en état de la chaudière n'est intervenue qu'en janvier 1987, c'est simplement pour des raisons tenant aux contingences du chauffagiste ; que par ailleurs les prud'hommes n'ont pu identifier, malgré la production du cahier des délégués du personnel, les prétendues autres revendications non précisées dans le préavis de grève et qui auraient été rejetées ; que les salariés n'étant plus dans l'exercice normal du droit de grève ont commis une faute lourde en arrêtant le travail le 1er novembre 1986 et ont légitimement encouru une sanction ;

Qu'en statuant ainsi, alors d'une part, que le rejet préalable des revendications des salariés n'est pas, en principe, une condition de licéité de la grève, alors que, d'autre part, les protestations des salariés concernant les mauvaises conditions de chauffage du magasin, ainsi que leurs craintes sur la stabilité de leur emploi en raison d'une décision de l'employeur d'ouvrir un nouveau magasin constituaient des revendications professionnelles, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 mai 1988, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Amiens ;

(M. Cochard, Président - SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin et SCP Coutard et Mayer, Avocats)

Note

Cet arrêt peut être rapproché des décisions qui ont été rendues les années dernières à propos de la grève des pilotes refusant le pilotage à deux de certains appareils. On sait que la Cour de cassation avait admis que le juge judiciaire puisse porter une appréciation sur le bien fondé du recours à la grève et le cas échéant déclarer une revendication « déraisonnable » conférant à la grève un caractère abusif.

La dernière décision en date, celle rendue par la cour d'appel de Paris le 27 janvier 1988 avait au contraire posé le principe que le juge n'a ni qualité ni compétence pour apprécier le bien fondé et par suite la légitimité des revendications d'ordre professionnel (1).

Dans l'espèce rapportée ci-dessus les salariées d'un magasin d'alimentation se sont mises en grève en raison d'une part des menaces pesant sur leur emploi du fait de l'ouverture prochaine d'un autre magasin dans une localité voisine, d'autre part des mauvaises

conditions de travail dues au chauffage défectueux du magasin.

Se prononçant sur les sanctions prononcées contre les grévistes, la cour d'appel de Reims a d'abord posé le principe que la licéité d'une grève suppose d'abord l'existence de revendications professionnelles pré-déclarées et refusées.

Elle a considéré ensuite que les craintes sur l'emploi ne représentent pas une véritable revendication. Quant à la question du chauffage du magasin, elle a relevé que si les travaux nécessaires n'ont pas pu être effectués, ce n'est pas en raison d'un refus de la direction mais parce que le chauffagiste n'était pas disponible. Dans ces conditions, la cour d'appel a déclaré la grève abusive. Sous couvert de vérifier l'existence de revendications, la cour d'appel porte ainsi une appréciation sur le bien fondé des revendications des grévistes.

La Cour de cassation prend le contrepied de cette motivation. Elle affirme tout d'abord que le rejet préalable des revendications des salariés n'est pas, en principe, une condition de licéité de la grève (2). Elle considère ensuite que les protestations des salariés concernant les mauvaises conditions de chauffage du magasin ainsi que leurs craintes sur la stabilité de leur emploi en raison d'une décision de l'employeur d'ouvrir un nouveau magasin constituent des revendications professionnelles. Dès lors la grève organisée pour les faire aboutir est licite.

(1) Syndicalisme-Hebdo 14 février 1988

(2) C'est semble-t-il un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure. (Cass. soc. 16 octobre 1985 Dr. soc. 1986 p. 610).

DEMONSTRATEURS - Les démonstrateurs travaillant dans un grand magasin sont électeurs et éligibles dans le même collège que les salariés de l'entreprise d'accueil

Cour de cassation (Ass. Plénière)
6 juillet 1990
BHV c/ Syndicat du commerce de Paris CFDT et autres

Sur le premier moyen :

Attendu que le BHV reproche au jugement d'avoir déclaré les démonstrateurs éligibles dans le collège unique des employés, alors que ni l'existence d'un éventuel lien de subordination, ni celle d'une communauté de travail ne pouvant écarter l'application des dispositions de la convention collective instituant un collège à part permettant aux démonstrateurs de choisir leurs propres délégués, mieux à même que les délégués du grand magasin de défendre efficacement leurs intérets, en décidant le contraire, le tribunal d'instance aurait violé l'article 43-b de la convention collective de travail des grands magasins du 30 juillet 1955 ;

