

LES HEURES DE DÉLÉGATION

Les représentants du personnel ont droit à des heures de délégation rémunérées pour exercer leur mandat. Ce crédit peut toutefois être dépassé en cas de circonstances exceptionnelles.

LE CREDIT D'HEURES

La plupart des représentants du personnel dont l'existence est prévue par la loi bénéficient d'un crédit d'heures mensuel pour l'exercice des missions rentrant dans le cadre de leur mandat. Ce crédit d'heures est variable selon la taille de l'entreprise et le mandat concerné. Il existe, malgré tout, des représentants ne disposant pas de crédit d'heures. Il s'agit des délégués du personnel suppléants et des membres du comité d'entreprise suppléants. Si un suppléant est amené à remplacer un titulaire absent, il peut donc utiliser le crédit d'heures de ce dernier.

En cas de pluralité de mandats, le salarié cumule les crédits d'heures. Bénéficiaire d'un crédit d'heures légal, voire conventionnel :

- les membres titulaires du comité d'entreprise, des comités d'établissement et du comité central d'entreprise, ou du comité interentreprises ;
- les délégués du personnel ;
- les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) ;
- les délégués syndicaux et le représentant de la section syndicale.

Articles L. 2325-6, L. 2315-1, L. 4614-3 et L. 214313 et L. 2142-1-3 du Code du travail

LE NOMBRE DE REPRÉSENTANTS

| Effectif de l'entreprise | D.P. normal | D.P. Délégation du CE | CE | DS | DSC | RS CE |
|--------------------------|--|-----------------------|----|----|------------------|-------|
| Mois de 11 | - | - | - | - | - | - |
| 11 – 25 | 1 | - | - | - | - ⁽¹⁾ | - |
| 26 – 49 | 2 | - | - | - | - ⁽¹⁾ | - |
| 50 – 74 | 2 | 3 | 3 | 1 | - | 1 |
| 75 – 99 | 3 | 4 | 4 | 1 | - | 1 |
| 100 – 124 | 4 | 5 | 5 | 1 | 1 | 1 |
| 125 – 149 | 5 | 6 | 5 | 1 | 1 | 1 |
| 150 – 174 | 5 | 7 | 5 | 1 | 1 | 1 |
| 175 – 199 | 6 | 8 | 5 | 1 | 1 | 1 |
| 200 – 249 | 6 | - | 5 | 1 | 1 | 1 |
| 250 – 399 | 7 | - | 5 | 1 | 1 | 1 |
| 400 – 499 | 7 | - | 6 | 1 | 1 | 1 |
| 500 – 749 | 8 | - | 6 | 1 | 1 | 1 |
| 750 – 999 | 9 | - | 7 | 1 | 1 | 1 |
| 1000 – 1999 | 1 supplémentaire par tranche de 250 salariés | | 8 | 2 | 1 | 1 |
| 2000 – 2999 | | | 9 | 3 | 1 | 1 |
| 3000 – 3999 | | | 10 | 3 | 1 | 1 |
| 4000 – 4999 | | | 11 | 4 | 1 | 1 |
| 5000 – 7499 | | | 12 | 4 | 1 | 1 |
| 7500 – 9999 | | | 13 | 4 | 1 | 1 |
| Au moins 10 000 | | | 15 | 5 | 1 | 1 |

⁽¹⁾ Les délégués pu personnel peuvent être désignés comme délégués syndicaux

Les nombres indiquées dans le tableau ne concerne que les titulaires. Il faut autant de suppléants.

DP : Délégué du Personnel

CE : Comité d'entreprise

DS : Délégué syndicaux

DSC : Délégué syndicaux centraux

RS CE : Représentant syndical auprès du Comité

LE CREDIT D'HEURES EN FONCTION DU MANDAT

Le crédit d'heures dont bénéficient les représentants du personnel est le suivant :

Pour le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail :

- 2 heures par mois dans les établissements employant jusqu'à 99 salariés ;
- 5 heures par mois dans les établissements employant de 100 à 299 salariés ;
- 10 heures par mois dans les établissements employant de 300 à 499 salariés ;

- 15 heures par mois dans les établissements employant de 500 à 1 499 salariés ;
- 20 heures par mois dans les établissements employant 1 500 salariés et plus.

Article L. 4614-3 du Code du travail

Pour les membres titulaires du Comité d'entreprise ou d'établissement :

- 20 heures par mois dans les entreprises ou établissements employant 50 salariés et plus.

Article L. 2325-6 du Code du travail

Membres de la commission d'aide au logement du Comité d'entreprise :

- 20 heures par an dans les entreprises employant 300 salariés et plus.

Article L. 2325-30 du Code du travail

Membres de la commission économique du Comité d'entreprise :

- 40 heures par an dans les entreprises employant 1000 salariés et plus.

Article L. 2325-30 du Code du travail

Membres de la Délégation Unique du Personnel :

- 20 heures par mois dans les entreprises employant de 50 à 199 salariés.

Article L. 2326-1 du Code du travail

Délégués du personnel :

- 10 heures par mois dans les entreprises employant de 11 à 49 salariés ;
- 15 heures par mois dans les entreprises employant 50 salariés et plus.

Article L. 2315-1 du Code du travail

Délégués syndicaux :

- 10 heures par mois dans les entreprises ou établissements de 50 à 150 salariés ;
- 15 heures par mois dans les entreprises ou établissements de 150 à 500 salariés ;
- 20 heures par mois dans les entreprises ou établissements de plus de 500 salariés ;
- 20 heures par mois pour tout délégué syndical supplémentaire dans les entreprises ou établissements de plus de 500 salariés.

Article L. 2143-13 du Code du travail

Délégué syndical central :

- 20 heures par mois dans les entreprises de 2 000 salariés et plus (dont au moins deux établissements de moins de 50 salariés).

Article L. 2143-15 du Code du travail

Représentant de la section syndicale

- 4 heures minimum par mois dans les entreprises employant 50 salariés et plus.

Article L. 2142-1-1 du Code du travail

Représentant syndical au Comité d'entreprise

- 20 heures par mois dans les entreprises de plus de 500 salariés.

Article L. 2125-8 du Code du travail

Les crédits d'heures s'apprécient par mois civil. Ils ne peuvent pas être réduits si le salarié n'est présent qu'une partie du mois. Sauf dérogation conventionnelle ou accord de l'employeur, les heures qui ne seraient pas utilisées au cours d'un mois ne peuvent pas être reportées.

Les crédits d'heures sont la plupart du temps individuels, ce qui interdit aux représentants de les globaliser et de les répartir entre eux. C'est notamment le cas pour les délégués du personnel et les membres d'un comité d'entreprise. Cette règle est d'ordre public : un usage ou un accord ne peut y déroger.

Cass. soc. 10 décembre 1996, n° 95-45.453

Lorsqu'une section syndicale comprend plusieurs délégués syndicaux, ces derniers peuvent se répartir entre eux le temps dont ils disposent, sous réserve d'en informer le chef d'entreprise.

Article L. 2143-14 du Code du travail

La même possibilité existe pour les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Article L. 4614-5 du Code du travail

En revanche, les heures attribuées au délégué syndical central ne peuvent être mises en commun avec celles des délégués syndicaux d'établissement.

Cass. soc. 3 mars 1993, n° 89-43.497

Lors d'une prise ou d'une cessation des fonctions en cours de mois, les représentants sortants comme les nouveaux disposent de l'intégralité de leur crédit d'heures pour le mois en cause. En cas de réélection en cours de mois, le crédit n'est pas doublé.

Cass. soc. 13 décembre 1979, n° 78-41.277

Dès la fin de son mandat, le représentant ne peut plus en principe utiliser les heures de délégation dont il disposerait encore sur le mois. En pratique, un accord peut être négocié avec l'employeur pour permettre aux « sortants » d'utiliser ce solde de crédit d'heures afin d'assurer une bonne transition avec les nouveaux représentants.

Les salariés à temps partiel disposent du même crédit d'heures que les autres salariés. Toutefois, le temps de travail mensuel d'un salarié à temps partiel ne peut être réduit de plus de un tiers par l'utilisation des heures de délégation auxquelles il peut prétendre du fait de son mandat. L'intéressé peut, en revanche, utiliser l'éventuel solde de son crédit d'heures en dehors de son horaire de travail.

Article L. 3123-29 du Code du travail

Par convention, il est possible d'augmenter les crédits d'heures fixés par la loi et notamment d'en doter les représentants auxquels la loi n'en attribue pas, par exemple les membres suppléants du comité d'entreprise.

Cass. soc. 21 juillet 1986, n° 82-43.650

Une lettre désignant un délégué du personnel en tant que délégué syndical et lui octroyant un crédit d'heures de délégation, même contresignée de l'employeur, n'a pas valeur d'accord collectif.

Cass. soc. 28 septembre 2005, n° 04-11.286

LES HEURES IMPUTABLES AU CREDIT D'HEURES

Les heures de délégation doivent être consacrées à l'exercice des fonctions représentatives qui sont confiées en vertu de la loi ou de la convention collective, dans l'intérêt individuel ou collectif des salariés. Elles peuvent ainsi être utilisées :

- pour la préparation des réunions de l'instance à laquelle ils appartiennent ;
- pour prendre contact avec les salariés dans l'enceinte ou en dehors de l'entreprise ;
- pendant ou en dehors des heures de travail.

