



## Sommaire

\* **Jurisprudence**

\* **Le point sur...**  
*et autres...*

- **Au centre de**

**Documentation :**  
*Dernières*  
*acquisitions*

Rédaction en chef :  
**V. LACOSTE-MARY**  
[lacoste@u-bordeaux4.fr](mailto:lacoste@u-bordeaux4.fr)

Elaboration technique :  
**M.J. BOLLAND**

Ont participé à ce  
numéro :

- **Aline BOURGEOIS**  
chargée d'enseignement

- **Valérie LACOSTE-MARY**  
maître de conférences

- **Sébastien TOURNAUX**  
chargé d'enseignement

## EDITO

Il est temps de faire un zoom sur le contenu des différentes réformes de l'été, singulièrement sur les nouveaux calculs proposés par les textes. Nouveau calcul de la période d'essai des CDI, des indemnités de licenciement pour motif personnel, de la représentativité syndicale, des heures supplémentaires.

L'éventail était vaste et le choix des commentateurs de la NL s'est opéré sans discernement et avec partialité sur ces différents points, l'exhaustivité se fera au fil des lettres futures...



En revanche, se sont imposées à eux les décisions de la Cour de cassation. La haute juridiction emboîte le pas au changement et au revirement, avec plus ou moins de bonheur. En effet, pour couper court à l'important contentieux relatif au harcèlement moral, la Cour de cassation a repris le contrôle de qualification qu'elle concédait aux juges du fond. Si l'on prend acte de cette jurisprudence importante qui permettra sans doute une unification des solutions sur cette délicate question, on sera plus dubitatif quant à la restriction apportée au statut protecteur des conseillers du salarié.

Bonne lecture à tous !

Valérie Lacoste-Mary

## INFOS

### VIDEOS

Le colloque « La recodification du Code du travail (27 mars 08) » sera visible sur le site de l'Institut du travail à partir du 20 octobre 2008 à l'adresse suivante : <http://institutdutravail.u-bordeaux4.fr>

Le colloque « La justice prud'homale et la modernisation du travail » organisé par l'IRT de Nancy le 15/09/2008 est visible aux adresses suivantes :

[http://www.canalu.tv/canalu/producteurs/les\\_amphis\\_de\\_france\\_5/dossier\\_programmes/droit/la\\_justice\\_prud\\_homale\\_et\\_la\\_modernisation\\_du\\_travail\\_partie\\_1](http://www.canalu.tv/canalu/producteurs/les_amphis_de_france_5/dossier_programmes/droit/la_justice_prud_homale_et_la_modernisation_du_travail_partie_1)

[http://www.canalu.tv/canalu/producteurs/les\\_amphis\\_de\\_france\\_5/dossier\\_programmes/droit/la\\_justice\\_prud\\_homale\\_et\\_la\\_modernisation\\_du\\_travail\\_partie\\_2](http://www.canalu.tv/canalu/producteurs/les_amphis_de_france_5/dossier_programmes/droit/la_justice_prud_homale_et_la_modernisation_du_travail_partie_2)



## JURISPRUDENCE

**Quand le conseiller du salarié perd sa protection contre le licenciement...**

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation a entendu répartir les modes de publicité de la liste départementale des conseillers du salarié. On se souviendra que l'article D. 1232-5 du Code du travail prévoit trois types de publicité de cette liste. Celle-ci doit, d'abord, être tenue à disposition des salariés du département à l'inspection du travail et en mairie. Elle doit, ensuite, être publiée au recueil des actes administratifs du département, mesure logique puisque la liste est arrêtée par le préfet.

Jusqu'ici, l'ensemble de ces modes de publicité était opposable à l'employeur. Désormais, la Cour de cassation estime que seule la publication de la liste au recueil des actes administratifs la rend opposable à l'employeur. Cette interprétation n'est pas dénuée de sens puisque le Code du travail prévoit seulement que l'inspection du travail et les mairies mettent la liste à disposition des salariés.

La Cour de cassation prend également position sur l'opposabilité à l'employeur de l'inscription d'un de ses salariés sur la liste des conseillers en cas de carence du préfet, ce dernier ayant omis de faire figurer la liste sur le recueil des actes administratifs. Dans ce cas de figure, elle estime que la liste n'était pas opposable à l'employeur. Pour bénéficier de la protection contre le licenciement, le salarié devra faire la preuve que son employeur avait bien connaissance de sa qualité de conseiller du salarié. À défaut, le licenciement prononcé sans autorisation administrative ne peut être annulé par le conseil de prud'hommes. Les conseillers du salarié fraîchement désignés ont, dorénavant, sérieusement intérêt à en avertir l'employeur.