Mais attendu que la clause de la convention collective de travail des grands magasins du 30 juillet 1955, qui institue un collège à part permettant aux démonstrateurs d'élire leurs propres délégués pour les questions les concernant, est antérieure à l'entrée en vigueur de l'article L. 421-2 du Code du travail selon lequel les travailleurs mis à la disposition de l'entreprise sont pris en compte dans l'effectif pour les élections des délégués du personnel ; que ces dispositions de la loi sont, dans leur champ d'application, plus favorables aux démonstrateurs que celles résultant de la convention collective, dès lors qu'elles consacrent leur intégration dans la communauté de travail et dans l'entité du grand magasin ;

Que, par ce motif de pur droit, le jugement se trouve justifié ;

Sur le second moyen :

Attendu que le BHV reproche au jugement d'avoir décidé que M. Pegourie était électeur et éligible aux élections des délégués du personnel du 29 octobre 1987 et ultérieures, alors qu'en le qualifiant d'employeur réel auquel aurait été imputable le prétendu irrespect de la procédure de licenciement, le tribunal d'instance n'aurait pas répondu aux conclusions par lesquelles il faisait valoir que, lors des élections, M. Pegourie n'exerçait plus ses fonctions au sein du BHV en raison de la fermeture du stand ayant conduit son employeur, la société Vogelsang-France, à procéder à son licenciement par lettre du 28 mai 1986, et que, de son côté, il s'était efforcé de proposer à M. Pegourie un poste identique offert par la société Herpe et qu'il avait cru devoir refuser ;

Mais attendu que le jugement a répondu aux conclusions en relevant que M. Pegourie, démonstrateur détaché par la société Vogelsang-France, avait été licencié par son employeur, à la suite de la décision de fermeture du stand prise par le BHV dans des circonstances constitutives d'une voie de fait qui ne pouvaient être couvertes par la proposition d'un autre poste de démonstration ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

(M. Drai, Premier Président - SCP Tiffreau et Thouin - Palat et SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin, Avocats).

Note

La Cour de cassation avait déjà admis l'éligibilité des démonstrateurs en tant que délégués du personnel dans le cadre du magasin dans lequel ils travaillent (Action Juridique n° 77 p. 27).

En effet, ils sont assujettis aux mêmes conditions de travail que les salariés.

Par contre, la Cour de cassation considérait que devait être respectée la disposition de la convention collective prévoyant que les démonstrateurs constituent un collège spécial leur permettant de choisir leurs propres délégués (Cass. soc. 31 janvier 1989, BHV).

L'arrêt rapporté ci-dessus opèrent un revirement sur ce point. En effet, l'Assemblée Plénière écarte l'application de la disposition conventionnelle au motif :

- qu'elle est antérieure à l'entrée en vigueur de l'article L. 421-2 selon lequel les travailleurs mis à la disposition de l'entreprise sont pris en compte dans l'effectif pour les élections des délégués du personnel ;

- mais surtout que les dispositions de la loi sont plus favorables aux démonstrateurs que celles résultant de la convention collective.

En effet, les dispositions légales consacrent l'intégration des démonstrateurs dans la communauté de travail et dans l'entité du grand magasin. Dès lors, les démonstrateurs sont électeurs et éligibles dans le collège unique des employés, comme tout employé du grand magasin.

Un deuxième arrêt, de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation a été rendu le même jour, dans une autre affaire opposant également le BHV au syndicat du commerce de Paris CFDT et autres.

La solution en est identique.

ARTICLE L. 122-12 - Succession de concessionnaires de l'exploitation d'un camping. Transfert d'une entité économique conservant son identité. Pas de nécessité d'un lien de droit entre les employeurs successifs. Application de l'article L.122-12.