Le temps passé aux réunions organisées par la loi ou la convention collective, ou encore à l'initiative de l'employeur, ne doit pas être déduit du crédit d'heures. Ce temps est assimilé à du temps de travail effectif à tout point de vue.

Il en est de même pour :

- le temps passé par les membres du CHSCT aux enquêtes relatives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle ou à la recherche de mesures préventives dans les situations d'urgence ;
- le temps consacré par tout représentant du personnel aux fonctions de conseiller du salarié convoqué à un entretien préalable de licenciement ;
- le temps passé par les membres du comité d'entreprise aux réunions et séances des commissions dans lesquelles ils ont été désignés.

Par contre, le temps passé à la rédaction du procès-verbal de toutes ces réunions et séances doit être imputé sur le contingent d'heures de délégation auquel les représentants du personnel ont droit.

En cas de circonstances exceptionnelles, ce crédit d'heures peut être dépassé. Les circonstances exceptionnelles supposent une activité inhabituelle et soudaine exigeant un surcroît inopiné de travail pour le représentant. Elles s'apprécient également, sous le contrôle des juges du fond, par rapport aux fonctions représentatives de celui qui les invoque.

Exemples

Constitue une circonstance exceptionnelle justifiant le dépassement du crédit d'heures d'un membre du comité d'entreprise sa participation à plusieurs réunions préparatoires et assemblées du personnel préalablement à une séance extraordinaire du comité, dans le cadre d'une restructuration régionale de l'entreprise.

Cass. soc. 6 juillet 1994, n° 93-41.705

Par contre, ces faits n'auraient pu constituer une circonstance exceptionnelle pour un délégué du personnel, celui-ci n'ayant pas vocation, dans les grandes entreprises, à s'occuper des problèmes économiques et collectifs. Le crédit d'heures d'un représentant du personnel peut être pris en dehors de l'horaire normal de travail et en sus du temps de travail effectif lorsque les nécessités du mandat le justifient. L'utilisation du crédit d'heures est présumée conforme à son objet. Dès lors, doit être approuvé l'arrêt qui décide qu'un employeur ne peut imputer par avance le contingent d'heures de délégation d'un représentant du personnel travaillant exclusivement la nuit sur son horaire de travail, limitant, ce faisant, sa liberté d'utilisation de son crédit d'heures de jour et de nuit.

Cass. soc. 11 juin 2008, n° 07-40.823

LES HEURES DE DÉLÉGATION ET LE DROIT DU TRAVAIL

UTILISATION DES HEURES DE DÉLÉGATION

Les salariés titulaires d'un mandat syndical ou de représentant du personnel disposent du temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, pendant lequel ils ne sont pas présents à leur poste de travail. Ces absences autorisées sont appelées heures de délégation. Il est également prévu que les représentants du personnel disposent d'un crédit d'heures pour exercer leur mission représentative.

Dans le cadre de leurs missions, les représentants du personnel sont libres d'utiliser leurs heures de délégation à leur convenance. Il n'existe aucun contrôle a priori de l'employeur. Le représentant n'a pas à informer l'employeur de l'utilisation qu'il compte faire de son crédit d'heures.

LE BON DE DÉLÉGATION

Les bons de délégation se présentent le plus souvent sous la forme d'un carnet à souches. Ils sont destinés à informer l'employeur des absences du salarié pour l'exercice de son mandat représentatif, afin d'éviter que l'absence du salarié ne perturbe l'organisation du travail dans l'entreprise. Ils permettent un décompte précis des heures de délégation utilisées, facilitant leur indemnisation.

Aucune disposition légale n'impose la mise en place dans l'entreprise d'une telle pratique. Toutefois, la convention collective, le règlement intérieur, un usage d'entreprise peuvent la prévoir. Dans ces hypothèses, le représentant du personnel doit s'y soumettre, sous peine de sanctions disciplinaires.

Cass. crim. 10 mars 1981, n° 80-91.570

Par contre, le représentant du personnel qui n'a pas utilisé les bons de délégation pour informer l'employeur de son absence a droit au paiement de ses heures de délégation.

Cass. soc. 4 octobre 1979, n° 78-40.270

L'employeur ne peut utiliser les bons de délégation pour contrôler, a priori, la bonne utilisation du crédit d'heures par les représentants du personnel ou limiter la liberté de circulation dont bénéficient les représentants du personnel dans l'exercice de leur mandat.

Exemple

A été condamné pour délit d'entrave l'employeur qui a imposé à un représentant du personnel de se munir d'un bon de délégation avant de circuler dans l'entreprise, comme une sorte de laissez-passer.

Cass. crim. 10 janvier 1989, n° 87-80.048

Les modalités d'utilisation des bons de délégation ne doivent pas être telles qu'elles constituent un moyen dissuasif (ou un frein), donc une entrave à l'exercice normal des fonctions et des missions des représentants du personnel ou des syndicats.

PRÉSUMPTION DE BONNE UTILISATION DES HEURES DE DÉLÉGATION

Les heures de délégation bénéficient d'une présomption de bonne utilisation. C'est pourquoi l'employeur doit systématiquement les payer. S'il estime que le salarié n'a pas correctement utilisé ses heures de délégation, il doit en contester devant les tribunaux, l'utilisation qui en a été faite. La recevabilité d'une contestation de l'utilisation des heures de délégation par l'employeur devant les tribunaux est subordonnée à deux conditions préalables :

- les heures de délégation doivent avoir été payées au représentant. À défaut, l'employeur est considéré comme fautif et peut être condamné à verser des dommages-intérêts ;

Cass. soc. 21 novembre 2000, n° 98-40.730

- l'employeur doit avoir invité le salarié mandaté à préciser les activités accomplies pendant les heures contestées.

Cass. soc. 13 mai 2003, n° 01-42.728

Cass. soc. 23 mai 2007, n° 06-42.972

Le représentant du personnel est donc amené à indiquer à l'employeur ses activités au cours des heures de délégation litigieuses, sans pour cela devoir se justifier. Il ne s'agit pas de renverser la charge de la preuve de la mauvaise utilisation des heures de délégation. Cette démonstration incombe au seul employeur qui les conteste.

Cass. soc. 10 octobre 1989, n° 87-42.832

Exemple

Le représentant précise l'activité qu'il a exercée : se rendre à une réunion, en précisant l'objet de celle-ci. S'il veut obtenir remboursement de la rémunération des heures contestées, l'employeur doit alors démontrer que cette activité n'entre pas dans le cadre des missions représentatives du salarié.

Les juges peuvent déduire de l'absence de réponse ou de son insuffisance que la demande en remboursement des heures litigieuses, par l'employeur, est fondée.

Cass. soc. 16 mars 1994, n° 92-42.234

Pour contester l'usage des heures de délégations par le représentant du personnel, l'employeur doit s'adresser au Conseil de Prud'hommes compétent sur le lieu de l'entreprise ou de l'établissement où est exercé le mandat représentatif du personnel.

Article R. 1412-1 du Code du travail

Le Conseil de prud'hommes peut être saisi en référé, en cas d'urgence pour prévenir un dommage imminent, ou pour faire cesser un « trouble manifestement illicite », c'est-à-dire une violation de la loi évidente qui entraîne nécessairement un préjudice. Dans ce cas, les juges sont au nombre de 2, un conseiller élu parmi les employeurs, un conseiller élu parmi les salariés.

HEURES DE DÉLÉGATION ET TEMPS DE TRAVAIL EFFECTIF

Dès lors qu'elles sont utilisées dans les limites du quota légal ou conventionnel autorisé, les heures de délégation des représentants du personnel et des délégués syndicaux sont assimilées à du temps de travail effectif et payées à échéance normale.

Les heures de délégation d'un représentant du personnel ne doivent pas être déduites de son temps de travail, dès lors qu'elles n'excèdent pas le contingent légal. En conséquence, en principe :

- les heures de délégation utilisées en dehors du temps de travail sont des heures supplémentaires ;
- les représentants du personnel ne doivent pas dépasser les durées maximales de travail, en utilisant leur crédit d'heures ;
- les heures de délégation sont prises en compte dans la détermination du droit et de la durée des congés payés ;
- elles ne doivent pas être soustraites dans le calcul des droits que le salarié tient de son ancienneté au sein de l'entreprise.

De même, l'employeur ne doit pas tenir compte du mandat de représentant du personnel dans l'appréciation de la qualité de la prestation de travail du salarié, sous peine :

- d'être poursuivi pour délit d'entrave ;
- d'être condamné au titre de son attitude discriminatoire prohibée par l'article L. 1132-1 du Code du travail.

Ancienneté du salarié et congés payés

Assimilées à du temps de travail effectif, les heures de délégation des représentants du personnel doivent être prises en compte dans le décompte de l'ancienneté du salarié pour l'acquisition des droits qu'il tient de son contrat de travail. De même, elles ne doivent pas être imputées sur les congés annuels payés et sont prises en compte dans l'ouverture du droit à congés et dans le calcul de la durée de ceux-ci.

Pouvoir disciplinaire de l'employeur et règlement intérieur

Le représentant du personnel doit pouvoir exercer son mandat en toute liberté. Néanmoins, il reste soumis à la discipline de l'entreprise et, notamment, au règlement intérieur. L'employeur peut donc prononcer à son égard une sanction disciplinaire, notamment lorsque le représentant du personnel dérange ostensiblement les autres salariés à leurs postes de travail ou viole les règles élémentaires de discipline appliquées dans l'entreprise.

