



Votre Réalité, Notre engagement

N°19 - Jan 2010

INFO ATLANTES

EDITO

*L'année 2009 s'achève sur fond de crise.
Réalités multiples et sans cesse plus inquiétantes.
Jusqu'où ?*

Ce qui est clair en revanche, c'est que la crise offre une justification miraculeuse, notamment à l'apparition de textes insidieux qui écornent à chaque fois, un peu plus, le Code du Travail. Avouons-le, dans une certaine indifférence des salariés légitimement préoccupés par les questions d'emploi, de pouvoir d'achat, d'avenir ...

Et pourtant les textes, eux, passent et resteront.

Quelques exemples :

- la pratique du prêt de main d'œuvre entre entreprises tel que résultant de l'ANI du 8 juillet 2009 sur la Gestion Sociale des Conséquences de la Crise Economique sur l'Emploi
- le recul de l'obligation de négociation au-delà des incantations sur le Dialogue Social (toujours l'ANI du 8 juillet et la négociation sur la mobilité dans les groupes)
- l'imposition fiscale des IJSS en cas d'accident du travail alors que le salarié y perd en retraite ! Comme si avoir un accident du travail constituait une manne !
- un nouveau rapport qui préconise la fusion des Instances Représentatives du Personnel (CE, DP, CHSCT, DS) : et Monsieur de VIRVILLE revient en catimini ...

Oui, je suis en colère, alors que dans le même temps, la Conscience des Intérêts Communs (ou ce qu'on appelle la Solidarité) s'effrite.

Je NOUS souhaite à tous beaucoup d'énergie pour la décennie qui s'ouvre (et je ne désespère pas).

Bonne année 2010 à tous de la part de l'ensemble de notre équipe.



Sommaire

P2-3-4 DOSSIER

P5 JURISPRUDENCE

P6 FORMATIONS

P6 ATLANTES À L'OEIL

*Anticiper
pour
ne pas subir*

• FORMER

• ACCOMPAGNER

• DÉFENDRE

DES DOSSIERS À CONSTRUIRE ...

Pour certains, le droit social constitue une entrave à la libre entreprise.

Ce n'est évidemment pas de cette entrave là, si tant est qu'elle existe, dont il sera traité ci-après.

Comme nous le savons, la loi pénale vise à définir et sanctionner les comportements proscrits car attentatoires aux principes même de la vie en société.

Cela est évidemment le cas de la définition et de la sanction des crimes (atteintes volontaires à la vie, torture, viol...), mais aussi en matière de délit, d'une série d'infractions propres à la relation de travail.

Dans une certaine mesure, la pénalisation des relations de travail n'est pas chose nouvelle, et la règle pénale existe aussi bien dans les relations collectives que dans les relations individuelles.

Ainsi, de nombreuses normes sociales dans le monde du travail sont assorties de sanctions pénales. Certains comportements sanctionnés peuvent l'être en dehors de la sphère du travail mais y trouvent un écho particulier (comme les atteintes à l'intégrité physique en matière d'accident du travail).

D'autres en revanche sont propres aux relations de travail et n'existent que dans ce périmètre, comme les infractions à la durée du travail, pour prêt de main d'œuvre illicite ou celles relatives aux règles d'hygiène et de sécurité.

Parmi cette dernière catégorie, l'infraction dite d'entrave, a une particulière résonance.

En effet, le législateur a entendu spécialement sanctionner une série d'atteintes faites non pas aux salariés pris individuellement ou collectivement, mais à leur **représentation** (institutions représentatives du personnel comprises

dans une définition large : comité d'entreprise, CHSCT, syndicats, délégués syndicaux...).

Ces dispositions spéciales, qui **figurent non pas dans le Code pénal mais dans le Code du travail, soulignent l'importance donnée à la protection des institutions** visées.

