



Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale

5, rue du Renard – 75004 Paris - fax : 01.42.71.39.87
mail : afdt.asso@gmail.com - <http://www.afdt-asso.fr>

« *Actualité jurisprudentielle de la chambre sociale de la cour de cassation* »

Séance du 27 mars 2009

Laurence Pécaut-Révolier, conseiller référendaire

J'ai choisi d'aborder des arrêts en lien avec la matière de la représentation des salariés dans l'entreprise, parce qu'il s'agit d'une matière qui a connu des bouleversements importants au cours de l'année écoulée, à la fois sur le plan législatif avec la loi du 20 août 2008, et à la fois sur le plan jurisprudentiel, avec un certain nombre d'arrêts qui sont assez marquants.

S'agissant de la loi du 20 août 2008, la Cour de cassation a déjà été saisie de plusieurs pourvois à partir de décisions récentes des tribunaux d'instance. Il est probable qu'elle sera en mesure de rendre ses premiers arrêts à ce sujet en juillet prochain.

S'agissant de la jurisprudence, si elle est dans ce domaine est particulièrement importante, c'est d'abord parce que les litiges se multiplient, et ensuite parce que la matière est vivante et terriblement évolutive. Dans ce contexte, ce que cherche avant tout la chambre sociale, et ce n'est pas évidemment propre à cette matière, c'est de réussir à combiner le maintien d'une souplesse importante du dispositif, qui est, rappelons le, entre les mains des partenaires sociaux, tout en apportant une sécurisation juridique des différents processus.

Trois grands thèmes à ce sujet:

- la clarification de la notion d'UES
- l'exercice du droit syndical
- et pour finir, sujet qui a rebondi récemment, la participation des salariés mis à disposition au processus électoral de l'entreprise.

I- Une clarification de la notion d'UES.

1- A quoi sert l'UES?

Depuis que la Cour de cassation a, dans les années 1970, créé la notion d'Unité économique et sociale, l'institution a connu, on le sait, un développement considérable. On est loin de l'idée d'origine, de sanction de la fraude de l'employeur soupçonné de diviser les structures pour éviter d'avoir à mettre en place des institutions représentatives du personnel. Aujourd'hui, il n'est pas rare que l'employeur soit à l'origine de la demande de reconnaissance judiciaire ou

conventionnelle d'une structure d'UES.

Tant et si bien que les débats, ces dernières années, ont tourné autour de l'idée que l'UES n'était plus forcément seulement une structure permettant une représentation commune des salariés ayant des intérêts convergents, mais pouvait avoir, au delà, un effet direct sur les droits des salariés et la notion même d'employeur.

La Cour de cassation avait donné un premier coup d'arrêt à cette volonté d'extension du rôle de l'UES, par un avis rendu en 2007. Interrogée sur le point de savoir si, lorsqu'il était saisi d'une demande de reconnaissance d'UES indépendamment de l'organisation des élections, le tribunal d'instance était compétent pour statuer, la Cour de cassation a répondu que même dans ce contexte, le tribunal d'instance restait compétent dans la mesure où la reconnaissance d'une UES "imposait la mise en place des institutions représentatives du personnel" (avis n°007005P du 19 mars 2007).

Ce qui montrait la volonté de la Cour de cassation de maintenir le rattachement entre le droit de la représentation du personnel et l'UES.

La chambre sociale vient de rendre, à un mois d'intervalle, deux arrêts qui mettent clairement fin au débat.

- Le premier arrêt, du 16 décembre 2008 (n°0743875, publication en cours) portait sur un accord collectif, relatif à l'organisation sociale de l'unité économique et sociale Assurance France Générali. L'article 1-2 de cet accord prévoyait que les entités formant l'UES "constituent l'entreprise AFG au sens du droit du travail, laquelle délimite le cadre naturel des relations collectives et individuelles de travail", et indiquait que "l'entreprise AFG est l'employeur unique au sens du droit du travail".

Estimant que cette clause était nulle dans la mesure où elle conduisait à modifier l'employeur partie au contrat de travail, le syndicat CGT avait saisi le tribunal de grande instance qui lui avait donné raison.

L'UES AFG avait formé appel de ce jugement.

La cour d'appel l'avait déclarée irrecevable en son appel, au motif que l'UES, n'ayant pas la personnalité morale, ne pouvait agir en justice.

Le pourvoi porté devant la cour de cassation posait donc deux questions absolument fondamentales:

* L'UES a-t-elle la personnalité morale? C'est ce que soutenait Générali, en considérant que l'UES "est un groupement reconnu par la loi et pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites".