La qualité de délégué syndical ne confère pas au salarié une immunité lui permettant d'échapper au pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Cass. crim. 25 mai 1982, n° 81-93.443

Lorsque les faits reprochés sont liés à l'exercice du mandat, l'employeur doit faire attention de ne pas porter une atteinte injustifiée à l'exercice de celui-ci, sous peine de délit d'entrave.

Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ;

- les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ;
- les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.

Article L.1321-1 du Code du travail

Le règlement intérieur rappelle :

- les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés dans le cadre d'une procédure disciplinaire légale ou conventionnelle ;
- les dispositions relatives aux harcèlements moral et sexuel prévues par le Code du travail.

Article L. 1321-2 du Code du travail

La rédaction du règlement intérieur est « sous contrôle » des représentants du personnel de l'entreprise ou de l'établissement, puisque le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, ainsi que le CHSCT sont consultés avant l'entrée en vigueur, la modification ou le retrait du texte. En outre, son contenu est obligatoirement communiqué à l'inspection du travail.

Article L. 1321-4 du Code du travail

Dès lors que le règlement intérieur est régulièrement mis en application, les procédures relatives à la sécurité et à la discipline qu'il contient s'imposent autant au salarié qu'à l'employeur.

Dès lors que le règlement intérieur régulièrement adopté prévoit que la rupture du contrat de travail doit être précédée de l'avis d'une commission paritaire de discipline, l'inobservation par l'employeur de cette exigence qui constitue une garantie de fond, rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cass. soc. 22 octobre 2008, n° 06-46.215

Les notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les mêmes matières que celles du règlement intérieur sont, lorsque celui-ci existe, considérées comme des adjonctions et suivent donc le même régime.

Article L. 1321-5 du Code du travail

Le règlement intérieur ne peut contenir :

- des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;
- des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;
- des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

Article L. 1321-3 du Code du travail

Une clause du règlement intérieur qui édicterait une règle générale impliquant une inégalité de traitement envers une certaine catégorie de salariés peut engager la responsabilité civile et pénale de l'employeur. Ce dernier doit justifier une mesure prise de façon individuelle et particulière envers un salarié, il ne peut se contenter de répéter une clause du règlement intérieur, qui par sa généralité, risque d'être annulée par le juge.

L'employeur ne peut se prévaloir d'une clause illégale du règlement intérieur à l'encontre des salariés. Pour faire valoir cette inopposabilité du règlement intérieur illégal, le salarié ou une organisation syndicale représentative peut d'abord saisir l'inspecteur du travail. Celui-ci peut exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires à la loi.

Article L. 1322-1 du Code du travail

Un représentant du personnel peut tout-à-fait, en application du règlement intérieur, être sanctionné. Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

Article L. 1331-1 du Code du travail

Les sanctions les plus couramment observées sont l'avertissement ou le blâme, la mise à pied entraînant suspension du contrat de travail, la mutation disciplinaire et le licenciement pour motif disciplinaire. Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites, sous peine de nullité, au civil, et d'une peine d'amende de 3 750 €, au pénal. Ensuite, le licenciement disciplinaire obéit à deux régimes différents en même temps : celui de la procédure disciplinaire et celui de la procédure de licenciement pour motif personnel

Articles L. 1331-2 et L. 1333-3 du Code du travail

Il est nécessaire d'observer une procédure strictement encadrée par la loi, qui constitue une garantie de fonds pour le salarié. Ainsi, sauf s'il s'agit d'une sanction n'ayant pas d'incidence sur la présence du salarié dans l'entreprise, ou sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, il y a lieu de convoquer le salarié en lui précisant l'objet de la convocation.

Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Au cours de l'entretien, l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié. La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle est motivée et notifiée à l'intéressé.

Article L. 1332-2 du Code du travail

Toute sanction disciplinaire, même sans incidence sur la présence du salarié dans l'entreprise, ou sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, doit être écrite et ainsi notifiée au salarié, par lettre recommandée avec accusé de réception, ou par lettre remise en main propre au salarié, contre décharge.

Article L. 1332-1 du Code du travail

Cette procédure légale est un minimum à respecter. Le règlement intérieur ou la convention collective applicable dans l'établissement peuvent prévoir d'avantage de garanties pour salarié. Ils peuvent notamment prévoir une échelle proportionnelle de sanctions par rapport aux faits fautifs du salarié. Il convient de respecter à la lettre ces prescriptions unilatérales ou conventionnelles plus favorables au salarié. Le juge en tiendra compte en cas de litige individuel.

Hormis le cas du licenciement disciplinaire, le prononcé d'une sanction disciplinaire, y compris la mise à pied disciplinaire, n'est pas subordonné à l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Si le salarié conteste en justice la régularité de la sanction disciplinaire prononcée à son encontre, le régime de la preuve est en sa faveur : le conseil de prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction. C'est à l'employeur de fournir au juge les éléments retenus pour prendre la sanction. Le conseil de prud'hommes forme alors sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

Article L. 1333-1 du Code du travail

Si le juge considère que la procédure n'a pas été respectée ou que la sanction est injustifiée, voire disproportionnée, la sanction peut être considérée comme abusive, et donner lieu à réintégration dans les droits antérieurs, assortie de dommages-intérêts.

Article L. 1333-2 du Code du travail

Lorsque la sanction contestée est un licenciement, les principes juridictionnels précédents ne sont pas applicables. Dans ce cas, le conseil de prud'hommes applique les dispositions légales relatives à la contestation des irrégularités de licenciement pour motif personnel.

Article L. 1333-3 du Code du travail

Lorsque les faits reprochés au salarié ont rendu indispensable une mesure conservatoire de mise à pied à effet immédiat, aucune sanction définitive relative à ces faits ne peut être prise sans que la procédure disciplinaire précitée ait été respectée.

Article L. 1332-3 du Code du travail

Cette disposition légale n'implique pas un entretien préalable au prononcé de la mise à pied conservatoire. La mesure conservatoire peut être décidée sans convocation du salarié. La sanction disciplinaire finalement prononcée doit, quant à elle, être précédée d'un entretien disciplinaire.

La mise à pied conservatoire doit être notifiée à l'inspecteur du travail dans les 48 heures de sa prise d'effet, accompagnée de la demande d'autorisation de licencier, pour les représentants suivants :

- délégué syndical ;
- représentant de la section syndicale ;
- salarié mandaté par un syndicat dans le cadre d'une négociation d'accords ;
- conseiller prud'homal.

Article L. 2421-1 du Code du travail

Pour les autres représentants du personnel, la procédure est la suivante :

- étape 1 : convocation du comité d'entreprise pour qu'il donne son avis sur le licenciement envisagé, dans un délai de 10 jours suivant la mise à pied ;
- étape 2 : demande d'autorisation de licencier adressée à l'inspecteur du travail, dans les 48 heures suivant la délibération du comité d'entreprise. En l'absence de comité d'entreprise, la demande d'autorisation de licencier est adressée à l'inspecteur du travail dans un délai de 8 jours suivant le prononcé de la mise à pied.

Article R. 2412-6 du Code du travail

En cas de cumul de mandat syndicat et représentatif du personnel, il y a lieu de respecter les 2 procédures précédentes : notification à l'inspection du travail dans les 48 heures de la mise à pied, convocation du comité d'entreprise dans un délai de 10 jours, demande d'autorisation de licencier à l'inspection du travail dans les 48 heures suivantes.

CE, 6 mai 1996, RJS 1996, n° 812

Dans tous les cas, si l'autorisation de licencier est refusée par l'inspection du travail, la mise à pied conservatoire est annulée et privée de tout effet. Le représentant du personnel doit notamment être rémunéré pendant la suspension du contrat de travail qui en a résulté.

Il doit être réintégré dans son poste de travail, sous peine de sanction pour inexécution des obligations contractuelles par l'employeur et de licenciement nul.

Cass. soc. 24 octobre 1997, n° 93-44.741

Cass. soc. 4 février 2004, n° 01-44.962

Qu'il s'agisse d'une mise à pied conservatoire ou d'une mise à pied disciplinaire, la suspension du contrat de travail du représentant du personnel ou syndical ne lui interdit pas d'exercer ses fonctions représentatives. Ses heures de délégation accomplies pendant la mise à pied sont donc payées à échéance normale, dans les conditions ordinairement applicables.

Cass. soc. 2 mars 2004, n° 02-16.554

Cass. crim. 11 septembre 2007, n° 06-82.410

Les délégués du personnel et membres élus du comité d'entreprise, peuvent perdre leur mandat s'ils ne remplissent plus les conditions d'éligibilité. Parmi ces conditions d'éligibilité, il existe celle relative à l'ancienneté ou au fait de « travailler » dans l'entreprise.

Articles L. 2314-26 et L. 2324-24 du Code du travail

Or, une absence de longue durée peut remettre en cause cette condition d'éligibilité, si le représentant du personnel n'est plus en mesure d'assumer ses fonctions représentatives.

Exemple

Un délégué du personnel en arrêt de travail de longue durée pour maladie, et dont l'état de santé l'immobilise, ne peut rapporter mensuellement à l'employeur les réclamations individuelles des salariés de son lieu de travail. Toutefois, il n'appartient pas à l'employeur de remettre en cause l'éligibilité du représentant du personnel. La solution est donc le remplacement par un suppléant et éventuellement la révocation du représentant par le syndicat qui l'a proposé aux élections professionnelles. Dans le même sens, un salarié dont le contrat est suspendu peut rester délégué syndical, tant qu'il reste sous la subordination juridique de son employeur et que le syndicat ne le révoque pas.