Cour de Cassation (Ass. Plénière)
16 mars 1990
Sté Touring Club de Paris Ouest et autres

Sur le pourvoi de M. le procureur général près de la cour de cassation :

Attendu que les articles premier et trois de la directive du 14 février 1977 du Conseil des communautés européennes et L.122-12, alinéa 2, du Code du travail s'appliquent, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ;

Attendu que, selon l'arrêt attaqué (Paris, 25 novembre 1988), le contrat de concession relatif au terrain de camping du bois de Boulogne consenti par la ville de Paris à la Société d'exploitation du touring club de Paris-Ouest a pris fin le 31 décembre 1986 et, à compter du 1er janvier 1987, la concession a été confiée à la société Les Campings d'Ile-de-France ; que MM. Appart et Schwindling, salariés du premier concessionnaire, et qui n'ont pas été employés par le second, ont demandé la condamnation de l'une ou l'autre société au paiement de certaines indemnités ;

Attendu que M. le procureur général fait grief à l'arrêt d'avoir, par application de l'article L. 122-12 du Code du travail, accueilli les demandes à l'encontre du second cessionnaire au motif que l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs n'est pas une condition nécessaire à l'application des dispositions de cet article et que « la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes paraît conforme à la solution retenue », violant ainsi le droit interne et le droit communautaire ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que l'objet de la concession portait sur l'exploitation d'un terrain de camping, la cour d'appel a retenu qu'une entité économique autonome comprenant, comme éléments d'exploitation, des terrains et des installations, avait été transférée, permettant au nouveau concessionnaire d'en poursuivre l'activité ; qu'elle a ainsi justifié sa décision ; d'où il suit que le pourvoi n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

(M. Drai, Premier Président- SCP Célice et Blancpain, Avocat).

ARTICLE L. 122-12 - Succession de concessionnaires de l'exploitation des arènes de Nîmes. Transfert d'une entité économique conservant son identité. Pas de nécessité d'un lien de droit entre les employeurs successifs. Application de l'article L. 122-12.

Cour de cassation (Ass. Plénière)
16 mars 1990
SA Nîmoise de tauromachie et de spectacles c/ Mme Bodrero Sereu

Sur le premier moyen :

Attendu que les articles premier et trois de la directive du 14 février 1977 du Conseil des Communautés européennes et L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail s'appliquent, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ;

Attendu que la société Nîmoise de tauromachie et de spectacles fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli la demande alors, selon le pourvoi, que l'article L. 122-12 du Code du travail ne reçoit application qu'en cas de modification de la situation juridique de l'employeur laquelle résulte du transfert d'une activité importante dotée d'une organisation autonome et non de la seule perte d'un marché ; que la cour d'appel qui, pour décider que la société Nîmoise de tauromachie et de spectacles était tenue de continuer le contrat de Mme Bodrero Sereu, s'est contentée de relever que la continuité du contrat des arènes de Nîmes constitue une entité économique sans rechercher si l'activité transférée était importante et dotée d'une organisation suffisamment autonome pour être constitutive d'une véritable modification de la situation juridique du précédent concessionnaire, de la simple perte d'un marché, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-12 du Code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel a fait ressortir qu'avait été transférée une entité économique conservant son identité et que l'activité en avait été reprise ; qu'elle a ainsi justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société Nimoise de tauromachie et de spectacles fait grief à l'arrêt d'avoir décidé que la dénonciation par la ville de Nîmes le 30 mars 1983 du contrat de concession n'était pas constitutive d'un cas de force majeure mettant cette société dans l'impossibilité de reprendre le contrat de travail de Mme Bodrero Sereu alors, selon le pourvoi, que les juges du fond doivent, pour déterminer le caractère de prévisibilité d'un évènement, se fonder sur les circonstances exactes de l'espèce et non sur une considération d'ordre général ; que la cour d'appel qui se contente de relever, pour exclure l'existence d'un cas de force majeure, que la dénonciation d'un contrat relève des événements prévisibles, sans rechercher concrètement si la dénonciation d'une concession conclue pour trois ans, survenue trois mois après sa conclusion et un mois après la prise d'effet du contrat et ce, dans l'intérêt exclusif prétendu du service, sans même que la société Nîmoise de tauromachie et de spectacles ait pu présenter un spectacle, était pour l'exploitant imprévisible et irrésistible, a privé sa décision de base légale au regard des articles 1147 du Code civil et L. 122-12, alinéa 1 du Code du travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté que la concession consentie à la société Nîmoise de tauromachie et de spectacles avait pris effet dès le 21 décembre 1982 et que la résiliation n'avait eu lieu que le 30 mars 1983, la cour d'appel, par ce seul motif, a justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

(M. Drai, Premier Président - SCP Lyon Caen, Fabiani et Liard, SCP Célice et Blancpain, SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin, Avocats).