* Un accord collectif peut-il conférer à l'UES d'autres effets que ceux normalement attachés à sa reconnaissance, et notamment reconnaître à l'UES la qualité d'employeur des salariés des entités membres de l'unité?

La Cour de cassation répond fermement par la négative sur ces deux points, en réaffirmant, on ne peut plus clairement, la vocation même de l'UES: assurer une représentation collective des intérêts des salariés:

*“La reconnaissance conventionnelle ou judiciaire d’une unité économique et sociale entre des entités juridiquement distinctes ayant des activités complémentaires ou similaires et caractérisée par une concentration du pouvoir de direction économique et une unité sociale, **a pour objet d’assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs**; qu’il en résulte que si la reconnaissance d’une UES permet l’expression collective de l’intérêt des travailleurs appartenant à cette collectivité, **elle ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent, de sorte qu’elle n’a pas la personnalité morale**”.*

Puis, la Cour de cassation précise même par accord collectif, l'UES ne peut devenir employeur des salariés des différentes entités qui la composent: “la reconnaissance de l’existence d’un contrat de travail est un droit exclusivement attaqué à la personne et, sauf disposition législative expresse, il ne peut être imposé à un salarié sans son accord un changement d’employeur”.

Toutefois, confirmant d’ailleurs une jurisprudence du 12 juillet 2006 (0440431), la Cour de cassation précise qu’il est envisageable malgré tout qu’un accord collectif reconnaissant une UES étende ses effets au delà des institutions représentatives du personnel et crée des obligations pour les différentes entités juridiques qui la composent. Mais il ne peut “faire d’une UES l’employeur des salariés”.

La seconde affaire, qui a donné lieu à un arrêt du 28 janvier 2009 (n°0745481) posait à nouveau la question des effets de l’UES, cette fois sous l’angle de l’entité à prendre en considération en cas de difficultés économique et d’établissement d’un plan de sauvegarde de l’emploi.

Saisie par des salariés concernés par une procédure de licenciement économique, une cour d’appel avait en effet considéré, dans un premier temps, que les diverses structures membres d’un GIE formaient une UES entre elles, et dans un second temps, que dans ces conditions, c’était au niveau de l’UES qu’il convenait de vérifier si le nombre de licenciements économiques envisagé était ou non supérieur à 10 et quel était l’effectif de l’entreprise pour savoir si un plan de sauvegarde de l’emploi devait ou non être établi. En l’espèce, la cour d’appel constatait qu’au total, 17 licenciements économiques étaient envisagés sur 4 structures différentes, et que compte tenu de l’effectif total des entités composant l’UES, la mise en oeuvre d’un plan de sauvegarde de l’emploi s’imposait.

La décision est cassée par la Cour de cassation: “*Attendu cependant que l’obligation d’établir un plan de sauvegarde de l’emploi pesant sur l’employeur, c’est au niveau de l’entreprise qu’il dirige que doivent être vérifiées les conditions d’effectif et de nombre des licenciements imposant l’établissement et la mise en oeuvre d’un tel plan*”.

Du rapprochement de ces deux décisions, on conclura donc que si l’UES peut, par l’effet d’un accord collectif, avoir des effets autres que ceux purement attachés à la représentation des salariés, elle ne devient pas, et ne peut pas devenir -sauf caractérisation de l’existence de co-employeurs, de manière plus classique-, l’employeur unique des salariés des diverses entités qui la composent.

2- Les modes de reconnaissance de l'UES

Un arrêt important vient tout juste d'être rendu, pour clarifier une autre interrogation en matière d'UES: la désignation d'un délégué syndical d'UES, si elle n'a pas été contestée dans les délais, établit-elle l'existence d'une UES?

On sait que compte tenu des termes de l'article L2143-8, l'absence de contestation, dans le délai de quinze jours, de la désignation d'un délégué syndical purge cette désignation de tout vice. La chambre sociale en a déduit un certain nombre de conséquences, parfois fort importantes. Ainsi, l'absence de contestation de la désignation d'un délégué syndical établit la représentativité du syndicat destinataire (3 mai 2007, n°06-60.072).

Etablit-elle l'existence d'une UES? Certains arrêts de la chambre sociale avaient pu un temps le laisser penser (3 mai 2007 n°0660117, 13 février 2008, n°0760182).