Cass. soc. 11 février 2004, n° 02-60.558

Par contre, une suspension du contrat de travail n'emporte aucune conséquence particulière sur le mandat de membre du CHSCT, puisqu'aucune perte du mandat n'est légalement envisagée. Et même le collègue désignatif ne peut révoquer un membre du CHSCT, avant l'expiration normale de son mandat.

Cass. soc. 14 janvier 2004, n° 01-60.783

Remplacement

Le remplacement d'un représentant du personnel dont le contrat est suspendu est légalement prévu pour :

- les délégués du personnel ;

Article L. 2314-30 du Code du travail

- les membres élus au comité d'entreprise.

Article L. 2324-28 du Code du travail

Par contre, le Code du travail ne prévoit pas de remplacement possible pour les membres du CHSCT et les représentants syndicaux. D'une part, le remplacement d'un membre du CHSCT n'est prévu que lorsque celui-ci cesse définitivement ses fonctions.

Article R. 4613-5 du Code du travail

D'autre part, il appartient au syndicat désignatif de décider du remplacement ou de la révocation d'un délégué syndical absent.

Lorsqu'un délégué du personnel titulaire est momentanément absent pour une cause quelconque, il est remplacé par :

- un suppléant élu sur une liste présentée par la même organisation syndicale que celle de ce titulaire ; priorité est donnée au suppléant élu de la même catégorie professionnelle ;
- s'il n'existe pas de suppléant élu sur une liste présentée par l'organisation syndicale qui a présenté le titulaire, le remplacement est assuré par un candidat non élu présenté par la même organisation ; le candidat retenu est celui qui vient sur la liste immédiatement après le dernier élu titulaire ou, à défaut, le dernier élu suppléant ;
- à défaut, le remplacement est assuré par le suppléant élu n'appartenant pas à l'organisation du titulaire à remplacer, mais appartenant à la même catégorie et ayant obtenu le plus grand nombre de voix.

Le suppléant devient titulaire jusqu'au retour de celui qu'il remplace ou jusqu'au renouvellement de l'institution.

Article L. 2314-30 du Code du travail

Le remplacement d'un délégué suppléant n'est pas prévu par le Code du travail. Un accord collectif peut toutefois le rendre possible.

Lorsqu'un membre élu et titulaire du comité d'entreprise est momentanément absent pour une cause quelconque, il est remplacé par :

- un suppléant élu sur une liste présentée par la même organisation syndicale que celle de ce titulaire ; priorité est donnée au suppléant élu de la même catégorie professionnelle ;
- s'il n'existe pas de suppléant élu sur une liste présentée par l'organisation syndicale qui a présenté le titulaire, le remplacement est assuré par un suppléant élu de la même catégorie professionnelle, qui a obtenu le plus grand nombre de voix.

Le suppléant devient titulaire jusqu'au retour de celui qu'il remplace ou jusqu'au renouvellement de l'institution.

Article L. 2324-28 du Code du travail

Le remplacement d'un délégué suppléant n'est pas prévu par le Code du travail. Un accord collectif peut toutefois le rendre possible.

Modifications du contrat de travail d'un salarié protégé

Il existe deux sortes de modifications du contrat de travail :

- celles qui se caractérisent par un changement des conditions de travail ne nécessitant pas, en principe, l'accord du salarié et qui s'imposent donc à celui-ci ;
- celles, à l'inverse, pour lequel l'employeur doit au préalable recueillir l'accord du salarié.

Quel que soit l'élément du contrat modifié et l'ampleur de la modification, aucune modification du contrat ne peut être imposée à un salarié protégé. L'accord du salarié est requis qu'il s'agisse d'une simple adaptation des conditions de travail ou de la modification d'un élément essentiel du contrat. Même une modification envisagée par le contrat lui-même ne peut être mise en œuvre sans l'accord du salarié : mise en œuvre d'une clause de mobilité, d'une clause de variation d'horaire, ...

La mise en œuvre d'une clause de mobilité prévue au contrat de travail peut être refusée par un salarié protégé, alors qu'il est censé avoir accepté l'évolution de son contrat dès sa signature. Pour les salariés non protégés, il s'agit d'une inexécution fautive du contrat de travail. Pour les salariés protégés, il appartient à l'inspecteur du travail d'en décider.

Cass. soc. 23 septembre 1992, n° 90-45.106

Dans le même sens, la mise en disponibilité d'un salarié précédant son départ à la retraite, bien que prévue dans le contrat initial de travail, ne peut lui être imposée, dans la mesure où il s'agit d'une modification du contrat de travail.

Cass. soc. 14 novembre 2000, n° 99-43.270

Constitue un trouble manifestement illicite, auquel il appartient au juge des référés judiciaire de mettre fin, un changement des conditions de travail imposé, sans son accord, à un représentant du personnel qui a pour effet de mettre fin à ses mandats, nonobstant la contestation de la régularité de la mutation que celui-ci, en sa qualité de fonctionnaire, avait engagée devant le juge administratif.

Cass. soc. 5 mars 2008, n° 07-11.123

Aucun changement de ses conditions de travail ne pouvant être imposé à un salarié protégé et en cas de refus par celui-ci de ce changement, l'employeur doit poursuivre le contrat de travail aux conditions antérieures ou engager la procédure de licenciement en saisissant l'autorité administrative d'une demande d'autorisation de licenciement. Viole dès lors le code du travail et l'article 1184 du code civil la cour d'appel qui rejette la demande de résiliation du contrat de travail formée par un salarié au motif qu'aucune modification de son contrat de travail n'est intervenue, tout en constatant que, pendant la période de protection, l'employeur lui a imposé un changement de ses conditions de travail.

Cass. soc. 21 novembre 2006, n° 04-47.068

Par salarié protégé, il faut entendre principalement les représentants du personnel et autres personnes titulaires d'un mandat représentatif des salariés ou syndical.

Articles L. 2411-1 et suivants du Code du travail

L'employeur doit donc adresser une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou la remettre en main propre contre décharge, au représentant du personnel ou syndical. Qu'il s'agisse d'une simple adaptation des conditions de travail ou la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, la proposition de modification doit être motivée.

À ce stade, il faut éviter que la modification du contrat de travail soit ensuite considérée par le salarié protégé concerné et le juge judiciaire comme une mesure discriminatoire. Ensuite, de cette motivation, liée à des difficultés économiques ou à la personne même du salarié, vont découler différents éléments importants : délais de réflexion, modalités d'acceptation ou de refus de la part du salarié, légitimité du licenciement consécutif à un refus...

L'employeur est tenu de respecter les différentes procédures qui en découlent, en particulier si le motif de la proposition de modification est économique ou disciplinaire.

Des dispositions conventionnelles, ou issues du règlement intérieur ou des usages, peuvent comporter des précisions sur la façon de rédiger la proposition de modification du contrat de travail adressée à un salarié protégé.

Modification reposant sur un motif économique

Est considéré comme un motif économique tout motif non inhérent à la personne du salarié, consécutif notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

Article L. 1233-3 du Code du travail

Les difficultés économiques ou les mutations technologiques doivent être appréciées dans le cadre du secteur d'activité du groupe auquel appartient la société. En outre, la modification doit avoir été proposée dans l'intérêt de l'entreprise. La modification du contrat de travail peut avoir été proposée dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, l'employeur respectant alors son obligation de reclassement ou appliquant un plan de reclassement. À l'inverse, la modification du contrat de travail pour motif économique peut avoir été proposée en dehors de tout projet de licenciement pour motif économique. Le salarié doit être informé de la modification envisagée par lettre recommandée avec avis de réception.

Article L. 1222-6 du Code du travail

Cette lettre mentionne :

- le délai d'un mois dont dispose le salarié pour faire connaître son refus ;
- à titre seulement facultatif, que le refus du salarié peut entraîner l'engagement d'une procédure de licenciement à son encontre ;
- le motif de la modification ;
- le détail de la modification envisagée : élément modifié, dans quelle proportion, date de prise d'effet ;
- les modalités pratiques de mise en œuvre de la modification, si celle-ci est acceptée : proposition d'un avenant au contrat de travail, convocation à un entretien pour éclaircir le salarié sur ses nouvelles conditions de travail, ...

Le licenciement consécutif au refus d'une modification dont la lettre de proposition est imprécise peut être considéré comme sans cause réelle et sérieuse et l'employeur peut être poursuivi pour légèreté blâmable.

Cass. soc. 20 janvier 1998, n° 95-42.441

Pour les salariés autres que protégés, leur silence au-delà du délai de réflexion d'un mois vaut acceptation de la modification du contrat de travail. Cette règle posée à l'article L. 1222-6 du Code du travail n'est pas applicable aux salariés protégés puisque leur accord écrit est nécessaire pour la mise en œuvre de la modification de leur contrat de travail.

Le salarié peut également choisir d'adresser à l'employeur une acceptation expresse, par lettre recommandée avec avis de réception, ou de renvoyer la lettre de proposition, avec la mention « lu et approuvé » suivie de sa signature.

Modification reposant sur un motif personnel

Tout motif inhérent à la personne du salarié est un motif personnel. La modification d'un élément essentiel du contrat de travail peut être alors motivée par :

- l'inaptitude physique du salarié, l'employeur respectant une obligation de reclassement imposée par la décision de l'inspecteur du travail ;
- l'insuffisance professionnelle du salarié ;
- une mésentente entre salariés au sein d'un même service, etc.

