



LETTRE

DU DEPARTEMENT DROIT SOCIAL

DECEMBRE 2009/JANVIER 2010

P.2 ACTUALITÉ LÉGISLATIVE ET RÉGLEMENTAIRE

- 1°) Arrêté du 29 novembre 2009 concernant les indemnités de rupture conventionnelle du contrat de travail
- 2°) Décret n°2009-1442 du 25 novembre 2009 fixant les modalités d'application du contrat unique d'insertion
- 3°) Une circulaire DSS/5B/5C N°2009/374 du 14 décembre 2009 précise les mesures à mettre en place dans le cadre de l'emploi des seniors.
- 4°) Loi de financement de la sécurité sociale pour 2010
- 5°) Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie
- 6°) Lettre circulaire ACOSS N°2010-011 du 21 janvier 2010 : limite d'exonération des bons d'achats et cadeaux remis par le CE en 2010

P.9 ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE

- 1°) Les effets limités d'une transaction
- 2°) L'accord exprès des parties pour le renouvellement d'une période d'essai doit être clair et non équivoque
- 3°) L'information des salariés lors d'un transfert d'entreprise, en cas d'absence de représentant du personnel
- 4°) L'obligation de reclassement en cas de licenciement économique après un refus de modification du contrat de travail du salarié
- 5°) La contestation de désignation d'un représentant de section syndicale doit être obligatoirement faite par déclaration au greffe
- 6°) La CNIL doit désormais informer l'entreprise de son droit à s'opposer à tout contrôle
- 7°) Le salarié protégé doit être rémunéré en attendant son autorisation de licenciement
- 8°) 4 arrêts clarifient la loi du 20 août 2008

I - ACTUALITÉ LÉGISLATIVE ET RÉGLEMENTAIRE

1°) Arrêté du 29 novembre 2009 portant extension de l'avenant n° 4 du 18 mai 2009 à l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail concernant les indemnités de rupture conventionnelle du contrat de travail

Les dispositions de l'avenant n°4 à l'Accord National Interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail (ANI) du 11 janvier 2008 prévoient que l'indemnité minimale versée aux salariés en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail s'entend de l'indemnité conventionnelle de licenciement lorsqu'elle est supérieure à l'indemnité légale.

Désormais, l'arrêté du 29 novembre 2009 susvisé rend les dispositions de cet avenant obligatoires pour tous les employeurs et tous les salariés compris dans le champ d'application de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

Dorénavant, les conventions de rupture conventionnelle devront prévoir le versement d'une somme qui devra être au moins équivalente à l'indemnité conventionnelle de licenciement ou à l'indemnité légale de licenciement selon le cas afin que cette convention puisse être homologuée par l'autorité administrative.

2°) Décret n°2009-1442 du 25 novembre 2009 fixant les modalités d'application du Contrat Unique d'Insertion

Créée par la loi sur le revenu de solidarité, le Contrat Unique d'Insertion (CUI) se déclinera en deux versions :

- ◆ le Contrat Initiative d'Emploi (CIE) dans le secteur marchand ;
- ◆ le Contrat d'Accompagnement dans l'Emploi (CAE) dans le secteur non marchand.

Ces deux contrats remplacent désormais le contrat d'insertion et le contrat d'accompagnement dans l'emploi.

Ainsi, avant toute embauche dans le cadre d'un CUI, l'employeur devra conclure une convention individuelle avec le bénéficiaire et selon les cas, le pôle emploi ou le président du Conseil Général.

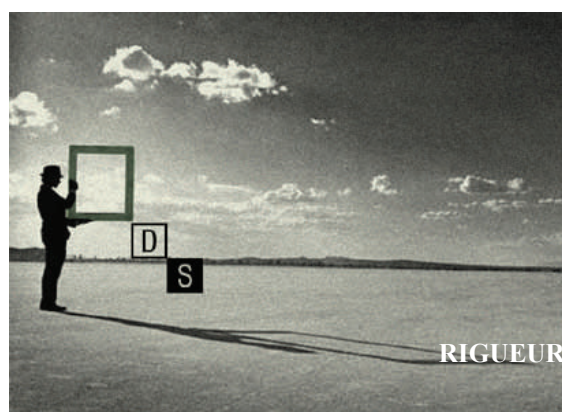
Le CUI est donc constitué par un contrat de travail qui s'adosse à une convention individuelle avec le salarié et l'autorité administrative.

3°) Une circulaire DSS/5B/5C N°2009-374 du 14 décembre 2009 précise les mesures à mettre en place dans le cadre de l'emploi des seniors.

Cette circulaire reporte les délais pour les entreprises de moins de 300 salariés qui devaient mettre en place au plus tard à la fin du mois de janvier un accord ou un plan en faveur de l'emploi des seniors.

Ainsi, les entreprises de 50 à moins de 300 salariés non couverts par un accord de branche en faveur de l'emploi des seniors, ont jusqu'à la fin avril 2010 pour déposer un plan ou un accord conclu à leur niveau sans être sanctionnées par une pénalité de 1% des rémunérations totales.

Toutefois, les entreprises de plus de 300 salariés devront avoir mis en oeuvre leur plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés au mois de janvier 2010 ; faute de quoi elles auront à payer ladite pénalité.





4°) Loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 (loi n°2009-1646 du 24 décembre 2009 JO 27 décembre 2009)

Cette loi comporte plus de 100 articles ; il convient de relever pour l'essentiel les points suivants :

◇ le forfait social

Le forfait social à la charge de l'employeur double et passe de 2 % à 4%. Il s'appliquera aux sommes versées à compter du 1er janvier 2010.

Cette contribution à la charge des employeurs, en vigueur depuis janvier 2009, s'applique aux éléments de rémunération versés par l'employeur, qui sont soumis à la CSG, mais exclus des cotisations de Sécurité sociale, tels que l'intéressement, la participation, l'épargne salariale (PEE et PERCO) ou les contributions aux régimes de retraite supplémentaire.