ARTICLE L. 122-12 - Perte d'un marché de nettoyage. L'article L. 122-12 ne s'applique pas.

Cour de cassation (Ass. Plénière)
16 mars 1990
SARL Onet c/ Mmes Mallet et Guillemin

Sur le premier moyen pris en ses quatre branches :

Attendu que l'article L. 122-12 du Code du travail n'est pas applicable dans le cas de la seule perte d'un marché ;

Attendu que la société Onet fait grief à l'arrêt d'avoir, écartant l'application de l'article L. 122-12 du Code du travail, accueilli les demandes alors, selon le pourvoi, que d'une part, la notion de continuation de l'entreprise sous une autre direction n'exige pas la cessation des activités du premier employeur ou la transformation de son fonds, mais seulement le transfert à une direction distincte d'une activité précise mettant en œuvre des moyens déterminés et un personnel qui lui est exclusivement affecté, peu important que cette activité ne soit pas la seule du premier employeur ; qu'ainsi l'arrêt attaqué a méconnu la définition de l'entreprise, violant par fausse interprétation l'article L. 122-12 du Code du travail ; alors que d'autre part, la cour d'appel n'a pas recherché, pour qualifier l'entreprise, si l'activité en cause était précise et déterminée et si elle employait un personnel lui étant exclusivement affecté et n'a donc pas donné de base à sa décision au regard de l'article L. 122-12 du Code du travail ; alors qu'en outre, les dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail sont d'ordre public et applicables sans que soit exigé le consentement du nouvel employeur ; qu'ainsi la cour d'appel qui a cru pouvoir se fonder sur ce que l'AFTAM n'avait pas entendu reprendre à son compte l'activité de la société Onet, a violé ces dispositions par refus d'application et alors qu'enfin la cour d'appel devait rechercher dans quelles conditions l'utilisateur exploitait le service lui-même afin de déterminer s'il y avait poursuite de l'entreprise ; qu'en ne procédant pas à cette recherche et en se bornant à mentionner que l'AFTAM entendait pourvoir à moindre frais à une tache nécessaire à la poursuite de son activité propre, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 122-12 du Code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté que la société Onet n'avait perdu qu'un client dont l'activité était différente de la sienne ; que par ce seul motif la cour d'appel a justifié sa décision ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société Onet fait également grief à l'arrêt d'avoir statué comme il a fait, alors que, selon le pourvoi, la cour d'appel, qui constatait que la rupture des contrats de travail de Mmes Mallet et Guillemein était justifiée par la perte d'un marché et d'un client, ne pouvait juger que leur licenciement était abusif sans violer les articles L. 122-14-2 du Code du travail ;

Mais attendu que, contrairement aux allégations du pourvoi, la cour d'appel, en relevant que la perte d'un seul client n'avait entrainé ni transformation du fonds ni cessation des activités de la société Onet, n'a pas constaté que cette perte put justifier la rupture des contrats de travail en cause ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

(M. Drai, Premier Président - SCP Peignot et Garreau, Me Brouchot, SCP Célice et Blancpain, Avocats).

Note

La Cour de Cassation, réunie en Assemblée plénière, vient d'opérer un revirement de sa jurisprudence relative à l'application de l'article L. 122-12.

Elle rejoint la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) (voir Action juridique n° 72 p.10). Elle confirme ainsi la position qu'avaient pu adopter certains juges du fond. Nous avions d'ailleurs rapporter dans ces mêmes colonnes un jugement du Conseil de Prud'hommes de Lyon qui avait appliqué de manière combinée l'article L. 122-12 et la directive européenne du 14 février 1977, en se fondant sur l'interprétation de la CJCE. Que dit la Cour de Cassation ?