Le Code du travail ne prévoit pas de procédure particulière pour la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, pour motif personnel. Des dispositions de la convention collective peuvent toutefois apporter quelques précisions, qu'il convient alors d'appliquer. Ces dispositions peuvent notamment intéresser le formalisme de la proposition par l'employeur et celui de la réponse du salarié, ou imposer un délai de réflexion. Elles peuvent aussi concerner le formalisme de l'acceptation de la modification. Une acceptation de la part du salarié, même claire et non équivoque est sans effet si la procédure conventionnelle n'a pas été respectée.

Cass. soc. 18 juin 1996, n° 92-44.729

Certaines conventions collectives organisent un droit de repentir au profit des salariés, leur permettant de se rétracter, donc de refuser la proposition de modification dans un certain délai, même après une acceptation formelle, claire et non équivoque. La rupture du contrat qui s'ensuit ne peut être considérée comme une démission. Ces dispositions s'imposent à l'employeur.

En outre, lorsque la modification du contrat constitue une sanction disciplinaire, l'employeur est tenu de respecter la procédure disciplinaire, notamment de convoquer le salarié à un entretien préalable à la sanction pour lui exposer les griefs retenus à son encontre et écouter ses explications. La proposition de modification ne peut intervenir plus d'un mois après cet entretien. Enfin, comme pour la modification d'origine économique, la lettre informant le salarié de la modification disciplinaire envisagée doit mentionner le motif de celle-ci ainsi que son détail : élément modifié, dans quelle proportion, date de prise d'effet, ... Malgré le silence de la loi concernant la modification du contrat de travail pour motif personnel, l'employeur doit laisser au salarié un délai de réflexion suffisant ou raisonnable. Le caractère raisonnable ou suffisant du délai s'apprécie au regard de l'ampleur de la modification envisagée et de la situation personnelle du salarié. En aucun cas l'employeur ne doit exiger une réponse du salarié le jour même de la proposition. La directive européenne du 14 octobre 1991 recommande un délai d'un mois. Les juges peuvent considérer que l'employeur manque à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, en demandant à un salarié de signer un contrat modifiant sa durée de travail et sa rémunération, sans lui donner un délai de réflexion qui lui permette d'évaluer la portée de la modification proposée et de décider en connaissance de cause.

Comme pour les salariés non protégés, il ne peut y avoir d'acceptation tacite d'une modification du contrat pour motif personnel. Ainsi, l'acceptation de la modification ne peut être déduite de la seule poursuite du contrat de travail aux conditions nouvelles. Le salarié qui poursuit la relation de travail aux conditions modifiées pendant un an par exemple, peut encore contester la modification de son contrat au terme de cette période, en demandant en justice l'exécution du contrat aux conditions initiales, ou un rappel de salaire.

Cass. soc. 18 avril 2000, n° 97-43.706

Ce principe est également applicable en cas de modification du contrat pour motif disciplinaire. L'indication dans la proposition de modification, qu'à défaut de réponse dans un certain délai, la mesure est réputée acceptée, n'est pas opposable au salarié.

Le refus expressément exprimé de la modification de son contrat par le salarié ne doit pas être considéré comme une volonté claire et non équivoque de démissionner. Il appartient à l'employeur soit de renoncer à la mesure, soit de prendre l'initiative de rompre le contrat. Il est alors nécessaire de suivre la procédure de licenciement particulière aux salariés protégés prévue par les articles L. 2421-1 et suivants du Code du travail. Le refus de la modification du contrat par le salarié protégé implique nécessairement la saisine de l'Inspection du travail pour obtenir l'autorisation de licenciement. C'est à l'inspecteur du travail, voire au juge administratif de décider si la modification du contrat est légitime et si le refus du salarié constitue une inexécution fautive de ses obligations contractuelles ou non.

Cass. soc. 10 mai 1999, n° 97-40.510

Lorsque la modification du contrat constitue une sanction disciplinaire, l'employeur peut prononcer une autre sanction que celle qui a été refusée. Le montant des indemnités de rupture et la durée du préavis doivent être appréciés en fonction des éléments du contrat avant modification.

Cass. AP, 18 novembre 1994, n° 90-44.754

TRANSFERT DES CONTRATS DE TRAVAIL

Il existe plusieurs hypothèses de transfert des contrats de travail, qu'il s'agisse de salariés protégés ou non protégés, obéissant à des procédures de mise en œuvre distinctes. Dans le cas d'un transfert d'activité ou d'entreprise, consécutif à une cession, une vente ou une fusion, et à la condition que ce transfert porte sur une entité économique autonome conservant son identité, et dont l'activité se poursuit, c'est en principe l'article L. 1224-1 du Code du travail (exemple L. 122-12) qui s'applique. Lorsque cette disposition légale est applicable, le transfert des contrats de travail est en principe automatique. Autrement dit, l'accord des salariés dont le contrat de travail est transféré à un nouvel employeur n'a pas à être recueilli.

Lorsque les conditions posées par l'article L. 1224-1 du Code du travail ne sont pas remplies, le transfert des contrats n'est pas automatique. Il y a alors possibilité de transfert des contrats de travail dans plusieurs situations différentes :

- soit le repreneur de l'activité passe convention avec le cédant pour que les salariés passent à son service, procédant ainsi à une application volontaire de l'article L.1224-1 du Code du travail, dans le cadre de stipulations expressément mentionnées dans la convention ;
- soit l'entreprise relève d'une branche professionnelle dans le cadre de laquelle il existe un accord de branche prévoyant l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, et le transfert des contrats de travail, même si les conditions d'application de cette disposition légale ne sont pas réunies. Il s'agit alors d'un « transfert conventionnel des contrats de travail », que l'on rencontre fréquemment en cas de transfert de marché, dans la restauration collective, le secteur de la propreté, du traitement des déchets, dans les domaines de la prévention et de la sécurité.

Dans ces deux hypothèses, le transfert des contrats de travail ne peut être valide sans l'accord exprès des salariés concernés, qu'ils soient protégés ou non. Et lorsqu'un salarié manifeste sa volonté de ne pas passer au service du nouvel employeur, son licenciement motivé par le refus de transférer son contrat de travail est sans cause réelle et sérieuse.

Cass. soc. 9 novembre 2005, n° 03-45.483

Cass. soc. 19 décembre 2007, n° 06-44.379

Lorsque l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique, le transfert du contrat de travail du salarié protégé est automatique, sans qu'il y ait possibilité pour lui de manifester son accord ou son désaccord. L'employeur n'a même pas à solliciter l'autorisation de l'inspection du travail. Lorsqu'il s'agit d'un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, même en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'autorisation préalable de l'inspection du travail est en revanche nécessaire. L'accord du salarié n'est lui pas requis.

Article L. 2414-1 du Code du travail

En cas de transfert conventionnel du contrat de travail, ou lorsque le repreneur de l'activité fait une application volontaire de l'article L. 1224-1, par accord avec l'ancien employeur, l'accord du salarié protégé est requis et l'autorisation préalable de l'inspection du travail aussi. S'est alors posée la question de l'incidence de l'autorisation administrative sur le refus du salarié protégé de voir son contrat de travail transféré. Allant plus loin, cette question met en jeu le principe de séparation des pouvoirs entre l'administration et le juge judiciaire. En effet, l'autorisation administrative ne peut être contestée que devant le ministre chargé du travail ou le tribunal administratif, tandis que la volonté du salarié protégé peut être vérifiée devant le juge judiciaire. Or, le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs (entre ordre administratif et ordre judiciaire) implique l'impossibilité pour le juge judiciaire de remettre en cause une décision de l'administration et pourrait être interprété comme rendant impossible la contestation devant le juge civil du transfert du contrat de travail du salarié protégé, dès lors que celui-ci a été autorisé par l'inspection du travail.

La jurisprudence de la Cour de cassation s'est donc prononcée sur cette problématique, en cas de transfert conventionnel du contrat de travail d'un salarié protégé. En l'espèce, il s'agissait d'un délégué du personnel, travaillant dans le secteur professionnel de la collecte des déchets. A la suite d'un changement de titulaire du marché, son employeur obtient l'autorisation administrative de transférer conventionnellement son contrat de travail au nouveau titulaire du marché. Le délégué du personnel forme un recours administratif contre la décision administrative, recours rejeté au motif que le transfert intervient en application de la convention collective nationale des activités du déchet qui fixe (annexe V) les conditions de reprise des personnels ouvriers en cas de changement de titulaire d'un marché. Le salarié protégé se tourne alors vers le Conseil de Prud'hommes pour contester le changement d'employeur au motif qu'il n'y a pas consenti et demander la résolution judiciaire de son contrat de travail. Pour faire droit à sa demande, sans heurter le principe de séparation des pouvoirs, les juges se sont attachés à la portée du contrôle opéré par l'inspecteur du travail. Il a été jugé que celui-ci n'avait pas à vérifier si le salarié protégé a ou non donné son accord au transfert conventionnel de son contrat de travail. En conséquence, le contrôle de la volonté du salarié échappant au pouvoir de l'administration, il pouvait relever de la compétence de l'ordre judiciaire, sans que soit bafoué le principe de séparation des pouvoirs.