Au final, les conseillers du salarié se retrouvent victimes d'une défaillance de l'Administration. À n'en pas douter, un recours administratif contre le préfet devrait être en mesure de réparer le préjudice subi du fait de cette omission.

*Cass. Soc., 24 septembre 2008, n° 07-40.436 et n° 07-41.191, Me X c./Société des Etangs*

*Intermarché*

**Recherche  
de la preuve  
et  
harcèlement**

La chambre sociale de la Cour de cassation revient sur son pouvoir en matière de preuve de l'existence d'une situation de harcèlement.

Auparavant, et depuis un arrêt du 27 octobre 2004, elle laissait aux juges du fond le soin d'apprécier si des éléments produits par les parties étaient ou non de nature à établir l'existence d'un harcèlement. Il s'agissait d'une appréciation souveraine sur laquelle elle n'exerçait aucun contrôle.

La Chambre sociale opère un revirement de jurisprudence dans le 2<sup>ème</sup> arrêt cité : en reprochant à la cour d'appel « *de ne pas l'avoir mise en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits établis n'étaient pas de nature à faire présumer un harcèlement moral* », la Cour de cassation entend clairement prendre le contrôle de la preuve de l'existence d'une situation de harcèlement

La Cour de cassation précise également aux juges du fond les règles qui conduisent la recherche de la preuve. Ainsi dans la 3<sup>ème</sup> affaire, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché « *si les éléments (présentés par la salariée victime de harcèlement moral) étaient établis et, dans l'affirmative, s'ils étaient de nature à faire présumer un harcèlement moral* ». C'est dire que les juges du fond doivent appréhender les faits présentés dans leur ensemble, et non se limiter à certains d'entre eux, afin de déterminer si ces faits permettent de présumer l'existence du harcèlement allégué. L'employeur pourra alors établir que ces faits ne sont pas constitutifs de harcèlement, comme le précise le dernier arrêt dans lequel la Cour de cassation procède à la répartition de la charge de la preuve des faits constitutifs de harcèlement entre le salarié et l'employeur : c'est le salarié qui a la charge d'apporter des éléments qui peuvent faire présumer l'existence d'une situation de harcèlement (ce que les juges du fond devront contrôler) et c'est ensuite à l'employeur de tenter de se dégager de sa responsabilité en prouvant que ses agissements ne sont pas constitutifs de harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; en l'espèce, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la salariée, l'employeur ayant démontré que ses agissements étaient justifiés par la situation économique de l'entreprise et la nécessité de sa réorganisation. Dans le 1<sup>er</sup> arrêt, la Cour de cassation approuve la cour d'appel qui a considéré comme justifié le licenciement pour faute d'un cadre qui avait commis un harcèlement sexuel.

Cass. Soc., 24 septembre 2008, n° 06-46.517 X c./Association TADY FS-P+B+R+I, n° 06-45-579 X c./Société Clinique de l'Union FS+P+B+I, n°06.43.504 X c./Société CMBM, FS-P+B+R+I

## TEXTES

**Les périodes d'essai du CDI****Les nouvelles conditions légales d'existence de la période d'essai**

L'article L. 1221-20 du Code du travail issu de la loi du 25 juin 2008 déclare « *La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* » reprenant ainsi la position constante de la jurisprudence antérieure. En revanche, la loi prévoit pour les contrats conclus après le 27 juin 2008 que *la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas.*



*Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail (Art. L.1221-22 du Code du travail).* Cet article met fin à la jurisprudence selon laquelle en cas de silence du contrat, la période d'essai imposée par la convention collective s'imposait au salarié averti.

Le Code précise également les hypothèses de renouvellement de la période d'essai qui sont plus encadrées que précédemment. La période d'essai peut être renouvelée une fois, à la condition, d'une part qu'un accord de branche étendu le prévoit en fixant les durées et les conditions du renouvellement et, d'autre part, que le contrat de travail ou la lettre d'engagement mentionne cette possibilité expressément. (Art. L. 1221-21 et L.1221-23 du Code du travail).