◇ les retraites chapeaux

Les « retraites chapeaux » visent les régimes de retraite à prestations définies qui conditionnent la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise. Ces régimes sont soumis à une contribution patronale assise, au choix de l'employeur, soit sur les rentes, soit sur les primes versées à une institution de retraite supplémentaire, une mutuelle ou une société d'assurance.

Les taux de cette contribution sont doublés à compter du 1er janvier 2010 et passent ainsi :

- de 8 à 16 % pour les rentes ;
- et de 6 à 12 % pour les primes (de 12 à 24 % en cas de gestion interne de ces retraites).

Par ailleurs, pour les retraites liquidées à compter du 1er janvier 2010, l'employeur devra s'acquitter d'une contribution additionnelle de 30 % sur les rentes excédant huit fois le plafond annuel de la sécurité sociale, soit 276 960 € pour 2010.

◇ mesures contre la fraude

La procédure de suspension des indemnités journalières de maladie par la caisse suite à un contrôle diligent par l'employeur, créée à titre expérimental par la loi n° 2007-1786 de financement de la sécurité sociale pour 2008, est pérennisée.

Ainsi, désormais, lorsqu'un contrôle effectué par un médecin à la demande de l'employeur, en application de l'article L 1226-1 du Code du travail , conclut à l'absence de justification d'un arrêt de travail ou fait état de l'impossibilité de procéder à l'examen de l'assuré, ce médecin transmet son rapport au service du contrôle médical de la caisse dans un délai maximal de 48 heures.

Le rapport précise si le médecin diligenté par l'employeur a ou non procédé à un examen médical de l'assuré concerné.

Au vu de ce rapport, le service du contrôle médical :

- soit demande à la caisse de suspendre les indemnités journalières,
- soit procède à un nouvel examen de la situation de l'intéressé.

◇ mesures contre le travail dissimulé

Le dispositif de suppression des allègements de cotisations sociales, applicable jusqu'à présent aux seuls employeurs coupables du délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi

salarié, est étendu à la dissimulation d'activité visée à l'article L 8221-3 du Code du travail.

Par ailleurs, le donneur d'ordre complice de l'infraction de travail dissimulé commise par son sous traitant pourra désormais être sanctionné par une annulation des réductions ou exonérations de cotisations sociales.

- ◇ mesures concernant les accidents du travail et les maladies professionnelles

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 instaure un dispositif de « bonus/malus » pérenne pour inciter les entreprises à s'engager dans une démarche de prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles.

Les incitations financières sont généralisées ; désormais les Caisses de retraite et de santé au travail (CARSAT) peuvent accorder directement des subventions aux entreprises qui réalisent des actions de préventions.

Les conditions de délivrance de ces aides seront fixées par arrêté.

En revanche, les employeurs dont l'exploitation présente des risques exceptionnels seront redevables d'une cotisation supplémentaire d'un montant forfaitaire minimal qui sera fixé par arrêté.

Cette cotisation supplémentaire pourra, dans certains cas de risques répétés, être appliquée sans injonction préalable.



Par ailleurs, la loi offre désormais la possibilité aux directeurs de l'organisme local d'assurance maladie de prononcer à l'égard des employeurs qui n'ont pas respecté leurs obligations déclaratives, en sus de l'indû correspondant à la totalité des dépenses faites à l'occasion de l'accident, les pénalités financières visées à l'article L 162-1-14 du Code de la sécurité sociale.

5°) Loi relative à l'orientation et à la formation tout au long de la vie n°2009-1437 du 24 novembre 2009 (JO 25 novembre 2009) et décrets n°2010-60 à 2010-65 du 18 janvier 2010, (JO 19 janvier 2010)

Dans la lettre sociale d'octobre 2009, nous avons évoqué ce projet de loi qui met en place de nombreuses mesures afin de favoriser la formation professionnelle.

Les mesures les plus importantes sont principalement :

- ◇ Formation des salariés
- ◇ Portabilité du DIF

Le salarié peut désormais bénéficier de son DIF non seulement pendant le préavis mais également après, pendant une période de chômage ou chez un nouvel employeur.

Les informations à ce sujet doivent être fournies au salarié dans la lettre de rupture du contrat de travail et sur le certificat de travail.

- ◇ Congé Individuel de Formation hors temps de travail

Le salarié peut également demander à suivre la formation de CIF en dehors du temps de travail en bénéficiant de la prise en charge par l'OPACIF de tout ou partie des frais de formation sous certaines conditions (le salarié doit justifier d'un an d'ancienneté dans l'entreprise, la formation doit avoir une durée minimale fixée par décret)

◇ Simplification du plan de formation

La loi simplifie l'élaboration du plan de formation en portant le nombre de catégories d'action de formation qui doit être proposée de 3 à 2 :

- * les actions d'adaptation au poste de travail et les actions liées à l'évolution des emplois ou participant au maintien dans l'emploi,
- * les actions ayant pour objet le développement des compétences.

◇ Bilan d'étape professionnel (BEP)

Quel que soit l'effectif de l'entreprise, tout salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté dans l'entreprise bénéficie à sa demande, d'un bilan d'étape professionnel renouvelable tous les 5 ans.

Le salarié doit être informé de ce dispositif lors de son embauche.

Ce dispositif a pour objet, à partir d'un diagnostic réalisé en commun par le salarié et son employeur, de permettre au salarié d'évaluer ses capacités professionnelles et ses connaissances et pour l'employeur, de déterminer les objectifs de formation du salarié.

Un Accord National Interprofessionnel doit déterminer les conditions d'application de ce BEP.

◇ Entretien professionnel en milieu de carrière :

Un entretien professionnel doit être organisé par les entreprises et les groupes d'entreprise employant au moins 50 salariés pour chaque salarié ayant 45 ans.