Cass. soc. 3 mars 2010, n° 08-41.600

En cas de transfert légal du contrat de travail, dans le cadre de la stricte application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le caractère automatique de l'opération implique que le salarié n'a pas la faculté de refuser la novation de son contrat de travail auprès d'un nouvel employeur. L'autorisation administrative n'étant pas non plus requise, le salarié protégé n'a plus qu'une seule possibilité de recours : saisir le Conseil de Prud'hommes pour vérifier que les conditions légales d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont bien réunies. Si tel n'est pas le cas, le juge peut faire annuler la procédure de transfert et enjoindre l'employeur de demander l'autorisation à l'inspecteur du travail, et de recueillir l'accord exprès du salarié. Si celui-ci ne souhaite pas passer au service du nouvel employeur, il peut également demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur.

En cas de transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, en cas de transfert conventionnel des contrats de travail, et d'application volontaire par le repreneur de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'accord du salarié protégé est nécessaire et l'employeur doit demander l'autorisation à l'inspection du travail. La décision de l'inspecteur du travail peut alors être contestée dans le cadre d'un recours administratif hiérarchique, devant le Ministre chargé du Travail, ou contentieux devant le Tribunal administratif, sur la base du non-respect de l'article L. 1224-1 du Code du travail ou des dispositions conventionnelles relatives au transfert des contrats de travail. Mais le juge judiciaire ne saurait remettre en cause la décision administrative, conformément au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire.

Cass. soc. 3 mars 2010, n° 08-40.895

Dès lors que l'accord du salarié est requis, en application de la loi ou de la convention collective ou de l'accord de branche professionnelle applicable, le juge judiciaire peut être saisi sur la validité de ce consentement ou sur l'absence de consentement, le contrôle de l'inspection du travail ne s'étendant pas jusqu'à une telle vérification. Et le salarié protégé peut également demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Cass. soc. 3 mars 2010, n° 08-41.600

LA PAIE DES HEURES DE DÉLÉGATION

RÉMUNÉRATION

Éléments de salaire à maintenir

Les heures de délégation sont de plein droit considérées comme du temps de travail effectif et payées comme tel, sous réserve qu'elles aient bien été utilisées pour l'exercice de la mission du représentant. Aussi, tous les éléments de rémunération ayant le caractère de salaire qui sont attribués aux autres salariés doivent être maintenus (salaire de base, avantages en nature, heures supplémentaires, primes, etc.), y compris tous les éléments correspondant à des sujétions particulières, telles que :

- une prime de broissage ;

Cass. soc. 15 décembre 1993, n° 92-42.539

- une prime de nuit ;

Cass. soc. 28 mars 1989, n° 86-42.291 et n° 86-42.292

- une prime d'assiduité ;

Cass. soc. 26 novembre 1987, n° 85-42.272

- une prime d'outillage ;

Cass. soc. 19 décembre 2007, n° 06-44.936

- des majorations horaires liées au travail le week-end ;

Cass. soc. 28 octobre 2008, n° 07-40.524 et n° 07-42.972

- des primes conventionnelles de repas et de « voiture-couriers » dues au personnel au sol ;

Cass. soc. 3 mars 2010, n° 08-44.859

Les salariés dont la rémunération est en partie constituée par des pourboires peuvent obtenir le paiement des heures de délégation sur la base de leur rémunération effective, et non sur celle du salaire minimum conventionnel.

Cass. soc. 17 novembre 2004, n° 01-40.576

En revanche doivent être exclues les sommes versées à titre de remboursement de frais professionnels dès lors que le salarié n'a pas eu à supporter les frais en cause pendant ses heures de délégation.

Le mode de calcul des primes variables des représentants du personnel doit être adapté pour tenir compte de leurs heures de délégation, afin que ces heures n'aient aucune incidence défavorable sur la rémunération. Pour les juges, les objectifs fixés au salarié doivent tenir compte du temps consacré à l'exercice de son mandat.

Cass. soc. 6 juillet 2010, n° 09-41.354

Exemple

Les juges ont ainsi estimé que le salarié avait droit :

- pour la partie de son activité correspondant à ses mandats, au montant moyen de cette prime versée, pour un temps équivalent, aux autres salariés ;
- et, pour la part correspondant à son temps de production, à une somme calculée sur la base d'objectifs réduits à la mesure de ce temps.

Cass. soc. 6 juillet 2010, n° 09-41.354

HEURES DE DÉLÉGATION EN DEHORS DU TEMPS DE TRAVAIL HABITUEL

Les heures de délégation doivent être rémunérées, même si elles ont été prises en dehors de l'horaire de travail normal du salarié. Encore faut-il rapporter la preuve de la nécessité d'exercer son mandat en dehors de son horaire normal.

Cass. soc. 30 mai 2007, n° 04-45.774

Ces heures peuvent alors générer des heures supplémentaires ouvrant droit à majoration de salaire et repos compensateur.

Cass. soc. 12 février 1991, n° 88-42.353

Cass. soc. 21 novembre 2000, n° 98-40.730

PAIEMENT

Dans la limite du crédit d'heures

Les heures de délégation prises dans la limite des crédits d'heures dont disposent les représentants du personnel doivent toujours être payées à échéance normale. Si l'employeur conteste l'utilisation qui en a été faite par le salarié, il doit soumettre le litige au conseil de prud'hommes, mais ne peut en aucun cas procéder à une retenue sur salaire sans autorisation du juge. Seuls les juges peuvent condamner le salarié à rembourser des heures de délégation à l'employeur, après avoir constaté une utilisation non conforme au mandat.

Cass. soc. 8 juillet 1997, n° 94-44.581

Au-delà du crédit d'heures

Le crédit d'heures peut être dépassé en cas de circonstances exceptionnelles, sous réserve qu'il soit utilisé dans le cadre des fonctions de chaque institution représentative.

Cass. soc. 14 février 2007, n° 05-42.958

Exemple

Un délégué du personnel a obtenu que les heures de délégation accomplies au-delà de son crédit d'heures, dans le cadre du déclenchement d'une procédure d'alerte, lui soient payées.

Cass. soc. 29 avril 2009, n° 07-45.480

À l'inverse des heures prises dans la limite du crédit d'heures, l'employeur qui en conteste l'utilisation est en droit de ne pas les payer à échéance normale et d'attendre que les représentants du personnel établissent l'existence des circonstances exceptionnelles et la conformité de l'utilisation des heures de délégation avec la mission du représentant du personnel.

Cass. soc. 29 janvier 1992, n° 88-44.227

Cass. soc. 8 juillet 2009, n° 08-42.546

Le litige est nécessairement tranché par les juges.

Cas de l'annulation du mandat

En cas d'annulation du mandat, l'employeur ne peut pas récupérer les heures de délégation. En effet, lorsque la désignation du délégué syndical a été annulée, l'annulation du mandat ne prend effet qu'à la date du jugement.

Cass. soc. 8 juillet 2009, n° 08-60.596

Temps de réunion

L'employeur est tenu de réunir les représentants selon une périodicité fixée par la loi ou à l'occasion de certains événements. Le temps passé à ces réunions est payé comme temps de travail et n'est pas déduit des crédits d'heures dont disposent les représentants. Ce temps est rémunéré en plus si les réunions interviennent en dehors des horaires de travail.

Le temps passé à des réunions supplémentaires organisées à l'initiative de l'employeur doit également être payé comme temps de travail effectif, sans être déduit des crédits d'heures.

En revanche, si les membres du comité d'entreprise se réunissent sans avoir été convoqués par l'employeur, le temps passé à ces réunions s'impute sur le crédit d'heures.

Cass. soc. 13 novembre 1985, n° 82-41.701

Trajet et déplacement

Les juges considèrent que les frais de déplacement des membres du comité d'entreprise concernant des réunions organisées à l'initiative de l'employeur sont à la charge de ce dernier, et non à la charge du budget de fonctionnement du comité d'entreprise.

Cass. soc. 28 mai 1996, n° 94-18.797

Il semble logique d'étendre cette solution à l'ensemble des frais de trajet relatifs aux réunions de tous les représentants du personnel et représentants syndicaux, dès lors qu'elles sont organisées à l'initiative de l'employeur.

Par ailleurs, les frais de déplacement des membres du comité d'entreprise sont également à la charge de l'employeur lorsque la réunion est organisée à la demande de la majorité des membres du comité, conformément à l'article L. 2325-15 du Code du travail.

Cass. soc. 22 mai 2002, n° 99-43.990

Le temps de déplacement aux réunions organisées par l'employeur doit être rémunéré comme du temps de travail effectif dès lors qu'il n'est pas effectué pendant l'horaire normal de travail et qu'il dépasse, en durée, le temps normal de déplacement entre le domicile du salarié et son lieu de travail. C'est, par exemple, ce qui avait été jugé pour le membre d'un comité d'établissement de Béziers se déplaçant un jour férié pour une réunion du comité central organisée le lendemain à Paris.

Cass. soc. 30 septembre 1997, n° 95-40.125

Les temps de déplacement nécessités par les fonctions mais pris pendant l'horaire de travail peuvent, être traités de la façon suivante :

- s'il s'agit de se rendre à une réunion organisée par l'employeur, le temps de trajet devrait être payé comme du temps de travail effectif sans imputation sur le crédit d'heures ;
- s'il s'agit d'un déplacement pour un autre motif mais pris dans le cadre du mandat, le temps de trajet pourrait être imputé sur le crédit d'heures et payé à ce titre.

BULLETIN DE PAIE

Le bulletin de paie ne doit comporter aucune mention révélant l'activité de représentation des salariés concernés.