Par un arrêt du 4 mars 2009 (n°0860497), la Cour de cassation se prononce nettement pour la négative:

“Si l'absence de contestation dans les délais prévus par l'article L2143-8 du code du travail de la désignation d'un délégué syndical dans le périmètre d'une unité économique et sociale interdit la remise en cause du mandat du délégué syndical, et constitue un élément que le juge doit prendre en considération dans l'action en reconnaissance de cette unité, elle n'établit pas à elle seule son existence.

Il est donc désormais établi que si la désignation d'un délégué syndical, non contestée, est un des éléments à prendre en considération lorsqu'est demandée la reconnaissance d'une UES, cette reconnaissance ne peut résulter que de deux voies: l'accord collectif, ou la reconnaissance judiciaire, après vérification de l'existence d'une unité économique et d'une unité sociale.

A noter à ce sujet un autre arrêt très important, en date du 2 décembre 2008, (n°0741832) qui vient préciser les conséquences de l'annulation d'une décision de reconnaissance judiciaire d'UES.

La question, qui n'est évidemment pas théorique, était de savoir ce qu'il advenait de toutes les institutions mises en place en exécution de la décision reconnaissant l'existence d'une UES et des mandats des salariés élus ou désignés au sein de cette UES.

En toute logique, la Cour de cassation affirme, dans cet arrêt, que la décision d'annulation fait cesser les mandats des salariés élus ou désignés, mais seulement à compter du prononcé de la décision judiciaire d'annulation. Il n'y a pas d'effet rétroactif, ni sur la protection du salarié pendant la période antérieure, ni, l'affirmation est sous-jacente dans l'arrêt, sur les actes qui ont pu être effectués pendant la période où les institutions ont fonctionné normalement.

Enfin, une décision, qui doit être rendue le **31 mars 2009 (0860494)**, apporte une précision non négligeable sur les conditions dans lesquelles le périmètre d'une UES peut être modifié. Notion de fait permettant d'encadrer les réalités économiques de structures qui évoluent, l'UES en effet a un contenu forcément soumis à variation au gré des fusions, scissions, transformations. Revenant décidément à la source de l'UES, qui a vocation à servir de périmètre au déroulement des élections professionnelles, notre chambre va donc rappeler que ce périmètre doit être révisé à

chaque élection...mais pas pendant la période de fonctionnement des institutions représentatives.

II- L'exercice du droit syndical

Deux grands arrêts, publiés au rapport annuel 2008, peuvent être mentionnés dans cette rubrique.

A- Le premier concerne le droit d'action en justice des syndicats. L'étude de la jurisprudence de la chambre sociale montre que depuis quelques années, la Cour de cassation n'a cessé d'élargir l'accès en justice des syndicats, avec une conception de plus en plus extensive de la notion d'intérêt à agir. On peut citer par exemple des arrêts du 3 mai 2007, pourvoi n° 05-12.340 et 16 janvier 2008, Bull., 2008, V, n° 10, pourvoi n° 07-10.095, pour une action en exécution d'une convention collective exercée par un syndicat non signataire ; un arrêt du 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-44.132, pour une action en interprétation, dans le cadre de la détermination des droits acquis par des salariés, d'un accord collectif ayant cessé d'être applicable par suite de sa dénonciation.

Dans l'arrêt du 24 juin 2008 (n°0711411, bull.130), la chambre sociale a reconnu aux syndicats le droit d'agir en justice pour faire suspendre l'exécution d'une décision patronale qui aurait nécessité la consultation préalable du comité d'entreprise et cela, alors même que le comité d'entreprise lui, n'avait pas réagi. C'est au nom du rôle des syndicats à assurer la défense des intérêts collectifs que la Cour de cassation leur donne donc pouvoir d'agir, en quelque sorte au lieu et place du comité d'entreprise, pour que soient respectés les droits de consultation des représentants des salariés.

B- Le second concerne la liberté de communication des syndicats, et plus précisément la liberté de communication par internet (5 mars 2008, n°0618907).

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, un syndicat utilisait un site internet, accessible au public, pour communiquer sur la vie de l'entreprise. L'employeur avait saisi le tribunal de grande instance en référé pour demander la suppression de certaines des rubriques de ce site, notamment celles intitulées "syndicat", "rentabilité Secodip", "négociations", "travail de nuit" et "accords 35 heures" en alléguant la confidentialité des informations rapportées dans ces rubriques.

La chambre sociale devait donc arbitrer entre deux droits pareillement reconnu: celui de la liberté d'expression syndicale, et celui du droit de l'entreprise à la confidentialité des informations qui le concerne.

