

Vous pouvez nous retrouver sur notre LinkedIn [Actance Avocats](#) et très prochainement sur notre **Application mobile** compatible sur Android et Apple.



RELATIONS INDIVIDUELLES

Elections professionnelles au sein d'un établissement – Score de 10 % recueilli par un salarié – Mutation au sein d'un autre établissement – Désignation en tant que délégué syndical au sein de l'établissement d'accueil (NON) – Le score de 10 % n'est pas transférable

Rappel : Chaque organisation syndicale représentative (ORS) dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins 50 salariés, qui constitue une section syndicale, peut désigner un ou plusieurs délégués syndicaux (DS) pour la représenter auprès de l'employeur (articles L. 2143-12 et R. 2143-2 du Code du travail).

Le DS est choisi parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli à titre personnel et dans leur collège au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au CE ou de la DUP ou des DP, quel que soit le nombre de votants (article L. 2143-3 du Code du travail).

Il s'agit d'une règle d'ordre public ; ni un accord collectif ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peut la modifier (Cass. Soc., 29 mai 2013, n° 12-26.457).

Toutefois, si aucun des candidats présentés par l'organisation syndicale aux élections professionnelles n'a recueilli au moins 10 % des suffrages à titre personnel dans leur collège ou s'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit ces conditions, une OSR peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement (article L. 2143-3 du Code du travail).

La Cour de cassation retient une interprétation stricte des dispositions de l'article L. 2143-3 du Code du travail (Cass. Soc., 25 novembre 2015, n° 15-14.061). Ainsi, tant que l'ORS dispose de candidats ayant obtenu au moins 10 % des suffrages, le DS doit être choisi parmi eux et ce, même si les candidats restant qui remplissent cette condition ont, soit changé d'appartenance syndicale, soit refusé le mandat de DS (Cass. Soc., 10 mars 2016, n° 15-18.861).

Cass. Soc., 3 novembre 2016, n° 15-60.203 et 15-60.223

Lors des dernières élections professionnelles au sein de l'établissement, un salarié a recueilli au moins 10 % des suffrages, sans pour autant être désigné DS.

Par la suite, il est muté dans un autre établissement de l'entreprise où il est désigné DS.

Contestant cette désignation, l'entreprise a saisi le Tribunal d'instance. Elle soutenait que le salarié ne pouvait pas être désigné DS au sein du nouvel établissement puisqu'il avait perdu son score de 10 % du fait de sa mutation.

A l'inverse, le syndicat estimait que le salarié avait conservé le score qu'il avait obtenu lors des élections professionnelles organisées dans son établissement d'origine, peu important sa mutation.

Le Tribunal a fait droit à la demande de l'entreprise et annulé la désignation du DS.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation confirme la décision de première instance en rappelant dans un attendu de principe les termes de l'article L. 2143-3 du Code du travail précité.

Un DS doit être choisi en priorité parmi les salariés ayant recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles.

C'est seulement si aucun candidat présenté par l'ORS ne remplit ce critère ou lorsqu'il ne reste plus aucun candidat dans l'établissement aux élections professionnelles qui remplit cette condition que l'ORS peut désigner un DS parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'établissement.

En l'espèce, le syndicat de l'établissement d'accueil ne pouvait désigner ce salarié comme DS puisqu'il existait au sein de cet établissement des candidats ayant obtenu au moins 10 % des suffrages lors des élections professionnelles.

Membre du CE – Mutation au sein d'un autre établissement de l'entreprise – Perte du mandat

Rappel : L'employeur ne peut imposer à un salarié protégé une modification de son contrat de travail ou un changement de ses conditions de travail. Il doit obtenir au préalable son accord exprès. En cas de refus du salarié, l'employeur a deux possibilités : soit renoncer à sa décision, soit saisir l'Inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licenciement (Cass. Soc., 21 novembre 2006, n° 04-47.068).

Ainsi, la mutation géographique suppose l'accord exprès du salarié protégé et ce, même si son contrat de travail contient une clause de mobilité (Cass. soc., 17 mars 1993, n° 90-41.556) ou si la mutation a lieu dans le même secteur géographique (CE., 23 décembre 2014, n° 364616).