**Les nouvelles durées légales maximales de la période d'essai**

- **4 mois** pour les ouvriers et employés, renouvellement éventuel compris
- **6 mois** pour les agents de maîtrise et techniciens, renouvellement éventuel compris
- **8 mois** pour les cadres, renouvellement éventuel compris

### Les nouvelles durées légales de la période d'essai (suite)

Le dépassement de ces durées maximales est possible uniquement dans le cas où un accord de branche conclu avant le 26 juin a été conclu. Parallèlement, les durées plus courtes prévues par un accord collectif doivent être respectées s'il est signé après le 26 juin 2008. L'article L. 1221-22 rappelle simplement le principe de faveur car le législateur a posé de nouvelles règles rendant caducs les accords collectifs conclus avant la promulgation de la loi.

***Lorsqu'un accord de branche conclu avant le 26 juin 2008 prévoit une durée de période d'essai plus courte que celles prévues par la nouvelle loi, les règles issues de cet accord restent applicables seulement jusqu'au 29 juin 2008. Au-delà, et faute de nouvel accord, c'est la loi qui s'appliquera.***

***L'ensemble des accords d'entreprise fixant des délais plus courts que la loi ont cessé de s'appliquer depuis le 27 juin 2008.***

### La rupture de la période d'essai

La loi impose un formalisme en cas de rupture pendant la période d'essai. Les articles L. 1222-25 et 26 demandent le respect d'un délai de prévenance qui s'impose tant à l'employeur qu'au salarié.

<b>Rupture de la période d'essai du CDI</b>		
<b><i>Durée de la présence du salarié dans l'entreprise</i></b>	<b><i>Délai de prévenance imposé à l'employeur</i></b>	<b><i>Délai de prévenance imposé au salarié</i></b>
<b>7 jours maximum</b>	24 heures	24 heures
<b>Entre 8 jours et 1 mois</b>	48 heures	48 heures
<b>Au-delà de 1 mois</b>	2 semaines	48 heures
<b>Au-delà de 3 mois</b>	1 mois	48 heures

### **Les nouveaux délais de prescription**

La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 (JO du 18 juin 2008) a modifié profondément les délais de prescription en matière civile. Ce texte a des incidences sur les délais utilisés pour les contentieux du travail. Ainsi, comme en droit commun, le délai pour saisir un conseil de prud'hommes est de 5 ans au lieu de 30. Art. 2224 du Code civil :

**« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »**

Les actions prescrites pour 30 ans sont ainsi touchées par la réforme : demande de dommages et intérêts, demande d'indemnisation par une indemnité de licenciement abusif... Pour les actions continues comme en matière de harcèlement, le délai est ramené à 5 ans (art. L .1134-5 du Code du travail) mais ce délai court à partir de la révélation des actes de discrimination. Par ailleurs, l'évaluation des dommages et intérêts n'est pas limitée à 5 ans mais doit réparer l'entier dommage.

En cas de suspension ou de report du délai de prescription, la loi prévoit un délai butoir de 20 ans à partir des faits qui empêchent la poursuite de toute action.

La loi est supplétive sur certains points puisque l'on peut décider par accord de réduire ou d'allonger le délai de prescription (pas moins d'un an et pas plus de 10 ans). On peut convenir également de cas de suspension ou de report de prescription. Toutefois, la loi est d'ordre public sur les actions en réparation d'une discrimination, en paiement de salaire, de participation, ou à terme périodique plus court.

La loi s'applique aux prescriptions en cours depuis le 19 juin 2008 sans que son application puisse entraîner un dépassement des durées antérieures. Si une demande de dommages et intérêts pour licenciement abusif n'a pas été faite depuis 28 ans, il reste deux ans à l'action pour être engagée et non pas 5 ans.

V.L.M.

## Les indemnités de licenciement

La lettre de l'institut du travail avait déjà signalé dans un numéro précédent la modification des indemnités de licenciement. Afin de préciser cette information, nous faisons un point sur le nouveau calcul des indemnités de licenciement.

L'indemnité de licenciement pour motif inhérent à la personne du salarié a été alignée sur celle du licenciement pour motif économique. Cette indemnité a donc été doublée. Le calcul est donc ainsi présenté (R. 1234-2 du Code du travail) :

- **Indemnité légale** : 1/5<sup>ème</sup> de mois de salaire par année d'ancienneté.
- **A partir de 10 ans d'ancienneté** : 1/5<sup>ème</sup> de mois + 2/15<sup>ème</sup> de mois par année d'ancienneté au-delà de 10 ans.