Les articles du code :

- en ce qui concerne le comité d'entreprise, comité d'établissement ou comité central d'entreprise :

*article L. 2328-1

*article L. 2328-2 :

- en ce qui concerne les délégués du personnel : article L. 2316-1 :

- en ce qui concerne l'exercice du droit syndical, article L. 2146-1 :

Cette volonté de « protection » pénale est accentuée par plusieurs précisions du texte, qui tendent à renforcer son efficacité comme sa vertu symbolique et dissuasive.

Ainsi,

- les infractions dont il est question sont des délits, et sont donc punissables par une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 3750 €. S'agissant de délits, c'est **le tribunal correctionnel** siégeant au sein du **Tribunal de Grande Instance qui est la juridiction compétente.**

- les textes qui définissent les infractions permettent la qualification de nombreuses réalités : « *entrave au fonctionnement, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2324-3 à L. 2324-5 et L. 2324-8* », « *atteinte à la libre désignation* »... qui vont de l'absence de fourniture de local ou de panneaux d'affichage, à la non convocation de réunion, à l'absence d'organisation d'élections, ou de procédure d'information consultation.

- **la simple tentative de délit d'entrave, même s'il elle n'a pas**



été mise à exécution, peut être sanctionnée par les juges.

- depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (JO du 10 mars 2004 - entrée en vigueur le 31 décembre 2005), la personne morale, c'est-à-dire l'employeur personne morale (SA X, SARL Y, association Z...), peut être poursuivie et sanctionnée pour les faits d'entrave, sachant que le cumul de responsabilité entre la personne physique, organe ou représentant de la **personne morale**, ayant commis l'infraction, est possible (l'alinéa 3 de l'article 121-2 du code pénal dispose que « *la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits* »).

• Cependant la vertu symbolique et dissuasive de la règle pénale, ne doit **pas** avoir pour conséquence de considérer l'infraction d'entrave et la procédure pénale qui s'y attache, comme une **SOLUTION MIRACLE.**

D'une part, la procédure pénale qui mène au jugement de l'infraction et à l'éventuel prononcé d'une peine, est **longue.**

Quelques règles de procédure

➤ En matière de **plainte au Procureur de la République** (ou aux services de police /gendarmerie), le délai dépend de l'encombrement de ses services et des services d'enquête, ainsi que l'intérêt qu'il peut y porter, sachant que les cas de classement sans suite en la matière ne sont pas isolés.

➤ Pour ce qui est de la **citation**

LES PRINCIPAUX CAS DE DELIT D'ENTRAVE (liste non exhaustive) :**Le délit d'entrave en matière « d'élections professionnelles »**

- Le refus d'organiser des élections
- L'exercice de pressions visant à décourager des candidatures
- La présence d'irrégularités dans les opérations électorales
- La contestation tardive de l'irrégularité des élections visant à justifier un licenciement ;
- L'obstacle à la constitution d'une section syndicale ;
- L'entrave portée à la constitution du comité d'entreprise (CE) ;
- La contestation du nombre d'établissements distincts visant à diminuer le nombre de délégués ;
- La modification des structures de la société afin d'échapper frauduleusement à l'obligation de constituer un CE.

L'entrave à l'exercice des fonctions des représentants du personnel

- Le refus opposé à un délégué mis à pied d'assister en tant que représentant syndical à une séance du comité
- L'opposition au libre déplacement ou à la sortie des délégués
- Le refus de mettre à disposition un local syndical
- La censure abusive de l'affichage des communications
- La volonté de régler les réclamations du personnel en excluant les délégués de ce rôle
- La convocation du CE et des délégués ensemble et non séparément
- La non convocation des suppléants
- La non convocation d'un délégué à une réunion obligatoire
- La limitation par note de service de la mission des délégués
- Le refus de convoquer la réunion mensuelle ou l'opposition faite à l'assistance d'un représentant syndical
- La fixation unilatérale de l'ordre du jour du CE sauf cas prévu par la loi
- La non information ou la non consultation du CE .

Le délit d'entrave en matière d'activités sociales et culturelles

- La volonté de l'employeur de conserver la gestion de certaines activités sociales ou de s'opposer au partage ou au contrôle de cette gestion ;
- Le refus de verser la contribution mise à sa charge par la loi ou de se plier à son mode de calcul.