L'entretien a lieu au cours de l'année qui suit son 45^{ème} anniversaire. Il a pour objet d'informer les salariés notamment sur les droits en matière d'accès à un BEP, à un bilan de compétence ou à une action de professionnalisation.

◇ Passeport orientation et formation :

La loi crée un passeport d'orientation et

formation dont tout salarié, et de manière générale, toute personne intéressée peut se procurer un modèle auprès des pouvoirs publics.

L'objectif est d'offrir aux salariés un outil de traçabilité de leurs formations et de leurs compétences.

Un décret en Conseil d'Etat doit déterminer les modalités de mise en œuvre de ce passeport.

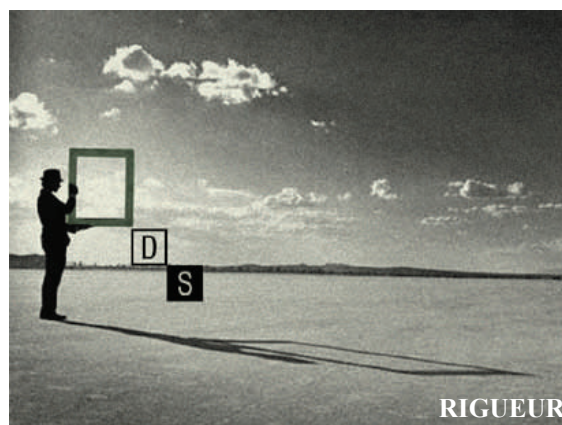
◇ Remplacement des salariés en formation :

Pour favoriser les départs en formation d'un salarié, deux mesures sont destinées à faciliter le remplacement des salariés concernés :

- * à titre expérimental, pour les entreprises de moins de 10 salariés, les dépenses correspondant aux rémunérations versées au salarié remplaçant peuvent être prises en charge au titre de la participation à la formation professionnelle continue dans la limite d'un plafond fixé par décret,
- * et les groupements d'employeurs peuvent désormais mettre les salariés à disposition de leurs membres pour permettre le remplacement de salariés suivant une action de formation.

◇ VAE :

- La loi met en place des dispositions



destinées au développement de la validation des acquis de l'expérience. Ainsi, la participation au jury d'examen ou l'expérience tirée des mandats locaux pourra être prise en compte.

◇ Formation des salariés inaptes :

Lorsqu'à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, un salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre son emploi, l'employeur doit proposer au salarié un autre emploi approprié à ses capacités, en prenant en compte les conclusions écrites du médecin du travail.

Dans ce cadre, la loi prévoit désormais que dans les entreprises de 50 salariés et plus, le médecin du travail doit formuler des indications sur l'aptitude du salarié à bénéficier d'une formation destinée à lui proposer un poste adapté.

◇ Négociation de branche sur la formation:

Les partenaires sociaux d'une branche professionnelle doivent engager au moins tous les trois ans une négociation sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés.

La nouvelle loi fixe une liste non exhaustive des thèmes qui devront être abordés dans le cadre de cette négociation :portabilité du DIF, accès aux certifications...

◇ Emploi et Alternance

La loi nouvelle met en place des dispositifs afin de favoriser l'embauche des demandeurs d'emploi.

◇ Préparation opérationnelle à l'emploi

La loi met en place un dispositif permettant la prise en charge par Pôle Emploi d'une formation préalable à l'embauche.

La préparation opérationnelle à l'emploi



(POE) permet au demandeur d'emploi de bénéficier de la formation nécessaire à l'acquisition des compétences requises pour occuper un emploi correspondant à une offre déposée par une entreprise auprès du Pôle Emploi.

La POE ne peut concerner que des offres d'emploi situées dans la zone géographique privilégiée définie par le projet personnalisé d'accès à l'emploi défini conjointement par le demandeur d'emploi et son référent.

◇ Prolongation et extension du contrat de transition professionnelle (CTP)

Le CTP, destiné à faciliter le reclassement des salariés licenciés pour motif économique est prolongé d'un an.

Ce dispositif est applicable dans les entreprises de moins de 1000 salariés aux procédures de licenciement pour motif économique engagées avant le 1^{er} décembre 2010.

En outre, il s'agit d'un dispositif propre à certains bassins d'emploi, dont le nombre est porté de 25 à 40.

◇ Aménagement du contrat de professionnalisation

Ce contrat est dorénavant également ouvert aux bénéficiaires du RSA, de l'ASS, de l'AAH et aux personnes ayant bénéficié d'un CUI, ainsi qu'aux bénéficiaires du RMI et de l'API dans les DOM et à Saint-Barthélemy, Saint Martin, et Saint Pierre et Miquelon.

La professionnalisation peut être allongée

jusqu'à 24 mois au lieu des 12 mois habituels et la durée de l'action d'accompagnement et de formation peut être portée par accord de branche au-delà de 25% de la durée totale du contrat.

◇ Développement de l'apprentissage :

La loi de formation met en place un dispositif afin d'améliorer la situation des apprentis dont le contrat a été rompu avant la fin de leur formation par le biais de plusieurs mesures :

- ◆ Un délai pour trouver un employeur après une inscription au CFA qui est porté à 2 mois,
- ◆ Un financement par l'Etat et les régions pendant 3 mois de la formation des apprentis dont le contrat a été rompu,
- ◆ Une période d'essai possible en cas de conclusion d'un nouveau contrat d'apprentissage avec un nouvel employeur,

Pour la préparation directe des épreuves, l'apprenti a droit à un congé supplémentaire de 5 jours ouvrables.

La loi met également en place une contribution supplémentaire de l'employeur de 0,1% de la masse salariale, laquelle est au profit du Fonds national de développement et de modernisation de l'apprentissage

Les travaux dangereux confiés aux apprentis sont désormais possible pour certaines formations professionnelles limitativement énumérées par décret. L'apprenti pourra ainsi accomplir tous les travaux que peut nécessiter sa formation, sous la responsabilité de l'employeur.

