



Édito

Dans ce numéro, vous retrouverez un arrêt précisant que l'indemnité conventionnelle ou légale de licenciement et l'indemnité forfaitaire de travail dissimulé peuvent désormais se cumuler.

Vous pourrez prendre connaissance également de trois arrêts rendus par la Cour de Cassation relatifs à l'application de la Loi du 20 août 2008. Les deux premiers concernant la liberté syndicale et à la proximité des délégués syndicaux avec les salariés de l'établissement, sont analysés par Thierry RENARD.

Le troisième précise que la clause de répartition des ETAM entre les deux premiers collègues ne nécessite pas l'unanimité des syndicats.

Nous abordons aussi un arrêt rendu le 20 février 2013 à propos du respect de la durée maximale de travail. Il a été jugé que c'est au seul employeur qu'il appartient de prouver que la durée maximale quotidienne et la durée maximale hebdomadaire de travail sont bien respectées.

Bonne lecture et à bientôt !!!

Revirement de jurisprudence en matière de travail dissimulé : le cumul des indemnités est désormais possible. Par Thierry Vallat, Avocat.

L'indemnité conventionnelle ou légale de licenciement et l'indemnité forfaitaire de travail dissimulé peuvent désormais se cumuler !

L'actualité du travail dissimulé est sans conteste dominée ce mois-ci par la décision qui vient d'être rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation du 6 février 2013 (pourvoi n° 11-23738)

Cet arrêt était déjà remarquable pour sa partie qui concernait la validation des enregistrements réalisés sur un répondeur de téléphone portable qui ne constituaient pas un moyen déloyal de preuve, en l'occurrence pour contester un licenciement : c'était déjà une petite révolution.

Et voilà que le deuxième moyen de cet arrêt décidément novateur est relatif à la problématique bien connue du cumul de l'indemnité conventionnelle ou légale de licenciement et l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé que refusait obstinément d'appliquer les tribunaux.

En effet, l'employeur faisait grief à l'arrêt confirmatif d'appel de l'avoir condamné à verser à son salarié abusivement licencié à la fois une indemnité conventionnelle de licenciement et une indemnité pour travail dissimulé, alors que les dispositions de l'article L. 8223-1 du Code du travail ne feraient, selon l'employeur, pas obstacle au cumul de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé qu'elles prévoient avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail, à la seule exception de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

Rappelons que l'article L. 8223-1 dispose depuis 2008 qu' "*En cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L. 8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire*".

C'était une position restrictive qui était

retenue jusqu'alors par les juridictions sociales qui estimaient que l'indemnité pour travail dissimulé et une indemnité conventionnelle de licenciement n'étaient pas cumulables, seule la plus élevée des deux devant être allouée au salarié, sauf à violer l'article L. 8223-1 du Code du travail susvisé.

Un récent arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2012 adoptait encore cette analyse très ferme.

La Chambre sociale ne l'entend cependant manifestement plus de cette oreille et sa formation plénière va refaire une lecture sans doute plus rigoureuse (pour les employeurs) de cet article L. 8223-1 du Code du travail, et nous indiquer qu'en cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L. 8221-3 ou en commettant les faits prévus par l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire et qu'au regard de la nature de sanction civile de cette indemnité, ces dispositions ne font pas obstacle au cumul de l'indemnité forfaitaire qu'elles prévoient avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail.

Bref : les deux indemnités peuvent désormais se cumuler, ce qui constitue un revirement de jurisprudence pour le moins spectaculaire et inattendu, mais totalement justifié et que nombre de praticiens attendaient avec impatience !

APPLICATION DE LA LOI DU 20 AOÛT 2008

Deux arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 27 février 2013 : Liberté syndicale et proximité des délégués syndicaux avec les salariés de l'établissement

La loi du 20 août 2008 n'en finit pas de générer des interprétations et des difficultés d'application.

La question de la désignation des délégués syndicaux est une question souvent problématique avec la condition d'audience personnelle du délégué syndical. Notamment quand en raison des réorganisations internes des

entreprises, le syndicat pourtant représentatif dans l'établissement au sens de l'exercice du droit syndical, ne dispose plus de candidat ayant obtenu une audience personnelle de 10%.

L'article L 2143-3 du Code du travail dispose :

« Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins cinquante salariés, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, dans les limites fixées à l'article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur.

S'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au premier alinéa, une organisation syndicale représentative peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

La désignation d'un délégué syndical peut intervenir lorsque l'effectif d'au moins cinquante salariés a été atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes. »

La question posée est celle de savoir si un syndicat qui a présenté des candidats dans le périmètre de désignation mais qui n'a pas obtenu dans ce périmètre aucun candidat atteignant 10% des voix dans un collège, peut avoir recours aux dispositions de l'article L2143-3 alinéa 2 du Code du travail pour désigner un délégué syndical.

La situation où un syndicat représentatif (dans le périmètre du CE) qui n'a pas obtenu dans le périmètre de désignation d'un délégué syndical (d'établissement) de candidats ayant atteint un score personnel de 10% est fréquente dans les entreprises multi-établissements et à structure complexe.