Article R. 3243-4 du Code du travail

Il ne doit notamment jamais distinguer le paiement des heures de délégation des autres heures de travail.

Cass. soc. 3 février 1993, n° 90-45.619

Il est possible d'utiliser une rubrique « heures assimilées » ou « absences rémunérées »... l'essentiel étant de ne pas faire apparaître l'existence des heures de délégation. Leur paiement doit donc être confondu :

- soit avec le salaire de base si les heures de délégation ont été prises pendant l'horaire normal du salarié ;
- soit en tant qu'heures supplémentaires ou complémentaires si elles ont été prises en dehors de l'horaire normal.

Une fiche annexe au bulletin de paie comportant la nature et le montant de la rémunération correspondant à l'activité de représentation doit être établie et remise au salarié.

Article R. 3243-4 du Code du travail

Le ministère a apporté quelques précisions sur cette fiche annexe. Lorsque le représentant du personnel n'utilise pas d'heures de délégation, il n'y a pas de fiche annexe à prévoir. S'il n'utilise qu'une partie de son crédit d'heures, seules les heures réellement prises sont à indiquer.

Enfin, le salarié n'a pas à signer la fiche annexe.

Lettre ministérielle du 30 mars 1989, BO TR 89-15

L'utilisation de l'informatique conduit parfois les entreprises à transcrire les mentions du bulletin de paie sous la forme d'une codification chiffrée. Par tolérance, l'administration considère que les obligations relatives à la transparence du bulletin de paie et à la fiche annexe sont remplies dès lors :

- qu'il n'est pas fait mention sur le bulletin de paie de l'activité de représentation ;
- que la codification chiffrée est propre à l'entreprise et connue d'elle seule et du salarié ;
- et qu'une fiche explicative est remise au salarié pour lui permettre d'identifier les rubriques codifiées et notamment les heures de représentation du personnel.

Circulaire du 24 août 1988, JO 28 octobre

DÉLÉGATION ET CONGÉS PAYÉS

Il est logique de penser que la période de congés ne suspend pas le mandat représentatif. Toutefois, le salarié ne peut pas revendiquer le paiement des heures de délégation prises pendant ses congés, dès lors qu'il a reçu une indemnité de congés payés.

Cass. soc. 19 octobre 1994, n° 91-41.097

LA PROTECTION SOCIALE APPLICABLE

ACCIDENT DU TRAVAIL

L'accident qui se produit pendant l'exercice du mandat est un accident du travail, dans la mesure où les heures de délégation sont considérées comme temps de travail effectif. Dans l'exercice de son mandat, le représentant est donc couvert par la législation accident du travail – accident du trajet.

Exemple

Est un accident du travail et non un accident de trajet, le fait pour un délégué syndical d'être renversé par une voiture alors qu'il se rend de l'entreprise à une réunion syndicale à laquelle il a été convié par le syndicat qu'il représente.

Cass. soc. 12 juillet 1995, n° 92-19.122

MALADIE

La maladie ne suspend pas le mandat représentatif. L'employeur est ainsi tenu de convoquer les représentants du personnel aux réunions mensuelles, y compris ceux absents pour maladie.

Cass. Crim, 16 juin 1970, n° 69-93.132

Si le salarié utilise des heures de délégation, celles-ci doivent lui être payées, tout comme le temps de réunion, conformément aux règles applicables.

En revanche, en ce qui concerne la sécurité sociale, le salarié doit savoir que l'exercice « répété et prolongé » d'une activité de représentant du personnel est incompatible avec le paiement des indemnités journalières de sécurité sociale (IJSS), quand bien même cet exercice correspondrait à des heures de délégation ou à des heures de sortie autorisée. Ainsi, la sécurité sociale peut interrompre le versement des IJSS ou en demander le remboursement.

Cass. Civ. 2^e, 9 décembre 2010, n° 09-17.449

Si l'employeur est informé de la sanction prise par la sécurité sociale, la logique voudrait qu'il puisse cesser de verser les indemnités journalières complémentaires à sa charge, si ces dernières sont conditionnées par l'indemnisation de la sécurité sociale. En revanche, puisque le mandat n'est pas suspendu, les éventuelles heures de délégation utilisées par le salarié doivent lui être payées. Dans tous les cas, l'employeur doit se montrer très prudent pour éviter de tomber dans le délit d'entrave.

LES AUTRES IMPACTS

DÉLÉGATION ET GRÈVE

En cas de grève, le mandat des représentants du personnel n'est pas suspendu. Le temps de réunion avec l'employeur doit donc être payé en s'imputant sur les heures de délégation.

Cass. soc. 27 février 1985, n° 82-40.173 et n° 82-40.194

DÉLÉGATION ET CHÔMAGE PARTIEL

La mise en chômage partiel suspend le contrat de travail, mais pas le mandat représentatif. L'employeur ne peut pas refuser l'entrée dans l'entreprise.

Cass. crim. 25 mai 1983, n° 82-91.538

Là encore, les heures d'exercice du mandat doivent s'imputer sur le crédit d'heures et être payées comme temps de travail effectif à échéance normale.

De plus, si la mise en chômage partiel du personnel ne constitue pas une modification des contrats de travail et ne peut être refusée par un salarié.

Cass. soc. 18 juin 1996, n° 94-44.654, n° 94-44.662

Cette dernière ne peut pas être imposée à un représentant du personnel. En cas de refus, l'employeur doit lui verser la partie de salaire qu'il a perdue du fait du chômage partiel.

Cass. soc. 18 juin 1996, n° 94-44.653

DÉLÉGATION ET MISE A PIED

La mise à pied d'un représentant du personnel ne suspend pas ses fonctions représentatives.

Cass. soc. 23 juin 1999, n° 97-41.121

Le salarié mis à pied peut donc utiliser ses heures de délégation et en recevoir le paiement.

L'ÉPARGNE SALARIALE

LA PARTICIPATION

Tous les salariés de l'entreprise doivent pouvoir bénéficier de la réserve spéciale de participation.

Article L. 3324-3 du Code du travail

La détermination des bénéficiaires est fondée sur le critère d'appartenance juridique à l'entreprise et se traduit par l'existence d'un contrat de travail (de droit français). Tous les salariés, au sens du droit du travail, doivent pouvoir bénéficier de la répartition de la réserve spéciale de participation. Ainsi, il est impossible d'exclure un salarié en délégation du bénéfice de la réserve spéciale de participation. La répartition de la réserve spéciale de participation entre les bénéficiaires est calculée proportionnellement au salaire perçu ou au revenu professionnel imposé à l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédente. Elle est plafonnée au niveau du salaire le plus élevé versé dans l'entreprise, et dans les limites des plafonds de répartition individuelle.

Article L. 3324-5 du Code du travail

Une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise ou le groupe peut être exigée pour bénéficier de la participation. Cette condition d'ancienneté ne peut excéder 3 mois. L'accord peut être plus favorable pour le salarié et fixer une durée d'ancienneté plus courte. L'ancienneté est considérée ici comme la durée totale d'appartenance à l'entreprise sans que soient déduites les périodes de suspension du contrat de travail.

Article L. 3342-1 du Code du travail

Pour la détermination de l'ancienneté éventuellement requise, sont pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des 12 mois qui la précèdent. La durée d'appartenance juridique à l'entreprise doit être déterminée en tenant compte de la totalité de l'ancienneté acquise par le salarié, que celle-ci soit acquise au titre d'un ou de plusieurs contrats de travail.

Les critères de répartition sont en principe fonction des clauses prévues dans l'accord instituant la participation. Faute d'accord entre les signataires, la répartition se fait en totalité proportionnellement aux salaires perçus dans la limite du plafond fixé à l'article D. 3324-10 du Code du travail (4 plafonds annuels de Sécurité sociale). D'une façon générale, hormis le critère uniforme, la répartition de la réserve spéciale de participation doit se faire en application d'une proportionnalité rigoureuse. La définition de la présence ou du salaire ne peut conduire à faire échec à cette proportionnalité.

Circulaire interministérielle du 6 avril 2005

L'article L. 3324-5 du Code du travail fixe les règles en matière de répartition de la réserve spéciale de participation. Celle-ci peut être répartie :

- proportionnellement au salaire perçu ;
- de façon uniforme ;
- proportionnellement à la durée de présence ;
- conjointement entre ces différents critères.

Répartition en fonction du salaire

La répartition de la réserve spéciale de participation peut se faire en totalité ou en partie, proportionnellement aux salaires perçus par chaque bénéficiaire au cours de l'exercice. Par salaire, il faut entendre les salaires à prendre en compte au sens de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale.