Les CFA peuvent accueillir, pour une durée maximale d'un an, les élèves ayant atteint l'âge de 15 ans pour leur permettre de suivre, sous statut scolaire, une formation en alternance destinée à leur faire découvrir un environnement professionnel correspondant à un projet d'entrée en apprentissage.

◇ Financement de la formation

Les taux de contributions des entreprises au financement de la formation continue ne sont pas modifiés par la loi.

Cependant, le système de gestion du financement de la formation professionnelle est aménagé par la création d'un Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP), et les missions des OPCA sont redéfinies.

◇ FPSPP

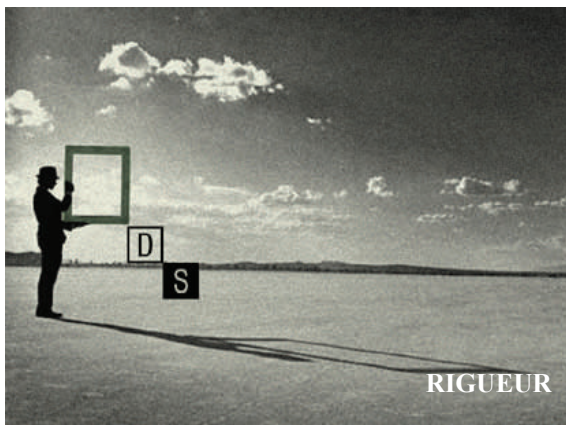
Ce fond est destiné notamment à favoriser la formation des salariés les moins qualifiés et des demandeurs d'emploi.

Il se substitue au Fond Unique de Péréquation (FUP) dont il conserve néanmoins les missions de péréquation. Sa création est confiée aux partenaires sociaux qui doivent conclure un accord national interprofessionnel.

Les sommes sont prélevées sur les fonds collectés par les OPCA et l'OPACIF puis redistribués au FPSPP selon les modalités déterminées par décret en conseil d'état.

Ces ressources permettent au FPSPP de participer aux actions de formation et de requalification des salariés et demandeurs d'emploi, d'assurer la péréquation des fonds et de contribuer au financement du service dématérialisé d'information et d'orientation professionnelle.





◇ OPCA

La loi prévoit une refonte du réseau, du rôle et du fonctionnement des organismes collecteurs.

◇ Organismes de formation

La loi affirme que l'employeur est libre de choisir l'organisme de formation auquel il confie la formation de ses salariés. Elle étend cette liberté en lui permettant de choisir un organisme dont la déclaration a été nouvellement enregistrée ou est en cours d'enregistrement.

Par ailleurs, l'organisme de formation doit déclarer son activité et obtenir l'enregistrement de sa déclaration par l'autorité administrative.

Des informations doivent être communiquées au stagiaire avant son inscription définitive concernant en particulier le programme et les objectifs de la formation, ainsi que sur les formateurs et leurs titres ou qualités.

A l'issue d'une formation, l'employeur (lorsque la formation est réalisée par l'entreprise) ou l'organisme de formation délivre une attestation au stagiaire mentionnant notamment les objectifs, la durée et les résultats de l'évaluation des acquis de la formation.

◇ Décrets n°2010-60 à 2010-65 du 18 janvier 2010, (JO 19 janvier)

Une série de décrets d'application de la loi 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle viennent d'être publiés.

Désormais (**décret n° 2010-64**) le certificat de travail remis au salarié à l'expiration de son contrat de travail doit impérativement être complété par l'information du droit à la portabilité du DIF (L 6323-17 et suivants du Code du travail).

L'employeur devra mentionner sur le certificat de travail, outre les dates d'entrée et sortie, la nature de l'emploi, les emplois successifs occupés et les périodes auxquelles ils correspondent :

- ◆ le solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF et non utilisées,
- ◆ la somme correspondant à ce solde, soit le solde multiplié par 9,15 €,
- ◆ l'OPCA compétent pour financer les actions de formation réalisées dans le cadre de la portabilité du DIF.

En ce qui concerne le congé individuel de formation (CIF) , l'OPACIF peut assurer la prise en charge de tout ou partie des frais liés à la réalisation d'une formation hors du temps de travail dans le cadre d'un CIF, sous réserve que la formation ait une durée minimale fixée à 120 heures (**décret n° 2010-65**).

Par ailleurs (**décret n° 2010-60**), les contrats de professionnalisation conclus avec les nouveaux bénéficiaires sont soumis à des modalités de mise en œuvre particulières :

- ◆ à défaut de forfait spécifique fixé par accord de branche, le montant forfaitaire de prise en charge par les OPCA des dépenses de formation et d'accompagnement est fixé à 15 € par heure,
- ◆ le plafond de prise en charge par les OPCA des dépenses de tutorat (en principe 230 € par mois et par bénéficiaire) est majoré de 50% pour les tuteurs âgés d'au moins 45 ans ou accompagnant une personne appartenant aux catégories mentionnées.

Les bénéficiaires du CUI (contrat unique d'insertion) à durée déterminée

peuvent bénéficier de périodes de professionnalisation à la condition que la durée de la formation reçue dans ce cadre soit supérieure à 80 heures (**décret n° 2010-62**).

Enfin, l'enregistrement de la déclaration d'activité de l'organisme de formation peut être annulée par décision de l'autorité administrative, et ce après une mise en demeure de se mettre en conformité avec les textes dans un délai fixé par le décret à 30 jours (**décret n° 2010-63**).

6°) Lettre circulaire ACOSS N°2010-011 du 21 janvier 2010 : limite d'exonération des bons d'achats et cadeaux remis par le CE en 2010

La présomption de non assujettissement de l'ensemble des bons d'achat ou cadeaux attribués à un salarié par année civile s'applique lorsque leur montant global n'excède pas un seuil fixé à 5 % du plafond mensuel de la sécurité sociale soit 144,25 € arrondis à 144 € par an pour l'année 2010.