C'est sur le double fondement de l'article 10§2 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à la liberté d'expression syndicale et aux limites qui peuvent lui être apportées, et de l'article 1^{er} de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique que la Cour de cassation donne les grandes lignes de l'équilibre:

Il résulte de la combinaison de ces deux textes, selon la Cour que *"si un syndicat a le droit de communiquer librement des informations au public sur un site internet, cette liberté peut être limitée dans la mesure de ce qui est nécessaire pour éviter que la divulgation d'informations confidentielles porte atteinte aux droits des tiers."*

De cet arrêt, il ressort donc qu'est réaffirmé sans ambiguïté le principe de liberté de communication du syndicat, quelque soit le support, les restrictions à cette liberté n'étant possibles qu'à une double condition, cumulative:

- que les informations diffusées par le syndicat sur le site internet aient un caractère confidentiel,
- et que ce caractère soit de nature à justifier l'interdiction de leur divulgation.

Rappelons que pour tenter de prévenir ce type de litige, le législateur a prévu, dans l'article L2142-6 du code du travail, la possibilité d'un accord d'entreprise sur la diffusion syndicale d'information, tout au moins sur réseau intranet de l'entreprise.

A propos de l'action en justice, et même si on s'éloigne un peu de l'exercice des prérogatives spécifiquement syndicales, je dois signaler un arrêt extrêmement important de la chambre sociale, en date du 18 novembre 2008, (n°0860006), qui ouvre la possibilité d'une opposition sur les jugements du tribunal d'instance rendus par défaut en matière électorale.

C'est qu'en effet la procédure prévue en matière électorale prévoit des délais de convocation extrêmement réduits (trois jours, et par lettre simple), et que la Cour de cassation se trouvait souvent saisie de situations dans lesquelles les parties défenderesses n'avaient pas pu venir se défendre devant le tribunal d'instance faute d'avoir reçu leur convocation à temps. La procédure étant en dernier ressort, la seule solution pour garantir les droits de la défense étaient donc, au risque de ralentir la procédure, de dire l'opposition possible. A noter que pour des raisons de rapidité, un arrêt de la chambre sociale du 21 avril 1977 avait fermé la voie de l'opposition, alors qu'aucun texte ne l'exclut.

L'ouverture d'un appel spécial pour les élections professionnelles, que la Cour de cassation a appelé de ses vœux et que la commission Guinchard, réfléchissant sur la réforme de la procédure civile, a repris dans ses propositions, permettrait d'éviter toutes ces difficultés

III - Le droit de participation des salariés mis à disposition

Quelques mots sur les arrêts du 13 novembre 2008 (n^{OS} 08-60.331 et 08-60.332, n^{OS} 07-60.465 et 07-60.469 à 07-60.472 ; n^O 07-60.434), sur la participation au processus électoral des salariés mis à disposition, arrêts qui ont déjà été abondamment commentés.

Ces arrêts, qui ne pouvaient tenir compte de la loi du 20 août 2008, s'agissant d'un processus électoral antérieur à l'entrée en vigueur de la loi, viennent cependant clairement s'inscrire dans ce nouveau cadre, tout en y apportant des précisions.

La Cour de cassation avait en effet affirmé que la participation au processus électoral des travailleurs qui n'étaient pas directement salariés de l'entreprise, ou qui y travaillaient de manière intermittente ou à titre de vacataires (24 septembre 2008, n°0760310) était attachée à l'intégration étroite et permanente de ces travailleurs à l'entreprise, intégration que devaient vérifier les juges du fond.

Elle précise dans les arrêts du 13 novembre 2008 ce qu'il faut entendre par intégration étroite et permanente:

Sont intégrés:

les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise

utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs

On retrouve ainsi les critères légaux relatifs au travail dans les locaux dans l'entreprise, et à la nécessité d'une certaine ancienneté même si la jurisprudence ne pouvait pas en fixer la durée précise. Mais la chambre sociale y ajoute cette précision essentielle, qui donne à la règle à la fois sa raison d'être et son contenu: c'est en tant que ces salariés partagent des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs qu'ils peuvent participer au processus électoral de l'entreprise d'accueil.

La chambre sociale s'appuie à nouveau sur des notions de base du droit électoral, qui sont aussi celles qui servent à déterminer le périmètre de la collectivité de travail s'agissant, notamment, de la détermination des établissements distincts.

Le dispositif ainsi trouve toute sa cohérence.