Cass. Soc., 3 novembre 2016, n° 15-16.026

Le 6 novembre 2005, un salarié est élu membre suppléant du comité d'établissement regroupant les trois sites situés dans le 13^e, 15^e et 20^e arrondissement de Paris.

A la suite de la fermeture du site du 15^e arrondissement sur lequel travaillait le salarié, celui-ci est affecté dans le 19^e arrondissement de Paris par un avenant à son contrat de travail prenant effet le 1^{er} janvier 2006.

Le 5 mars 2007, le salarié est licencié pour faute grave sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail.

Contestant cette décision, le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de nullité de son licenciement pour violation du statut protecteur.

La Cour d'appel a débouté le salarié de sa demande estimant que son mandat « avait pris fin à l'occasion de sa mutation dans un autre établissement ».

Le salarié s'est pourvu en cassation estimant que lorsque la mutation est la conséquence de la fermeture d'un site, celle-ci « est sans effet sur la poursuite du mandat ».

La Cour de cassation rejette le pourvoi sur ce point considérant que « la mutation d'un salarié protégé, expressément acceptée par ce dernier, d'un établissement dans lequel il exerçait des mandats représentatifs, dans un autre établissement de la même entreprise, met fin à ses mandats ».

Par conséquent, le salarié ne pouvait plus se prévaloir du statut protecteur le 5 mars 2007 puisque son mandat avait pris fin le 1^{er} janvier 2006 et sa période de protection le 1^{er} juillet 2006.

Salarié enceinte – Licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement nul – Deux motifs de licenciement : faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat de travail

Rappel : Pendant sa grossesse, la salariée bénéficie d'une période de protection pendant laquelle l'employeur ne peut la licencier à moins qu'il justifie (article L. 1225-4 du Code du travail) :

- d'une faute grave ;
- ou de l'impossibilité de maintenir son contrat pour un motif non lié à la maternité.

Cass. Soc., 3 novembre 2016, n° 15-15.333

Le 12 mars 2009, une salariée est déclarée inapte à tout poste dans l'entreprise, en un seul examen, avec mention d'un danger immédiat pour sa santé.

Par lettre du 7 mai 2009, elle a informé son employeur de son état de grossesse en lui adressant un certificat médical l'attestant.

Le 30 juillet 2009, la salariée est licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Contestant cette mesure, la salarié a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la nullité de son licenciement.

Elle reprochait à son employeur de l'avoir licenciée pour inaptitude alors qu'en raison de son état de grossesse elle bénéficiait d'une protection contre le licenciement limitant les motifs de rupture du contrat de travail à la faute grave ou à l'impossibilité de maintenir son contrat.

La Cour d'appel a fait droit à sa demande après avoir constaté que la lettre de licenciement mentionnait l'inaptitude et l'impossibilité de reclassement et non « un des deux motifs susceptibles de justifier le licenciement d'une salariée enceinte en application de l'article L. 1225-4 du code du travail ».

Contestant cette décision, l'entreprise s'est pourvue en cassation. Elle soutenait que le motif de l'inaptitude et d'impossibilité de reclassement mentionné dans la lettre de licenciement devait s'analyser en une impossibilité de maintenir le contrat de travail.

Pour l'entreprise, le fait que la lettre de licenciement ne mentionnait pas expressément l'impossibilité de maintenir le contrat de travail de la salariée était sans incidence, l'article L. 1225-4

du Code du travail n'imposant pas une telle exigence.

Dès lors, il appartenait à la Cour d'appel de rechercher si l'entreprise n'était pas dans une situation d'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse de la salariée.

La Cour de cassation ne retient pas l'argument de l'employeur et rejette le pourvoi.

Selon la haute juridiction il résulte « des dispositions combinées des articles L. 1232-6 et L. 1225-4 du code du travail que l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs de licenciement dans la lettre de licenciement et qu'il ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée en état de grossesse médicalement constatée que s'il justifie :

- d'une faute grave de l'intéressée non liée à l'état de grossesse
- ou de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption, de maintenir le contrat ».