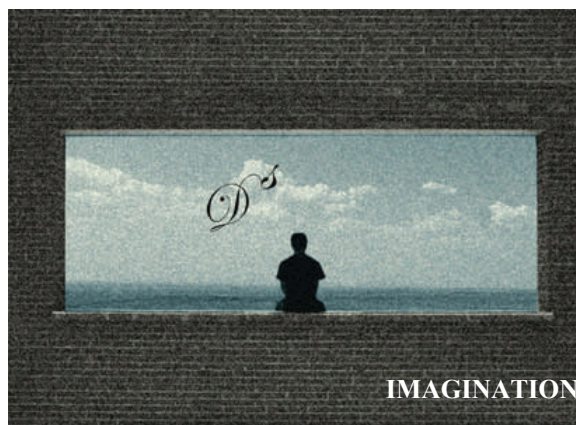
II ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE

1°) Les effets limités d'une transaction (Cass. Soc. 2 décembre 2009 n°08-41.665)

Dans cet arrêt du 2 décembre 2009, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de la renonciation à tous ses droits qui est faite par un salarié lors d'une transaction.

En l'espèce, un salarié était licencié pour motif économique, il signe alors une transaction avec son employeur. Cette transaction précise que la somme perçue par le salarié est considérée comme : « *solde définitif et sans réserve* ».

De plus, la transaction stipule que le salarié n'avait : « *aucune réclamation à formuler à l'encontre de la société, que*



ce soit à titre de salaire, congés payés, remboursement de frais, primes diverses ou autre somme ou avantage quelconque consécutifs à l'exécution ou à la résiliation de son contrat de travail en application de la loi comme de tout accord collectif ».

Toutefois, le salarié mécontent a introduit une demande devant le Conseil de Prud'hommes afin de pouvoir obtenir en plus de la transaction, une somme au titre de son droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement.

Le Conseil de Prud'hommes a constaté que l'objet de la transaction entre le salarié et l'employeur était le simple montant du préjudice résultant de la rupture du contrat de travail.

Il a ainsi estimé que la demande du salarié était totalement recevable.

La Cour de cassation a confirmé ce jugement en estimant que la renonciation qui est faite dans une transaction à tout droit, action et prétention, s'entend de ce qui est relatif au différent qui a donné lieu à cette transaction.

Dès lors, le salarié ne pouvait renoncer à son droit d'obtenir son indemnité conventionnelle de licenciement.

La solution retenue par la Cour de cassation tend à limiter les effets de la transaction. Il faudra ainsi désormais être particulièrement vigilant lors de la rédaction de tout accord transactionnel afin que l'objet et les clauses de cet

accord puissent englober tous les droits, actions, et prétentions que pourrait revendiquer un salarié.

2°) L'accord exprès des parties pour le renouvellement d'une période d'essai doit être clair et non équivoque (Cass. Soc. 25 novembre 2009 n°08-43.008)

La Chambre Sociale de la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 25 novembre 2009, la jurisprudence concernant les conditions du renouvellement de la période d'essai. La Cour, depuis plusieurs années, souhaite être garante du fait que l'accord du salarié résulte d'une manifestation claire et non équivoque de sa volonté de renouveler sa période d'essai.

En l'espèce, un salarié est engagé en qualité de responsable d'administration et de la gestion par un contrat de travail prévoyant une période d'essai d'une durée de 3 mois renouvelable une fois.

Juste avant l'expiration de la période initiale, l'employeur fait signer au salarié une lettre confirmant la décision prise « d'un commun accord » afin de prolonger la période d'essai de 3 mois. Un mois et une semaine après cette signature, l'employeur met fin à la période d'essai et le salarié saisit la juridiction prud'homale.

La Cour d'Appel de Colmar a décidé que le consentement au renouvellement de la période d'essai du salarié ne pouvait résulter de la simple signature d'un courrier.



La Cour de cassation a confirmé cette décision considérant que : « le renouvellement ou la prolongation de la période d'essai doit résulter d'un accord exprès des parties et exige une manifestation de volonté claire et non équivoque du salarié ne pouvant être déduite de la seule apposition de sa signature sur un document établi par l'employeur ».

Ainsi, le seul fait que le salarié contresigne la lettre de l'employeur ne suffit pas à caractériser la manifestation de volonté claire et non équivoque.

Il est donc nécessaire désormais de matérialiser cette acceptation.

Ainsi, la formule « lu et approuvé » sur le document suivie de la signature, risque d'être considérée comme insuffisante si le salarié ne la complète pas en précisant qu'il accepte expressément que sa période d'essai soit prolongée.

Cependant, cette prolongation doit s'inscrire dans les limites de l'article L.1221-21 du Code du travail qui fixe les durées maximales en cas de renouvellement des périodes d'essai.

Les employeurs devront être désormais vigilants lors de la signature d'un renouvellement d'une période d'essai.

3°) L'information des salariés lors d'un transfert d'entreprise, en cas d'absence de représentant du personnel (Cass. Soc. 18 novembre 2009 n°08-43.397)

La Cour de cassation se prononce dans un arrêt du 18 novembre 2009 sur les effets en droit interne des prescriptions de la directive 2001-23-CE du 12 mars 2001 imposant à l'employeur, à défaut de représentants du personnel, d'informer les salariés du transfert et de ses conséquences.

Selon la Cour, faute de transposition de cette directive, elle ne peut créer d'obligation à la charge des entreprises.

En l'espèce, une société « O » avait transféré le contrat de travail de 2 salariés vers une société « B » sans leur fournir préalablement d'information sur le transfert.