L'entrave en matière de négociation collective

La conclusion d'accords entre l'employeur et les institutions représentatives du personnel distinctes des organisations syndicales présentes dans l'entreprise portant atteinte au monopole que la loi confère à ces dernières pour la négociation collective.

Le délit d'entrave en matière de licenciement d'un salarié protégé

- La mise à pied préventive en l'absence de faute grave
- Le prononcé d'une sanction excessive, injustifiée ou prononcée au-delà de la décision de l'inspecteur du travail
- Le refus de la réintégration d'un salarié protégé irrégulièrement licencié
- La modification du contrat de travail, la rétrogradation et toute autre forme de discrimination à l'encontre d'un délégué syndical
- Le licenciement d'un salarié protégé sans l'autorisation de l'inspecteur du travail.

directe, par laquelle la partie civile fait directement citer le prévenu devant le tribunal correctionnel, il faut compter en moyenne plus d'une année entre le début de la procédure et le jugement.

Ainsi, les situations qui sont à l'origine de la procédure et qui constituent des entraves peuvent perdurer pendant tout ce temps (non fourniture de local, absence de processus électoral, non convocation aux réunions,

absence de procédure d'information consultation...).

Et au final certes, la sanction intervenue aura une importance symbolique forte (« **entreprise délinquante** »), mais n'aura pas nécessairement fait cesser rapidement la violation de la loi.

L'entrave : une finalité en soi ?

La recherche de la sanction ne saurait être une solution dans tous

les cas et s'il ne faut pas la négliger - la symbolique des actes demeure essentielle aux rapports sociaux - elle ne saurait être envisagée comme une fin en soit. Reste que certains DRH fêteraient, paraît-il leur première condamnation !

Attention : *un représentant du personnel, voire un salarié de l'entreprise lui-même peut parfaitement être condamné pour entrave*



De fait, la solution procédurale, lorsque les autres options ont été écartées, passe souvent d'abord par une action devant **les juridictions civiles afin de faire cesser le comportement illégal** (référés, jour fixe avec demande d'injonction et d'astreintes...), **ce qui n'exclut pas une procédure**

pénale et une condamnation dans un deuxième temps.

L'infraction d'entrave et la procédure pénale qui mène au jugement de l'infraction peuvent sembler d'un abord compliqués, sachant que là où le juge civil pourra considérer un non respect de la loi et le sanctionner, le juge pénal n'y verra pas néces-

sairement une entrave.

Nous préférons pour notre part, afin d'éviter ce dernier écueil, agir en entrave lorsque nous pouvons nous appuyer sur différents faits constitutifs à nos yeux d'une entrave afin de nous faire entendre du juge correctionnel, étant rappelé que la prescription est de 3 ans.

QUELS SONT LES POINTS SUR LESQUELS IL FAUT ÊTRE PARTICULIÈREMENT VIGILANTS ?

Prenons comme exemple, l'absence de réunion mensuelle du CE

LA VERIFICATION DE LA CONSTITUTION ET REALITE DE L'INFRACTION :

■ **l'élément légal** : il faut bien viser le texte de référence : pas d'infraction sans texte selon la formule consacrée ;

■ **l'élément matériel** : il faut bien déterminer et préciser :

- les faits constitutifs au regard du texte visé : l'absence de réunion CE (absence de toute convocation) ce qui relève de l'atteinte au fonctionnement régulier de l'article L. 2328-1 du code du travail

- le lieu de commission de l'infraction : le lieu où doivent de tenir les réunions, par exemple le siège de l'entreprise

- le moment de la commission de l'infraction (afin de vérifier notamment la prescription, de 3 ans à compter de la commission des faits) : dates auxquelles les réunions auraient dû avoir lieu, à savoir pour les mois de juin, juillet et août

- le ou les auteurs de l'infraction (sur ce dernier point il peut s'agir de la personne physique qui commet matériellement l'infraction et/ou la personne morale pour le compte de laquelle l'acte est commis) : dans l'exemple, l'employeur personne morale et le DRH qui préside les réunions de CE

- la victime de l'infraction (CE, CCE, syndicat, DS...) : dans l'exemple le CE.