- *L'article L. 122-12 s'applique même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs. La Cour suprême abandonne donc ici la position adoptée en 1986 qui excluait l'application de l'article L. 122-12 en l'absence de lien de droit entre les employeurs (1). Dans les deux premiers arrêts rapportés ci-dessus, les exploitants successifs n'avaient aucun lien de droit, la concession dépendant d'une décison de la collectivité locale.*
- *L'article L. 122-12 s'applique à condition que soit transférée une entitée économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise. Apparaît ici une notion nouvelle, l'entité économique conservant son identité, notion d'origine européenne. On la retrouve en effet dans l'arrêt Tellerup (CJCE, 10 février1988-Droit social 1988 p. 455).*

Le problème est de savoir ce que recouvre cette nouvelle notion. A l'heure actuelle il n'y a pas de définition, qu'elle soit francaise ou européenne. Toutefois, la CJCE donne quelques indications de méthode pour déterminer l'existence ou non d'une telle entité : il s'agit de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause. Ce peut être, entre autres, le degré de similarité entre les activités exercées avant et après transfert (2), ou les éléments transférés et l'autonomie de l'activité transférée (3).

- *L'article L. 122-12 n'est pas applicable dans le cas de la seule perte de marché (arrêt SARL ONET ci-dessus).*

Sur ce point la Cour de cassation reste fidèle à la position adoptée dans les arrêts Nova Services et Nettoiement, en Assemblée Plénière, le 15 novembre 1985 (voir sur ce point Action juridique n° 72 p.7 et suiv.)

Il est encore difficile de dire quelles seront les implications concrètes de ce revirement. En effet, la notion d'entité économique conservant son identité aura à être précisée, notamment par les décisions des juges du fond. De plus même si la seule perte de marché ne justifie pas l'application de l'article L. 122-12, n'est-il pas possible qu'un marché, à certaines conditions, ne soit considéré comme une entité économique conservant son identité ? Le débat reste ouvert.

(1) 12 juin 1986, Bull. V n° 299 p. 229

(2) Voir Droit social 1988 p. 557 « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise » G. Couturier.

(3) Arrêt Sté Touring Club rapporté ci-dessus.

SELECTIONNÉ POUR VOUS

Mannequins : protection et statut

La loi n° 90-603 du 12 juillet 1990 (J.O du 13.07.90), modifiant le Code du travail, comprend 2 volets : l'un a trait à la protection des enfants, l'autre concerne le statut du mannequin et les agences.

• Protection des enfants (art. L 211-6 et suivants).
L'emploi des enfants mannequins est soumis à l'obtention préalable d'une autorisation individuelle, sauf pour les agences titulaires d'une licence et d'un agrément spécial.
Autorisation et agrément sont accordés par le Préfet. Par ailleurs, il est interdit d'employer les enfants mannequins la nuit. Cette interdiction n'est susceptible d'aucune dérogation pour les enfants de moins de 16 ans.
Les enfants ne peuvent être produits que les jours de repos hebdomadaire, s'ils sont scolarisés, et dans la limite de 2 jours par semaine s'ils ne le sont pas. Dans les deux cas, leur emploi est interdit le dimanche.
Pendant les vacances scolaires, l'emploi ne peut excéder la moitié de la durée de celles-ci.

• Statut du mannequin et agences (art. L 763-1 et suivants).

La loi définit la notion d'agence et reserve cette activité aux seules agences titulaires d'une licence. Celles-ci doivent justifier d'une garantie financière assurant le paiement des salaires, accessoires et autres compléments en cas de défaillance.
D'autre part, tout contrat par lequel une personne s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un mannequin est présumé être un contrat de travail. Il doit être écrit et comporter la définition précise de son objet.
Le salaire perçu par le mannequin, enfant de moins de 16 ans ou adulte, ne peut être inférieur à un pourcentage minimum des sommes versées par l'utilisateur à l'agence. Ce pourcentage doit être fixé par voie conventionnelle ou à défaut par décret.
Enfin, le mannequin a droit à une indemnité de congés payés pour chaque prestation.