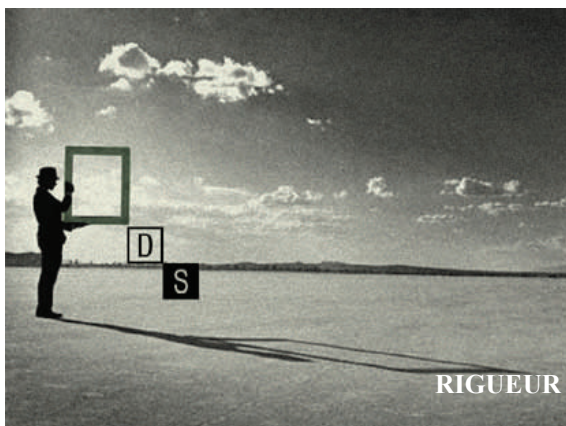
Les salariés avaient attaqué leur employeur initial en dommages et intérêts pour défaut d'information préalable au transfert de leur contrat de travail.

La Cour d'Appel de Paris était entrée en voie de condamnation du cédant, sur le fondement de la directive européenne de 2001 au motif que la non information des salariés sur les modalités et les conséquences du transfert de leur contrat de travail était constitutive pour eux, d'un préjudice.

La Chambre Sociale a cassé cette décision de la Cour d'Appel au motif que la directive invoquée par la Cour n'était pas transposée en droit interne de sorte qu'elle ne pouvait créer d'obligation à la charge des entreprises françaises.

La Cour de cassation applique de façon stricte la hiérarchie des normes en droit interne et refuse donc d'y déroger même en cas de préjudice pour un salarié.

Néanmoins, à l'égard des salariés, cette jurisprudence peut être critiquable puisqu'ils apprennent qu'ils ont changé d'employeur une fois le transfert intervenu ce qui peut apparaître contraire au principe de l'exécution de bonne foi du contrat de travail figurant



à l'article L 1222-1 du Code du travail.

4°) L'obligation de reclassement en cas de licenciement économique après un refus de modification du contrat de travail du salarié (Cass. Soc. 25 novembre 2009 n°08-42.755)

Dans cet arrêt en date du 25 novembre 2009, la Cour de cassation a estimé qu'une proposition de modification du contrat de travail que le salarié peut toujours refuser, ne dispense pas l'employeur de son obligation de reclassement et ne peut dès lors limiter ses offres en fonction de la volonté présumée de l'intéressé de les refuser.

En l'espèce, une société avait proposé à un salarié une modification de son contrat de travail emportant modification de sa rémunération en raison des difficultés économiques rencontrées par la société.

Le salarié refuse cette modification et est licencié par la société.

En parallèle, l'employeur a fait paraître dans la presse régionale, une annonce aux fins de recruter des commerciaux.

Le Conseil de Prud'hommes de Brest déboute le salarié de ses demandes et la Cour d'Appel de Rennes confirme ce jugement.

La Cour de cassation a quant à elle décidé que si les difficultés économiques étaient avérées, elle ne considérait pas moins le licenciement comme dépourvu de cause réelle et sérieuse puisque l'employeur n'avait pas respecté son obligation de reclassement.

Selon la Cour, le fait que le salarié ait refusé la modification de son contrat de travail ne dispensait pas l'employeur de son obligation de proposer un reclassement.

L'employeur n'étant pas autorisé à présumer de la volonté du salarié de refuser une telle proposition.

La Cour pose ainsi comme principe l'obligation de proposer, à titre de reclassement, le poste que le salarié a pu refuser à la suite d'une proposition de modification de son contrat de travail.

Selon la Cour, l'employeur devait alors respecter son obligation de reclassement même si cette dernière lui semblait sans réel intérêt puisqu'un poste équivalent avait déjà été refusé par le salarié.

Il semblerait donc que la Cour de cassation insiste sur la particularité de l'obligation de reclassement liée au licenciement économique en application des articles L.1222-6 et L.1233-4 du Code du travail.

En effet, le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient.

La présente décision, pour discutable qu'elle puisse paraître sur le plan pratique, est conforme au courant jurisprudentiel de la Cour de cassation en la matière.

En effet, il semble que pour la Haute juridiction il convienne de laisser au salarié la possibilité de « changer d'avis » et d'accepter, dans le cadre d'un reclassement, une modification de son contrat de travail, qu'il a pu refuser initialement.

5°) La contestation de désignation d'un représentant de section syndicale doit être obligatoirement faite par déclaration au greffe (Cass. Soc. 18 novembre 2009 n°09-60.047)

Cette décision de la Cour de cassation en date du 18 novembre 2009, traite du cas d'un employeur qui a présenté une requête devant le Tribunal d'instance afin de contester la désignation d'un salarié en qualité de représentant de la

section syndicale au sein de l'entreprise.

Pour ce faire, l'employeur a fait parvenir au greffe du Tribunal d'Instance une télécopie puis un courriel dans le délai impératif des 15 jours relatifs au contentieux électoral.

Le Tribunal d'Instance a considéré cette demande comme étant irrecevable.

L'employeur a ainsi formé un pourvoi auprès de la Cour de cassation afin de contester cette décision.

La Cour de cassation contrairement à la pratique en qualité de contentieux électoral, a confirmé la décision du Tribunal d'Instance.

Désormais, ni la télécopie ni le courriel envoyés au greffe du Tribunal, ne seront plus constitutifs d'une déclaration de contestation d'une désignation syndicale.

Il convient donc que l'original de la requête parvienne à la juridiction dans le délai.

Cette décision est une interprétation particulièrement stricte de l'article R.2143-5 du Code du travail qui prévoit que la contestation est formée par simple déclaration faite au greffe dans un délai de 15 jours de la désignation.

L'employeur devra désormais être particulièrement vigilant dès qu'une désignation d'un représentant de section syndicale ou même d'un délégué syndical sera faite, le délai de contestation étant particulièrement court.

6°) La CNIL doit désormais informer l'entreprise de son droit à s'opposer à tout contrôle (CE 6 novembre 2009 n°30.4300)

Le Conseil d'Etat a rendu une décision le 6 novembre 2009 afin de préciser le droit de contrôle de la CNIL sur les entreprises.

L'autorité administrative indépendante peut ainsi procéder à des contrôles, à des auditions, adresser des mises en demeure et prononcer des sanctions.