En conclusion, l'employeur qui souhaite licencier une salariée déclarée inapte, bénéficiant d'une protection en vertu de l'article L. 1225-4 du Code du travail, doit impérativement mentionner dans la lettre de licenciement :

- un des deux motifs limitativement énumérés à l'article L. 1225-4 du Code du travail ;
- en cas d'impossibilité de maintenir le contrat, les raisons qui empêchent ce maintien.

RELATIONS COLLECTIVES

Elections professionnelles – Vote électronique – Fixation du cadre général par accord d'entreprise – Modalités de mise en œuvre déterminées par accord d'établissement (OUI)

Rappel : La Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a modifié les conditions de recours au vote électronique pour les élections professionnelles.

Avant cette Loi, la mise en œuvre du vote électronique était subordonnée à la conclusion

d'un accord d'entreprise ou de groupe comportant un cahier des charges.

Désormais, l'employeur peut, en l'absence d'accord, décider de recourir au vote électronique selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la CNIL (articles L. 2314-21 ; L. 2324-19 ; R. 2314-8 et R. 2324-4 du Code du travail).

Le protocole préélectoral doit mentionner l'existence de l'accord d'entreprise ou de

l'accord de groupe et comporter, en annexe, la description détaillée du fonctionnement du système retenu et du déroulement des opérations électorales (article R. 2314-16 et R. 2324-12 du Code du travail).

Cass. Soc., 3 novembre 2016, n° 15-21.574

Un accord collectif relatif au vote électronique a été conclu au niveau de l'entreprise.

Cet accord fixait le cadre général des modalités de recours au vote électronique et renvoyait aux établissements le soin de préciser, par accord d'établissement distinct du protocole préélectoral, les modalités de mise en œuvre concrètes du système.

Au sein de l'établissement siège, un accord a été conclu en ce sens.

En vue des élections du comité d'établissement et des délégués du personnel, deux protocoles d'accord préélectoraux ont également été conclus au sein de l'établissement siège. Ces protocoles reprenaient les dispositions de l'accord d'entreprise et de l'accord d'établissement concernant le vote électronique.

Un syndicat de l'établissement siège a saisi le Tribunal d'instance d'une demande d'annulation du premier tour des élections. Il faisait valoir :

- D'une part, que le recours au vote électronique n'était pas conforme aux dispositions légales qui exigent la conclusion d'un accord d'entreprise et non d'un accord établissement ;
- D'autre part, qu'aucun cahier des charges n'avait été annexé à l'accord d'entreprise.

Le Tribunal fait droit à la demande du syndicat. L'entreprise s'est alors pourvue en cassation.

La Cour de cassation censure la décision du tribunal considérant :

- D'une part, que « dans une entreprise divisée en établissements, un accord d'entreprise peut fixer le cadre général du recours au vote électronique et renvoyer les modalités de sa mise en œuvre à un accord d'établissement » ;

- D'autre part, que le cahier des charges que doit contenir l'accord « n'est soumis à aucune condition de forme ».

Dans cet arrêt, la Haute juridiction apporte deux précisions importantes.

Un accord d'établissement peut fixer les modalités de mise en œuvre du vote électronique lors des élections professionnelles ayant lieu dans l'établissement lorsqu'un accord d'entreprise l'a autorisé et encadré au préalable.

Le cahier des charges que doit contenir l'accord d'entreprise n'a pas à faire l'objet d'un document annexe à l'accord et peut être directement contenu dans celui-ci.

Transfert conventionnel des contrats de travail en cas de changement de prestataire – Application de l'accord même si les prestations réalisées par le dernier prestataire ont été temporairement réduites

Rappel : Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise (article L. 1224-1 du Code du travail).

Toutefois, cet article ne s'applique pas, notamment en cas de perte de marché et de reprise par un concurrent ; dans ce cas de figure, les contrats de travail peuvent être transférés en application d'une convention ou d'un accord collectif.

Ces accords sont négociés principalement dans les branches de prestations de services (propreté notamment).