Cette indemnité est due dès que le salarié a **1 an d'ancienneté dans l'entreprise**. Cette indemnité n'est toujours pas due en cas de faute grave ou lourde.

V.L.M.

## Sur la rupture conventionnelle

### Circulaire DGT N° 2008-11 du 22 juillet 2008

relative à l'examen de la demande d'homologation d'une rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée

#### 1ère phase

L.1237-12

- Entretiens entre employeur et le salarié (1 minimum) mais pas de formalisme prévu
- le salarié doit informer l'employeur dans un "délai raisonnable" qu'il se fera assister à l'entretien par un salarié de l'entreprise ou un conseiller du salarié s'il n'y a pas de représentant du personnel dans l'entreprise
- l'employeur peut être assisté si le salarié l'est; il s'agira d'une personne appartenant au personnel de l'entreprise dans les entreprises **moins de 50 salariés**, une personne appartenant à l'organisation syndicale de l'employeur ou un employeur de la même branche

#### 2ème phase

L. 1237-13

- Signature de l'accord : précision sur la date de la rupture + conditions de la rupture
- Accord du CE si le salarié est protégé
- un délai de rétractation de 15 jours calendaires à partir du lendemain de la date de la signature .
- Celui qui se rétracte doit prévenir son cocontractant par courrier : celui-ci entraîne la reprise du contrat de travail

#### 3ème phase

L.1237-14

- La convention doit être visée par la DDTEFP : homologation ou autorisation (salarié protégé)
- A l'issue du délai de rétractation
- utilisation d'un formulaire
- le refus d'homologation ou d'autorisation doit être motivé; le silence après 15 jours est considéré comme une acceptation
- la fin du contrat :
  - \* la rupture est acquise dès le lendemain du jour de l'homologation ou de l'autorisation pour les salariés protégés.
  - \* l'indemnité de rupture ne peut être inférieure à l'indemnité de licenciement
  - En cas de contentieux : 12 mois pour faire un recours devant le CPH
  - ouvre droit à l'assurance chômage

*Nouvelle réforme  
des heures  
supplémentaires*

L'article 18 de la loi du 20 août 2008 a, à nouveau, modifié le régime juridique des heures supplémentaires. Trois éléments essentiels de cette réforme méritent d'être retenus.

D'abord, la loi s'attaque au contingent d'heures supplémentaires. Ce contingent doit, désormais, être déterminé par convention ou accord collectif d'entreprise ou d'établissement. À défaut de ce type d'accord, il pourra être fixé par accord collectif de branche. Ce n'est qu'en cas de carence des partenaires sociaux à ces différents niveaux qu'un décret déterminera le contingent d'heures supplémentaires autorisé dans les entreprises.

Ensuite, la loi remodèle le régime des heures supplémentaires effectuées dans le cadre du contingent. À titre principal, la loi supprime le repos compensateur obligatoire qui était jusqu'alors prévu en contrepartie de ces heures supplémentaires. Un tel repos ne pourra être octroyé aux salariés à la seule condition qu'un accord collectif le prévoie. Il convient également de constater que cette suppression du caractère automatique du repos compensateur des heures effectuées dans le cadre du contingent ne s'accompagne nullement d'une revalorisation de principe de la majoration salariale des heures supplémentaires même si, là encore, cette majoration peut être améliorée par accord collectif d'entreprise.

Enfin, la loi débride le régime juridique des heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent. Si celles-ci permettent toujours aux salariés de bénéficier d'un repos compensateur obligatoire, (dont les conditions doivent être déterminées par accord collectif), il ne sera plus désormais nécessaire à l'employeur d'obtenir l'autorisation de l'inspection du travail pour que de telles heures puissent être sollicitées. Maigre garde-fou, ces heures hors forfait devront faire l'objet d'un avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

Autant le dire, le régime des heures supplémentaires est donc très largement décentralisé dans les mains des négociateurs au niveau de l'entreprise. Espérons que les syndicats sauront trouver les ressources nécessaires afin d'assurer la compétence et la fermeté des délégués syndicaux qui seront très prochainement concernés par ces négociations.