La CNIL peut ainsi contrôler sur place les entreprises. Cependant, elle ne peut méconnaître le droit au respect du domicile, même s'il s'agit d'une Société.

Ainsi, les membres de la CNIL ont accès aux lieux, locaux, enceintes, installations ou établissements servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel.

S'ils souhaitent faire une enquête, ils doivent en informer préalablement le Procureur de la République territorialement compétent.

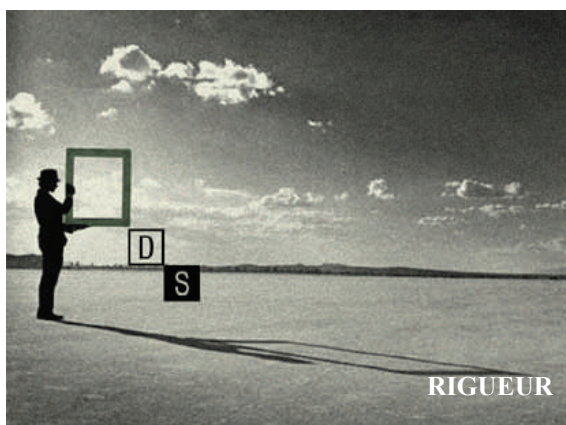
Par ailleurs, le responsable des lieux est en droit de s'opposer à un tel contrôle.

Or, en l'espèce le Conseil d'Etat constate que le droit de s'opposer à la visite n'a pas été effectif.

En effet, en l'espèce, la possibilité de s'opposer au contrôle n'était que théorique dans la mesure où le responsable des locaux n'a pas été informé préalablement de son droit de s'opposer à la visite.

En l'occurrence, la seule mention que le contrôle était effectué en application de l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978 (informatique et liberté) ne suffisait pas pour constituer l'information requise.

Le Conseil d'Etat a ainsi jugé la procédure irrégulière et a annulé la sanction prononcée à l'encontre de



l'entreprise qui s'élevait à 30.000 € suite au défaut de présentation par l'entreprise des garanties du droit d'opposition.

Désormais, lorsque la CNIL souhaitera effectuer un contrôle sur place, il lui faudra désormais systématiquement informer l'employeur qu'il a le droit de s'opposer à la visite en application de l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978.

La Haute Juridiction protège la liberté des entreprises. Cependant, cette garantie ne modifie en rien la suite de la procédure qui peut être intentée par la CNIL..

Si l'employeur refuse le contrôle de la CNIL, la commission conserve la possibilité de saisir le Président du Tribunal de Grande Instance afin qu'il autorise le contrôle.

Une ordonnance sera ainsi délivrée à la CNIL par le Président du Tribunal de Grande Instance et l'employeur n'aura d'autre choix que d'ouvrir les portes de sa société faute de quoi son opposition sera considérée comme une entrave à l'exercice des missions de la CNIL et punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende en application de l'article 51 de la loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et liberté ».

Toutefois, cela laisse un délai supplémentaire à l'employeur afin de se mettre en conformité avec les exigences de la CNIL avant son contrôle sur place.

7°) Le salarié protégé doit être rémunéré en attendant son autorisation de licenciement (Cass. Soc. 2 décembre 2009 n°08-43.466 ; 08-42.037)

La Cour de cassation par deux arrêts de principe s'est prononcée sur la question de la rémunération des salariés protégés lors de la suspension du contrat de travail pour un motif non disciplinaire en attente de l'autorisation de licenciement.

Selon la Cour de cassation, lorsqu'un salarié protégé ne dispose plus du permis de conduire ou d'habilitation nécessaire à l'exercice de ses fonctions, l'employeur est tenu non seulement de conserver le salarié

dans l'entreprise mais aussi de le rémunérer jusqu'à l'obtention de l'autorisation de licenciement.

Dans la première affaire (08-43.466), le permis de conduire d'un chauffeur routier qui était également délégué syndical et membre du CE, a été suspendu pendant 6 mois.

La deuxième décision (08-42.037) concerne un salarié employé en qualité de manutentionnaire piste travaillant sur la zone aéroportuaire de Roissy CDG, délégué du personnel suppléant. Il disposait à cette fin d'un badge d'autorisation d'accès à cette zone qui lui a été retiré par le Préfet de Seine Saint Denis.

Les deux salariés ont alors intenté respectivement une procédure devant le juge des référés afin de voir annuler la mesure de suspension de leur contrat de travail avec suppression de la rémunération y afférente.

La Cour de cassation a décidé que la rémunération des salariés protégés devait être maintenue en attendant de l'autorisation de licenciement.

C'est donc en vain que les sociétés ont invoqué une exception d'inexécution du contrat au motif que cette exception ne pouvait s'appliquer face aux dispositions d'ordre public du Code du travail en matière de salariés protégés.

La Cour de cassation a, en effet, considéré que : « *les dispositions relatives au licenciement des salariés investis de fonctions représentatives instituent au*

profit de ces salariés, et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun qui interdit à l'employeur de rompre le contrat de travail sans respecter le dispositif destiné à garantir cette protection ; qu'il en résulte que (...) l'employeur est tenu non seulement de conserver le salarié dans l'entreprise, mais encore de la rémunérer jusqu'à l'obtention de l'autorisation de licenciement délivrée par l'inspecteur du travail... »

Toutefois, la solution aurait été différente si les faits à l'origine de la demande d'autorisation de licenciement du salarié protégé étaient constitutifs d'une faute grave.

Le Code du travail permet à l'employeur en cas de faute grave du salarié de prononcer une mise à pied immédiate en attendant la décision de l'inspecteur du travail.

Si l'inspecteur du travail refuse l'autorisation, la mise à pied sera alors annulée et l'employeur devra verser la rémunération que le salarié aurait dû percevoir pendant ladite période.

Cependant, dans tous les cas, le contrat de travail du salarié protégé qu'il soit suspendu suite à un motif non disciplinaire ou disciplinaire, l'exécution du mandat du salarié protégé se poursuit pendant cette même période.