Etat de santé et handicap : lutte contre les discriminations.

La loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 (J.O du 13.07.90) tend à protéger les personnes victimes de discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap. La modification d'articles du Code Pénal (art. 187-1, 187-2, 416 et 416-1) permet désormais de sanctionner :

• le refus du bénéfice d'un droit,

• le comportement actif ou passif ayant contribué à rendre plus difficile l'exercice d'une activité économique,

• le refus de fournir un bien ou un service (exception faite de certains contrats d'assurance),

• ainsi que le refus d'embauche ou le licenciement.
Cependant, cette dernière disposition n'est pas applicable lorsque le refus d'embauche ou le licenciement est fondé sur l'inaptitude médicalement constatée.
L'article L. 122-45 du Code du Travail est aussi modifié.
Aux sanctions, et licenciements discriminatoires déjà prohibés, s'ajoutent ceux prononcés en raison des mœurs, et de l'état de santé ou du handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail. Rappelons pour mémoire qu'une sanction ou un licenciement discriminatoires au sens de l'article L. 122-45 sont nuls.
De nouvelles associations se voient reconnaitre le droit de se constituer partie civile en ce qui concerne les infractions prévues aux articles 187-1, 187-2, 416 et 416-1 du code pénal (nouveaux articles 2-8 et 2-10 du Code de procédure pénale).

L'insertion professionnelle

Plusieurs modifications sont intervenues depuis la rédaction de l'Etude parue dans le numéro 84 d'Action Juridique, p. 3.

• Le contrat d'adaptation - Un décret n° 90-673 du 31.07.90 (JO du 01.08.90) modifiant le décret n° 84-1057 du 30.11.84, a apporté de nouveaux éléments. En voici les plus importants :
– si le contrat est à durée déterminée, celle-ci doit être comprise entre 6 et 12 mois ;
– si le contrat est à durée indéterminee, la durée de la formation (période d'adaptation) ne peut excéder 12 mois et doit être précisée dans le contrat.

• Le contrat de qualification - Des précisions ont été apportées par un décret n° 90-555 du 29.06.90 (JO du 05.07.90). Elles concernent notamment le suivi des jeunes et la reconnaissance de la qualification.
A signaler aussi une circulaire CDE n° 90/6 du 05.02.90 (BOMT n. TR 90/11 du 12.07.90). Ce texte examine le public concerné par les actions d'insertion et de formation, leur montage, et les procédures de mise œuvre.

Dépistage de la toxicomanie dans l'entreprise

Cette question a fait l'objet d'une note du Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels en date du 5 juillet 1990. Nous rappelons ci-dessous les points essentiels de ce document.

• En principe, rien ne justifie un dépistage systématique de la toxicomanie en entreprise. En vertu des principes généraux relatifs à la vie privée et à la non-discrimination, l'employeur ne peut demander à un candidat que des renseignements présentant un lien direct et nécessaire avec l'emploi postulé.
Il ne lui appartient pas de rechercher des informations sur l'état de santé du candidat, pas plus que sur le fait de savoir si le salarié consomme ou non une substance toxique.

• Cependant, des cas particuliers peuvent justifier un dépistage.
Le Conseil considère qu'on peut admettre qu'il existe dans certaines entreprises des postes pour lesquels la détermination de l'aptitude des salariés peut comporter un dépistage de la toxicomanie.

• Dans ce cas, c'est au médecin du travail que revient la possibilité de prescrire les examens biologiques nécessaires pour se prononcer sur l'aptitude du salarié. Il pourra se référer à la position du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé concernant le choix des postes pour lesquels un dépistage de la toxicomanie est nécessaire. Ce sont des postes pour lesquels « l'usage de la drogue peut créer des risques soit pour ceux qui occupent ces postes, soit pour d'autres salariés de l'entreprise » ou des tiers.

• Mais ce dépistage doit être entouré de garanties. Indépendamment du respect du secret médical, l'intéressé doit être informé par le médecin de la nature et de l'objet du test ainsi que des conséquences qui peuvent en être tirées en matière d'aptitude au poste de travail.