S.T.

## *Les nouvelles règles de la représentativité syndicale*

L'étude de ce texte méritera plusieurs chroniques dans la Newsletter. Sont simplement exposées dans ce numéro, les règles relatives aux dispositions transitoires ainsi qu'aux nouveaux critères de représentativité.

### ***Les dispositions transitoires***

La représentativité présumée des 5 grandes centrales syndicales est maintenue **au niveau de l'entreprise** ainsi qu'aux syndicats représentatifs à ce niveau au 21 août. Cette règle disparaîtra dès l'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise après le 21/08/08. Selon le déroulement des élections, les règles de la représentativité seront maintenues jusqu'à 2012. Au-delà de cette date, l'ensemble des syndicats seront tenus de faire la preuve de leur représentativité.

### ***Les nouveaux critères de la représentativité***

L'article L.2121-1 du Code du travail énonce 7 critères cumulatifs :

- ◆ respect des valeurs républicaines
- ◆ indépendance
- ◆ transparence financière
- ◆ ancienneté minimale de 2 ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation (date de dépôt des statuts)
- ◆ audience (selon les niveaux en cause)
- ◆ influence (activité et expérience)
- ◆ effectifs (adhérents, cotisations)

L'audience électorale semble cependant un élément déterminant dans la mesure où un syndicat ne peut être représentatif en dessous d'un certain seuil selon le niveau de négociation en cause.

Par exemple, au niveau de l'entreprise ou de l'établissement : 10% des suffrages exprimés au 1<sup>er</sup> tour des dernières élections des titulaires au CE ou de la DU ou à défaut des DP.

V.L.M.

## Au centre de Documentation



### DERNIERES ACQUISITIONS

- \* Le syndicalisme en France depuis 1945, R. Mouriaux, 3e édition, Ed. La Découverte, 2008
- \* Le droit du travail, A. Supiot, 3e édition, Ed. PUF, 2008
- \* Droit du travail, J. Mouly, 4e édition, Ed. Bréal, 2008
- \* Le droit du travail en pratique, M. Miné, D. Marchand, Ed. Eyrolles, 1983
- \* Le RSA : une révolution sociale, M. Bernède, Ed. Autrement, 2008
- \* Droit du travail, droit vivant 2008/2009, J.-E. Ray, 17e édition, Ed. Liaisons, 2008
- \* Qui gouverne le social ? Sous la dir. de M. Borgetto et M. Chauvière, Ed. Dalloz, 2008
- \* Droit du travail : relations individuelles et collectives, F.-J. Pansier, 5e édition, Ed. Litec, 2008
- \* Fiches de droit du travail, L. Fin-Langer, 2e édition, Ed. Ellipses, 2008
- \* Droit du travail, A. Cristau, 5e édition, Ed. Hachette, 2008
- \* Des anciens tissus productifs aux nouveaux clusters : quelle transition ? J. Garnier, Ed. L'Harmattan, 2008
- \* Droit du travail, M. Le Bihan-Guénolé, 2e édition, Ed. Ellipses, 2008

La lettre de l'Institut du Travail N° 8

Institut du Travail  
de l'Université Montesquieu-  
Bordeaux IV  
Avenue Léon Duguit  
33608 Pessac cedex

<http://institutdutravail.u-bordeaux4.fr>

Abonnement gratuit

Pour s'abonner à la lettre de l'Institut du Travail, merci d'envoyer votre adresse électronique à :

[docit@u-bordeaux4.fr](mailto:docit@u-bordeaux4.fr)



## Au centre de Documentation

### DERNIERES ACQUISITIONS (suite)

- \* Figures du salariat : penser les mutations du travail et de l'emploi dans le capitalisme contemporain, A. Boulayoune et Lionel Jacquot, Ed. L'Harmattan, 2007
- \* Code des procédures collectives, 6e édition, Ed. Dalloz, 2008

#### Les codes :

- \* Code de la fonction publique, 7e édition, Ed. Dalloz, 2008
- \* Code de procédure civile, 100e édition, Ed. Dalloz, 2009
- \* Code de procédure pénale, 50e édition, Ed. Dalloz, 2009
- \* Code civil, 108e édition, Ed. Dalloz, 2009
- \* Code civil, Ed. Litec, 2009
- \* Code du travail, Ed. Litec, 2009