L'employeur sera alors tenu de convoquer le salarié aux réunions habituelles et le salarié disposera de ses heures de délégation.

8°) 4 arrêts clarifient la loi du 20 août 2008 (Cass. Soc. 13 janvier 2010 n°09-60.203 ; n°09-60.208 ; n°09-60.108 et 09-60.155)

La Cour de Cassation dans ces 4 arrêts continue son travail afin de répondre rapidement aux questions ouvertes par le législateur suite à la loi du 20 août 2008.

1) La Cour de Cassation a récapitulé clairement dans un attendu de principe



tous les cas d'annulation du scrutin en cas d'irrégularité (**n°09-60.203**).

La Cour précise : « à moins qu'elles soient directement contraires aux principes généraux du droit électoral, les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence sur le résultat des élections ou depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 si, s'agissant du premier tour, elles ont été déterminantes de la qualité représentative des organisations syndicales dans l'entreprise ou du droit pour un candidat d'être désigné délégué syndical ».

En l'espèce, il s'agissait du retrait du nom d'un candidat des listes postérieurement au début des opérations de vote par correspondance, et d'autre part de l'absence de Président du bureau de vote.

La Cour a ainsi choisi une solution qui garantit l'application de la loi sans menacer pour autant l'ensemble des scrutins électoraux.

Il semblerait que l'irrégularité du scrutin doit avoir une incidence sur le seuil des 10% que doit attendre le syndicat pour être reconnu représentatif, tout au moins sur le seuil de 10% que doit atteindre le candidat pour pouvoir être ultérieurement désigné délégué syndical.

Toutefois, il apparaît que le Juge du contentieux électoral n'ira pas jusqu'à sanctionner une irrégularité pour le simple motif qu'elle modifie le résultat global de l'audience des syndicats.

2) La Cour se prononce sur la présence d'un syndicat et la désignation d'un représentant de la section syndicale (**n° 09-60.155**)

La nouvelle loi impose comme condition pour la désignation d'un délégué syndical, la preuve par le syndicat de l'existence d'au moins deux adhérents

dans l'entreprise (article L 2142-1 du Code du travail).

Se posait alors la question de savoir si la Cour de Cassation allait maintenir sa jurisprudence concernant la désignation d'un représentant syndical par une union ou une confédération syndicale.

La Cour confirme que cette ancienne jurisprudence demeure d'actualité et reprend son attendu de principe sur le droit des unions et confédérations à exercer, sauf clause contraire des statuts, les prérogatives prévues par la loi en faveur des syndicats: « l'affiliation d'un syndicat à une union permet à cette dernière de se prévaloir des adhérents du syndicat pour l'exercice des prérogatives découlant des textes susvisés ».

Pour les organisations syndicales françaises, c'est une consécration attendue du rôle des confédérations et des unions des entreprises.

3) La Cour répond à la volonté de la loi du 20 août 2008 qui a voulu promouvoir les rapprochements des syndicats en facilitant par exemple les listes communes (**n° 09-60.208**).

En l'espèce, deux syndicats avaient décidé de faire liste commune et de répartir les suffrages à concurrence de 55 et 45%.

Toutefois, ils avaient demandé à l'employeur de ne pas faire état de cet accord de répartition. Cette liste a obtenu 19,65% des suffrages.

De la validité de la répartition inégalitaire des suffrages dépendait donc la possibilité pour le premier syndicat de se voir reconnaître représentatif.

La Cour a décidé que la répartition inégalitaire des suffrages devait également être connue avant le vote par les électeurs et qu'il s'agissait d'une condition essentielle à la validité du scrutin.

En conséquence, à défaut de communication de cette répartition aux électeurs avant le scrutin, la répartition des suffrages au sein d'une liste commune ne pourra alors se faire qu'à part qu'à parts égales.

Cependant, la Cour ne précise pas sous quelle forme l'information doit être donnée, ni à qui elle incombe. L'on peut penser que s'agissant d'un choix des syndicats, il leur appartient de le faire connaître par tout moyen, soit sur les documents diffusés, soit par affichage, soit directement sur les bulletins de vote.

4) La Cour se penche sur la possibilité pour un élu sous une étiquette syndicale de changer de syndicat (**n° 09-60.108**).

Elu en 2008 sur une liste présentée par un syndicat, un salarié avait, quelques semaines après, décidé de quitter ce syndicat pour intégrer un autre syndicat, lequel l'avait désigné en qualité de délégué syndical.

Dans un tel contexte et, sans surprise, l'employeur avait contesté la désignation au motif qu'un salarié ne pouvait successivement se présenter aux suffrages sur la liste d'un syndicat pour ensuite être désigné délégué syndical par un autre.

La Cour confirme cependant que : « dès lors qu'un salarié remplit les conditions prévues par la loi, il n'appartient qu'au syndicat désignataire d'apprécier si ce salarié est en mesure de remplir sa mission, peu important l'appartenance successive à plusieurs syndicats ».

En effet, le salarié demeure libre de changer de syndicat, le syndicat était quant à lui libre d'estimer que ce changement n'a pas d'effet sur la compétence du salarié à exercer son mandat représentatif.

La loi du 20 août 2008 appellera cependant encore probablement bien des questions sur ce thème.

A n'en pas douter, la Cour de cassation va poursuivre son œuvre jurisprudentielle afin de les clarifier.

Sont également disponibles sur notre site:

www.dsavocats.com

- La lettre des départements droit public des affaires, droit de l'immobilier et droit de la construction.
- La lettre du droit des affaires en Chine.
- La lettre du département droit économique et échanges internationaux.
- La lettre du département Sociétés
- La lettre du département Droit fiscal
- La lettre du département Propriété Intellectuelle et technologies de l'information.

Vous pouvez les recevoir de façon régulière sur simple demande à :

astorg@dsavocats.com