■ **l'élément intentionnel** : la jurisprudence considère que l'élément intentionnel du délit d'entrave se déduit, non du but recherché, mais du

caractère volontaire des mesures prises (Cass. ass. plén, 28 janv. 1983, Dr. soc. 1984, p. 511 ; Cass. crim., 15 févr. 1994, no 92-84.088, Bull. crim., no 68, p. 142, RJS 6/94, no 713).

La seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur, l'intention coupable (Cass. Crim 12 juillet 1994 n°93-85.262). Dans la même logique, la Cour de Cassation considère également que dans la mesure où l'omission fautive à la charge du prévenu a été volontaire, l'élément intentionnel des délits d'entrave se trouve suffisamment caractérisé (Cass. crim 27 septembre 1989 P n°Z88-85-727 P).

En d'autres termes, l'employeur sait qu'il doit, conformément aux textes, convoquer le comité d'entreprise tous les mois ; ne l'ayant pas fait, l'intention coupable est établie.

LA PROCEDURE :

■ **l'acte introductif** et notamment la citation directe doivent être précis et reprendre de façon complète les éléments constitutifs de l'infraction

■ si la partie civile à l'origine de la citation directe n'a pas son siège dans le ressort du tribunal correctionnel compétent, il faut qu'elle soit domiciliée sur ce ressort

■ **la partie civile** – la victime doit avoir capacité à agir :

- un mandat pour agir en justice en bonne et due forme du CE doit avoir été voté en réunion plénière à la majorité des élus titulaires présents

Attention : le texte du mandat doit être précis et visé des faits

Un conseil : interrogez votre avocat pour sa rédaction

- pour les syndicats : il faut un mandat de l'organe statutairement compétent ; devront également être fournis :

- les derniers statuts,
- le récépissé de dépôt en mairie,
- le procès – verbal du bureau.

Votre avocat vérifiera également la conformité du mandat aux statuts comme le libellé du mandat, ce point est important puisque c'est la recevabilité de l'action qui peut être remise en question ... !

■ **la partie civile** doit avoir un intérêt à agir et qu'un droit propre soit violé : cela sera le CE dont le droit à une réunion mensuelle n'a pas été respecté ; pour un syndicat il peut s'agir d'une atteinte directe à leur fonctionnement et droits (absence de panneaux syndicaux, entrave à la circulation ...) ou plus généralement d'une atteinte à l'intérêt de la profession dont fait partie le respect des prérogatives et du fonctionnement du CE et CCE... ; un syndicat est parfaitement aujourd'hui fondé à agir en entrave du fait d'une absence de convocation aux réunions mensuelles du comité.

L'ensemble de ces éléments peuvent sembler lourds ; il s'avère que leur respect constitue un impératif en matière pénale, là où les juges ne sont, par ailleurs, pas nécessairement enclins à condamner un employeur pour entrave

On observera toutefois que récemment les juridictions semblent plus attentives au respect des prérogatives des instances et syndicats, même si la condamnation à une peine de prison ferme se révèle illusoire !

Diego Parvex, Avocat ATLANTES



GARE Ô...(GARROT !) FRAUDEURS : NULLITE DES LICENCIEMENTS ET DES TRANSACTIONS POUR FRAUDE AU LICENCIEMENT ECONOMIQUE !

JURISPRUDENCE ATLANTES



La sanction était inévitable: la nullité des licenciements.

Il a ajouté que les transactions, ayant pour objet d'interdire aux salariés de contester la nullité de ces licenciements, étaient elles-mêmes intervenues en fraude à la loi, et étaient donc également nulles comme ayant une cause illicite !