Cass. Soc., 26 octobre 2016, n° 15-18-178

Une salariée, agent de propreté, a été affectée au nettoyage des locaux d'une entreprise. Par la suite, cette dernière a mis fin au contrat avec le prestataire de services A, car elle a décidé de louer ses locaux à la Préfecture de Police.

La Préfecture de police a alors décidé de reprendre l'ancien prestataire de service A pour effectuer le nettoyage pendant 3 mois et demi avant de confier le marché à un autre prestataire B.

A l'issue des 3 mois et demi, un nouveau contrat de marché a été conclu avec ce nouveau prestataire B. Ce dernier a proposé à la salariée un nouveau contrat à durée indéterminée comportant une période d'essai, ce qu'elle a refusé.

Invoquant une rupture au cours de la période d'essai, la société B a mis fin au contrat de travail de la salariée.

La salariée et la société B ont saisi la juridiction prud'homale pour contester le transfert du contrat de travail en application de l'accord du 29 mars 1990.

Cet accord prévoyait sous certaines conditions notamment de présence dans l'entreprise, le transfert des contrats de travail en cas de changement de prestataire de services dans les mêmes locaux.

L'entreprise faisait valoir que l'ancien prestataire A effectuait des prestations ponctuelles ne concernant que des locaux non occupés. Dès lors, il n'y avait pas identité de lieux pouvant entraîner le transfert de contrats de travail. En l'absence de transfert, l'entreprise B estimait pouvoir proposer un nouveau contrat à la salariée.

Pour sa part, la salariée faisait valoir que le marché initial concernait 15 salariés pour un budget annuel de 52 000 euros alors que le nouveau contrat de nettoyage avait été conclu pour un budget de 1 600 euros concernant que deux salariés. Dès lors, selon elle, il ne pouvait avoir transfert des contrats de travail. Son ancien contrat avec la société A aurait donc dû se poursuivre.

La Cour d'appel ne suit pas les arguments des parties et retient le transfert du contrat de travail de la salariée. Selon elle, la condition d'identité de lieu était remplie.

La Cour estime, en effet, que les deux prestataires de services A et B se sont succédés dans les mêmes locaux au sens de l'accord du 29 mars 1990.

Selon la cour, il importe peu que le prestataire initial « ait signé un nouveau contrat de nettoyage avec la Préfecture de police pour une durée de trois mois et demi » ne concernant que deux salariées, le transfert des contrats de travail en application de l'accord n'étant pas soumis à « des conditions d'étendue des prestations ».

Dès lors, la rupture du contrat de travail de la salariée s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Contestant cette décision, les parties ont formé un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation rejette le pourvoi considérant qu'il y avait bien transfert des contrats de travail dans la mesure où :

- les entreprises effectuaient leurs prestations de nettoyage dans les mêmes locaux, « peu important l'étendue réduite des prestations pendant trois mois et demi » ;
- la salariée était demeurée affectée aux prestations de nettoyage durant cette période temporaire de réduction de l'étendu du marché et qu'elle remplissait les conditions de l'accord du 29 mars 1990 concernant la durée de présence dans l'entreprise.

Avantage conventionnel – Différence de traitement instaurée par accord d'établissement présumée justifiée

Rappel : Sont présumées justifiées les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de convention ou d'accord collectif négocié et signé par des organisations syndicales représentatives (Cass. Soc., 27 janvier 2015, n° 13-14-773).

Dans un arrêt du 8 juin 2016, la Cour de cassation a étendu cette présomption de justification aux différences de traitement opérées par la voie conventionnelle entre des salariés relevant d'une même catégorie professionnelle mais exerçant des fonctions différentes (Cass. Soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324 ; Cf Actu-tendance n° 358).

Cass. Soc., 3 novembre 2016, n° 15-18.844

Dans le cadre d'une restructuration, une entreprise a regroupé deux de ses établissements établis en Seine-Maritime en un établissement unique appelé Pays de Bray.

Au sein de cet établissement, la direction et trois syndicats représentatifs ont signé un accord visant à fixer un barème de rémunération spécifique pour les salariés de cet établissement.

Cet accord prévoyait pour les seuls salariés de l'établissement de Pays de Bray une augmentation salariale sur trois ans et le versement d'une prime dite « d'amélioration continue ».