Réponses à vos questions

Embauche - Non mention d'une condamnation pénale - Licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En 1981, un salarié est embauché en tant que veilleur de nuit. Il devient, en mai 1983, surveillant de nuit. Il est licencié en octobre 1983 pour « avoir sérieusement omis de signaler » une condamnation pénale avec sursis datant de 1980.
La Cour d'Appel condamne l'employeur à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette décision est confirmée par la Cour de Cassation (Cass.Soc. 25 avril 1990, Association « Arbre » et autre c/M. Mahnoune).
En effet, le salarié n'avait pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires, dès lors son silence n'avait pas de caractère dolosif et le licenciement n'était pas « causé ». Cette décision rejoint la position de l'Administration selon laquelle les renseignements demandés aux salariés lors de l'embauche doivent avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé.
Cet arrêt est aussi l'occasion pour la Cour de Cassation de rappeler que l'énumération des motifs dans la lettre de licenciement fixe les termes du litige. En l'occurence, l'employeur reprochait le silence gardé sur la condamnation pénale. Il ne pouvait, entre autres, arguer devant les juges une perte de confiance.

Déclassement disciplinaire. - Modification substantielle et refus du salarié

Un salarié fait l'objet d'un déclassement disciplinaire qu'il refuse. Suite à ce refus, l'employeur prend acte de la rupture du fait du salarié.
La cour d'appel déboute le salarié de ses demandes en paiement d'indemnités de préavis et de licenciement. En effet les juges estiment que la sanction (déclassement) décidée par l'employeur était justifiée par une faute suffisamment grave du salarié. Le refus de ce dernier lui rendait imputable la rupture du contrat de travail. La Chambre sociale casse cet arrêt (21 février 1990, Bull. V n° 74 p. 45). En effet, le déclassement en cause constituait une modification substantielle du contrat de travail. Dès lors, en présence du refus du salarié, il incombait à l'employeur de prendre l'initiative de la rupture en mettant en œuvre la procédure de licenciement.
Cet arrêt permet de reprendre quelques points de la jurisprudence en matière de modification substantielle. Lorsqu'un salarié refuse une modification substantielle de son contrat de travail, il appartient à l'employeur :

- soit de poursuivre le contrat de travail aux conditions initiales,
- soit de prendre l'initiative de la rupture, en enclenchant la procédure de licenciement... que la modification substantielle soit ou non justifiée.

(Pour plus de précisions sur cette question, se reporter à Action Juridique n° 73 p. 3 et suivants, « La modification du contrat de travail »).

Faute grave révélée postérieurement au licenciement

Un salarié est licencié pour motif' économique avec un préavis de 3 mois. Avant la fin de celui-ci, l'entreprise apprend que le salarié avait commis avant son licenciement des actes constitutifs d'une faute grave. Il est mis fin au préavis sur le champ, sans que soit versée l'indemnité de licenciement. Les juges du fond condamnent l'employeur au paiement de cette dernière. La Chambre sociale vient de confirmer cette solution (7 mars 1990, Bull.V n° 99 p. 59). En effet, le droit à l'indemnité de licenciement naît à la date de celui-ci. Par conséquent, la faute révélée après la notification de la rupture et commise antérieurement, ne peut entrainer la perte du droit à indemnité.
Une solution identique a été adoptée lorsque la faute est commise pendant le préavis (voir notamment Cass. Soc. 10 mai 1989, Bull V n° 350 p.212).

Sanction disciplinaire. Le délai de notification est une règle de fond

L'article L. 122-41 alinéa 2 dispose notamment, qu'une sanction disciplinaire ne peut intervenir moins d'un jour franc ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien préalable.
Ce délai maximum d'un mois est-il impératif ou non ? En d'autres termes, constitue-t-il une règle de fond ou une simple règle de forme ?
Dans un arrêt du 17 janvier 1990 (Bull. V n° 13 p.9) la Cour de Cassation dit très clairement qu'il s'agit d'une règle de fond.
Dès lors, l'expiration du délai interdit à l'employeur aussi bien de convoquer le salarié à un nouvel entretien préalable pour les mêmes faits que de sanctionner disciplinairement ces faits, sauf si dans l'intervalle une procédure imposée par une disposition conventionnelle a été mise en œuvre.