Le Juge a lourdement condamné l'employeur :

- la date de la rupture des contrats de travail a été fixée à la date de la signature des transactions, ce qui a justifié des rappels de salaire conséquents, notamment d'indemnité de préavis.
- Il a majoré l'indemnité de l'article L.1235-11 du Code du Travail pour nullité du licenciement en la fixant à deux ans de salaire (Rappel : cette indemnité ne peut être inférieure à 12 mois de salaire).
- Il a fixé l'indemnité prévue par l'article L.1235-12 du Code du Travail pour violation des procédures d'information consultation des représentants du personnel à près d'un mois de salaire.
- Il a considéré que les salariés licenciés frauduleusement avaient subi **un préjudice distinct constitué par la perte d'une chance de reclassement** facilité par la mise en place d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi. Ce préjudice distinct a été réparé par l'allocation d'une somme de 5.000 € à titre de dommages et intérêts.
- Enfin, il a ordonné l'exécution provisoire, à hauteur de 50% sur les dommages et intérêts eux-mêmes.

L'histoire démontre qu'une transaction ne constitue pas une panacée pour les employeurs dès que les salariés et les élus sont vigilants !

Un parallélisme utile pourrait être fait avec ... les ruptures conventionnelles qui depuis juillet 2008 fleurissent (+ de 150.000 selon le Ministère) : combien de licenciements pour motif économique ont ainsi été maquillés ?

Le dossier reste à monter ...

Jurisprudence Atlantes : ce dossier a été traité par le cabinet

Le Conseil de Prud'hommes de Brest, le 4 septembre 2009, a prononcé 6 ans après les faits, pour fraude à des dispositions d'ordre public, la nullité de 17 licenciements et des transactions qui avaient été signées ultérieurement.

La société JABIL, après avoir repris dans le cadre d'une cession, une branche d'activité du groupe ALCATEL, avait organisé une mise en scène consistant en de **faux licenciements suivis de transactions**.

Elle a en effet demandé, au mois de juin 2003, à 65 salariés « volontaires » de signer des transactions.

Les salariés avaient été convoqués et s'étaient vu remettre une lettre de licenciement antidatée et une transaction.

Chaque licenciement avait été motivé de façon stéréotypée pour avoir refusé une prétendue mutation dans un autre service deux ou trois mois plus tôt.

Par la suite, les salariés, dont la plupart avait une très grande ancienneté, de l'ordre de plus de trente ans, n'avaient pas retrouvé de travail.

Les licenciements étaient survenus dans un contexte de réduction des effectifs, les postes avaient été supprimés et les salariés n'avaient pas été remplacés.

La société JABIL avait donc en réalité procédé au licenciement de plus de 10 salariés sur une période de 30 jours, pour des motifs liés à la restructuration de l'entreprise, **sans respecter la procédure de licenciement collectif économique**.

Le Juge a justement considéré que ces licenciements résultaient d'une fraude de l'employeur ayant pour but de contourner les dispositions d'ordre public du licenciement collectif économique.



FORMATIONS ATLANTES 2010

Mesdames, Messieurs,

Nous vous informons de nos prochaines journées de formation en 2010 :

Jeudi 14 Janvier 2010

« Actualités juridiques » : le point sur la loi du 20 août 2008, mutuelle (ANI18/05/09), retraites, nouveaux droits et prérogatives du CE, actualité jurisprudentielle, PSE, Départs volontaires, licenciement économique, salariés protégés, L.1224-1 (ancien L.122-12), égalité de traitement.

Jeudi 28 Janvier 2010

« Actualités juridiques » : le point sur la loi du 20 août 2008, mutuelle (ANI18/05/09), retraites, nouveaux droits et prérogatives du CE, actualité jurisprudentielle, PSE, Départs volontaires, licenciement économique, salariés protégés, L.1224-1 (ancien L.122-12), égalité de traitement.

Mardi 9 Février 2010

« Restructurations : délocalisation, licenciement économique et PSE, vente de l'entreprise, changement d'actionariat... »

Jeudi 18 Février 2010

« Harcèlement, stress au travail » : le rôle du CE, du CHSCT, des Organisations Syndicales, des salariés : connaître les leviers et assurer la protection des salariés.