I.

Cette situation intervient d'autant plus que la loi n'a pas résolu tous les problèmes loin s'en faut, en matière d'implantation syndicale. Il est fréquent qu'au sein d'une entreprise, l'implantation syndicale dans tel ou tel établissement fasse défaut,

nonobstant la circonstance que le syndicat soit représentatif dans le périmètre du CE.

II.

Certains jeux compliqués entre directions d'entreprises et certaines organisations syndicales ont centralisé le niveau de représentativité en diminuant le nombre de comités d'établissement et en centralisant le niveau géographique du CE. Une telle situation étant considérée empêcher les syndicats émergents d'obtenir la qualité d'organisation syndicale représentative au niveau centralisé.

Mais cela met également en évidence, le nombre d'établissements au sens de l'exercice du droit syndical au sein desquels aucun candidat n'obtient à titre personnel les 10% ou même où il n'y avait pas de candidats émanés de ces organisations dans ce périmètre.

III.

La difficulté est amplifiée quand un accord d'entreprise fixe, en plus des délégués syndicaux légaux, des délégués syndicaux conventionnels supplémentaires. Le nombre de candidats nécessaires pour pouvoir désigner tous les délégués devient alors une difficulté difficilement surmontable.

IV.

Le MEDEF et la CFDT ont été très en pointe pour que le délégué syndical soit élu directement par les salariés. La Position commune du 9 avril 2008 qui a été reprise dans la loi du 20 août 2008 vise une condition d'audience personnelle du délégué syndical.

V.

Certains auteurs ont considéré que la question d'une audience personnelle du délégué syndical participait de la logique d'un syndicalisme de proximité. L'idée serait que « le délégué syndical doit désormais être accepté par les salariés qu'il va représenter à la table des négociations ». (V. Actuel RH 21/04/2010 sur l'arrêt du 14 avril 2010).

L'ambition de rapprocher représentants et représentés est une ambition louable du point de vue démocratique.

VI.

Mais le choix opéré du périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale au niveau du comité d'entreprise, du comité d'établissement conduit, dans les cas des entreprises à structure complexe

avec des établissements (au sens du droit syndical) mis en place dans des périmètres inférieurs, à une représentativité syndicale descendante. Le syndicat est automatiquement représentatif dans l'ensemble des établissements de droit syndical couverts par le CE dans le périmètre duquel le syndicat est représentatif.

VII.

De sorte que le syndicat étant représentatif au niveau du périmètre du CE, il a la qualité pour participer à toutes les négociations bien évidemment au niveau du périmètre du CE, mais également au niveau des périmètres inférieurs s'ils existent. En l'absence de délégué syndical d'établissement, l'organisation syndicale représentative ne peut être évincée des négociations.

V. Cour de cassation 8 juillet 2009 n°08-41507

VIII.

Il s'en suit que la négociation peut très bien intervenir sans que la personne qui représente les salariés de l'établissement ait été candidate dans l'établissement considéré. Le lien entre représentés/représentants devient plus distendu que si le syndicat pouvait désigner un délégué syndical dans l'établissement y compris parmi des candidats n'ayant pas obtenu à titre personnel 10% des suffrages, ou l'un de ses adhérents de l'établissement.

Au regard de la finalité de la loi on ne voit pas trop bien comment le refus d'autoriser la désignation d'un candidat n'ayant pas obtenu 10% serait conforme aux objectifs poursuivis.

Les expressions « en priorité », « circonstances particulières », « situation particulière » (14 avril 2010 n° 09-60426, 12 avril 2012 n° 11-60218, 7 novembre 2012 n°11-61212) utilisées dans certains arrêts de la Cour de cassation militent pour une limitation de l'ingérence dans le choix du délégué syndical.

IX.

Au sein de l'UES France TELECOM, un avenant n°3 du 4 mai 2011 à l'accord sur l'architecture des instances représentatives du personnel dans le cadre de l'UES a prévu l'existence de délégués syndicaux dans le périmètre du CE et l'existence de délégués syndicaux conventionnels dans un périmètre inférieur.

Les délégués syndicaux du périmètre du CE sont appelés délégués syndicaux de l'établissement principal.

Les délégués syndicaux conventionnels du niveau infra-CE sont appelés, délégués syndicaux des

établissements secondaires.

Le périmètre des délégués syndicaux conventionnels des établissements secondaires correspond par ailleurs au périmètre des établissements au sens des délégués du personnel.

L'accord de droit syndical prévoit ainsi que les organisations syndicales représentatives au niveau du comité d'établissement peuvent désigner des délégués syndicaux au niveau de l'établissement principal **et** au niveau des établissements secondaires.

L'accord prévoit également des délégués syndicaux adjoints

Pour le périmètre d'un CE, il peut y avoir plus de vingt délégués syndicaux (légaux et conventionnels pour un seul CE et des délégués du personnel d'établissement).