Délégué du personnel membre du CHSCT. Perte du mandat de délégué - Pas d'incidence.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne prévoit de conditions à remplir pour être désigné en tant que membre du CHSCT. Tout salarié d'un établissement peut être désigné, qu'il soit ou non titulaire d'un mandat, par exemple de délégué du personnel. Il n'y a pas de lien entre les deux fonctions qui sont indépendantes. Dès lors, lorsqu'un membre du CHSCT, par ailleurs délégué du personnel perd son mandat de délégué, il n'en demeure par moins membre du CHSCT jusqu'à l'expiration de son mandat. C'est ce que vient de déclarer la Cour de Cassation (7 février 1990, Bull. V n° 53 p. 33) confirmant la décision du tribunal d'instance.
Dans l'espèce en cause, l'employeur avait considéré que la perte du mandat de délégué du personnel d'un membre du CHSCT entrainait la cessation de ses fonctions au dit CHSCT.
L'employeur avait convoqué les instances représentatives du personnel afin d'élire le remplaçant. Cette élection fut annulée par le Tribunal d'instance pour les raisons évoquées plus haut.

QUELQUES CHIFFRES UTILES	
• SMIC horaire (au 1/07/90)	31,28 F
• SMIC mensuel (169 h - au 1/07/90)	5 286,32 F
• Minimum garanti (au 01/07/90)	15,88 F
• Plafond de sécurité sociale	11 040,00 F
• Indice des prix INSEE national juillet 90	183,6
• Taux d'intéret légal pour 1990	9,36 %
• Taux de compétence des conseils de prud'hommes en dernier ressort pour 1990	16 600,00 F

BON D'ABONNEMENT

Nom	Prénom
Adresse	
Code postal	Bureau distributeur

Je m'abonne à Action Juridique pour 1 an
Tarif normal : ..... 224 F ☐
Tarifs adhérents CFDT : ..... 199 F ☐
Jumelé avec le code des fonctions publiques : ..... 477 F ☐
Pour les adhérents CFDT, indiquer la fédération :
.....
Ci-joint un chèque à l'ordre de CFDT Presse

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

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

Vente au numéro

Des anciens numéros d'Action Juridique sont encore disponibles. Prix franco :
- jusqu'au n° 68 : 30 F
- du n° 69 au n° 73 : 43 F
- du n° 74 au n° 79 : 44 F

Pour s'abonner : tarifs en 1990

Vous n'êtes pas abonnés et vous venez de découvrir Action Juridique.
Abonnement annuel ordinaire : 224 F ; réservé aux adhérents CFDT : 199 F
Abonnement annuel pour l'étranger : 269 F
Abonnement annuel Action Juridique et Code des Fonctions publiques : 477 F
Abonnement groupés avec réception individuelle : tarif spécial à partir de 5 ex. s'adresser à CFDT Presse.
Indiquer par lettre vos noms et adresses en capitales, joindre le chèque correspondant à l'ordre de CFDT-Presse et envoyer le tout à : CFDT-Presse 4 bd de la Villette 75955 Paris cedex 19. Tél: (1) 42 03 81 40.

Pour renouveler son abonnement

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

En cas de changement d'adresse

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

Service gratuit de copie de document

Action Juridique offre à ses abonnés un service privilégié : le droit à la copie d'un document cité dans la revue. Pour bénéficier de ce service, indiquer lisiblement la demande, joindre obligatoirement une étiquette d'envoi et envoyer le tout à :
Rédaction Action Juridique, 4 bd de la Villette 75955 Paris cedex 19.

Service réponse à vos questions

Ce service spécial est réservé à nos abonnés. Formuler votre question par lettre adressée à :
Rédaction Action Juridique, 4 bd de la Villette 75955 Paris cedex 19.
La rédaction vous répondra soit directement, soit dans la rubrique Réponses à vos questions.

Service classement Action Juridique

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

« Vos droits » sur Minitel : 36.15 - CFDT

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