Lorsque le salarié est absent du fait des heures de délégation, sa rémunération est maintenue, de ce fait, le montant de la réserve spéciale de participation qui lui sera accordée ne sera pas amputé.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition selon la durée de présence

Cette répartition est de nature à atténuer la hiérarchie des salaires. La notion de durée de présence doit être précisée dans l'accord. Dans tous les cas, la durée de présence inclut les périodes de travail effectif auxquelles s'ajoutent les périodes légalement ou conventionnellement assimilées à du travail effectif. C'est pourquoi, l'absence du fait de la prise des heures de délégation, légalement assimilée à du travail effectif, n'ampute pas le montant de la réserve spéciale de participation destiné au salarié.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition uniforme

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 permet aux entreprises de retenir dans l'accord de participation une répartition qui soit en totalité ou en partie uniforme. L'enveloppe est divisée entre tous les salariés bénéficiaires sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein, un salarié embauché en cours d'année la même somme qu'un salarié présent toute l'année. Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il est à souligner que, dans de nombreux accords, le terme de « répartition uniforme » est improprement employé : en effet, il désigne parfois un mode de répartition où est prise en compte la durée de présence sans pénalisation de l'absentéisme (tenant compte des seules entrées/sorties au cours de l'exercice, et du travail à temps partiel, le cas échéant, du salarié). Cette formule de répartition permet d'atténuer la hiérarchie des salaires. Dans le cadre de cette répartition, le montant est identique pour tous les salariés. Le montant de la RSP est divisé par le nombre de salariés sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Chaque salarié percevant le même montant, il n'y a pas lieu de prendre en compte les absences résultant des heures de délégation.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Utilisation des critères de répartition

Lorsque le critère de salaire ou celui de la durée de présence est retenu, la répartition ne peut être que proportionnelle à ces critères, sous réserve de l'application de clauses plus favorables. L'entreprise ne peut, par conséquent, surpénaliser l'absentéisme. Au contraire, l'entreprise peut instaurer un salaire plancher pour la répartition de la réserve spéciale de participation et/ou un salaire plafond. En cas d'utilisation conjointe des différents critères, ceux-ci ne peuvent s'appliquer à une masse unique de participation : la répartition d'une masse unique de participation au prorata des salaires effectivement perçus, affectés d'un coefficient de présence surpénalisant l'absentéisme est, par conséquent, prohibée. Par contre, un calcul effectué sur deux masses distinctes conserve un caractère proportionnel. Chaque critère doit donc s'appliquer à une "sous-masse" distincte.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

L'INTÉRESSEMENT

Tous les salariés de l'entreprise ou des établissements du groupe, entrant dans le champ d'application de l'accord, doivent pouvoir bénéficier des produits de l'intéressement.

Article L. 3344-1 du Code du travail

L'article L. 3313-2 du Code du travail permet à l'entreprise de limiter le champ d'application de l'intéressement à certains établissements de l'entreprise. L'accord peut, par conséquent, exclure un ou plusieurs établissements de l'entreprise. Un établissement peut être considéré comme tel dès lors qu'il y a une implantation géographique distincte, un caractère de stabilité et qu'il présente une autonomie administrative et économique suffisante. Cette autonomie se traduit par l'existence d'une structure de direction dotée de pouvoirs en matière de gestion du personnel et d'organisation du service. Lorsqu'il existe des comités d'établissements, l'accord d'intéressement peut moduler son champ d'application en considérant les différents centres d'activité de l'entreprise ayant donné lieu à l'institution de ces comités. A défaut, la notion d'établissement est appréciée en fonction des critères retenus pour la mise en place d'un comité. Si l'accord peut exclure un établissement, l'accord ne peut exclure, à l'intérieur d'une entreprise ou d'un établissement ou d'une unité de travail, une catégorie de salariés.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

L'accord peut exiger une durée minimum d'ancienneté qui ne peut excéder 3 mois.

Article L. 3342-1 du Code du travail

Pour la détermination de l'ancienneté éventuellement requise, sont pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des 12 mois qui la précèdent. L'ancienneté correspond à la durée totale d'appartenance juridique à l'entreprise. Il est tenu compte du temps de travail effectif sans que les périodes de suspension du contrat de travail, pour quelque motif que ce soit, puissent être déduites. Un accord d'intéressement ne peut écarter les salariés ayant moins de 3 mois d'ancienneté ainsi que ceux qui, remplissant les conditions d'ancienneté, ne justifieraient pas du minimum d'ancienneté du fait d'absences non assimilées à du travail effectif.

Cass. Soc, 21 octobre 2003, n° 01-21.353

La répartition de l'intéressement peut être modulée selon les unités de travail de l'entreprise ou l'établissement mais la notion d'unité de travail n'est pas définie par le Code du travail. Les critères constitutifs de l'unité de travail sont les suivants :

- salariés travaillant habituellement ensemble ;
- salariés exerçant des tâches proches ou identiques ;
- salariés ayant des conditions de travail analogues ;
- salariés étant placés sous la responsabilité d'un même encadrement.

L'unité de travail peut être constituée par différentes structures, variant selon l'activité de l'entreprise. Il peut s'agir :

- d'un bureau ;
- d'un service ;
- d'un atelier ;
- d'une unité de production, d'un magasin, d'un chantier ;
- du service nouveau d'une entreprise.

L'unité de travail ne peut se confondre avec un salarié unique, sous peine de constituer un intéressement personnalisé ou avec une catégorie de salariés.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition de l'intéressement

L'accord peut prévoir une répartition uniforme, proportionnelle aux salaires ou à la durée de présence ou retenir conjointement ces différents critères. L'accord d'intéressement ne peut, par contre, fonder la répartition sur des critères de performances individuelles des salariés.

*Article L. 3314-5 du Code du travail
Cass. Soc, 13 avril 1995, n° 93-15.295*

Modalités d'appréciation des critères

D'une façon générale, hormis le critère uniforme, la répartition de l'intéressement doit se faire en application d'une proportionnalité rigoureuse. La définition de la présence ou du salaire ne peut conduire à faire échec à cette proportionnalité. Ainsi, la Cour de cassation exclut toute réduction sur la prime individuelle d'intéressement plus que proportionnelle à la durée des absences intervenues au cours de l'exercice. De la même façon, la définition du salaire ne peut conduire à restreindre le droit à intéressement de certaines catégories de salariés, voire à les exclure du bénéfice de l'intéressement, ce qui remettrait en cause le caractère collectif de l'intéressement.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Modalités d'application des critères

La répartition de l'intéressement peut être différenciée en fonction du ou des critères retenus. Si le critère du salaire ou celui de la durée de présence est retenu, la répartition ne peut être que proportionnelle à ces critères. La solution est identique en cas d'utilisation conjointe des différents critères. Dans ce cas, il convient de considérer que les critères ne peuvent être combinés pour s'appliquer à une masse unique d'intéressement. Au contraire, chaque critère doit s'appliquer à une « sous-masse » distincte.

Répartition en fonction du salaire

L'accord doit définir la notion de salaire retenue pour la répartition de l'intéressement. La répartition peut se faire en fonction du salaire effectivement versé au salarié durant l'année ou en fonction du salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle des salariés. Il peut être tenu compte, en cas d'absence (maladie, accident du travail, ...) d'un salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle du salarié. Lors d'une absence résultant des heures de délégation, il n'est opéré aucun abattement sur le salaire et par conséquent aucun abattement sur la prime d'intéressement.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Répartition selon la durée de présence

Cette répartition est de nature à atténuer la hiérarchie des salaires. La notion de durée de présence doit être précisée dans l'accord. Dans tous les cas, la durée de présence inclut les périodes de travail effectif auxquelles s'ajoutent les périodes légalement ou conventionnellement assimilées à du travail effectif. Étant donné que les heures de délégation sont légalement assimilées à du temps de travail effectif, le salarié perçoit une prime d'intéressement dans des conditions habituelles.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

Un accord prévoyant une réduction de l'intéressement en fonction de certaines absences, institue une pénalisation de ces absences et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise.

Cass. soc. 7 mai 2003, n° 01-21.033

De la même façon, toute clause d'un accord prévoyant une réduction du montant de l'intéressement plus que proportionnelle à la durée de l'absence est contraire au caractère collectif de l'intéressement. En l'espèce, l'accord pondérait chaque mois la prime d'intéressement en fonction des absences autres que celles dues aux accidents du travail, maladie professionnelle, maternité, heures de délégation des représentants du personnel, de façon plus que proportionnelle à la durée de l'absence. La Cour de cassation se fonde sur ce caractère plus que proportionnel pour juger la clause illégale. De la même façon, la clause d'un accord d'intéressement instaurant une minoration de la prime d'intéressement jusqu'à un seuil de 40 jours d'absence, seuil au-delà duquel les absences n'ont plus aucune incidence n'institue pas une répartition uniforme et ne peut donner lieu à exonération de cotisations sociales des primes distinguées.

Cass. civ. 2^e, 16 décembre 2003, n° 02-30.904

De même, la clause d'un accord d'intéressement ayant pour effet d'instituer une pénalisation des absences, et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice, prive les primes du caractère de rémunération collective de sorte que celles-ci ne peuvent ouvrir droit aux exonérations légales.

Cass. soc. 1^{er} avril 1999, n° 97-17.515

Répartition uniforme

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 permet aux entreprises de retenir dans l'accord d'intéressement une répartition qui soit en totalité ou en partie uniforme. L'enveloppe est divisée entre tous les salariés bénéficiaires sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein, un salarié embauché en cours d'année la même somme qu'un salarié présent toute l'année. Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il est à souligner que, dans de nombreux accords, le terme de « répartition uniforme » est improprement employé : en effet, il désigne parfois un mode de répartition où est prise en compte la durée de présence sans pénalisation de l'absentéisme (tenant compte des seules entrées/sorties au cours de l'exercice, et du travail à temps partiel, le cas échéant, du salarié). Cette formule de répartition permet d'atténuer la hiérarchie des salaires. Dans le cadre de cette répartition, le montant est identique pour tous les salariés. Le montant de l'intéressement est divisé par le nombre de salariés sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. De ce fait, les absences n'ont aucun impact dans cette répartition.

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C