Dans ce cadre, (et compte tenu du nombre important de délégués syndicaux) dès lors que le syndicat est représentatif, il apparaît légitime qu'il bénéficie de l'ensemble des moyens afférents à cette représentativité. L'absence de candidats ayant atteint 10% dans un établissement ne saurait justifier l'interdiction de pouvoir désigner des délégués surnuméraires.

V. dans ce sens Cour de cassation 14 décembre 2011 n°10-26081.

X. En conclusion

Par l'effet combiné de la notion de périmètre de la représentativité (CE) et du lieu d'exercice de cette représentativité (périmètres infra-CE), il est préférable au titre de la notion même de proximité qui s'attache à la finalité de la loi, d'admettre que le syndicat représentatif puisse désigner un candidat n'ayant pas atteint un score personnel de 10%, mais qui sera effectivement salarié de l'établissement, plutôt que d'introduire une dé corrélation entre l'établissement et l'exercice de la représentativité par la participation toujours permise d'un représentant d'un niveau géographique supérieur, à la négociation de l'établissement.

En définitive, ne pas l'admettre se borne seulement à limiter le nombre de délégués syndicaux.

Cette solution s'impose d'autant plus dans le cas de délégués syndicaux surnuméraires mis en place par accord d'entreprise.

Tout en gardant la logique qui s'évince de la notion de « par priorité » pour le choix du délégué syndical, il est envisageable d'assouplir l'interprétation du texte afin que l'ingérence dans la désignation des

représentants syndicaux ne déséquilibre pas par trop l'économie générale de la loi, en permettant que le syndicat représentatif puisse désigner dans un établissement un candidat n'ayant pas atteint une audience personnelle de 10% dans un collège, et rester ainsi proche des salariés qu'il est susceptible d'engager dans la négociation.

Un jugement du Tribunal d'instance de Villejuif va dans ce sens : **Jugement TI Villejuif 9mars2012**

Ce jugement a fait l'objet d'un pourvoi en cassation et la Cour de cassation par un Arrêt du 27 février 2013 a rejeté ce pourvoi. **DS – désignation sur une autre liste – pas d'obligation de proposé aux candidats de sa propre liste – cass soc 27 février 2013**

La Cour de cassation a pris une position cohérente avec sa doctrine d'un syndicalisme de proximité et sa position doit être approuvée.

Cette décision combine liberté syndicale (liberté de choix du délégué syndical) et exercice des droits tirés de la représentativité acquise par l'audience électorale du syndicat.

V. également arrêt du même jour :

DS – 10% – plus de candidat – désignation d'un simple adhérent – cass soc 27 février 2013

La clause de répartition des ETAM entre les deux premiers collèges ne nécessite pas l'unanimité des syndicats

Toutes les clauses du protocole d'accord préélectoral n'obéissent pas aux mêmes règles de validité. À titre d'exemple, le protocole peut modifier la composition des collèges électoraux ; dans ce cas, cette clause nécessite d'être signée par toutes les organisations représentatives existant dans l'entreprise (c. trav. art. L. 2314-10 et L. 2324-12).

Une clause qui répartit les employés, techniciens et agents de maîtrise (ETAM) entre les deux premiers collèges obéit-elle à cette même condition de majorité ?

Réponse négative de la Cour de cassation qui considère que ce type de clause ne modifie pas la composition des collèges. Elle est donc soumise à la condition de la double majorité et non à celle de l'unanimité.

Peu importe donc que le code du travail limite la composition du premier collège aux seuls ouvriers et employés.

Cass. soc. 13 février 2013, n° 11-25468 FSPB

Respect de la durée maximale de travail : la charge de la preuve incombe à l'employeur

C'est au seul employeur qu'il appartient de prouver que la durée maximale quotidienne et la durée maximale hebdomadaire de travail sont bien respectées, c'est l'enseignement [de l'arrêt rendu le 20 février 2013 par la Cour de cassation](#).

Rappelons que l'article L. 3171-4 du Code du travail relatif à l'établissement du nombre d'heures de travail accomplies prévoit que le juge forme sa conviction au regard des éléments fournis par l'employeur, et de ceux fournis par le salarié.

Pour la Cour de cassation, ces dispositions ne s'appliquent pas à la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne, ni à ceux prévus :

- par l'article L. 3121-34 du Code du travail, pour la durée maximale quotidienne,

- et par l'article L. 3121-35 du Code du travail, pour la durée maximale hebdomadaire.

Dans ces cas, la preuve de leur respect incombe uniquement à l'employeur.

Dès lors, dans l'hypothèse où l'employeur n'apporte aucun élément de preuve devant le conseil de prud'hommes, le Tribunal devra nécessairement faire droit aux demandes du salarié.

Responsable Juridique
Union Syndicale Solidaires
Willem SAMSON
juridique@solidaires.org

Veille juridique - Bulletin juridique
Union Syndicale Solidaires
Jean Pierre MEO
meo.jeanpierre@gmail.com

Bulletin consultable sur :
<http://solidaires.org>
<http://solidairesassurances.free.fr>