Mardi 16 Mars 2010

« Harcèlement, stress au travail » : le rôle du CE, du CHSCT, des Organisations Syndicales, des salariés : connaître les leviers et assurer la protection des salariés.

Jeudi 25 Mars 2010

« Egalité Professionnelle et Discrimination »

Mardi 27 Avril 2010

« Licenciement économique et Plan de Sauvegarde de l'Emploi »

INFORMATIONS PRATIQUES

- Chaque session de formation est organisée au sein de nos locaux de 9h30 à 17h30 au 166 boulevard du Montparnasse – 75014 Paris.
- Le coût d'une session de formation est de 310,00 €HT par participant qui inclut les frais de documentation et de repas.



Concernant les sessions d'Actualités Juridiques toute nouveauté survenue dans les prochaines semaines, sera bien évidemment intégrée au programme.

Si vous êtes intéressé par l'un de ces thèmes, vous pouvez vous inscrire en contactant

*Mlle Hayate IRBOUH
au 01.56.53.65.00
ou par mail :
secretaire@atlantes.fr.*





Sur l'accord national interprofessionnel du 8 juillet 2009 sur la gestion sociale des conséquences de la crise économique sur l'emploi

L'ANI du 8 juillet 2009 préconise et instaure le prêt de main d'œuvre à but soi-disant non lucratif, afin d'éviter le chômage partiel ou le licenciement pour motif économique.

La situation est celle-ci : 2 entreprises en présence :

- l'une qui rencontre des difficultés économiques et qui serait susceptible donc de recourir au chômage partiel ou de licencier pour motif économique des salariés,
- l'autre qui a un besoin de main d'œuvre.

Dans ce cas, les signataires de l'ANI du 8 juillet 2009 ont prévu que l'entreprise en difficulté peut prêter des salariés à l'entreprise demandeuse.

Si les instances représentatives de chacune des entreprises prêteuse et utilisatrice (comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel ainsi que le CHSCT) sont informés et consultés préalablement à la décision des prêts de main d'œuvre et qu'une convention de mise à disposition doit être conclue entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice, il est d'autres dispositions qui prêtent à contestation.

L'article 7 de l'accord est le suivant :

« le caractère non lucratif du prêt de main d'œuvre implique que l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice que la stricte valeur des salaires versés aux salariés pendant la mise à disposition, les charges sociales afférentes, ainsi que, s'il y a lieu, des frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition » .

Il est clair que l'entreprise prêteuse ne fait aucun « bénéfice » stricto sensu de l'opération.

Tel n'est pas le cas échéant de l'entreprise utilisatrice !!

Imaginons en effet que le statut collectif ou les niveaux de rémunération de l'entreprise utilisatrice soient supérieurs à ceux applicables au sein de l'entreprise prêteuse.

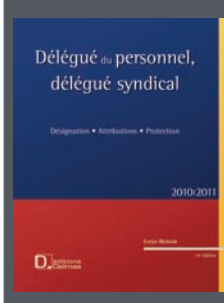
Que se passe-t-il ?

Dans cette hypothèse, le salarié continuera d'être rémunéré selon le « tarif » de son entreprise d'origine et ne bénéficiera ni du statut, ni des rémunérations de l'entreprise dans laquelle il peut être amené à travailler plusieurs mois aux côtés d'autres salariés qui eux, seront payés davantage (pour le même travail !)

C'est dire que l'entreprise utilisatrice va tirer profit de cette situation puisque des salariés effectueront le travail pour un coût inférieur !

La notion de « but non lucratif » apparaît des plus relatives, n'est-ce pas ?

Force est de constater que la Crise permet de tout justifier alors qu'un tel dispositif était prohibé au titre du délit de marchandage !!!



Evelyn Bledniak a actualisé son ouvrage délégués du personnel / délégué syndical.

Cet ouvrage est à jour de la loi du 20 août 2008 sur les nouvelles conditions de représentativité syndicale et de négociation collective.

Dans toutes les bonnes librairies ...