Estimant que cet accord instaurait une différence de traitement vis-à-vis des salariés des autres établissements de l'entreprise, un syndicat a saisi le Tribunal de grande instance afin que les salariés de son établissement bénéficient également de ces conditions salariales plus avantageuses.

Débouté de sa demande, le syndicat a formé un pourvoi en cassation soutenant que cette différence de traitement ne reposait sur aucune raison objective.

Au soutien de sa demande, le syndicat s'appuyait sur la jurisprudence du 21 janvier 2009 qui stipulait « qu'il ne peut y avoir de différence de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence » (Cass. Soc., 21 janvier 2009, n° 07-43.452).

La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle écarte la jurisprudence de 2009 et étend la présomption de justification de la différence de traitement retenue par les arrêts de janvier 2015 et de juin 2016 précités.

La Haute juridiction considère « que les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords

d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ».

Autrement dit, « un accord d'établissement peut instituer dans le cadre de l'établissement un régime plus favorable aux salariés que le régime général existant au sein de l'entreprise :

- sans pour autant caractériser une rupture illicite du principe d'égalité de traitement au détriment des salariés des autres établissements et ;
- sans qu'il soit nécessaire de rechercher si la différence de traitement instituée par cet accord au bénéfice des salariés de l'établissement concerné repose ou non sur des critères objectifs et pertinents ».

En l'espèce, le syndicat a été débouté de sa demande puisqu'il n'a pas rapporté la preuve que la différence de rémunération prévue par l'accord d'établissement était étrangère à toute considération de nature professionnelle.

Législation et réglementation

Décret n° 2016-1474 du 28 octobre 2016 relatif à la prise en compte, pour la mesure de la représentativité patronale, des organisations professionnelles d'employeurs adhérant à plusieurs organisations de niveau national et interprofessionnel

La Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 a réformé la mesure de la représentativité patronale.

Un décret n° 2016-1419 du 20 octobre 2016 a précisé les règles de calcul de l'audience des organisations professionnelles d'employeurs (Cf. Actu-tendance n° 374).

Le présent décret complète ces dispositions en prévoyant la répartition de l'audience lorsqu'une organisation professionnelle d'employeurs adhère à plusieurs organisations professionnelles d'employeurs ayant statutairement vocation à être présentes au niveau national et interprofessionnel.

Dans un tel cas, l'organisation professionnelle d'employeurs doit répartir ses entreprises adhérentes entre les différentes organisations afin de mesurer leur audience.

Chacune des organisations doit bénéficier d'une part d'entreprises adhérentes qui ne peut être inférieure à un pourcentage (article L. 2152-4 du Code du travail).

Selon le présent décret, ce pourcentage minimum est fixé à 10 % (article D. 2152-9-1 du Code du travail).

Cette clé de répartition s'applique également au nombre de salariés des entreprises adhérentes.

Décrets et arrêtés du 28 octobre 2016 et une circulaire du 2 novembre sur les conditions d'accès des étrangers au marché du travail Français

La Loi du 7 mars 2016 relative aux droits des étrangers a modifié les conditions d'accès au marché du travail des étrangers en France.

Les trois décrets et les deux arrêtés du 28 octobre 2016 précisent notamment :

- les conditions de délivrance des autorisations de travail ;
- la liste des documents à fournir par l'employeur pour obtenir cette autorisation ;
- les domaines qui bénéficient d'une dispense d'autorisation de travail.

Ces différents textes sont applicables depuis **le 1^{er} novembre 2016**.

Une circulaire du ministère de l'Intérieur, datée du 2 novembre, apporte également des précisions sur le sujet.

PARIS

152 bis, rue de Longchamp – 75116 Paris
Tél. : 33 (0)1 44 94 96 00
www.actanceavocats.com

NICE

1, rue Louis Gassin – 06300 Nice
Tél. : +33 (0)4 93 80 79 50
www.actanceavocats.com



Firme entrepreneuriale
de plus de 5 ans

2016



Réorganisation, restructuration
sociale et contentieux associés

2016